



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit européen comparé

Dirigé par Louis Vogel

2010

***Faut-il réviser le Chapitre I des Principes
du droit européen des contrats***

Chiara Bortoluzzi

Sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson

UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS
INSTITUT DE DROIT COMPARE

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPEEN COMPARE

2009/2010

Faut-il réviser le Chapitre I des Principes du droit européen des contrats ?

Mémoire rédigé sous la direction de
Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson

Chiara BORTOLUZZI

Séjour de recherche à la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari
e di Perfezionamento de Pise, Italie

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises
dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

*Dans l'intérêt de la clarté,
il m'a paru inévitable de me répéter souvent,
sans me soucier le moins du monde de donner
à mon exposé une forme élégante ;
j'ai consciencieusement suivi l'avis du théoricien
général L. Boltzmann, de laisser le souci d'élégance
aux tailleurs et aux cordonniers.*

Extrait de la préface de
« La théorie de la relativité restreinte et générale »
Albert Einstein

REMERCIEMENTS

Je tiens, d'abord, à remercier Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson, à laquelle va ma profonde reconnaissance pour ses conseils avisés et ses analyses rigoureuses du droit privé européen, qui m'ont inspiré dans mes études et guidé tout au long de ce travail. Je la remercie aussi pour sa patience et sa qualité humaine.

J'adresse également de vifs remerciements à Monsieur le Professeur Giovanni Comandé, qui me guide et me soutient depuis longtemps et auquel j'adresse ma profonde gratitude, ainsi qu'à tous les collaborateurs du LIDER-Lab de Pise et à la Scuola Superiore Sant'Anna de Pise qui m'a accueillie pendant mon séjour de recherche.

Un grand merci à tout le corps professoral du Master 2 Recherche Droit européen comparé, à mes professeurs de l'Université de Pise et de la Scuola Superiore Sant' Anna de Pise : tous leurs cours m'ont apporté quelque inspiration dans mes réflexions. Un merci particulier à Monsieur le Professeur Jean-Louis Halpérin et à Monsieur le Professeur Julien Cantegreil de l'Ecole Normale Supérieure.

Je remercie mes meilleurs amis, Emanuel, Hermeline, Fabio et Stefano. Une pensée toute particulière va à ma meilleure amie Martina, la sœur que je n'ai jamais eue, pour sa présence constante et son soutien inconditionnel.

Enfin, je dédie ce mémoire à mes parents bien aimés, qui tout au long de mes études ont su m'aider grâce à leur amour, qui m'ont appris à « travailler avec le cœur » et à toujours rechercher le sens profond des actions dans lesquelles on s'engage au-delà des contingences. Sans eux, je n'aurais jamais réussi tous les défis que je me suis proposé de relever et notamment mon cursus universitaire en France.

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	4
INTRODUCTION	5
A. LES RAISONS DU CHOIX DU SUJET.....	5
B. LA MÉTHODE DE RECHERCHE UTILISÉE.....	10
PREMIÈRE PARTIE : LA PROBLÉMATIQUE DE LA RÉVISION VUE SOUS L'ANGLE DU CHAMP D'APPLICATION.....	13
I. LE CONTEXTE INSTITUTIONNEL.....	13
A. <i>Historique des projets concernant le droit européen des contrats.....</i>	<i>13</i>
B. <i>L'avenir de ces projets.....</i>	<i>16</i>
II. LE CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE : L'INTÉGRATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION DANS LE DROIT GÉNÉRAL DES CONTRATS.....	20
A. <i>Analyse fonctionnelle de l'intégration du droit de la consommation dans le droit général des contrats.....</i>	<i>26</i>
B. <i>Analyse structurelle de l'intégration du droit de la consommation dans le droit général des contrats.....</i>	<i>28</i>
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	30
DEUXIÈME PARTIE : LA PROBLÉMATIQUE DE LA RÉVISION VUE SOUS L'ANGLE DES PRINCIPES DIRECTEURS.....	33
I. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE (ART. 1 :102).....	34
A. <i>Le contenu de la liberté contractuelle.....</i>	<i>35</i>
B. <i>Les limites à la liberté contractuelle.....</i>	<i>36</i>
II. LA BONNE FOI (ART. 1 :201).....	37
A. <i>La bonne foi construens.....</i>	<i>40</i>
B. <i>La bonne foi destruens.....</i>	<i>40</i>
III. LE DEVOIR DE COLLABORATION (ART. 1 :202).....	41
A. <i>L'obligation de promouvoir la réalisation des intérêts réciproques.....</i>	<i>42</i>
B. <i>L'interdiction de créer des complications sans aucune bonne raison.....</i>	<i>42</i>
IV. LE CARACTÈRE RAISONNABLE (ART. 1 :302).....	43
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	47
RÉFLEXIONS EN GUISE DE CONCLUSION.....	49
BIBLIOGRAPHIE.....	53

INTRODUCTION

Un travail de recherche bien conduit se fonde nécessairement sur des prémisses méthodologiques solides et sur une justification convaincante de l'intérêt de la problématique. Loin d'être certain d'y être parvenu, nous entendons toutefois partager avec le lecteur la démarche argumentative suivie.

Il convient d'abord d'explicitier les raisons du choix du sujet traité (A), avant d'exposer la méthode de recherche retenue (B).

A. Les raisons du choix du sujet.

La présente étude a pour objet l'analyse des quatre principes généraux constituant le chapitre I des Principes du droit européen du contrat établis par la Commission Lando (ci-après PDEC)¹, principes dont on retrouve maintes applications et déclinaisons dans le domaine des contrats de consommation. Le chapitre I des PDEC fait actuellement l'objet d'un débat européen qu'il faut relier à la *vexata quaestio* du rapport entre le droit général du contrat et le droit (spécial) des contrats de consommation. Cette problématique est d'autant plus intéressante que, suite à l'élaboration du projet de directive cadre sur le droit de la consommation² et du Projet de cadre commun de

¹ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *The Principles of European Contract Law. Performance, Non-Performance and Remedies*, rédigés sous la direction de LANDO Ole et BEALE Hugh, M.Nijhoff, Leiden, t.1, 1995 (version française: *Les principes du droit européen du contrat : l'exécution, l'inexécution et ses suites*, La Documentation Française, Paris, 1997). La deuxième partie des PDEC a été publiée en 2000, avec la première partie révisée et mise à jour, par Kluwer Law International, La Haye (version française préparée par ROUHETTE Georges, *Principes du droit européen du contrat*, Société de Législation Comparée, Paris, 2003) ; cette deuxième partie porte sur la formation, la validité et l'interprétation du contrat. Enfin, la troisième partie des PDEC, relative au régime générale des obligations, a été publiée en 2003, par Kluwer Law International, La Haye.

² COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, 8 octobre 2008, COM(2008)614 final. Tous les documents communautaires auxquels on fait référence dans le texte sont disponibles en ligne à l'adresse suivante: <http://eur-lex.europa.eu>. Sur cette directive, v. AUBERT DE VINCELLES Carole, Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation, *Revue des contrats*, 2009, n°2, p. 578 et s.; CASTETS-RENARD Céline, La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats, *Recueil Dalloz*, 2009, n°17, p. 1158 et s. Pour une critique du choix de l'harmonisation complète, v. SMITS Jan, Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, *European Review of Private Law*, 2010, n°1, p. 5 et s.; *adde* MICKLITZ Hans-W., The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain, in HOWELLS Geraint – SCHULZE Reiner (sous la direction de), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2009, p. 47 et s. Comp. cep. HONDIUS Ewoud, The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward, *European Review of Private Law*, 2010, n°1, p. 103 et s., lequel estime que l'harmonisation totale peut être une

référence (ci-après PCCR)³, les experts du droit contractuel européen ne cessent de s'interroger sur la question de la nature des rapports entre les deux textes : faut-il intégrer le droit de la consommation dans le droit général des contrats ?

Sans évidemment chercher à analyser de manière exhaustive la complexe problématique de la création d'un droit européen des contrats, nous avons choisi d'accorder une attention particulière à la possibilité de réviser le chapitre I de l'un des premiers instruments du droit européen des contrats, les PDEC. Notre objectif n'est pas de mener une analyse approfondie sur le fond de ces principes mais plutôt d'appréhender la manière dont un certain nombre de ces principes forment un acquis européen, notamment en matière de droit des contrats de consommation. De la sorte nous serons conduits à nous interroger sur les rapports entre ce dernier et le droit général des contrats.

Le choix de nous restreindre à une telle analyse procède de deux prémisses méthodologiques : en premier lieu, le constat que l'objectif d'aborder l'ensemble du droit privé, comme entend le faire le Projet de Cadre Commun de Référence rédigé sous la direction de M. von Bar, est un objectif trop ambitieux eu égard aux moyens dont nous disposons ainsi qu'à l'utilité intrinsèque d'une telle recherche⁴ ; en second lieu, le constat que les PDEC, comme entreprise de codification du droit des contrats, répondent à la mission confiée à certains universitaires en 2003 par la Commission, laquelle visait à l'origine l'élaboration d'un cadre commun de référence limité au seul droit des contrats⁵. Au demeurant, cette volonté de nous limiter au droit des contrats semble en phase avec la voie tracée par la Commission dans le Livre vert de juillet 2010⁶. La Commission y annonce la création d'un groupe d'experts chargé de l'aider à « sélectionner les parties du projet du cadre commun de référence qui intéressent directement ou indirectement le

amélioration, à condition que le niveau de protection du consommateur réponde aux exigences de l'article 153 du Traité.

³ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE – EUROPEAN RESEARCH GROUP ON EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, rédigé sous la direction de VON BAR Christian – CLIVE Eric – SCHULTE-NÖLKE Hans, Sellier, Munich, 2009. Pour un récapitulatif des acquis ambivalents de la culture européenne du contrat et des actions envisagées pour l'épanouissement d'une culture contractuelle commune, voir l'Introduction de PRIETO Catherine, in PRIETO Catherine (sous la direction de), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 17 et s.

⁴ Pour cette position favorable à la limitation du domaine du Cadre commun de référence au droit des contrats, v. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Pour un cadre commun de référence limité au droit des contrats, *Revue des contrats*, 2008, n°3, p. 918 et s., et SCHULZE Reiner, Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire, *Revue des contrats*, 2008, n°3, p. 922 et s.

⁵ Les positions quant à cette question n'ont jamais été très claires. Dans sa résolution du 15 novembre 2001, le Parlement européen s'étonne et regrette que la Commission européenne ait limité sa communication de 2001 au droit privé des contrats, alors que la mission déterminée au Conseil européen à Tampere ouvrait d'autres possibilités. Le Parlement, peut-être sous l'influence du Groupe d'études sur un code civil européen dirigé par M. von Bar, invite, alors, la Commission à aller au-delà du droit général des contrats.

⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 2 juillet 2010, COM(2010)348/3 final.

droit des contrats, et à restructurer, réviser et compléter les parties sélectionnées » (italique ajouté).

Que notre réflexion se concentre sur le premier instrument élaboré par un réseau d'éminents universitaires européens, loin d'être un « aller à Canossa », c'est à dire une déclaration de notre incapacité à poursuivre sur la base de nouvelles initiatives, témoigne, au contraire, de la nécessité impérieuse de repenser la voie à suivre pour la construction d'un droit européen des contrats. Les PDEC sont dotés d'une grande autorité en Europe et dans le monde⁷, grâce à la structure simple, claire et intelligible du plan retenu par les auteurs, lequel améliore remarquablement l'accessibilité du droit des contrats (contrairement, par exemple, au plan très « allemand » retenu par le PCCR, qui est conçu à partir du critère scientifique qui consiste à distinguer le contrat des obligations qu'il engendre).

Les PDEC constituent, ainsi, la base idéale pour « recontractualiser » le modèle du CCR, c'est-à-dire revenir du projet d'un droit général *des obligations* partagé au niveau européen, objectif disproportionné, à celui d'un droit général *des contrats*, seule matière dans laquelle existe un acquis communautaire⁸, spécialement en ce qui concerne les contrats de consommation⁹. Cet acquis est particulièrement important concernant certains principes directeurs de base, qui ont vocation à cristalliser les valeurs fondatrices du modèle contractuel européen et en constituent la matrice idéologique. La commande faite par les institutions communautaires (et ce que vraisemblablement elles sont

⁷ V. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Droit européen et international des contrats: l'apport des codifications doctrinales, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96 et s. ; OPELE Claude – REMY Philippe (sous la direction de), *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, Paris, 2007; comp. cep. DEUMIER Pascale, L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 494 et s., qui observe la présence de traces tangibles d'une utilisation des codifications savantes (telles les PEDC et les Principes UNIDROIT) par la pratique contractuelle et par la pratique juridictionnelle (juridictions françaises et communautaires), mais conclut que le succès de ces utilisations doit cependant être pondéré par la faible plus-value normative des dispositions les plus souvent mobilisées par la pratique (le principe de bonne foi, les différents articles sur l'interprétation des contrats, les articles sur les dommages et intérêts et notamment les articles sur les intérêts de retard, les articles sur le *hardship*).

⁸ De manière générale, l'acquis communautaire « correspond au socle commun de droits et d'obligations qui lie l'ensemble des Etats membres au titre de l'Union européenne. Il est en évolution constante [...]». Outre le droit communautaire proprement dit, l'acquis communautaire est donc constitué de tous les actes adoptés au sein du deuxième et troisième piliers de l'Union, ainsi que des objectifs communs fixés par les traités », selon la définition donnée par le Conseil et reprise dans le glossaire du droit communautaire disponible sur le portail officiel du droit communautaire, disponible à l'adresse http://europa.eu/scadplus/glossary/community_acquis_fr.htm (en cours d'actualisation suite à la signature du Traité de Lisbonne). V. COLLINS Hugh, *The European Civil Code. The Way Forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 28 et s., lequel identifie quatre traits caractéristiques de l'acquis communautaire : manque de généralité, degré d'harmonisation limité, réglementation de domaines déjà visés par les droits nationaux, concrétisation d'un certain type de politique du droit (*lack of generality, limited harmonisation, re-regulation, till*).

⁹ Sur l'idée reçue que l'acquis communautaire coïncide presque entièrement avec l'acquis dans le domaine du droit de la consommation, v. LOOS Marco B.M., The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization. On the Disturbance and Reconstruction of the Coherence of National Contract Law and Consumer Law under the Influence of European Law, *European Review of Private Law*, 2007, p. 515 et s. V. égal. STAUDENMAYER Dirk, The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law, *Journal of Consumer Policy*, 2004, n°3, p. 269 et s., p. 279 : « European contract law is basically consumer law [...] the existing consumer contract law acquis [...] forms the biggest coherent part of the whole EC contract law acquis ».

disposées à soutenir concrètement) se limite au seul droit des contrats. Par conséquent, il paraît souhaitable que nos efforts se concentrent sur cette seule question : d'une part à travers l'identification de principes généraux et d'autre part à partir d'une réflexion sur le sort à réserver au droit des contrats de consommation.

S'interroger sur les instruments européens d'harmonisation du droit des contrats n'est pas une activité purement spéculative. En effet, la situation du droit européen des contrats et le débat qu'il suscite a déjà atteint un point de non retour : soit il progresse vers un positionnement différent de certains problèmes, soit, s'il se cantonne aux problématiques jusqu'ici abordées, il est destiné à un avenir stagnant fait de solutions sur mesure procédant des pratiques arbitrales des grandes entreprises. Cette seconde hypothèse laisserait l'Europe dans une situation telle qu'elle ne disposerait pas d'un ensemble de principes directeurs partagés en la matière alors que dans le même temps tant de moyens sont mis au service de textes communautaires de portée souvent sectorielle, dont le dénominateur commun consiste en ce qu'ils ont (ou du moins qu'ils sont supposés avoir) quelque rapport avec le bon fonctionnement du marché intérieur¹⁰.

Bien que le choix du sujet de ce mémoire ait été réalisé bien avant le mois de juillet 2010, celui-ci se révèle a posteriori particulièrement approprié. La Commission européenne vient, en effet, de lancer une nouvelle consultation publique sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats, avec l'objectif de proposer des actions complémentaires d'ici 2012. Cette initiative s'ajoute à la Communication de la Commission du 3 mars 2010, laquelle reconnaît la nécessité de proposer des solutions harmonisées¹¹, ainsi qu'à la stratégie numérique pour l'Europe de mai 2010, laquelle réaffirme à son tour l'impératif d'éliminer les cloisonnements juridiques et fait référence à « un instrument optionnel relatif au droit des contrats »¹². Notre travail de recherche s'inscrit donc dans un domaine en profonde et rapide évolution.

Le choix du sujet procède également de raisons plus générales touchant au rôle du droit comparé dans ce domaine, rôle qui fait écho à notre parcours d'études au sein du Master 2 Recherche Droit européen comparé.

¹⁰ C'est d'ailleurs la Commission européenne qui ne manque pas de rappeler le lien qu'il y a entre ces projets de création d'un droit européen des contrats. Pour une déclaration très récente en ce sens, v. COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert, cit.*, p. 2 : «Le marché intérieur repose sur une multitude de contrats, régis par différents droit nationaux des contrats. Or les disparités entre les droits nationaux des contrats peuvent entraîner des frais de transaction supplémentaires et une insécurité juridique pour les entreprises, et *affaiblir ainsi la confiance du consommateur à l'égard du marché intérieur.* [...] Cette réticence peut à son tour *entraver la concurrence transfrontalière au détriment du bien-être social.* [...] Un texte instituant un droit européen des contrats aiderait l'Union européenne à *atteindre ses objectifs économiques* et à *se remettre de la crise*» (italique ajouté).

¹¹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission. *Europe 2020: une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM(2010)2020 final, 3 mars 2010.

¹² COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. *Une stratégie numérique pour l'Europe*, COM(2010)245 final, 19 mai 2010.

Plus que jamais, le droit comparé doit aujourd'hui se pratiquer dans une perspective d'harmonisation du droit privé européen¹³. Cette exigence constitue le sens et la justification de notre inscription dans ce Master dont le présent mémoire constitue le travail final : si l'harmonisation du droit privé est à l'heure actuelle la tâche la plus importante du comparatisme juridique, celle-ci s'exerce notamment au niveau européen¹⁴.

Dans les dernières décennies, la portée pratique de l'approche comparatiste a été attestée par les travaux de différents groupes d'études qui ont contribué à orienter la formation du droit à l'échelle européenne¹⁵. On a pu, dans ce contexte, voire émerger une vraie « doctrine collective législatrice »¹⁶, voire même observer une « véritable prise de pouvoir doctrinale »¹⁷. En effet, il est certain que l'origine même du projet de 2001¹⁸ est à situer non du côté de l'administration bruxelloise, mais du côté de juristes indépendants de premier plan qui ont su intéresser, puis rallier, la Commission à leur projet. Cette initiative a marqué l'émergence d'une forme de méthode ouverte de coordination en la matière et le début d'un échange incessant entre le législateur européen et la doctrine.

C'est en gardant à l'esprit le rôle de premier plan du comparatisme juridique que nous entendons maintenant exposer la méthode de recherche utilisée dans ce travail.

¹³ V. les mots de DAVID René, L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation, reproduit in DAVID René, *Le droit comparé. Droit d'hier, droit de demain*, Economica, Paris, 1982, p. 296 : « On peut être un bon Européen et considérer avec réticence l'unification des droits européens ; on ne peut être bon Européen et vouloir maintenir, sans effort d'harmonisation, la situation actuelle, c'est-à-dire la complète insularité de chaque système juridique européen ».

¹⁴ V. ZIMMERMANN Reinhard, Le droit comparé et l'europanisation du droit privé, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p.451 et s. ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte – VAN GERVEN Walter, La convergence des droits en Europe, *Petites Affiches*, 2007, n° 79, p. 63 et s., qui soulignent que l'essor du droit comparé précède et sous tend l'émergence d'une véritable pensée juridique européenne.

¹⁵ Sur ce point v. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, The contribution of European jurists in the field of contract law, in ANDENAS Mads – DIAZ ALABART Silvia – MARKENSIS Basil – MICKLITZ Hans – PASQUINI Nello (sous la direction de), *Liber amicorum Guido Alpa. Private law beyond the national systems*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2007, p. 363 et s. Le travail accompli jusqu'à présent par ces groupes d'experts a eu soit un caractère descriptif, en ce qu'il essaie de donner un aperçu le plus précis possible du paysage juridique européen, soit un caractère normatif, suggérant la solution la meilleure pour un problème au niveau européen.

¹⁶ DEUMIER Pascale, La doctrine collective législatrice: une nouvelle source de droit?, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 63 et s. Adde ANCEL Bertrand, *Auctoritate rationis. Le droit savant du contrat international, Clés pour le siècle: droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Editions de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, 2000, p. 583 et s.

¹⁷ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Faut-il un Code civil européen?, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 463 et s., laquelle à l'aube de l'aventure de l'harmonisation du droit privé européen s'interroge sur la question de savoir s'il ne serait pas souhaitable «de créer un institut européen, permanent et indépendant, regroupant des professeurs de droit, mais aussi des juges, des avocats et d'autres praticiens du droit», en soulignant que «seul un tel institut pourrait tout à la fois coordonner les projets de recherche, préparer des textes communs et, le cas échéant, organiser la révision des cursus universitaires». Favorable elle-aussi à la création d'un Institut de Droit Européen en tant qu'institution scientifique garantissant la contribution de toutes les cultures nationales à l'élaboration du droit européen, PRIETO Catherine, *Introduction in* PRIETO Catherine (sous la direction de), *Regards croisés, op.cit.*, spéc. p. 90 et s.; v. égal. COLLINS Hugh, *The European Civil Code, op. cit.*, spéc. p. 211 et s.

¹⁸ V. *amplius infra*, Première Partie, «Historique des projets concernant le droit européen des contrats».

B. La méthode de recherche utilisée.

La méthode utilisée dans cette étude est celle du comparatisme juridique. Les historiens du droit ont été parmi les premiers à considérer que le particularisme national du droit privé et de la science du droit privé en Europe est à la fois contre nature et anachronique¹⁹. Ils ont montré à quel point une prise de conscience du passé commun peut faciliter le passage à un ordre juridique, sinon complètement commun²⁰, du moins présentant des convergences substantielles quant aux principes directeurs. Ce processus pourrait être fondé, notamment, sur la base de ce qui a été appelé par Zweigert en 1960 une « *praesumptio similitudinis* »²¹, à savoir l'idée que dans le domaine du droit privé on peut s'entendre pour trouver des solutions unifiées dans tous les systèmes juridiques continentaux.

A la suite de l'élaboration de la méthode conventionnelle de droit comparée, telle qu'on la trouve exposée dans des ouvrages classiques comme le manuel de Zweigert et Kötz²², la doctrine comparatiste ne s'est pas engagée dans l'analyse d'une évolution organique du système, probablement parce que les premiers développements du droit communautaire ont ignoré le droit privé, exception faite de domaines très spécifiques (par exemple, la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux et celle sur le démarchage à domicile).

Les comparatistes n'ont, ainsi, commencé à relever le défi de l'harmonisation du droit privé en Europe qu'à partir des années mil neuf cent quatre-vingt-dix²³. La directive

¹⁹ V. COING Helmut, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p.937 et s., où il appelle à une européanisation de la science juridique comme condition préalable à un droit privé européen. V. égal., ID., *Europäisches Privatrecht*, C.H.Beck, Munich, t.1, 1985 et t.2, 1989. Le titre de ce dernier ouvrage sur le *ius commune* historique (*Droit privé européen*) n'est certainement pas fruit du hasard. Les conclusions de ces deux articles doivent être lues dans le sillage de la contribution à l'ouvrage collectif réalisé sous la direction de CAPPELETTI Mauro, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Bruylant, Bruxelles, p. 31 et s., consacrée aux fondements historiques du droit commun européen. Adde ZIMMERMANN Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta&Co., Le Cap - Wetton – Johannesburg, 1990; KÖTZ Hein, *Europäische Vertragsrecht*, Mohr, Tubingue, t.1, 1996; OPPETIT Bruno, Retour à un droit commun européen, in ID., *Droit et modernité*, PUF, Paris, 1998, p. 75 et s.; HALPERIN Jean-Louis, L'approche historique et la problématique du jus commune, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n°4, p. 718 et s.

²⁰ Le désir d'unification du droit demeure en effet un rêve éternel des comparatistes et de nombreux juristes, v. *ex multis* DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Editions du Seuil, Paris, 1994; adde HALPERIN Jean-Louis, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, Paris, 1994.

²¹ ZWEIGERT Konrad, Zur Methode der Rechtsvergleichung, *Studium Generale*, 1960, p. 193 et s., p. 198. Comp. cep. ODERKERK Marieke, The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research, *European Review of Contract Law*, 2007, n°3, p. 315 et s., spéc. p. 330-331.

²² ZWEIGERT Konrad – KÖTZ Hein, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 3ème édition, 1998.

²³ La prise de conscience, en France, de la nécessité d'un droit européen du contrat n'est pourtant pas nouvelle et coïncide d'ailleurs avec la volonté politique d'engager une réforme du Code civil. Le doyen Carbonnier avait déjà compris à l'occasion de la réforme du droit civil des années soixante que le droit des obligations "pourrait, dans un avenir abordable, faire l'objet d'une unification européenne" (*Introduction à L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Actes de la 1ère Journée René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, Paris, 1986, p. 29 et s., p. 32); celle-ci est d'ailleurs la raison justifiant le fait que cette réforme fut laissée de côté au bénéfice du droit de la famille, ce qui est confirmé par les mots du Doyen Julliot de la Morandière, Président de la Commission de réforme du Code civil constituée par le décret du 7 juin 1945

de 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs montre clairement que le droit privé en Europe acquiert, alors, une nouvelle dimension, ce qui est confirmé par l'adoption de la directive sur la vente et la garantie des biens de consommation de 1999. Le sommet de ce travail comparatiste²⁴ est la publication, en 2008, du PCCR, lequel se base expressément et en partie sur une version révisée des PDEC. La coexistence du PCCR et de la directive cadre relative aux droits des consommateurs soulève la question des rapports entre ces deux corpus.

Pour valider la possible intégration de ces deux corpus de règles, nous avons voulu confronter le contrat de consommation à l'épreuve d'une analyse fonctionnelle, ayant trait aux valeurs défendues par les dispositions protectrices, et d'une analyse structurelle, visant, quant à elle, à analyser la structure même du contrat de consommation dans le but de la comparer à celle du contrat de droit commun.

En abordant ces problématiques, nous avons essayé de nous abstraire de l'(incontestable) « importance émotionnelle du débat »²⁵, qui trouve son origine dans la défense de traditions particulières, historiquement et socialement enracinées mais aussi dans une certaine suspicion à l'égard des PDEC et du PCCR, lesquels véhiculeraient une idéologie libérale du contrat, secrètement imprégnée d'économisme utilitariste²⁶.

La longueur de cette introduction témoigne de la complexité et de l'ampleur du sujet, qui touche des problématiques variées et qui mobilise des acteurs institutionnels nombreux.

par le général De Gaulle, rapportés par HOUIN Roger, Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in *Etudes juridiques offertes à Leon Julliot de la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 225: "L'unification économique européenne est en voie de réalisation: en tous les cas, le Traité de Rome entre les six pays du Marché commun se développe sans unité de législation ? Et la France, au lieu de songer à refaire seule la partie de son code relative aux obligations et aux contrats, ne devrait-il pas prendre l'initiative de proposer, au moins aux pays signataires du Traité de Rome, une conférence internationale en vue de l'élaboration de règles unique?". Toutefois, nonobstant ces prodromes prévoyants, la bibliographie française est fort réduite jusqu'en 1995, si on la compare à la « marée » bibliographique allemande, anglaise, néerlandaise ou italienne.

²⁴ Sur la méthode de droit comparé utilisée dans la rédaction du PCCR, v. ODERKERK Marieke, *The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research*, *cit.*

²⁵ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Faut-il un Code civil européen ?*, *cit.*

²⁶ Pour cette critique largement répandue, v. STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, *Social Justice in European Contract Law. A Manifesto*, *European Law Journal*, 2004, n° 6, p. 653 et s. ; *adde* MAZEAUD Denis, *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*, *European Review of Contract Law*, 2010, n°1, p. 1 et s. Quant à la défense de traditions nationales particulières, les réactions à la Communication de la Commission européenne du 11 juillet 2001 furent à la mesure du choc ressenti, car le projet d'un code civil européen semble, alors, un acte illégitime, qui menace le pluralisme culturel. V. *ex multis* CORNU Gérard, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 351: "Irréductible à une réglementation, le code civil est un monument du droit français parmi nos références primordiales. Qui, honnêtement, voudrait l'indépendance de l'évincer pour un instrument communautaire? [...] La méconnaissance de cette oeuvre puissante et discrète relève de l'inculture. Les pressions contraires qui la compromettraient seraient mal éclairées [...]. L'unitarisme communautaire serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l'obsession fusionniste une aberration culturelle"; dans le même sens, LEQUETTE Yves, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2202 et s., et MALAURIE Philippe, *Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte*, *Jurisclasser Périodique*, 2002, p. 281 et s.

La question de l' (éventuelle) révision des PDEC doit être analysée à partir de deux angles différents : la première perspective a trait à leur domaine d'application (Première partie), la seconde concerne les principes directeurs qu'ils mettent en avant et qui doivent être abordés à la lumière de la question de l'intégration du droit de la consommation dans le droit contractuel commun (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE

La problématique de la révision vue sous l'angle du champ d'application.

L'interrogation de fond qui sous-tend l'ensemble de cette première partie est de savoir si le champ d'application des PDEC doit être modifié.

Pour cela, il nous faut d'abord répondre à la question préalable de savoir s'il serait pertinent d'intégrer le droit de la consommation dans les PDEC (II). Cette question s'inscrit dans un contexte institutionnel bien précis, dont il convient maintenant de tracer rapidement les contours (I).

I. LE CONTEXTE INSTITUTIONNEL.

Pour appréhender correctement ce contexte institutionnel, il convient de se référer, tout d'abord, à l'historique des projets relatifs au droit européen des contrats (A), avant de recenser les perspectives pour l'avenir (B).

A. Historique des projets concernant le droit européen des contrats.

Dans des résolutions de 1989²⁷ et de 1994²⁸, le Parlement européen a demandé que des travaux sur la possibilité d'élaborer un Code européen de droit privé soient entamés. Le Parlement considère, alors, que l'harmonisation de certains secteurs du droit privé est essentielle pour l'achèvement du marché intérieur et que l'unification des principales branches du droit privé sous la forme d'un Code civil européen constituerait le moyen le plus efficace de répondre aux exigences juridiques du marché unique²⁹. Cette dernière idée

²⁷ Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, 26 mai 1989, JO C 158, 1989, p.400 et s.

²⁸ Résolution sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, 6 mai 1994, JO C 205 1994, p.518 et s.

²⁹ WITZ Claude, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *Recueil Dalloz*, 2000, p.81 : « La diversité des droits des contrats et, plus généralement, des droits des obligations entrave les échanges en Europe, moins l'échelle des grandes entreprises qu'au niveau des petites et moyennes entreprises. Grâce à la création de filiales dans les pays partenaires, grâce aussi à l'arbitrage et à la mise en œuvre de règles transnationales par des juges ne relevant d'aucun for, les grandes entreprises peuvent échapper à la plupart des difficultés nées de la diversité des droits nationaux » ; v. égal. REMY-CORLAY Pauline, *Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, n° 2, p. 258 et s., p. 259, qui souligne le rôle des Règlements Rome I et Rome II : « Les adoptions successives des règlements Rome II

est réitérée par le Programme de Stockholm pour 2010-2014³⁰, lequel affirme que l'espace judiciaire européen doit servir à soutenir l'activité économique sur le marché intérieur. Dans une troisième résolution de 2000, le Parlement européen considère, à nouveau, qu'une harmonisation plus poussée dans le domaine du droit privé est essentielle au fonctionnement du marché intérieur.

En réaction à ces résolutions, la Commission européenne publie, en 2001, une Communication relative au droit européen des contrats³¹, qui marque le tournant des ambitions communautaires. La Commission s'adresse, alors, au public et cherche à déterminer dans quelle mesure les divergences en matière de droit des contrats entre les Etats Membres suscitent des problèmes pratiques. La Commission souhaite également s'informer sur la nécessité d'une législation européenne plus complète en matière de droit des contrats, voire même sur la pertinence de rédiger un code contractuel européen. Elle estime que « pour renforcer la convergence des droits nationaux des contrats, une solution consisterait [...] à promouvoir des recherches et la coopération en matière de droit comparé entre – notamment – universitaires et praticiens du droit (y compris juges et experts). Cette coopération pourrait viser à définir des principes communs dans des domaines pertinents du droit national des contrats »³².

Suite à ces initiatives, les discussions sur l'harmonisation éventuelle du droit contractuel européen s'intensifient. En 2003, la Commission européenne publie un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent, à travers duquel elle modifie complètement sa perspective. En effet, elle cesse de considérer les dispositions du droit communautaire affectant le droit des contrats uniquement du point de vue des différentes

d'un côté (loi applicable en matière de responsabilité extra-contractuelle), Rome I de l'autre (loi applicable aux obligations conventionnelles), viennent largement atténuer toute entrave que pourrait constituer la diversité des droits européens aux libertés communautaires puisque, quelle que soit la juridiction saisie, le même droit est théoriquement applicable et que le choix de la juridiction est lui-même soumis à des règles communes (règlement Bruxelles I) » ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe, in JAMIN Christophe (sous la direction de), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, Paris, 2008, p. 257 et s. Comp. cep. DEFFAINS Bruno, Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe, in CABRILLAC Rémy – MAZEAUD Denis – PRÜM André (sous la direction de), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Actes du colloque du 22 juin 2007, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, p. 85 et s. Adde le très intéressant article de LOW Gary, The (Ir)Relevance of Harmonization of Legal Diversity to European Contract Law : A Perspective from Psychology, *European Review of Private Law*, 2010, n°2, p. 285 et s., dans lequel l'auteur adopte une approche comportementale des disciplines de la psychologie cognitive et sociale pour répondre à deux questions : comment les acteurs envisagent-ils les différences entre le droit des contrats des Etats Membres quand ils décident de s'engager par voie de contrat et comment le mode d'harmonisation influe sur de telles décisions. La perspective adoptée par l'auteur le mène à douter que les acteurs pensent aux différences entre les droits nationaux des contrats. Une telle conclusion remet, à son tour, en cause la nécessité d'une harmonisation.

³⁰ Acte du Conseil du 2 décembre 2009, n° 17024/09.

³¹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Conseil et au Parlement concernant le droit européen des contrats, COM(2001)398, 11 juillet 2001, JO C 255 du 13 septembre 2001. Pour une présentation générale de cette Communication, v. STAUDENMAYER Dirk, Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats, *Jurisclassseur Périodique éd.générale*, 2002, n° 1, p. 709 et s. ; CHARBIT Nicolas, L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit des contrats, *Jurisclassseur Périodique éd.gén.*, 2002, p. 13 et s.

³² § 52 de la Communication suscitée.

politiques sectorielles, telles que la protection des consommateurs, la protection des petites et moyennes entreprises, etc., ou en les limitant à la question de l'acquis communautaire. Ainsi, la Commission fait sien le concept d'un droit européen des contrats comme matière juridique cohérente.

C'est dans ce contexte que la Commission lance le projet de Cadre commun de référence³³. Selon la Commission cet instrument « devrait aider les institutions communautaires à assurer une plus grande cohérence de l'acquis actuel et futur dans le domaine du droit européen des contrats »³⁴. A cette occasion la Commission précise qu'elle « n'envisage pas de proposer un code civil européen qui harmoniserait les droits des contrats des Etats membres » mais une sorte de manuel ou de « boîte à outils à trois tiroirs » (principes, définitions, règles modèle) qui pourrait être utile pour « l'amélioration de la qualité et de la cohérence de l'acquis existant et des instruments juridiques à venir dans le secteur du droit des contrats »³⁵ éventuellement complétée par un instrument optionnel. Ce plan d'action définit une mission de systématisation du droit des contrats au niveau européen et le développement d'un droit général des contrats.

De 2005 à 2007, un réseau international d'universitaires, sélectionné sur appel d'offres, élabore le projet de Cadre commun de référence lequel est présenté à la Commission à la fin de l'année 2007. La Commission engage, alors, un processus de sélection interne pour déterminer quelles parties du PCCR ont vocation à être intégrées dans un document futur.

Parallèlement à ces travaux de recherche et à la préparation universitaire du CCR, la Commission européenne promeut une autre initiative dans un domaine décisif du droit des contrats. La Commission estime qu'une série d'actes en droit de la consommation doivent faire l'objet d'une révision et envisage que la matière doive être, désormais, réglementée de façon cohérente dans une seule et même directive³⁶. Cette révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs concerne une partie du droit européen des contrats et a donc une influence sur les travaux sur le Cadre commun de référence.

Cette série d'initiatives qui se succèdent très rapidement débouche sur de vifs débats, dont on a eu un exemple lors du colloque organisé en octobre 2008 à Paris³⁷.

Enfin, l'adoption du Programme de Stockholm³⁸ définissant les priorités de l'action de l'Union européenne pour les cinq prochains années en matière de liberté, justice et

³³ COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Parlement européen et au Conseil. *Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action*, 12 février 2003, COM(2003)68 final, JO C 63 du 15 mars 2003.

³⁴ § 59 de la Communication suscitée.

³⁵ COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Parlement européen et au Conseil. *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, COM(2004)651 final (non publiée au JO), § 2.1.1.

³⁶ La proposition de directive-cadre sur les droits des consommateurs constitue ainsi la première réponse au *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, présenté par la Commission européenne le 8 février 2007.

³⁷ Les actes du colloque de Paris d'octobre 2008, consacré à *Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ?*, sont publiés à la *Revue des contrats*, 2009, p. 767 et s.

sécurité lors du sommet des chefs d'Etat de l'Union des 10 et 11 décembre 2009 relance le débat sur le projet de Cadre Commun de référence³⁹. En effet, le texte adopté par le Conseil de l'Union européenne ne mentionne plus le projet d'instrument optionnel : on lit simplement que le Conseil « réaffirme que le Cadre commun de référence pour le droit des contrats devrait être un ensemble non contraignant de principes fondamentaux, de définitions et de règles types qui pourrait être utilisé par les législateurs au niveau communautaire afin de garantir, lors du processus législatif, une plus grande cohérence et une meilleure qualité ».

Le 20 avril 2010 la Commission européenne présente un plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm⁴⁰, qui annonce une « proposition législative sur le cadre commun de référence » en 2011.

Pour sa part, le nouveau Commissaire à la Justice, Mme Viviane Reding, interrogée sur ses trois priorités à l'occasion de son audition au Parlement européen, explique : « Je prévois [...] de travailler sur les trois premiers éléments fondateurs d'un droit européen des contrats cohérent, à savoir les clauses et conditions types, les droits des consommateurs et les principes communs du droit des contrats, en vue de préparer la voie permettant, un jour, l'élaboration d'un Code civil européen [...] qui pourrait prendre la forme d'un instrument facultatif pour améliorer la cohérence en la matière ou d'un vingt-huitième régime facultatif en matière contractuelle, ou encore d'un projet plus ambitieux »⁴¹.

Quel sera l'avenir de ces différentes initiatives (B) ?

B. L'avenir de ces projets.

L'avenir de ces propositions et déclarations d'intentions relatives au droit européen des contrats est incertain, en raison notamment des incertitudes sur la compétence législative de l'Union européenne en ce domaine, mais aussi du manque de coordination entre les différents acteurs institutionnels.

³⁸ Ce programme a été publié au JO C 115 du 4 mai 2010, p. 1 et s. V. égal. COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. *Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens*, COM(2009)262 final (non publiée au JO).

³⁹ Pour un récapitulatif des travaux de la conférence et pour faire le point de « l'état de l'art », v. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Droit européen des contrats: bilan et perspectives pour la prochaine décennie, *Revue des contrats*, 2010, n°1, p. 316 et s.; EAD., Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1362.

⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*, COM(2010)171 final, 20 avril 2010.

⁴¹ Le texte de l'audition est consultable à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/hearings/static/commissioners/answers/reding_replies_fr.pdf

Quant au problème de la base légale, il faut relever que le droit du contrat ne fait pas l'objet, en tant que tel, d'une attention spécifique du Traité CE et que le rapprochement des droits privés nationaux n'est pas un objectif du Traité. L'article 3 vise « le rapprochement des législations nationales » et ce seulement « dans la mesure nécessaire au marché commun ». Le traité CE vise la création d'un marché intérieur fondé sur des libertés économiques fondamentales telles que les quatre libertés de circulation et la liberté de concurrence. Or, la diversité des droits nationaux peut être un obstacle à leur pleine réalisation. C'est dans cette perspective et avec ce fondement légal que certains rapprochements ont pu être opérés par voie de directives. Inspirés d'une logique de dynamisation du marché, ces rapprochements se sont cantonnés aux aspects de la protection des consommateurs et des agents de distribution.

Dans la Communication de 2001, la Commission européenne place le débat sur le terrain de la pleine réalisation du marché intérieur ; elle entend, alors, invoquer l'article 95 du Traité, qui donne compétence au Conseil pour adopter, à la majorité qualifiée, toute mesure susceptible de rapprocher les législations des Etats membres en vue de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur. Compte tenu de l'arrêt rendu par la CJUE⁴² (alors CJCE) le 5 octobre 2000, qui limite la portée de l'article 95 en énonçant qu'il ne suffit pas de relever des disparités entre les législations nationales et d'invoquer un risque abstrait d'obstacle pour l'exercice des libertés économiques fondamentales ou pour la libre concurrence, la Commission demande à ses interlocuteurs d'étayer la nécessité d'une initiative communautaire d'une autre nature pour favoriser la conclusion massive de contrats transfrontaliers.

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la nouvelle répartition des compétences, on s'interroge de nouveau sur la possibilité d'avancer en matière d'harmonisation du droit des contrats⁴³. Bien que cette question ne soit pas traitée, *brevitatis causa*, dans ce mémoire, elle est décisive dans la mesure où elle affecte tout nouveau développement en matière de droit européen des contrats.

Pour réfléchir sur l'avenir il faut aussi apprendre de l'histoire. Il convient donc de s'interroger sur les raisons qui laissent le processus de développement du droit européen

⁴² Sur l'importante fonction que la CJUE peut exercer en termes d'unification, v. VAN GERVEN Walter, *The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law* ?, in HARTKAMP Arthur S. – HESSELINK Martijn W. (sous la direction de), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, p. 273 et s. V. égal. COLLINS Hugh, *The European Civil Code*, *op.cit.*, p. 51 et s., lequel examine les caractères de ce qu'il appelle « *judicial acquis* ». Plus récemment, v. BASEDOW Jurgen, *The Court of Justice and Private Law : Vacillations, General Principles and the Architecture of European Judiciary*, *European Review of Private Law*, 2010, n°3, p. 44 et s., lequel examine le rôle de la Cour de justice dans le domaine du droit privé à partir des premières décisions des années soixante-dix et se pose la question de savoir si la structure actuelle de la Cour est adéquate pour administrer la justice en droit privé dans une Union de 500 millions d'habitants, ou s'il ne serait pas souhaitable de décentraliser le contentieux au niveau du Tribunal.

⁴³ Sur cette problématique, v. REMY-CORLAY Pauline, *Traité de Lisbonne*, *cit.* V. égal. HESSELINK Martijn W. – RUTGERS Jacobien W. – DE BOOYS Tim, *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Working Paper n° 2007/04 du *Centre for the Study of European Contract Law* de l'Université de Amsterdam, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091119; HUET Jérôme, *Les sources communautaires du droit des contrats*, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1997, p. 11 et s.

des contrats au point mort. Il nous semble que cette situation tiende notamment au manque de coordination entre les différents acteurs politiques impliqués ; en effet le législateur de l'Union européenne peut à juste titre être considéré comme une figure organique complexe, qui présente aussi une face étatique. Il en découle que la volonté des Etats, laquelle trouve une voie d'expression à la fois à travers les mécanismes institutionnels traditionnels (participation au Conseil de l'Europe, etc.) et à travers la présence des experts au sein des groupes de travail, est un élément constitutif fondamental de toute entreprise.

Or, après des débuts encourageants suite à la Communication de la Commission de 2003, nous ne pouvons qu'observer la paralysie qui atteint la matière, laquelle est aggravée par l'élaboration du projet de directive cadre sur le droit de la consommation qui ne fait qu'ajouter de la confusion.

L'alternative qui se présente aux institutions européennes se décline de la manière suivante : changer de stratégie et rechercher de nouvelles perspectives de réflexion sur le sujet ou rester bloqué avec le risque concret de dilapider des années de remarquables études comparatistes et de travail acharné de la part d'universitaires de toute l'Europe.

Enfin, il serait souhaitable de réfléchir davantage à la question fondamentale, mais quelque peu négligée, de la fonction du droit européen des contrats. A une époque où les universitaires⁴⁴ comme les acteurs politiques montrent un intérêt certain pour l'élaboration d'un corps détaillé de règles à disposition des opérateurs de marché à travers l'Europe, une analyse approfondie des objectifs d'un tel instrument juridique est fondamentale et n'est pas réductible à une série de valeurs que la formation d'un droit européen des contrats est censée poursuivre. Suivant le principe de l'économie des moyens, particulièrement important dans un moment où la construction européenne fait face à des défis institutionnels majeurs, il importe de savoir quelle serait le sens des règles qui feront partie du droit européen des contrats, quelle que soit la forme de l'instrument qui le véhiculera (CCR, version révisée des PEDC, etc.).

L'argument de la diffusion des droits fondamentaux est désormais insuffisant pour justifier une entreprise qui implique une importante dépense de forces, de temps et de moyens. Comme cela a très bien été remarqué au Colloque d'octobre 2008 sur l'avenir du

⁴⁴ Quoiqu'il ne convient pas ici de s'attarder sur l'examen du rôle de tous les acteurs dans le processus d'harmonisation du droit privé, on observera qu'un des rôles les plus importants est celui de l'enseignement juridique, qu'il faudrait repenser et coordonner afin d'en faire le levier du développement d'une nouvelle mentalité juridique partagée au niveau européen par les futures générations de juristes. Sur ce point, v. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *The contribution of European jurists in the field of contract law*, *cit.*, p. 381-382: "Although we can rejoice in the knowledge that academics have reacquired a significant role thanks to the European contract law codifications, these same academics must from now on focus their efforts on the teaching of European law, which is the real template for the unification of law in Europe. [...] we can already predict that [formal unification, NDR] will not resist the test of diverging interpretation by national judges and lawyers unless it is underpinned by a truly European teaching of law". V. égal. DE WITTE Bruno – FORDER Caroline (sous la direction de), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Kluwer Law International, La Haye, 1992; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte – VAN GERVEN Walter, *La convergence des droits en Europe*, *Petites Affiches*, 2007, n°79, p. 63 et s. *Adde* notre opinion, *A New European Model of Legal Education as One of the Institutional Elements of the New European Common Law*, *Global Jurist Advances*, vol.10, n°1, 2010, disponible à l'adresse suivante: <http://www.bepress.com/gj/vol10/iss1/art3>.

droit des contrats en Europe qui a eu lieu à Paris⁴⁵, la pratique est complètement laissée de côté par ces projets, alors qu'elle est la référence ultime de son efficacité et de la bonne qualité du droit des contrats. Cette situation explique, d'ailleurs, la paralysie actuelle de l'entreprise. Il conviendrait donc de se focaliser sur le fait que ce processus d'harmonisation marquera le développement économique et social⁴⁶ en Europe et ce pour longtemps⁴⁷. En observant le processus avec les instruments d'analyse et l'approche méthodologique de l'analyse économique du droit, on comprend que celui-ci peut apporter d'importants avantages en termes d'amélioration et d'efficacité des règles relatives aux transactions contractuelles, permet de surpasser nombre d'obstacles au commerce transfrontalier⁴⁸ et de réaliser des économies d'échelle en matière de réforme juridique. Néanmoins ce processus occasionnera aussi des dépenses et ce en raison de plusieurs facteurs : l'indifférence quant à l'hétérogénéité voulue par les sociétés européennes ainsi que les conditions économiques divergentes ; l'attention inappropriée prêtée à la perspective économique sur le comportement contractuel et la preuve empirique concernant la question de l'interaction entre entreprises et consommateurs dans les marchés réels⁴⁹.

Si ces développements suggèrent une fonction économique du droit européen des contrats, à savoir l'augmentation des échanges intra-communautaires, c'est que nous avons partiellement atteint notre objectif. En effet, ces considérations ne sont que l'explicitation d'une tendance observée à la lecture des derniers documents publiés par les institutions européennes. Nous sommes, alors, en droit de nous demander si, au regard de cette insistance sur l'aspect économique du droit des contrats, nous ne sommes pas perçus par l'Europe davantage comme des consommateurs que comme des citoyens⁵⁰ ?

⁴⁵ Les actes de la conférence de Paris sont publiés in *Revue des contrats*, 2009, p. 767 et s.

⁴⁶ A propos du rapport entre les normes techniques (règles modèles) et les options de politique du droit, v. KENNEDY Duncan, The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law, *European Review of Private Law*, 2001, n° 1, p. 7 et s., p.8 : "In discussion technical issues, legal scholars make arguments, and these arguments "resonate" with, or are homologous with, or are mutually re-enforcing vis-à-vis arguments in domains conventionally thought to be political rather than "merely technical". The rules that emerge from the technical discussion can in turn be analyzed as analogous or homologous or resonant with rules of public or regulatory law that are very much the object of political concern".

⁴⁷ Au début de juillet, la Commission européenne a lancé une nouvelle consultation publique (*Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, COM(2010)348/3, 2 juillet 2010) afin de proposer des actions complémentaires d'ici 2012 « pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats » Cela montre clairement que l'objectif visé par la Commission est celui de consolider le marché intérieur, et que les progrès dans le domaine du droit des contrats ne sont qu'un objectif intermédiaire, fonctionnel.

⁴⁸ Comp. cep. l'avis de WITZ Claude, v. nt. 30.

⁴⁹ Pour l'analyse économique de la fonction du droit européen des contrats, v. CHIRICO Filomena, The Function of European Contract Law. An Economic Analysis, Tilburg Law and Economics Center Discussion Paper n° 2008/025, 29 juillet 2008, disponible à l'adresse suivante http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1185062. Sur la perspective économique citée dans le texte, v. GOMEZ-POMAR Fernando, The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective, *European Review of Contract Law*, 2008, n°2, p. 89 et s.; ID., The Empirical Missing Links in the Draft Common Frame of Reference, *InDret*, 2009, n°1, disponible à l'adresse suivante: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368206. Probablement sous l'effet de stimulation de ce dernier article, est parue très récemment l'analyse économique du PCCR, sous la direction de LAROUCHE Pierre - CHIRICO Filomena, *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within the CoPECL*, Sellier, Munich, 2010.

⁵⁰ V. *infra*, Réflexions en guise de conclusion.

Cette distinction en appelle immédiatement une autre, tout à fait symétrique, entre le droit de la consommation et le droit général des contrats (II).

II. LE CŒUR DE LA PROBLEMATIQUE : L'INTEGRATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION DANS LE DROIT GENERAL DES CONTRATS.

A partir des années mil neuf cent quatre-vingt on observe un changement radical dans la structure du droit des contrats. Si celui-ci pouvait, auparavant, régir les rapports contractuels indépendamment de la régulation du marché, le droit contractuel de nouvelle génération peut être envisagé, quant à lui, comme un instrument de régulation du marché⁵¹ et parfois même de création de celui-ci. Depuis l'origine le droit contractuel de matrice communautaire règle tout naturellement le contrat en fonction non plus (exclusivement) du type d'accord voulu par les parties (vente, prêt, etc.) mais davantage du type d'activité économique (contrats bancaires, contrats financiers, etc.)⁵². On débouche, ainsi, sur une distinction très nette entre les contrats conclus entre entreprises et les contrats conclus entre consommateurs d'une part et professionnels de l'autre. Après vingt ans de développement en ce sens, la question se pose de savoir si nous sommes confrontés à deux paradigmes contractuels différents⁵³. Cette réflexion est particulièrement importante car elle détermine la voie à suivre à ce propos dans le droit européen des contrats.

La question du rapport entre ces deux corpus (le droit général des contrats et le droit de la consommation) repose sur le constat que le terrain de prédilection de l'influence du droit communautaire dans le domaine des contrats est celui des contrats conclus avec les consommateurs⁵⁴. On peut répertorier huit directives ayant une incidence sur la

⁵¹ Pour cette idée, v. COLLINS Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, 1999, selon lequel le droit des contrats est un outil relevant de la réglementation économique, à savoir un ensemble cohérent de règles qui sont utilisées pour atteindre un certain objectif. V. par ex. p. 8 : "The trajectory of legal evolution alters from the private law discourse of seeking the better coherence for its scheme to one learning about the need for fresh regulation by observations of the consequences of present regulation". V. égal. BROWNSWORD Roger, *Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing*, in HOWELLS Geraint – SCHULZE Reiner, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2009, p. 87 et s., lequel analyse la validité du principe de bonne foi en tant qu'instrument de régulation économique.

⁵² Sur ce point, v. SIRENA Pietro, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, *Rivista di diritto civile*, 2006, n°4, p. 415 et s.

⁵³ Dans la doctrine italienne, répond à l'affirmative MONATERI Pier Giuseppe, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonistica del contratto*, *Rivista di diritto civile*, 2003, n°1, p. 409 et s.; ID., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in SIRENA Pietro (sous la direction de), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Giuffrè, Milan, 2006, p. 85 et s.

⁵⁴ C'est ainsi que le droit du contrat européen a été vu pour très longtemps comme un droit de la consommation. Sur les limites d'une telle vision, v. HESSELINK Martijn W., *European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice?*, *European Review of Private Law*, 2007, p. 323 et s. En outre, on n'oubliera pas qu'au niveau communautaire, le développement du droit de la consommation a été fonctionnel aux objectifs de promotion et de bon fonctionnement du marché intérieur : à ce propos, v. CAMARDI Carmelita, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e diritto privato*, 2001, n°3, p. 703 et s.

technique contractuelle⁵⁵, ce qui a conduit, d'une part, au développement d'un droit des contrats sectoriel et très fragmentaire⁵⁶ et, de l'autre, à des tentatives d'harmonisation générale par le biais des projets que nous avons brièvement exposés ci-dessus.

En effet, depuis 2005 deux projets sont élaborés en parallèle⁵⁷: la rédaction, entreprise depuis 2001⁵⁸ d'un cadre commun de référence, et la révision, entreprise quant à elle depuis 2004⁵⁹, des huit directives relatives au droit de la consommation et destinée à améliorer la qualité législative en la matière laquelle est mise en péril par cette juxtaposition de textes. La relation entre ces deux projets n'est pas claire, notamment du fait qu'elle a

⁵⁵ Directive 86/577/CE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux; Directive 87/102/CE du Conseil, du 22 décembre 1986 relatif aux rapprochements de dispositions législatives et réglementaires en matière de crédit à la consommation; Directive 90/314/CE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait; Directive 93/13/CE du Conseil du 13 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre les consommateurs; Directive 94/47/CE du Parlement et du Conseil 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; Directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats conclus à distance; Directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil, du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Pour une récapitulation de la transposition de ces directives dans les Etats membres, v. SCHULTE-NOLKE Hans – TWIGG-FLESNER Christian – EBERS Martin (sous la direction de), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008.

⁵⁶ Il ne faut pas oublier que la Cour de justice de l'Union européenne n'a rien fait pour contenir cette fragmentation. Par exemple, dès lors qu'il s'agissait de l'application de la Directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, elle a toujours refusé de guider les législateurs nationaux dans l'interprétation de cette directive, sous prétexte que cela n'était pas de son ressort, comme dans l'arrêt *Freiburger Kommunalbauten c. Hofstetter*, 1 avril 2004, cause C-237/02. Il en découle que l'harmonisation des lois de protection contre les clauses abusives voulue par le législateur européen a échoué à cause du refus de la Cour de guider l'élaboration d'une clause générale en ce sens.

⁵⁷ A vrai dire, sous le commissaire Kyprianou la DG SANCO a fait marche arrière dans ses engagements, de telle sorte que l'intérêt pour le PCCR était de plus en plus lié à son utilité dans la révision du droit de la consommation. Sur la relation entre ces deux projets, v. SCHULTE-NOLKE Hans, *Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR*, in HOWELLS Geraint – SCHULZE Reiner (sous la direction de), *Modernising and Harmonising*, *op.cit.*, p. 29 et s.; adde ALPA Guido – CONTE Giuseppe, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of reference et sulla revisione dell'acquis communautaire*, *Rivista di diritto civile*, 2008, n°2, p. 142 et s.

⁵⁸ Il s'agit de la déjà mentionnée Communication de la Commission européenne, COM(2001)398 final, suivie par l'Action Plan de 2003, COM(2003)68 final.

⁵⁹ Cette révision a été annoncée pour la première fois dans la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social et au Comité des Régions – *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, COM(2002)208 final, JO C 137 du 8 juin 2002, p. 2 et s. A peu près au même moment le Network of Excellence a été chargé par la Commission de la rédaction du PCCR; la Commission suite à un appel d'offre a conclu avec un groupe de juristes un contrat pour le *Consumer Law Compendium Project*, ayant pour objectif l'analyse de la transposition des huit directives relatives aux droits des consommateurs dans tous les Etats Membres. Ce projet a abouti à la création d'une base de donnée en ligne, mise à jour tous les quatre mois et disponible à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#comp.

Cette communication fut suivie en 2006 par le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM(2006)744 final. Sur cette révision de l'acquis du droit de la consommation, v. LOOS Marco B.M., *Review of the European Consumer Acquis*, Sellier, Munich, 2008; MICKLITZ Hans W. – REICH Norbert – ROTT Peter, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Anverse – Oxford – Portland, 2009, spéc. p. 58 et s.; HOWELLS Geraint – SCHULZE Reiner (sous la direction de), *Modernising and Harmonising*, *op.cit.*

changé de nature plusieurs fois ces dernières années⁶⁰. Toutefois, il faut bien observer qu'aujourd'hui la proposition de directive cadre sur les droits des consommateurs et le PCCR sont presque entièrement déconnectés, ce qui est surprenant au regard des plans initiaux de la Commission.

Dans l'introduction du PCCR il est mentionné le fait que le projet de directive cadre n'utilise pas de manière explicite ce qui a été produit en la matière durant les travaux de rédaction du CCR, même s'il existe, néanmoins, des similarités évidentes quant à la substance⁶¹. Le PCCR intègre le droit de la consommation, du moins dans certaines des règles modèles qui y paraissent, alors que la directive cadre intègre seulement certains aspects du PCCR. Ainsi, on a pu parler de « *two worlds apart* »⁶² et de « *segregation of consumer law* »⁶³, alors que d'un point de vue substantiel, il ne fait aucun doute que « comme les règles de droit de la consommation, beaucoup de règles de droit commun reposent, en effet, sur le constat de l'inégalité économique qui préside la conclusion du contrat »⁶⁴. Le projet de directive s'ancre très bien dans un scénario qui pourrait conduire à un Code européen des droits des consommateurs déconnecté de tout instrument de droit contractuel général d'ici une ou deux décennies. Si tel était le cas, à savoir si la directive

⁶⁰ En 2001, quand le projet d'un CCR fut lancé il n'y a pas de relation, car le projet de révision de l'acquis en matière de droit de la consommation n'est pas encore lancé. A partir de la deuxième moitié de 2004, au moment de l'établissement du Network of Excellence et de la Communication de la Commission sur la voie à suivre en matière de droit européen des contrats, le projet de révision de l'acquis semble bien intégré au sein du projet du CCR. Quand le nouveau Commissaire Kyprianou devint responsable de la Direction générale de la santé et des consommateurs en novembre 2004, les priorités évoluent : la révision de l'acquis communautaire, jusqu'à là projet à moyen terme qui n'est qu'un des domaines d'application du CCR, qui en revanche constitue, alors, le projet à long terme, devient prioritaire. Lors de son arrivée en janvier 2007, le nouveau Commissaire Mme Kuneva relance le projet du CCR, alors complètement séparé du projet de révision de l'acquis communautaire. D'ailleurs, les deux projets sont même d'un point de vue formel placés sous la direction de deux directions différentes : la DG de la santé et des consommateurs pour la révision de l'acquis communautaire et la DG Justice et Affaires Intérieures pour le CCR.

⁶¹ V. le § 62 de l'Introduction au PCCR: "The Green Paper on the review of the consumer acquis has now been followed by the publication of a draft proposal for a "horizontal directive". In its present form, however, and perhaps for reasons of timing, the latter does not make any explicit use of the DCFR. Whereas terminology and drafting style are rather different, there are nevertheless some characteristic similarities with regard to substance. For instance, both the DCFR and the draft horizontal directive propose general rules on pre-contractual information duty or withdrawal rights, which are different in detail but follow the same basic ideas".

⁶² HESSELINK Martijn W., *The Consumer Right Directive and the CFR : Two Worlds Apart ?*, *European Review of Contract Law*, 2009, n°3, p. 290 et s. V. égal. SCHULTE-NOLKE Hans, *Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR*, in HOWELLS Geraint – SCHULZE Reiner (sous la direction de), *Modernising and Harmonising*, *op. cit.*, p. 29 et s.; BERGE Jean-Sylvestre, *La corrélation "droit européen" et "droit des contrats"* (A propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs), *Revue des contrats*, 2009, n°2, p. 697 et s.

⁶³ L'expression est de WILHELMSSON Thomas, *Is There a European Consumer Law – and Should There Be One?*, *Saggi, conferenze e seminari del Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, n° 41, Rome, 2000, p. 5 et s. Quoique contre cette séparation du droit de la consommation et de la partie générale du contrat, l'auteur estime qu'afin de faire évoluer le système juridique "in a more welfaristic direction" il conviendrait de confier l'application du droit des consommateurs à des juges spéciaux ou à des autorités indépendantes.

⁶⁴ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte – MAZEAUD Denis, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations : perspectives internes et européennes*, intervention au colloque de Pise du 25-26 mai 2007, dont les Actes ont été publiés sous la direction de NAVARRETTA Emanuela, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, Milan, 2007.

proposée est destinée à poser les fondations d'un tel code, la Commission européenne devrait d'ores et déjà clarifier cette intention.

On peut affirmer que le droit de la consommation de matrice européenne a très largement influencé les droits nationaux, notamment en ce qui concerne certaines notions, dont nous verrons des exemples dans la deuxième partie de ce mémoire.

Il s'est agi d'un processus de fertilisation croisée⁶⁵, car d'un point de vue historique ces notions ont fait depuis longtemps l'objet d'une convergence de la part des différents droits européens. Dans cet ordre d'idées, on peut considérer que, non seulement, le droit de la consommation a permis de faire redécouvrir cette base commune mais aussi que le franc succès qu'il a remporté est du à cette condition préalable.

Ces considérations ne doivent pas pourtant occulter la question qui nous intéresse principalement. Une fois admis que la partie générale du droit des contrats au niveau européen est très largement influencée par les récents développements du droit de la consommation d'origine communautaire et en tenant compte de l'existence de ces deux projets parallèles, il faut s'interroger sur la voie à suivre.

Cette perspective est d'autant plus importante et actuelle que la Commission a publié, en 2008, une proposition de directive cadre relative aux droits des consommateurs. A supposer que cette directive soit adoptée en l'état, elle ne rendra pas entièrement compatibles les droits des contrats des Etats membres dans les domaines non harmonisés ; au surplus, même dans les domaines où les dispositions sont totalement harmonisées, il sera toujours nécessaire de les appliquer en combinaison avec d'autres dispositions nationales du droit général des contrats. Cette situation corrobore notre hypothèse selon laquelle le droit de la consommation doit être intégré dans les travaux sur le droit général des contrats. En effet, derrière les règles spéciales à l'adresse des consommateurs, sur l'harmonisation desquelles nous pouvons exprimer un certain nombre de doutes, on peut relever des principes généraux⁶⁶. Lorsqu'on reste au stade de l'énoncé des principes, il ne

⁶⁵ Pour donner un exemple du rôle de l'acquis communautaire dans l'explicitation de certains principes devenus généraux au niveau des systèmes juridiques nationaux, on peut relever que le législateur italien, en transposant la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, a qualifié de droits fondamentaux des consommateurs ceux qui sont listés dans l'annexe de la même directive (protection de la santé, sécurité des produits et services, information adéquate, etc.). Ainsi, une partie de l'acquis communautaire qui à l'origine relève du droit de la consommation atteint le plus haut niveau de généralité, car les droits auxquels il est fait référence relèvent dans toutes les situations impliquant un consommateur. Toutefois, on n'oubliera pas le cas anglais : en effet, malgré l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne, le droit anglais des contrats et du commerce semble avoir été peu influencé par les concepts continentaux. Pour les raisons qui expliquent ce phénomène, v. BEALE Hugh, *The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law : The Limits of Voluntary Harmonization*, *European Review of Private Law*, 2010, n°3, p. 501 et s.

⁶⁶ *Contra* (bien qu'avec référence aux *Acquis Principles*, ce qui n'empêche pas de retenir cette opinion même par rapport aux PDEC), REMY-CORLAY Pauline, *Les Principles of the Existing EC Contract (Acquis Principles)*, *Contract I*, rédigés par le Groupe Acquis Communautaire, sont sortis !, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, n° 4, p. 740 et s., p. 742 : « [...] le caractère limité de ces Principes tient à ce que l'on ne peut élaborer de règles générales du contrat à partir de règles spéciales élaborées principalement dans le but de protéger le consommateur. Or il est évident que le droit spécial du consommateur ne peut couvrir l'ensemble de la sphère contractuelle et que toutes les règles spécifiques aux consommateurs ne sont pas adaptées dans les rapports entre professionnels. Il s'ensuit que les règles proposées sont ou très vagues ou très techniques ».

semble pas nécessaire de distinguer les situations des cocontractants (contrat B2B ou contrat B2C⁶⁷) pour les raisons que nous exposerons dans les développements suivants.

Avant cela, il faut d'abord préciser notre opinion : quand nous parlons d'intégration, nous entendons par là une intégration des grandes règles du droit de la consommation, des grands principes qui sous-tendent tout l'acquis communautaire en la matière, et non pas nécessairement des règles de détail. En effet et de manière générale créer des cloisons étanches entre le droit général des contrats et le droit des contrats de consommation n'est pas pertinent. Mais, étant donné que les idées se développent dans des contextes bien précis, qui les influencent largement, il faut être pragmatique et se confronter à la situation telle qu'elle se présente. Tout constat ne peut être établi que dans le sens suivant : les temps ne sont pas mûrs pour se lancer dans une telle entreprise d'intégration totale du droit commun des contrats et du droit de la consommation⁶⁸, quand bien même une analyse fonctionnelle et structurelle de ces deux corpus de règles permettrait de soutenir une telle hypothèse.

Notre prise de position quant à une intégration des grandes règles du droit de la consommation dans une nouvelle version des PDEC, qui puisse éventuellement servir de point de départ pour un futur cadre commun de référence limité au droit (commun) des contrats, ne règle pas le problème de fond dont notre problématique n'est qu'une déclinaison : il n'existe pas, au niveau européen, une conception claire des rapports censés s'établir entre le droit des contrats de consommation et le droit général des contrats⁶⁹. Cette question n'est d'ailleurs, même pas tranchée dans le droit de certains Etats membres⁷⁰.

La confusion conceptuelle qui règne en Europe sur cette question s'explique peut-être par l'absence d'une réflexion globale sur les rapports entre l'acquis communautaire et le futur CCR. Ce manque de réflexion trouve son origine dans une difficulté qu'on pourrait qualifier de « systémique » : traditionnellement dans les Pays de l'Europe continentale le droit des contrats est structuré sur la base d'une articulation de type binaire : une partie générale (à l'exemple de l'*Allgemeiner Teil* du BGB allemand) consacrée au contrat en général, quel que soit le type de transaction conclue, et une partie spéciale (à l'exemple de la *Besonderer Teil* du BGB allemand) consacrée aux différents types de contrats spéciaux.

L'avènement du contrat de consommation conduit à rompre avec ce système binaire, ce contrat n'étant ni général ni spécial. Est créé au sein de chaque partie, générale et spéciale, une « niche » relative au contrat de consommation : l'introduction d'une

⁶⁷ On dénomme B2B les contrats conclu entre deux professionnels, et B2C les contrats conclu entre un professionnel et un consommateur.

⁶⁸ V. *infra*, Réflexions en guise de conclusion.

⁶⁹ V. NAVARRETTA Emanuela (sous la direction de), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, *op. cit.*

⁷⁰ Quant au débat italien sur la question, v. SIRENA Pietro, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, *Rivista di diritto civile*, 2004, n°1, p. 787 et s.; ID., Il codice civile e il diritto dei consumatori, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, n° 5, p. 277 et s. Les observations que nous ferons dans le corps du texte à propos des raisons qui justifieraient l'intégration du droit de la consommation dans un futur instrument européen du droit commun des contrats ont de la valeur aussi par rapport à la situation dans des Etats comme la France et l'Italie, où il existe encore une séparation nette entre ces deux corps de règles.

réglementation « spéciale » des clauses abusives dans les contrats de consommation au sein de la partie générale ; l'introduction d'une réglementation « spéciale » de la garantie de conformité du bien dans le cadre de la partie spéciale consacrée au contrat de vente.

Cette situation se concrétise dans certains Etats membres, en France et en Italie par exemple, par la coexistence d'un code civil et d'un code de la consommation, solution qui n'empêche pas toujours la conviction. D'autres pays, comme l'Allemagne, n'ont pas élaboré de code de la consommation, ce qui ne signifie pas pour autant un plus grand désintérêt pour le droit de la consommation.

Toutefois, l'opposition nette entre le droit de la consommation et la partie générale du droit des contrats, c'est-à-dire la thèse d'un *Zweispurigkeit*, d'une double voie, constitue à notre avis une présentation erronée de la problématique.

Nous essayons d'en démontrer les raisons à travers une analyse à la fois fonctionnelle et structurelle.

Au moment de la publication des premières directives, lesquelles entraînent la modification de parties substantielles du droit national des contrats en vue de l'adapter aux impératifs de protection du consommateur⁷¹, ce « nouveau » droit des contrats effraie, dans la mesure où il apparaît « éversif » par rapport aux principes généraux de certains systèmes juridiques⁷². En conséquence, un nombre important de législateurs nationaux font, alors, le choix de laisser ce droit segmenté, dispersé dans toute une série de mesures éparses, chacune caractérisée par un haut niveau de spécificité. Ce choix constitue ainsi, outre l'option la plus pratique pour les législateurs nationaux, la seule apte à permettre une première expérimentation jurisprudentielle et doctrinale de la matière tout en en circonscrivant au maximum la portée systématique.

La transposition « pointilleuse » des directives communautaires en matière de contrats de consommation a été, à court terme, une décision sage. Elle apparaît toutefois aujourd'hui préjudiciable à l'efficacité du système juridique, dans la mesure où les raisons qui la justifiaient à l'origine ont disparues. De même, au niveau européen, la distinction entre les contrats B2B et les contrats B2C n'a plus de sens⁷³.

Le rapport entre la réglementation des contrats de consommation et le droit commun des contrats, tel que façonné par les projets européens cités plus haut, doit être analysé

⁷¹ Le droit français contenait déjà en son sein les techniques de protection portées par ces directives, et il n'est donc pas étonnant que ces directives aient été faciles à transposer dans l'ordre juridique français. D'ailleurs, en France, le droit de la consommation a fait tôt l'objet d'un effort substantiel de théorisation, et à certains égards on pourrait estimer que le droit français de la consommation a été celui qui a le plus stimulé et enrichi le droit communautaire de la consommation. Sur cela, v. BOURGOIGNIE Thierry, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, 1998. Sur la refonte programmée du Code de la consommation, v. PICOD Yves, *Réflexions sur la refonte du Code de la consommation*, *Contrats concurrence consommation*, 2008, n°12, p. 7 et s.

⁷² Sur ce point, v. MACARIO Francesco, *Alla ricerca dei "principi comuni" per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in CAFAGGI Fabrizio (sous la direction de), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, CEDAM, Padoue, 2003, p. 30 et s.

⁷³ Pour une opinion similaire HESSELINK Martijn W., *Towards a sharp distinction between B2B and B2C ? On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive*, Working Paper n° 2009/06 du *Centre for the Study of European Contract Law* de l'Université d'Amsterdam.

selon deux points de vue : d'abord à travers une analyse fonctionnelle destinée à vérifier que ces deux corpus sont homogènes du point de vue des intérêts protégés (A) ; ensuite à travers une analyse structurelle, propre à vérifier si l'acquis communautaire en matière de consommation et les règles du droit général des contrats portent sur le même objet, c'est à dire le même type de contrat (B).

A. Analyse fonctionnelle de l'intégration du droit de la consommation dans le droit général des contrats.

Une telle analyse doit se concentrer, d'abord, sur le rapport entre contrat et marché. Les notions de contrat et de marché et la réglementation juridique propre à chacune de ces notions sont indissociables tant elles dépendent l'une de l'autre : c'est la stipulation des contrats qui crée le marché et c'est le marché qui rend possible l'autonomie contractuelle des individus.

A l'inverse, les règles du droit de la consommation sont généralement conçues comme des interventions de « protection », qui, afin de compenser un déséquilibre socio-économique, favorisent les intérêts des consommateurs sur ceux des fournisseurs de biens et services. Le droit de la consommation s'insérerait donc dans une politique du droit *lato sensu* distributive, incompatible avec le marché et visant à en corriger les effets au nom de la justice contractuelle⁷⁴. Une telle interprétation du droit de la consommation nous semble pourtant difficile à partager. Ce point de vue paraît d'autant plus évident si nous évitons de regarder ce nouveau corpus de droit du point de vue habituel du juriste national, et si nous nous plaçons dans la perspective, plus large, du droit communautaire. Celui-ci est caractérisé, on le sait, par des finalités institutionnelles et des techniques législatives tout à fait particulières.

Du point de vue du droit communautaire, la protection du consommateur n'est pas un objectif législatif final et, pour ainsi dire, autosuffisant. Il s'agit d'un objectif fonctionnel nécessaire au développement et au bon fonctionnement du marché unique⁷⁵. La protection du consommateur est moins comprise comme un complément au marché que comme une condition préalable à ce dernier⁷⁶. En ce sens, le droit communautaire de la consommation n'établit pas des règles finalistes qui imposent aux acteurs du marché un certain ordre des

⁷⁴ V. IRTI Natalino, La fondazione hegeliana del “diritto dei consumatori”, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Actes du colloque organisé à Sienne du 22 au 24 septembre 2004, Milan, 2006. Il qualifie le modèle du droit de la consommation de “succédané psychologique de la lutte de classe”.

⁷⁵ Cette idée se retrouve dans toutes les Communications qui ont trait au droit des contrats. Néanmoins, ces dernier temps, avec le Programme de Stockholm, cette idée de protection du marché par le biais de la protection du consommateur est quelque peu en recul.

⁷⁶ V. STUYCK Jules, *European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam : Consumer Policy In or Beyond the Internal Market ?*, *Common Market Law Review*, 2000, p. 367 et s.

intérêts économiques mais davantage des règles « conditionnelles », qui permettent que chacun puisse rechercher son propre avantage selon les mécanismes du marché⁷⁷.

Il est tout à fait admissible de ramener la politique communautaire du droit de la consommation à la tradition du libéralisme, dans sa composante réformatrice⁷⁸ qui admet des interventions de l'autorité publique pour corriger certains échecs du marché, lequel reste perçu comme l'instrument optimal d'accroissement du bien-être économique et social de la collectivité.

À l'origine de la construction communautaire, le seul type de réglementation nécessaire dans la perspective que nous venons de décrire est celle qui a trait à la protection de la libre concurrence entre les entreprises⁷⁹. Il n'y a donc pas, à l'origine, de besoin d'une vraie politique de protection du consommateur, celui-ci étant perçu comme le destinataire « passif » de la politique de protection de la concurrence. L'évolution du système économique a pourtant progressivement démontré que ce dernier type d'intervention ne suffit pas à garantir l'efficacité économique, celle-ci étant potentiellement mise en péril par l'impossibilité pour les consommateurs d'exercer leur autonomie de négociation dans certaines situations typiques (par exemple, la négociation de masse). Les règles du droit de la concurrence ne permettent pas de résoudre ce type de déficience du marché découlant d'une asymétrie informative entre les parties. La naissance du droit de la consommation repose, alors, sur la nécessité d'établir de nouvelles règles du droit des contrats

Le développement du droit de la consommation n'interdit pas pour autant aux entreprises de poursuivre leurs intérêts économiques : il se borne à réglementer les modalités à travers lesquelles ces intérêts peuvent être satisfaits par le biais du contrat. Cette réglementation n'est pas incompatible avec l'autonomie de négociation mais en préserve, au contraire, la fonction essentielle : faire en sorte que le conflit d'intérêt entre les parties s'accommode avec les mécanismes du marché.

Nous pouvons donc conclure qu'il n'existe aucune incompatibilité axiologique entre le corpus de règles qui constitue le droit de la consommation et celui qui constitue le droit général des contrats⁸⁰. Au contraire, le droit des contrats de consommation est une composante indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur.

Il faut toutefois encore vérifier que, d'un point de vue structurel, ces deux corpus de règles envisagent tous deux un type de contrat que l'on puisse vraiment qualifier de général.

⁷⁷ Pour cette admirable distinction entre règles « conditionnelles » et règles « finalistes », v. CASSESE Sabino, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Rome – Bari, 2000, p. 177 et s.

⁷⁸ L'origine politique du droit communautaire de la consommation a été sondée par SOMMA Alessandro, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Giappichelli, Turin, 2003, *passim*, spéc. p. 21, quoiqu'avec des intentions ouvertement polémiques. Pourtant, au-delà de l'exagération idéologique et parfois moraliste de la thématique, l'analyse de cet auteur peut être substantiellement partagée.

⁷⁹ A ce propos, v. WEATHERILL Stephen, Consumer Policy, in CRAIG Paul – DE BÛRCA Grainne (sous la direction de), *The Evolution of the EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 696 et s.

⁸⁰ *Contra* CALAIS-AULOY Jean, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 239 et s., spéc. p. 253.

B. Analyse structurelle de l'intégration du droit de la consommation dans le droit général des contrats.

Une distinction très nette entre les contrats B2C et les contrats B2B pourrait être justifiée par certaines caractéristiques structurelles qu'on met souvent en avant pour la légitimer. Les consommateurs, généralement perçus comme économiquement plus faibles, souffrent d'une asymétrie informative, d'un manque de rationalité et n'ont pas de libre choix vis-à-vis des offres qui leur sont proposées. Cette idée laisse entendre qu'au contraire les entreprises qui contractent entre elles seraient économiquement égales, complètement informées, tout à fait rationnelles et disposent de plusieurs choix.

Ces critères de différenciation sont également contestables. Ou, tout au moins, les caractéristiques qu'on attribue aux contrats B2C se retrouvent également dans les contrats B2B⁸¹.

En effet, l'inégalité de pouvoir contractuel est tout à fait courante dans les relations B2B. Les PME ou les entrepreneurs individuels sont souvent plus vulnérables que les consommateurs, car leurs contrats ont souvent une valeur économique beaucoup plus significative que les contrats conclus par les consommateurs. En outre, de nombreuses PME sont beaucoup plus dépendantes de certains contrats (par exemple, les contrats d'approvisionnement) que ne le sont les consommateurs, lesquels, pourtant, reçoivent davantage de protection.

Quant à l'asymétrie informative, on dit souvent qu'on protège les consommateurs car ils sont moins informés que leur cocontractant, qui connaît son produit et conclut souvent le même type de contrat pour le même type de produit. Cette asymétrie informative peut manifestement affecter également les contrats B2B. C'est notamment le cas des PME ou des entrepreneurs individuels qui négocient des biens atypiques par rapport à leur activité (par exemple un agent immobilier qui achète un système d'alarme pour son agence). La Cour de cassation française a justement considéré à cette occasion, que cet agent immobilier était placé dans « le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »⁸². Un agent immobilier est, en effet, censé être expert dans le domaine des négociations immobilières. S'il se trompe dans une décision à l'égard d'une propriété immobilière, il ne mérite pas de protection. Mais est-il vraiment raisonnable de demander à cet agent immobilier de détenir toute l'information relative aux systèmes d'alarme ? Il apparaît, en réalité, beaucoup plus raisonnable d'imposer au vendeur de systèmes d'alarme de renseigner l'agent immobilier à cet égard. On voit ainsi comment l'argument de l'asymétrie informative ne suffit pas à différencier nettement les contrats B2C des contrats B2B.

L'argument du manque de rationalité est très intéressant car, contrairement aux théories classiques qui postulent que chacun vise à accroître son bien-être individuel à travers des choix rationnels, il est en phase avec les dernières découvertes de l'économie

⁸¹ Dans le même sens, HESSELINK Martijn W., *Towards a sharp distinction between B2B and B2C?*, *cit.*

⁸² Cass.civ., 28 avril 1987, *Recueil Dalloz*, 1988, n°1, obs. DELEBECQUE Philippe.

comportementale⁸³. Parfois, les consommateurs commettent des erreurs car ils sont guidés et distraits par leurs émotions. Tout le monde peut s'accorder sur ce constat. Cette réalité justifie, dans le droit de la consommation, l'existence d'un délai de rétractation, qui permet d'annuler la négociation désavantageuse. Si on admet l'existence de ce type de comportements irrationnels et sauf à supposer que, par exemple, un entrepreneur individuel change soudain de personnalité lorsqu'il exerce ses fonctions professionnelles, force est d'admettre que ce dernier peut également être affecté par des « défaillances cognitives ». Par conséquent, un contrat B2B peut être conclu par un cocontractant irrationnel, peut-être avec une grande entreprise qui, au contraire du petit entrepreneur individuel, peut structurer son processus décisionnel de manière à écarter le risque de décisions irrationnelles. Même l'argument du manque de rationalité fait donc défaut aux pour différencier les contrats B2B des contrats B2C.

Le dernier critère de différenciation a trait aux possibilités limitées de choix dont disposerait le consommateur à l'inverse de l'entrepreneur. En réalité, le problème se pose de manière inverse : le consommateur dispose de nombreux choix, ce qui l'induit parfois en erreur ; les PME et les entrepreneurs individuels, au contraire, disposent souvent d'un choix réduit, notamment dans des secteurs fortement spécialisés, dans lesquels il n'est parfois possible de s'approvisionner qu'auprès d'un fournisseur.

En somme, toutes les caractéristiques invoquées pour différencier structurellement les contrats B2C des contrats B2B sont contestables. Cela démontre, une fois encore, qu'aucun élément ne s'oppose à l'intégration du droit de la consommation dans un instrument relatif au droit général du contrat.

⁸³ La Direction générale de la santé et de la protection du consommateur (DG SANCO) a découvert tout récemment l'économie comportementale, v. le très intéressant colloque « How can Behavioural Economics Improve Policies Affecting Consumers ? », organisé par la Commission le 28 novembre 2008, sur lequel v. http://ec.europa.eu/consumers/dyna/conference/programme_en.htm.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.

Les contrats de consommation ne forment plus la catégorie centrale et privilégiée du droit européen des contrats. S'ils ont eu le grand mérite d'introduire certains principes, on remarque, aujourd'hui, au niveau européen un nombre croissant de réglementations contractuelles où la partie protégée contre une entreprise dominante n'est pas nécessairement un consommateur mais une autre entreprise (plus faible) ou plus souvent encore un client achetant des biens ou services sur le marché (contrats entre fournisseur et client).

On observe ainsi une transition de la notion de contrat de consommation vers celle de contrats asymétriques⁸⁴, c'est à dire des relations contractuelles entre une entreprise dominante et un autre agent du marché (qu'il soit consommateur ou non-consommateur) lequel souffre d'une inégalité de pouvoir de négociation en raison de sa position objective sur le marché. Cette évolution est souhaitable, principalement d'un point de vue technique, car elle peut permettre au droit des contrats de faire face au risque accru de fragmentation induit par le régime spécial des contrats de consommation et donc de retrouver son unité et sa cohérence.

Cette séparation entre les deux corpus de règles n'est plus justifiée ni d'un point de vue fonctionnel ni d'un point de vue structurel. A court terme, la révision de l'acquis communautaire du droit de la consommation est une entreprise dont il faut se féliciter. Néanmoins, dans une perspective plus longue, une telle dynamique ne devrait constituer qu'une étape, quoique importante, qui prélude à la poursuite d'un objectif plus ambitieux : l'intégration complète du droit de la consommation dans un instrument du droit général des contrats à travers une nouvelle version des PDEC (ce que nous souhaitons) ou une version abrégée du PCCR, laquelle serait limitée au droit des contrats, et qui en tout état de cause s'inspire des PDEC.

A cet égard, une des caractéristiques les plus importantes des PDEC est qu'ils ignorent complètement le « consommateur » et les « contrats de consommation » : ces termes ne sont jamais utilisés et les PDEC ne prévoient pas de règles spécifiques pour les contrats B2C. Certes, la lecture de certaines dispositions des PDEC, par exemple celles des articles 2:104 et 4:110, visent clairement des contrats B2C, dans la mesure où elles reprennent les termes de la Directive 93/13/CE sur les clauses abusives. Mais les PDEC, contrairement à la directive précitée, ne limitent pas l'applicabilité de ces règles aux contrats B2C, mais l'étendent à toutes les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation

⁸⁴ Sur cette notion, v. ROPPO Vincenzo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale : genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in ROPPO Vincenzo (sous la direction de), *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Turin, 2005, p. 23 et s., spéc. p. 51 et s. ; ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts : a Trend in European Contract Law*, *European Review of Contract Law*, 2009, n°3, p. 304 et s. Sur l'existence d'une partie de l'acquis communautaire qui se réfère aux contrats B2B, v. RIESENHUBER Karl, *System and Principles of EC Contract Law*, *European Review of Contract Law*, 2005, n°3, p. 297 et s., spéc. p. 305-306.

individuelle, quel que soit le statut personnel du contractant⁸⁵. Le défaut de négociation individuelle démontre que le « pouvoir de marché » d'une des parties lui a permis d'imposer unilatéralement les clauses contractuelles à l'autre partie. C'est là qu'apparaît l'asymétrie et par conséquent le besoin de protection juridique.

En somme, les PDEC ne traitent pas des contrats de consommation, mais plus généralement d'une catégorie de contrats qui sont des contrats asymétriques, incluant les contrats B2C mais aussi les contrats B2B⁸⁶. Les PDEC reconnaissent, ainsi, que la politique de protection poursuivie par le législateur européen depuis 1993 dans le domaine des contrats de consommation doit être étendue à un plus grand nombre de relations contractuelles, celles marquées par une asymétrie significative entre les parties au contrat⁸⁷.

En conséquence, les PDEC étendent la législation de protection, à l'origine conçue pour les seuls contrats B2C, à tous les contrats asymétriques, lesquels le sont en raison de facteurs sociologiques tout à fait « physiologiques », à savoir qu'ils relèvent de la structure (imparfaite) du marché.

Notre conclusion ne peut être, à ce stade, que provisoire. Il reste indispensable d'aborder la question de la révision du chapitre I des PDEC sous l'angle des principes directeurs. En effet, le droit de la consommation a eu le grand mérite d'introduire un

⁸⁵ Sur ce point, v. MICKLITZ Hans-W., *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, *Journal of Consumer Policy*, 2004, n°3, p. 339 et s., spéc. p. 341-342. Il est significatif de relever l'attitude tout à fait différente de la Cour de cassation française. La protection contre les clauses abusives a son siège dans le Code de la consommation (art. L 132-1) ; de ce fait, elle est exclusivement destinée aux consommateurs victimes de ces clauses dans des contrats conclus avec des professionnels. Ces derniers, en France, n'ont jamais été autorisés par la Cour de cassation à se prévaloir des dispositions protectrices du code de la consommation, pas plus que les consommateurs qui ont conclu un contrat avec un autre consommateur. Cela équivaut à dire qu'il n'existe pas de règle générale de protection contre les clauses abusives en droit positif, cette protection n'étant mise en œuvre qu'à partir de règles spéciales conçues dans le domaine très spécifique de la relation consommateur-professionnel (ainsi nommée relation B2C). Cet état des choses provient du fait que le déséquilibre contractuel est considéré comme une conséquence de l'admission du principe de la liberté contractuelle : on préfère un engagement libre au risque de déséquilibre. Cela a comme conséquence que les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets pour tous les types de contractant.

⁸⁶ Un débat très riche s'est développé en Italie à propos de cette distinction : d'une part il y a ceux qui soutiennent l'existence d'une catégorie plus générale de « contrats asymétriques », qui comprendrait tous les contrats caractérisés par un déséquilibre de pouvoir contractuel, qu'ils soient des contrats B2C ou des contrats B2B, et dont le concept a très largement son origine dans la législation communautaire en matière de contrats de consommation ; de l'autre ceux qui estiment qu'il existe un type spécifique de contrat, dénommé « tiers contrat » qui se différencie à la fois des contrats conclus entre particuliers et des contrats B2C, car il comprend les contrats déséquilibrés conclus entre deux entreprises ; pour cette thèse, v. les contributions *in* GITTI Gregorio – VILLA Gianroberto (sous la direction de), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologne, 2008 ; *adde* CAMARDI Carmelita, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, *Rivista critica del diritto privato*, 2005, p. 557 et s.

⁸⁷ Le choix de la Directive 93/13/CE de limiter la protection contre les clauses abusives aux seuls contrats de consommation fait récemment l'objet en Italie d'une réflexion critique. En effet, la Cour constitutionnelle a du répondre à la question de savoir si l'application de la législation nationale transposant la directive 93/13 aux seuls consommateurs, et non aux petites entreprises, constitue une violation du principe d'égalité de l'article 3 de la Constitution. La Cour constitutionnelle dans son arrêt du 22 novembre 2002, n°469, répond par la négative mais avec des arguments très faibles, qui laissent la voie ouverte à de nouvelles questions de constitutionnalité. A ce propos, v. CALVO Roberto, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, n°3, p. 869 et s. ; RINALDI Francesco, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, n°1, p. 39 et s.

nouveau noyau de principes généraux et de les mettre en valeur dans tous les cas où ceux-ci existaient déjà *in nuce* dans les systèmes juridiques nationaux. Une fois démontré qu'il faudrait intégrer le droit de la consommation dans les PDEC (à savoir, dans un instrument du droit général du contrat), il faut se demander quel en serait effet sur les principes directeurs figurant au Chapitre I.

DEUXIEME PARTIE

La problématique de la révision vue sous l'angle des principes directeurs.

Dans un « manifeste » publié en 2005⁸⁸, le groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen se demande « s'il [est] possible de construire un fonds de valeurs communes qui, dans le respect de la diversité, auraient vocation à constituer les fondations d'un droit des contrats en Europe »⁸⁹.

En anticipant les conclusions de cette deuxième partie, on peut affirmer qu'il est possible d'observer au niveau européen une convergence d'ordre substantiel quant à certains principes⁹⁰ explicités dans le texte des PDEC et susceptibles de constituer la base des principes généraux du droit des contrats en Europe⁹¹ sans distinction entre contrats conclus entre professionnel et non-professionnel (consommateur) et contrats conclus entre deux professionnels⁹².

Ces principes généraux doivent être placés à la base de tout travail à venir. Leur justification provient du fait qu'« ils déclarent, sous une forme claire et accessible, l'*opinio communis* d'un groupe de juristes européens sur ce que peut être un droit du contrat acceptable dans toute l'Europe »⁹³.

La substance de ces quatre principes généraux repose sur l'idée d'une justice contractuelle exigeante, qui a elle même une influence sur les pratiques des juridictions des Etats membres, lesquelles sont ontologiquement plus réceptives aux changements que les

⁸⁸ La version française de ce manifeste a été publiée dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 713 et s.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 716.

⁹⁰ A nos fins, nous garderons la définition de principe donnée par WHITTAKER Simon, A Framework of Principles for European Contract Law ?, *The Quarterly Law Review*, 2009, p. 616 et s., p. 639 : «For this purpose, I mean by legal principle a legal proposition of considerable generality which (absent some specific exception or counter-veiling legal proposition) requires a court to make a decision in one way rather than in another ».

⁹¹ Pour cette idée, v. MAZEAUD Denis, Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2959 et s., lequel dégage des articles que nous allons étudier trois macro-principes: «Au regard de la substance de ces Principes du droit européen du contrat, des règles de fond qu'ils énoncent, il apparaît que le socle sur lequel repose cette identité contractuelle européenne est composé de trois grands principes: liberté, d'abord; loyauté, ensuite; sécurité, enfin. Principes exprimés, exploités et déclinés de façon suffisamment souple et flexible dans le texte pour pouvoir être transposés et absorbés par les droits des Etats membres sans que ceux-ci perdent de spécificité, renoncent à leur propre identité».

⁹² Le même discours vaudrait pour les contrats conclu entre deux consommateurs (ainsi nommés contrats C2C), mais nous n'aborderons pas les détails de cette question dans ce mémoire. Il suffira de remarquer que les principes directeurs qui s'appliquent aux contrats B2C et aux contrats B2B peuvent *a fortiori* être valables pour les contrats C2C.

⁹³ REMY Philippe, Ouverture, in REMY-CORLAY Pauline – FENOUILLET Dominique (sous la direction de), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat*, Dalloz, Paris, 2003, p. 3 et s., p. 10.

législateurs⁹⁴. Au surplus, certains de ces principes sont repris dans l'Introduction du PCCR de 2008 et de 2009⁹⁵ bien que ces quatre Principes du chapitre I des PDEC soient de nature différente par rapport aux principes de « *freedom, security, justice and efficiency* ». Ils sont davantage en phase avec les principes dégagés par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française et par la Société de Législation Comparée : liberté, loyauté et sécurité.

Cette justice contractuelle exigeante, que ces quatre principes cristallisent, ne doit pas être limitée aux contrats B2C, mais doit être appliquée aux contrats B2B, pour les raisons substantielles que nous avons exposées dans la première partie de ce mémoire. Il faut maintenant vérifier si, au stade de l'énoncé des principes, il est parfois nécessaire de distinguer les situations en cause (B2B ou B2C).

En prenant en considération le chapitre I des PDEC on ne s'interrogera que sur les principes énoncés aux articles 1:102, 1:201, 1:202 et 1:302, sans s'intéresser à l'application des PDEC aux questions de consentement (art. 1:104), aux usages et pratiques (art. 1:105), à l'application des PDEC par analogie (art. 1:107), et moins encore aux définitions (art. 1:301), aux notifications (art. 1:303), à la computation des délais (art. 1:304) et à l'imputation de connaissance et d'intention (art. 1:305).

I. LA LIBERTE CONTRACTUELLE (ART. 1 :102).

- (1) *Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes.*
- (2) *Les parties peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement.*

⁹⁴ En France, la Cour de cassation a reconnu l'admission de la nullité des contrats pour violence économique (arrêt du 30 mai 2000, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1140 et s., obs. MAZEAUD Denis; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 827 et s., obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand et arrêt du 3 avril 2002, *Contrats, concurrence, consommation*, 2002, n° 121, obs. LEVENEUR Laurent) et la renégociation des contrats pour imprévision (arrêt du 24 novembre 1998, *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, comm. n° 56, obs. MALAURIE-VIGNAL Marie).

⁹⁵ Sur l'étonnant changement de perspective de l'Introduction de 2009 par rapport à celle de l'*interim edition* de 2008, v. WHITTAKER Simon, A Framework of Principles, *cit.*; HESSELINK Martijn W., If you don't like our principles we have we have others. On core values and underlying principles in European private law: a critical discussion of the new "Principles" section the draft CFR, Working Paper n° 2009/10 du *Centre for the Study of European Contract Law* de l'Université d'Amsterdam, disponible à l'adresse suivante: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514449.

Ce principe est essentiel au bon développement des relations économiques⁹⁶. Comme les droits nationaux de l'Union européenne⁹⁷, les PDEC reconnaissent aux individus et aux entreprises le droit de décider avec qui ils contractent et à quelles conditions. Il s'agit de la liberté de conclure un contrat et, corrélativement, de ne pas le conclure ; liberté, ensuite, d'en déterminer le contenu⁹⁸ (A). Toutefois, cette liberté n'est pas sans limites puisqu'elle est soumise aux règles impératives et au respect de la bonne foi (B).

A. Le contenu de la liberté contractuelle.

Dans les PDEC, le contenu de la liberté contractuelle a deux composantes : la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de choisir le contenu du contrat.

La liberté de choisir le cocontractant est en phase avec le principe de libre circulation, notion centrale du Traité CE, ainsi qu'avec les règles qui garantissent la concurrence à l'intérieur de la Communauté. La possibilité de choisir son cocontractant bénéficie aussi bien au consommateur qu'à l'entrepreneur. C'est pour défendre cette liberté qu'on a, par exemple, réglementé les pratiques commerciales déloyales ou la publicité mensongère, qui peuvent induire en erreur et donc limiter cet aspect de la liberté contractuelle.

Quant à la possibilité de choisir le contenu du contrat, la question se pose notamment pour les contrats d'adhésion conclus par les consommateurs dont le contenu est, par définition, fixé à l'avance. Ce type de contrats pourrait laisser supposer une limitation de la liberté contractuelle. Néanmoins, l'alinéa 2 de cet article 1 :102, qui impose le respect de la bonne foi, assure que, même dans ce type de négociations, la liberté contractuelle est garantie, sinon dans sa concrétisation du choix du contenu, du moins dans l'acceptation de clauses qui ne sont pas manifestement désavantageuses.

La détermination du contenu du contrat peut également être une manifestation du pouvoir de la volonté unilatérale. Quel que soit le type de contrat conclu, son contenu peut être conventionnellement laissé à la discrétion de l'un des contractants et cette liberté porte

⁹⁶ On relèvera toutefois que la liberté contractuelle, tout en constituant une condition préalable essentielle de la liberté d'entreprise économique et donc du marché au sens large, n'est pas une condition suffisante au bon fonctionnement de ce dernier, lequel, au contraire, est constamment mis en péril précisément par l'exercice de l'autonomie contractuelle, par exemple à travers la conclusion d'ententes. D'où la nécessité, à la fois d'une intervention publique par la réglementation des activités qui relèvent de l'exercice de la liberté d'entreprise et des normes qui régissent les contrats, lesquels constituent la manifestation et l'instrument de cette liberté.

⁹⁷ La liberté pour les parties de contracter et aux conditions de leur choix, est reconnue par l'article 1322 du code civil italien, l'art. 1134, al.1, du code civil français, l'art. 2(1) de la Constitution allemande et l'art. 1255 du code civil espagnol. Sur la liberté contractuelle, v. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE – SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPARÉE, *Principes contractuels communs*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, p. 25 et s.

⁹⁸ Sur le principe de la liberté contractuelle dans le droit français, v. le commentaire de MESTRE Jacques à l'article 1:102 des PDEC, in PRIETO Catherine (sous la direction de), *Regards croisés, op.cit.*, p. 106 et s.

non seulement sur les éléments essentiels du contrat mais aussi sur ses éléments accessoires. Le garde-fou contre les excès de ce pouvoir est, une foi de plus, la bonne foi. Il en va de même du pouvoir unilatéral d'anéantir le contrat invalide (articles 4 :103, 4 :107, 4 :108), déséquilibré (articles 4 :109 et 4 :110) ou inexécuté (art. 9 :301), la saisine du juge étant superflue si sont remplies les conditions prévues aux articles suscités.

Toutes ces différentes déclinaisons de la liberté contractuelle, ainsi que les limites qui y sont posées, concernent aussi bien les contrats B2C que les contrats B2B.

B. Les limites à la liberté contractuelle.

Il existe deux limites à ce principe : la liberté contractuelle s'incline, d'abord, devant les règles impératives « du droit national, supranational ou international » et devant celles posées par les PDEC eux-mêmes ; la liberté contractuelle doit composer, ensuite, avec les exigences de la bonne foi.

Quant aux règles impératives, il faut, au préalable, préciser que la distinction entre les règles impératives et celles qui ne sont que supplétives est bien connue par les droits d'origine romaine mais ne commence à l'être par la *common law* que dans la période récente⁹⁹. Dans les systèmes juridiques de droit romain, l'expression synthétique « règles impératives » est équivalente à celle des « bonnes mœurs, de l'ordre public et de la morale » utilisée par certains Etats membres¹⁰⁰.

La portée de la liberté contractuelle est affirmée à l'égard des règles édictées par les PDEC, dont le caractère supplétif est consacré sous forme de principe à l'alinéa 2 de l'article 1 :102. Toutefois, si les parties décident de soumettre leur contrat aux PDEC, ils ne peuvent pas en exclure les règles impératives. En outre, si les parties incorporent les PDEC dans un contrat régi par un droit national, les règles impératives de ce droit s'appliquent et ne peuvent pas être écartées au nom de la libre détermination du contenu du contrat.

Cette première limite posée à la liberté contractuelle, il serait absurde d'affirmer qu'elle ne devrait s'appliquer qu'aux contrats B2C et pas aux contrats B2B alors que les règles impératives sont considérées de la plus haute valeur par le système juridique. Si des règles sont impératives, elles le sont pour tous les acteurs du système juridique.

La bonne foi constitue une autre limite à la liberté contractuelle puisque celle-ci ne peut être exercée que dans le respect de la bonne foi.

⁹⁹ V. ALPA Guido, *Contratto nei sistemi di common law, Digesto discipline privatistiche*, vol.IV, Utet, Turin, 1998, p. 155 et s.

¹⁰⁰ V. par exemple l'art. 1255 du code civil espagnol : « Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público » (italique ajouté), ou l'article 19 du code suisse des obligations : « L'oggetto del contratto può essere liberamente stabilito entro i limiti della legge. Le stipulazioni che derogano alle disposizioni legali sono permesse solo quando la legge non stabilisca una norma coattiva o quando una deroga al suo testo sarebbe contraria all'ordine pubblico o ai buoni costumi o ai diritti inerenti alla personalità » (italique ajouté).

A titre d'exemple, l'article 2 :202 des PDEC dispose que lorsque l'offrant s'est engagé à maintenir son offre de contracter pendant un délai déterminé, la révocation de l'offre est inefficace et ne peut donc pas faire obstacle à la formation du contrat si l'acceptant expédie son acceptation dans le délai en question¹⁰¹. Dans ce cas la liberté de ne pas conclure un contrat est limitée par la défense des attentes légitimes de l'autre partie.

Le même article des PDEC consacre le principe de *reasonableness*, de matrice anglo-saxonne, comme une autre limite à la liberté contractuelle, additionnelle à celle de la bonne foi. L'alinéa 3 de l'article 2 :202 dispose, en effet, que le pouvoir de révoquer librement l'offre est exclu lorsque « son destinataire [est] *raisonnablement* fondé à la croire irrévocable et s'il agit sur la foi de l'offre » (italique ajouté). On peut ainsi observer la manière dont ces principes interagissent : la bonne foi et le caractère raisonnable l'emportent sur la liberté contractuelle, en imposant la formation forcée du contrat en dépit de la volonté contraire de l'offreur et ce afin de protéger les attentes raisonnables de l'acceptant.

A l'égard de la limite posée par le principe de bonne foi, il n'y a pas non plus de raisons de distinguer selon le type de contrat (B2B et B2C).

La bonne foi mentionnée, ici, comme limite aux excès de la liberté contractuelle est, plus généralement, la vraie clef de voûte de tout le système de justice contractuelle des PDEC. Il convient donc de s'arrêter sur ce principe.

II. LA BONNE FOI (ART. 1 :201).

- (1) *Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi.*
- (2) *Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter.*

Si l'on avait encore des doutes quant à l'importance fondamentale de la bonne foi dans le droit européen des contrats, ceux-ci seraient dissipés par le fait que la Commission européenne, dans le Livre vert de 2008, s'interroge sur l'opportunité d'introduire une obligation générale de loyauté et de bonne foi comme instrument horizontal dans l'acquis communautaire¹⁰².

¹⁰¹ On relèvera qu'en droit positif français la Cour de cassation n'a jamais admis que la révocation abusive d'une offre, même si elle a été faite à personne déterminée et qu'elle était assortie d'un délai express d'acceptation, puisse être sanctionnée par la conclusion forcée du contrat à la demande du destinataire de l'offre, lequel ne peut obtenir que des dommages et intérêts.

¹⁰² La Commission estime, alors, que « l'introduction d'un tel principe, faisant office de filet de sécurité, comblerait tout vide réglementaire qui se présenterait à l'avenir et garantirait la résistance de l'acquis à l'épreuve du temps » (p. 13). Les réponses à la question posée par la Commission ont été variées. Dix Etats membres sont, alors, pour et douze contre. Ceux qui sont contre font valoir qu'un tel principe fait partie du droit général des contrats et non pas de la réglementation spécifique du droit de la consommation. En outre,

Sans qu'il soit nécessaire d'entrer trop dans les détails de cette notion, déjà très largement étudiées par de nombreux éminents juristes¹⁰³, on peut relever que les PDEC imposent le respect de la bonne foi comme devoir général à tous les stades de la relation contractuelle¹⁰⁴.

Si en France¹⁰⁵, en Italie¹⁰⁶ et en Allemagne, la notion de bonne foi est solidement enracinée, il ne faut pas perdre de vue que cette notion n'est pas connue de tous les Etats membres¹⁰⁷. Cette réalité constitue d'ailleurs un argument important à ceux qui estiment qu'il ne s'agit pas d'un principe directeur généralisable, en distinguant néanmoins, alors, entre les contrats B2B et les contrats B2C.

poursuivent-ils, les différents interprétations de ce principe dans chaque Etat membre entraînerait une certaine insécurité juridique.

¹⁰³ Pour une remarquable récapitulation de la situation en Europe, v. ZIMMERMANN Reinhard – WHITTAKER Simon (sous la direction de), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 ; *adde*, ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE – SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008, p. 150 et s. Pour la notion de bonne foi dans les PDEC, v. CASTRONOVO Carlo, *Good Faith and the Principles of European Contract Law*, *Europa e diritto privato*, 2005, p. 589 et s. En ce qui concerne le PCCR, v. MEKKI Mustapha – KLOEPFER PELESE Martine, *Good faith and fair dealing in the DCFR*, *European Review of Contract Law*, 2008, vol.4, n° 3, p. 338 et s., et, pour une analyse économique de la bonne foi dans le droit européen du contrat, v. CHIRICO Filomena, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, in CHIRICO Filomena – LAROCHE Pierre (sous la direction de), *Economic Analysis of the DCFR*, Sellier, Munich, 2010, p. 31 et s.

¹⁰⁴ Sur ce point, les PDEC diffèrent des *Acquis Principles*, car dans ces derniers la bonne foi est affirmée tout d'abord comme un principe général de la phase d'exécution du contrat, mais elle ne s'impose pas comme une exigence générale à toutes les phases contractuelles. En d'autres termes, le devoir de bonne foi constitue dans les *Acquis Principles* l'essentiel des règles relatives à l'exécution des obligations. En effet, le chapitre 7 relatif à l'exécution des obligations ne comporte que deux courtes sections: l'une sur les obligations générales qui comprend quatre articles faisant chacun référence à la bonne foi, sous des formes et des applications diverses, l'autre sur les modalités d'exécution. Le PCCR, quant à lui, s'apparente davantage aux *Acquis Principles*, car la bonne foi ne s'applique que dans l'exécution du contrat (art. III-1:103).

Il faut aussi préciser que dans la version anglaise des PDEC on trouve, au lieu de l'expression « bonne foi », l'expression « good faith and fair dealing ». Le « good faith » serait plutôt une notion subjective, la volonté d'agir honnêtement et équitablement ; le « fair dealing » en revanche serait une notion plus objective, le fait d'agir avec loyauté. L'expression synthétique française, équivalent en italien et en espagnol, doit donc être entendue comme incluant la dimension objective.

¹⁰⁵ Cf. les articles 1134 et 1135 du code civil français. Pour un récapitulatif de l'exigence de la bonne foi en droit français, v. le commentaire de MESTRE Jacques à l'article 1:201 des PDEC, in PRIETO Catherine (sous la direction de), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 116 et s.

¹⁰⁶ Dans le droit civil italien, la bonne foi contractuelle a une connotation nettement solidariste, dont on fait remonter l'origine, d'abord à la valeur obligatoire de la parole donnée (BETTI Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Naples, 1994, p. 46), ensuite, notamment sous l'influence des juristes formés à l'école de droit de Pise, à l'article 2 de la Constitution italienne (NATOLI Ugo, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 18 et s. ; BUSNELLI Francesco Donato, *Note in tema di buona fede ed equità*, *Rivista di diritto civile*, 2001, n°1, p. 537 et s., spéc. p. 544).

¹⁰⁷ On le sait, la bonne foi est regardée par les juristes anglais avec méfiance sinon avec rejet, à tel point que certains auteurs estiment que cette notion peut être un futur élément de divergence plutôt que d'harmonisation des systèmes juridiques européens. V. TEUBNER Gunther, *Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in SNYDER Francis (sous la direction de), *The Europeanisation of Law : The Legal Effects of European Integration*, Hart, Oxford, 2000, p. 243 et s. *Adde*, ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE – SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *European Contract Law, op.cit.*, spéc. p. 198 et s.

Néanmoins, l'article 1 :201 des PDEC généralise ce principe, qui, à l'exception des différences existantes parmi les Etats membres, est bien enracinée dans l'acquis communautaire et dans beaucoup de traditions juridiques¹⁰⁸. En ce sens, on peut rappeler la référence à la bonne foi qui est faite à l'article 3 de la directive sur les clauses abusives¹⁰⁹. Celui-ci qualifie d'abusives la clause contractuelle qui n'a pas été négociée individuellement « lorsque, *en dépit de l'exigence de bonne foi*, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat »¹¹⁰ (italique ajouté), formulation presque intégralement reprise à l'article 4 :110 des PDEC.

Cette référence aux clauses abusives ne doit pas cependant nous tromper. En effet, la bonne foi est exigée aussi de la partie la plus faible, ce qui démontre, une fois encore, sa portée tout à fait générale et l'impossibilité de la cantonner à un seul type de contrat. Le principe de bonne foi est donc bilatéral, c'est-à-dire qu'il ne vise pas seulement le comportement des professionnels, susceptibles de compromettre l'aptitude à décider du consommateur ou d'un professionnel plus faible, mais vise aussi le comportement de la partie faible. A titre d'exemple, si l'on reconnaît au consommateur un droit de repentir, purement discrétionnaire, autrement dit un droit d'être de mauvaise foi, rien ne justifie que le consommateur soit lui-même dispensé (de manière générale) d'agir de bonne foi.

Le concept de bonne foi a, évidemment, une portée plus large que celle que lui confère chacune de ses applications spécifiques dans la mesure où son but est de promouvoir des standards collectifs de correction, de loyauté et de caractère raisonnable dans les transactions économiques. Néanmoins, pour la clarté de l'exposé nous pourrions avancer que la bonne foi telle qu'elle est dessinée par les PDEC a une fonction *destruens*, car elle est un élément de correction du contrat¹¹¹ (B) et une fonction *construens*, car elle est un élément d'intégration du contrat (A)¹¹².

¹⁰⁸ Pour une perspective historique, v. ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE – SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *European Contract Law, op.cit.*, p. 151 et s., et LUCCHETTI Giovanni – PETRUCCI Aldo (sous la direction de), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Common Frame of Reference*, Patron, Bologne, 2009, p. 31 et s.

¹⁰⁹ Directive 93/13/CE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 5 avril 1993, JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29 et s. Sur cette directive, v. MICKLITZ Hans W. – REICH Norbert – ROTT Peter, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Anverse – Oxford – Portland, 2009, spéc. p. 127 et s. Sur les conséquences de la directive cadre de 2008 sur le régime des clauses abusives (et de la garantie contre les vices de non-conformité), v. WHITTAKER Simon, *Clauses abusives et garanties des consommateurs: la position de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation totale"*, *Revue des contrats*, 2009, p. 1152 et s.

¹¹⁰ Il est important de noter, par ailleurs, que pour que le contrat soit nul il ne suffit pas que celui-ci crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties mais il est nécessaire qu'un tel déséquilibre soit la conséquence directe de la violation du principe général de bonne foi, à savoir qu'il ait été créé par l'abus de pouvoir contractuel de la partie qui en bénéficie. Dans cet ordre d'idées, v. le désormais célèbre arrêt du *Bundesverfassungsgericht* du 19 octobre 1993, traduit en italien pour *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, n°1, p. 197 et s., obs. BARENGHI Andrea, *Una pura formalità. A proposito di limiti e garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*.

¹¹¹ Pour cette thèse, v. BUSNELLI Francesco Donato, *Note in tema di buona fede ed equità*, *Rivista di diritto civile*, 2001, n°1, p. 537 et s., p. 543: "La funzione del *corrigere* diviene, invece, il *proprium* del ruolo della buona fede"; *adde* D'AMICO Giovanni, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, *Rivista di diritto civile*, 2002, n°1, p. 50 et s.; NAVARRETTA Emanuela, *I contratti di impresa e il principio di buona*

A. La bonne foi *construens*.

Par bonne foi *construens* nous entendons un principe qui d'une part comble les lacunes du contrat, de l'autre crée *ex novo* des obligations implicites à la charge des parties, en étendant ainsi le contenu contractuel.

Parmi ces obligations implicites, nous pouvons citer les devoirs qui pèsent sur les parties au stade précontractuel¹¹³, spécialement lorsque l'une des parties est en position de force par rapport à l'autre. Ainsi, l'article 2 :104 impose un devoir d'information renforcé à la charge de la partie qui a stipulé certaines clauses du contrat. La bonne foi crée également, naturellement, des devoirs dans la phase d'exécution du contrat, par exemple en ce qui concerne les sanctions de l'inexécution du contrat¹¹⁴.

La bonne foi est aussi une « force d'appoint » car elle peut conduire à compléter le contenu du contrat¹¹⁵. En effet, au terme de l'article 6 :102 « en plus des clauses expresses, un contrat peut contenir des clauses implicites qui découlent [...] (c) [...] de la bonne foi ».

La bonne foi a également une fonction d'interprétation des PDEC eux-mêmes, comme l'affirme l'article 1 :106. Non seulement les PDEC doivent être interprétés de bonne foi, mais ils ont de surcroît un but qu'on pourrait qualifier de politique, celui de promouvoir la bonne foi entre les parties au contrat. C'est en tenant compte de cet objectif que doit être appréhendé chacune des dispositions particulières des PDEC.

B. La bonne foi *destruens*.

Par bonne foi *destruens* nous visons un principe qui interdit et sanctionne certains comportements.

Nous avons déjà vu que la liberté contractuelle n'est entendue que dans la limite du principe de bonne foi (art. 1 :102). La bonne foi interdit, d'abord, de retirer du contrat un

fede, in SIRENA Pietro (sous la direction de), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Giuffrè, Milan, 2006, p. 507 et s., laquelle distingue entre bonne foi *destruens* et bonne foi *construens*.

¹¹² Dans les *Principes contractuels communs* (*op.cit.*, v. nt. 97) on distingue entre une fonction constructive, une fonction adaptive et une fonction limitative de la bonne foi. On peut considérer que les fonctions constructives et adaptives font référence à ce que nous appelons bonne foi *construens* alors que la fonction limitative fait référence à la bonne foi *destruens*.

¹¹³ C'est le code civil italien qui, en 1942, fut le premier à codifier l'exigence de bonne foi dans les négociations précontractuelles. Celle-ci trouverait son origine dans le célèbre article de Rudolph Von Jhering publié en 1861, dans lequel il mentionne pour la première fois la notion de *culpa in contrahendo*.

¹¹⁴ Sur ce point, le code civil italien est explicite. En effet, selon l'article 1375 « Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede ».

¹¹⁵ De même, l'article 1135 du code civil français prévoit que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » ; v. aussi l'art. 1258 du code civil espagnol : « Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino tambien a todas las consecuencias que, segun su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley » et l'art. 1374 du code civil italien « Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità ».

avantage excessif lorsque l'autre partie est en situation de faiblesse (art. 4 :109)¹¹⁶. On trouve, encore, dans les PDEC de nombreuses applications du principe *venire contra factum proprium nemini licet*¹¹⁷, lequel protège les attentes raisonnables du cocontractant, par exemple lorsqu'il permet d'engager la responsabilité du négociateur déloyal en cas de pourparlers conduits ou rompus de mauvaise foi.

La bonne foi est aussi le garde-fou de la validité du consentement, car la prohibition du dol (art. 4 :107) et de la contrainte (art. 4 :108) peut s'analyser comme une manifestation de ce principe.

Même lorsque le contrat a épuisé ses effets, notamment parce qu'il est invalidé, la bonne foi reste présente puisque celui qui avait connaissance du motif d'invalidité n'est pas autorisé à demander des restitutions (art. 15 :104) ou des dommages-intérêts (art. 15 :105).

Le caractère protecteur de ce principe est illustré par le fait que le deuxième alinéa de l'art. 1 :102 interdit aux parties d'exclure par convention le devoir de bonne foi tel que posé par l'alinéa 1 et d'en modifier ses effets.

Il ne fait pas de doute que ces fonctions « constructives » et « destructrices » de la bonne foi concernent tant les contrats B2C que les contrats B2B¹¹⁸.

Une des déclinaisons du principe de la bonne foi est le devoir de collaboration qui s'impose aux parties.

III. LE DEVOIR DE COLLABORATION (ART. 1 :202).

Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet.

¹¹⁶ Dans le modèle des PDEC, comme de la directive 93/13/CE, la bonne foi est le moteur de la lutte contre les clauses abusives. Cette référence à la bonne foi dans ce domaine n'est pas pour autant commune à l'ensemble des droits nationaux, dont certains ne l'ont pas retenue dans la mise en oeuvre de la protection contre ces clauses. C'est par exemple le cas du droit français, car l'article L 132-1 du code de la consommation qui ne fait aucune allusion à la bonne foi.

¹¹⁷ La question de savoir s'il est possible de se contredire au détriment d'autrui a été récemment abordé par la Cour de cassation. Par un arrêt du 27 février 2009, l'assemblée plénière, saisie justement de la question de savoir s'il est ou non « interdit de se contredire au détriment d'autrui », a jugé que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ». Une notion de cette nature s'apparente clairement au mécanisme de l'*estoppel* du droit anglo-américain, sur lequel v. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (sous la direction de), *La confiance légitime et l'estoppel*, Actes du 17^e Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé, Société de Législation Comparée, Paris, 2007.

¹¹⁸ A ce propos, v. NAVARRETTA Emanuela, Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo, *Rivista di diritto civile*, 2005, n°5, p. 507 et s.

En France, il est classique de lire dans les manuels de droit des obligations que la bonne foi est constituée, d'une part, du devoir de loyauté et, d'autre part, du devoir de coopération¹¹⁹, qui peut être assimilé au devoir de collaboration des PDEC.

Le devoir de collaboration est un peu plus exigeant encore que la bonne foi bien que les deux traduisent le même impératif de loyauté. En effet, l'esprit de collaboration est plus formateur des caractères des contractants et implique, de manière positive, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun (A). L'autre facette de ce devoir interdit de créer des complications sans aucune bonne raison (B).

A. L'obligation de promouvoir la réalisation des intérêts réciproques.

L'objectif général du devoir de collaboration est de permettre la bonne exécution de l'obligation à laquelle chacune des parties doit apporter son concours, y compris le créancier. Les PDEC font de ce devoir une obligation générale, en ne la soumettant pas à la « nature » de l'obligation visée, comme le faisaient les *Acquis Principles*¹²⁰.

La coopération peut se traduire par différents comportements en fonction de la situation, mais elle s'exprime, le plus souvent, par la fourniture d'un document ou d'une information détenue par le créancier et nécessaire au débiteur pour l'exécution de son obligation.

Le non-respect du devoir de collaboration constitue une inexécution du contrat, comme l'affirme l'article 1 :103. Toutefois, en vertu de l'article 9 :201 une partie peut refuser sa collaboration quand celle-ci dépend d'une obligation que l'autre partie n'a pas exécutée ou dans des cas qui relèvent du deuxième alinéa de l'article 9 :201 (vraisemblance d'une inexécution future).

B. L'interdiction de créer des complications sans aucune bonne raison.

Le devoir de collaboration se manifeste aussi dans les situations, très courantes dans les relations contractuelles, dans lesquelles une partie crée des complications sans aucune bonne raison. Il vise aussi l'interdiction de se soustraire à son engagement sous prétexte de

¹¹⁹ V. par exemple TERRE François – SIMLER Philippe – LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 442.

¹²⁰ Dans les *Acquis Principles* le devoir de collaboration n'est pas une obligation générale s'imposant dans toutes les situations, car l'article 7:103 précise que ce devoir ne s'applique qu'en fonction de la nature de l'obligation, en mettant ainsi l'accent sur le fait que seules certaines obligations et seuls certains contrats sont concernés. La frontière n'est pas celle du droit de la consommation mais se tracera au cas par cas, selon la particularité des situations contractuelles (par exemple, durée particulièrement longue du contrat, degré de confiance accordée dans certaines relations contractuelles, etc).

difficultés. Ce principe s'applique, entre autres obligations, à celle de tenir compte des contingences non prévues par le contrat.

A titre d'exemple, lors d'un changement imprévu de circonstances qui bouleverse profondément l'économie du contrat et qui rend sa réalisation excessivement onéreuse pour l'un des contractants, les parties sont tenues de renégocier le contrat devenu injuste en vue de l'adapter ou d'y mettre fin (art. 1 :202). L'éventuel refus de renégocier un contrat peut entraîner l'obligation de réparer le préjudice causé à l'autre partie (art. 6 :111).

IV. LE CARACTERE RAISONNABLE (ART. 1 :302).

Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que deux personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activités concernées.

Cet article 1 :302 trace les contours du standard du raisonnable, dont il est frappant de constater que les Principes font une intense application¹²¹. En effet, il existe 46 dispositions des PDEC qui utilisent le terme « raisonnable » pour exprimer diverses exigences et 8 qui utilisent le terme « déraisonnable ». Approximativement un article sur trois contient donc au moins une fois le mot « raisonnable », « déraisonnable » ou « raisonnablement ».

Cet article exprime ce qui paraît déjà présent *in nuce* dans le fond commun de divers droits¹²², bien que, semble-t-il, il n'existe de disposition législative semblable dans aucun des droits des Etats membres. Ce principe, outre le fait qu'il constitue, d'après les rédacteurs des PDEC, « une passerelle entre le système romaniste et la *common law* »¹²³, permet la réception de l'impératif d'efficacité économique du droit¹²⁴, lequel est considéré comme contraire à l'esprit de la tradition du droit continental. En effet, ce dernier répugne à

¹²¹ Sur cet aspect, v. DUONG Lêmy, Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, n.3, p.701 et s.; pour une excellente reconstruction historique, v. SARGOS Pierre, Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit, *JCP éd. gén.*, 2009, n° 46, p. 60 et s.

¹²² Quant au droit français, v. KHARAÏLLAH Georges, Le « raisonnable » en droit privé français. Développements récents, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 439 et s.; SARGOS Pierre, Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de Cassation: les gardes-fous des excès du droit, *Juristatistique périodique éd.gén.*, 2001, n° 1, p. 306 et s.

¹²³ *Introduction à la version française des Principes du droit européen du contrat*, préparée par ROUHETTE Georges, Société de Législation Comparée, Paris, 2003, p. 23.

¹²⁴ En France l'accueil de cet impératif d'efficacité économique du droit a été réalisé par la Cour de Cassation à travers la détermination unilatérale du prix et la résolution unilatérale du contrat inexécuté, qui constituent, l'une et l'autre, des révolutions coperniciennes en droit français des contrats.

concevoir une règle en fonction des avantages économiques qu'elle emporte, le droit ne pouvant pas « se réduire à la recherche de l'utile, il doit avant tout poursuivre le juste »¹²⁵.

La grande importance de ce principe traduit une orientation des PDEC en faveur d'un droit des contrats d'origine principalement judiciaire ou arbitral ; cette orientation induit à penser que les PDEC demeurent grandement tributaires de l'interprétation, ce qui est d'ailleurs une caractéristique des systèmes faisant une large place aux standards. Le caractère raisonnable est en effet apprécié en fonction de ce que des personnes agissant de bonne foi et placées dans la même situation que les parties considéreraient comme raisonnable. A cette fin, il est nécessaire de prendre en considération tous les facteurs pertinents. Ainsi, tiendra-t-on compte de la nature et du but du contrat comme des circonstances de l'espèce. En outre, il faudra tenir compte des usages et des pratiques de la profession, car ils reflètent en général le comportement de personnes raisonnables.

Ce principe suscite de vives critiques¹²⁶. Outre le fait qu'il n'existe pas de précédents solides auxquels se référer, il existe un risque que la signification précise de certaines notions (par exemple, diligence, bonne foi, équité) se perde dans une notion « attrape-tout » qui en réalité pourrait être reliée au principe de la bonne foi¹²⁷. S'il est vrai que la notion de bonne foi peut remplir les fonctions qu'on attribue au caractère raisonnable, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit inutile de donner une individualité propre à ce principe. Ce dernier permet, en effet, de clarifier et de systématiser la nécessité d'une lecture réaliste des événements dans des domaines caractérisés par l'indétermination – voulue ou subie par les parties – de certains éléments de fait. En outre, l'explicitation de ce principe permet de mieux réfléchir à certaines données de nos systèmes juridiques, pour conclure que cette notion n'est pas tout à fait nouvelle. A titre d'exemple, en matière de révocation abusive de l'offre, c'est justement le caractère raisonnable des attentes du destinataire de la promesse contractuelle qui justifie que les apparences pré contractuelles aient « force de loi ».

Il pourrait paraître que la bonne foi soit un préalable à la détermination de ce qui est raisonnable. Cependant, les PDEC dissocient clairement la bonne foi et le raisonnable, en les plaçant non seulement dans deux articles différents du chapitre I, mais aussi dans deux sections différents dudit chapitre. Le premier principe est placé dans la *Section II : Devoirs générales* et le second dans la *Section III : Terminologie et autres dispositions*. L'article 1 :201 traitant de la bonne foi impose à chaque partie d'agir « conformément aux exigences de la

¹²⁵ MAZEAUD Denis, Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français, *European Review of Contract Law*, 2010, n°1, p.1 et s., p. 5.

¹²⁶ V. TROIANO Stefano, Clausole generali e nozioni giuridiche indeterminate nei principi Acquis del diritto comunitario dei contratti, in DE CRISTOFARO Giovanni (sous la direction de), *I "principi" del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 201 et s.

¹²⁷ Même dans certains textes internationaux, le raisonnable est conçu comme une application du principe de bonne foi. Par exemple, l'article 2-4 des Principes UNIDROIT prévoit que « jusqu'à ce que le contrat ait été conclu, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation. Cependant, l'offre ne pourra être révoquée si le destinataire était *raisonnablement* fondé à la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence. *Cette exception constitue une application du principe général de bonne foi* » (italique ajouté). Ou encore, l'article 7-4-13 reconnaît la validité de toute clause pénale, qui toutefois peut être réduite, au nom de la bonne foi, à un montant « raisonnable » quand elle s'avère manifestement excessive par rapport aux circonstances et, spécialement, au préjudice découlant de l'inexécution.

bonne foi ». Or, s'il est vrai qu'être raisonnable signifie avant tout d'être de bonne foi, cela n'implique pas que le raisonnable se réduise à la seule exigence de bonne foi. Une telle identification des deux principes équivaldrait, en effet, à vider de son sens le choix de séparer ces deux notions. Cependant, les PDEC ne qualifient pas juridiquement le raisonnable, mais indiquent seulement comment apprécier une situation pour la qualifier de raisonnable.

Par souci de concision, nous n'évoquerons que deux exemples de l'application de ce principe. Le premier est celui de l'article 9 :102, al.2, b), en vertu duquel le principe de l'exécution en nature des obligations contractuelles doit céder lorsqu'il emporte pour le débiteur des efforts ou des dépenses déraisonnables ou lorsque le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen. Le deuxième exemple est celui de l'article 9 :505 qui dispose que « le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ».

Le caractère raisonnable est de nature à véhiculer un impératif de sécurité juridique. Aux termes de l'article 1 :106 des PDEC, ces derniers doivent « être interprétés et développés conformément à leurs objectifs. On aura regard en particulier à la nécessité de promouvoir [...] la *sécurité des relations contractuelles* ». L'impératif de sécurité juridique est, en effet, également atteint par l'identification du caractère raisonnable des attentes des contractants, en particulier en utilisant ce critère pour l'évaluation des apparences précontractuelles. A titre d'exemple, c'est sur la base de la protection des attentes raisonnables que l'on admet la formation du contrat en dépit de la disparition de la volonté de l'offrant de contracter. Ainsi, aux termes de l'art. 2 :202, al.3 (c), le pouvoir de révoquer librement l'offre est exclu, et sa révocation n'empêche donc pas la formation du contrat, lorsque « son destinataire était raisonnablement fondé à la croire irrévocable et s'il a agi sur la foi de l'offre ». Cette solution peut paraître choquante au regard du fait que certains droits nationaux n'envisagent pas la formation « forcée » du contrat lorsque la volonté contractuelle d'un des contractants disparaît. La croyance raisonnable dans la réalisation probable d'une situation est donc de nature à générer des conséquences juridiques. Dès lors, le contenu des obligations contractuelles n'est pas toujours limité aux obligations expressément prévues par les parties, mais est susceptible de s'élargir à celles auxquelles les parties peuvent raisonnablement s'attendre dans le contexte et les circonstances de l'espèce.

Le raisonnable traduit donc la recherche d'une voie médiane, à savoir une voie circonscrite par une limite haute et une limite basse. Tout ce qui ne se situe pas dans cette voie médiane est alors considéré comme déraisonnable. Bien entendu, ce qui est raisonnable se détermine au cas par cas. Ce qui revient encore une fois à corroborer l'hypothèse que dans la philosophie des PDEC l'ingérence du juge n'est considéré ni comme une injure au contrat ni comme une intrusion redoutée. Dans le règlement des conflits qui peuvent surgir de la relation contractuelle le juge est considéré par les PDEC

comme l'allié des contractants et non comme leur ennemi¹²⁸. Cette confiance envers le juge tranche avec la défiance dont font encore preuve certains droits nationaux, notamment le droit français et le droit anglais. Se développe une nouvelle perspective, plus ouverte au stade du règlement des différends qui peuvent surgir entre les parties et plus attentive aux vrais *inserts* des parties à la relation contractuelle.

Au surplus, le principe du caractère raisonnable apparaît utile par sa capacité à véhiculer dans le droit général des contrats certaines notions particulièrement intéressantes.

Le caractère raisonnable peut être ainsi un moyen de diffuser l'*anticipatory breach of contract*¹²⁹, bien connue du droit anglais. L'article 8 :105 des PDEC prévoit que « la partie qui croit *raisonnablement* qu'il y aura inexécution essentielle de la part du cocontractant peut exiger de lui des assurances adéquates d'exécution correcte et dans l'intervalle suspendre l'exécution de ses propres obligations aussi longtemps qu'elle peut *raisonnablement* persister dans sa croyance » (italique ajouté). Cet article vise la situation dans laquelle l'un des cocontractants ressent le besoin de faire appel à la garantie que procure la suspension du contrat avant même que son partenaire ait manqué à ses obligations. La suspension est alors utilisée pour se prémunir contre l'inexécution probable bien que non avérée du contrat. Evidemment, la crainte doit être justifiée et l'équilibre contractuel sérieusement menacé. En d'autres termes, le risque de non-exécution doit porter sur une partie essentielle de l'obligation et ne doit pas être invoquée comme prétexte pour se dégager de la relation contractuelle (ce qui relève aussi, comme on l'a vu, du devoir de collaboration). Le caractère raisonnable devient ainsi le critère permettant d'évaluer la non-exécution de la contrepartie et, éventuellement, de se dégager à l'avance de l'engagement.

De cette analyse, il ressort que le caractère raisonnable peut être tout particulièrement utile dans les relations B2B. L'on a, en effet, souvent à faire dans ces dernières, à des contrats de plus longue durée (par exemple les contrats d'approvisionnement), qui nécessitent l'existence d'une clause souple qui permette de s'adapter aux situations nouvelles. Ceci ne signifie pas, pour autant, que le caractère raisonnable ne soit d'aucune utilité à l'égard des contrats B2C. Au contraire, il permet en quelque sorte de « responsabiliser » le consommateur.

¹²⁸ Remarquable en ce sens est la prévision par l'article 6 :105 d'un contrôle judiciaire de la liberté unilatérale de déterminer le contenu du contrat, liberté canalisée par le recours au standard du raisonnable. Lorsqu'une partie exerce ce pouvoir unilatéral de mauvaise foi, le juge est doté d'un pouvoir de modification du contrat, en se substituant à la volonté unilatérale.

¹²⁹ Le projet Catala était partisan d'introduire cette notion, à laquelle on a renoncé par crainte d'interférence avec les règles de la faillite.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

Les quatre principes de la liberté contractuelle, de la bonne foi, du devoir de collaboration et du caractère raisonnable, qui constituent les lignes directrices du chapitre I des PDEC, ont des liens très étroits entre eux. Ces principes convergent substantiellement vers des solutions opérationnelles communes. En effet, dans les pages précédentes, on a vu comment la *ratio* de certaines règles peut être identifiée, par exemple, tantôt dans la bonne foi, tantôt dans le devoir de collaboration, tantôt dans le caractère raisonnable. Ce ne serait, ainsi, pas sans raison que nous pourrions conclure à l'origine commune de ces principes dans le principe de bonne foi dont ils ne constitueraient que des exigences particulières, ce qui illustrerait encore davantage la nature ontologiquement indissoluble du lien entre ces quatre principes.

Ainsi on trouve dans ce chapitre I « une véritable forme d'organisation institutionnelle qui allie les qualités de cohérence et de solidité d'une structure, tout en étant constituée par un langage nécessairement souple et flexible »¹³⁰. Cette structure solide de principes peut s'adapter, par sa souplesse, tant au domaine spécifique du droit de la consommation qu'au droit commun des contrats. Les principes servent ainsi à celui qui est appelé à trancher le litige, juge ou arbitre¹³¹, tel un guide pour nuancer les solutions procédant de l'application de règles techniques en fonction des situations. Une nuance pourra être faite, par exemple, sur la base du caractère raisonnable, selon que l'on soit en présence d'un contrat B2B ou d'un contrat B2C. Mais au stade de l'énoncé des principes il ne serait pas, justement, raisonnable de nuancer excessivement et d'énucléer des distinctions entre les différents types de contrats. Cela pourra être fait, éventuellement, au niveau des règles de détail, mais il serait tout à fait inutile de le faire au niveau des principes directeurs. Non seulement cela serait inutile, mais ce serait également contradictoire par rapport au sens même de ces principes, dont la force est justement de pouvoir s'adapter aux différentes situations tout en préservant leur solidité conceptuelle, sans « s'effiloche ».

Ces quatre principes n'auraient donc pas besoin d'être révisés sur le fond car ils sont des principes « à texture ouverte »¹³², dont le contenu variable permet aux juges et aux arbitres de préciser et de développer de nombreux points, en établissant un équilibre, à la

¹³⁰ CHAMBOREDON Anthony, La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats, *Journal du droit international*, 2001, n°1, p. 27 et s., p.33.

¹³¹ Un des domaines de prédilection des PDEC est celui de l'arbitrage, bien que le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles de 2005 permette aux juges étatiques, contrairement à ce que prévoyait la Convention de Rome de 1980, d'appliquer une loi non étatique, compétence auparavant réservée aux arbitres. Pourtant, l'application arbitrale des PDEC reste très marginale (et *a fortiori* encore plus dans le domaine des juridictions étatiques), car ils ne sont que très rarement choisis sans la conclusion en parallèle d'une clause compromissoire, et même lorsque les principes sont choisis par les parties il s'agit plutôt de compléter des normes étatiques ou de régir des aspects spécifiques du contrat. Cela est peut-être du au fait que les règles non-nationales ne donnent pas de résultats prévisibles, et cela est d'autant plus vrai si l'on parle de complexes conflits commerciaux qui opposent des entreprises. Sur ce point, v. JOLIVET Emmanuel, La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*, *Gazette du Palais*, 2001, n° 119, p. 36 et s.; DEUMIER Pascale, L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale, *Recueil Dalloz*, 2008, n° 8, 2008, p. 494 et s.

¹³² CHAMBOREDON Anthony, *cit.*,

lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre. Ce n'est pas par hasard que ces principes directeurs débouchent tous sur une appréciation du juge ou de l'arbitre. Ce sont des normes de comportement, des notions abstraites à contenu variable, qui doivent être envisagées comme des méthodes d'appréciation du comportement des parties destinées à évaluer l'adéquation des moyens aux fins et ainsi établir un équilibre entre des intérêts divergents.

Il en ressort que ces principes sont très particulièrement indiqués pour être la base de développement d'un instrument optionnel de droit commun des contrats à disposition des parties. Les instruments qui sont venus après les PEDEC les ont repris tels quels, ce qui démontre qu'il s'agit de principes directeurs encore aujourd'hui valables. En tant que moyens d' «échapper à la rigidité des règles et [d'] instituer un véritable pouvoir modérateur du juge afin de dégager le juste dans le cas concret »¹³³, ils peuvent logiquement constituer la base d'un droit *général* des contrats.

¹³³ KHAIRALLAH Georges, Le "raisonnable" en droit privé français, *cit.*, p. 444.

REFLEXIONS EN GUISE DE CONCLUSION

Les choix institutionnels qui visent le changement d'une partie substantielle du système juridique ont des effets durables à long terme et pèsent lourdement sur le développement futur d'une société donnée. En ce sens, les choix futurs en matière de droit européen des contrats détermineront de manière décisive le modèle économique et social européen.

Face à de tels enjeux, une coordination plus poussée des organes communautaires s'impose. Les groupes d'experts ne sont en effet que l'un des acteurs d'un processus qui nécessairement, du point de vue de la compétence institutionnelle, les dépasse. Il est, ainsi, indispensable que les institutions communautaires elles-mêmes, notamment le Conseil qui est l'émanation des Etats membres et la Commission, se coordonnent davantage et sur les objectifs et sur les méthodes. On a trop souvent l'impression qu'aujourd'hui encore que ce « l'un fait l'autre le défait », au risque de dilapider des années d'un travail précieux.

La question de l'intégration ou non du droit de la consommation dans le droit général des contrats est emblématique de cet état des choses. Il s'agit là d'une des questions les plus importantes sur lesquelles un accord est nécessaire : le droit de la consommation doit être mieux coordonné avec le droit commun des contrats.

A notre avis, le droit spécial ne doit pas l'emporter sur la théorie générale des obligations. D'ailleurs, le constat de départ du projet des PDEC est que le droit communautaire souffre de l'absence d'une théorie générale du contrat pouvant servir d'infrastructure aux mesures communautaires spécifiques. En matière de contrats, des principes directeurs communs destinés à servir d'introduction à un instrument de droit contractuel existent déjà : ce sont ceux du chapitre I des PDEC.

Il ne reste, en vérité, qu'à prendre alors position sur leur champ d'application et comprendre ce que signifie l'expression « règles générales du droit des contrats en Europe » utilisée à l'article 1 :101 des PDEC. Il est grand temps de s'atteler à cette tâche qui serait l'occasion d'affronter, une fois pour toutes, la *vexata quaestio* de la séparation/intégration du droit de la consommation.

Malheureusement, la théorie se heurte souvent à la pratique et ce qui semble avoir un sens dans les pages d'un mémoire peut se démontrer tout à fait inadapté à la réalité. Une fois vérifié, d'un point de vue théorique, la compatibilité fonctionnelle et structurelle du droit de la consommation avec les règles générales de droit des contrats, il faut toutefois tenir compte du contexte juridique actuel, où règne la plus grande confusion, dans la détermination des objectifs et de la méthode. En effet, pour qu'un futur instrument en matière contractuelle puisse s'appliquer aux contrats de consommation, il devra intégrer des règles d'un niveau de protection équivalent aux règles nationales actuelles, ce qui pourrait poser certaines difficultés.

A ce stade, alors qu'on s'interroge sur la forme de cet instrument du droit commun des contrats (un CCR abrégé et limité au droit des contrats ? une nouvelle version des

PDEC ?), il serait plus pertinent de se borner aux réflexions sur les principes du chapitre I des PDEC. Ceux-ci devraient éventuellement être inclus dans le PCCR, lequel nous apparaît un peu « timide » quant aux principes, spécialement dans l'Introduction de la version de 2009. On pourrait se poser l'objectif limité mais clair¹³⁴, d'offrir aux parties un instrument optionnel applicable, s'ils le veulent, au contrat et aux juges et surtout aux arbitres un outil qui leur permette de mieux interpréter l'application d'une loi d'un autre Etat Membre, quand ils sont conduits à le faire selon les règles du droit international privé.

Au terme de notre analyse, nous estimons que le chapitre I des PDEC contient des propositions convaincantes en matière de principes généraux à la base d'un droit européen commun des contrats. La qualité de ces principes est toujours incontestée, quinze ans après leur première présentation. Ils sont devenus une source d'inspiration et de référence pour de nombreux législateurs nationaux.

Ces principes permettent de préciser la mise en œuvre de règles spéciales, de les appliquer, de les interpréter, de combler leurs lacunes et de pallier leur absence¹³⁵. Dans cette perspective, le fait de les mentionner expressément et de les placer, comme le fait l'Avant-projet français¹³⁶, en ouverture de toute nouvelle entreprise ayant trait au droit des contrats constitue une mutation structurelle fondamentale traduisant un changement remarquable de leur statut.

Beaucoup d'observateurs, experts en la matière, estiment néanmoins que ces principes, notamment le caractère raisonnable, accordent un pouvoir trop important au juge dans le contrat, en l'exposant ainsi à la tentation du pouvoir discrétionnaire. Cette objection est à vrai dire un peu anachronique et ne tient pas compte du fait que d'ores et déjà les principes de la liberté contractuelle et de la bonne foi ont un large champ d'application dans les juridictions civiles des Etats membres. Le changement de statut et de rôle de ces principes ne ferait donc que sceller un processus entamé depuis longtemps et désormais bien établi. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que les règles ont besoin d'intermédiaires pour passer dans le droit positif. Ces craintes pourraient, alors, être

¹³⁴ Souligne également l'importance, pour le succès de l'entreprise, de disposer d'objectifs réalistes FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Faut-il un Code civil européen?*, *cit.*, p. 467: "Il va de soi que l'harmonisation sera plus rapidement menée dans les domaines où la pratique exerce déjà une puissante fonction unificatrice [...] et où l'impact culturel n'est pas trop fort".

¹³⁵ Contre la centralité des principes généraux par rapport aux règles de détail, GRUA François, *Le Code civil, code résiduel?*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 253 et s., p. 254: "Les fabricants de règles de droit se complaisent souvent à poser des préceptes évidents, qui sont des exigences élémentaires de justice et avec lesquels chacun ne peut qu'être d'accord [...] Mais ce n'est pas avec des règles de ce genre qu'on fait du vrai droit, parce que dans la vie, la justice n'est jamais aussi simple. [...] La vraie règle de droit est celle qui tranche un dilemme, non celle qui se contente d'exprimer un beau sentiment ou une noble intention".

¹³⁶ Les principes posés en introduction de l'Avant-Projet Catala de réforme du droit des obligations sont les mêmes que les PDEC énoncés sous le label de « Dispositions générales », à savoir la liberté, la sécurité et la loyauté contractuelle. Cf. MAZEAUD Denis, *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*, *cit.*, p. 14, qui insiste sur les très vives critiques doctrinales dont ces principes ont fait l'objet en France: "D'une part, il faut bien l'admettre, en raison de leur inspiration européenne [...]. D'autre part, ces principes ont été attaqués au prétexte qu'ils accorderaient un pouvoir trop important au juge dans le contrat [en l'exposant ainsi, NDR] au risque de son humaine subjectivité".

chassées en admettant que la protection contre l'arbitraire est assurée par le principe de bonne foi. Et d'ailleurs, ne serait-ce que pour une question de cohérence intellectuelle, si on critique la dérive « éfficientiste » des projets d'harmonisations on ne peut pas dans le même temps craindre une dérive consumériste des instruments généraux.

Une chose est certaine : la justice contractuelle, bien incarnée par ces quatre principes, ne doit pas être sélective, ni discriminatoire. Ces principes, dont on a vérifié la valeur, se sont développés au niveau européen au sein du droit de la consommation. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils doivent y rester cantonnés. La voie que les institutions communautaires sont en train de suivre, celle de développer deux projets différents, l'un pour le droit de la consommation, considéré comme un droit spécial, et l'autre pour le droit général des contrats, n'est pas satisfaisante car elle attribue à chacun d'entre nous deux « casquettes », ou, pour le dire mieux, deux « statuts » nettement séparés, celui du citoyen et celui du consommateur.

Or, pour l'Europe, au moment où celle-ci s'engage à construire un droit européen des contrats, sommes-nous d'abord citoyens ou des consommateurs ? Définir la place qui revient au consommateur et au citoyen dans la construction européenne dépasse à l'évidence le cadre de ce mémoire. Pourtant, le fait d'intégrer le droit de la consommation contribue à réduire l'importance de cette distinction. Dans cette perspective, il s'agirait d'un processus particulièrement bienvenu. En effet, le droit des contrats ne s'adresse pas à des consommateurs, mais à des *citoyens* européens. Cette notion, seule à même de consolider une vraie identité européenne, est mise en exergue par le tout récent programme de Stockholm de 2010, qui entend mettre le citoyen au centre des prochaines étapes de la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

En ouverture de ces conclusions, nous avons souligné que les choix institutionnels comptent, car ils définissent les valeurs à la base de la société. Il est temps que l'Europe choisisse les valeurs à la base de son identité : veut-on une « république » de citoyens ou un hypermarché de consommateurs ? Si l'on veut créer véritablement une citoyenneté européenne, il ne suffit pas de la proclamer, il faut lui donner un contenu et ce contenu n'est nulle part ailleurs mieux représenté que dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dont le droit des contrats est une partie fondamentale.

Une dernière remarque s'impose : face à ces défis majeurs, il faut être optimiste. A supposer que cette entreprise ne débouche pas sur le résultat espéré (ce qui suppose d'ailleurs de l'avoir préalablement identifié !), tout ce qui a été fait n'aura pas été fait inutilement, car il pourra être de grand aide aux législateurs des Etats membres qui veulent réformer leur droit des contrats, par exemple la France¹³⁷, en constituant une sorte de

¹³⁷ A ce propos v. MAZEAUD Denis, Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français, *id.*, *passim*, qui remarque que les projets de réforme conçus par M. Catala, M. Terré et le ministère de la justice sont plus ou moins influencés par le droit européen des contrats.

positive externality du processus d'harmonisation¹³⁸, qui prendra la voie de la réforme des législations nationales. Le bénéfice potentiel d'un processus de production législative au niveau européen dépend des coûts que chaque mécanisme de *law making* engendre. En effet, le législateur qui voudrait améliorer son droit des contrats doit impérativement se consacrer à toute une série de tâches préalables (par exemple, recueillir des informations sur l'état de l'art dans la matière, réfléchir à la meilleure solution dans un contexte donné, investir du temps afin de convaincre l'opinion publique des vertus de la nouvelle législation, etc.). Toutes ces activités sont coûteuses, mais une partie significative de ces coûts sont des coûts fixes, c'est à dire qu'ils ne dépendent pas du nombre des individus qui bénéficient du nouveau régime, et, on le sait, les coûts fixes permettent des économies d'échelle. Ce type de bénéfice est encore plus significatif quand on a à faire à des corpus normatifs très complexes, comme l'est le droit des contrats.

Si les travaux des experts et des académiciens ne sert finalement de base, ni à un futur instrument optionnel, ni à un code civil européen, du moins conduira-t-il à une amélioration notable du traitement judiciaire des lois nationales des Etats membres, y compris devant la CJUE, au cas où celle-ci serait chargée de trancher les divergences d'interprétation des principes appliqués par les différentes législations nationales, comme elle l'a fait tout récemment¹³⁹ dans les arrêts *Hamilton*¹⁴⁰ et *Messner*¹⁴¹.

Ces travaux pourraient enfin servir d'argument dans certaines discussions : les PME, dépourvues de services juridiques sophistiqués, peuvent se référer à ces dispositions pour avoir conscience d'un ensemble de règles raisonnables et adaptées aux relations transfrontalières dans la mesure où elles intègrent les principes de base de certains droits nationaux.

Finalement, les choix de fond semblent déjà effectués, il ne manque que d'en prendre courageusement conscience, même au prix de passer pour des voix décalées par rapport aux opinions les plus répandues.

Pour notre part, nous avons essayé de mettre en exergue les points critiques de certaines questions. Si, comme il est fort vraisemblable, quelque chose nous avait échappé, nous espérons au moins avoir apporté quelques sources d'inspiration utiles à ceux qui auront eu la patience de nous lire.

¹³⁸ Cela est particulièrement vrai pour les Pays dont le droit privé est en transition, notamment certains Pays de l'Europe de l'est. C'est d'ailleurs le cœur de l'analyse de GOMEZ-POMAR Fernando, *The Harmonization of Contract Law through European Rules*, *cit.*, lequel à la p. 98 appelle ce phénomène "economies of scale in legal reform".

¹³⁹ Sur ces deux arrêts, v. WEATHERHILL Stephen, *The "principles of civil law" as a basis for interpreting the legislative acquis*, *European Review of Contract Law*, 2010, n°1, p. 74 et s., lequel exprime sa crainte quant au fait qu'ils puissent être le point de départ de l'expansion des ambitions de la Cour, qui, à son avis, aurait la tendance à creuser dans le potentiel d'harmonisation des mesures législatives déjà visant l'harmonisation.

¹⁴⁰ *Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*, cas C 412/06, JO C 128 du 24 mai 2008, p. 11, pour le seul dispositif.

¹⁴¹ *Pia Messner c. Firma Stefan Kruger*, cas C 489/07, JO C 256 du 24 octobre 2009, p. 4, pour le seul dispositif.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE - SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE :

- *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008.
- *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008.
- *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008.

CASTRONOVO Carlo – MAZZAMUTO Salvatore (sous la direction de), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milan, 2007.

COING Helmut, *Europäisches Privatrecht*, C.H.Beck, Munich, t.1, 1985 et t.2, 1989.

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DES CONTRATS, *Principes du droit européen des contrats*, version française par ROUHETTE Georges *et alii*, Société de Législation Comparée, Paris, 2003.

KADDOUS Christine – PICOD Fabrice, *Union européenne. Recueil de textes*, Stämpfli, Berne, 2010.

KÖTZ Hein, *Europäische Vertragsrecht*, Mohr, Tubingue, t.1, 1996.

LUCCHETTI Giovanni – PETRUCCI Aldo, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Common Frame of Reference*, Patron, Bologne, 2009.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE (UNIDROIT), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, Rome, 2004.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE – RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, rédigé sous la direction de VON BAR Christian – CLIVE Eric – SCHULTE-NÖLKE Hans, Munich, Sellier, 2009.

TERRE François – SIMLER Philippe – LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2005.

ZWEIGERT Konrad – KÖTZ Hein, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 3^eme ed., 1998.

II. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, travaux collectifs.

- ANDENAS Mads – DIAZ ALABART Silvia – MARKENSIS Basil – MICKLITZ Hans – PASQUINI Nello (sous la direction de), *Liber amicorum Guido Alpa. Private law beyond the national systems*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2007.
- ANTONIOLLI Luisa – VENEZIANO Anna (sous la direction de), *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, Kluwer Law International, La Haye, 2005.
- BOELE-WOELKI Katharina – GROSHEIDE Frederik Willem (sous la direction de), *The future of European contract law*, Kluwer Law International, La Haye, 2007.
- BOURGOIGNIE Thierry, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, 1998.
- CABRILLAC Rémy – MAZEAUD Denis – PRÜM André (sous la direction de), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Actes du colloque du 22 juin 2007, Société de Législation Comparée, Paris, 2008.
- CAFAGGI Fabrizio (sous la direction de), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, CEDAM, Padue, 2003.
- CAFAGGI Fabrizio – MICKLITZ Hans-W. (sous la direction de), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Anverse – Oxford – Portland, 2009.
- COLLINS Hugh, *The European Civil Code. The Way Forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- DAVID René, *Le droit comparé. Droit d'hier, droit de demain*, Economica, Paris, 1982.
- DE CRISTOFARO Giovanni (sous la direction de), *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communitaire e diritto privato europeo*, Giappichelli, Turin, 2009.
- DE WITTE Bruno – FORDER Caroline (sous la direction de), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Kluwer Law International, La Haye, 1992.
- GAROFALO Luigi (sous la direction de), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padue, 2003.
- GITTI Gregorio – VILLA Gianroberto (sous la direction de), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologne, 2008.
- HARTKAMP Arthur S. – HESSELINK Martijn W. (sous la direction de), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, La Haye, 2004.
- HOWELLS Geraint – SCHULZE Reiner (sous la direction de), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2009.

- JAMIN Christophe (sous la direction de), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, Paris, 2008.
- KADNER GRAZIANO Thomas, *Le contrat en droit privé européen*, LGDJ, Paris, 2010.
- KITERI Garcia, *Le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008.
- LAROCHE Pierre – CHIRICO Filomena (sous la direction de), *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, Sellier, Munich, 2010.
- LOOS Marco B.M., *Review of the European Consumer Acquis*, Sellier, Munich, 2008.
- MICKLITZ Hans-W. – REICH Norbert – ROTT Peter, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Anverse – Oxford - Portland, 2009.
- NAVARRETTA Emanuela (sous la direction de), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Actes du colloque organisé à Pise le 25 et 26 mai 2007, Giuffrè, Milan, 2007.
- OPHELE Claude – REMY Philippe (sous la direction de), *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, Paris, 2007.
- PRIETO Catherine (sous la direction de), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 17 et s.
- REMY-CORLAY Pauline – FENOUILLET Dominique (sous la direction de), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Actes du colloque organisé le 30 et 31 janvier 2003, Dalloz, Paris, 2003.
- ROPPO Vincenzo (sous la direction de), *Il contratto del duemila*, Giappicchelli, Turin, 2005.
- SCHULTE-NOLKE Hans – TWIGG-FLESNER Christian – EBERS Martin (sous la direction de), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, Munich, 2008.
- SIRENA Pietro (sous la direction de), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Giuffrè, Milan, 2006.
- SOMMA Alessandro, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Giappicchelli, Turin, 2003.
- STEFANOU Constantin – XANTHAKI Helen (sous la direction de), *Drafting Legislation. A Modern Approach*, Ashgate, Aldershot, 2008.
- VAQUER Antoni (sous la direction de), *European private law beyond the Common Frame of Reference : essays in honour of Reinhard Zimmermann*, European Law Publishing, Groningen, 2008.
- WERRO Franz – BUSSANI Mauro (sous la direction de), *European Private Law : A Handbook*, Stämpfli, Berne, 2009.

III. Articles, communications, chroniques.

ALPA Guido – CONTE Giuseppe, Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire, *Rivista di diritto civile*, 2008, n°2, p. 141 et s.

AUBERT DE VINCELLES Carole :

- (corédigé avec ROCHFELD Judith), Les apports de l' « Acquis communautaire » au cadre commun de référence, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 741 et s.
- Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation, *Revue des contrats*, 2009, n°2, p. 578 et s.

BASEDOW Jürgen:

- Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid, *European Review of Private Law*, 2001, p. 35 et s.
- The Court of Justice and Private Law : Vacillations, General Principles and the Architecture of European Judiciary, *European Review of Private Law*, 2010, n°3, 44 et s.

BEALE Hugh, The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law : The Limits of Voluntary Harmonization, *European Review of Private Law*, 2010, n°3, p. 501 et s.

BERGE Jean-Sylvestre :

- Le droit européen et les sources généralistes du droit des contrats : altérité, concurrence et influence, *Revue des contrats*, 2007, n°4, p. 1445 et s.
- Les cinquante ans du Traité de Rome instituant la Communauté européenne et le contentieux contractuel, *Revue des contrats*, 2007, n°3, p. 897 et s.
- La corrélation “droit européen” et “droit des contrats” (A propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs), *Revue des contrats*, 2009, n°2, p. 697 et s.

BUSNELLI Francesco Donato, Note in tema di buona fede ed equità, *Rivista di diritto civile*, 2001, n°1, p. 537 et s.

BUSSANI Mauro – MATTEI Ugo, Le fonds commun du droit privé européen, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 39 et s.

CALAIS-AULOY Jean, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 239 et s.

CAMARDI Carmelita:

- Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza, in *Europa e diritto privato*, 2001, n°3, p. 703 et s.
- Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari, *Rivista critica del diritto privato*, 2005, p. 557 et s.

CASTETS-RENARD Céline, La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats, *Recueil Dalloz*,

2009, n° 17, p. 1158 et s.

CASTRONOVO Carlo:

- Good Faith and the Principles of European Contract Law, *Europa e diritto privato*, 2005, p. 589 et s.
- Common Frame of Reference and Acquis. Conciliation or Clash ?, in BOELE-WOELKI Katahrina – GROSHEIDE Willem (sous la direction de), *The Future of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2007, p. 159 et s.

CHAMBOREDON Anthony, La “texture ouverte” d’un code européen du droit des contrats, *Journal du droit international*, 2001, n°1, p. 27 et s.

CHARBIT Nicolas, L’esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats, *Jurisclasseur périodique éd.générale*, 2002, p. 12 et s.

CHIRICO Filomena, The Function of European Contract Law – An Economic Analysis, *European Review of Contract Law*, 2009, vol.5, n°4, p.1614 et s.

COING Helmut, Europäisierung der Rechtswissenschaft, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p.937 et s.

CORNU Gérard, Un code civil n’est pas un instrument communautaire, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 349 et s.

DEUMIER Pascale :

- La doctrine collective législatrice: une nouvelle source de droit?, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 63 et s.
- L’utilisation par la pratique des codifications d’origine doctrinale, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 494 et s.

DUONG Lêmy, Le raisonnable dans les Principes du droit européen des contrats, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, n°3, p. 701 et s.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte :

- Faut-il un code civil européen?, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 463 et s.
- Droit européen des contrats : première réaction au plan d’action de la Commission, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1171 et s.
- Droit européen et international des contrats : l’apport des codifications doctrinales, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96 et s.
- Quelle protection des consommateurs pour demain ? La Commission européenne hésite et consulte, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 956 et s.
- (corédigé avec VAN GERVEN Walter) La convergence des droits en Europe, *Petites Affiches*, 2007, n° 79, p. 63 et s.
- Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dès non encore jetés, *Recueil Dalloz*, 2008, n°9, p. 2 et s.
- Pour un cadre commun de référence limité au droit des contrats, *Revue des contrats*, n°3, p. 918 et s.
- Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1362 et s.

- Droit européen des contrats : bilan et perspective pour la prochaine décennie, *Revue des contrats*, n°1, p. 316 et s.
- GÓMEZ-POMAR Fernando, The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective, *European Review of Contract Law*, 2008, n°2, p. 89 et s.
- GRUA François, Le Code civil, code résiduel?, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 253 et s.
- HALPERIN Jean-Louis, L'approche historique et la problématique du jus commune, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n°4, p. 718 et s.
- HESSELINK Martijn W. :
- The European Commission's Action Plan : Towards a More Coherent European Contract Law ?, *European Review of Private Law*, 2004, p. 397 et s.
 - (corédigé avec RUTGERS Jacobien W. – DE BOOYS Tim), *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Working Paper n° 2007/04 du Centre for the Study of European Contract Law de l'Université de Amsterdam.
 - European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice?, *European Review of Private Law*, 2007, p. 323 et s.
 - The Consumer Right Directive and the CFR : Two Worlds Apart ?, *European Review of Contract Law*, 2009, n°3, p. 290 et s.
 - If you don't like our principles we have we have others. On core values and underlying principles in European private law: a critical discussion of the new "Principles" section the draft CFR, Working Paper n° 2009/10 du Centre for the Study of European Contract Law de l'Université d'Amsterdam.
 - Towards a sharp distinction between B2B and B2C ? On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive, *European Review of Private Law*, 2010, n°1, p. 57 et s.
- HONDIUS Ewoud, The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward, *European Review of Private Law*, 2010, n°1, p. 103 et s.
- HOUIN Roger, Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in *Etudes juridiques offertes à Leon Julliot de la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 225
- HUET Jérôme, Les sources communautaires du droit des contrats, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1997, p. 11 et s.
- JOLIVET Emmanuel, La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*, *Gazette du Palais*, 2001, n° 119, p. 36 et s.
- KENNEDY Duncan, The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law, *European Review of Private Law*, 2001, n° 1, p. 7 et s.
- KHAIRALLAH Georges, Le "raisonnable" en droit privé français. Développements récents, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 439 et s.

LANDO Ole :

- Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law, *European Review of Private Law*, 2000, n°1, p. 59 et s.
- L'avenir du droit des contrats, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 904 et s.
- La contribution française au droit européen du contrat, *Revue des contrats*, 2009, n°2, p. 729 et s.

LEQUETTE Yves, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2202 et s.

LOOS Marco B.M., The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization. On the Disturbance and Reconstruction of the Coherence of National Contract Law and Consumer Law under the Influence of European Law, *European Review of Private Law*, 2007, p. 515 et s.

LOW Gary, The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law : A Perspective from Psychology, *European Review of Private Law*, 2010, n°2, p. 285 et s.

MALAURIE Philippe, Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte, *Jurisclasseur Périodique*, 2002, p. 281 et s.

MALINVAUD Philippe, Réponse – hors délai – à la Commission européenne: à propos d'un code européen des contrats, *Recueil Dalloz*, 2002, n° 33, p. 2542 et s.

MAZEAUD Denis :

- Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2959 et s.
- Principes du droit européen du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois versions de l'avenir contractuel européen, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 723 et s.
- Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français, *European Review of Contract Law*, 2010, n°1, p. 1 et s.

MENGONI Luigi, Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milan, 1998, t.3, p. 537 et s.

MICKLITZ Hans-W., The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party, *Journal of Consumer Policy*, 2004, n°3, p. 339 et s.

NAVARRETTA Emanuela, Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo, *Rivista di diritto civile*, 2005, n°5, p. 507 et s.

ODERKERK Marieke, The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research, *European Review of Contract Law*, 2007, n°3, p. 315 et s.

PASA Barbara, The DCFR, the ACQP and the Reactions of Italian Legal Scholars, *European Review of Private Law*, 2010, n°2, p. 227 et s.

- PICOD Yves, Réflexions sur la refonte du Code de la consommation, *Contrats concurrence consommation*, 2008, n°12, p. 7 et s.
- REMY-CORLAY Pauline :
- Les *Principles of the Existing EC Contract (Acquis Principles)*, *Contract I*, rédigés par le Groupe Acquis Communautaire, sont sortis !, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, n° 4, p. 740 et s.
 - Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, n° 2, p. 258 et s.
- RIESENHUBER Karl, System and Principles of EC Contract Law, *European Review of Contract Law*, 2005, n°3, p. 297 et s.
- ROCHFELD Judith, Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2047 et s.
- ROPPO Vincenzo, From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts : a Trend in European Contract Law, *European Review of Contract Law*, 2009, n°3, p. 304 et s.
- ROTTINGER Moritz, Towards a European Code Napoléon/ABGB/BGB – Recent EC Activities for a European Contract Law, *European Journal of Law*, 2006, n° 6, p. 807 et s.
- SARGOS Pierre, Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de Cassation: les gardes-fous des excès du droit, *Jurisclasser périodique éd.gén.*, 2001, n° 1, p. 306 et s.
- SCHULZE Reiner, Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire, *Revue des contrats*, 2008, n°3, p. 922 et s.
- SIRENA Pietro :
- L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, *Rivista di diritto civile*, 2004, n°1, p. 787 et s.
 - Il codice civile e il diritto dei consumatori, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, n° 7, p. 277 et s.
 - La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede, *Rivista di diritto civile*, 2006, n°4, p. 415 et s.
- SMITS Jan S., Full Harmonisation of Consumer Law ? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, *European Review of Private Law*, 2010, n°1, p. 5 et s.
- STAUDENMAYER Dirk :
- Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats, *Jurisclasser périodique éd.générale*, 2002, n° 1, p. 709 et s.
 - The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law, *Journal of Consumer Policy*, 2004, n°3, p. 269 et s.
 - The way forward in European contract law, *European Review of Private Law*, 2005, p. 95 et s.

- STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, Social Justice in European Contract Law. A Manifesto, *European Law Journal*, 2004, n° 6, p. 653 et s.
- STUYCK Jules, European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam : Consumer Policy In or Beyond the Internal Market ?, *Common Market Law Review*, 2000, p. 367 et s.
- TALLON Denis, Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ?, *Répertoire du notariat Defrénois*, 2000, n°11, p. 683 et s.
- VOGENAUEUR Stefan – WEATHERILL Stephen, The European Community's competence for a comprehensive harmonisation of contract law – an empirical analysis, *European Law Review*, 2005, p. 821 et s.
- VOGENAUER Stefan, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overkill Soft Law ?, *European Review of Contract Law*, 2010, vol.6, n°2, p. 143 et s.
- WEATHERILL Stephen :
- Reflections on the EC's competence to Develop a European Contract Law, *European Review of Private Law*, 2005, p.405 et s.
 - The « principles of civil law » as a basis for interpreting the legislative acquis, *European Review of Contract Law*, 2010, n°1, p. 74 et s.
- WHITTAKER Simon :
- Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1152 et s.
 - A Framework of Principles for European Contract Law ?, *The Quarterly Law Review*, 2009, p. 616 et s.
- WILHELMSSON Thomas, Is There a European Consumer Law – and Should There Be One?, *Saggi, conferenze e seminari del Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, n° 41, Rome, 2000, p. 5 et s.
- WITZ Claude, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *Recueil Dalloz*, 2000, p.81 et s.