

# DROIT PRIVE COMPARE

## INTRODUCTION

### I. Propos introductifs

#### • Approche comparative

Il ne s'agit pas d'étudier les ≠ droits étrangers. Nous nous pencherons sur un certain nombre de thèmes déterminés.

Une des vertus du droit comparé → avoir **un regard critique** sur notre propre système de droit, pourquoi il a fait tel ou tel choix ; questions que soulève le droit français ou européen à travers l'observation d'autres droits → moyen de construire, comprendre le droit, mais aussi de remettre en cause les solutions acquises (en particulier dans un contexte de concurrence des lois), lutter contre le dogmatisme, les stéréotypes, l'ethnocentrisme (fonction **subversive** du droit comparé → Muir-Watt. Comp. aux courants de critique du droit, par exemple : *Law and economics*, critique au regard de l'économie ; *Law and feminism*, critique de la construction du droit en faveur des hommes).

#### 1. Qu'est-ce que comparer ?

Définition courante : « *mettre en parallèle et faire apparaître des similarités et des différences ».*

- Faire ressortir les similarités → approche **intégrative** de la comparaison
- Rechercher les différences fondamentales de certains droits, afin de montrer que des systèmes ne peuvent pas être rapprochés → approche **différentialiste** (Pierre Legrand, *Droit comparé*, PUF) : il existe des différences fondamentales entre certains systèmes et par conséquent il est exclu d'unifier les droits

Il ne s'agit pas d'une démarche neutre.

Ces différences et ces similitudes dépendent des **critères** que l'on retient pour la comparaison.

On détermine ces critères **au regard des objectifs de la comparaison**.

(ex : recherche d'une équivalence afin de procéder à une substitution du droit étranger par le droit français ; recherche des valeurs d'un système de droit au regard de l'ordre public international français).

On peut également comparer au sein du droit interne lui-même (ex : PACS/mariage).

## 2. Pourquoi comparer ?

### • Objectifs

- apprendre des autres systèmes afin d'améliorer notre propre système
- trouver les solutions à des problèmes juridiques nouveaux
- convaincre par l'utilisation de la comparaison.
- Comprendre les autres droits dans un contexte d'internationalisation des situations (autant droit privé que public, par ex négociation internationale de traités).

## 3. Histoire de la comparaison

• Si l'on remonte à l'**Antiquité** : **Solon** (législateur athénien, 6<sup>e</sup> siècle avant JC), procédait déjà à une certaine comparaison.

**Aristote** (4<sup>e</sup> siècle avant JC), dans la *Politique*, fait référence à une grande variété de constitutions et procède à une étude comparative des constitutions grecques et barbares pour mener ses analyses.

• **Au Moyen-Âge** : travail commun des universités en Europe ayant amené à l'**émergence du jus commune** (réfléchir à des solutions qui pourraient être bonnes pour tous, en utilisant le droit romain, le droit canonique, coutumes).

• + tard, **Montesquieu**, dans *L'esprit des lois*, compare les régimes politiques, notamment après un voyage en Angleterre, avec cette idée que l'on peut déterminer de bons principes de gouvernement à partir de la comparaison.

- En réalité, la législation comparée est devenue une discipline universitaire **à partir du XIX<sup>e</sup> siècle** (Henry Sumner Maine) ; en 1831, est créée au Collège de France une chaire de législation comparée. En 1869, création de la Société de législation comparée ; en 1900, organisation du premier congrès international de droit comparé, par les 2 fondateurs du droit comparé en France (Édouard Lambert et Raymond Saleilles<sup>1</sup>).

- L'intérêt premier a été porté au **droit naturel** : pour dégager des solutions justes, il ne faut pas s'intéresser au droit positif, mais considérer le droit naturel, qui serait **conforme à la raison**, à un certain état naturel des choses.

- L'analyse comparative est une discipline **jugée impossible par certains** : il existe une telle variété de systèmes que l'on ne sait pas où chercher ; obstacle culturel, linguistique qui peut rebuter les chercheurs. Pour beaucoup, la connaissance du monde juridique est irréalisable. Afin de réduire la diversité : regrouper les droits dans des grandes familles.

- Au cours des dernières années, l'analyse comparative a acquis **une vigueur nouvelle**.

Raisons de ce **renouveau**

- tendance à rechercher des solutions dans les autres systèmes, avec l'idée que, si un problème se pose, on trouvera la solution dans d'autres droits positifs → au Sénat par exemple, analyse de certains droits étrangers avant la prise de décision. Pb : lorsque l'on souhaite « greffer » purement et simplement des solutions/institutions étrangères en droit français (*legal transplants*). Débat acharné à ce sujet entre Pierre Legrand et Allan Watson.
- Utilisation du droit comparé pour convaincre au cours du processus de la réforme législative (voir réformes récentes : peines « plancher », tests ADN, flexibilité du contrat de travail...). Le doyen Carbonnier avait dénoncé cette tentation de s'inspirer d'autres droits.
  - Exemple en matière constitutionnelle : l'interprétation de la Constitution par référence aux solutions jurisprudentielles étrangères. Si on se penche sur les décisions du CCon, on ne trouve pas d'approche comparative (du moins explicite), ni par rapport à la jurisprudence étrangère, ni par rapport à la doctrine. Il y a eu en France une controverse sur laquelle le Doyen Vedel avait

---

<sup>1</sup> Voir en particulier C. Jamin, RDC 2000, n°4 (« Le vieux rêve d'Édouard Lambert et Raymond Saleilles revisité »).

pris position avec une très grande réticence (certains avaient voulu faire référence à la constitution indienne) : « *le droit comparé ne doit pas être invoqué pour ébranler les convictions qui étaient auparavant les nôtres. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, pratique, parfois issue d'une démocratie juvénile doive s'imposer de la même façon qu'une mode vestimentaire* ». Aux Etats-Unis, controverse par rapport à des décisions de la Cour Suprême faisant référence aux droits européens, voire à d'autres droits.

Voire par exemple **la décision de la Cour suprême, *Lawrence v. Texas* (2003)**, portant sur l'incrimination de la sodomie dans l'État du Texas. Les relations de ce type pouvaient faire l'objet de sanctions pénales au Texas, jusqu'à cette décision. Les personnes incriminées ont contesté la constitutionnalité de cette loi texane, sur le fondement du droit au respect de la vie privée (entre autres). Pour trancher dans le sens de la condamnation de cette loi texane, la Cour Suprême a fait référence à la jurisprudence de la CEDH.

Par la suite, décisions portant sur la peine de mort concernant les mineurs, les malades mentaux, dans lesquelles la Cour suprême a de nouveau fait appel au droit étranger pour déterminer le domaine dans lequel cette peine peut s'appliquer.

La Cour Suprême a donc interprété la constitution américaine en tenant compte des solutions adoptées par les autres pays. Ces décisions ont provoqué de vifs débats au Congrès – certains hommes politiques ont voulu interdire à la Cour Suprême d'interpréter la constitution américaine d'une telle façon – et même au sein de la Cour Suprême elle-même (**Juge Scalia** attaché à une interprétation **originaliste** de la constitution, c-a-d qui ne devrait pas tenir compte des évolutions sociales, mais plutôt s'attacher à la pensée des auteurs, ce qui ne veut pas dire qu'il ne faut pas tenir compte du droit étranger lors de l'écriture de la constitution, mais pour son interprétation il faut s'en tenir au texte originel. Au contraire, **le juge Breyer** est favorable à une interprétation **évolutive** : interprétation **dynamique** du texte de la constitution, c-a-d accepter qu'au cours du temps les interprétations puissent évoluer et puissent tenir

compte de considérations retenues dans des solutions étrangères). On trouve également cette tendance en Israël, en Afrique du Sud : s'inspirer des solutions retenues ailleurs et les inscrire, les insérer, **les adapter au système national** (sinon, critique tenant à la décontextualisation).

Arguments à l'encontre de cette tendance : normalement, le pouvoir vient du peuple. **Dès lors, quelle est la légitimité démocratique de telles solutions ?** On peut rétorquer qu'il s'agit **seulement de s'inspirer** de solutions étrangères, pas de les appliquer en tant que telles.

Quelle est la connaissance du droit étranger dont on prétend s'inspirer ? Quelle est le sens de retirer une solution étrangère de son contexte ? Peut-on réellement prétendre connaître l'état du droit étranger ?

La précaution est de mise lorsque l'on fait référence à des solutions de droit étranger. L'utilisation des décisions étrangères demande des développements substantiels (compte rendu de recherches ; contexte de l'élaboration des décisions étrangères). Risque d'arbitraire : pourquoi choisir tel droit plutôt qu'un autre, fondements de la sélection, quels critères de choix (valeurs démocratiques, sociales, politiques ?) ?

Aujourd'hui, un certain nombre de Cours constitutionnelles sont en rapport les unes avec les autres : réseaux, conférences.

- Exemple en matière de droit privé : **on constate l'adoption d'une démarche comparative dans les décisions en matière civile**. Voir en particulier **l'affaire Perruche (2000)** : le rapport du conseiller rapporteur et les conclusions de l'avocat général contiennent des développements relatifs aux solutions retenues dans d'autres systèmes – ceux-ci n'apparaissent cependant pas directement dans le corps de la décision (les références sont en arrière plan).

V. aussi, en Grande-Bretagne : Chambre des Lords

Ex : **affaire Macfarlane v. Tayside health board, 1999** : demande de dommages intérêts pour la naissance d'un 5<sup>e</sup> enfant alors que le mari avait fait

l'objet d'une vasectomie. Demande rejetée. Un des *Lords* examine la jurisprudence étrangère et s'appuie sur une décision de la haute cour néerlandaise, dans laquelle les juges néerlandais, dans une même affaire et dans un contexte de droit très voisin, ont donné satisfaction aux parents : il considère les  $\neq$  arguments éthiques retenus par la cour néerlandaise et explique pourquoi ceux-ci ne peuvent être retenus en l'espèce. **Il s'agit d'une différenciation mais réalisée en prenant en compte le droit d'un autre Etat.**

**Affaire décidée par la *High Court, Greatorex v. Greatorex, 2000*** (dont Markesinis s'inspire dans son livre, v. biblio) – les juges anglais s'inspirent d'une décision rendue par la BGH : question portant sur le point de savoir si on peut indemniser le préjudice psychologique résultant du décès du conjoint lorsque celui-ci est décédé à la suite d'un accident auquel il a contribué par sa propre faute. L'avocat a amené la décision allemande devant le juge britannique, qui a repris à son compte cette argumentation.

**→ Dans un environnement fluctuant, il s'avère que, de + en +, les juges accordent une importance non seulement aux idées véhiculées dans des décisions étrangères, mais aussi au raisonnement, à l'argumentation par laquelle le juge d'un autre État a abouti à telle ou telle solution.**

G. Canivet : « *l'interaction des jurisprudences prend la forme d'un emprunt à la démarche juridique suivie, plutôt qu'une transposition aveugle de la solution* » (Revue de sciences criminelles, 2005, 813)

→ il s'agit d'élaborer une solution qui soit adaptée au système concerné.

#### **4. Le droit comparé et le droit international privé**

- **Première manière de voir cette relation : séparation stricte des 2 disciplines, ignorance réciproque.**
- **2<sup>e</sup> approche possible : considérer qu'il existe une communauté de préoccupations entre les 2 disciplines :**

Selon B. Fauvarque-Cosson (Revue internationale de droit comparé 2000, p. 797), il existerait une relation entre le DIP et le DPC qui sont tous deux animés par une tension entre le pluralisme et l'unité, le particularisme juridique et la communauté de droit.

En DPC, cette tension se manifeste dans les perspectives, les finalités dans lesquelles s'inscrit la recherche des similarités/des différences entre les droits : uniformisation ou maintien de la diversité...

En DIP, cette tension s'exprime d'une manière technique : les règles de conflit de lois sont destinées à trancher des conflits de lois sans faire systématiquement prévaloir la loi du for

= ouverture aux autres systèmes juridiques

D'un autre côté, certains mécanismes, comme la réserve d'ordre public ou la technique des lois d'application immédiate, traduisent plutôt une volonté de rattachement de la situation à la loi du for ( $\neq$  ouverture aux autres systèmes).

• **3<sup>e</sup> approche possible : complémentarité, interdépendance des disciplines** : le DIP fait appel au droit comparé (au-delà de l'application de la loi étrangère, après désignation de celle-ci).

Ex : au stade la qualification : comment un mariage sexuel valide à l'étranger peut-il être reconnu en France ? comment qualifier la situation ?  $\rightarrow$  pas d'institution correspondante dans le droit national. Il faudra examiner l'institution étrangère à l'aune de nos propres conceptions. Idem dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international.

• Dans ces opérations, le droit comparé gagne quelque chose :

- **Une véritable utilité pratique** : il devient une discipline pratique, alors qu'il a longtemps été conçu en tant que matière théorique.

• **Rivalité entre DIP et DPC**

Il pourrait y avoir une **rivalité** entre les 2 disciplines : **si le droit comparé poursuit un objectif d'unification du droit, il tend à rendre inutile les règles de conflit de lois.**

En effet, pour certains comparatistes (dès le Congrès de Paris, 1900), l'un des grands objectifs du DPC est d'en tirer les conséquences en vue d'unifier le droit (Saleilles). Les comparatistes que voulait convaincre Saleilles étaient d'abord des privatistes. Or les tentatives d'harmonisation n'ont produit que des résultats limités en droit privé : propriété intellectuelle,

matière commerciale. Harmonisation plus achevée dans d'autres domaines, par ex, la protection des droits de l'Homme.

**L'objectif du droit comparé serait plutôt de prendre en compte la diversité du droit et de trouver des solutions de rapprochement qui laissent subsister une certaine diversité.**

(= harmonisation et non pas uniformisation) Dans ce contexte, la RDC conserve une importance décisive. D'ailleurs, les directives d'harmonisation contiennent très souvent des RDC.

### 5. Le droit comparé et le droit européen

• **La première manière de voir est de constater que le droit de l'UE se construit à partir du droit des États :** l'élaboration des règles communes, si elle s'inspire parfois du droit d'États tiers à l'Union, **prend le + souvent sa source dans les droits des États membres (phénomène ascendant).** Le droit comparé sert donc à construire la règle commune. Par exemple, on attribue au droit administratif français certaines conceptions retenues en droit communautaire (recours en excès de pouvoir, responsabilité de la puissance publique). Dans la dernière période, la *common law* a eu une grande influence (directives en matière de droit des sociétés, d'interdiction des discriminations). Ces influences dépendent de la capacité d'un système juridique de rayonner au delà de ses frontières, plus que de l'influence politique de l'État. D'une part, on observe un phénomène du recours au  $\neq$  droits pour construire la règle commune. D'autre part, interrogations sur la démarche adoptée et plaider en faveur d'une méthode + rigoureuse que celle utilisée actuellement.

• Dans la jurisprudence de la CJCE : en décembre 2007, conférence de l'avocat général Maduro (CJCE). Il souligne l'importance du droit comparé dans la jurisprudence de la CJCE. Il attribue ce recours au droit comparé à la pluri nationalité des formations de jugement. **Il attribue à l'avocat général le rôle de rassembler les diverses sources de droit national pour orienter la solution communautaire.** Selon le juge Lenaerts, la juridiction communautaire est située au carrefour de cultures juridiques  $\neq$  étroitement interconnectées ; **pour cette raison, son travail consiste chaque jour de s'imprégner des valeurs véhiculées par les ordres juridiques qui l'entourent. Selon lui, la CJCE est une institution comparatiste par nature.**



*Ex : lorsque la CJCE dégage des principes généraux du droit communautaire (particulièrement en matière de droits fondamentaux) des traditions juridiques (ou constitutionnelles) communes des États membres.*

*Autre ex : principe de responsabilité de l'État en cas de violation du droit communautaire, résulte de solutions jugées communes à un certain nombre d'États membres.*

**Le recours au droit comparé permet au juge européen de combler un certain nombre de lacunes du droit européen.**

Par ailleurs, le droit comparé se fait nécessaire lorsque la CJCE doit prendre en compte **la manière dont les solutions seront réinsérées dans les ≠ droits nationaux**. Si la CJCE construit une solution qui ne heurte pas les systèmes juridiques nationaux, cette solution aura davantage de chances d'être effectivement appliquée dans les ≠ droits nationaux (aspect descendant).

• **Comment le juge européen procède-t-il à cette démarche comparative ?** Selon l'avocat général Lagrange : étudier les droits nationaux et choisir « le meilleur ».

Cependant, comme évaluer, de manière abstraite, quelle est la meilleure solution légale ?

**Surtout, un droit commun doit rechercher des solutions acceptables par tous, et adaptées aux objectifs poursuivis.**

Selon Maduro, l'approche comparative la + appropriée dans le contexte de l'UE (pluralisme juridique assumé) ne peut pas concevoir le droit national simplement comme une source d'inspiration, **mais doit aussi donner une légitimité au droit de l'UE**. Cette légitimité n'est pas seulement tirée des traités, mais aussi de la prise en compte des droits nationaux. La considération des ≠ systèmes doit être prise comme une forme d'apprentissage et d'expérimentation des ordres juridiques nationaux : il s'agit, en considérant les droits nationaux, de faire l'apprentissage de la diversité. Cet exercice ne peut se réduire à un décompte des États retenant telle ou telle solution... **En tout état de cause, la méthode comparative doit permettre à la CJCE de dégager des solutions propres, adaptées aux besoins spécifiques qui sont ceux du droit de l'UE**. La méthode comparative peut être considérée comme **un instrument complémentaire de la technique d'interprétation téléologique** (méthode délicate à mettre en œuvre car un certain flou y subsiste – elle manque d'une rigueur absolue qui la mettrait à l'abri de toute contestation).

**Dès lors que la solution retenue par la CEDH ou la CJCE est basée sur la prise en compte de la diversité des droits, elle peut être amenée à évoluer** (ex : CEDH, 2002 *Fretté c/ France*, puis 22 janv. 2008 : *E.B c/ France* en matière d'adoption d'enfants par des couples homosexuels). On peut observer, dans la jp de la CEDH, que la tolérance à la solution spécifique d'un Etat sera +/- grande en fonction du nombre d'États convergeant vers la même solution : si la comparaison aboutit à un certain consensus dans l'interprétation de tel droit ou liberté, il sera difficile à un Etat, mis en cause devant la CEDH, de convaincre la Cour de la nécessité de maintenir une solution particulière.

## 6. Le droit comparé et la mondialisation du droit.

### • Mondialisation du droit

La mondialisation du droit oblige à concevoir que **le droit n'est plus contenu dans les frontières nationales** : on ne peut plus entièrement le saisir en se contentant de connaître le droit national.

Perméabilité des systèmes les uns par rapport aux autres, influence des  $\neq$  systèmes juridiques les uns sur les autres.

### • 2 modalités de cette mondialisation

- **émergence d'un droit mondial**, c-a-d un droit unique valant pour le monde entier. Par exemple, le droit développé dans le cadre de l'OMC ou les conventions de OIT.

- **idée d'un rapprochement des droits à l'échelle du monde (droit mondialisé)**, chaque droit continuant d'exister individuellement.

• Cette distinction est opérée par François Ost (v. nt *De la pyramide au réseau*) :

- **le droit de la mondialisation** serait un droit relevant de la perspective assez classique : le droit international = droit procédant de la mise en place de structures de gouvernance mondiales ayant pour origine les États (perspective onusienne)

- **le droit mondialisé** résulterait d'une perspective + radicale de **pénétration transnationale** qui est le résultat d'une convergence +/- spontanée de droits nationaux qui cherchent à s'aligner sur des standards ou des modèles dominants ou séduisants<sup>2</sup>. Certains concepts, certaines notions/valeurs se diffusent parfois rapidement : rationalité économique, raisons éthiques, morales. Cela provoque une certaine hybridation : mélange des genres à l'intérieur du droit. F. Ost qualifie cette mondialisation de « douce » (v. conférence au collège de France, Le droit comme traduction).

• **Facteurs de cette mondialisation du droit**

- mise en contact + rapide et + simple des ≠ régions du monde
- phénomène d'interdépendance des États, liés + étroitement auparavant économiquement et à la perméabilité des frontières étatiques.
- Émergence d'une communauté de valeurs, d'un sentiment d'appartenance commune à l'échelle mondiale, avec des préoccupations communes (ex : protection des personnes vulnérables ; protection de l'environnement). On constate que ces aspirations communes entraînent des évolutions communes à un certain nombre d'États (particulièrement droits « occidentaux »).
- Dimension volontaire de la mondialisation du droit, qui ne passe pas forcément par les institutions internationales (droit de l'OIT, protection des droits fondamentaux), mais peut être le travail de certains groupements (ex pour l'harmonisation du droit des contrats en Europe : groupes académiques de professeurs de droit ; principes Unidroit concernant les contrats internationaux, non obligatoires, mais pouvant servir de référence aux cocontractants). Ce mouvement a été observé aux EU au début du XXème siècle, dans un contexte d'absence d'uniformité du droit dans le cadre national : le Barreau américain a fait un certain nombre de propositions allant dans le sens d'une uniformisation, certaines propositions ont été retenues (ex : *uniform commercial code*).

---

<sup>2</sup> Phénomène que l'on peut constater en dehors du monde juridique : modes de consommation, culture...

**• Conséquences de la mondialisation du droit**

- Effet dénoncé : hégémonie d'un modèle ; la mondialisation conduirait à l'existence d'un modèle dominant (on a vu au XIXe l'influence du Code Napoléon, puis du modèle allemand dans la 1<sup>ère</sup> moitié du XXe siècle ; aujourd'hui, tendance à considérer que les droits de *common law* et le droit des États Unis sont dominants).
- Autre vision : en termes d'échanges entre les systèmes, qui aboutirait à un droit mondial nouveau et original.
- Quelle que soit la vision, l'approche comparative joue un rôle décisif. Il faut se pencher sur l'origine des influences, et voir si l'on retrouve ces influences dans les autres systèmes juridiques. Si on retient la notion du mélange des systèmes, il faut voir en quoi les solutions préexistantes se sont fondues dans un nouveau système.
- Selon le Professeur Xavier Blanc-Jouvan, le droit comparé est en train de se transformer et s'est et doit encore s'internationaliser : « *le droit comparé doit s'adapter à une situation nouvelle et devenir de + en + international* » → rejet d'une ≠ entre droit comparé et droit international. Le développement du droit européen et du droit international fait que l'on est porté vers une approche comparée de droits internationaux (ex : droit de l'UE en matière de droits de l'Homme en comparaison avec le droit de la CEDH ; droit de l'OMC et droit de l'UE en matière d'échanges internationaux). Parce que ces initiatives existent à l'échelle internationale, le droit comparé s'est inséré dans cette perspective de construction internationale du droit.

## II. La diversité des droits

### • Les familles juridiques

La construction des familles juridiques est l'une des grandes entreprises des comparatistes.

Une manière de réduire la diversité et de faciliter la comparaison est de classer les droits en grandes familles juridiques. Aujourd'hui, cette classification fait l'objet de débats très sérieux.

### • Histoire de la classification des droits en familles juridiques

- Lors du Congrès international de droit comparé, 1900 (Paris), **P. Esmein** propose une classification des droits en 5 familles en se fondant sur un certain nombre de **critères historiques, culturels, religieux et juridiques** :

- famille venant du droit romain
- famille germanique
- famille anglo-saxonne
- famille slave
- famille des droits musulmans

Cette classification ignore les droits de l'Asie et les droits africains.

Cette 1<sup>ère</sup> classification initie le développement de classification des droits en famille tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, qui connaîtra une diversité d'approches.

- Un exemple (critiquable) : en 1913, le professeur **Sauser Hall** propose une classification particulière **fondée sur la race**. Il divise le monde en 4 familles de droit :

- droits aryens et indo-européens
- droits sémitiques
- droits mongols
- droits barbares (essentiellement Afrique et Asie).

- En 1950, **R. David** propose une classification en retenant 2 critères :

- **l'idéologie** : concessions de la justice, qui sont le produit de la religion, de la philosophie, mais aussi des structures économiques, politiques et sociales États
- **la technique juridique**

Dans son premier *Traité* consacré aux grands systèmes juridiques, il distingue 5 familles juridiques

- les systèmes occidentaux
- les systèmes socialistes
- le droit musulman
- le droit hindou
- le droit chinois

Aujourd'hui, son traité repris par **C. Jauffret-Spinosi** distingue entre 7 familles :

- famille romano germanique
- famille de *common law*
- le droit russe
- le droit musulman
- le droit de l'Inde
- le droit de l'Extrême-Orient
- les droits de l'Afrique et de Madagascar

Selon C. Jauffret-Spinosi, le droit n'est pas réductible à la diversité des règles qui le composent. La diversité des règles est en effet changeante. Derrière les règles, il faut voir que le droit est un vocabulaire et une grammaire (concepts, théories, modes de raisonnements propres et qui sont des éléments + permanents que la règle de droit elle-même).

- **Zweigert et Kötz**, en préalable à la classification, expliquent que **la classification est relative, au moins à 2 égards** :

- **substance du droit considéré** : souvent, les classifications sont l'œuvre de juristes privatistes. Ex : si on prend le droit allemand, on peut le faire entrer dans la famille romano germanique du point de vue du droit privé ; cependant, le droit constitutionnel allemand a davantage de rapports avec le droit américain.

- **époque** : la classification peut être appropriée à une époque donnée et ne plus l'être pour une autre. (ex : catégorie du droit socialiste par René David, puis du droit russe par C. Jauffret-Spinozi).

Zweigert et Kötz considèrent que pour composer les familles, il faut observer **les traits stylistiques distinctifs des systèmes**, qui permettent de ranger ces derniers dans ces catégories. Selon eux, l'une des manières de repérer un style est **l'étonnement** que ressent le juriste qui ne la connaît pas (ex : *le juriste français devant le trust*). Cependant, l'étonnement est très subjectif ! Ils établissent une liste de critères qui doivent être pris en compte, mais dont le poids relatif peut varier :

- **évolution** et **racines historiques**,
- **modes de pensée juridiques** (*legal thinking*. Chez nous : mode de pensée hypothético-déductif ; systèmes de *common law* : mode de pensée plutôt inductif),
- **existences d'institutions distinctives** (*trust* en droit anglais ; notion de cause ; notion d'enrichissement sans cause).
- **Sources du droit** (critère mineur selon Zweigert et Kötz),
- **Idéologie** (c-a-d influence d'une idéologie/religion particulière sur le droit ; par exemple, idéologie marxiste).

Dans leur 1<sup>er</sup> ouvrage de 1970, Zweigert et Kötz décomptent 8 régions de droit (*Rechtskreise*)

- droits romanistes
- droits allemands
- droits nordiques
- *common law*
- droits socialistes
- droits d'Extrême-Orient
- droit islamique
- droit hindou

Dans leur édition de 1998, ils ont conservé les 4 premiers groupes et y ont ajouté 4 familles qu'ils ont regroupé en 2 catégories :

- droits d'Extrême-Orient
  - o droit chinois
  - o droit japonais
- droits religieux

- droits islamiques
- droit hindou.

• **La construction des familles juridiques est sans arrêt soumise à la critique, remise en cause**

- **critique portant sur les critères**, arbitrages opérés par les auteurs pour mieux proposer une nouvelle classification. Le prof. Constantinesco conteste les critères et déplore le manque de rigueur des auteurs ; mais, pour autant, il continue de considérer que l'objet même de la science du droit comparé consiste dans l'examen des rapports entre les  $\neq$  ordres juridiques pour repérer les liens qui les unissent et les classer, car c'est le seul moyen d'avoir une connaissance globale du droit.
- **Critique déplorant le caractère trompeur et réducteur des classifications** : elles permettent certes de faire une macro comparaison, mais celles-ci ont-elles vraiment un sens, ne simplifient-elles pas à l'excès ? Pb : existence de droits **mixtes** (ex : droits combinant le droit civil et le *common law* = Canada ; le droit civil et le droit musulman = Égypte ; *common law* et droit coutumier = Ghana). Le droit canadien est particulièrement intéressant car coexistence dans un système bi juridique de droit de *common law* et droit civil aboutissant depuis la fin des années 1970 à l'adoption d'un **système de bi juridisme législatif, c-a-d que la rédaction des lois fédérales doit tenir compte de la spécificité de chaque système juridique**. La législation fédérale canadienne doit être rédigée en français et en anglais de sorte qu'elle soit compatible avec les 2 systèmes juridiques. Ces systèmes originaux dérangent la classification en familles juridiques.

• **Pour autant, il ne faut pas ignorer l'existence des familles**. Même si celles-ci ne sont pas parfaites, même si leurs contours sont évolutifs, l'existence de familles offre des repères. Dans le contexte européen, la distinction entre la famille romano germanique et la famille de *common law* permet de comprendre la résistance britannique à l'établissement d'un code européen des contrats, les modes de transposition des directives communautaires...



• **Distinction famille de *common law*/droit romano germanique (famille « de droit civil »).**

Il s'agit d'un grille de compréhension permettant une certaine lecture de ce qui se passe dans la cadre de l'harmonisation au sein de l'UE (par ex, résistance britannique à la création d'un code européen des contrats, différences dans la transposition des directives européennes).

La famille des droits romano germaniques recouvrent un nombre important de pays (90 : Europe continentale, Amérique latine). Elle a été fortement influencée par le droit romain d'une certaine époque (codification de l'Empereur Justinien). Elle est caractérisée par **la référence à des règles et des notions abstraites** et par **une séparation assez nette entre les règles de fond et les règles de procédure**.

La famille de *common law* couvre environ 40 pays : la grande caractéristique de ce système est **l'élaboration de la règle de droit par le juge et une réticence à l'égard de la codification**. Les règles de droit sont pour la plupart issues de cas. On observe une certaine imbrication des règles de fond et de procédure.

**Traits distinctifs de ces 2 systèmes :** d'un côté, influence du code ; de l'autre, influence de la jurisprudence → influence sur la manière de raisonner.

L'incidence du droit romain sur les systèmes dits « romano germaniques » est importante ; à l'inverse, rejet par le *common law* de l'influence de ce droit romain. Même si le droit romain était utilisé par les juristes anglais au Moyen-Âge : c'était dans un esprit de différenciation.

Volonté de « refoulement » du droit romain dès les origines du *common law*.

Dès les XVIII-XIXe siècle, les philosophes français (Montesquieu ; Tocqueville) ont souligné la singularité du droit anglais. Idée centrale : **la diversité du réel ne peut être prise dans un code**, il y a sans cesse une multiplicité de figures de la réalité qui doit faire évoluer les règles et par conséquent l'idée même du code est étrangère à la pensée juridique des juges de

*common law* (« *Comment peut-on former un code destiné à régler par avance les transactions juridiques d'un peuple ?* », C. Cooper, avocat anglais XIXe s).

Cette ≠ de vues à des influences profondes sur la théorie du droit.

En France, malgré la place progressivement acquise par la jurisprudence, la pensée juridique ne peut s'affranchir de l'idée de la toute puissance de la loi.

Lorsque la jurisprudence monte en puissance, la question de savoir si la jurisprudence est ou non une source du droit resurgit inéluctablement.

Aujourd'hui, on peut avoir du mal à penser que la jurisprudence n'est pas une source de droit (certains pans du droit ont été construits presque intégralement par la jurisprudence, par ex. le DI privé).

Interrogation d'une autre nature dès lors que l'on admet que le juge a un rôle central, question agitant la doctrine américaine depuis les années 1920 : quels sont les procédés utilisés par le juge pour statuer ? On trouve l'idée qu'il faut aller en dehors du droit pour répondre à cette question des procédés.

Selon d'autres, le trait distinctif des 2 familles serait la différence dans le raisonnement juridique des juristes :

- **d'un côté, approche fonctionnelle** (*common law*), empirique, « tâtonnante », qui part de l'expérience résultant des cas concrets. L'idée est de résoudre les difficultés à l'échelle de la situation précise qui est soumise au juge. Il s'agit davantage de trouver une solution qui satisfasse le sentiment de raison. On s'intéresse d'abord à la situation très particulière qui est source de difficultés. On pourra appliquer la règle dégagée aux situations identiques ; en cas de différences entre les cas, le juge résoudra le cas de façon sensiblement différente, en expliquant pourquoi. Holmes (Juge à la Cour Suprême, fin XIXe siècle) : « *la vie du droit dépend de l'expérience et non de la logique ; des règles générales ne peuvent pas décider dans des cas concrets* ». André Tunc répondait à cette remarque que les juristes de tradition romano germanique n'avaient pas de problème avec l'expérience (Portalès le soulignait déjà dans son avant-projet de Code civil), mais qu'en revanche le rejet de la logique formelle leur pose problème.

- **de l'autre, approche conceptuelle** (romano germanique) : prévalence des notions abstraites s'insérant dans un système complet et fermé de normes, raisonnement reposant sur une forme de logique assez abstraite. Valeur donnée à la règle abstraite et à la brièveté et la concision de la formule qui l'exprime, le principe est la partie noble du droit.

**Cette différence concerne donc la mentalité des juristes, la façon de raisonner.**

Les juristes anglais sont choqués par la manière dont on extrait les règles, dans les droits d'origine romano germanique, du contexte des cas (décontextualisation des décisions). En droit italien, pratique de la CCass de publier des *massime* : publication d'extraits des décisions qui correspondent à une formulation abstraite de la règle, et non pas des décisions intégrales.

Pour certains comparatistes (P. Legrand), à partir du moment où l'on est bien conscient de ces différences, il faut admettre qu'elles sont pour partie **irréductibles** et il ne faut pas céder à la tentation d'essayer de gommer ces différences car elles sont **très profondément ancrées** dans la pensée juridique.

**Cette analyse mérite une attention, mais, néanmoins dans la période récente, on observe un rapprochement entre les 2 familles** : les droits de *common law* ont développé l'idée qu'il était nécessaire de réaliser une certaine systématisation des règles ; dans les droits romano germaniques, prise en compte progressive de la jurisprudence et de son importance. **Il s'est opéré un rapprochement dans les structures des droits** : le rôle de la loi est de + en + important dans les systèmes de *common law* (ex : droits des biens, droit de la famille).

En Europe, les systèmes juridiques sont confrontés aux mêmes difficultés : les questions que les juges et la loi ont à résoudre sont communes aux ≠ systèmes. L'un va pouvoir s'inspirer de l'autre sur des problématiques communes. Si on dépasse les ≠ entre les systèmes sur les concepts et les sources, on peut observer que certaines solutions sont assez proches. Pour cela, peut-être pourrait-on parler d'une famille des « droits occidentaux ».

En outre, il n'est pas toujours intéressant de se référer à la distinction *common law*/romano germanique car les solutions se rapprochent. Il faut garder à l'esprit que

les systèmes se sont construits différemment, avec des mentalités différentes, qui débouchent sur des raisonnements distincts.

Mais il ne faut pas se contenter de cette grande distinction car les systèmes se sont rapprochés : il est parfois préférable d'adopter une méthode + pragmatique, + modeste. Partir du droit lui-même plutôt que des familles de droit (plutôt une micro comparaison qu'une macro comparaison).

### III. La méthode comparative.

#### 1. Diversité des méthodes

Certains estiment qu'il n'y a pas de comparaison possible.

Chaque comparatiste insère dans la comparaison le biais qui est sa conception du droit, cela peut interférer dans la comparaison.

**Dans un 1<sup>er</sup> temps, le « droit comparé » était plutôt la législation comparée.** Lorsque le droit comparé a émergé, il n'y avait pas vraiment de méthode : on a fait l'étude des législations étrangères d'une façon assez empirique. Cette méthode rencontre en France un certain succès, elle permet de réformer le droit français par observation des législations étrangères.

Cependant, elle est déjà critiquée par Saleilles dans les années 1890 : il ne comprend pas l'intérêt de « résumer » les législations étrangères sur chaque question du droit national.

Saleilles suggère une attitude différente : il suggère que celui qui s'adonne au droit comparé le fasse de façon + concrète, et qu'il le fasse en **prenant en considération les constructions juridiques en vigueur dans la législation observée**. Il insiste particulièrement sur l'analyse de la jurisprudence étrangère : il ne faut pas se contenter des règles codifiées.

A partir du Congrès de droit comparé de 1900, on va réfléchir à de nouvelles méthodes. Lambert : il faut aller au delà d'une approche formelle pour avoir une connaissance approfondie du droit étranger. Il faut encore aller au-delà de la connaissance des solutions matérielles ; **le travail de comparaison suppose de connaître l'esprit et la raison d'être de chaque solution** (il peut être nécessaire de sortir de la branche du droit concernée, voire même du droit).

- **Méthode conceptuelle**

Méthode assez commune : étude des concepts juridiques, des institutions et des notions. On s'efforce de trouver des correspondances. On est presque porté naturellement vers ce que l'on recherche. Cependant, quelques inconvénients : R. David : particulièrement lorsque les correspondances n'existent pas entre les catégories juridiques admises ici et là.

Elle peut être la source de contresens : des expressions peuvent paraître avoir la même signification, mais il peut n'en être rien dans les faits (difficultés de la langue et de la traduction, surtout parce que la langue est le creuset d'une culture particulière).

*Ex : stare decisis : la règle du précédent n'a pas exactement le même sens au RU qu'aux EU. Parce que le système juridictionnel est différent, la règle ne peut pas fonctionner de manière identique.*

*Ex : equity : la notion d'équité que l'on trouve dans le code civil ≠ branche du droit anglais (Equity / Common Law). Pour appréhender cette notion de droit anglais il faut connaître le droit anglais.*

On pourrait presque affirmer que le sens du droit comparé est s'assurer une certaine traductibilité (passage vers l'altérité par la traduction) → comment exprimer dans la langue d'arrivée un concept provenant d'une autre culture ? Mieux vaut parfois rédiger une longue phrase pour traduire le concept plutôt que de prétendre traduire un mot par un autre.

*Ex : En droit anglais, « defence » = l'argument que l'on invoque au cours du procès.*

Parfois, mieux vaut même reprendre le mot étranger lui-même, afin d'éviter toute confusion.

Ex : Common Law

- **Approche contextualiste**

Elle vise à dépasser les textes mêmes pour essayer de saisir le droit en action. Cette approche met l'accent sur la nécessité d'observer le contexte dans lequel s'inscrit la règle, avec cette idée que la règle doit s'expliquer au regard de facteurs environnementaux (contexte économique, social, historique...). Il s'agit de « *sonder l'arrière plan culturel du discours juridique* », P. Legrand (= interdisciplinarité, dépassement de la culture juridique).

R. Sacco : « *s'enquérir de la dimension muette du droit, qui définit une mentalité juridique dans une société donnée* ».

• **Méthode factuelle (méthode des cas).**

Développée par le professeur Schlesinger, l'idée est de se baser sur un certain nombre de situations de fait, pour être sûr que chaque pays apporte sa réponse à la même question. Partir de cas concrets.

Il s'agit d'une méthode neutre, qui place tous les systèmes sur un pied d'égalité. Il s'agit, au début du raisonnement, d'éliminer toutes les catégories abstraites qui pourraient biaiser l'analyse, et à partir de là d'essayer d'établir si les solutions se retrouvent de l'un à l'autre.

• **Méthode dominante = méthode fonctionnelle**

Elle consiste à partir des problèmes juridiques que le droit entend traiter : la comparaison va être construite à partir d'une difficulté identifiée.

*Ex : comment le droit prend-il en compte les changements de la situation des parties pour modifier leurs engagements ? → question de l'imprévision*

La comparaison va naître presque spontanément, par la recherche des solutions que chacun des droits donne d'une question donnée.

D'abord développée par le Pr. Ernst Rabel dans l'entre-deux guerres, son idée centrale est que le droit étranger est utilisé comme une technique pour résoudre les problèmes juridiques, et que les seules choses comparables sont celles qui remplissent les mêmes fonctions. Ce n'est pas parce qu'un certain concept n'existe pas dans un autre droit qu'il n'est pas possible de trouver un équivalent fonctionnel.

Critiques : simplification excessive, surtout si elle est utilisée de façon exclusive.

On ne peut postuler que les problèmes de droit se posent partout de la même manière, et on ne peut pas faire abstraction du fait que les  $\neq$  solutions retenues s'inscrivent dans un système + large. Cette méthode opérerait une décontextualisation. Les fonctionnalistes répondent à cette critique en disant qu'il n'est pas obligatoire de l'utiliser de façon exclusive.

En grande partie, cette méthode fonctionnaliste est jugée satisfaisante (Zweigert et Kötz s'en servent dans leur ouvrage).

Il lui aussi parfois reproché d'avoir des finalités purement pratiques. Certes, le point de départ présente un caractère pratique, mais, à partir des résultats, on peut dégager un principe plus général (voir en particulier Roland Drago, entrée Droit comparé, *Dictionnaire de la culture juridique*).

- **Relations entre les ≠ méthodes**

Il faut les combiner.

## 2. Nécessité d'adapter les méthodes

- P. Legrand : le rôle que doit jouer le comparatiste est de maître au jour l'organisation d'une société et le rôle que joue le droit dans cette société.

Exigence très élevée car cela impose une compréhension très approfondie du droit et de la culture d'une communauté juridique.

- On peut imaginer d'assouplir la méthode, on peut avoir une idée plus flexible de la méthodologie de la comparaison. Article du Pr. Palmer (Mélanges Blanc Jouvan) : la méthode doit être souple et adaptée, aucune méthode ne s'impose absolument et la méthodologie ne doit pas être excessivement exigeante. Parfois, des méthodes basiques permettent d'obtenir les résultats recherchés (*ex : questionnaires que l'on envoie aux juristes des ≠ pays*).

Il faut tenir compte de différentes variables :

- le coût (financier et intellectuel)
- la relation coût/bénéfice
- les objectifs poursuivis par l'étude comparative

- Pour F. Ost, il faut toujours garder l'inquiétude, avoir mauvaise conscience : cette dernière doit préserver des erreurs les + grossières.

## IV. Grandes tendances du droit comparé

### 1. L'europanisation du droit et sa critique.

- **Influence des droits fondamentaux en droit des contrats et droit processuel**

La critique émane en particulier de C. Jamin, formulée lors d'un colloque en juin 2007 (conférence sur le droit des contrats saisis dans les droits fondamentaux).

Son approche consiste à considérer la manière dont s'est construit le droit français des contrats : cette construction au cours des deux derniers siècles montrerait que le droit français a évolué pour intégrer des idées qui sont celles du **solidarisme contractuel** (remise en cause de la doctrine volontariste classique prévalant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle). Ce courant doctrinal n'est pas le courant dominant et fait l'objet d'une très vive critique, voire d'une violence verbale rare. Quoi qu'il en soit, cette évolution (par ex. : montée en puissance de la bonne foi) risque, selon les solidaristes, d'être **fortement perturbée par l'émergence des droits fondamentaux, notamment sous l'influence la CEDH**. On réalise aujourd'hui que les juges nationaux font produire des effets horizontaux aux droits fondamentaux, dans des contrats de bail, d'assurance...

*Ex : arrêt CCass de 1996, sur les clauses d'occupation dans le bail, qui interdisaient d'occuper l'immeuble avec un concubin. Ce type de clauses a été remis en cause par la 3<sup>e</sup> Civ : en se fondant sur un droit fondamental (droit à la vie privée), la CCass éradique cette clause du contrat de bail.*

*Influence directe de la jurisprudence de la CEDH, qui critique l'État qui n'aurait pas interdit certaines pratiques contractuelles, ou qui est l'auteur d'une règle critiquable sur le terrain des droits fondamentaux.*

Selon C. Jamin, certaines réglementations mises en place par les États pour protéger le cocontractant faible, peuvent faire l'objet de contestation devant la CEDH et il peut arriver que ces réglementations nationales soient jugées contraires aux droits fondamentaux.

*Ex : CEDH, 19 juin 2006, Czapska c/Pologne : il s'agissait d'une réglementation fixant des loyers extrêmement bas pour les locataires.*

*Les propriétaires ont contesté cette réglementation, en prétendant qu'elle porte atteinte au droit de propriété car le propriétaire ne fait aucun profit et se trouve pratiquement en situation de perdre de l'argent en louant son appartement. La CEDH condamne la Pologne : « la CEDH estime que l'État polonais n'a pas ménagé le juste équilibre requis entre le droit de propriété et l'intérêt général ».*



Critique de cette solution :

- les droits fondamentaux sont réversibles, il peuvent parfois servir des fins sociales, mais aussi des fins + libérales.

Or, dans cette décision, ce sont les fins libérales qui ont servi de base au raisonnement de la CEDH.

critique sur la technique et particularité de la règle : l'affirmation d'un droit fondamental n'intègre pas la balance des intérêts (contrairement à ce que peut faire la loi, lorsqu'elle fixe des règles destinées à protéger certains contractants, par exemple). Dans la mise en œuvre des droits fondamentaux, cette question de l'équilibre à trouver entre des intérêts opposés est abandonnée à la décision des juges. Problème de prévisibilité, de sécurité juridique...

En France, selon Jamin, obstacle à l'acceptation d'une règle de ce type tenant à la mentalité juridique française : il est difficile de faire entrer ce mode de raisonnement dans la mentalité des juges et juristes français.

**La 2<sup>e</sup> critique porte sur la transformation des règles procédurales par le droit européen :** cette critique émane de M. Lasser. V. notamment son article : *The european pasteurization of french law*, Cornell L. Rev. , vol. 90, mai 2005, p. 995 : Lasser observe qu'un certain nombre de décisions de la CEDH rendues dans les années 1990 ont remis en cause le droit français du procès, en s'appuyant sur l'art. 6 § 1 de la CEDH (droit à un procès équitable).

La première décision dont il est question est un arrêt *Borgers c. Belgique* (1991), puis *Vermeulen c/ Belgique* (1996), *Lobo Machado c/ Portugal* (1996). Dans ces décisions, le rôle du procureur général dans la prise de décision des cours de cassation belge et portugaise est remis en cause.

Puis *Slimane Kaid c/ France* (1998) concernant la Cour de cassation et *Kress c/ France* (2001, à propos de la participation et de la présence du commissaire du gouvernement lors du délibéré) concernant le Conseil d'État. La CEDH, sur la base de l'art. 6, considère contraire au droit à un procès équitable certains aspects de la procédure française.

Selon Lasser, il s'opère une remise en cause de la tradition du procès français, tradition qui repose sur la confiance en une élite intellectuelle sélectionnée (en particulier le délibéré secret, ce qui débouche sur des décisions anonymes ≠ EU, où les *dissenting opinions* sont publiées). Le droit européen de la procédure est + démocratique, transparent : publicité des débats, des arguments, expression d'opinions individuelles (parfois dissidentes) des juges.

Lasser critique le fait que le droit européen conduit à donner une place accrue au juge, qui n'est pas compensée par une plus grande responsabilité de ceux-ci → déséquilibre.

Critique de la méthode comparative utilisée à la fois par la CEDH et par les autorités françaises : aucun des modèles n'a compris la spécificité des modèles procéduraux en présence. Aucun n'aurait saisi la logique et les valeurs propres de l'autre. Il y aurait une généralisation simpliste de ce qui caractérise chacun des systèmes.

→ **La procédure française, lorsqu'elle s'adapte, devient un système mélangé d'influences diverses. Ce n'est pas un problème en soi, mais pb est le renforcement du rôle des juges dans un système qui n'est pas construit pour encadrer ce pouvoir.**

#### • **Projet de droit européen des contrats**

(B. FAUVARQUE-COSSON, *Le code civil face à son destin*, 2006, la doc française)

(<sup>1</sup>, *D.* 2008, p. 556)

2 foyers de développement :

• **Initiatives doctrinales** : au moins une dizaine de groupes universitaires travaille sur le droit des contrats européens. L'un d'entre eux est **la commission Lando (Principes Européens du droit des contrats, 1997)**, qui a une visée européenne mais une forte ambition sur le fond : contrairement à Unidroit, il ne s'agit pas de saisir uniquement les contrats internationaux **mais l'ensemble des contrats**. Ces Principes sont mis à disposition, **à titre facultatif**, des parties,

des juges, des arbitres, mais aussi les États : ces différents acteurs peuvent **les utiliser en tant que référence/loi-type/clauses contractuelles type**. Ces Principes ont été présentés comme une première étape sur la voie vers un code civil européen. Ces travaux sont soutenus par la Commission européenne. Depuis la fin des années 1980, appel à l'unification qui émane des institutions européennes, et en particulier du Parlement.

• **En 2001, la Commission décide de lancer une consultation sur l'harmonisation du droit européen des contrats**. Cela s'est fait par un **Livre vert** (= Communication de la Commission européenne qui a pour objet **d'ouvrir le débat public**. Puis délai pendant lequel il est possible de soumettre des propositions en particulier via Internet). Ce Livre vert a fait l'effet d'une bombe en France car il est **fondé sur le marché intérieur** (question de la compétence de la Communauté). De plus, un code civil peut-il être européen et non plus national, alors que le Code civil est « *la constitution civile de la France* » et « *un lieu de mémoire de la nation* » (Carbonnier), voire « *la fleur de la culture française* » (Cornu) ?

Cette idée même d'un Code européen **irrite profondément une partie de la doctrine**. Cette critique émane aussi de groupes internationaux (Groupe d'études sur la justice sociale, v. nt Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats, RTDciv, Revue trimestrielle de droit civil, N° 4, 2005 , p 713-734) : très critique sur l'idée que l'Union européenne telle qu'elle est, et compte tenu de sa compétence, puisse développer un code des contrats. Cependant, un des mérites de ce projet est **d'avoir relancé l'analyse comparée des droits**, car cette analyse est fortement mise à contribution dans ce cadre : en France, cela a favorisé une réflexion sur la réforme du Code civil. Cela a débouché sur une proposition de recodification du code civil (nouvelle rédaction du livre III, présentée comme avant-projet de réforme du code civil en 2005, par le Pr. Pierre CATALA).

Dans le livre vert de 2001, la Commission propose ≠ options

- ne rien faire
- encourager le développement des principes généraux du droit des contrats qui permettraient une convergence progressive des droits nationaux
- travailler à améliorer la qualité de la législation européenne existante (amélioration de l'acquis communautaire, particulièrement en garantissant la cohérence de l'ensemble, par ex par la création d'une partie générale).

- Adoption d'un code européen qui viendrait remplacer les codes nationaux ou s'y ajouter en tant qu'instrument optionnel.

**En février 2003, la Commission adopte une nouvelle communication (« *Un droit européen des contrats + cohérent* »).** Celle-ci comporte un plan d'action.

- On voit émerger l'idée d'un **cadre commun de référence (CCR)**
- Promouvoir l'élaboration de **clauses contractuelles type.**
- **Instrument optionnel**

**En 2004, nouvelle communication (*Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*)** : on retrouve avec un accent nouveau **l'idée d'un cadre commun de référence**, qui devient la préoccupation principale. Il est présenté comme **une boîte à outils qui permettrait d'identifier les meilleures solutions en prenant en compte les différentes pratiques nationales, l'acquis communautaire, et les instruments internationaux existant pour énoncer des principes communs de droit des contrats, avec un effort de définition des concepts-clés.** L'idée que l'harmonisation ne peut passer que par une démarche systématique est exprimée par la Commission.

## 2. Classement des droits au moyen d'indicateurs économiques

### • Classement opéré par la Banque Mondiale : rapport *doing business*.

Les droits de la famille romano germanique sont attaqués par ces rapports *doing business* : **les droits sont notés en fonction de leur aptitude à favoriser les activités économiques**

(*benchmarking* des droits dans les domaines suivants : droit applicable à la création des entreprises, droit du licenciement, droit applicable à la propriété immobilière, droit concernant la protection des investisseurs, l'exécution des contrats...).

Postulat de départ du rapport : il est nécessaire de déréglementer et l'implication des juges doit être réduite → volonté d'aboutir à un certain résultat prédéterminé, préjugés sur ce qu'est le meilleur droit. Dans cette perspective, les rapports ont tendance à vanter les mérites de la tradition de *common law* : les évolutions sociales seraient mieux prises en compte par la

jurisprudence et les juges jouiraient d'une + grande indépendance. A l'inverse, les droits de tradition romano germanique sont considérés comme structurellement inférieurs.

Dans les rapports de 2004 et 2006, la France est très mal classée. En 2004, sur 150 pays, elle est placée au 44<sup>e</sup> rang pour l'environnement économique des affaires, derrière la Jamaïque, le Botswana et les Îles Tonga.

Ce rapport opère par corrélations :

*Ex : moins le licenciement pour motif économique est encadré, plus les investissements sont importants.*

Cependant, le lien de causalité n'est pas évident : d'autres facteurs peuvent expliquer cette corrélation, qui ne sont pas pris en compte ! Corrélation ne signifie pas forcément causalité !

Pb de ce rapport : pas d'indication des limites, décontextualisation du droit.

Ces rapports ont eu le mérite de « réveiller » les civilistes : cela a ravivé la différenciation entre les familles de *common law* et de droit romano-germanique.

Ils font également émerger des questionnements sur la méthode comparative : on pourrait effectivement intégrer des données quantitatives dans la comparaison, ce qui n'est pas habituel.

**Ces rapports font également ressentir l'importance du droit comme facteur de rayonnement d'un pays sur la scène internationale.**

### 3. Américanisation du droit

- L'américanisation s'effectue en particulier grâce au **rayonnement de la langue anglaise** + domination économique des EU + rôle important des places financières américaines + prestige politique : droit qui est capable de faire apparaître et de protéger les droits fondamentaux, et qui prend parfois une dimension militante + fort pouvoir d'attraction des formations en droit américaines.

- Ce rayonnement est **nécessairement limité car le droit des EU n'est pas facile à transposer** car il n'est pas construit, en principe, sous une forme codifiée + résistance des systèmes juridiques à reprendre telle qu'elle une notion, un concept, qui existe dans un autre

droit. **Il y a rarement des transpositions directes de solutions américaines dans les autres systèmes.**

P. Legrand insiste sur le fait qu'il n'y a pas de possibilité des greffes juridiques.

A. Watson considère au contraire qu'il y a déjà eu nombre de *legal transplants* et que cela continue aujourd'hui.

*Ex : la directive de 1985 sur les produits défectueux a été fortement influencée par le droit américain.*

*La notion de discrimination indirecte que l'on trouve en droit européen trouve son origine dans la notion américaine de disparate impact.*

• Réaction critique associée à l'influence du droit américain :

- critique sur le fait que le droit développé sur le fondement de l'inspiration américaine **donne une large place aux juges et conduit inéluctablement au gouvernement des juges**. En particulier, crainte de la perte du code et de la loi nationale comme origine du droit → droit abandonnée au débat des parties devant le juge et tendant à favoriser ceux qui sont le + mieux armé dans l'argumentation juridique.
- **Une uniformisation du droit**, qui conduirait à une seule et même expression de la pensée juridique, n'est **pas souhaitable** (→ appauvrissement culturel).

• Pour savoir s'il existe un phénomène d'américanisation du droit, il faut identifier certains traits qui sont considérés comme caractéristiques du droit américain et vérifier si cela est la réalité. Ensuite, il faut rechercher si l'on retrouve ces traits dans d'autres systèmes de droit.

- **critique de la « société contentieuse »/judiciarisation de la société, qui donne une place centrale à la victime :** on construit cette critique sur le constat de l'explosion des poursuites judiciaires aux EU, nombre très important de procès (en particulier responsabilité médicale, droit de la consommation grâce aux *class actions*), avec l'idée que pour chaque dommage il doit y avoir une possibilité de poursuivre quelqu'un et d'obtenir réparation. On retrouve le développement d'un droit de la consommation important en Europe/développement des *class actions* → répondre à une demande sociale par le moyen de la responsabilité civile.

- *Notion de class action* : problème juridique commun à un certain nombre de personnes, de telle façon qu'il est impossible de les faire toutes comparaître devant le tribunal. Il s'agit d'une action en justice collective dans laquelle des centaines voire des milliers (millions) de personnes peuvent obtenir réparation pour un même préjudice. Projet d'introduire ce mécanisme en droit français (colloque en 2005 à la CCass et en 2006 à Paris X). Ce mécanisme de la *class action* est apparu aux EU en 1938, profondément réformé en 1966, sous la pression des mouvements de consommateurs. Récemment, beaucoup d'actions de groupe c/ les laboratoires pharmaceutiques.
  
- *Procédure de la class action* : il faut un *lead plaintiff* (plaideur référent), dont le cas va être examiné. Les indemnités seront accordés aux autres plaignants sur la base de celles accordées au *lead plaintiff*. Il faut que les avocats déposent auprès du juge une demande de certification de la classe, qui permet de constater que l'ensemble des personnes concernées forme un groupe homogène. Cette demande est présentée devant un juge – possibilité pour les sociétés de démontrer le caractère infondé de la demande. Si le juge admet le recours de *class action*, la société mise en cause est tenue de communiquer au requérant toutes les informations demandées (technique de la *discovery* : mode de production forcée des preuves). Suite à cet échange d'informations, le juge va donner un premier avis sur ce cas : généralement l'affaire s'arrête là car les parties transigent avec l'accord du juge. La réparation octroyée à chacune des victimes n'est pas très élevée ; cependant, la *class action* est très lucrative pour les avocats. Ce mécanisme est assez dissuasif pour les entreprises.
  
- *Rayonnement réel de ce mécanisme* : adoption au Canada dans les années 1970, au R-U en 1998, en Suède en 2003. En France : pas encore introduit – souhait exprimé par le Président de la République en 2005.

Le développement du contentieux est aussi entraîné par l'importance des indemnités octroyées aux victimes (*cliente brûlée par sa tasse de café MacDo*). Il s'agit de décisions de jurys populaires, qui sont souvent contestées devant les juges d'appel, et revues à la baisse. Aussi, possibilité d'octroyer des dommages et intérêts punitifs (notamment pour les *pain and suffering*) + rôle des avocats, qui

obtiennent des honoraires proportionnels au dommages et intérêts obtenus + très peu d'autres prises en charge collectives du risque.

Nous ne retrouvons pas ces notions (*class actions, punitive damages...*) en France.

**Cependant, cette situation est considérée, aux EU, comme pathologique.** Prise de conscience que des mesures doivent être prises pour freiner ce contentieux.

Ex : adoption d'une loi au début des années 2000, pour limiter les dommages et intérêts en cas de responsabilité médicale. Dans ≠ États, lois adoptées pour limiter les délais de prescription.

Dans une décision de 2003, la Cour Suprême a admis qu'il fallait maintenir le montant des dommages et intérêts dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec le dommage.

Il y a également eu des tentatives dans les États pour limiter les possibilités d'action en justice – mesure jugée inconstitutionnelle par la Cour Suprême.

Loi pour limiter les *class actions* : en 2005, *class action fairness Act* = loi destinée à freiner le processus de judiciarisation de la société et éviter des abus de procès jugés ruineux pour les entreprises. Cette loi oblige à transférer à la justice fédérale nombre de ces actions de classes, afin d'éviter par les victimes et leurs avocats le choix des juridictions les + favorables.

**→ dans la période récente, tendance à la diminution du contentieux, ce qui fait dire à certains que la « société contentieuse » est un mythe.**

- **critique du « gouvernement des juges »** : souvent, on rattache le gouvernement des juges à une conception propre au système de *common law* : cependant, aux EU, la loi a toujours tenu une place + importe qu'au RU. **Dans beaucoup de domaines, le droit américain est construit à partir de la loi écrite (*statutes*). En règle générale, il ne faut pas parler d'américanisation lorsque l'on évoque le gouvernement des juges.** Il s'agit davantage d'une influence de *common law*.

**Ce qu'on peut considérer comme étant typiquement américain, c'est l'usage et la prééminence de la Constitution dans le droit** : la Constitution écrite des EU est une



loi au sens romaniste du terme, en ce sens qu'elle établit **les règles générales d'organisation de la société.**

Cette Constitution est rédigée comme un texte général, **elle laisse une grande place à l'interprétation, et par conséquent, elle confère un rôle important aux juges** : les juges de la Cour Suprême ont très tôt utilisé des méthodes d'interprétation offrant **une large marge de manœuvre au juge** (méthode d'interprétation téléologique adoptée précocement). Donc, place centrale du juge constitutionnel, **mais aussi du juge ordinaire lorsqu'il utilise la Constitution : le juge ordinaire a la compétence d'apprécier la constitutionnalité des lois** : *judicial review* = contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois : ce pouvoir provient de l'arrêt *Marbury v. Madison*, 1803 : la Constitution des États Unis a été écrite pour limiter le pouvoir du législateur et pour respecter ce principe il n'y a pas d'autre moyen que de retenir la nullité des lois qui contreviendraient à la Constitution. C'est nécessairement au juge qu'incombe l'obligation d'invalider les lois du Congrès qui contreviendraient à la Constitution.

**C'est pourquoi on demande au juge de résoudre certaines questions fondamentales de société + d'adapter le droit en fonction des évolutions sociales.**

**Par ailleurs, souplesse dans la règle du *stare decisis* concernant les décisions de la Cour Suprême.** Sans cette conception souple de la règle du précédent, il n'aurait pas été possible de faire vivre la Constitution à travers les âges, car celle-ci n'est que difficilement modifiable.

Pendant une longue période, la Cour suprême a retenu **une interprétation assez libérale de la Constitution** en considérant que les lois qui visaient à protéger les travailleurs portaient atteinte à la responsabilité contractuelle, *Lochner c. NY*, 1905.

C'est durant cette période que le gouvernement des juges a été dénoncé par Edouard Lambert (années 1920).

**Situation de crise dans les années 1930 au moment du *new deal* :** Roosevelt veut mettre en place un certain nombre de droits sociaux. Dans un premier temps, ces lois sont jugées inconstitutionnelles. Cependant, à partir de 1937, Roosevelt va obtenir un revirement dans la jurisprudence de la Cour Suprême (changement de majorité

politique au sein de celle-ci), qui va juger acceptable les lois du *new deal* : par ex, elle va admettre que la Constitution ne s'oppose pas à la réglementation des salaires. Grande évolution également en matière de discrimination. On parle de gouvernement des juges car on estime que **les décisions de la Cour Suprême ont une orientation politique**. Cela est lié, notamment (mais pas seulement), au fait que les juges sont choisis par le Président et confirmés par le Sénat

Retrouve t-on ce rôle des juges dans d'autres pays ? **En France, il n'est pas évident que l'on puisse adresser cette critique au Conseil Constitutionnel** : rôle relativement discret, peu de coloration politique, sauf dernièrement, où le Conseil constitutionnel s'est davantage impliqué dans les débats de société (voir loi Hortefeux sur les statistiques raciales). Le pouvoir du Conseil constitutionnel s'est considérablement renforcé, à partir du milieu des années 1970, et sa place est devenue plus importante dans la période récente.

Il existe des évolutions proches en matière de gouvernement des juges, mais cela est-il dû à l'influence du modèle américain ?

Aux E-U, il existe une critique interne : le gouvernement des juges en soi **n'est pas forcément une caractéristique du droit américain, mais peut être un travers du rôle du juge, une dérive du système**.

Il existe des oppositions entre les juges américains : d'un côté, certains avancent que les juges devraient avoir un rôle très important, quitte à faire une interprétation très libre de la constitution ; de l'autre côté, les originalistes veulent que l'on s'en tienne à la lettre du texte : il s'agit d'appliquer la lettre de la Constitution et non d'exercer un pouvoir en se fondant sur celle-ci. Il y a donc quand même une réticence forte à admettre un pouvoir considérable des juges.

Des idées concernant la conception de la démocratie dénoncent le gouvernement des juges, car ce gouvernement porte atteinte au pouvoir législatif.

**DWORKIN** : il faut concevoir la démocratie de façon différente, en admettant que ce n'est pas forcément le pouvoir de la majorité, qui s'exprime dans le vote du

législateur, mais qu'elle peut aussi résider en **la prise en compte des différents intérêts, notamment minoritaires, lorsque c'est le juge qui a le pouvoir de décider**. Il appelle cette démocratie : « **démocratie constitutionnelle** ». Les décisions sont prises aussi par les institutions politiques qui traitent tous les membres de la communauté de la même manière et qui ne favorisent pas les intérêts de la majorité. Dans ce cas-là, la conception de la démocratie américaine qui repose sur un fort pouvoir du juge constitutionnel peut être étendue et acceptée par d'autres.

## Partie I – Les sources

- Méthode conceptuelle appliquée à la question des sources.

On postule donc l'existence d'équivalents conceptuels.

- Quelle est l'influence des différentes sources dans le droit privé, quelles sont les variations de ces influences ?

### Chapitre 1 – Les traités

- **Il s'agit d'apprécier la force juridique du droit international dans les droits privés internes.** Les traités internationaux tiennent une place croissante en droit privé, et cela soulève un certain nombre de questions.

- TUE, TCE, traités issus du Conseil de l'Europe
- Conventions de l'OIT (voir décision sur le CNE, du Conseil des Prud'hommes de Longjumeau par rapport à la Convention n°158 de l'OIT – solution confirmée par la CA de Paris, 6 juillet 2007). Par ailleurs, la CCass a condamné l'absence de préavis dans une décision du 29 mars 2006, qu'elle a jugé contraire à la Convention n°158.

Pb : Les dispositions de cette convention sont imprécises (ex : notion de « *délai raisonnable* »).

- Dans une décision Civ. 1<sup>ère</sup> du 18 mai 2005, la CCass a utilisé des dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Auparavant, la CCass jugeait que cette Convention n'était pas directement applicable. En 2005, elle décide qu'elle peut être efficacement invoquée devant les juges par les particuliers.

- A priori, les droits international et européen s'imposent dans les États parties/États membres. Si on observe une incidence de + en + grande du droit international en droit privé, il s'agit d'une évolution du droit international lui-même, qui ne s'impose plus uniquement aux États, **mais qui vise également à régir la conduite de personnes privées et leur conférer des droits. Selon D. Alland, il s'agit d'une « émergence de l'individu sur la scène internationale ».**

**En réalité, il apparaît que l'incidence des traités en droit interne dépend largement de facteurs nationaux.** On observe une « *apparente subordination du destin des règles internationales aux exigences propres à un État* » (D. Alland). Cela apparaît en contradiction avec la doctrine de la primauté du droit international sur le droit interne, pourtant sans cesse réaffirmée par le droit international lui-même.

#### **Distinction monisme/dualisme.**

Monisme : le droit international s'incorpore directement en droit interne, pas de césure (France, Espagne).

Dualisme : pas d'incorporation directe, un mécanisme de réception du droit international dans le droit interne est nécessaire (GB, Italie, Allemagne).

Cette distinction monisme/dualisme n'est pas toujours reçue par le droit international : du point de vue du droit de l'UE, cette distinction ne devrait pas avoir d'incidence, car le droit de l'UE s'impose de manière uniforme (primauté et effet direct).

- En France, 2 déterminants principaux
  - **Effet direct** reconnu par les juridictions à certaines dispositions de traités internationaux.

- **Primauté** expressément reconnue aux traités sur le droit national par l'article 55 de la Constitution (conséquences : CCass, *Jacques Vabre*, 1975 ; CE, *Nicolo*, 1989).

- **Exemple 1 : Allemagne** : il faut promulguer une loi pour qu'un traité soit applicable en droit interne. La valeur juridique des traités n'est pas supérieure à celle des lois.

Cependant, les principaux généraux du droit international sont d'application directe, en vertu de la Loi fondamentale.

En outre, il existe des mécanismes qui facilitent l'intégration de la norme internationale.

Par ex, le principe de l'ouverture au droit international, consacré par les articles 24 à 26 de la loi fondamentale, permet au juge allemand d'interpréter les lois postérieures aux traités de manière qu'elles ne soient pas en contrariété avec les traités antérieurs.

Relation droit constitutionnel allemand/traité sur la Communauté Européenne.

Arrêt de la BVerfG, *Solange*, 1974 : opposition : la Constitution s'appliquera à chaque fois que le droit de l'Union n'y est pas conforme.

*Solange II*, 1987 : la BVerfG considère que désormais, la protection des droits fondamentaux au niveau européen est suffisante, et, dans ces conditions, il n'y a pas lieu de contrôler le respect par les actes communautaires du droit constitutionnel allemand.

Une 3<sup>e</sup> décision a fait revivre une tension assez forte, BVerfG, arrêt *Brünner* dit « *Maastricht* » (1994), répondant à une demande visant à s'opposer à la ratification, en raison du fait que ce traité remettrait en cause le principe selon lequel la souveraineté nationale vient du peuple. Dans cette décision, le BVerfG considère que le traité de Maastricht n'est pas contraire à la Constitution, mais pose les conditions de cette compatibilité, ce qui marque les limites de l'intégration européenne. **Dans cette décision, le BVerfG considère que l'Allemagne ne se sentira pas liée par le droit de l'Union si celle-ci ne respecte pas les limites de ses pouvoirs.**

A la suite de ces décisions, manifestations de résistance au droit européen par les juges du fond. En particulier, décision d'un tribunal compétent en matière fiscale refusant d'appliquer les règles communautaires en matière de bananes – appui sur la décision « *Maastricht* ».

**En juin 2000, le BVerfG met fin à la tension en réaffirmant la solution de *Solange II* : pour qu'un juge écarte au profit du droit allemand un acte communautaire, il est**

**nécessaire de montrer que la protection européenne des droits fondamentaux s'est dégradée depuis *Solange II*.**

Cette tension n'est pas complètement éteinte : décision du *BVerfG* sur le mandat d'arrêt européen (18 janvier 2005) : annulation d'un mandat d'arrêt européen visant à obtenir l'extradition d'un membre supposé d'Al-Qaïda de l'Allemagne vers l'Espagne. Cette décision a été lue comme remettant en cause le dispositif communautaire résultant de la décision cadre du Conseil du 13 juin 2002 ; certains ont prétendu que le *BVerfG* a jugé inconstitutionnel un acte européen, ce qui n'est pas exact car **c'est la transposition en Allemagne de la décision cadre qui était critiquée car elle n'utilisait pas toutes les marges de manœuvre disponibles pour protéger les droit fondamentaux**. Difficulté surmontée par l'adoption d'une nouvelle loi entrée en vigueur en août 2006.

• **Exemple 2 : Droit du RU : les traités ne s'imposent pas en droit interne s'ils n'ont pas été mis en œuvre par une loi (*Act of parliament*) → principe dominant de la souveraineté parlementaire fait obstacle à toute limitation du pouvoir législatif.**

Cependant, les principes de droit international non écrits s'incorporent directement dans le droit national (*Commentaries* de Blackstone, 1765 : « *International law is part of the law of the land* »).

**Pour que le droit de l'UE ait un effet en droit interne britannique, une loi a été nécessaire, qui a été adoptée en 1972 (*European Community Act*).** Cependant, en vertu du principe de souveraineté du Parlement, toute loi postérieure peut venir abroger une loi antérieure contraire. La solution est d'abord venue des juges qui ont introduit **le principe d'interprétation conforme** dans une décision *Garland v. British Rail (House of Lords, 1983)* : la loi postérieure doit être interprétée de manière à être en harmonie avec le droit communautaire.

Problème : que se passe t-il lorsqu'une loi interne est contraire au droit de l'Union ? La solution est venue d'un arrêt *Factortame (House of Lords, 1991)*. En l'espèce, une loi britannique portant sur la propriété des navires était en contradiction avec le droit de l'Union. Cette loi exigeait pour l'immatriculation des navires au RU que la majorité des propriétaires soient britanniques. Une question préjudicielle a été posée à la CJCE. **A la suite de la décision de la CJCE, la ch. des Lords a considéré que les juridictions britanniques**

**étaient tenues d'écartes les normes législatives contraires au droit communautaire, y compris les lois adoptées par le Parlement.**

Concernant la CEDH : *Human rights act*, adopté en 1998, pour permettre l'application de la CEDH en droit interne. Avant que cette loi d'incorporation soit adoptée, des mécanismes de droit interne permettaient de faire produire un certain effet à la CEDH. Les tribunaux britanniques prenaient si possible en compte la CEDH dans leur jurisprudence. En particulier lors de l'application d'une loi ambiguë ou de difficultés d'interprétation de la *common law*. Cette approche était pour partie insatisfaisante, **car elle n'empêchait pas les juges de rendre des décisions contraires à la CEDH.**

*Ex : affaires sur l'interdiction de l'homosexualité dans l'armée : cette loi avait été mise en cause devant les juges britanniques, qui avaient jugé que cette interdiction était conforme à la loi, et qu'elle ne pouvait pas être critiquée efficacement devant les juges. Or, cette solution est contraire au droit de la CEDH car elle constitue une atteinte excessive au droit à la vie privée (CEDH, Smith & Grady c/ RU, 1999). Selon les juges britanniques, il y a une limite à leur pouvoir, qui tient au respect de la décision du législateur. A cet égard, le seul pouvoir du juge est de vérifier qu'il n'y a pas une décision manifestement excessive du législateur. Si la CEDH avait été intégrée dans le droit britannique, en revanche, les juges auraient été en droit de rechercher si cette politique répond à un besoin impérieux et de vérifier la proportionnalité vie privée/besoin impérieux d'intérêt général. Dans ce cas, l'équilibre constitutionnel serait modifié. En l'absence d'application de la CEDH, la décision du juge doit, selon eux, marquer que le pouvoir de la défense du royaume revient au législateur.*

Donc, changement profond lors de l'incorporation en 1998. Malgré tout, la décision d'incorporation n'a pas pour effet de rendre la Convention directement applicable en droit interne britannique. Une méthode propre est utilisée par le RU pour donner un effet interne à la CEDH. Cette manière de faire s'efforce, tout en donnant un pouvoir nouveau au juge, de concilier le pouvoir avec celui du Parlement. En vertu du *Human right act*, les juges ne disposent pas de pouvoir d'écartier une loi britannique contraire à la CEDH. Si les juges constatent une contradiction, leur rôle consiste à procéder à **une déclaration**

**d'incompatibilité**, qui a pour effet ni d'évincer la loi, ni de l'annuler, **mais de contraindre le gouvernement et le Parlement à prendre des mesures pour remédier au défaut de la loi.** (en réalité, les juges ont donc le pouvoir de contredire le Parlement mais cela ne se fait pas en donnant un effet direct à la CEDH qui permet d'écarter la loi dans l'affaire soumise au juge).

→ De façon générale, renforcement du droit international parmi les sources du droit privé ; ouverture des droits internes aux sources extérieures ; conséquences importantes pour tous les systèmes juridiques européens ; remise en cause de la place de la loi et du code ; tensions en terme d'équilibre des pouvoirs ; transformation sur le mode de raisonnement des juges.

## Chapitre 2 – La Constitution

• En France, **débat sur la « constitutionnalisation » du droit privé.** On fait allusion à 2 phénomènes ≠ :

- contrôle de constitutionnalité des lois
- développement de l'utilisation des références constitutionnelles dans les décisions de justice en droit privé : par ex, référence à la liberté du travail pour trancher un litige employeur/salarié.

• **Systèmes de la famille romano germanique** : il existe des constitutions/lois constitutionnelles écrites, qui jouissent d'un prestige politique particulier et d'une valeur juridique supérieure aux lois ordinaires, bien que ce ne soit pas systématiquement le cas.

Un contrôle de constitutionnalité existe généralement effectué par un juge (en France, juridiction spéciale avec monopole d'interprétation de la Constitution, contrôle abstrait de constitutionnalité de la loi.). Dans certains autres systèmes, ce contrôle abstrait se conjugue avec un contrôle concret : en Allemagne, Italie ou Espagne, un contrôle concret sur renvoi des tribunaux ordinaires à l'occasion d'un litige est possible (question préjudicielle). En



Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne : possibilité pour l'individu d'exercer un recours direct devant la cour constitutionnelle.

*En Espagne : recours d'amparo : pour critiquer les actes administratifs et juridictionnels.*

• **Système anglais** : aujourd'hui, un droit constitutionnel anglais s'affirme et le modèle anglais se rapproche du modèle continental.

- Emergence d'une juridiction constitutionnelle : la *House of Lords* prend peu à peu les caractéristiques d'une cour constitutionnelle. Sur la manière de décider de la *House of Lords* : affaire *Belmarsh* (2004) : il est question de la loi anti terroriste de 2001, qui permet de détenir des non nationaux pour une durée indéterminée. Dans cette décision de 2004, la *House of Lords* a écarté les dispositions sur la loi sur ce point. Elle n'emploie pas le terme « inconstitutionnel » mais un des juges indique que la possibilité de détention « *n'est compatible en aucune manière avec notre constitution* ». Les juges invoquent un ensemble de références anciennes correspondant à la tradition juridique britannique + référence à la CEDH

= mouvement par lequel s'instaure au RU une cour constitutionnelle à l'américaine.

Mouvement confirmé par le *constitutional reform act* (2005), qui prévoit que les fonctions judiciaires de la Ch. des Lords devront être transférées à une cour suprême du RU, qui doit rentrer en fonction en 2009. Il s'agit de mettre fin à l'amalgame des fonctions judiciaires et législatives de la HL, qui paraissait contraire à la séparation des pouvoirs.

- Développement d'une constitution écrite : on a souvent affirmé qu'il n'existe pas de constitution écrite au RU. Cela est aujourd'hui moins vrai car il existe désormais des références de nature constitutionnelles : droit européen = *European Community Act* (1972) + *Human Right Act* (1998). Si la constitution britannique n'est toujours pas écrite, il existe un grand nombre de textes écrits de nature constitutionnelle. De +, les droits fondamentaux issus de la CEDH sont mis à la disposition des justiciables avec des effets potentiels très importants, y compris dans le domaine du droit privé : le *Human Right Act* s'applique aux personnes publiques, mais on observe son influence croissante dans les litiges entre personnes privées : étant donné qu'il s'applique à tous

les organes de l'État, il s'applique aussi aux juridictions → leurs décisions doivent respecter les droits fondamentaux.

### Chapitre 3 – La loi

- La loi a évidemment une place importante en droit privé ; mais pas la même, en fonction des systèmes.

- **Place centrale de la loi dans la famille romano germanique ; rôle de la codification** : la loi est la meilleure manière de résoudre les problèmes juridiques ; horreur du vide législatif, assimilation du vide législatif au vide juridique. Culte de la loi caractéristique du droit français. La loi est notamment censée protéger contre l'arbitraire des juges (« *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* »). Cette place centrale donnée à la loi s'est trouvée renforcée par le développement de l'État Providence. Cette intervention croissante de l'État que l'on observe à partir de la fin du XIXe siècle, s'est appuyée sur la loi.

- *Origines de la codification en droit privé ; importance de la loi à travers la codification* : qu'est qu'un code ? Un rassemblement de textes ? Dans ce cas, la codification est une pratique ancienne (voir Code d'Hammurabi, 1730 av. JC). Voir aussi Code de Justinien (529) : compilation du droit romain (*corpus juris civilis*), mise en place par les juristes byzantins afin de préserver l'héritage du droit romain après la chute de l'Empire Romain d'Occident.

- *Institute* : livre d'introduction pour les étudiants
- *Digeste* : grande influence sur les droits de la famille romano germanique, en particulier sur le droit du statut personnel, droit des contrats...Compilation des meilleurs écrits des périodes précédentes.
- *Code* : regroupement systématique de la législation romaine
- *Nouvelles* : législation impériale adoptée après les nouvelles et le Code.

Le digeste va perdre sa force, puis renaître lors de la période de renaissance du droit romain (XIe siècle), qui prend sa source à l'Université de Bologne. La doctrine universitaire se penche sur l'explication du Digeste (commentateurs du Digeste = glossateurs). Puis, au XIIIe siècle, post glossateurs s'affranchissent du texte pour adapter le Digeste à leur époque (analyse + libre,

par ex. par Bartolus). Ces méthodes vont se diffuser dans toute l'Europe et émergence du *jus commune*, qui est une méthodologie commune. La famille romano germanique reste marquée par la doctrine universitaire, qui aboutit à une science juridique commune.

La réception du *jus commune* est variée d'un pays à l'autre : dans certains, tension *jus commune*/coutumes locales ; par exemple en Espagne et en France. En Allemagne : le *jus commune* était considéré comme le droit commun de l'Empire. Lorsqu'une Cour centrale de l'Empire est établie au XV<sup>e</sup> siècle, les juges sont dans l'obligation d'appliquer le *jus commune* lorsque la preuve d'une coutume locale ne peut pas être établie. Faible résistance liée au besoin d'unifier le droit face aux difficultés résultant de la multiplicité des coutumes locales dans les petits territoires de la Confédération germanique.

Cette réception du droit romain en Allemagne a été déterminante dans les développements ultérieurs de la science juridique (forte systématisation).

Les codifications prennent réellement leur essor lors de l'émergence des États modernes : les codes servent maintenant à concrétiser une certaine pensée philosophie et juridique (pensée de Lumières), qui va exercer une influence qui se traduit juridiquement dans l'adoption de codes (ex : adoption du code prusse par Frédéric II en 1794, sous l'influence de Voltaire, avec cette idée que des systèmes juridiques rationnels, systématisés, complets, seraient un progrès. Préoccupation de régler tous les aspects des conduites humaines, dans le détail).

- *Diversifications dans la manière d'assurer la prééminence de la loi et du code* : développement de 2 grands codes civils français et allemand, très grande influence, à tel point que l'on considère qu'ils illustrent les aspects les + saillants de la tradition romano germanique. Une certaine idée du code prévaut : ce n'est pas seulement un recueil de lois, mais une compilation structurée, ordonnée, réfléchie.

En dépit des idées communes et de l'héritage commun : grandes différences.

**Adopté en 1804, le Code Napoléon donne à la France un droit unifié.** 4 auteurs : Portalis, Tronchet, Maleville, Bigot de Préameneu. Dans la forme, le Code civil paraît très proche des *institute* de Justinien : des personnes, des biens, des différentes manières dont on acquiert la propriété. Mais sur le fond il s'en distingue car ces dispositions incorporent le contenu politique, intellectuel et social de la Révolution + influence napoléonienne.

3 piliers idéologiques :

- la propriété privée : la protéger
- la liberté contractuelle : garantir l'exécution des contrats lorsqu'ils sont légalement formés.
- la famille patriarcale : protection de la famille sous l'autorité du père de famille.

Code écrit dans un style clair, qui s'efforce d'être concis. Conscience des limites de la loi (référence à l'équité, à la bonne foi...)

**Près d'un siècle plus tard, le BGB est adopté.** Caractéristiques différentes car contexte juridique et politique  $\neq$  : l'unité allemande se fait + tardivement et la doctrine introduit progressivement dans le droit romain des influences de la coutume germanique. Controverse importante sur la codification et l'idée d'importer le modèle français du code.

Une certaine partie de la doctrine défend l'idée d'un code sur le modèle français. Analyse contestée par les tenants de l'école historique de Savigny, qui considèrent que le droit est la résultante d'une culture, correspond au génie d'un peuple et ne peut être repris d'un modèle étranger.

Tout le long du XIXe siècle, une science du droit se développe, qui vise à systématiser les concepts issus du droit germanique et du droit romain. Etude approfondie et détaillée du digeste par les Pandectistes.

L'écriture du code civil allemand est longue (près de 20 ans de travail). Le code est finalement promulgué en 1896 et entre en vigueur le 1/1/1900.

Il s'agit d'un code extrêmement détaillé, soucieux de définition précise des concepts, système de références croisées pour mettre en relation les différentes parties du code = soucieux de cohérence. On peut le situer entre l'extrême minutie du code prussien et la généralité du code français. Il débute par une partie

générale (définitions, concepts, principes). Le code civil allemand est constitué d'un langage qui est fait pour être compris par des juristes, style particulier.

**= les codes civils français et allemand diffèrent sur la forme, le style, l'état d'esprit...**

Mais ils présentent néanmoins des **similarités** : leur inspiration, tirée pour partie du jus commune, leur correspondance idéologique (libéralisme européen du XIX<sup>e</sup> s : autonomie individuelle, liberté contractuelle, propriété privée... bien que le code allemand, postérieur de près d'un siècle, contiennent une dimension plus « sociale », un respect moins grand pour la famille patriarcale).

### **CONCLUSION SUR LA CODIFICATION :**

Tension. D'un côté, marginalisation du code en raison du développement de lois hors du code. Le code civil, en particulier, ne peut plus suffire, il est débordé de toute part par le développement de lois qui y échappent.

De l'autre, développement du droit de l'UE qui donne non seulement beaucoup de la place à la loi (loi européenne et loi nationale) mais qui paraît aussi favorable au code, à travers le souci de cohérence du droit (cf Cadre Commun de Référence). Codification européenne se substituant à la codif nationale ? V. en faveur de cette évolution vers un code civil européen : Ole Lando, D 2008, p. 904.

### **• Les méthodes d'interprétation :**

- dans les droits de la famille romano germanique  : une méthode essentielle, qui a été utilisée pour interpréter le Code Napoléon, est la **méthode de l'exégèse** (Ecole de l'exégèse s'est développée en France au XIX<sup>e</sup> s., Demolombe). Cette école développe une méthode d'interprétation très respectueuse du code (à l'époque : cours de Code civil). Une critique de l'exégèse, inspirée par Jehrings, se développe en France au début du XX<sup>e</sup> siècle, dont les principaux tenants sont Saleilles, Lambert : ils avancent qu'il faut certes partir du Code, mais savoir aller au-delà, s'en libérer. Ce courant a eu assez peu d'influence en France, davantage aux EU. Gény considère qu'il faut donner beaucoup de liberté dans l'interprétation (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*) : méthode de la libre recherche scientifique. L'idée est que cette méthode est utile lorsqu'il existe un vide de la loi. Dans ce cas, le juge doit intervenir afin de faire œuvre de législation, en prenant en compte un certain nombre d'éléments

extérieurs aux textes eux-mêmes. D'autres courants existent, comme ceux qui se rapportent à l'école dite du « droit libre », qui admet une grande liberté pour le juge.

→ aujourd'hui, mélange des méthodes : les juges se réfèrent à la lettre des textes, mais celle-ci est souvent insuffisante, surtout lorsque les notions sont vagues. Il est donc parfois nécessaire de développer une interprétation + libre, qui prend de la distance par rapport à la lettre de la loi. On peut aussi se référer à l'intention de l'auteur du texte : il peut s'agir de rechercher l'intention initiale, originelle. Mais on peut aussi rechercher l'intention du législateur s'il avait à adopter le texte en question aujourd'hui. C'est ce que suggérait un ancien président de la Cour de cassation en 1904, à l'occasion du centenaire du Code civil.

Allemagne : pour adapter le droit à des circonstances non prévues par l'auteur du Code, on peut utiliser les dispositions générales afin de neutraliser les dispositions spécifiques.

*Ex : durant les périodes d'inflation : utilisation de la notion de bonne foi pour neutraliser, à l'encontre des textes spéciaux, l'obligation de remboursement de la valeur nominale.*

Les juges sont libres d'utiliser différentes méthodes d'interprétation. En 1960, la *BVerfG* admet que le juge peut combiner différentes méthodes d'interprétation : méthode littérale, systématique, téléologique et historique.

On retrouve la même idée en France : « *la jurisprudence pratique aujourd'hui un éclectisme tactique dans sa méthode d'interprétation* » (Carbonnier, Introduction au droit, p. 308) : l'exégèse servirait surtout pour les textes modernes ; moins pour les textes anciens.

En résumé, il existe assez peu de place pour la science dans la manière d'interpréter les textes au sein de la famille romano germanique. La méthode varie selon les époques, les juges, les branches du droit.

Dans certains domaines, les juges disposent d'une marge de manœuvre importante, même s'ils essaient de la dissimuler, car elle peut se révéler gênante, le système étant centré sur la loi.

- dans les droits de *common law* (droit anglais) : la loi s'impose également et les juges sont amenés à en faire une interprétation. Cependant, les lois sont conçues comme des exceptions au droit commun : idée que la loi est un mal en soi, car l'intervention de la loi vient rompre l'harmonie du *common law* (Pollock, 1882, *Essays on Jurisprudence and Ethics* : « *le Parlement change généralement la loi pour le pire et le travail du juge est de cantonner l'aspect négatif de cette intervention dans les frontières les + étroites* »). Les juges anglais retiennent une interprétation stricte de la loi : chaque fois qu'elle s'écarte du *common law*, la loi ne va s'appliquer qu'aux situations précises qu'elle a vocation à régir. Pendant longtemps, les juges ont écarté le recours aux débats parlementaires comme interprétation de la loi. Cette situation particulière du droit britannique explique la forme des lois : les grands principes et règles générales sont évitées. La loi anglaise préfère les règles détaillées, précises et une liste des situations dans lesquelles la loi a vocation à s'appliquer.

Nombreuses règles d'interprétation : certains auteurs en ont recensé 9

- *prima facie* : la lettre du texte
- *golden rule* : refuser une interprétation absurde
- considérer le texte dans son entier, y compris le préambule, la ponctuation, les notes de bas de page...
- analyser les circonstances historiques qui ont mené à la naissance du texte
- *mischievous rule* : considérer le défaut du droit que la loi a voulu rectifier
- toujours interpréter un texte de telle façon qu'il ait un sens
- s'en tenir au sens des termes qui conditionnent l'application de la loi, même si on s'écarte de ce qui est communément admis
- raisonnement par analogie
- les lois oppressantes (*burdensome laws*) sont d'interprétation stricte

Dans un arrêt de 1993, la Chambre des Lords a admis que les juridictions devaient bénéficier d'une certaine marge d'interprétation pour choisir la méthode la + appropriée, en fonction des circonstances.

Parmi ces 9 méthodes, 3 dominant :

- interprétation littérale
- *golden rule*
- *mischief rule*.

La règle d'interprétation téléologique ne fait pas partie de la tradition interprétative des juges anglais. Sur ce point, on observe une modification des règles d'interprétation par l'effet du droit communautaire car, pour l'interprétation de celui-ci, les juges anglais ont été amenés à utiliser des méthodes nouvelles. Les juges doivent s'adapter aux méthodes retenues par la CJCE, même si celles-ci diffèrent. Cette approche est aussi renforcée par l'influence du *human right act* : cette loi dispose que le juge doit essayer d'interpréter la loi anglaise de telle façon qu'elle soit en conformité avec la Convention EDH : pour ce faire, il doit prendre en compte les décisions de la CEDH. Ces évolutions dues au droit européen ont fait entrer en droit anglais la manière d'interpréter des juristes continentaux : les juges anglais ont dû s'intéresser à des dispositions législatives abstraites, générales, texture ouverte. Un style de législation très éloigné des subtiles et habiles précisions des rédacteurs des lois anglaises, mais très familières aux praticiens des systèmes de droit codifié. Ces règles donnent une grande liberté d'interprétation aux juges, ce qui est « *choquant* » pour la sensibilité anglaise (Lord Hoffmann).

## Chapitre 5 – La jurisprudence

• La différence entre les grandes familles de droit est ici évidente.

• Le fait que la jurisprudence est source de droit n'est pas discuté dans les pays de *common law*.



- Même en France, où cette question est continue à nourrir le débat, on éprouve des difficultés à écarter la jurisprudence lorsque l'on évoque les sources du droit. Même Portalis avait une conception ouverte du rôle du juge : selon lui, la jurisprudence a une fonction triple : appliquer la loi (en préciser la portée dans les circonstances pratiques qui se présentent), remédier aux lacunes et obscurités des lois et adapter le droit aux évolutions de la société et combler les lacunes qui naissent des pratiques nouvelles.
- La jurisprudence comme source de droit est une réalité non seulement dans les droits de *common law*, mais aussi dans d'autres droits :

art. 1<sup>er</sup> C. Civ. suisse : si la loi est muette, le juge doit statuer tout de même, comme s'il avait à faire œuvre de législation, en s'inspirant de la tradition et de la jurisprudence

en Allemagne : reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence : les juridictions suprêmes ont le droit de procéder au développement du droit : *Rechtsfortbildung*.

### **1) La reconnaissance de la jurisprudence comme source dans les droits de *common law* :**

L'idée que les juges font le droit est une grande caractéristique des systèmes de *common law*.

Dans certains domaines fondamentaux du droit privé, cette reconnaissance de la jurisprudence comme source principale du droit ne fait aucun doute. On ne retrouve pas l'idée que la loi serait nécessaire : par ex, on peut admettre que l'existence d'une infraction pénale découle de la jurisprudence, et non pas de la loi. Que le législateur

anglais n'ait jamais défini, ni même prohibé, le meurtre, ne l'empêche pas d'être un crime.

Cela est lié à une histoire de la construction du droit dans laquelle le juge est placé au centre : au moment où s'installe la féodalité en GB (XI<sup>e</sup> siècle), le droit qui va se développer est celui qui émane des cours royales non en tant que pouvoir légiférant mais en tant que juge. C'est à partir de cette autorité judiciaire centralisée que se développe une forme d'unification du droit. Malgré leur accès difficile, l'importance des cours royales se fait sentir car celles-ci sont attractives pour les plaideurs car la procédure qui y est appliquée est + juste et les règles de preuve sont moins archaïques que celles prévalant dans les cours locales + force d'exécution des jugements. Les cours locales et ecclésiastiques perdent progressivement leur influence ; développement d'un droit pour tout le pays, émanant de l'action des cours royales. Au RU, lorsque le législateur intervient, il considère comme acquis le corpus qui s'est développé progressivement par l'action des juges et le + souvent il se contente d'ajuster assez légèrement les règles. Donc, reconnaissance par le législateur de la règle jurisprudentielle.

*Ex : la loi sur la propriété de 1925 contient une disposition nommée « Abolition of the rule in the Shelley's case ».*

→ la loi vient contrer la jurisprudence.

*Ex : en 1957, loi sur la responsabilité de l'occupant d'un local : lorsque la loi intervient pour fixer la responsabilité de l'occupant, elle précise que les règles qu'elle promulgue remplacent les règles de common law.*

## 2) Le style des décisions

### - Le style des décisions dans la famille des droits de *common law*

• **Dans leurs décisions, les juges britanniques répondent aux avocats de façon explicite :** ils donnent leur avis sur les arguments avancés ; s'ils les rejettent, ils avancent à leur tour leurs arguments et s'en expliquent.

C'est pourquoi les britanniques sont choqués par le style des décisions de la CJCE : en effet, celle-ci ne s'explique pas forcément lorsqu'elle exprime une opinion divergente de l'avocat général.

Les juges britanniques sont d'abord des avocats au sommet de leur art : ils décortiquent leurs arguments jusqu'à l'excès.

Un trait caractéristique du style britannique est aussi l'utilisation d'exemples, d'images, quitte à en inventer. Parfois, ils s'interrogent explicitement, dans le corps de la décision, sur les conséquences économiques et sociales de telle ou telle solution.

Grâce à la façon dont sont publiées en UK, on en sait davantage sur les raisonnements des juges

*Ex. on apprend que les juges incorporent plus volontiers des implied terms dans les « executed contracts » que dans les « executory contracts » :*  
*L. Denning, in Sykes Ltd v Fine Fare Ltd ([1967] 1 Lloyd's Rep 53 :*  
*“In a commercial agreement the further the parties have gone with their contract, the more ready are the courts to imply any reasonable term so as to give effect to their intentions. When much has been done, the courts will do their best not to destroy the bargain. When nothing has been done, it is easier to say that there is no agreement between the parties because the essential terms have not been agreed. But when an agreement has been acted upon and the parties, as here, have been put to great expense in implementing it, we ought to imply all reasonable terms so as to avoid any uncertainties”.*

Le juge justifie cette décision par le fait que, lorsqu'une grande partie du contrat a été exécutée, les juridictions doivent faire de leur mieux pour ne pas détruire le contrat.

On trouve tous ces arguments dans la publication de la décision.

Dans les décisions britanniques, il faut différencier la *ration decidendi* et les *obiter dicta*.

La *ration decidendi* est la partie du jugement qui s'impose, alors que les *dicta* ne s'imposent pas. Il faut donc savoir distinguer ce qui relève de l'une ou de l'autre des catégories, car seule la *ration decidendi* s'impose au titre de précédent. Il est complexe de démêler ce qui relève de l'un ou de l'autre car ce n'est pas indiqué expressément.

• **Expression des opinions (individuelles)** : les juges donnent des avis individuels, on peut donc voir une variété d'opinions présentées. La règle de la majorité l'emporte mais les *dissenting opinions* sont publiées afin de montrer l'existence d'une controverse au sein de la juridiction. Des opinions aboutissant à la même solution mais procédant par un raisonnement différent peuvent aussi être publiées (« concurring opinions »).

- **Les décisions de justice dans les droits de la famille romano germanique**

• **Obligation de motivation** : il ne s'agit pas d'expliquer en détail, d'énoncer une série d'arguments. Cette obligation de motivation est censée être le moyen de lutter contre l'arbitraire du juge. Si on schématise, on observe 2 grandes tendances :

- **système dits des « attendus »** (France, Belgique, Espagne, Pays-Bas) : la décision de justice est ramassée dans une seule phrase. La décision sera d'autant plus réussie qu'elle sera concentrée, c'est une œuvre de brièveté.
- **Dissertation juridique, se pliant à un plan +/- strict** (Allemagne, Italie) : ce style a le mérite de permettre au juge d'évoquer des décisions antérieures, la doctrine... Il n'est pas exclu que soient publiées des opinions dissidentes, par ex en Allemagne (possibilité offerte aux juges du BGH depuis 1970) et en Espagne. En Scandinavie, la Norvège et la Suède autorisent les opinions dissidentes depuis le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle. Le Danemark applique un système très intéressant, qui permet de respecter l'anonymat des juges puisque leur vote n'est pas dévoilé, cependant qu'une note exprimant la position des juges de la minorité est annexée au jugement.

**3) Le système du précédent : peut-on conclure fermement à l'absence d'un précédent dans le famille de droit romano germanique ?**

○ **La règle du précédent**

• Cette règle a été introduite précocement en droit anglais. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la ch. des Lords a indiqué que cette règle contribue à définir la *common law*. Il s'agit d'appliquer à de nouvelles

combinaisons de circonstances les règles qui découlent des principes et des précédents judiciaires.

- Dans un 1<sup>er</sup> temps, il était impossible de déroger à cette règle, sauf à « *observer une contrariété évidente à la raison et à la loi divine* » (Blackstone).
- Cette règle signifie que les juges sont obligés de respecter les règles qui ont été posées antérieurement dans les décisions. Selon la conception anglaise, les juges sont obligés de suivre les décisions des cours supérieures, ou pour les cours supérieures, leurs propres précédents. Ces décisions sont nommées *binding precedents*. Il existe aussi des « précédents qui ne lient pas » : certaines décisions de justice peuvent être utilisées par les juridictions, mais sans être considérées comme *binding precedents*, mais qui ont une valeur persuasive (*persuasive precedents*). Ces décisions vont être utilisées dans le cadre de l'argumentation du juge.
- La règle du précédent n'est plus conçue de façon aussi rigide qu'elle l'était précédemment. En 1966, analyse à la ch. des Lords par le Ministre de la Justice, au sujet de la faculté qui doit être reconnue à la ch. des Lords de s'écarter de ses propres précédents, lorsque des considérations impérieuses l'imposent.
- En réalité, la ch. des Lords utilise assez peu cette possibilité mais, depuis les années 60, la rigidité de la règle du précédent est discutée. La ch. des Lords utilise peu cette faculté car elle dispose d'autres techniques : méthode de la distinction (*distinguishing*), qui consiste à expliquer que le cas d'espèce n'est pas exactement le même que celui qui avait été soumis précédemment au juge. Cela impose au juge de raisonner à partir des faits ; utilisation des *obiter dicta*, qui permettent au juge de faire progresser sa jurisprudence en indiquant des raisons qui pourront être incorporées + tard dans la *ratio decidendi*.
- La règle du précédent est également utilisée pour l'interprétation des lois, si bien que la décision de justice va parfois venir masquer la loi, ce qui peut aboutir à dénaturer cette dernière. Cette méthode a été critiquée : cela conduit à un obscurcissement de la loi.
- Au Royaume-Uni, pour que cette règle du précédent (*stare decisis*) fonctionne correctement, la condition *sine qua non* est la publication des décisions. Cependant, il s'avère qu'une partie des décisions ne sont pas publiées, ce qui permet d'éliminer un grand nombre de décisions

que les juges ne souhaitent pas utiliser comme précédent. (nb : si on veut citer une décision de la ch. des Lords qui n'a pas été publiée, il faut demander une autorisation).

• **La règle du précédent est + souple aux États Unis** : dans le système fédéral, une tension se ressent : les Cours Suprêmes des États ne peuvent pas ignorer les jurisprudences des Cours Suprêmes des autres États. Parfois, certaines cours se détachent de leur précédent pour tenir compte d'une tendance de fond se manifestant dans les autres États.

Les Cours suprêmes ont accepté de façon assez franche les revirements de jurisprudence mais, pour éviter les remises en cause violentes, la technique du *prospective overruling* a été utilisée (v. à ce sujet le rapport du Groupe de travail mis en place en France en 2004 par le Pr. Molfessis). Possibilité du revirement mais parfois application de la solution pour l'avenir uniquement. Ce moyen a été utilisé mais ne l'est plus beaucoup aujourd'hui (réticence de la Cour Suprême à l'égard de cette technique).

Regroupement et restructuration des solutions dans des ouvrages nommés *restatement of the law* par l'*American Law Institute* → afin de clarifier la jurisprudence, regroupement systématique des règles jurisprudentielles.

○ **Peut-on affirmer qu'il n'existe pas une règle du précédent dans les droits de la famille romano germanique ?**

• Certains droits, en particulier en matière constitutionnelle, comportent une règle du précédent : en Allemagne, décision du *BVerfG* a l'autorité de précédent. On retrouve cette solution en Suisse.

• Dans des pays dans lesquels le précédent n'existe pas formellement, comme en France, on a parlé d'essor du précédent. Sens ?

Certains éléments de droit français s'opposent à ce que le juge se fonde sur les décisions antérieures pour trancher :

- **art. 5 C. Civ (interdiction des arrêts de règlement) :** la Cour de cassation sanctionne les juridictions inférieures lorsqu'elles se sont prononcées par voie de disposition générale et réglementaire.
  
- **art. 1351 C. Civ (autorité de la chose jugée entre les parties uniquement) :** le Cour de cassation sanctionne les juges du fond lorsqu'ils se réfèrent à des décisions rendues antérieurement. (Civ. 2<sup>e</sup>, 2 avril 1997 : une juridiction de fond a rendu une décision qui a été cassée. + tard, elle est de nouveau saisie pour des faits identiques. Dans l'affaire, la juridiction prend une décision inverse à celle rendue auparavant, en se fondant sur l'arrêt de la Cour de cassation précédemment rendu, décision à nouveau cassée : « *pour motiver sa décision, le juge ne peut se borner à citer une décision antérieure rendue dans une autre cause* »).

Néanmoins, en France, il est indéniable que les décisions prises précédemment sont prises en considération. Pour la juridiction supérieure, une certaine continuité de la jurisprudence s'impose. Lorsque la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence antérieure, on parle de revirement. Le revirement est exceptionnel et problématique (pb de rétroactivité, de sécurité juridique, de stabilité du droit). Certains aspects du fonctionnement de la Cour de cassation montrent que l'on n'est pas si loin de la technique du précédent.

## Chapitre 6 – La doctrine

- Sa nature de source de droit ou non dépend de ce que l'on veut bien désigner sous le vocable « règle de droit ».

La référence à la doctrine est + importante dans les droits romano germaniques (en particulier droit allemand) qu'en droit anglais (où la formation des juristes s'est très longtemps fait par la pratique, et non par l'université).

- Le rôle que joue la doctrine dépend de la façon dont le droit s'est formé et se construit : en France, activité doctrinale importante dans le commentaire d'arrêt, afin de décrypter la portée des décisions. Ce besoin ne se fait pas vraiment ressentir dans le système de *common law*, où les décisions sont + longues, plus argumentées.

- Il faut aussi préciser ce que l'on entend par « doctrine » : dans les pays de *common law*, on peut parler de doctrine judiciaire (« la doctrine de l'arrêt »).
  
- Manière dont la doctrine s'exprime dans les ≠ systèmes
  - dans les systèmes de *common law* : style discursif, l'opinion personnelle de l'auteur se dévoile réellement, parenté assez forte avec le style des décisions de justice.
  - En France : articles assez courts, style sobre et moins explicite sur le fait qu'il s'agit d'une opinion personnelle de l'auteur.
  - En Allemagne : *Kommentaren* : commentaires article par article
  - En Espagne et Italie : doctrine dogmatique car distance prise avec la pratique, approche assez théorique. Comme le relevait René DAVID, cela est d'autant plus curieux que bien des ouvrages ont été écrits par des avocats et des conseillers juridiques plongés en permanence dans cette jurisprudence qu'ils feignent d'ignorer. R. David ajoutait, avec humour, que ces auteurs semblent victimes d'une sorte de dédoublement de la personnalité. En fait, ces pays sont restés très attachés à la tradition des Pandectes. Dans les pays latins, comme l'Italie, il y a cette idée que l'enseignement du droit n'a pas pour objet principal d'exposer aux étudiants comment un problème sera résolu dans la pratique, mais plutôt d'inculquer des concepts, les éléments de base qui constituent le droit, c'est-à-dire le système ( cf. les écrits de Mauro CAPPELLETTI ).



## 2eme partie : DROIT DES CONTRATS

Appartient à cette branche que le droit français appelle le droit des obligations.

Différence entre systèmes de civil law et de common law : droit des obligations de civil law souvent entendu en termes d'opposition entre contractuel et délictuel, common law divisé en contract, tort et restitution.

Droit « des obligations », law of obligations : pas très anglais ! Les juristes de common law ont besoin d'une explication sur cette catégorie : le fait qu'elle recouvre les droits personnels par opposition aux droits réels, par ex, ne va pas de soi dans les droits de CL. De même, n'est pas évidente la manière d'englober dans les obligations les obligations contractuelles et non contractuelles (pour les anglais deux choses distinctes : tort et contracts).

- Ce domaine mérite l'attention comparative pour la raison que l'on se situe dans **un contexte d'évolution assez profonde** ; contexte de réforme du droit dû à la fois à des facteurs internes, internationaux et européens.

- *Par exemple, grandes codifications allemandes et suisses.*

Certaines failles étaient apparus dans le contenu du BGB, particulièrement concernant **la prescription**, la question de l'inexécution du contrat certains aspects des contrats spéciaux (vente et contrats d'entreprise + obligation pour l'Allemagne de transposer les directives européennes, dont en particulier la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et la garantie des biens de consommation. Les Allemands ont décidé d'intégrer cette directive dans un mouvement de réforme + large. Réforme entrée en vigueur en 2002, se nourrissant des influences du droit international et du droit européen. Par exemple, le délai de droit commun de prescription est passé de 30 à 3 ans et modifications importantes sur le point de départ de la prescription.

(Dangers de la réforme de la prescription : circonscrire voire rendre impossible un certain contentieux en plein développement, comme celui qui concerne les discriminations (carrières entravées à cause de discriminations). Il peut être intéressant d'aller chercher quelles idées ont été développées en Allemagne lors de la réforme afin d'écarter ce danger.)

Le deuxième aspect important est **la réforme du traitement de l'inexécution du contrat** ; avant 2002, pas de notion unique d'inexécution ; le BGB distinguait le retard et l'impossibilité d'exécution mais pas de notion unitaire sur l'inexécution ; ce qui a donné lieu au développement d'importants régimes jurisprudentiels. Le but de la réforme a été de simplifier ce domaine par l'introduction d'une notion unique d'inexécution (*Pflichtverletzung*). Si le débiteur n'a pas exécuté une de ses obligations, c'est à lui de prouver qu'il n'a commis aucune faute.

Le troisième aspect concerne l'introduction de la possibilité de **demander la résolution** du contrat.

- *Projets de réforme du droit des obligations au Japon et en France.*  
(sur le projet japonais : D. 2008, p. 528).

Le code civil japonais date de 1898. Il a été profondément réformé après la 2<sup>GM</sup> dans les domaines du droit de la famille et du droit des successions et du droit des sûretés après la crise financière qui a frappé le Japon au début des années 1990 ; mais aucune réforme du droit des obligations. La réforme est devenue nécessaire pour simplifier les sources et rendre le droit des obligations + accessible aux citoyens, + volonté de tenir compte des effets de la mondialisation.

Un groupe d'universitaires prépare les propositions en lien avec les instances chargées officiellement de mener la réforme. La réforme touchera les actes juridiques et la prescription (comme le projet Catala).

Les Japonais veulent revoir la liste des contrats spéciaux, avec l'introduction d'une nouvelle liste de contrats nommés.

Une grande question se pose sur le lien entre le droit civil et le droit de la consommation : faut-il intégrer certains pans du droit de la consommation au droit des contrats général, comme par ex le droit des clauses abusives ?

### • **Propos introductifs sur le contrat**

Il a été affecté par des réformes et des transformations sur le terrain des idées.

Dès le début du XXe siècle, on a parlé d'un déclin/d'une crise du contrat, du moins d'une certaine conception du contrat fondée sur le dogme de l'autonomie de la volonté.

Cependant, peut-être y a-t-il un retournement (voir observations du prof. Jamin et des solidaristes sur la jurisprudence de la CEDH → regain de la liberté contractuelle).

Dans la période récente, on parle beaucoup de **la contractualisation du droit**, c-a-d que le contrat prendrait une place de + en + grande dans le droit, dans des domaines qui ne lui sont pas coutumiers (procédure, droit de la famille...) → idée : participation des destinataires de la norme à sa conception + effet obligatoire de la norme ainsi conçue.

## **Chapitre préliminaire : la théorie générale du contrat**

(= sens ici : qu'entend-on par contrat ?)

- Pour définir ce qu'est le contrat, il faut passer par une approche comparative : selon R. Sacco, au delà des phénotypes (diverses manifestations du contrat), il faut discerner un génotype du contrat (nombre de règles qui seraient applicables à tout objet qui serait susceptible d'être qualifiée de contrat).

Autres raisons de s'intéresser au contrat dans une approche comparative :

- manière de défendre une évolution du droit des contrats national à partir d'une conception autre, d'une vision comparative

- dans une période où l'on s'interroge sur l'uniformisation, ou du moins l'harmonisation du droit des contrats en Europe, il faut définir ce que l'on peut entendre, au plan européen, par contrat.

Une définition commune du contrat n'est pas évidente à trouver : c'est ce que remarquait le professeur Ghestin : il est difficile de donner une définition commune du contrat même lorsque l'on se limite à quelques droits (anglais, américain, allemand). Certains considèrent même qu'une telle définition est impossible.

V. notamment : M. Oudin, *RIDC*, 2007, p. 475

Et Terminologie contractuelle commune, Association Capitant et Société de Législation comparée, 2008 (contribution française au CCR)

#### • 4 hypothèses pour essayer de trouver une définition commune du contrat

##### 1) L'existence d'un accord de volonté comme élément constitutif du contrat

Dans les droits français, belge, luxembourgeois, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'oblige(nt) envers une ou plusieurs autres. On souligne l'importance des volontés.

En droit italien, le *Codice civile* précise que le contrat est l'accord d'une ou plusieurs parties pour constituer, régler ou éteindre entre elles un rapport juridique patrimonial.

Difficulté : qu'entend-on par volonté, accord de volontés ?

Dans le droit anglais, peut-on dire que l'accord (rencontre des volontés) est un élément constitutif du contrat ? En droit anglais, le contrat est une promesse ou un ensemble de promesses que le droit rendra exécutoire(s). La promesse est distinguée de l'accord, elle constitue le fondement de la théorie du contrat. Les juristes de *common law* considèrent cette conception + concrète que la notion d'accord des volontés. Cependant, ce n'est pas parce que la promesse est fondamentale que la rencontre d'une offre et d'une acceptation n'est pas nécessaire.

Donc dans un examen assez général, on peut estimer que la rencontre des volontés est un dénominateur commun.

Cependant, la question importante de la manifestation de la volonté se pose : en droit français, une extériorisation de la volonté est nécessaire ( $\neq$  simple volonté). *A priori*, on peut définir la manifestation de volonté comme tout comportement actif ou passif qui permet de conclure à l'existence d'une nouvelle volonté. La difficulté réside dans le fait que le consensualisme (pas de forme requise pour la validité) tend à rendre la distinction entre volonté réelle et non réelle incertaine. La difficulté de détecter un contrat est d'autant + sérieuse que l'on donne beaucoup d'importance à la volonté réelle des parties (ex : art. 1156 C. Civ).

Cette incertitude peut être atténuée si, dans l'appréciation de la volonté, on introduit un élément objectif  $\rightarrow$  ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la signification objective que les tiers, et en particulier le cocontractant, ont pu légitimement lui attribuer = considérer qu'un certain comportement entraîne des conséquences car il est interprété de telle ou telle façon par les tiers = élément de sécurité juridique car on s'attache à ce qu'une personne raisonnable aurait voulu exprimer dans une certaine situation.

En droit allemand, on attache de l'importance à la volonté déclarée (§ 116 BGB) : il s'agit de préserver la confiance que peuvent avoir les autres dans les déclarations qui sont faites. Cependant, § 118 BGB : exigence d'une déclaration sérieuse.

En droit italien « la recherche de la volonté commune » c'est celle « du résultat ou du produit de la rencontre des deux déclarations (c'est-à-dire de ce qui a paru objectivement et qui pouvait être entendu par une personne de diligence normale)».

Cette conception se retrouve dans les droits anglais et américains : quelle que soit la forme sous laquelle se manifeste la volonté des parties, il faut mais il suffit que cette volonté fasse naître chez son destinataire l'attente raisonnable d'un véritable engagement.

On retrouve cette idée dans les PEDC : on retrouve une manière d'objectiver le consentement, avec cette idée que l'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement tels que le cocontractant pouvait légitimement les entendre.

Le mouvement d'harmonisation va donc plutôt dans un sens objectif (sécurité juridique...). Dans tous les cas, s'agissant d'apprécier l'existence de la volonté, une conciliation doit s'opérer entre d'un côté l'impossibilité de lier quelqu'un sans que sa volonté soit impliquée ; mais d'un autre côté la sécurité juridique qui implique que l'on puisse se fier aux apparences d'engagements qui ont été créés par autrui.

## 2) Faut-il que l'accord produise des effets de droit pour qu'on puisse le qualifier de contrat ?

Idée que pour justifier sa qualification, le contrat doit produire des effets de droit.

On se pose la question des accords de volontés n'aboutissant pas à un contrat ; des accords peuvent-ils rester hors du contrat ?

Aujourd'hui, les formes d'accord non contractuels se multiplient (*gentlemen's agreement*).

Forte hésitation de la Cour de cassation, qui n'est pas complètement réfractaire à faire produire des effets de droit à des accords qui ont été pris sans que la volonté de faire produire des effets de droit à l'accord ne se soit réellement exprimée (*ex : accords d'assistance, chartes, codes de conduite*). La Cour de cassation renvoie généralement l'appréciation aux juges du fond.

En revanche, les mêmes difficultés ne se présentent pas en droit anglais qui admet que certains accords restent hors du droit et du contrat, lorsqu'il n'y a pas l'intention de se lier juridiquement : le droit anglais n'est pas prisonnier d'une conception abstraite du contrat et admet que certains accords puissent rester en dehors du droit contractuel.

*Balfour v. Balfour* : un des conjoints promet à l'autre de lui verser une somme d'argent mensuelle et cesse au moment de la rupture du

mariage. Selon les juges, il ne s'agit pas d'un contrat car les promesses faites dans le cadre familial ne sont pas contractuelles (il n'y a pas d'intention de se lier juridiquement dans les *social and family arrangements*).

Présomption qui peut aussi jouer dans l'autre sens : on présume l'intention de créer des rapports juridiques dans certains rapports d'affaire, en mat. Commerciale (cf. *Rose and Frank v. Crompton Bros*, 1925). Importance de la qualité des parties plus que du contenu, des termes des accords

### 3) La qualification de contrat doit-elle être réservée aux contrats valables ?

Certains pensent que le contrat est un accord de volontés en vue de produire des effets de droit et auquel le droit fait produire des effets, c-a-d un accord qui est susceptible d'être reconnu par le droit, *enforceable at law* (= nécessité d'un contrat valable).

En droit français : Ghestin soutient que si on veut inclure des conditions de validité dans la définition du contrat, il faudra dissocier : on pourra y inclure l'existence du consentement, et de l'objet (on pourra admettre qu'en l'absence de consentement et d'objet, le contrat n'existe pas). Pb : faut-il inclure la cause dans la définition du contrat ? Certains critiquent la définition française du contrat, qui n'inclut pas la notion de cause, car le contrat devrait avoir une utilité individuelle et sociale.

Fondamentalement c'est **le point de savoir si le contrat suppose la recherche, voire l'obtention d'une contrepartie**, ou s'il reste lui-même en l'absence d'un tel but, dont tiendra lieu, selon la formule même de Domat « quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ».

Distinction avec le droit anglais : exigence d'une consideration, à l'existence de laquelle la common law subordonne en principe la qualification d'engagement obligatoire.

Si on considère qu'il n'y a pas d'engagement concevable de la part d'une personne raisonnable sans motif, la cause tend à se confondre avec le consentement lui-même, ce qui autorise certains systèmes juridiques, notamment le droit allemand, à en faire, au moins formellement, l'économie.

Dans la définition française du contrat, on peut considérer que le but, sinon la cause (dont la définition est discutée et les sens multiples) est intégré dans le fait que l'accord des volontés doit être destiné à produire des effets de droit (Ghestin). Ne convient-il pas cependant de faire plus nettement une place à la définition de la cause entendue comme la contrepartie, c'est-à-dire l'autre terme de l'échange dont le contrat est l'instrument essentiel ? Cela pose la question de savoir si la qualification de contrat ne doit pas être réservée aux échanges économiques.

#### 4) **Le contrat, pour exister, suppose-t-il qu'il y ait nécessairement une contrepartie à l'engagement ?**

= doit-on évacuer de la catégorie de contrat tous les cas où il n'y a pas de réciprocité ?

**Il semble que le droit français admette un contrat en l'absence d'une contrepartie, car le code civil retient le contrat à titre gratuit** (contrat de « bienfaisance » ≠ contrat à titre onéreux), art. 1105. Par ailleurs, le code civil présume la gratuité de certains contrats (dépôt, prêt à usage, donation). Comme le suggèrait Domat, on peut admettre que la contreprestation matérielle soit remplacée par autre chose (le plaisir de faire plaisir).

Selon A. Supiot : lien étroit entre le contrat et le marché notamment parce que là où il y a un contrat, il y a négociation, négoce, marché possible. Contrat est vu comme l'instrument de l'échange par excellence (V. notamment, La relativité du contrat en questions, in La relativité du contrat, LGDJ, 2000).

La plupart des contrats répondent à la qualification de contrat synallagmatique, si bien que l'on peut se demander si cette catégorie n'a pas recouvert la totalité du domaine du contrat. De plus, dans un contrat synallagmatique, il n'y a pas de difficulté pour trouver la cause.

**En droit anglais, on retrouve la *consideration* et le *bargain* (échange de prestations) : si la contreprestation fait défaut, on sera en présence d'un accord sans valeur contractuelle. On**



trouve aussi des cas dans lesquels une partie s'engage sans contrepartie envers l'autre, mais un certain formalisme prend le relais (*deed*). Question : l'acte accompli dans ces conditions est-il un contrat ? Réponse plutôt négative (même si on parle communément de « contract under seal»). Règles pt s'appliquent et non celles applicables au contrat en général.

= en droit anglais, l'absence d'échange exclut la qualification de contrat (car pas même fonction économique).

NB : cela correspond aussi à une **conception objective** du contrat : le contrat repose sur autre chose que la volonté, sa fonction économique, son « utilité ». = conception empreinte d'un certain mercantilisme. Tension entre une conception « commercialiste » du contrat (comme justifié par l'échange) et une conception plus « civiliste ». Liée à la construction même du droit, fondements historiques et idéologiques.

### **Conclusion (v. Ghestin, cité supra)**

**On peut retenir une définition qui est assez largement partagée : le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets.**

Nous avons vu, en effet, que le contrat se caractérise par sa procédure spécifique de création d'effets de droit : un accord de volontés.

Cet accord de volontés doit être destiné à produire des effets de droit, condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification. Ces deux éléments figurent déjà dans la définition généralement retenue du contrat.

L'approche comparative invite aussi à prendre en compte la fonction socio-économique du contrat. On peut même penser que dans une perspective d'harmonisation européenne, c'est à travers la fonction d'échange qu'il faudrait concevoir le contrat et limiter ses effets (Martin Oudin).

## **Chapitre 1 – La formation du contrat**

### **Section 1 – La période précontractuelle**

- Récemment, réflexions assez nombreuses.

- La période précontractuelle fait-elle naître des obligations pour ceux qui négocient un contrat ? Devoir de bonne foi ? Obligation d'information, de confidentialité ? Sanction ?

- **2 systèmes assez éloignés : le droit anglais et le droit allemand.**

Le droit français se situe entre les deux : la rupture de la négociation est libre, mais la jurisprudence exige que les négociations soient conduites de bonne foi, de façon loyale (Com., 7 avril 1998), même si les décisions en ce sens restent peu nombreuses.

- **Droit communautaire :** la question de la période précontractuelle n'est pas délaissée, notamment lorsqu'il s'agit de la protection du consommateur (obligation d'information renforcée à charge du vendeur envers le consommateur).

- **Projet européen d'harmonisation du droit des contrats :** en France, une réponse a été faite dans le cadre de la mise en place d'un CCR. L'association Capitant et la Société de législation comparée ont proposé d'inclure une partie sur la responsabilité au moment des négociations, qui reprend en partie les principes Lando (PDEC) + devoir d'information et de s'informer pendant la période précontractuelle.

- **En droit anglais,** la période précontractuelle est riche en ambiguïtés : au 1<sup>er</sup> examen, réticence assez forte du droit anglais à admettre la responsabilité des négociateurs ; en particulier réticence à l'égard de l'exigence de bonne foi

*House of Lords, Walford v. Mills, 1992 :* le concept même d'un devoir de négocier de bonne foi est contradictoire avec la position des parties en tant qu'adversaires dans la négociation, car chaque partie à la négociation a le droit de poursuivre ses propres intérêts, et seulement ceux-là. La période précontractuelle oppose les parties comme 2 armées préparant une attaque. On ne peut pas être un bon négociateur si on ne peut pas exercer de pression sur l'autre en menaçant de rompre les négociations.

Cependant, le fait que les juges n'admettent pas un devoir de négocier de bonne foi n'empêche pas d'agir l'un des participants à la négociation dès lors que le comportement de celle-ci cause un dommage à l'autre partie = *duty to negotiate with care* (analyse de H.

Collins, selon lequel il s'agit d'un aspect du renouvellement de la conception du contrat en droit anglais).

Cependant, pas de principe général de responsabilité précontractuelle.

Divers mécanismes sont utilisés :

- *misrepresentation* : obligation de ne pas induire l'autre en erreur
- *collateral contract* : contrat accessoire

(*House of Lords, Blackpool*, 1990 : dans le cadre d'un appel d'offre, une entreprise a répondu dans le délai prévu, mais, parce que l'administration municipale a été négligente lors de la distribution du courrier, la réponse est arrivée hors délai et l'offre n'a pas été examinée : la *Court of Appeals* a considéré que l'auteur de la proposition avait une action en justice, au nom de l'inexécution d'un contrat accessoire selon lequel si l'offre était présentée dans les délais, elle serait examinée).

- *tort of negligence* et violation d'un *duty of care*
- utilisation des solutions d'*equity*, en particulier l'*estoppel* : au cours de la négociation, une partie va accepter la proposition de l'autre en utilisant le fax mais la réponse ne s'enregistre pas sur la machine : si on peut montrer que la non réception est due à la négligence de celui qui était censé recevoir la réponse → l'*estoppel* va venir empêcher la partie fautive d'invoquer l'inexistence du contrat.

Par ailleurs, le droit anglais exige parfois, dans certains contrats, un devoir de bonne foi au stade de la négociation : contrats d'assurance, de cession d'actions de société, vente de terrain. Obligation de renseignement des consommateurs dans les contrats de crédit à la consommation.

• **En droit allemand** : principe général de responsabilité. Le seul fait d'entrer en pourparlers et de nouer un contact pour la conclusion d'un contrat crée un rapport de confiance particulier qui oblige les négociateurs à respecter l'exigence de bonne foi. Ce principe général de responsabilité se traduit par l'application de règles qui régissent la responsabilité **contractuelle**. Il s'agit d'abord d'une construction jurisprudentielle (*culpa in contrahendo*) faisant découler la faute du non respect de la loyauté dans la période précontractuelle ; théorie développée par Jhering dans un article de 1861.

Avec la réforme de 2002, intégration complète de solutions jurisprudentielles et doctrinales : § 311 BGB : « *Un rapport général d'obligation naît aussi de l'engagement de pourparlers (...)* ». Chaque participant doit prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre. Toutes ces obligations peuvent faire l'objet d'une action en justice pour obtenir réparation.

• **En droit français** : devoir d'informer loyalement le partenaire aux négociations ; ne pas rompre brutalement la négociation, alors que des frais importants ont été engagés par l'autre partie en vue du contrat (Com., 20 mars 1972) ; celui qui fait naître chez son partenaire une confiance qu'il trompe ensuite dans le cours de la négociation engage sa responsabilité (Com., 11 juillet 2001). **La jurisprudence s'est donc développée en prenant appui sur la notion de bonne foi, en attirant celle-ci dans la sphère pré contractuelle.**

## Section 2 – L'offre et l'acceptation

### § 1 – Valeur juridique de l'offre

• Si on suit les analyses de Zweigert et Kötz, on trouve 3 visions différentes en Europe :

- **valeur juridique faible dans le système de common law**

Lorsque des offres sont faites au public, il s'agit plutôt d'*invitatio ad offerendum* : dans un magasin, le paiement ne sera conclu qu'au moment du paiement.

Solution générale : l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, même si l'offrant a précisé qu'elle était faite pour une période déterminée. La seule condition à cette rétractation est la communication de celle-ci au destinataire par un moyen quelconque. La doctrine de la *consideration* sous-tend cette solution : tant qu'il n'y a pas de contrepartie, il n'y a pas d'effet obligatoire de l'offre.

Nuance : dans certains cas, remèdes d'*equity* : par exemple dans le cas où l'offrant pousse le destinataire de l'offre à engager des frais, entreprendre certaines actions  
→ l'offre ne peut plus être retirée à partir du moment où le destinataire commence à agir.

Dans les années 1930, proposition pour introduire une règle selon laquelle l'offre aurait un effet obligatoire pendant une période donnée, nonobstant l'absence de *consideration*. Mais pas de suites.

Par conséquent, le moment où intervient l'acceptation est essentiel, car l'offre ne pourra plus être rétractée.

Dans les contrats entre absents, la théorie de l'émission s'applique : le contrat est formé dès lors que l'acceptant a expédié son acceptation.

- **position intermédiaire des droits français et italien**

Droit français : En France, valeur juridique de l'offre + grande. La possibilité de retirer l'offre tant qu'elle n'a pas été acceptée constitue un principe, mais subit des atténuations jurisprudentielles : c'est le cas lorsque l'offre est faite à une personne déterminée, en particulier lorsque l'offrant a fixé un délai au destinataire. S'il n'a pas été fixé de délai, obligation de maintenir l'offre pendant un délai raisonnable. Moins de certitude quant à cette obligation lorsque l'offre est faite au public.

Il y a également obligation de maintenir l'offre dans des délais fixés par la loi dans le cadre de contrats particuliers, dans le but de protection de l'une des parties.

*Ex : contrat de prêt immobilier*

Sanction du retrait intempestif de l'offre : cas de responsabilité délictuelle. Le retrait de l'offre peut engager la responsabilité de son auteur. Cependant, l'offrant ne peut pas être condamné à conclure le contrat.

Droit italien : l'offre ne peut pas être retirée avant l'expiration de la période spécifiée par la loi (dans certains contrats).

Dans le cas où l'offre a conduit de bonne foi le destinataire à prendre certaines mesures et que celle-ci est retirée, celui-ci pourrait obtenir des dommages et intérêts.

- **valeur juridique forte en droit allemand**

Pour être réellement une offre, elle doit être faite à une personne déterminée, sinon *invitatio ad offerendum*.

L'offre est obligatoire dès lors qu'elle est reçue par son destinataire : elle lie le pollicitant sans pouvoir être rétractée pendant le délai par lui fixé. Si aucun délai n'a été fixé, elle ne peut être rétractée pendant un délai raisonnable (jusqu'à la date à laquelle il peut attendre l'arrivée de la réponse, dans des circonstances normales).

Conséquence : le retrait de l'offre n'empêche pas la conclusion du contrat si l'acceptation survient.

Le pollicitant a cependant la faculté d'exclure la force obligatoire de l'offre.

§ 2 – **Rencontre** de l'offre et de l'acceptation

• Droit français : On présente généralement les ≠ théories de la conclusion du contrat lorsque l'on est dans le cas d'un contrat entre absents : aucune solution ne s'impose de façon certaine. Il existe la théorie de l'émission (contrat formé au moment où l'acceptant envoie son acceptation) ; une théorie de l'information du pollicitant (il faut que celui-ci ait pris connaissance de l'acceptation. Variante : théorie de la réception de l'acceptation). Le droit français navigue entre ces théories, le Code civil ne se prononce pas. Les juges du fond appliquant tantôt la théorie de l'émission, tantôt la théorie de la réception. La Cour de cassation a souvent considéré qu'il s'agit d'une question de fait, pour laisser cette appréciation aux juges du fond ; elle s'est aussi parfois prononcée en faveur de la théorie de la réception ; parfois en faveur de la théorie de l'émission.

• Droit italien : le *Codice civile* dispose que le contrat existe à partir du moment où l'offrant a reçu l'acceptation, c-a-d à partir du moment où l'acceptation est parvenue à l'adresse de l'offrant.

• Droit anglais : voir ci-dessus.

• Droit allemand : l'acceptation doit faire l'objet d'une notification ; elle ne produit son effet que lorsqu'elle parvient à l'auteur de l'offre (« *lorsque est entrée dans son*

*Machtbereich* ») . Tant qu'elle n'est pas parvenue, le contrat n'est pas formé et elle peut être retirée.

La théorie de la réception a l'avantage de reposer sur un élément objectif.

Cette solution du droit allemand est jugée très performante par certains auteurs.

(Zweigert et Kötz : pour les contrats entre absents, la solution allemande serait la meilleure car le risque se trouve réparti de manière équitable entre l'offrant et le destinataire de l'offre. Sécurité juridique car on peut déterminer de façon objective le moment de conclusion du contrat. Selon eux, la théorie de l'émission est injuste car elle ne permet pas à l'acceptant de retirer son acceptation une fois qu'il l'a émise.

Supériorité du droit allemand car solutions équitables, efficaces, claires : le destinataire de l'offre peut agir en toute confiance car il sait que celle-ci sera en principe maintenue, et que son acceptation suffira à former le contrat).

- Convention de Vienne : principe selon lequel l'offre est librement révocable. Mais de nombreuses exceptions donc pas si éloignée, finalement, du droit allemand.

## Chapitre 2 – La validité du contrat

- Il s'agit de règles qui permettent d'entraîner l'anéantissement du contrat si elles ne sont pas respectées lors de la formation du contrat.

Règles permettant de remettre en cause le contrat lorsque les conditions dans lesquelles il a été conclu sont défectueuses (défaut de capacité, erreur d'appréciation par l'un des cocontractants).

Il existe peut-être d'autres règles qui sanctionnent le défaut de formation du contrat : par exemple, question de l'équilibre des prestations : un contrat peut-il être valide si les prestations sont gravement déséquilibrées et quel est le niveau d'exigence ?

- Certains auteurs font une distinction entre
  - justice **procédurale** dans la formation du contrat (conditions de conclusion)
  - justice contractuelle **substantielle** (conditions tenant au contenu du contrat lui-même).

D'autres ont tendance à considérer que dans certains systèmes il n'existe pas d'exigence de justice contractuelle substantielle. Cette idée paraît douteuse car il existe souvent des moyens de sanctionner le déséquilibre des prestations prévues par le contrat.

- Terminologie de la notion de « nullité ». Retrouve-t-on cette notion dans les ≠ droits, existe-t-il des sous-catégories de nullité ? Nullité, annulabilité... ?

### Section préliminaire – Aspects terminologiques

- Qu'entend-on par nullité ?

On trouve le terme « nullité » dans certains droits + projets d'harmonisation.

La signification de ce terme n'est pas nécessairement claire.

- L'idée générale que l'on trouve chez les auteurs français est que la nullité est encourue dans le cas particulier du défaut d'une condition légale de formation du contrat.

Csq → anéantissement de l'acte.

- On retrouve cette idée dans les textes européens et internationaux, où l'on observe une certaine cohérence du régime de la nullité : c'est une cause d'anéantissement du contrat, à effet rétroactif, qui se produit lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies.

Néanmoins, lorsque l'on observe ces projets, il subsiste des différences assez sensibles par rapport aux détails du régime de la nullité (prescription, restitutions, nécessité d'une notification ou d'un recours au juge).

Le droit de l'Union européenne accepte de maintenir une certaine diversité dans le régime de la nullité. V. par ex. l'art. 81 TCE qui prévoit la « nullité » des ententes. Cela a conduit la CJCE à préciser la notion de nullité, mais elle a renvoyé aux droits nationaux concernant certains éléments du régime (prescription, restitutions) : il n'y a donc pas une conception uniforme européenne de nullité. Le cœur de la notion reste tout de même l'anéantissement rétroactif.

L'approche comparative amène à opérer une distinction :

- contrat nul
- contrat annulable



En droit français, cette distinction remonte au Moyen-Âge (interprétation déformante du droit romain) : il s'agit d'introduire un intermédiaire entre l'efficacité de l'acte et son inefficacité absolue. Cette solution a été consolidée dans l'ancien droit avec une terminologie nouvelle, qui oppose nullité relative et nullité absolue. Même dans le code civil actuel, cette distinction n'est pas aisée à saisir.

Nullité relative = contrat annulable ? et Nullité absolue = contrat nul ?

Cette distinction est présente dans le code civil, elle est structurante, même si elle n'est pas exprimée expressément.

V. en pt art 1117 selon lequel la convention contractée par violence, erreur ou dol n'est point nulle de plein droit ». Elle est seulement annulable. Aspect de la nullité relative.

Et aussi l'art. 1131, qui s'approche de l'idée d'acte nul : « *l'obligation (...) ne peut avoir aucun effet* » → on peut avoir tendance à penser que l'acte est nul de plein droit.

On retrouve la distinction nullité absolue/relative dans ≠ droits de la famille romano germanique, de façon +/- explicite.

Dans les droits allemand et italien, une place est faite à l'annulabilité.

En droit italien, notion de « *contrat invalide* », c-a-d défectueux car il lui manque un élément essentiel. Dans cette catégorie, ≠ sous catégories : la nullité, l'annulabilité et la rescision du contrat.

La nullité est rattachée est l'intérêt général ; l'annulabilité est au contraire rattachée à la protection de l'intérêt particulier d'un contractant.

En droit allemand, on ne retrouve pas de disposition énumérant les ≠ conditions de validité des contrats, mais dans la partie générale du BGB, on retrouve des solutions qui valent pour l'ensemble des actes juridiques. C'est à partir de ces éléments généraux que la doctrine a construit une catégorie qui est celles des « *conditions et obstacles à l'efficacité des actes juridiques* » : dans cette théorie, on retrouve un concept général d'inefficacité qui recouvre plusieurs notions.

On y retrouve la distinction entre

La nullité : inefficacité totale et absolue du contrat à l'égard de tous et *ex tunc* – cette nullité existe de plein droit, le juge doit en tenir compte d'office – ce sera le cas lorsque certaines formes n'ont pas été respectées ou en cas de violation des bonnes mœurs/ordre public.

Inefficacités en suspens (*schwebende Unwirksamkeit*) : liée au caractère incomplet de l'acte. Il est possible de compléter l'acte (comme la confirmation en droit français).

C'est par exemple le cas du contrat conclu par un mandataire au-delà du pouvoir dont il dispose.

Annulabilité de l'acte : sanction s'imposant en cas de vice du consentement : le contrat est valable et il va le demeurer s'il ne fait l'objet d'aucune annulation. La démarche de la partie souhaitant annuler l'acte est simple : il suffit d'une déclaration à l'autre partie, soumise à réception. Une option est donc donnée. C'est l'hypothèse du vice du consentement.

En droit anglais, pas de distinction nullité/annulabilité. Sur ce terrain, imbrication du *common law* et de l'*equity*.

Pour le *common law*, le contrat est soit valable, soit inexistant : l'inexistence peut être reconnue en l'absence d'une condition essentielle, d'une condition implicite essentielle, ou en cas de violation des règles d'ordre public. Dans ce cas, le contrat est *void* (= il n'est pas).

Des possibilités sont cependant ouvertes d'obtenir un remède d'*equity*, la *rescission in equity*, c-à-d la remise en cause du contrat. On est proche de l'idée de nullité relative/annulabilité = le contrat existe mais il n'est pas *void*, mais *voidable* : la possibilité est donnée à l'une des parties de demander l'annulation de l'acte. Cette distinction est importante relativement aux conséquences sur les droits des tiers : si un contrat est *void*, il n'existe pas, n'a jamais existé, et on ne peut donc pas considérer qu'il a produit des effets.

(si une personne acquiert un bien par un contrat *void*, et qu'elle le revend à un tiers, le tiers ne sera pas protégé ; à l'inverse, si le contrat est *voidable*, il est obligatoire

jusqu'à une éventuelle *rescission*, et donc le tiers acquéreur a un titre valable tant que la *rescission* n'a pas été prononcée).

De plus, grande confusion sur l'utilisation des notions de *void*, *voidable* et *unenforceable* : il est parfois difficile de distinguer entre *void* et *unenforceable* : par exemple, un contrat illicite est à la fois *void* et *unenforceable*. Parfois, les juges se contentent de dire que le contrat est dépourvu d'efficacité sans forcément préciser qu'il est *void*. Que se passe-t-il lorsqu'un contrat est *voidable* en *equity* mais n'est pas *void* en *common law* ? La règle générale est que l'*equity* prime, mais cette solution reste débattue.

### **Section 1 – Aspect procédural (conditions de formation)**

**L'intégrité du consentement** (sous l'angle du droit anglais)

### **Section 2 – Causes de nullité touchant à la substance du contrat**

**L'objet** (droit français/droit allemand) – L'indétermination de l'objet

**La cause** (droit français/droit anglais)

....

## **Chapitre 3 : La bonne foi dans l'exécution du contrat**

...