

Editorial

Droit privé européen

A propos du développement d'un droit privé européen dans les années 1990

EWOUDE HONDIUS ET MARCEL STORME

1. Introduction

Tandis que la plus grande partie du monde des affaires bourdonne fiévreusement à propos de '1992' et de 'Maastricht', tel ne semble pas être le cas dans le monde du droit. Chez de nombreux juristes néerlandais '1992' fait tinter un signal; mais en ce qui concerne le droit privé ils attachent bien plus d'importance à l'entrée en vigueur d'un nouveau code civil néerlandais. L'on peut supposer que dans d'autres pays d'Europe l'intérêt de l'avocat moyen pour le Marché Unique n'est pas bien supérieur.

Cependant, des changements importants se préparent. La directive concernant la responsabilité pour les produits défectueux fut¹ la première d'une série de mesures de la C.E. qui concernent directement le droit privé. Une directive antérieure traitait de la publicité trompeuse.² Depuis lors la vente ambulante,³ le crédit au consommateur,⁴ les voyages organisés⁵ et les clauses contractuelles inéquitables⁶ furent abordés. D'autres champs du droit privé, tels que la publicité comparative,⁷ la responsabilité pour les services,⁸ le traitement des déchets⁹ et la vente par correspondance¹⁰ pourraient bientôt suivre la même voie. L'impact de la loi C.E. antitrust et l'importance des directives C.E. pour les entreprises bancaires ou d'assurances¹¹ sont déjà évidents. Le juriste allemand qui veut rester au courant de l'évolution ne peut plus se confiner dans le droit spécifiquement allemand, tout comme l'homme de loi espagnol ne peut se limiter au droit espagnol. Les recherches au-delà

1. Dir. 85/374, J.O.C.E. 1985, L 210/29.

2. Dir. 84/450, J.O.C.E. 1984, L 250/17.

3. Dir. 85/577, J.O.C.E. 1985, L 372/31.

4. Dir. 87/102, J.O.C.E. 1987, L 42/48.

5. Dir. 90/311, J.O.C.E. 1989, L 158/59.

6. Proposition, J.O.C.E. 1989, C 193/1. En juin 1992 l'on parvint à un compromis politique au Conseil des Ministres. Celui-ci s'écarte substantiellement des propositions originales et amendées.

7. Proposition, J.O.C.E. 1991, C 180/14.

8. Proposition, J.O.C.E. 1991, C. 12/8.

9. Proposition, J.O.C.E. 1989, C 251, amendé J.O.C.E. 1991, C 192.

10. Proposition, J.O.C.E. 1992, C 156/14.

11. Voir F. Reichert-Facilides, 'Versicherungsvertragsrecht in Europa am Vorabend des Binnenmarktes', *Versicherungswirtschaft* 1991, p. 805–807.

des frontières deviendront de plus en plus importantes. Ce ne sont pas les seules nouvelles directives, mais également les conséquences économiques du Marché Unique atteignant sa maturité et le commerce subséquent qui en forgent la nécessité.

Nous voyons une illustration intéressante du fait que ce besoin n'est pas resté inaperçu dans le flot de fusions et autres formes de coopération entre les cabinets d'avocats à travers l'Europe entière. Un autre exemple de ce nouvel intérêt pour les développements au-delà des frontières se trouve dans l'enthousiasme croissant des étudiants en droit pour les accords d'échanges et des facultés de droit pour le nouveau développement intégré de cours relatifs au droit privé européen.¹²

2. La littérature juridique est encore toujours essentiellement liée au droit interne

L'on constate que cet intérêt au-delà des frontières ne trouve pas de soutien dans la littérature juridique qui se braque généralement sur les sujets nationaux de droit interne. Une nouvelle revue juridique traitant de développements européens au sens large, y compris l'évolution du droit interne d'autres pays européens peut contribuer à changer cet état de fait. Comme le dit un auteur allemand:

Heute wird man der zivilrechtlichen Komparistik sicher zumuten dürfen, die innergemeinschaftliche Privatrechtsvergleichung zu verstärken und anstelle isolierter und manchmal auch zufälliger Einzelstudien stets auch einen gemeinsamen systematischen Rahmen für eine Bestandsaufnahme ins Auge zu fassen, dadurch auch möglichen partiellen Fragebogenaktionen der Kommission eine Orientierungshilfe zu geben, vielleicht auch den gemeinsamen Kern als Restatement festzuhalten, im übrigen den Marktbezug der Regeln sowie Vorteile und Nachteile im Verhältnis von Vielfalt und Angleichung zu analysieren und, gegebenenfalls, auch einheitliche Regeln vorzuschlagen.¹³

12. Voir par exemple F. Ost et M. Van Hoecke, 'Pour une formation juridique européenne', *Journal des Tribunaux*, 1990, pp. 105–106; H.G. Schermers, 'Jurist voor morgen', *Nederlands Juristenblad*, 1991, pp. 521–522; R. Verstegen, 'Naar een Europese rechtsopleiding', *Rechtskundig Weekblad*, 1990–1991, pp. 657–660; G.R. de Groot, 'European Legal Education in the 21st Century', in: Bruno de Witte and Caroline Forder, *The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer 1992, pp. 7–30.

13. P.C. Müller-Graf, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht/Gemeinschaftsprivatrecht*, 2e éd., Baden-Baden 1991, p. 41.

Une nouvelle revue juridique contribuerait également à fournir de la matière pour les nouveaux cours universitaires de droit européen privé, qui souffrent souvent d'un manque de sources. Généralement les publications dans la langue d'origine sont largement disponibles, mais celles en langue étrangère semblent rares pour la plupart des systèmes juridiques.

Peut-être la contribution qu'une nouvelle revue juridique pourrait apporter à l'élaboration d'un nouveau cadre international de notions et de normes de droit civil est-elle encore plus importante. La nécessité en a été soulignée par plusieurs auteurs¹⁴ et bien exprimée par H. Kötz, qui suggère que

auch die Grundlagen des Zivilrechts in den Prozess der Rechtsvergleichung einzubeziehen, also einen Bestand allgemeiner Regeln des Vertrags- und Deliktsrechts herauszuarbeiten, der auf einen internationale Konsens rechnen und dazu beitragen kann, der Rechtsprechung die Anwendung des geltenden Einheitsrechts zu erleichtern, die geschilderten Auslegungsdivergenzen zu vermeiden und den Boden für künftige Vorhaben der Rechtsvereinheitlichung vorzubereiten.¹⁵

P. Ulmer a récemment développé cette idée comme suit:

Geeignete Gegenstände dafür bilden Werk-, Dienstleistungs- und Geschäftsbesorgungsverträge, aber auch Darlehens- und Bankgeschäfte, Versicherungs-, Miet- und Leasingverträge, um nur die wichtigsten heute gebräuchlichen Vertragstypen zu nennen. Ziel dieser Arbeiten kann es nicht sein, alsbald Kodifikationsvorschläge zu erstellen. Schon viel ist gewonnen, wenn man auf diesem Wege zur Entwicklung gemeinsamer Grundsätze kommt, die ihrerseits durch Erläuterungen über die jeweilige Rechtslage in den Mitgliedstaaten und über die maßgebenden Erwägun-

14. Dans ce sens par exemple O. Remien, 'Europäische Rechtswissenschaft – Voraussetzung oder Folge europäischer Rechtsangleichung', in K.J. Hopt (éd.), *Europäische Integration als Herausforderung des Rechts: Mehr Marktrecht – weniger Einzelgesetze, Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung*, vol. 32, Berlin 1990, p. 124 à 131: 'europäische Rechtswissenschaft sollte nicht bloße Folge europäischer Rechtsangleichung sein, sondern ist im Grunde ihre Voraussetzung'.

15. Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *Juristische Blätter* 1982, pp. 355, 361. Dans son article sur 'Legal education in the future: Towards a European Law School?' in 'Bruno de Witte and Caroline Forder, *The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer 1992, pp. 31, 41, Kötz soutient: 'the aim of finding a European common core of legal principles (...) is simply to mark out areas of agreement and disagreement, to construct a European legal *lingua franca* that has concepts large enough to embrace legal institutions which are functionally comparable, to develop a truly common European legal literature and the beginnings of a European law school curriculum, and thus to lay the basis for a free and unrestricted flow of ideas among European lawyers that is perhaps more central to the idea of a common law than that of identity on points of substance'.

gen für die erarbeiteten Vorschläge zu ergänzen sind.¹⁶

Un autre but, à un niveau plus politique, est de fournir une plate-forme en vue de discuter de la possibilité et du souhait – ou de leur absence – de développer un vrai droit privé européen. De pareils développements se mettent déjà en place dans certains domaines, tels celui des contrats (La Commission Européenne du Droit des Contrats, présidée par O. Lando,¹⁷ ainsi que le Projet Unidroit concernant les principes des contrats commerciaux internationaux) et du droit de la procédure présidé par M. Storme, le second auteur de ces lignes. Ces tentatives de codification suscitent des questions intéressantes, telles celles qui relèvent des difficultés qui surgissent lorsque l'on veut dépasser les différences existant entre la common law et le droit civil, entre les différentes cultures juridiques et entre les pays de niveaux économiques fort différents. Il y a des problèmes politiques, telle la question de la compatibilité de l'harmonisation du droit privé et du principe fondamental de la subsidiarité, qui 'in the European context, means that only those functions which cannot be performed more effectively by local, regional or national authorities should be transferred to the Community'.¹⁸

Des problèmes plus théoriques font également surface à propos de la codification du droit en matière socio-économique, soit selon la conception du code civil, soit en accordant divers critères. Une question intéressante à l'agenda: la codification doit-elle reprendre la forme d'un des codes classiques napoléoniens ou le temps est-il venu de réaliser une telle codification au niveau européen¹⁹ ou devrait-il s'agir plutôt d'un code civil ou d'un code de commerce²⁰ et quel devrait en être le contenu?²¹

Outre les aspects positifs d'une harmonisation, les aspects négatifs d'une désintégration du droit interne à la suite d'une harmonisation partielle²² devraient également faire l'objet d'un examen approfondi.²³ Il semble indiqué

16. P. Ulmer, 'Vom deutschen zu europäischen Privatrecht?', *Juristen-Zeitung*, 1992, pp. 1 à 7.

17. Voir l'article de Lando dans ce numéro de la *Revue européenne de droit privé*.

18. F.H.J.J. Andriessen, 'The Integration of Europe/Nos or never!? Discours inaugural à l'occasion de l'entrée en fonction de l'European Integration Chair, Université d'Utrecht, 1991, p. 15.

19. W. Rolland, 'The Role of the Law of Obligations in the Legal System of a Free Industrial Society', in: A. Harmathy, A. Németh (éd.), *Questions of Civil Law Codification*, Budapest, 1990, p.p. 142 à 153 exprime des doutes à ce propos.

20. Dans ce dernier sens W. Tillmann, *Wirtschaftsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1986.

21. Voir O. Remien, 'Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts', in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1991, pp. 11–42.

22. Voir Ch.E. Hauschka, 'Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft', *Juristen-Zeitung* 1990, pp. 290–299.

23. Voir également à ce propos G. Brüggemeier, Chr. Joerges, 'Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, Beitrag zur Tagung', *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen*

de ne plus faire de distinction entre le développement du droit communautaire et du droit interne. Ainsi que le disait Koopmans, 'It is more rewarding, intellectually, and also more interesting, to look at it as one global process: that of the progressive construction of one many-sided legal edifice'.²⁴

3. Matières

Les développements sus-indiqués se rencontrent dans de nombreuses branches du droit, sans en exclure le droit administratif, ni pénal. Cela n'aurait pas beaucoup de sens de lancer maintenant une revue juridique traitant tous ces sujets. Il semble qu'il faille faire un choix même à l'intérieur du droit privé. L'on pourrait choisir de limiter le sujet au droit civil dans son acception européenne continentale (droit familial, les contrats, responsabilité, les biens et certains autres domaines du droit). Une autre option consisterait à couvrir l'ensemble du droit privé, y compris le droit commercial et la procédure civile. Cette dernière approche nous semble préférable, mais pour divers motifs nous avons cru devoir favoriser tout d'abord le droit patrimonial, y inclus le droit des obligations (contrats, responsabilité, enrichissement sans cause) et le droit de la propriété tout comme le droit de la procédure. Le droit familial et le droit commercial ne sont pas exclus, mais ne se voient octroyer qu'une place limitée dans la revue, tout au moins au début.

Le droit international privé est également repris. Le droit international privé et l'harmonisation du droit privé furent souvent considérés en rivaux lorsqu'il s'agissait d'acquérir la certitude juridique dans les transactions internationales. La rivalité entre les Conventions de la Haye sur les ventes et le Traité de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels en est un exemple. Mais actuellement l'on tend à les considérer plutôt comme des forces alliées.²⁵ L'unification du droit international privé, telle qu'elle se présente par exemple dans le traité de Rome, est un pas important. L'on a déjà soutenu qu'une codification européenne du droit privé limitée strictement aux transactions dépassant les frontières pouvait apporter une aide importante à l'union européenne.²⁶ C'est pourquoi

Gemeinschaft, Trèves, 2-4 avril 1992.

24. T. Koopmans, 'The Birth of European Law. At the Cross-Roads of Legal Traditions', 39, *American Journal of Comparative Law* 493, 506 (1991).

25. H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Towards a 'European' Private International Law', in: Bruno de Witte, Caroline Forder (éd.), *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, 1992, pp. 265, 282, voit le droit international privé du point de vue de la communauté comme situé à mi-chemin entre l'harmonisation et le rapprochement des droits nationaux des états membres.

26. J.H.A. Lokin, W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1986, p. 363.

le droit international privé ne doit pas être exclu de cette revue, bien qu'il s'agisse d'un domaine où la circulation des idées fait déjà son chemin au travers des activités des revues juridiques existantes.

4. Domaines du droit à prendre en considération

Au vu de ce qui précède il est clair que ce ne sont pas les seuls développements au niveau communautaire qui devront être traités dans cette revue. Les développements relevant du droit privé interne ne seront pas oubliés. Ceci nous mène à nous interroger quant aux systèmes juridiques à prendre en considération. Il est clair qu'il ne s'agira pas seulement des systèmes juridiques des états membres de la C.E., mais également des états membres de l'Association de Libre Echange qui se préparent à accepter l'acquis communautaire à inclure dans leur système de droit.

Vu l'extension future possible de la C.E. vers l'Europe Centrale et de l'Est, qui est déjà une réalité au sein du Conseil de l'Europe, il sera intéressant de jeter à l'occasion un regard vers l'Est et de suivre attentivement les développements dans des pays tels que la République tchèque, la Hongrie, la Pologne et la Russie. A l'heure où le droit de l'Europe orientale subit une nouvelle codification, nous pourrions tirer des leçons des expériences de l'Europe de l'Est lorsque sera véritablement mis en oeuvre le futur Code Civil Européen.²⁷

Souvent la comparaison des développements juridiques en Europe se trouve facilitée du fait de l'héritage commun des droits romain et canonique.²⁸ Cet héritage commun trouvera également une place parmi les sujets de cette nouvelle revue. Quelquefois l'héritage commun s'étendra jusqu'aux Amériques dont le système juridique a influencé le droit européen dans plus d'un domaine.²⁹ C'est pourquoi il semble indiqué de faire occasionnellement allusion à certains développements américains dans la revue. Et n'oublions pas l'influence européenne sur le droit étranger: ainsi l'Australie a-t-elle pris la directive C.E. relative à la responsabilité du fait de produits défectueux comme modèle pour sa propre législation.³⁰

27. Voir A. Harmathy et A. Németh (éd.), *Questions of civil law codification*, Budapest 1990.

28. Voir les publications de H. Coing.

29. Par exemple dans le domaine de la responsabilité du fait des produits: voir L. Dommering-van Ronge, *Produktaansprakelijkheid/Een nieuwe Europese privaatrechtelijke regeling vergeleken met de produktaansprakelijkheid in de Verenigde Staten*, thesis Utrecht, Deventer 1991.

30. Trade Practices Amendment Act. 1992 – voir Jocelyn Kellam, 'Australian Product Liability Reform', *Product Liability International* 1992, pp. 18–21, 25.

La composition du comité de rédaction de la revue reflète la préoccupation relative aux sujets juridiques à traiter dans la revue.

5. Essais, chroniques, jurisprudence, recensements, vie judiciaire

Les auteurs de cette introduction n'en sont tout deux pas à leur première tentative de mise en route d'une nouvelle revue juridique. Le premier auteur est le rédacteur en chef d'une revue trimestrielle qui fut lancée il y a neuf ans, sous le titre *Kwartaalbericht Nieuw B.W.*³¹ Elle s'est fixée pour mission de familiariser les juristes avec le nouveau code civil néerlandais, entré en vigueur le 1er janvier 1992. La revue présente quatre parties: des essais, des chroniques, de la jurisprudence et des recensements de livres parus. Le deuxième auteur est rédacteur en chef du *Tijdschrift voor Privaatrecht* qui reprend également depuis sa parution en 1964, quatre parties: la doctrine, la jurisprudence sous forme d'articles résumant et analysant d'un oeil critique les décisions principales des cours et tribunaux, les évolutions de la législation et les recensements de livres parus.

Conformément à ces deux exemples, la Revue Européenne de Droit Privé comprendra quatre parties au moins et même une cinquième. Il y aura des articles traitant des développements intéressants au niveau communautaire et dans les divers systèmes juridiques qui font l'objet de la revue (mais toujours sous un angle comparatiste). A l'occasion la revue prêter une attention particulière à certaines questions, spécifiques, mais en évitant toujours que ce soit au détriment des autres thèmes.

Les chroniques fourniront une tribune permettant de faire connaître en résumé les développements importants à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux. Ces chroniques se sont d'ailleurs taillé la part du lion dans le *Tijdschrift voor Privaatrecht*.

Chaque cas de jurisprudence sera annoté et chaque note placera la décision dans un contexte comparatiste. B. Markesinis a illustré dans une conférence donnée à la London School of Economics³² et à Gand, à l'occasion du XXVe anniversaire du *Tijdschrift voor Privaatrecht*³³ toute l'importance de l'étude de la jurisprudence en droit comparé.

Le recensement de livres prendra également une part importante dans la revue.

31. La dénomination actuelle est *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* et la revue paraît 10 fois par an et non plus tous les trimestres.

32. B. Markesinis, 'Comparative Law – A Subject in Search of an Audience', 53 *Modern Law Review* pp. 1–21 (1990).

33. B. Markesinis, 'Rechtsvergelijking – een onderwerp op zoek naar een gehoor', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1989, pp. 1615–1656.

Une cinquième partie s'ancrera sur la pratique (nouveaux contrats, échanges d'expériences, etc.).

6. Langues

L'idéal pour une Revue Européenne de Droit Privé serait de paraître dans toutes les langues européennes. Mais un tel idéal est utopique. Reste donc la question: la Revue doit-elle être éditée en anglais, en allemand ou en français (voire même en italien ou en espagnol), ou faut-il choisir une combinaison de ces langues? Les revues plurilingues ne semblent pas vouées au succès. Pour des motifs commerciaux l'on choisirait une seule langue. Ce serait alors l'anglais, la nouvelle *lingua franca* de l'Europe, qui l'emporterait.

Mais un tel choix aurait également ses revers. Les juristes européens ne lisent pas tous l'anglais. Dans la Communauté c'est d'ailleurs le français qui prédomine. L'unification allemande laisse entrevoir une part croissante de l'importance de l'allemand, ce qui s'accorderait parfaitement avec la grande tradition juridique allemande.

C'est pourquoi il fut décidé d'utiliser trois langues: le français, l'anglais et l'allemand. Comme il semble probable que l'anglais soit la langue comprise par la majeure partie du public potentiel, l'accent sera mis, tout au moins dans la phase du lancement, sur l'anglais.

Il reste une question non-résolue: faut-il, à l'instar de la Revue Européenne de Droit Public, adopter l'italien comme quatrième langue, voir même l'espagnol, afin de jeter un pont vers le large monde hispanophone? Pour le moment il a été décidé de s'en tenir à l'anglais, au français et à l'allemand, ce qui forme déjà une troïka suffisamment compliquée à manier.

Pour la facilité des lecteurs d'autres langues, les articles seront suivis de résumés dans les deux autres langues de la revue.

Bien que le nombre de langues utilisées en Europe pose de sérieux problèmes, nous ne croyons pas en un futur langage unique européen. La diversité des langues, tout comme celle des cultures, donne à l'Europe sa saveur particulière et à un niveau plus abstrait il est permis de croire que la coexistence de plusieurs langues puisse contribuer à la qualité des textes juridiques.³⁴ La revue rejoint ce point de vue en utilisant plus d'une langue.

La composition du Comité de Rédaction vise à garantir la mise en oeuvre de la politique linguistique de la revue.

34. Voir Olivier Remien, *Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze? – Zum Symposium 'Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung'*, *Rabels Zeitschrift* 1992, p.p. 300, 307.

7. Conclusion

L'impact du droit européen sur le développement du droit privé connaîtra, dans un futur imminent, une importance toujours accrue. Une nouvelle revue juridique peut contribuer à la circulation des idées à cet égard. Outre les développements au niveau communautaire, une telle circulation des idées peut en elle-même contribuer au développement du droit privé interne. Ce fut toujours une des principales raisons d'être du droit comparé.

La littérature juridique et la comparaison des législations et jurisprudences peuvent jouer un rôle important dans cette perspective.³⁵ Juges et enseignants en droit peuvent y prendre une place de choix.³⁶ Rien de bien neuf. Ainsi que le faisait déjà remarquer dans son Discours Préliminaire, ce grand auteur de Code Napoléon, Portalis:

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les Hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse

35. Voir M. Storme, Lord Mansfield, Portalis of von Savigny?, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1991, 849 ff.

36. W. van Gerven, 'Court decisions, general principles and legal concepts: ingredients of a common law of Europe', in: Bruno de Witte et Caroline Forder (éd.), *The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer 1992, pp. 339, 348.

de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.³⁷

Il est difficile de trouver une meilleure introduction à la Revue européenne de droit privé.

37. J. Portalis, 'Discours préliminaire', in: P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, vol. I, Paris 1827, pp. 463, 469–470.