

IDÉES ET PERSPECTIVES

Libres propos sur le droit des obligations contractuelles au lendemain du bicentenaire du Code civil

par Marcel FONTAINE

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain

et Patrick WÉRY

Professeur à l'Université catholique de Louvain

1. Lorsque le Code civil a été adopté au début du dix-neuvième siècle sous l'impulsion du premier consul Bonaparte, on ne manqua pas de saluer cet exploit qui consistait à faire table rase de l'ancien droit et à réaliser une transaction entre le droit romain et le droit coutumier. Emportés par leur enthousiasme, certains interprètes sont allés jusqu'à voir dans le code une arche sacrée. Pourtant, la Commission du gouvernement que présidait Portalis et qui avait rédigé le projet de l'an VIII se montrait plus modeste sur la portée du travail accompli. Dans son discours admirable, qui n'a pas pris une ride, Portalis notait que les hommes ne se reposent jamais, que les codes se font avec le temps et qu'à proprement parler, on ne les fait pas. Il appelait aussi la jurisprudence, ce complément indispensable de la législation, à enrichir le texte écrit du Code ¹.

2. Force est de constater que deux siècles plus tard, très peu de dispositions du titre consacré aux obligations ont été abrogées ou simplement amendées par le législateur. Les apparences sont cependant trompeuses.

Si la lettre des textes est demeurée, leur sens a toutefois changé, parfois de manière considérable, sous l'action de la doctrine et de la jurisprudence. En outre, diverses lois particulières ont été adoptées durant ces dernières décennies, souvent en marge du Code. Ces lois, qui traduisent un dirigisme contractuel, dérogent souvent au droit commun des obligations contrac-

¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. 1, pp. 469-470.

tuelles, et notamment à ses principes fondamentaux. Ces différents facteurs ont modifié la physionomie du droit belge des obligations (A).

D'autres évolutions sont, par ailleurs, en cours. La matière est en plein bouillonnement. Certains auteurs préconisent, non sans raison, une approche interdisciplinaire du droit des obligations : des analyses économique ou socio-psychologique du droit des obligations peuvent ouvrir d'intéressantes perspectives. Par ailleurs, des efforts considérables d'harmonisation du droit des obligations sont entrepris au niveau international et notamment européen. Ces phénomènes méritent, eux aussi, une attention particulière (B et C).

A. — L'ÉVOLUTION DU DROIT DES OBLIGATIONS

3. On ne peut avoir une vue correcte du droit belge des obligations, si l'on fait abstraction de l'important travail d'interprétation auquel la doctrine et la jurisprudence se sont livrées, surtout depuis le début du vingtième siècle. Le propos est banal et vaut sans doute pour les autres branches du droit privé.

Alors que l'article 1370 paraissait induire un système clos des sources des obligations, la Cour de cassation a, à l'instigation de la doctrine dominante, admis que l'engagement par déclaration de volonté unilatérale est lui aussi une source d'obligations à part entière². Il en va de même de l'apparence, à tout le moins dans son application la plus fréquente : la théorie du mandat apparent, envisagée comme correctif à l'absence ou au dépassement de pouvoir du mandataire³.

Dans le domaine des obligations contractuelles, l'on ne compte plus les arrêts de principe rendus par la Cour de cassation, que ce soit sur l'offre de contrat⁴, sur la cause⁵, sur le principe de l'exécution en nature⁶, sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions⁷, sur l'opposabilité des effets externes du contrat aux tiers⁸ ou sur l'exception *non adimpleti*

² Voy. not., à propos de l'offre de contrat, Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1120 et 1127.

³ Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258 (sommaire), *J.T.*, 1989, p. 547, obs. P.A. FORIERS, *R.C.J.B.*, 1991, p. 45, note R. KRUTHOF; Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 54.

⁴ Cass., 23 septembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 73, *R.C.J.B.*, 1971, p. 216, note Y. MERCHERS.

⁵ Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. VAN OMMESLAGHE; Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, p. 70, note P. WÉRY.

⁶ Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

⁷ Voy. not. Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et s., note J.-L. FAGNART.

⁸ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272. Voy. M. FONTAINE, « Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, sous la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 40 et s.

*contractus*⁹. Tout récemment, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si la résolution d'un contrat peut être l'œuvre unilatérale du créancier, en dehors même de tout pacte comissoire exprès¹⁰.

4. Cette richesse jurisprudentielle doit, sans doute, beaucoup à la doctrine, qui a pu, par ses écrits¹¹, préparer le terrain aux cours et tribunaux. La littérature juridique a littéralement explosé ces dernières décennies, au point que se vérifie la prédiction de Portalis : « Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance, parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire, parce qu'on en a trop »¹².

Les auteurs sont parvenus à combler certaines lacunes criantes du Code. Ainsi l'approche dynamique de la conclusion du contrat a-t-elle mis en lumière toute l'importance de la période précontractuelle (les pourparlers contractuels, les lettres d'intention, l'offre, l'acceptation, l'importance de la bonne foi...), sur laquelle les codificateurs n'avaient soufflé mot¹³. Par ailleurs, la doctrine moderne a mis en exergue l'existence de certaines obligations postcontractuelles, qui subsistent en dépit de la fin du contrat¹⁴ : il y a encore une vie après le contrat ! Enfin, c'est à la doctrine que l'on doit la théorie des nullités, qui est, sans doute, encore loin d'avoir livré tous ses secrets¹⁵.

Les interprètes ont pu préserver le Code des outrages du temps, en actualisant le sens de certaines dispositions. L'exemple de l'erreur sur la substance en tant que cause de nullité des contrats (art. 1110) vient immédiatement à l'esprit : on est bien loin, à l'heure actuelle, de la seule erreur sur la matière¹⁶. On songe aussi à la distinction fameuse, si importante sur le plan

⁹ Voy. not. Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 652. Sur le sujet, voy. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in *Les sanctions d'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 57 et s.

¹⁰ Cass., 2 mai 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 337, note S. STIJS (pp. 258 et s.).

¹¹ Comment ne pas citer, à cet égard, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. 2, 2^e éd., 1964 et t. 3, 3^e éd., 1967.

¹² P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 1, 1827, p. 470.

¹³ Sur le sujet, voy. not. C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 139 et s.

¹⁴ Sur le sujet, voy. not. M. FONTAINE, « Les obligations 'survivant au contrat' », in *La fin du contrat*, sous la coord. de P. WÉRY, vol. 51 de la C.U.P., 2001, pp. 161 et s.

¹⁵ Voy. not. C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *Ann. Dr. Liège*, 1962, pp. 243 et s. ; S. STIJS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, sous la dir. de J. SMITS et S. STIJS, Groningen, Intersentia, 2002, pp. 229 et s. ; T. STAROSSELETS, « Effets de la dissolution *ex tunc* », in *La fin du contrat, op. cit.*, 2001, pp. 195 et s.

¹⁶ Cass., 27 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 61. Sur l'évolution, voy. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, collection « A la rencontre du droit », Story Scientia, Bruxelles, Kluwer, 1999, pp. 50 et s.

probatoire, entre les obligations de moyens et de résultat qui fut dégagée par R. Demogue au départ des articles 1137 et 1147 ¹⁷. Et comment ne pas mentionner le formidable destin qu'a connu l'article 1134, alinéa 3, aux termes duquel « Elles (*i.e. les conventions*) doivent être exécutées de bonne foi »? A l'heure actuelle, la bonne foi remplit une triple fonction : interprétative, complétive et modératrice. Certains lui prêtent même, de manière plus audacieuse, une fonction adaptatrice; mais, à ce jour, la Cour de cassation s'est refusée d'aller aussi loin. Cet impératif de bonne foi domine, en outre, tous les stades de la vie de la convention : de sa gestation à sa disparition, en passant par son exécution ou son inexécution ¹⁸.

5. Les évolutions sont donc considérables. Dans quelle mesure la tradition historique que nous ont léguée les juristes romains et surtout les grands jurisconsultes français de l'ancien droit (on songe à Domat et Pothier essentiellement) est-elle encore prise en compte par les auteurs et la jurisprudence?

Il n'était pas rare, au dix-neuvième siècle, de découvrir dans des arrêts de la Cour de cassation des références au droit romain ou aux écrits des prédécesseurs du Code. Nombreux étaient aussi les ouvrages de droit des obligations qui s'y référaient abondamment.

Cet intérêt pour ces monuments historiques a certes faibli à l'heure actuelle. Il est toutefois loin d'avoir complètement disparu. Viennent immédiatement à l'esprit les adages latins, tels que « *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* », « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* », « *Nemo potest praecise cogi ad factum* » ou encore « *Res perit debitori* », dont la portée n'est souvent claire qu'en apparence. Même si elle est critiquable, la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui admet la réductibilité du salaire du mandataire ¹⁹ en se fondant sur la tradition de l'ancien droit qu'auraient recueillie les codificateurs mérite aussi d'être relevée. Enfin, la doctrine moderne continue de piocher dans cette mine d'informations que constituent les traités de Pothier : que ce soit, par exemple, pour justifier l'obligation qu'a le créancier victime d'une inexécution de prendre les mesures raisonnables afin de réduire son préjudice ²⁰, pour interpréter l'ar-

¹⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, t. 5, 1925, pp. 538 et s.

¹⁸ Sur tout ceci, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 701 et s.; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1023 pages.

¹⁹ Cass., 14 octobre 2002, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 603-604, note P. WÉRY.

²⁰ C'est l'exemple des gros fruits du chanoine (M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », note sous Cass., 16 janvier 1986 et Mons, 21 juin 1983, *R.C.J.B.*, 1991, p. 39, note 150).

ticle 1142²¹ ou pour justifier la présomption de connaissance des vices cachés pesant sur le vendeur professionnel²².

6. La doctrine marque, à juste titre, un intérêt croissant pour la pratique contractuelle. C'est que le droit des obligations évolue aussi par la pratique qu'en font ses usagers. Le phénomène est particulièrement marqué dans le domaine des contrats de la vie des affaires.

La majeure partie des dispositions du Code sont simplement supplétives de volonté. Le principe de la liberté contractuelle donne donc libre carrière à l'imagination des parties contractantes. Elle ouvre la voie à la construction des contrats innomés les plus divers (leasing, renting, outsourcing²³...). Elle permet aussi aux entreprises de répartir au mieux les risques liés à l'inexécution du contrat : à cette fin, celles-ci peuvent forger les clauses contractuelles les plus diverses (clauses de hardship, clauses de force majeure, clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité...) ²⁴.

Les professionnels qui traitent avec des consommateurs n'ont pas manqué d'élaborer des contrats d'adhésion standardisés. Le phénomène était inévitable dans une économie de masse, où il est nécessaire de réduire les coûts de transaction. Il a toutefois engendré divers abus auxquels tant la jurisprudence que le législateur ont dû porter remède. Qu'il nous suffise de citer la jurisprudence sur l'opposabilité des conditions générales contractuelles, l'interprétation *contra proferentem* des contrats d'adhésion ambigus ou encore la nullité des clauses abusives²⁵.

7. Le législateur a contribué aussi à l'évolution du droit des obligations contractuelles.

Les modifications apportées aux articles du Code consacré à ce sujet ne sont pas très nombreuses. Elles n'en restent pas moins importantes sur le plan pratique. Il suffit de songer à la loi du 6 juillet 1994 qui a modifié les règles d'opposabilité de la cession de créance aux tiers (art. 1690 et 1691), ou à la loi du 23 octobre 1998 qui investit dorénavant les juges du pouvoir

²¹ A ce sujet, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 89 et s.

²² A propos de la règle « *Spondet peritiam artis* », voy. L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FOIRIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 195.

²³ *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, sous la dir. de M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE, Bruxelles, Bruylant, 364 pages.

²⁴ Voy. sur la question not. M. COIPEL, *op. cit.*, 1999, pp. 147 et s.; *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles* (sous la dir. de P. WÉRY), Bruxelles, La Chartre, 330 pages; M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2003, 715 pages.

²⁵ Sur le sujet, voy. not. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ouvrage collectif sous la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1996, 676 pages.

de réduire les clauses pénales manifestement excessives (art. 1231, § 1^{er} et 1153, al. 5).

La frénésie législative atteint, en revanche, son comble dans la pléthore de lois particulières qui ont vu le jour ces dernières décennies. Que l'on en juge : loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction ; loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur la protection et l'information du consommateur ; loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ; loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre ; loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire ; les lois sur les baux à ferme, baux commerciaux (loi du 30 avril 1951) et sur les baux d'immeubles servant de résidence principale au preneur (loi du 20 février 1991) ; loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial ; loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale ; loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages ; loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ; loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales ; loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ; etc.

Si certaines de ces lois sont d'inspiration purement nationale, d'autres portent l'empreinte du droit européen, réalisant la transposition de directives communautaires (par exemple la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs).

Cette manière de légiférer au coup par coup est hautement discutable.

D'une part, elle offre du droit belge des obligations le spectacle peu attirant d'une mosaïque de textes disparates, qui est dépourvue de cohérence d'ensemble. Il est du coup bien difficile pour les praticiens, mais aussi pour les scientifiques, de se faire une idée précise de la solution à donner à tel ou tel problème.

D'autre part, cette technique législative risque de créer des discriminations légales que la Cour d'arbitrage pourrait être amenée à censurer sur le pied des articles 10 et 11 de la Constitution. Pour nous en tenir à ce seul exemple, la loi du 2 août 2002 relative au retard de paiement dans les transactions commerciales pourrait bien se voir taxée de discrimination, en ce qu'elle ouvre la porte à la répétibilité des frais et honoraires d'avocats dans le cadre du seul recouvrement de ces créances ²⁶.

²⁶ C. BIQUET-MATHIEU, « A propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 78 et s.

8. La physionomie du droit commun des obligations contractuelles, contenu dans les articles 1101 et suivants du Code civil, se trouve affectée par cette inflation de lois particulières.

Au cœur de ce droit commun figurent quatre grands principes, qui, pour la plupart, sont non écrits : l'autonomie de la volonté ou, plus précisément, la liberté contractuelle ; le consensualisme ; le principe de la convention-loi ; enfin, l'exécution de bonne foi des conventions. Les trois premiers principes procèdent de la philosophie individualiste et libérale qui imprégnait le Code civil ; fondée sur le postulat de l'égalité des contractants, une telle vision érige la liberté en dogme ²⁷.

Bon nombre de lois particulières s'affranchissent de ces principes dans un souci de protection de la partie faible. Le législateur a pris, en effet, conscience des inégalités économiques ou sociales qui affectent souvent les rapports contractuels.

9. Le principe de la liberté contractuelle a ainsi reçu divers coups de boutoir.

Dans certains domaines, la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat se voit battue en brèche par le législateur, qui impose à des particuliers ou à des entreprises la conclusion d'un contrat, sous peine de sanctions notamment pénales. Ainsi le propriétaire d'un véhicule automobile doit-il conclure un contrat d'assurance couvrant sa responsabilité civile en cas d'accident. Par ailleurs, le choix de la personne du cocontractant peut, dans certains cas, échapper, du moins en partie, à celui qui entend conclure une convention. Ainsi la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination interdit-elle de fonder un refus de contracter avec telle personne, notamment sur le sexe, une prétendue race, ou l'orientation sexuelle ²⁸ : son article 2, § 4, dispose que « Toute discrimination directe ou indirecte est interdite, lorsqu'elle porte sur la fourniture ou la mise à la disposition du public de biens et de services ; (sur) les conditions d'accès au travail salarié... ». Enfin, le refus de contracter peut, en certaines circonstances, s'avérer entaché d'illicéité. La rupture intempestive des négociations précontractuelles peut ainsi être constitutive de faute aquilienne et justifier une condamnation de son auteur à des dommages et intérêts ; le droit de la

²⁷ M. COIPEL, *op. cit.*, 1999, p. 13.

²⁸ Loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des changes (*sic!*) et la lutte contre le racisme, *Mon. b.*, 17 mars 2003, pp. 12844 et s.

concurrence, tant national qu'eupéen, peut, lui aussi, être mobilisé contre des refus discriminatoires ou injustifiés de contracter ²⁹.

Par ailleurs, afin de porter secours à la partie faible, le législateur contemporain a mis en place un arsenal de dispositions — souvent impératives, parfois d'ordre public — ³⁰, qui permettent de restaurer un certain équilibre contractuel. La problématique des clauses dites abusives est particulièrement révélatrice du dirigisme contractuel actuel. De nombreuses lois s'attaquent, en ordre dispersé, aux clauses draconiennes, qui sont légion dans les contrats d'adhésion. La loi du 14 juillet 1991 est, sans aucun doute, la plus importante sur le plan pratique. Elle prévoit, en son article 32, une longue liste de clauses abusives, qui sont nulles et interdites, lorsqu'elles figurent dans les ventes de produits et de services conclues entre un « vendeur » et un consommateur.

10. Le même constat vaut pour le principe du consensualisme. L'on assiste, ces dernières années, à une résurgence du formalisme solennel ³¹.

Afin de mieux éclairer la partie faible sur la portée de ses actes, diverses lois imposent que certains contrats soient, à peine de nullité, établis par écrit. C'est notamment le cas des ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, du contrat de crédit à la consommation, de la vente à tempérament, du contrat de crédit hypothécaire. En outre, il n'est pas rare que des mentions particulières soient prescrites, là aussi à peine de nullité du *negotium*.

11. Le principe de la convention-loi subit, lui aussi, différentes atteintes.

La dérogation la plus intéressante réside dans la faculté de rétractation, qu'une série de lois récentes reconnaissent ponctuellement à des parties contractantes dites faibles ³². Le législateur veut mettre un frein à la conclusion précipitée, intempestive de certains contrats, en offrant la possibilité à la partie faible de peser le pour et le contre de sa décision et de faire, s'il échet, marche arrière.

Cette technique de protection peut prendre deux physionomies différentes, selon la législation en cause. Parfois, le cocontractant d'un profes-

²⁹ Voy. la loi sur la protection de la concurrence économique du 1^{er} juillet 1999, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce (spéc. l'article 93) ainsi que les articles 81 et 82 du Traité de Rome.

³⁰ Sur cette problématique, voy. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ouvrage collectif sous la dir. de M. FONTAINE et J. GHESTIN, 1996.

³¹ Sur ce thème, voy. les réflexions de P. VAN OMMESSLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo? », in *Hommage à Jacques Heenen*, 1994, Bruxelles, Bruylant, pp. 533 et s.

³² J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, pp. 231-232.

sionnel se voit reconnaître un délai de réflexion pour permettre à son consentement d'arriver à pleine maturité : ce n'est qu'au terme de ce délai que le contrat est parfaitement formé. C'est la technique que privilégie le législateur notamment pour le contrat de courtage matrimonial (art. 7 de la loi relative au courtage matrimonial). D'autres lois recourent à la technique du droit de repentir : le cocontractant de certains professionnels se voit alors accorder un délai après l'échange des consentements, pour revenir sur son propre consentement. C'est ce que prévoit, par exemple, l'article 9, § 1^{er}, de la loi du 11 avril 1999 sur le *time-sharing* en faveur de l'acheteur.

B. — APPROCHES INTERDISCIPLINAIRES

12. Les réflexions sur le droit des contrats s'enrichissent de plus en plus des apports de certains regards interdisciplinaires. Le mouvement « droit-économie » est bien connu, tandis que l'approche psychologique et sociologique a jusqu'ici moins retenu l'attention en Europe. Nous voudrions consacrer quelques observations à ces deux orientations.

a) Analyse économique du droit des contrats

13. Le droit des contrats est trop lié à l'activité économique pour que des préoccupations économiques n'y aient pas été présentes de tout temps, fût-ce de manière implicite. Toutefois, c'est dans les années 1960, aux Etats-Unis, qu'une approche systématique *Law and Economics* a commencé à se développer, consacrant une part importante de ses travaux au droit des contrats. Le mouvement a progressivement essaimé à l'étranger. Il est devenu l'un des grands courants de la pensée contemporaine, sinon de la pensée juridique, du moins de la réflexion sur le droit³³. Mais le succès engendre la contestation. Des réserves, voire des oppositions se manifestent, même aux Etats-Unis³⁴.

14. Le mouvement *Law and Economics* considère le contrat comme une institution essentielle de la vie économique. Le contraire serait surprenant. Librement négocié, le contrat maximise les utilités individuelles et sociales, en déplaçant les ressources vers les usages les plus productifs.

³³ Voy. notamment deux des ouvrages de base : R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3^e éd., 1986, pp. 80-125; R. COOTER et Th. ULEN, *Law and Economics*, 2^e éd., 1996, pp. 161-258. En français, voy. le récent petit ouvrage de T. KIRAT, *Economie du droit*, Paris, 1999, 123 pp.

³⁴ Voy. par exemple H.S. RICHARDSON, « The Stupidity of the Cost-Benefit Standard », 29 *Journ. of Leg. Studies* (2000), pp. 971-1003; M.C. NUSSBAUM, « The Costs of Tragedy : Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis », *ibid.*, pp. 1005-1036.

Les analyses cherchent à formuler les justifications économiques des institutions et des mécanismes juridiques, et souvent à proposer les solutions qui paraissent les plus appropriées en fonction de certains critères privilégiés. Ainsi, la force obligatoire du contrat se justifie-t-elle par le souci d'éviter le « *hold up* », à savoir l'attitude d'une partie qui ne s'exécuterait pas après avoir reçu la contrepartie promise. Elle donne aussi la sécurité aux opérations qui ne se dénouent pas instantanément, mais sont inscrites dans le temps. Elle fait obstacle aux comportements opportunistes (« *opportunistic behavior* ») au détriment du cocontractant, qui consisteraient à ne plus respecter un engagement s'avérant moins profitable le moment venu (on notera cependant l'existence de la théorie de la « *violation efficace* », évoquée plus loin).

L'accent est souvent mis sur le caractère plus ou moins complet du contenu du contrat. Un contrat ne joue pleinement son rôle que si les parties ont tout prévu, notamment toutes les circonstances qui pourraient venir perturber l'exécution. Or ce n'est guère possible. Les parties ne peuvent penser à tout. Il n'est d'ailleurs pas possible de prolonger exagérément les négociations, sous peine d'augmenter les coûts de la conclusion du contrat (les « *transaction costs* »). C'est ici que les tribunaux ont un rôle important à jouer, en comblant les lacunes par l'interprétation du contrat et la reconnaissance de clauses implicites (« *implied terms* »). Il est plus économique d'abandonner aux tribunaux la détermination de tel aspect particulier des rapports contractuels, quand et si le problème se pose, que de négocier tout contrat dans ses moindres détails. Le tribunal sera guidé par la recherche de ce que les parties auraient sans doute prévu si ce point avait été négocié, c'est-à-dire la solution la plus économiquement efficace ³⁵.

15. Les études ne se limitent pas à formuler de telles réflexions générales. De nombreux travaux portent sur des aspects plus spécifiques du droit des contrats. Ainsi, pour certains auteurs, le transfert d'informations (notre « *obligation de renseignement* ») ne doit pas être imposé lorsque les connaissances ont été acquises au prix de certains investissements, sous peine de décourager l'acquisition de qualifications particulières ³⁶. Selon la théorie notoire de la « *violation efficace* », il convient de permettre à une partie de se dégager à volonté de ses engagements contractuels moyennant le paiement de dommages-intérêts, lorsque pour elle, l'opération a cessé d'être éco-

³⁵ Voy. L. KAPLOW et S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, NBER Working Paper Series, 1999, <http://www.nber.org/papers/w6960>, pp. 33-34.

³⁶ Voy. notamment A.T. KRONMAN, « Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts », 7 *Journ. of Leg. Studies* (1978), pp. 1-34; R. COOTER et Th. ULEN, *op. cit.*, pp. 245-250.

nomiquement profitable³⁷. Lorsqu'un coût doit être mis à charge de l'une des parties, il est opportun de le faire supporter par celle sur qui le coût pèsera le moins (« *least cost avoider* »), par exemple la partie qui peut s'assurer au meilleur compte. D'autres études, très nombreuses, pèsent les avantages et inconvénients économiques du choix entre exécution en nature et dommages-intérêts, comme des différents modes de calcul de ces dommages-intérêts³⁸. C'est tout le droit des contrats qui est ainsi investi, très normalement, par l'analyse économique du droit.

16. L'approche « *Law and Economics* » permet de jeter un regard fertile sur le droit des contrats, mettant en évidence certains aspects qui ne sont pas toujours suffisamment perçus. Quelques réflexions critiques s'imposent cependant.

— En premier lieu, le mouvement reste trop marqué par ses origines américaines ; certaines analyses sont peut-être pertinentes en *common law*, mais elles ne sont pas transposables telles quelles dans notre système juridique. Ainsi, les réflexions sur les rôles respectifs des parties et des tribunaux dans la détermination du contenu du contrat doivent-elles être reformulées dans le cadre de systèmes juridiques codifiés, où la plupart des solutions sont données par la loi. Les débats sur les avantages respectifs de l'exécution en nature et des dommages-intérêts comme sanctions de l'inexécution connaissent un tout autre contexte en *civil law* qu'en *common law*³⁹.

— Une autre critique est que les auteurs de nombre d'études *Law and Economics* sont souvent des économistes (ou des juristes par trop « généralistes ») qui n'ont du droit (ou du thème particulier qu'ils abordent) qu'une connaissance superficielle, les conduisant à raisonner à partir de prémisses simplistes, voire inexactes. Là où les solutions juridiques peuvent être complexes et nuancées, ce sont souvent des caricatures réductrices qui sont proposées avant d'être soumises aux analyses critiques. Ainsi, par exemple, telle étude récente sur l'approche économique de la bonne foi se base-t-elle sur une notion imprécise et partant inexacte de la bonne foi des juristes, en couvrant tout ce qui se rattache de près ou de loin à la loyauté et à l'équité (dol, lésion, garantie de vices cachés, etc.), mais en ignorant les affinements doctrinaux que la notion a progressivement connus (bonne foi objective et

³⁷ Voy. la présentation de B. RUDDEN, « La théorie de la violation efficace », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1986, pp. 1015-1041.

³⁸ Voy. par exemple R. COOTER et Th. ULEN, *op. cit.*, pp. 172-180, 203-211.

³⁹ Des efforts sont évidemment engagés en vue de « civiliser » l'approche droit-économie ; cf. notamment G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten en quasi-contractenrecht*, 1994 ; B. DEFFAINS et Th. KIRAT, *Law and Economics in Civil Law Countries*, 2001 ; A. OGUS et M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, 2002.

subjective, fonctions complétive, limitative, interprétative et adaptatrice, etc.).

— On ajoutera que sous des apparences de discours scientifique, les analyses économiques du droit comportent souvent une bonne dose de subjectivisme. Le mot magique « *efficacité* », omniprésent dans de telles études, n'est-il pas tellement polysémique ? Ainsi, afin de justifier des règles de droit, nous avons pu, au travers de quelques lectures, relever les justifications économiques suivantes : orienter la charge des risques vers ceux qui peuvent les prévenir, les assumer, ou les assurer au moindre coût ; favoriser les solutions qui transfèrent les biens dans les mains de ceux pour qui ces biens ont le plus de valeur ; faire coïncider la maîtrise d'un bien et la détention des informations utiles à son usage ; promouvoir l'acquisition des compétences ; encourager l'apprentissage des usages du secteur où l'on fait son entrée ; éviter des destructions de valeurs ; faire échec aux comportements opportunistes. Ce sont des objectifs bien variés qui sont ainsi visés sous l'étiquette de l'« efficacité ». Dans chaque cas, tel ou tel aspect a été privilégié. Or souvent, une autre solution aurait pu être qualifiée d'efficace en modifiant le critère de choix. Il importe de conserver son esprit critique à propos de ce qui est chaque fois présenté comme la voie la plus « efficace ».

— Enfin et surtout, l'approche droit-économie est imprégnée d'une philosophie éminemment matérialiste, axée sur cette recherche de l'efficacité (un « *mercantilisme glacé* », selon l'expression de Denis Tallon ⁴⁰). La théorie de la « *violation efficace* » en est le meilleur exemple. Une personne « *rationnelle* » est invitée à manquer à ses obligations : « *Given cost internalization and freedom, a rational person injures others whenever the benefit is large enough to pay perfect compensation and have some left over, as required by efficiency* » ⁴¹.

Notre système juridique, au contraire, cherche à sanctionner les violations du contrat, certainement pas à les encourager. La question de savoir si le manquement ne serait pas économiquement efficace ne nous paraît aucunement pertinente ; elle nous semble au contraire manifester un cynisme choquant.

Il est bien difficile pour un *civil lawyer* de suivre certains des raisonnements qui viennent d'être évoqués. Les valeurs morales continuent à imprégner nos systèmes juridiques. Elles y occupent même une place croissante, avec les développements contemporains du souci de protéger la partie faible, du principe de l'exécution de bonne foi et des applications de l'abus de

⁴⁰ D. TALLON, « L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif », *Droits*, n° 12, 1990, p. 87.

⁴¹ R. COOTER et Th. ULEN, *op. cit.*, p. 211.

droit. Certes, ces concepts peuvent faire eux-mêmes l'objet d'appréciations économiques. Il est cependant clair que leur expansion dans notre système juridique n'est en rien motivée par des préoccupations d'efficacité économique.

17. Ces critiques ne conduisent évidemment pas à dénier tout intérêt à l'approche *Law and Economics*. Bien au contraire. La dimension économique est l'une de celles qui s'impose aux juristes, tout particulièrement en droit des contrats. Les recherches juridiques doivent s'ouvrir de plus en plus à l'approche économique, qui permet de mieux comprendre les règles de droit et de les adapter à certains objectifs. Mais en premier lieu, il serait urgent de reprendre et d'approfondir des travaux jusqu'ici trop influencés par le contexte de la *common law*, et trop souvent construits sur des bases juridiques insuffisantes. Il s'agira ensuite de relativiser la portée des conclusions, l'appréciation économique d'une règle de droit n'étant que l'un des éléments à prendre en considération. Telle solution économiquement plus onéreuse sera retenue si elle satisfait d'autres valeurs privilégiées, par exemple le souci de protéger la partie faible.

b) Analyse psychologique et sociologique du droit des contrats

18. Une autre démarche interdisciplinaire est celle de l'approche « relationnelle », qui jette sur certains contrats un regard attentif à la psychologie des contractants et à la sociologie des rapports qu'ils nouent entre eux ⁴².

La constatation de départ est que la conclusion et l'exécution d'un contrat ne sont pas que des phénomènes juridiques. Le contrat conduit souvent à la naissance d'une relation personnelle entre les parties, régie par des normes de comportement qui l'emportent souvent sur les aspects juridiques de leur rencontre.

Tel n'est pas le cas dans les contrats conclus de manière isolée avec un cocontractant occasionnel. Si, au cours d'un voyage, je m'arrête dix minutes à une station d'essence pour faire le plein de carburant, je n'ai aucune relation préalable avec l'exploitant et je n'en aurai sans doute plus d'autre dans l'avenir. Aucun lien personnel ne vient affecter les conditions dans lesquelles le contrat de vente de carburants se conclut et s'exécute.

Par contre, dès que le contrat commence à s'inscrire dans la durée, la relation s'établit, et elle tend à devenir prépondérante au fur et à mesure

⁴² Sur cette approche du phénomène contractuel, voy. notamment I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », 47 *Southern Calif. Law Rev.* (1974), pp. 691-816; Ch.J. GOETZ et R.E. SCHOTT, « Principles of Relational Contracts », 67 *Virginia Law Rev.* (1981), pp. 1089-1150; N. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited — A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Martinus Nijhoff, 1995, 297 pp.

qu'elle se prolonge dans le temps. La théorie des contrats « *relationnels* » rejoint ainsi les réflexions qui se sont développées ces dernières années sur les contrats à long terme. Les particularités de ces contrats ont été mises en évidence, de la phase des négociations à la période « *post-contractuelle* », en passant par les inévitables modalités de comblement des lacunes et d'adaptation au changement des circonstances ⁴³.

L'approche relationnelle souligne qu'en pareil contexte, les comportements sont dominés par les aspects psychologiques et sociologiques des relations entre parties, bien plus que par les stipulations contractuelles. Ainsi, même en l'absence d'une clause de « *hardship* », le contractant affecté par un bouleversement des circonstances trouvera sans doute un partenaire disposé à consentir aux adaptations opportunes, dans le souci de préserver le maintien des bonnes relations et la pérennité du projet commun. En cas de manquement fautif, la première réaction ne sera pas de mobiliser l'arsenal des sanctions juridiques disponibles. Le créancier engagera une négociation avec son partenaire, où il se montrera souvent disposé à accorder des facilités et à trouver certains accommodements. La solution des difficultés sera parfois remise à plus tard, si pour le reste, le contrat peut continuer à être exécuté. Le régime légal ou conventionnel des sanctions de l'inexécution des contrats peut ainsi se voir suspendu, et même éventuellement rester lettre morte si les parties se sont entendues sur une autre issue. « *Business parties often believe that flexibility and compromise, not resort to the letter of the law, will ensure success in a business relation* » ⁴⁴.

Dès lors qu'une « *relation* » s'est établie entre elles, les parties tendent à régler leurs problèmes et leurs différends autrement que sur les bases légales et contractuelles applicables.

La constatation doit en premier lieu inciter le juriste à la modestie. Elle doit surtout le conduire à s'interroger sur les raisons de l'écart existant entre les règles juridiques et le comportement effectif des parties. Cette divergence n'est sans doute pas souhaitable. Certaines solutions du droit méritent d'être reconsidérées dans cette perspective, qu'il s'agisse de rédiger un contrat ou de réformer la loi.

19. Au-delà de la seule question des contrats relationnels, l'approche psychologique du droit apprécie l'efficacité probable des règles juridiques à la mesure de leur coïncidence avec la psychologie des justiciables. De manière

⁴³ Voy. notamment R.E. SCOTT, « Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts », 75 *Calif. Law Review* (1987), pp. 2005-2054; J.Q. DE CUYPER et W. PETER, « Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1995, pp. 775-800; M. FONTAINE, « Bonne foi, contrats de longue durée, contrats relationnels », dans *Liber amicorum Walter van Gerven*, Kluwer, 2000, pp. 541-551.

⁴⁴ Voy. R.A. HILLMAN, *The Richness of Contract Law*, Kluwer, 1998, p. 244.

générale, l'hypothèse de départ est qu'une règle juridique correspondant aux attentes psychologiques a plus de chances de bien fonctionner qu'une autre.

Ainsi, le transfert de propriété *solo consensu*, connu notamment des droits français et belge, donne-t-il lieu à bien des méprises, car le commun des mortels n'imagine pas qu'il puisse devenir propriétaire avant que la chose ne lui ait été livrée, ou qu'il ait payé le prix. Pareillement, le caractère judiciaire de la résolution pour inexécution, imposé en principe par les droits français et belge, ne répond-il pas aux attentes des justiciables. Un cocontractant non juriste pense en effet qu'il peut « *casser son contrat* » de sa propre initiative en cas de défaillance grave de son partenaire. Il en résulte un important contentieux, qui a dû déboucher sur la reconnaissance jurisprudentielle de cas de résolution unilatérale.

Par contre, un exemple de mécanisme juridique très bien adapté à la psychologie des justiciables est celui de l'exception d'inexécution. Il n'est nullement nécessaire d'être juriste pour connaître et appliquer ce mécanisme. Deux jeunes enfants se proposent d'échanger leurs jouets ; si l'un d'entre eux fait mine de se raviser, l'autre retire directement le bras qu'il tendait.

De telles réflexions peuvent guider certaines options *de lege ferenda*. S'il s'agit par exemple d'aménager un « *droit de repentir* », il est peu efficace de prévoir qu'il pourra être mis fin au contrat dans les dix jours, car le cocontractant se sent malgré tout lié par l'accord qu'il a donné ; le système fonctionnera mieux dans l'autre procédé où le contrat n'est parfait que si l'accord est confirmé dans les dix jours ⁴⁵.

20. L'approche psycho-sociologique du phénomène contractuel nous paraît mériter autant d'attention que l'approche économique dans les réflexions à poursuivre sur le droit des contrats. Aux Etats-Unis, l'école *Law and Psychology* connaît des développements remarquables, qui mériteraient d'être mieux connus en Europe.

21. Le droit ne peut se suffire à lui-même. Il ne se comprend qu'à travers le rôle qu'il joue dans notre organisation sociale. Une étude juridique ne devient pleinement pertinente qu'accompagnée d'ouvertures interdisciplinaires. Les règles de droit doivent être raisonnées dans leur contexte, en faisant appel à des disciplines comme la sociologie, la psychologie ou la science économique, mais sans perdre de vue les valeurs propres du système juridique.

⁴⁵ Voy. S. MICHAUX, « La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit », dans *Centre de droit des obligations, Le processus de formation du contrat*, ouvrage collectif sous la direction de M. FONTAINE, 2002, Bruxelles, Bruylant, pp. 824-827.

C. — VERS UNE HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS?

22. Le 200^e anniversaire du Code Napoléon fait l'objet de nombreuses manifestations. Publications et colloques se multiplient. L'événement mérite certes d'être commémoré, mais doit-il s'agir d'une célébration?

Le droit des obligations contractuelles repose toujours sur des textes pour la plupart inchangés depuis 1804. Nous avons décrit plus haut comment il avait en réalité subi de profondes modifications. Doctrine et jurisprudence se sont livrées à un important travail d'interprétation. Certaines lacunes criantes du Code ont été comblées. Une pléthore de lois particulières ont érodé de l'extérieur les fondements mêmes du droit des contrats. Les articles 1101 et suivants du Code Napoléon ne reflètent plus l'état actuel du droit.

En 2004, l'hommage mérité qui est rendu à l'œuvre des Portalis et consorts doit dès lors s'accompagner d'un examen de conscience : comment se fait-il qu'après deux siècles, nous n'ayons pas encore pu nous doter d'une codification nouvelle du droit des contrats, répondant aux développements considérables qu'a connus entre-temps la science juridique?

23. Une réforme de la partie du Code civil relative aux obligations, et particulièrement aux obligations contractuelles, est-elle envisageable?

Dans le cadre belge, la tâche paraît insurmontable. L'élaboration d'un code des obligations contractuelles est une œuvre de longue haleine, qui appelle la mobilisation durable de très nombreuses compétences. Le contexte n'est plus propice à de tels projets, particulièrement au niveau fédéral. Une des dernières réalisations de ce type est la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (une codification moderne et bien structurée de 149 articles), et le processus a duré plus de 50 ans!

En France, la situation n'est pas meilleure. Une commission de réforme du Code civil a entrepris de travailler après la guerre, mais ses travaux sont abandonnés depuis longtemps ⁴⁶.

D'autres pays ont cependant réussi à codifier leur droit des contrats dans un passé récent. C'est la situation des Pays-Bas (où le processus a également pris des dizaines d'années). C'est aussi le cas de nombreux pays d'Europe centrale et orientale, placés devant une nécessité à la suite du changement de leur système économique. Dans une moindre mesure, l'Allemagne vient de réussir une importante réforme de plusieurs chapitres de son droit des obligations, modernisant ainsi de manière significative l'autre monument de

⁴⁶ Depuis que ces lignes ont été écrites, les autorités françaises viennent cependant de mettre en place une commission chargée de préparer une réforme du droit des obligations.

la codification qu'est le *Bürgerliches Gesetzbuch* (qui était entré en vigueur en 1900, soit environ un siècle après le Code Napoléon) ⁴⁷.

24. Plutôt qu'une réforme nationale qui ne viendra jamais, c'est sans doute le mouvement d'harmonisation au niveau européen qui, tôt ou tard, nous dotera d'une nouvelle codification du droit des contrats. Les initiatives tendant à l'harmonisation du droit des contrats ont en effet pris un essor extraordinaire au cours des dernières années.

25. Déjà, le succès de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, actuellement ratifiée par une soixantaine de pays, a pour effet de créer un corps commun de règles applicables au contrat le plus courant, qu'il s'agisse de la formation, de l'exécution ou des sanctions de l'inexécution.

Des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* ont été publiés par Unidroit en 1994. Conçus comme un instrument de *soft law*, ces *Principes* offrent une codification presque complète du droit des contrats, aspirant à transcender les divergences entre *civil* et *common law* ⁴⁸.

Au niveau de l'Union européenne, le mouvement d'harmonisation participe à la réalisation du marché unique. La divergence des droits laisse persister des obstacles aux échanges économiques, particulièrement en ce qui concerne le droit des contrats. Plusieurs initiatives se sont développées depuis une vingtaine d'années. Les *Principes de droit européen des contrats*, élaborés sous la houlette du Professeur O. Lando, représentent la réalisation la plus remarquable à cette date. Ils sont conçus sur le même modèle que les *Principes* d'Unidroit, dont ils sont également très proches sur le fond ⁴⁹.

Une autre initiative, de grande envergure, est en chantier dans le cadre du *Study Group on a European Civil Code*, animé par le Professeur Chr. von Bar. Prenant pour acquis les *Principes de droit européen des contrats*, les nombreuses équipes participant au *Study Group* élaborent d'autres chapitres de ce que pourrait être un jour un Code civil européen, tout en continuant à œuvrer au niveau de la *soft law*. Des textes s'élaborent sur les divers contrats particuliers, le droit des délits, les quasi-contrats, les sûretés, et même la propriété ⁵⁰.

⁴⁷ Voy. Cl. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *Dall.*, 2002, Chr., pp. 3156-3161.

⁴⁸ Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 1994.

⁴⁹ *Principles of European Contract Law*, Parties I et II, O. LANDO et H. BEALE ed., La Haye, 2000, Partie III, O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM et R. ZIMMERMANN ed., La Haye, 2003 — voy. O. LANDO, « Principles of European Contract Law », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1997, pp. 189-202.

⁵⁰ Voy. Chr. VON BAR, « Le groupe d'études sur un code civil européen », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2001, pp. 127-139.

D'autres groupes procèdent à des études comparatives sur le « *fonds commun* » des systèmes juridiques ⁵¹, des recueils de jurisprudence comparée sont publiés ⁵², d'importants ouvrages tentent de présenter un « *droit européen des contrats* » ⁵³.

Sur notre continent, ces initiatives sont encouragées par l'engagement des autorités européennes. Le Parlement européen, à plusieurs reprises, a pris position en faveur de l'harmonisation du droit privé. Par sa communication du 11 juillet 2001, la Commission a ouvert un large débat sur les voies à suivre en vue d'une harmonisation du droit des contrats. Plus récemment, la Commission a proposé un « *plan d'action* » en vue d'un droit européen des contrats plus cohérent ⁵⁴.

26. Le mouvement est impressionnant tant par son ampleur que par la complémentarité des approches adoptées. Il n'est pas sans susciter des réticences, voire des oppositions parfois virulentes. Les autorités européennes n'auraient pas compétence pour harmoniser le droit des contrats. Aucune disposition du Traité ne le permettrait. Le principe de subsidiarité s'y opposerait. Les opérateurs économiques peuvent trouver avantage dans le choix qui leur est offert d'une diversité de systèmes juridiques. Les différences culturelles profondes qui séparent les nations feraient obstacle à toute harmonisation. Certains voient même dans les efforts actuels la marque d'un complot politique visant à assurer l'hégémonie de certains pays sur la scène européenne ⁵⁵!

27. Personnellement, nous pensons que l'expérience des *Principes* d'Unidroit invite à une approche positive et optimiste. Ces *Principes* résultent d'une patiente confrontation des systèmes juridiques représentés au sein du groupe de travail, tendue vers la recherche de solutions mutuellement acceptables. Les textes adoptés démontrent que la réalisation d'un consensus est parfaitement possible. Loin d'être mus par un souci de sauvegarder à tout prix les particularités de leur droit national, les rédacteurs ont avant tout recherché les solutions qui leur paraissaient les meilleures dans les différents systèmes.

⁵¹ Voy. M. BUSSANI et U. MATTEI, « The Common Core Approach to European Private Law », 3 *Col. Journ. of Eur. Law* (1997-98), pp. 339-356.

⁵² Voy. W. VAN GERVEN, « Casebooks for the Common Law of Europe : Presentation of the Project », 4 *Eur. Rev. of Private Law* (1996), pp. 67-70; *Cases, Materials and Text on Contract Law*, H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ et D. TALLON ed., Oxford, 2002.

⁵³ Voy. notamment H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, vol. I, 1996.

⁵⁴ Voy. D. STAUDENMAYER, « The Commission Action Plan on European Contract Law », *Eur. Rev. of Private Law*, 2003, pp. 113-127.

⁵⁵ Voy. notamment les critiques de P. LEGRAND, « Against a European Civil Code », 60 *Mod. Law Rev.* (1997), pp. 44-63; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *Dall.*, 2002, Chr., pp. 2202-2214.

Ainsi, c'est sans état d'âme que les représentants de la tradition française ont abandonné la notion confuse de « *cause* », comme les *common lawyers* ont renoncé à la « *consideration* ». Mais les *Principes* consacrent la distinction entre obligations de moyens et de résultat, accueillie avec intérêt par les juristes de pays où ces concepts sont ignorés. D'autre part, nombreuses sont les solutions retenues par les *Principes* qui traduisent des évolutions souhaitées de notre droit des contrats : reconnaissance d'autres modes de formation du contrat que le processus offre-acceptation, résolution pour inexécution à caractère unilatéral, interdiction de se contredire, obligation d'atténuer le dommage, prise en compte des contraventions anticipées, possibilité d'adapter le contrat en cas de bouleversement des circonstances, etc.

Ces qualités ont été immédiatement reconnues. Dès leur publication en 1994, les *Principes* d'Unidroit ont rencontré un accueil inattendu non seulement dans les milieux académiques, mais également auprès des arbitres internationaux (des dizaines de sentences s'y sont déjà référées) et de nombreux législateurs nationaux en veine de codification (notamment en Europe centrale et orientale, mais aussi en Chine et en Argentine)⁵⁶. Très récemment, les *Principes* viennent d'être choisis comme modèle par l'Organisation pour l'harmonisation du droit des Affaires en Afrique (OHADA) en vue de l'élaboration d'un Acte uniforme sur le droit des contrats destiné à seize pays africains.

28. L'expérience des *Principes* d'Unidroit démontre à la fois que l'exercice d'harmonisation est possible et qu'il répond à une demande. Un important atout est que ces Principes se présentent comme une codification en soi non contraignante, évitant ainsi les problèmes de compétence communautaire précédemment évoqués. Un Code civil européen est un projet de longue haleine, mais en droit des contrats, des textes harmonisés sont immédiatement disponibles sous la forme de *soft law*, les *Principes* d'Unidroit et les textes analogues des *Principes du droit européen des contrats*. Pendant que les débats se poursuivent quant à l'opportunité d'une harmonisation plus formelle, ces réalisations profitent déjà aux praticiens. A ceux qui réfléchissent au présent et à l'avenir du droit des contrats, elles offrent une base de réflexion d'un intérêt exceptionnel.

Les travaux se poursuivent : une deuxième édition des *Principes* d'Unidroit sera publiée en 2004, incluant notamment de nouveaux chapitres sur la représentation, la transmission des obligations, la compensation et la prescription extinctive.

⁵⁶ Voy. J.M. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 2^e éd., 1997, pp. 229-254.