

La place du droit comparé dans la construction des droits européens

Fr. R. VAN DER MENSBRUGGHE *

Une littérature abondante traite de la comparaison dans la construction du droit de l'Union européenne ou dans la construction du droit du Conseil de l'Europe (cette dernière étant souvent réduite à la CEDH, alors qu'il existe une multitude de conventions intéressant aussi bien le droit privé que le droit public). Assurément, ces disciplines mettent en présence des notions juridiques nées dans des contextes hétérogènes que le juriste doit s'efforcer de faire coexister. Elles se distinguent cependant par une approche « descendante » ou « ascendante » de l'influence exercée par un droit sur un autre qui est sans doute justifiée par le besoin d'assurer une cohérence interne de la politique et par une vision essentiellement « verticale » des rapports entretenus par le droit européen et le droit national. D'autres contributions se chargent d'aborder ces questions dans le détail. Si le propos qui suit tombe à l'occasion dans des recoupements inévitables, l'angle principal de l'analyse n'entend pas tant d'appréhender le phénomène de la comparaison en termes d'influence du droit européen sur le droit national, ou le mouvement inverse, voire les influences croisées. L'on se gardera bien de développer ici les arrêts *Algéra*, *CILFIT*, et autres *Transocean Marine Paint Association*, dans lesquels les juridictions communautaires – et singulièrement les avocats généraux – émaillent leur motivation de renvois à tel ou tel système juridique. De nouveau, cela ne veut pas dire que le droit de l'Union européenne ou le droit du Conseil de l'Europe ne seront pas mentionnés. Ils le seront, mais par

* Chargé de cours à la faculté de droit des FUSL et de l'ULg.

l'effet d'une approche biaisée. Le propos ici se penchera davantage sur l'horizontalité de la comparaison dans la construction des droits européens.

C'est du *phénomène* de la comparaison au niveau national dont il sera question ici. Le mot « phénomène » est utilisé sciemment. Ce mot s'impose car, à dire vrai, la comparaison en tant que telle constitue la plupart du temps un outil méthodologique qui se distingue par son insigne pauvreté ou par son absence chez le législateur ou le juge européens. C'est la « pointe visible de l'iceberg » pour reprendre une expression de Pierre Pescatore. Il est vrai qu'on trouve dans nombre d'arrêts l'invocation par le juge à des traditions juridiques, aux traditions constitutionnelles, aux conceptions juridiques ou aux principes de droit communs à tous les États membres de l'Union, ou à certains d'entre eux : « [c]e n'est cependant qu'exceptionnellement que, dans des arrêts déjà anciens (datant, pour l'essentiel, d'une époque où la Communauté ne comptait que six États membres...), l'on trouve trace d'un examen explicite et approfondi de droit comparé¹ ». Plutôt que de parler de phénomène de la comparaison à leur endroit, il vaudrait mieux évoquer une *phénoménologie*. La comparaison affleure le législateur ou le juge européens, sans qu'il le sache, un peu comme Monsieur Jourdain faisait de la prose : il n'y a là rien de plus normal puisque le juge et le législateur européens appartiennent et se meuvent dans une variété de cultures juridiques, de concepts, de multilinguisme des textes, le tout sur arrière-fonds d'un ancrage des affaires dans un contexte national bien précis². Le brassage, pour être réel, n'en est pas moins indicible.

Justement, le propos qui suit s'intéresse au « phénomène » comparatif, le concret, le direct, l'effort conscient, l'outil méthodologique qui se met en branle, la comparaison comme force qui va ! Deux problèmes ressortent au sujet du phénomène de la comparaison horizontale dans la construction des droits européens. Le premier traite des

but pratiques de la comparaison
de ses répercussions.
« Raisons et sentiment

I. Fonctions de la comparaison des droits européens

Indépendamment de la comparaison, la comparaison permet au juriste de résoudre des problèmes juridiques. En effet, la comparaison s'ouvre à lui. En effet, on perçoit un horizon juridique sur son formidable traité de droit. Les modifications jurisprudentielles pour préparer des modifications jurisprudentielles. Carbonnier pensait que la présomption de responsabilité constituait un « gaspillage » sur la « bonne loi » sur la l'exemple de l'Allemagne faire l'économie d'une matière qui nous intéresse. opportunités en établissant

Il y a près de 40 ans consacrait des propos « phénomènes d'imitation³ ». La comparaison à saisir l'originalité, le français. L'auteur effectue les causes du phénomène modalité de l'emprunt

¹ Cf. Koen LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in Fr. R. VAN DER MENSBRUGGHE (sous la direction de), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, P.U.N. (Travaux de la faculté de droit de Namur, n° 25), 2003, p. 114.

² *Ibidem*, p. 115.

³ Cf. Jean CARBONNIER, n° 109.

⁴ Cf. Jean RIVERO, « Les administratifs », in *Mis Bruylant*, 1972, tome 3,

buts pratiques de la comparaison. Le second problème traite davantage de ses répercussions. Le tracé de notre exposé reprend une sorte de... « Raisons et sentiments »...

I. Fonctions de la comparaison horizontale dans la construction des droits européens

Indépendamment de raisonner dans l'espace Europe, toute comparaison permet au juriste national de concevoir et de résoudre les mêmes problèmes juridiques différemment. Des opportunités nouvelles s'ouvrent à lui. En ouvrant les fenêtres, il hume un air différent et perçoit un horizon juridique élargi. Ainsi, le Doyen Carbonnier nourrit son formidable traité de droit Civil de nombreuses gloses comparatistes pour préparer doctrinairement des réformes législatives ou des modifications jurisprudentielles à venir. En son temps, avant 1985, Carbonnier pensait que la grande construction jurisprudentielle de la présomption de responsabilité (sous-jacente à l'article 1384, al. 1^{er}) constituait un « gaspillage d'intelligence et de temps » et qu'une « bonne loi » sur la responsabilité des accidents d'automobiles, à l'exemple de l'Allemagne et de la Suisse aurait permis sans doute de faire l'économie d'une construction aussi ambitieuse³. Appliqué à la matière qui nous intéresse, essayons de lever un coin de voile sur ces opportunités en établissant au préalable une grille d'analyse.

Il y a près de 40 ans, l'administrativiste français, Jean Rivero, consacrait des propos originaux, et pour l'époque controversés, aux « phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif⁴ ». La comparaison traverse cet article comme autant d'invitations à saisir l'originalité, réelle ou fantasmée, du droit administratif français. L'auteur effectue lui-même une grille d'analyse, distinguant les causes du phénomène (choix imposés, conditionnés ou libres), les modalités de l'emprunt (suivant leur étendue, leur objet et leur techni-

³ Cf. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4 (*Les Obligations*), Paris, PUF, 1979, n° 109.

⁴ Cf. Jean RIVERO, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, tome 3, p. 619.

que), les résultats de l'emprunt (rejet, réussite ou cas douteux) et enfin les limites du phénomène.

Sans reprendre l'ensemble la grille d'analyse de Jean Rivero, intéressons-nous à quelques problèmes. Deux questions surgissent plus particulièrement. La première a trait aux causes de la comparaison (A), la seconde à ses auteurs (B).

A. Les causes de la comparaison

On peut l'espérer : la comparaison s'effectue la plupart du temps de manière libre et spontanée, sans contrainte aucune. On le voit, deux types de comparaison ressortent d'emblée : les comparaisons libres (1) et les comparaisons contraintes (2).

1. Comparaison libres

Deux exemples permettront de mesurer la manière dont la comparaison s'effectue de manière libre. Les exemples donnés recouvrent respectivement du droit privé et de la procédure pénale.

a) Droit privé : le Trust

Qu'il est difficile de faire passer le concept de *Trust*, pierre angulaire de l'*Equity* (autre chausse-trappe) aux étudiants belges ! L'enseignant de la *common law* bute sur l'incapacité congénitale qu'auraient les juristes continentaux de comprendre l'institution... Il faut bien passer par là. Déjà en 1948, Henri Motulsky s'exclamait par rapport au *trust* : « Once again...⁵ ». Le problème couvait depuis longtemps. Le droit français se trouvait pris en otage par la théorie classique du patrimoine élaboré par Aubry et Rau, érigeant au rang de dogme les principes d'unité et d'invisibilité du patrimoine. Dès mon premier cours de *common law*, nous nous lançons dans le *trust*, histoire d'aborder le versant épistémologique de la matière (le pourquoi et le

comment d'étudier la anglais. « Quiconque d land, même s'il ne s'ir voir quelque chose du institution aussi souple la plus originale qu'aie presque constituer un comment faire passer Maitland en tête, juger par circonlocutions, p tes : la fiduciaire...

Notons que le législateur introduit la fiduciaire dans première vue, l'opération *common law* en droit comme celle « par laquelle biens, des droits ou des de sûretés, présents ou tenant séparés de leur miné au profit d'un ou craintes de voir dans la chiment des capitaux. d'affectation, séparé de l'on peut se demander – migration – imitation homologue de la *common* revenir sur cette question

b) Procédure pénale

Arrêtons-nous maintenant sur la procédure pénale et l'autre procédure pénale de procédure pénale

⁵ Cf. Henri MOTULSKY, « De l'impossibilité de constituer un "trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. de droit international privé*, 1948, p. 451-468.

⁶ Cité dans René DAVID, « La "common law" est-elle une "jurisprudence" ? », 1982, p. 107-108.

⁷ *Revue trimestrielle de droit comparé*

comment d'étudier la *common law*) et histoire de souligner le génie anglais. « Quiconque désire connaître l'Angleterre, écrit F. W. Maitland, même s'il ne s'intéresse pas aux détails du droit privé, doit savoir quelque chose du *trust* ». Le *trust*, écrit le même auteur, « est une institution aussi souple, aussi générale que le contrat... et la réalisation la plus originale qu'aient accomplie les juristes anglais. Il nous semble presque constituer un élément essentiel à la civilisation⁶ ». Mais comment faire passer le *trust* dès lors que les Anglais eux-mêmes, Maitland en tête, jugent toute définition impossible ? Il faut procéder par circonlocutions, périphrases, des correspondances amoindrisantes : la fiducie...

Notons que le législateur français, par une loi du 19 février 2007, a introduit la fiducie dans le Code civil aux articles 2011 et suivants⁷. A première vue, l'opération ainsi réalisée traduit le *trust* des pays de *common law* en droit français. Le législateur définit cette opération comme celle « par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (article 2011). Fini les craintes de voir dans la fiducie un moyen d'évasion fiscale et de blanchiment des capitaux. Place à la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation, séparé du patrimoine du fiduciaire. Toujours est-il que l'on peut se demander si pareille traduction – importation – réception – migration – imitation, fait honneur à la richesse conceptuelle de son homologue de la *common law*. L'occasion sera donnée plus loin de revenir sur cette question.

b) Procédure pénale

Arrêtons-nous maintenant sur deux évolutions récentes, l'une effective et l'autre pendante, concernant des comparaisons libres en matière de procédure pénale. D'abord, il s'agit de l'introduction en

⁶ Cité dans René DAVID, *Le droit anglais*, 4^e éd., Paris, PUF (Coll. « Que sais-je ? »), 1982, p. 107-108.

⁷ *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 412.

France du « *plea bargaining* » américain par le biais de la loi Perben 2 du 9 mars 2004 (articles 495-7 à 495-16 du code de procédure pénale). On se rappellera que le législateur français a essayé de qualifier l'ensemble de cette réforme de « procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité ». Finalement, c'est la traduction de « plaider coupable » qui s'impose dans les faits. Le *marchandage* liberticide des Américains, caché derrière le *plea bargain*, disparaît sans doute au profit d'une formulation plus neutre mais la controverse reste⁸. Fondamentalement, il est à se demander si la migration du concept américain en droit français ne constitue pas, en tout état de cause, un cheval de Troie du système accusatoire, propre à la *common law*. Maximo Langer le pense, lui pour qui la logique du système du *plea bargain* veut que les parties négocient un accord devant un preneur de décision passif⁹. Plus récemment, début janvier 2009, c'est l'annonce par le chef de l'État français de la suppression du juge d'instruction, confiant aux procureurs la charge de la totalité des enquêtes. Manifestement, l'instruction va devenir accusatoire et non plus inquisitoire. Très bien, si ce n'est que parquet reste dépendant...

A l'évidence, ces exemples qui viennent d'être brossés confirment l'hypothèse de départ selon laquelle la comparaison constitue une réserve de constructions et de solutions juridiques prodigieuse. Ce sont des possibilités d'orientation et de contrôle manifestes (permettant au législateur national de vérifier les qualités de la norme juridique nationale au regard du droit étranger). Reste que la greffe peut s'avérer des plus délicats lorsqu'il s'agit d'institutions juridiques ayant un caractère idéologique, politique ou social. Reprenant Léontin-Jean Constinesco, « La solution étrangère, adoptée par une réforme législative nationale, doit être conforme aux principes fondamentaux, donc aux éléments déterminants de cet ordre juridique et doit pouvoir s'adapter facilement à celle-ci. Sinon, elle risque de rester un corps

⁸ Voir le recours contre cette « loi scélérate », « loi liberticide »... devant le Conseil constitutionnel : Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004. Cf. Jean-Eric SCHOETTL, *La Gazette du Palais*, n° 102, 11/04/2004, p. 3-26.

⁹ Maximo LANGER, « From Legal Transplants to Legal Translations : the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 2004, p. 3-64, at p. 35-36.

étranger qui finira par juridique étrangère n'ne s'occupe pas de so implique, le plus souve

En lien avec ce qui rement l'imitation de « l'air du temps », les l'hégémonie juridique pient de la *common la* chose dans ces migrati est du droit admin « perméabilisation » de tèmes juridiques. Jusq semblaient les mieux l'interventionnisme pul ou au développement d'équipements publics. institutions internationa mondiale, ou aussi à... organismes financiers e tendent à s'imposer. Ta raisons libres, il faut bi parfois dans une libert pouvoirs publics peut être ges tressés autour de la débouché sur les contrat monde anglophone expl *common law* ne sont pas

Enfin, les comparais ter quantité de nuances. contrôle hégémonique p arrêt de la chambre crim

¹⁰ Cf. Léontin-Jean CONSTAN (*comparative*), Paris, LGDJ

étranger qui finira par être éliminé. Ainsi, la supériorité d'une solution juridique étrangère n'a aucune force obligatoire pour le législateur qui ne s'occupe pas de son seul aspect juridique. Le choix du législateur implique, le plus souvent, une décision politique¹⁰. »

En lien avec ce qui vient d'être dit, les comparaisons, et particulièrement l'imitation de modèles étrangers nous renseignent souvent sur « l'air du temps », les sources d'inspiration, ou, disons-le platement, l'hégémonie juridique. Beaucoup de réformes contemporaines s'inspirent de la *common law*. La globalisation est sans doute pour quelque chose dans ces migrations. Cela est particulièrement vrai pour ce qui est du droit administratif où il est davantage question de « perméabilisation » de « compétition » et d'« harmonisation » des systèmes juridiques. Jusqu'à il y a peu, les droit américain et anglais semblaient les mieux adaptés à un reflux et à une redéfinition de l'interventionnisme public en matière économique, à l'externalisation ou au développement de modes de financement privés d'activités et d'équipements publics. Si on ajoute à cela le soutien par différentes institutions internationales (on songe notamment au FMI, à la Banque mondiale, ou aussi à... la Commission européenne), le soutien par des organismes financiers et des cabinets d'avocats anglo-américains, ils tendent à s'imposer. Tandis que nous évoquons plus haut des comparaisons libres, il faut bien reconnaître que les comparaisons naissent parfois dans une liberté relative. Le lobbying exercé à l'égard des pouvoirs publics peut être très actif : l'on pense notamment aux louanges tressés autour de la *Private Finance Initiative* britannique qui a débouché sur les contrats de partenariat public-privé. L'hégémonie du monde anglophone explique aussi le fait que les traductions vers la *common law* ne sont pas légion.

Enfin, les comparaisons ont cela d'utile qu'elles obligent à apporter quantité de nuances. Tout ne va pas dans le sens d'une prise de contrôle hégémonique par le droit américain ou le droit anglais. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation de France, ren-

¹⁰ Cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II (*La méthode comparative*), Paris, LGDJ, 1974, p. 332.

du le 12 décembre 2007 en fournit la preuve¹¹. En l'occurrence, un avocat-enquêteur étranger, américain, est condamné en France pour avoir recherché, en France, des personnes, dont le témoignage aurait pu être utile dans une procédure pendante devant un tribunal fédéral de Californie contre une société française soupçonnée d'avoir acquis dans des conditions contraires à la loi américaine, la société *Executive Life*. L'avocat-enquêteur étranger est condamné sur base d'un texte longtemps resté méconnu sur l'obtention des preuves obtenus à l'étranger. Illustration d'un choc entre la culture juridique des pays européens et celle des États-Unis. Dans les pays de droit anglo-américains, les preuves destinées à être produites devant la justice civile ou administrative (la *Federal Trade Commission* par exemple) sont collectées par les parties elles-mêmes et non par une autorité publique.

2. Comparaisons contraintes

Si la comparaison s'effectue la plupart du temps de manière libre et spontanée, avec les bémols que nous venons de mentionner, il convient de consacrer un minimum de temps aux comparaisons contraintes. Ici, il est davantage fait référence à la dimension européenne de la question, cette dimension comprenant maintenant le droit de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe, autrement dit une dimension verticale. Les illustrations sont nombreuses. De nouveau, il ne s'agit ici que de mentionner cette question et de l'explicitier – sommairement – par la référence à un seul exemple : le service universel.

Le berceau historique de cette notion se trouve dans le secteur des télécommunications, aux États-Unis, au début du XX^e siècle. A la fin des années 1980, le législateur européen tombe, achoppe sur la notion (au-travers la redécouverte des règles de concurrence européennes, *belle-au-bois dormant* subitement réveillée). Il fait sienne la notion américaine et la reprend sur un mode impératif. Dès lors, la notion s'impose aux autorités nationales dans le champ d'application du droit

¹¹ Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-83.228 ; *JurisData* n° 2007-042157 ; *Bull. crim.* 2007, n° 309 ; *Dr. Pén.* 2008, comm. 47 ; *JCP.I.*181, p. 25.

communautaire. All
tion (*legal transplan*
raison contrainte ? J
Unis est celle de ser
vironnement privé (c
est celle de services
nement public, d'ent

1° les deux tradi
concilier concurrent
service universel ;

2° les deux tradi
ractère *explicite* des
Universal Service F
subventions croisées

3° les deux tradi
du service universel
l'introduction gradu
sibilité du régulateur
pouvoir aux fonctio

Mais l'on s'écar
droit communautair
ple qu'il y paraît...

Venons-en main
nous sur deux probl

1. Le juge

Le juge national
Pour ne prendre qu
ment eu à connaître
nait une convention

communautaire. Allons plus en avant avec ce concept : simple migration (*legal transplant*) imposé par les autorités européennes ? Comparaison contrainte ? Je ne le pense pas. Alors que la tradition des États-Unis est celle de services des télécommunications offerts dans un environnement privé (hautement régulé), et que la tradition de l'Europe est celle de services des télécommunications offerts dans un environnement public, d'entreprises publiques et de monopole,

1° les deux traditions se retrouvent sur une volonté commune de concilier concurrence et responsabilisation sociale, par le biais du service universel;

2° les deux traditions se retrouvent sur la nécessité d'assurer le caractère *explicite* des mécanismes de financement service universel : Universal Service Fund, Lifeline, etc. (et non plus des mécanismes de subventions croisées opaques);

3° les deux traditions se retrouvent sur la *codification* inéluctable du service universel (imposée par l'afflux de technologies nouvelles et l'introduction graduelle de la concurrence, et notamment l'impossibilité du régulateur et du droit de la concurrence – *antitrust law* – de pourvoir aux fonctionnalités du service universel).

Mais l'on s'écarte. Assurément, la comparaison s'impose via le droit communautaire mais tout dans cette matière n'est pas aussi simple qu'il y paraît...

B. L'auteur de la comparaison

Venons-en maintenant à l'auteur de la comparaison et focalisons-nous sur deux problèmes : le juge et la doctrine.

1. Le juge

Le juge national effectue des comparaisons verticales au quotidien. Pour ne prendre qu'un exemple, le Conseil d'État français a récemment eu à connaître d'un problème de position dominante qui concernait une convention liant un centre hospitalier de la ville de Moulins et

une société de pompes funèbres¹². Cette dernière proposait aux familles, plus facilement que ses concurrents, des prestations de séjour des défunts dans sa chambre funéraire, et, de façon plus générale, des prestations relatives à l'organisation des obsèques. La question qui se posait était de savoir si les dispositions légales françaises (l'article L.420-2 du code de commerce, reprenant l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence) prohibaient l'existence de situations de position dominante ou bien l'exploitation abusive d'une position dominante. Pour répondre à cette question, le commissaire du gouvernement a brossé un vaste éventail de la jurisprudence du Conseil d'État, la mettant en relief avec celle de la Cour de justice des Communautés européennes concernant le droit communautaire de la concurrence (arrêts *Höfner* de 1990 et *Porto di Genova* de 1991). Pour rappel, seule une situation qui « conduit nécessairement ou automatiquement à l'exploitation de la position dominante de manière abusive » méconnaît les dispositions légales. Autrement dit, une position dominante n'est pas forcément illégale¹³...

2. La doctrine

Nous avons déjà évoqué la figure du Doyen Carbonnier. Plus près de nous, mentionnons l'apport du droit comparé à l'eupéanisation du droit privé par le biais de la floraison de différents réseaux d'universitaires : celui formé à Trento, en Italie, autour du *Common Core of European Private Law Project*, le « Groupe Tilburg » (*Group on European Tort Law*) qui s'efforce depuis 1993 d'étudier de façon comparative le droit de la responsabilité délictuelle. Il faut aussi mentionner les *Principes du droit européen des contrats*, élaborés par une « Commission pour le droit européen des contrats », un organisme sans statut officiel, issu d'une initiative privée du professeur Ole Lan-

¹² Conseil d'État, 17 octobre 2008, *Société OGF*, AJDA 2009.56, concl. François Sénors.

¹³ L'abus qui est fait de la position dominante peut être révélé par la politique tarifaire ou tout autre agissement de l'opérateur ayant pour effet de gêner les concurrents ou de tirer des avantages injustifiés de la situation dominante.

do de Copenhague (d' *Principes du droit eur* pectivement en 1995, 2 de Reinhard Zimmermann, paré, le plus avancé et international, d'harmon européen¹⁵ ».

L'ampleur de la mat référence » en droit p controverses qui l'entou rain. On notera seulement officiel de la Commission tamment en France, app ginalisés¹⁷. La tâche c Comparaison pour comp au *restatements* américain pendant :

— les *restatements* a fication jurisprudentiel américaine que cela ch estimée ;

— les *restatements* j différents états des États de rares exceptions prè

¹⁴ Pour un compte-rendu de l'eupéanisation du droit

¹⁵ *Ibidem*, p. 468.

¹⁶ Le PCCR couvre non l'ensemble du droit des contrats, régime général d' (certaines), certains contrats d'autres contrats spéciaux. On notera que le titre de *droit privé européen* — an

¹⁷ Cf. notamment Muriel FAJ bon projet" », JCP.2008.I, bonne et projet de cadre c de droit civil, 2008, p. 258

do de Copenhague (d'où également « Commission Lando »)¹⁴. Ces *Principes du droit européen des contrats*, publiés en trois parties respectivement en 1995, 2000, et 2003, constituent aujourd'hui, de l'avis de Reinhard Zimmermann, « le projet le plus consciencieusement préparé, le plus avancé et le plus fortement remarqué d'un point de vue international, d'harmonisation d'une branche centrale du droit privé européen »¹⁵.

L'ampleur de la matière couverte par « projet de cadre commun de référence » en droit privé (PCCR)¹⁶, son évolution actuelle et les controverses qui l'entourent, me font prudemment avancer sur ce terrain. On notera seulement que le PCCR se présente comme un projet officiel de la Commission et que la doctrine dans certains États, notamment en France, appelle à s'en emparer de peur de se trouver marginalisés¹⁷. La tâche comparatiste y affleure de manière évidente. Comparaison pour comparaison, on compare ces différentes initiatives au *restatements* américains. Il convient de faire deux remarques cependant :

— les *restatements* américains sont avant tout des œuvres de codification jurisprudentielle avec la méthodologie inductive anglo-américaine que cela charrie. Cette différence ne doit pas être sous-estimée ;

— les *restatements* proposent, certes, des concepts communs aux différents états des États-Unis, mais les différences aux États-Unis (à de rares exceptions près), ne sont pas aussi significatives qu'il n'y

¹⁴ Pour un compte-rendu détaillé, cf. Reinhard ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'europanisation du droit privé », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007.451.

¹⁵ *Ibidem*, p. 468.

¹⁶ Le PCCR couvre non seulement le droit du contrat, mais plus largement l'ensemble du droit des obligations (contrat, responsabilité délictuelle, quasi-contrats, régime général des obligations – pour reprendre les classifications françaises), certains contrats spéciaux et on annonce une édition finale couvrant d'autres contrats spéciaux et certains aspects du droit de la propriété mobilière. On notera que le titre de l'ouvrage – *Principes, définitions, et règles modèles du droit privé européen* – annonce bien cette vue large de la matière.

¹⁷ Cf. notamment Muriel FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet" », *JCP*.2008.I.199. Cf. aussi Pauline REMY-CORLAY, « Traité de Lisbonne et projet de cadre commun de référence en droit privé », *Rev. trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 258-263.

paraît : les droits étatiques se nourrissent les uns des autres ; l'enseignement porte sur le droit des différents états ; les concepts sont communs bien que les règles soient distinctes ; et le langage est le même. En Europe, en revanche, pas de langue commune (quoi que le latin gagne du terrain), pas de concepts communs et des échanges intra-communautaires encore balbutiants. En somme, des freins culturels et linguistiques significatifs...

Enfin, le monde juridique européen a vu se multiplier ces dernières années une série d'initiatives internationales, des groupes de travail qui rassemblent académiques et jeunes scientifiques autour de la compilation et l'analyse d'un vaste matériau juridique issu d'autant de systèmes européens que possible. Les ouvrages de Schlechtriem et de von Bar, les *Casebooks* de van Gerven sont autant de témoignages de cette floraison comparatiste en Europe. Ces *Casebooks* sont en train de devenir une forme établie de littérature juridique européenne.

Parfois, l'origine de la comparaison se montre plus elliptique, plus nébuleuse, voire chaotique à distinguer : législateur, juge, doctrine... on ne sait au juste par quelle voie elle émerge. Prenons une affaire a priori anodine concernant les deux entreprises françaises les plus connues et parmi les plus anciennes du secteur du petit électroménager : l'acquisition en 2001 de la société Moulinex par la Société d'emboutissage de Bourgogne, plus connue sous le nom de SEB. Cette opération de concentration comporte un volet français avec saisine du Conseil de la concurrence qui rend un avis favorable au rachat, suivi d'une décision – favorable – du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 5 juillet 2002. Elle comporte également un volet européen. Sans entrer dans les détails, cette affaire est intéressante en ce que l'autorisation de la concentration par le ministre (sans conditions) se fonde sur la notion « d'exception de l'entreprise défaillante », autrement dit la théorie qui postule que l'effet d'une concentration peut être neutre compte tenu de la dégradation de la situation anticoncurrentielle. La décision fait l'objet d'une salve de requêtes en annulation que le commissaire du gouvernement préconise, et que le Conseil d'État ordonne. La théorie de l'exception de l'entreprise défaillante trouve sans conteste son origine dans le droit américain, sous le nom de « *failing firm defense* » (FFD) ou « *rescue merger* ». Elle a été consacrée notamment par deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis, rendus respectivement en 1930 et

1969¹⁸. Pour aller voir la Cour européenne, sanctionnée par la Cour de justice des Français, le tout

Quelles conclusions langées comparaisons

II. Effets de la comparaison des droits européens

Quel que soit le point de vue dans la foulée de l'analyse de la réussite de la « comparaison » évidemment pas toujours servir à dégager des conclusions d'application tangible nationale, autrement dit le dogmatisme traditionnel des comparatistes horizontaux qu'on d'instrument au service de la doctrine. On bute alors sur le résultat de ces migrations. N'entrons pas de manière dans les homériques ont été les deux problèmes. Le premier trait à une quête d'identité

A. P

C'est un lieu commun bouchent pas des solutions l'autre » ne mène pas à

¹⁸ OECD, *Policy Roundtable* dataoecd/35/6/1920253.pdf

¹⁹ Cf. Léontin-Jean CONSTANT (comparative), *op. cit.*, n°

les uns des autres ;
tats ; les concepts sont
; et le langage est le
commune (quoi que le
uns et des échanges
me, des freins cultu-

multiplier ces dernières
es groupes de travail
es autour de la com-
que issu d'autant de
le Schlechtriem et de
it de témoignages de
ebooks sont en train
le européenne.

plus elliptique, plus
eur, juge, doctrine...
renons une affaire a
françaises les plus
a petit électroména-
nex par la Société
s le nom de SEB.
et français avec sai-
favorable au rachat,
le l'Économie, des
002. Elle comporte
détails, cette affaire
entration par le mi-
« d'exception de
qui postule que
enu de la dégrada-
fait l'objet d'une
du gouvernement
rie de l'exception
n origine dans le
fense » (FFD) ou
par deux arrêts de
ment en 1930 et

1969¹⁸. Pour aller vite, cette théorie a été reprise par la Commission européenne, sanctionnée par la Cour de justice, reprise à son compte par la Cour de justice, tout en étant mise en application par les autorités françaises, le tout sur arrière-fonds de débat doctrinal.

Quelles conclusions tirer de cette grille d'analyse où se sont mélangées comparaisons libres, contraintes, et auteurs d'horizons divers ?

II. Effets de la comparaison horizontale dans la construction des droits européens

Quel que soit le problème étudié, la question qui vient souvent dans la foulée de l'analyse des fonctions de la comparaison est celle de la réussite de la « greffe » (si de « greffe » il est question : ce n'est évidemment pas toujours le cas... La comparaison peut simplement servir à dégager des connaissances nouvelles sans forcément trouver d'application tangible : il peut s'agir de « relativiser » son droit national, autrement dit le libérer de l'emprise de la conception et de la dogmatique traditionnelles)¹⁹. Assurément, la plupart des comparaisons horizontales que nous venons d'esquisser jouent un rôle d'instrument au service de la politique législative, jurisprudentielle et doctrinale. On bute alors de manière quasi-obligée sur la question du résultat de ces migrations ou « *legal transplants* » : « *the outcome* »... N'entrons pas de manière détaillée dans ces controverses. Des batailles homériques ont été menées sur ce sujet. Attardons-nous plutôt sur deux problèmes. Le premier a trait à la perte de sens (A). Le second a trait à une quête d'identité des systèmes juridiques (B).

A. Perte de sens ; mots (et maux)

C'est un lieu commun que d'affirmer que les comparaisons ne débouchent pas des solutions de facilité. Le passage de « l'un vers l'autre » ne mène pas à ce binôme bégayant tant espéré et illusoire :

¹⁸ OECD, *Policy Roundtables*, « Failing Firm Defence » (1995), <http://www.oecd.org/dataoecd/35/6/1920253.pdf> (consulté le 9 juin 2009).

¹⁹ Cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II (*La méthode comparative*), *op. cit.*, n° 113.

«win-win». C'est le passage même qui veut que ce soit : «some win, some lose». George Steiner parle de la tristesse qui accompagne depuis toujours l'acte de traduire : une *miseria* spéciale, une mélancolie après Babel²⁰. En effet, «il y a dans cette expérience une souffrance, celle du traducteur confronté à la défaillance du sens privé de sa lettre». En traduction, il n'y a pas de miracle. Il y a des réussites relatives mais jamais totalement satisfaisantes, du fait même de la substitution d'un signifiant à un autre.

La comparaison, aussi réussie soit-elle, comporte ses limites. Le passage à l'autre comporte un caractère exceptionnel, de proprement insaisissable. Quelque chose échappe à l'étranger, un ancrage, un enracinement qui va au tréfonds de la personne. Il en va de la comparaison comme du langage. Voltaire s'indignait devant Shakespeare : «Il n'y a guère de tragédie de Shakespeare où l'on ne trouve des plaisanteries d'hommes grossiers à côté du sublime des héros. A quoi attribuer une mode si extravagante et si honteuse pour l'esprit humain [...] ?²¹» Tolstoï, quant à lui, éprouvait une «répulsion et un ennui irrésistible» devant Shakespeare, cherchant inlassablement à comprendre son œuvre mais n'y réussissant jamais²². A première vue, ces auteurs ne peuvent comprendre la trivialité anglaise, le chaos Shakespeareien, l'exubérance verbale, les entrecats entre le tragique et la bouffonnerie, et cette manière unique de faire ressortir l'humanité

²⁰ Cf. George STEINER, *After Babel. Aspects of Language & Translation* 3^e éd. Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 283 : «Each translation falls short. At best, wrote Huet, translation can, through cumulative self-correction, come ever nearer to the demands of the original, every tangent more closely drawn. But there can never be a total circumscription. From the perception of unending inadequacy stems a particular sadness. It haunts the history and theory of translation. 'Wer übersetzt', proclaimed the German poet and pietist Matthias Claudius, 'der undersetzt'. His play on words, though elementary, is untranslatable. But the image is perennial. There is a special *miseria* of translation, a melancholy after Babel. Ortega y Gasset gives the best account of it. The theme itself, however, is as ancient as the art.»

²¹ Cf. Anne BARTON, Préface, dans SHAKESPEARE, *Tragédies*, Paris, «Bibliothèque de la Pléiade», 2002, p. lxxxviii.

²² L'incompréhension qu'éprouvait Tolstoï pour Shakespeare fait l'objet d'une étude de jeunesse – passionnante – de George ORWELL, «Lear, Tolstoy and the Fool» (1903).

brute des personnes. L'incompréhension vient de la comparaison. Elle vient de la comparaison par comparaison.

Que lit-on, sois-tu, décrit ce qu'il a fait. Il a fait périr son ami.

Moi même i

Lieux profon

En deux verset
Le pessimisme rac
Nous nous somm
ques I^{er} pour nou
dans sa suite dava
Royal est passé pa
cas de Racine et
exemples littéraire
pare l'intrigante e
Fair de William
rents pauvres de
elle aussi²⁶. Balza
rend intelligible.
Sharp d'une pluie
tissée, l'illusion s'
la poésie a disparu

²³ RACINE, *Phédre*, P version anglaise, J chained / Beside th rie E. Droz, 1958, p

²⁴ Pour rappel, Racine Royal en pleine fiè

²⁵ Pour Jakobson, la p le sémantique qui r man JAKOBSON, « (ed.), *On Translati*

²⁶ Cf. Hippolyte TAIN plémentaire, 9^e éd.,

brute des personnages tragiques. Plus fondamentalement, l'incompréhension vient des univers différents qu'habitent ces auteurs. Procédons par comparaison.

Que lit-on, sous la plume de Racine, dans *Phédre*, lorsque Thésée décrit ce qu'il a souffert, aux mains du « Tyran de l'Épire » qui avait fait périr son ami Pirithoüs ?

Moi même il m'enferma dans des Cavernes sombres,
Lieux profonds, et voisins de l'Empire des Ombres²³.

En deux versets, nous avons franchi un mur, traversé une frontière. Le pessimisme racinien, l'étouffement, la fatalité sont quasi-palpables. Nous nous sommes écartés du Shakespeare d'Elizabeth I^{re} et de Jacques I^{er} pour nous retrouver dans le siècle de Louis XIV, charriant dans sa suite davantage d'ombre que de soleil. Le jansénisme de Port-Royal est passé par-là...²⁴ Cette incompréhension est évidente dans les cas de Racine et de Shakespeare²⁵. Elle jaillit dans nombre d'autres exemples littéraires. Elle est présente lorsque Hippolyte Taine compare l'intrigante et courtisane, Rebecca Sharp, protagoniste de *Vanity Fair* de William Thackeray, avec un personnage semblable des *Parents pauvres* de Balzac, Valérie Marneffe, intrigante et courtisane, elle aussi²⁶. Balzac, selon Taine, explique et grandit son héroïne. Il la rend intelligible. Il l'aime. En revanche, Thackeray inonde Becky Sharp d'une pluie d'ironies et de mécomptes : « L'héroïne s'est rapetissée, l'illusion s'est affaiblie, l'intérêt a diminué, l'art s'est amoindri, la poésie a disparu, et le personnage, plus utile, est devenu moins vrai,

²³ RACINE, *Phédre*, Paris, Hachette, 2005 (Acte III, scène 5, verset 965). Dans une version anglaise, John Cairncross traduit : « Myself in sombre caverns he enchain'd / Beside the shadowy kingdom of the dead », in *Phaedra*, Genève, Librairie E. Droz, 1958, p. 81.

²⁴ Pour rappel, Racine fut élevé dans une famille janséniste et s'est trouvé à Port-Royal en pleine fièvre des *Provinciales*.

²⁵ Pour Jakobson, la poésie, domaine de la paranomase (le lien entre le phonétique et le sémantique qui régit le jeu des mots) est « intraduisible par définition », in Roman JAKOBSON, « Linguistic Aspects of Translation », in REUBEN A. BROWER, (ed.), *On Translation*, Cambridge, Harvard University Press, 1959, p. 232-239.

²⁶ Cf. Hippolyte TAINÉ, *Histoire de la littérature anglaise*, tome cinquième et complémentaire, 9^e éd., Paris, Hachette, 1893, p. 121-128.

moins beau²⁷». Conclusion (selon Hippolyte Taine): «Autant les Anglais l'emportent comme moralistes et satiriques, autant les Français l'emportent comme artistes et romanciers²⁸». Quoi qu'il en soit, une chose est incontestable: nous avons deux façons d'habiter le monde.

Repassons au droit. Le droit, comme le langage, fait ressortir des façons différentes d'habiter le monde. Le monde de Shakespeare, fait de désordre, de trivialité, d'explosion verbale, n'est pas le monde de Racine, fait d'ordre, de bienséance et d'expression compacte. L'univers satirique de Thackeray n'est pas celui, plus compassé, de Balzac. Ainsi du droit. Au delà de l'agencement des mots ou de leur correspondances, les univers diffèrent. Traduire un concept de la *common law* n'est ni un simple exercice de linguistique, ni un résultat qu'on peut obtenir à l'aide d'un dictionnaire. Frank Miatti relève avec justesse que: «La traduction n'a aucune utilité, et donc aucune raison d'être, si au lieu de supprimer les deux obstacles majeurs à la connaissance des droits étrangers et au recours à la méthode comparative – la difficulté matérielle d'accéder aux textes et les barrières linguistiques – elle constitue en elle-même un troisième en induisant au contresens. Sa qualité [la qualité de la traduction] est aussi importante pour le juriste qui ignore le droit étranger et cherche à le connaître que pour celui qui en maîtrise déjà les concepts²⁹». Léontin-Jean Constantinesco abonde dans le même sens, lui pour qui l'enveloppe linguistique devient secondaire, l'important étant de privilégier le contenu juridique³⁰. C'est évident. Toute notion juridique ne peut être comprise que dans le cadre juridique et culturel dont elle est issue.

De ces manières différentes – ou jurisculturelles – d'habiter le monde (pour paraphraser Pierre Legrand), il importe de souligner l'importance de l'interprétation. Je me permets une métaphore musicale. Aligner les neumes du chant grégorien ne sert à rien. Ce ne sont

que des carrés noirs
lités aux psalmodies
part, il faut se lais-
ser formes de ponctua-
tion mots du droit étran-
ger. Ce sont des ca-
rres d'écran. Il faut, pou-
voir les interpréter corre-
ctement *mon law*, qu'il s'agisse – plus simple –
unilatéral, n'ont rien
que ou en France. I-
sur cette seule ques-
tion et détermine à term-
in *common law*, l'éche-
quer.

Parer l'épithète
d'une volonté d'im-
poser cette famille juridi-
que démarche infinimen-
tement, s'offrir au
conséquent «excepti-
onnes», oblige à recor-
der la tentative vaine d'
convergence³¹. En
comparatiste se nou-
tionnel (un «excepti-
onnes», mais qui relève

Nous touchons à
son implique une dé-
finition que écrit. A lui seul,
renseigner sur l'éta-
blissement champ d'observatio-
nnes. Le dépassemen-

²⁷ Cf. H. TAINE, *op. cit.*, p. 127-128.

²⁸ *Ibidem*, p. 122.

²⁹ Cf. Frank MIATTI, «La "due process of law" américaine: quelle traduction française?», *Revue de recherche juridique*, 1997, p. 693-704, at 702.

³⁰ Cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, tome II (*La méthode comparative*), *op. cit.*, p. 144-150.

³¹ Cf. Pierre LEGRAND
1999, p. 1053-1073.

que des carrés noirs sur du parchemin. Il faut, pour rendre vie et actualité aux psalmodies et méllismes, les interpréter, les chanter. Quelque part, il faut se laisser porter par les volutes, les épisèmes, et autres formes de ponctuation mélodiques. Revenons au droit. Aligner les mots du droit étranger, quand bien même correctement traduits, ne sert rien. Ce sont des caractères d'imprimerie sur feuille blanche ou fond d'écran. Il faut, pour rendre vie et actualité à la *common law*, les lire et les interpréter correctement. Les méthodes d'interprétation de la *common law*, qu'il s'agisse des *statutory rules of construction*, ou qu'il s'agisse – plus simplement – d'une lecture d'un contrat ou d'un acte unilatéral, n'ont rien à voir avec ce les méthodes pratiquées en Belgique ou en France. Il faut passer beaucoup de temps avec les étudiants sur cette seule question car elle accompagne, forcément la traduction et détermine à terme l'échec ou la fécondité de compréhension de la *common law*, l'échec ou la fécondité de la plongée dans le droit étranger.

Parer l'épithète «exceptionnel» à la *common law* ne procède pas d'une volonté d'imposer une image supérieure ou supériorisante de cette famille juridique. Non. Le mot «exceptionnel» s'entend d'une démarche infiniment plus simple. Chaque système juridique doit, justement, s'offrir au comparatiste de manière unique, et par voie de conséquent «exceptionnel». L'analyse «différentielle des jurisprudences», oblige à reconnaître la singularité de nos systèmes juridiques et la tentative vaine d'y débusquer – en permanence – des éléments de convergence³¹. En somme, la constitution du champ du savoir du comparatiste se nourrit de la différenciation, de l'altérité, de l'exceptionnel (un «exceptionnalisme qui – à l'évidence – n'est pas ontologique, mais qui relève de la pensée herméneutique du comparatiste).

Nous touchons à la question des sources du droit. Toute comparaison implique une démarche initiale de correspondance au texte juridique écrit. A lui seul, cependant, le texte est insuffisant pour traduire et renseigner sur l'état exact du droit concerné. Il s'agit d'élargir le champ d'observation pour que rien ne soit perdu de la réalité juridique. Le dépassement indispensable de la loi ressort du reste avec pas-

³¹ Cf. Pierre LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des jurisprudences », *R.I.D.C.*, 1999, p. 1053-1073.

sion dans l'exhortation d'Étienne Picard sur l'état du droit comparé en France, dénonçant le discours juridique romano-juridique « centré sur le texte, pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'État, de la puissance publique, elles-mêmes fortement théorisées sur la base de certains dogmes politiques ou idéologiques...³² ».

B. Quête d'identité

La question de l'identité a-t-elle un sens dans ces débats ? Pour difficile que ce soit d'appréhender l'identité, la réponse est sans doute *oui*. Du reste, derrière le titre de cette contribution – « La place du droit comparé dans la construction des droits européens » – se niche la question de l'identité.

Certains systèmes juridiques voient la comparaison comme une menace à leur identité. Ce n'est pas le cas, à ma connaissance de l'Europe, mais si l'on s'en tient aux États-Unis, il faut bien reconnaître une « insularité » et même sa défiance envers l'étranger³³. La comparaison dans ces conditions reçoit une part congrue dans la mentalité juridique américaine. Là où la tendance actuelle mène de nombreuses juridictions suprêmes à porter un regard vers leurs « juridictions sœurs » (jusqu'à tisser de véritables réseaux pour en arriver à « l'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes constitutionnelles », pour reprendre une expression de Paul Martens), le contentieux de la Cour suprême – en matière de droits de l'homme et en matière de fédéralisme – se distingue par une introversion remarquable. Si cette singularité se manifeste de manière numériquement rare,

³² Cf. Étienne PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, 1999.885, p. 900.

³³ Si le propos présent se concentre sur ce qui se passe au sommet de la hiérarchie judiciaire américaine, la Cour suprême des États-Unis n'a évidemment pas l'apanage de l'insularité : les propos du juge Richard A. Posner de la cour d'appel fédérale du 7^e circuit sont emblématiques à cet égard : « To cite foreign law as authority is to flirt with the discredited... idea of a universal natural law; or to suppose fantastically that the world's judges constitute a single, elite community of wisdom and conscience », in « No Thanks, We Already Have Our Own Laws », *Legal Affairs*, July/August 2004, at p. 42.

elle n'en est pas moins réelle, elle en veut pour preuve l'arrêt Antonin Scalia y écarte avec force. Pour lui, la seigneurie du peuple américain des « mœurs des étrangers ». Cette préoccupation de ces foreign Dangerous dicta, however, reign moods, fads, or fashions le même juge stigmatise nationale dont les notions de jugement) de notre peuple³⁶. L'identité américaine est :

Précisons, pour être complet, que la culture ne se compose pas uniquement de ce que Breyer estime que « l'intellectuel », rien de ce qui est local. Quant à Ruth Bader Ginsburg, « dialogue » et du « comparatisme ».

³⁴ Basil Markesinis de souligner : « The opponents of foreign law (though, arguably not elsewhere) have used to the effect of « National Self-Sufficiency American Courts Towards Foreign Law », 329, at 311 (2006).

³⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 125 S.Ct. 2297, 161 L.Ed.2d 257 (2003). Jurisprudence *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 103 S.Ct. 2187, 62 L.Ed.2d 989 (1986), anticonstitutionnelle une loi interdisant les relations homosexuelles consentantes du même sexe. C'est dans cet arrêt au regard de la protection des droits de l'homme.

³⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 621, 122 S.Ct. 2088, 153 L.Ed.2d 235 (2002). The practices of the 'world' are not always those of our people.

³⁷ Stephen BREYER, *Pour un droit comparé*, p. 154.

³⁸ Ruth BADER GINSBURG, « The Value of Comparative Law », *bridge Law Journal* (2005),

elle n'en est pas moins remarquable par sa violence du propos³⁴. On en veut pour preuve l'arrêt *Lawrence v. Texas*, rendu en 2003. Le juge Antonin Scalia y écarte toute considération de décisions étrangères avec force. Pour lui, la seule comparaison reviendrait à imposer sur le peuple américain des « mouvements d'humeur, des lubies ou des modes étrangers ». Cette pratique serait dangereuse (« The Court's discussion of these foreign views [...] is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since 'this Court... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans' »)³⁵. Dans l'arrêt *Atkins*, le même juge stigmatise « les pratiques de la communauté internationale dont les notions de justice ne sont pas toujours celles (heureusement) de notre peuple³⁶ ». L'adverbe – *heureusement* – est du juge. L'identité américaine est au cœur du débat.

Précisons, pour être complet, que la Cour suprême des États-Unis ne se compose pas uniquement de thuriféraires enragés. Stephen Breyer estime que « l'interprétation ayant pour objet de clarifier le sens, rien de ce qui est logiquement pertinent ne saurait être exclu³⁷ ». Quant à Ruth Bader Ginsburg, elle se fait le chantre du « *comparative dialogue* » et du « *comparative side glance*³⁸ ». Justice Kennedy, quant

³⁴ Basil Markesinis de souligner la force de ce rejet de la règle de droit étrangère : « The opponents of foreign law have also had an impact in the United States (though, arguably not elsewhere) because of the strong and emotive use of language they have used to express their opposition to it », in Basil MARKESINIS, « National Self-Sufficiency or Intellectual Arrogance? The Current Attitude of American Courts Towards Foreign Law », 65 *Cambridge Law Journal*, p. 301-329, at 311 (2006).

³⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). L'arrêt opérait un revirement de la jurisprudence *Bowers v. Hardwick* de 1986. Ce faisant, l'arrêt *Lawrence* déclarait anticonstitutionnelle une loi de l'état du Texas interdisant le sexe entre deux personnes consentantes du même sexe. Justice Kennedy éclairait les problèmes traités dans cet arrêt au regard du droit anglais et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

³⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, at 347-8 (per Scalia, J.) : « Equally irrelevant are the practices of the 'world community', whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people... ».

³⁷ Stephen BREYER, *Pour une démocratie active* (Paris, éd. Odile Jacob, 2007), p. 154.

³⁸ Ruth BADER GINSBURG, « 'A Decent Respect to the Opinions of [Human] kind' : The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », 64 *Cambridge Law Journal* (2005), p. 575-592, p. 578.

à lui, se fonde sur une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg dans l'arrêt déjà cité, *Lawrence v. Texas*, de 2003. Enfin, l'arrêt *Roper v. Simmons*, de 2004, sur la peine de mort, a largement ouvert les vannes d'un vaste débat parmi les constitutionnalistes américains sur l'utilisation du droit étranger^{39 40}.

Mais revenons à l'Europe. La situation au Royaume-Uni, pour des raisons variées, mérite que l'on s'y attarde deux minutes. Il y existe un réel intérêt pour la comparaison qui découle sans doute du passé colonial de cet État, du phénomène nébuleux de mondialisation ainsi que de la démultiplication des sources d'information, elle-même conséquence du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. La traduction devient dès lors possible. Tandis qu'elle est longtemps restée indifférente aux développements juridiques hors Royaume-Uni, la *House of Lords* rend aujourd'hui de nombreux arrêts qui dénotent par leur examen attentif de systèmes juridiques étrangers pour déduire des solutions positives à des problèmes, que ce soit en droit privé ou en droit public. Il n'est que de songer à l'arrêt *Fairchild* de juin 2002 qui brosse un tableau comparatif d'envergure des problèmes de causalité conjointe dans les actions en responsabilité délictuelle, et qui, passant par-là, traduit nombre de concepts inconnus ou peu maîtrisés du juriste anglais⁴¹. Les analyses comparatistes y dépassent le stade de l'ornemental. Du reste, au terme de son analyse, Lord Bingham finit par donner la préférence au droit étranger sur le droit anglais lorsque le premier lui paraît plus « acceptable⁴² ». En venir à cette appréciation, dans un État supposé

³⁹ *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

⁴⁰ Avec enthousiasme, un auteur de remarquer que les « arrêts *Lawrence* et *Atkins* sonnent enfin le glas des nationalistes » (« *Lawrence and Atkins may signal that the nationalists' heyday has finally passed* ») : cf. Harold HONGJU KOH, « International Law as Part of Our Law », 98 *American Journal of International Law*, 43, 56 (2004).

⁴¹ *Fairchild v. Glenhaven* [2002] 1 A.C. 32.

⁴² Pour Lord Bingham : « If [...] a decision is given in this country which offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the de-

fermé aux influences perspectives⁴³. Loin de glais s'ouvre plus spor Non sans humour, Jonathan Binnie, *Principle of Our Lady the C is a world elsewhere*⁴⁴ affaire – comparative, terminer la possibilité effet rétroactif (« *prosp* à elle, est naturellement tence sur les juridiction son autorité (en nombre peine capitale, en four groupe d'une trentaine *Privy Council*, où juges complexe où l'anglais L'affaire provenait de l Code civil mauritien, s nous connaissons en Fr

cision in question. In a sh ity of outcome whatever (*Fairchild v. Glenhaven F*

⁴³ La Chambre des Lords juridiques européens et d d'avril 2003 : voir *Bellin* (voir en particulier l'opini

⁴⁴ Cf. Jonathan MORGAN, « haven Funeral Services » (

⁴⁵ *In re Spectrum Plus Ltd* (Lords, dans le speech de L du *prospective overruling* États-Unis (pratique tombe Si la démarche comparati *House of Lords*, elle se re *Appeal* ou de la *High Cou* *rex v. Greatorrex* [2000] 1 « Foreign Laws Inspiring [2002] *Cambridge Law Jo*

⁴⁶ *Pratt v. Attorney General* [2002] 2 A.C. 235 ; *Charle*

la jurisprudence de la
strasbourg dans l'arrêt
l'arrêt *Roper v. Sim-*
ent ouvert les vannes
stes américains sur

yaume-Uni, pour des
minutes. Il y existe un
doute du passé colo-
ndialisation ainsi que
n, elle-même consé-
gies de l'information
s lors possible. Tan-
développements juri-
rend aujourd'hui de
attentif de systèmes
positives à des pro-
blic. Il n'est que de
un tableau compara-
nte dans les actions
t, traduit nombre de
lais⁴¹. Les analyses
. Du reste, au terme
préférence au droit
er lui paraît plus
ns un État supposé

êts *Lawrence et Atkins*
Atkins may signal that
LONGJU KOH, « Interna-
International Law, 43,

country which offends
ional sources suggests
en in most other juris-
ious review of the de-

fermé aux influences étrangères, suppose bien des changements de perspectives⁴³. Loin de se réfugier dans ses *chambers*, le juriste anglais s'ouvre plus spontanément aujourd'hui aux systèmes étrangers. Non sans humour, Jonathan Morgan note, « [...] the most devoted disciple of Our Lady the Common Law would be rash to deny that 'there is a world elsewhere'⁴⁴ ». De même, la *House of Lords* est tout à son affaire – comparative, et traductive – lorsqu'il s'agit pour elle de déterminer la possibilité d'opérer un revirement de jurisprudence sans effet rétroactif (« *prospective overruling* »)⁴⁵. La *Privy Council*, quant à elle, est naturellement encline à la comparaison du fait de sa compétence sur les juridictions du Commonwealth qui reconnaissent encore son autorité (en nombre décroissant). Trois arrêts, qui traitent de la peine capitale, en fournissent la preuve⁴⁶. Il y a deux ans, avec un groupe d'une trentaine d'étudiants, nous assistions à un procès au *Privy Council*, où juges et avocats se dépataugeaient dans une affaire complexe où l'anglais et le français se mélangeaient allégrement. L'affaire provenait de l'île Maurice et les dispositions françaises du Code civil mauritien, sur les sûretés, reprennent, *verbatim*, ce que nous connaissons en France et en Belgique. Nos étudiants avaient de

cision in question. In a shrinking world [...] there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome » (*Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*, at 66, para. 32).

⁴³ La Chambre des Lords poursuit son remarquable tour d'horizon des systèmes juridiques européens et du Commonwealth dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger* d'avril 2003 : voir *Bellinger v. Bellinger* [2003] UKHL 21; [2003] 2 WLR 1174 (voir en particulier l'opinion de Lord Hope of Craighead).

⁴⁴ Cf. Jonathan MORGAN, « Lost Causes in the House of Lords : *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* » (2003) MLR 277, 283.

⁴⁵ *In re Spectrum Plus Ltd (HL)* [2005] UKHL 41 ; [2005] 3 WLR 58. La *House of Lords*, dans le speech de Lord Nicholls of Birkenhead, de s'attarder sur la pratique du *prospective overruling* en Inde (uniquement pour le droit constitutionnel) aux États-Unis (pratique tombée en désuétude), en Irlande, et au Canada (para. 18-22). Si la démarche comparative est évidemment plus présente dans les arrêts de la *House of Lords*, elle se retrouve aussi dans de nombreuses décisions de *Court of Appeal* ou de la *High Court of Justice*. Pour preuve de cette dernière, cf. *Greatorex v. Greatorex* [2000] 1 W.L.R. 1976, et le commentaire de Basil Markesinis, « Foreign Laws Inspiring National Law. Lessons From *Greatorex v. Greatorex* » [2002] *Cambridge Law Journal* 61(2), p. 386-404.

⁴⁶ *Pratt v. Attorney General for Jamaica* [1994] 2 A.C. 1 ; *Reyes v. The Queen* [2002] 2 A.C. 235 ; *Charles Matthews v. The State* [2002] A.C. 433.

quoi jongler entre les deux langues (ce qui n'était pas, forcément, pour simplifier notre tâche...).

Et puis, il y a l'eupéanisation du droit anglais. L'auteur de ces lignes a abordé cette question il y a quelques années à l'occasion d'une étude sur l'importation en droit anglais de la « bonne foi » par le biais de la directive du Conseil du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁴⁷. Le sujet est vaste. Notons seulement que l'article 3 de cette directive n'indique pas la manière d'apprécier la bonne foi. Le préambule, en revanche, se réfère à ce qu'on peut appeler un test dans son seizième paragraphe⁴⁸. Il est utile de comparer l'appréciation de la bonne foi telle qu'elle ressort du préambule de la directive avec les termes du *Unfair Contract Terms Act* adopté au Royaume-Uni en 1977. La formulation de la directive européenne reprend, quasi-verbatim, les termes du *Unfair Contract Terms Act* de 1977. Hugh Beale considère que l'emprunt est direct⁴⁹. On peut dès lors conclure qu'il s'agit ici d'un domaine de fertilisation juridique croisée. Les Anglais font un apport significatif à la directive qui ensuite leur est applicable. Dans ces conditions, soutenir comme le fait Gunther Teubner que : « [l]a clause de bonne foi demeurera une exception exotique dans le paysage britannique » ne paraît pas entièrement fondé⁵⁰. N'est-ce pas ignorer le recours dans la construction communautaire aux normes déduites de la comparaison des droits des États membres ? Mais j'aborde ici des sujets qui seront sans doute développés dans quelques instants. Revenons à la quête d'identité.

⁴⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE*, n° L 95/29 du 21 avril 1993.

⁴⁸ Sur l'interprétation à accorder au préambule d'une directive, cf. CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, *Rec.* 1990, p. I - 4135 (cf. en particulier le point n° 12 de l'arrêt, p. I - 4160).

⁴⁹ Cf. H. BEALE, « Legislative Control of Fairness : the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, p. 231-261, p. 245.

⁵⁰ Cf. G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », 61 *Modern Law Review* (January 1998), p. 27 (traduction personnelle). Le passage en langue originale se lit : « The good faith clause will remain an exotic exception in the British landscape ».

Dans un charmant « européenne par rapport dérisoires⁵¹. Il définit coffee-house map and idea of Europe », p. 17) arises from the capacity 18-19), ou bien encore signs, is to leaf through éléments ensemble est (« The genius of European holiness of the minute cial diversity, of a pro tance, twenty kilometer effet, l'Europe est infir ses situations sont d'un mer que l'Europe n'ex Peut-on dans ces condit

Et le droit dans tout truction des droits euro rencontres, de contacts d'une approche rigoure forcer les choses. Faut- lumen, en deux volumes tout être prudent et con une lecture inculturée. F cette lecture inculturée. grand que « [t]oute con qui confrontons des lan ratistes – volontaires ou être des perdants⁵³ ? Si Mirabeau n'a aucune cc

⁵¹ Cf. George STEINER, *The*

⁵² Cf. Jacques ATTALI, *Euro*

⁵³ Cf. Pierre LEGRAND, « Su Comp., 1999, p. 1053-107

était pas, forcément, pour
 anglais. L'auteur de ces li-
 mnées à l'occasion d'une
 « bonne foi » par le biais
 les clauses abusives dans
 7. Le sujet est vaste. No-
 ve n'indique pas la ma-
 en revanche, se réfère à
 me paragraphe⁴⁸. Il est
 i telle qu'elle ressort du
Unfair Contract Terms
 nulation de la directive
 es du *Unfair Contract*
 l'emprunt est direct⁴⁹.
 lomaine de fertilisation
 gnificatif à la directive
 ns, soutenir comme le
 ne foi demeurera une
 » ne paraît pas entiè-
 dans la construction
 araison des droits des
 ui seront sans doute
 quête d'identité.

nant les clauses abusives
 E, n° L 95/29 du 21 avril

ive, cf. CJCE, 13 novem-
al de Alimentación, aff.
 int n° 12 de l'arrêt, p. I -

ctive on Unfair Terms in
act Law, op. cit., p. 231-

Law or How Unifying
Review (January 1998),
 nale se lit : « The good
 andscape ».

Dans un charmant opuscule, George Steiner appréhende l'identité européenne par rapport à une série d'éléments a priori anodins, voire dérisoires⁵¹. Il définit l'Europe par rapport à des cafés (« Draw the coffee-house map and you have one of the essential markers of the idea of Europe », p. 17), des promenades (« The cartography of Europe arises from the capacities, the perceived horizons of human feet, p. 18-19), ou bien encore des plaques de rues (« To read their street-signs, is to leaf through a present past », p. 22). Le fil qui tient ces éléments ensemble est la diversité, trait caractéristique de l'Europe (« The genius of Europe is what William Blake would have called 'the holiness of the minute particular'. It is that of linguistic, cultural, social diversity, of a prodigal mosaic which often makes a trivial distance, twenty kilometers apart, a division between worlds », p. 32). En effet, l'Europe est infiniment multiple. Ses ambitions, ses cultures et ses situations sont d'une variété telle que d'aucuns vont jusqu'à affirmer que l'Europe n'existe pas⁵². Il existe en revanche des Europes. Peut-on dans ces conditions saisir le (ou les) identité(s) de l'Europe ?

Et le droit dans tout ça... ? La place du droit comparé dans la construction des droits européens... ? Il est également fait de diversité, de rencontres, de contacts, d'ouverture, d'une approche « bottom-up », d'une approche rigoureuse, réfléchie, patiente... Point n'est besoin de forcer les choses. Faut-il suivre une méthode comparative en un volume, en deux volumes, en trois volumes ? Qu'importe. Il faut avant tout être prudent et conscient de la diversité, de ses richesses... Certes, une lecture inculturée. Reste le problème de savoir jusqu'où aller dans cette lecture inculturée. Faut-il se résigner à constater avec Pierre Legendre que « [t]oute comparaison est un chiliogone »... Nous tous qui qui confrontons des langues différentes tous les jours, nous les comparatistes – volontaires ou involontaires – devons-nous nous résoudre à être des perdants⁵³ ? Si on reconnaît volontiers que « [l]'eau du pont Mirabeau n'a aucune commune mesure avec celle de l'Arno du Ponte

⁵¹ Cf. George STEINER, *The Idea of Europe*, Tilburg, The Nexus Institute, 2004.

⁵² Cf. Jacques ATTALI, *Europe(s)*, Paris, Fayard, 1994, p. 10.

⁵³ Cf. Pierre LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1999, p. 1053-1071, p. 1060, n° 21.

Vecchio⁵⁴ », sommes-nous pour autant condamnés à nous satisfaire de cette seule différence ? Gommer l'analogie au profit de la reconnaissance de la seule différence revient à gommer la « qualité différentielle ». C'est ériger des barrières, sur le pont Arno et ailleurs. Seul subsiste un amoncellement de règles disparates, comme autant de pierres éparpillées dans une vaste carrière. Le fractionnement des références aboutit, pour reprendre Dominique Quessada, à une révocation de toute forme d'altérité, à une *altéricide*⁵⁵. Plus aucune différence n'est réellement structurante.

Le maître mot est communiquer, être passeur de frontières, être à quelque niveau que l'on puisse se trouver, traducteur, à sa façon, à sa mesure, à son rythme. Faire fi de son ego. Dur labeur pour les juristes que nous sommes. Le comparatiste est souvent perdu. Rien de dramatique à cela. Parfois, cette errance, cette « *wandererfantaisie* », est même excitante. On l'a tous ressenti un jour ou l'autre. Voyager dans un pays étranger où on ne comprend rien procure des satisfactions quasi infantiles. On cherche à deviner ce que les uns et les autres se disent. Acheter une carte postale devient une aventure, trouver la gare un exploit. La comparaison n'exige rien de moins que le goût de l'aventure.

⁵⁴ Cf. J. GARELLI, *L'entrée en démesure*, Paris, José Corti, 1995, p. 63 [cité dans P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *op. cit.*, p. 1071].

⁵⁵ Cf. Dominique QUESSADA, *Court traité d'altéricide*, Paris, Gallimard (coll. « Verticles/Phase deux »), 2007.

La transposition et le transfert

L'exemple de la directive à la loi

Michel van de K

Introduction

Dans le cadre de cette recherche sur les pouvoirs, traductions et transferts de sens et de pouvoirs européens, il nous a paru intéressant de nous pencher sur le mécanisme des directives communautaires – troisième pilier – afin d'en saisir les transferts de sens et de pouvoirs.

Tout en évoquant les transferts de sens et de pouvoirs, nous a paru intéressant de nous pencher sur la représentativité, celle de la directive 2002 relative à la lutte contre la corruption.

Après avoir analysé le transfert de sens et de pouvoirs dans l'œuvre de la transposition des directives de pouvoirs qu'elle transfère aux États membres, qu'au sein

* Recteur honoraire des Facultés de droit.

** Professeur à l'Université libérale de Louvain, membre du European Law Academic Network.

PUBLICATIONS DES FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

125

Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre

Hommage au Recteur Michel van de Kerchove

*Séminaire organisé par le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques
et l'Institut d'études européennes des Facultés universitaires Saint-Louis*

*Ouvrage publié avec le concours du
Fonds pour la recherche fondamentale collective (FRFC)*

Sous la direction de

**Antoine Bailleux, Yves Cartuyvels,
Hugues Dumont et François Ost**

BRUXELLES

FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS
BOULEVARD DU JARDIN BOTANIQUE 43
2009