

## Plan d'action de la Commission

### **Projet proposé par L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée.**

**English Summary:** This proposal made jointly by the Association Henri Capitant and the Société de législation comparée (hereafter *the Associations*) is an answer to the Action Plan of the European Commission on a European Contract Law. It shows how the research of the *Associations* fits into the preparation of the Common Frame of reference and what it could bring as far as concepts are concerned. The *Associations* might work with the Conseil supérieur du notariat as the latter, not only able to give a practical view, is also actually concerned with the evolution of the law of contract.

The Action Plan emphasises the need of a uniform application of Community Law, as one of the problems encountered is that terms used within the Directives are often either not defined or too broadly defined; it would then be useful to have a CFR "establishing common principles and terminology in the area of European contract law (...), important step towards the improvement of the Contract law *acquis*". As pointed out by the Study Group's Proposal (point 8) there may need to be more overt discussion of the philosophy underlying the concepts and rules put forward, to re-assure the Commission that the approach taken is consistent with its general policy.

It is in this field that the *Associations* should bring their experience and knowledge, having both worked on concepts not only with European partners but as well with partners all over the world. It is a requirement however, for the *Associations* to collaborate to the "Network of Networks", that the reflection undertaken is taken into account when finally proposing some rules or Principles within the CFR.

The *Associations* would work both on contractual concepts and on contractual rules.

The first considerations would be given to contractual concepts such as:

- **Contract** itself, how is an agreement achieved, the role of parties' intentions, subjective or objective, the role of the intention of one of the parties regarding the enforceability of his/her engagement, the possibility to avoid or rescind a contract by notice, together with the boundaries with what is seen as other sources of obligations (Tort, Quasi-contract...), and with the scope of contract (what about the selling of human organs and so on)...
- **Good faith**, as it is well known that, where this concept is used by many Countries, it is not used in the same way;
- **Abuse of right**, compared with the requirement of reasonableness and the use which can be done of such notions;
- **Fault**: is there a need of a fault to have an action in contractual liability; should it be distinguished from the breach of contract; should we distinguish between the so-called "obligations de moyen, obligations de résultat"?...
- **Damages**: what amounts to damages? Where to draw the distinction between damages and loss? which damages should be recovered?
- **Contractual liability**: should we speak of contractual liability? Should the damages recovered for breach of contract be considered as damages to compensate a loss? What are the distinctions between liability in contract and liability in tort? What about "action directe"? Should a contractual breach be considered as a fault in the meaning of Tort – a breach of the duty of care?
- **Invalidity**: what would here be considered is the ways to comprehend such different notions as void, avoidance, elapse (?), rescission, and so on;

The second considerations would concentrate on contractual rules such as:

- **The binding force of the contract** and the grounds to such a binding force regarding both the parties to the contract and the Courts. Regards should be given to such theories as the so-called "autonomie de la volonté" - i.e. the intention to be bound – or to reliance and estoppel, legitimate expectations (and the influence of those concepts on the right of withdrawal) as well as to economic analysis, especially regarding remedies in case of breach of contract (role of mitigation and so on), concept of "force majeure", frustration, impossibility, change of circumstances. What is the role of courts regarding this binding force: when and how can they intervene? Can they adapt the contract?...
- **The privity of contract and opposability of the contract to third parties**: the way this question arises is very different from one Country to the other and is linked to the roots of the contract. Can a contract transfer rights or duties to third parties, why and how?

## **1) Préambule**

Après une première consultation relative au droit européen des contrats, la Commission européenne a adopté, le 12 février 2003, une nouvelle communication intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action », dans lequel, pour l'essentiel, sont répertoriées les entraves à la conclusion de transactions transfrontalières qui perdurent dans les Etats membres de l'Union Européenne, et sont suggérées diverses mesures destinées, sinon à les supprimer, du-moins à les tempérer.

Ainsi, la Commission se prononce en faveur de la création d'un cadre commun de référence qui établirait « des principes et une terminologie communs dans le domaine du droit européen des contrats », qui constituerait « une étape importante sur la voie de l'amélioration de l'acquis dans ( ce ) domaine » et qui assurerait « une plus grande cohérence de l'acquis actuel et futur dans le domaine du droit européen des contrats ».

Dans cette perspective, la Commission a lancé un appel d'offres et prévoit de constituer, à l'échelon européen, un réseau des réseaux, dont l'objet consistera à mettre en commun et à poursuivre le travail des différents groupes de recherches qui oeuvrent déjà dans cette direction.

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée entendent s'impliquer dans ce processus et s'intégrer dans cette structure, pour autant que **la réflexion** qu'elles se proposent de mener de concert soit véritablement prise en compte dans la réalisation du projet global, et que la place et les moyens qui leur seront accordés dans le réseau envisagé soient compatibles avec les missions que leur assignent leurs statuts respectifs.

Elles envisagent en outre travailler étroitement avec le Conseil Supérieur du Notariat. Car le notariat, qui, chargé du service public de l'authenticité, a pour mission de rédiger les actes et d'assurer la sécurité des transactions, est directement concerné par une réflexion sur le droit des contrats.

## **2) Objet de la réflexion**

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée envisagent de développer une réflexion sur les concepts fondamentaux et les règles essentielles du droit des contrats, en vue « d'obtenir, dans toute la mesure du possible, un acquis cohérent dans le domaine du droit européen des contrats sur la base de règles de base et d'une terminologie commune ». Au fond, il s'agirait d'établir, en

matière contractuelle, une terminologie et des principes communs dans les législations des Etats membres de l'Union Européenne.

### **3) Méthode de réflexion**

Pour mettre en oeuvre cette réflexion, l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée proposent, dans un premier temps, de recenser les divers concepts et principes qui charpentent les droits contractuels contemporains des Etats membres, et de comparer les diverses solutions auxquelles donnent lieu leur mise en oeuvre. Après avoir mis en lumière les différences qui existent sur ces points, elles suggèrent de rechercher, dans un second temps, les fondements moraux, philosophiques, économiques et politiques qui les justifient.

Dans cette double perspective, l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation comparée entendent activer leurs propres groupes et réseaux, non seulement dans les Etats membres de l'Union Européenne, mais encore au-delà des frontières de celle-ci. Elles sont, en effet, particulièrement bien armées, chacune à sa manière, pour obtenir toutes les informations et analyses utiles pour la mise en oeuvre de ce projet.

**L'Association Henri Capitant** centre, depuis près de 70 ans, sa réflexion sur la culture juridique, non pas seulement française, mais plus largement latine: sur ce qui en forme l'essence et lui donne sa valeur. La réforme de ses statuts votée en l'an 2000 a consacré cet élargissement de sa réflexion.

Elle a, au fil de ses colloques, internationaux et nationaux, développé une recherche comparative sur des notions clefs du droit des contrats: - Journées italiennes ( 1961 -1962 ) : " Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques " ; - Journées françaises ( 1970 ) : " Le rôle du juge en présence des problèmes économiques " ; - Journées turques ( 1971 ) : " Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels " ; - Journées canadiennes ( 1973 ) : " La protection des consommateurs " ; - Journées louisianaises ( 1992 ) : " La bonne foi " ; - Journée de Lille ( 1996 ) : " Le renouvellement des sources du droit des obligations " ; - Journée de Nantes ( 1999 ) : " La relativité du contrat " ; - Journée de Toulouse ( 2000 ) : " Le contrat électronique ".

Elle assure, en outre, la publication d'un Vocabulaire juridique où se trouve défini l'ensemble des termes juridiques du droit français, comme du droit européen, soit plus de 10000 mots. De ce Vocabulaire, les nombreuses rééditions ( 9 ) et la traduction en langue espagnole attestent la qualité.

Elle compte plus de 40 groupes en Europe, en Amérique, en Afrique et en Asie. Elle compte sur la diversité et la richesse de ce réseau pour alimenter la réflexion sur le droit contractuel contemporain, comme pour mettre à l'épreuve les conclusions qui pourraient être proposées.

**La Société de Législation Comparée** a pour but l'étude et la comparaison des droits et des lois des différents pays, ainsi que la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation.

Elle coopère étroitement avec le Centre français de droit comparé et participe à la publication de la Revue Internationale de Droit Comparé.

Elle a également, entre autres missions, celle d'agir en tant qu'organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif auprès des organisations européennes ou internationales.

Elle édite de nombreux ouvrages consacrés au droit privé comparé et européen. D'ores et déjà, certaines de ses publications témoignent de l'intérêt qu'elle manifeste depuis des années pour cette matière et attestent de son expertise dans ce domaine spécifique: - " L'entreprise et le droit comparé " ( 1995 ); - " Le droit comparé, aujourd'hui et demain " ( 1996 ); - " L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire " ( 2000 ). Par ailleurs, la Société s'intéresse, également, à travers ses publications, au mouvement d'harmonisation ou d'unification du droit, en général, et du droit des contrats, en particulier: - " Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires " ( 2001 ); " Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit " ( 2003 ). Dans le même ordre d'idées, elle va prochainement publier les Principes du droit européen du contrat, assortis de commentaires.

La Société compte plusieurs centaines de membres en France ainsi qu'à l'étranger ( Algérie, Allemagne, Argentine, Croatie, Etats Unis, Grande - Bretagne, Grèce, Hongrie, Italie, Liban, Pérou, Québec, Roumanie, Suède, Vénézuéla, *etc...*).

Son Président actuel est Monsieur Guy Canivet, Premier Président de la Cour de cassation.

**Le Conseil Supérieur du Notariat** a engagé, au sein de son Institut d'études juridiques, une réflexion sur le droit des contrats, spécialement sur le terrain de la protection du consommateur, de la preuve et de l'immobilier. Il a développé cette réflexion dans le cadre de ses Congrès annuels dont l'audience dépasse les frontières de la France et même de l'Europe: - Congrès de Grenoble ( 1992 ) : " Le notaire, le contrat et l'Europe " ; - Congrès de Lyon ( 1998 ) : " Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique " ; - Congrès de Deauville ( 2003 ) : " La vente d'immeubles ".

En outre, il dispose d'atouts très précieux pour mener une recherche au niveau international, notamment au travers de l'Union internationale du Notariat Latin, dont il est une composante majeure.

#### **4) Axes de la réflexion**

##### **a) Les concepts contractuels**

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée proposent d'étudier les définitions et de réfléchir sur les significations des concepts suivants: contrat, bonne foi, abus, faute, dommage, responsabilité contractuelle et invalidité.

##### **a-1) Contrat**

C'est, d'abord, sur sa définition même que l'analyse comparative mérite d'être menée. La qualification de contrat repose-t-elle nécessairement sur un binôme constitué par un accord de volontés et la création d'obligations? L'intervention du juge lors de la formation du lien contractuel est-elle exclusive d'une telle qualification ou peut-on, sans impropriété de langage, parler de "contrat" judiciaire? Dans la famille des actes juridiques, le contrat doit-il être nécessairement, outre que par simple souci de présentation, distingué de l'acte collectif ou l'un et l'autre ne constituent-ils pas des "choses fongibles"? Plus encore, la distinction souvent présentée comme irréductible, entre le contrat, d'une part, et les autres sources d'obligations que sont le délit, le quasi-délit et le quasi-contrat, d'autre part, ne mérite-t-elle pas, si tant est qu'elle existe dans les divers systèmes juridiques étudiés, d'être repensée, tant il apparaît que, pour des raisons de politique juridique, elle vole parfois en éclats?

C'est ensuite, le rôle de la volonté dans le phénomène contractuel, et tout au long du processus qui mène de la création à l'expiration du contrat, qui devra être minutieusement observé. En particulier, il conviendra d'apprécier la portée attribuée dans les divers systèmes juridiques à la volonté unilatérale et de chercher dans quelle mesure et pour quelles raisons, alors que dans un premier mouvement on peut légitimement considérer que le bilatéralisme est consubstantiel au contrat, elle se voit conférer le pouvoir, soit de déterminer la matière du contrat, soit de provoquer sa transmission, soit de sceller le lien contractuel, entr'autres. Cette confrontation entre la volonté unilatérale, d'une part, et la volonté contractuelle (détermination du prix, par exemple) ou le pouvoir judiciaire (résolution et nullité unilatérale), d'autre part, promet d'être riche d'enseignements en vue de l'identification du concept de contrat et de la mise en oeuvre d'une définition commune.

C'est enfin sur le domaine même du contrat que l'attention doit se porter. En clair, existe-t-il, ici et là, des matières dont on considère qu'elles sont rétives à l'emprise du phénomène contractuel ( produits du corps humain, état des personnes, clientèles civiles, promesses électorales, *etc...*) et, si oui, pourquoi?

#### **a-2) La bonne foi**

Notion-cadre, standard juridique, la bonne foi fait l'objet de traitements extrêmement diversifiés dans les droits contractuels des Etats membres. Erigée parfois au rang de clause générale, elle est quelquefois l'objet de vives controverses quant au principe même de son admission ou de la portée qui doit lui être accordée, quand elle n'est pas purement et simplement ignorée. C'est précisément l'occasion de s'interroger sur le sens qu'il convient de donner à ce concept souple, dont beaucoup dénoncent l'excessive fluidité et l'insécurité qu'il emporte, et la portée qu'on pourrait lui reconnaître. Doit-on l'entendre comme une simple exigence d'honnêteté dans les rapports contractuels, comme un devoir de loyauté qui impliquerait de la part des contractants, sincérité, transparence et confidentialité, ou faut-il l'appréhender comme imposant aux contractant un véritable devoir de coopération, supposant tolérance, cohérence, altruisme et solidarité?

#### **a-3) L'abus**

Que ce soit au stade, de la négociation du contrat, de la licéité de son contenu obligationnel ou de l'exercice des pouvoirs contractuels, le concept d'abus présente un impressionnant potentiel. Non seulement, il est mis en oeuvre pour tempérer la liberté contractuelle dans la détermination des droits et obligations respectifs des contractants, mais encore il est exploité pour canaliser l'exercice des pouvoirs unilatéraux qui sont susceptibles de se déployer tant au stade de la formation du contrat, qu'à ceux de sa détermination ou de son anéantissement. Les éléments communs du concept d'abus devront être identifiés et, dans cette perspective, des comparaisons avec des notions voisines ( raisonnable ) seront nécessaires.

#### **a-4) La faute**

C'est, en premier lieu, la qualification de la faute en matière contractuelle qui devra être étudiée. Se confond-elle avec la notion d'inexécution? Suppose-t-elle toujours que soient réunies des conditions d'illicéité et d'imputabilité?

En second lieu, il faudra s'interroger sur l'intensité de la faute. La distinction, parfois adoptée entre obligation de moyens et de résultat, a-t-elle simplement

une vertu pédagogique et doit-elle être abandonnée en raison de son approximation scientifique?

Les variétés de faute devront, en troisième lieu, être explorées. Est-il opportun de distinguer ou, au contraire, de fondre en un seul et même concept, l'inexécution totale, l'inexécution partielle, l'exécution défectueuse et l'exécution tardive? Convient-il de retenir une graduation des fautes dans un cadre commun de référence: faute simple, faute lourde, faute inexcusable, faute dolosive?

#### **a-5) le dommage**

Sur le concept de dommage, il importe, d'abord, de s'attacher à le définir: lésion d'un intérêt patrimonial ou extra-patrimonial. Il faut, ensuite, éprouver la distinction proposée et retenue entre les concepts de dommage et de préjudice, et dans cette veine, se demander s'il s'agit d'un concept subjectif, auquel cas, un dommage ne pourrait être réparé que si la victime en perçoit les effets, ou objectif, auquel cas son indemnisation suppose simplement qu'il puisse être constaté par un tiers.

Quant à la réparation du dommage, on devra, d'une part, s'arrêter sur la question de la liste des dommages dont les différents Etats membres admettent l'indemnisation ( dommage moral, dommage par ricochet, handicap, dommage illicite en raison de l'indignité de la victime, *etc...*) et rechercher les justifications qui fondent l'exclusion ou l'admission de telle ou telle catégorie de dommages. D'autre part, il conviendra de réfléchir sur les caractères que le dommage doit présenter pour être réparé; on songe aux limites qui tiennent parfois au lien direct de cause à effet avec le fait générateur ( l'inexécution ) ou à sa prévisibilité.

#### **a-6) la responsabilité contractuelle**

L'existence même de ce concept mérite, dans un premier temps, une attention particulière. Est-il concevable, à propos des dommages-intérêts que réclame un créancier déçu, de parler de responsabilité contractuelle alors que l'obligation de réparation, que le débiteur "fautif" devra payer, procède du contrat, est canalisée par le contrat et s'épuise dans celui-ci. Le débat n'a rien d'académique puisque, si on retient l'idée qu'en l'occurrence le terme de responsabilité contractuelle est inapproprié, le créancier qui réclame des dommages-intérêts à son débiteur n'aura pas à apporter la preuve que l'inexécution imputable à celui-ci lui a causé un préjudice; la preuve de l'inexécution constitue alors une condition nécessaire et suffisante pour obtenir le paiement de l'obligation de réparation, qui n'est alors rien d'autre que le prolongement de l'obligation contractuelle préexistante et inexécutée.

Dans un second temps, il sera utile de réfléchir sur les domaines respectifs de la "responsabilité" contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Déjà difficile à tracer en cas de contrat isolé, la frontière est encore plus délicate encore à repérer en cas de groupe de contrats. La faute contractuelle d'un débiteur qui cause un dommage dont un tiers demande réparation constitue-t-elle, *ipso facto*, une faute délictuelle? L'action en garantie du sous-acquéreur contre le fabricant, avec lequel il n'a pas contracté, est-elle de nature contractuelle ou délictuelle? Autant de questions qui méritent incontestablement une recherche comparative approfondie et auxquelles les réponses apportées, ici et là, sont marquées du sceau de la diversité. Cette recherche spécifique se prolongera nécessairement par une réflexion approfondie sur les notions de tiers et de partie à un contrat dont il s'agira de constater et d'apprécier la réalité, la justification et la pertinence de la distinction.

#### **a-7) Invalidité**

Une étude particulière sera menée sur le concept général d'invalidité afin de rechercher une définition ou, pour le moins, des clés de compréhension uniforme de notions pour le moment disparates, telles la nullité, l'inexistence, la caducité, l'opposabilité, la contestabilité ou l'inefficacité.

#### **b) Les règles contractuelles**

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée proposent de faire porter leur réflexion sur les principes de la force obligatoire et de l'opposabilité du contrat aux tiers.

#### **b-1) La force obligatoire du contrat**

L'étude de la force obligatoire sera menée sous deux aspects distincts; entre les parties, en premier lieu, à l'égard du juge, en second lieu.

#### **b-1') ... entre les parties**

A ce stade, la réflexion poursuivra un double objet. D'une part, il s'agira de découvrir les règles concrètes qui procèdent, dans les législations des Etats membres, du principe de la force obligatoire du contrat. Et si l'on identifie ces règles comme étant celles de l'irrévocabilité et de l'intangibilité unilatérales du contrat, il faudra, en rechercher les différentes justifications, ce qui reviendra nécessairement à apprécier la portée reconnue et la valeur attribuée au principe de l'autonomie de la volonté et à la théorie des attentes raisonnables. A cette occasion, il sera notamment opportun de réfléchir sur le droit de rétractation, que l'on retrouve au centre de nombreux textes, et de le comparer à des mécanismes voisins tels le délai de réflexion ou la condition résolutoire.

D'autre part, la question des sanctions de l'inexécution devra faire l'objet d'une attention toute particulière. D'abord, les places respectives de l'exécution en nature et de l'exécution par équivalent seront examinées, ainsi nécessairement que les fondements sur lesquels reposent l'une et l'autre: force obligatoire du contrat, analyse économique du droit,... Ensuite, l'admission et l'efficacité des conventions relatives à la responsabilité et à la réparation seront étudiées. Enfin, la notion et le rôle exonératoire de la force majeure dans les différents systèmes juridiques seront appréhendés et appréciés.

#### **b-1") ... à l'égard du juge**

Evidemment, la réflexion entreprise accordera une large place au rôle que les droits contractuels des Etats membres accordent au juge en matière contractuelle. Qu'elles affirment un principe de non-ingérence du juge dans le contrat ou, au contraire, qu'elles retiennent un rôle beaucoup plus dynamique de l'office du juge dans ce domaine, il importera de comprendre les raisons, ici de cette réserve à l'égard du juge, là de la confiance placée en ce tiers "pas comme les autres". Et cette réflexion devra être menée sur plusieurs plans: d'abord, sur celui de la formation du contrat, c'est-à-dire de la détermination de son contenu; puis, sur celui de sa révision, notamment du rééquilibrage des obligations contractuelles et d'adaptation du contrat en cas de changement de circonstances; enfin, sur celui de son extinction, par exemple, la question de la portée du pouvoir judiciaire en cas de rupture unilatérale et abusive du lien contractuel.

#### **b-2) L'opposabilité du contrat aux tiers**

S'interroger sur la règle de l'opposabilité du contrat aux tiers doit conduire à comprendre comment et pourquoi le contrat produit des effets translatifs et constitutifs de droits ou de situations juridiques à l'égard de personnes qui n'ont pas exprimé leur volonté en vue de sa création. Pourront, dans cette perspective, être appréciées les justifications tenant à l'opposabilité de tout droit subjectif, au principe de la force obligatoire du contrat, au contrat appréhendé comme fait économique et social. On pourra ainsi mieux apprécier le régime de la responsabilité des tiers envers les parties et, inversement, des parties envers les tiers.