

II. Introduction à la méthode comparative utilisée dans le présent ouvrage - Etude de cas*

Table des matières

I.	Le rôle du droit comparé au XXI ^e siècle : Point de départ	3
II.	Cas pratiques	5
	1. Premier scénario : Offre ou invitatio ad offerendum?	5
	2. Deuxième scénario : Lien entre le contrat de vente et le transfert de la propriété de la chose vendue.	5
III.	Résolution des cas selon les différents droits nationaux	5
IV.	L'approche traditionnelle de droit comparé	7
V.	L'approche internationale de droit comparé.....	8
	1. Point de départ : Dissolution des familles de droit.....	8
	2. Regroupement par solutions et changement de perspective	9
	a) Rechercher les solutions fondamentalement différentes et les systématiser	10
	b) Comparer les solutions.....	12
VI.	La valeur ajoutée de l'internationalisation de la méthode comparative.....	12
	1. Objectivité dans l'appréciation des solutions	12
	2. Découvertes à faire	13
	3. Effet d'harmonisation	14
	4. Etablissement d'une « authentique communauté européenne de juristes »	15
VII.	Nouveaux défis pour les comparatistes	15
VIII.	Conclusions.....	19

La contribution qui suit est une introduction à une approche internationale de droit comparé qui peut être utilisée dans le cadre du travail avec les cas pratiques de la deuxième partie de l'ouvrage. Pour le traitement de questions juridiques, la méthode présentée élargit les perspectives et le spectre des solutions possibles. Elle devrait, par ailleurs, ouvrir la voie à une discussion sur les questions de droit entre juristes de différents Etats et faciliter la communication et les échanges entre juristes de formations juridiques différentes. La méthode présentée et enseignée devrait ainsi contribuer à créer une science et une conscience juridique européenne commune traversant les frontières nationales.

Les réflexions montreront, last but not least, qu'au XXI^e siècle le droit comparé ne pourra plus se limiter aux seuls représentants des principales « familles de droit » (à savoir le droit anglo-américain, le droit allemand et le droit français) exposant (et expliquant) ainsi le choix des ordres juridiques inclus dans l'analyse comparative de la deuxième partie de cet ouvrage.

I. Le rôle du droit comparé au XXI^e siècle : Point de départ

Dès l'entrée en vigueur en Europe continentale des grandes codifications du droit civil aux XIX^e et début du XX^e siècles¹, les juristes ont eu recours au droit comparé pour trouver de l'inspiration

* Pour une version précédente de ces réflexions avec une étude de cas différente, voir TH. KADNER GRAZIANO, L'europanisation du droit privé et de la méthode comparative – Etude de cas, SZIER/RSDIE 2004, 233-254 ; pour une version en allemand, voir *idem*, Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode – Fallstudien, ZVglRWiss 2007, 248-271.

¹ C'est-à-dire le Code civil français de 1804, le Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*) de 1811, le Code civil italien (*Codice civile*) de 1865, le Code civil portugais (*Código civil*) de 1867, le Code civil

dans l'interprétation de leurs Codes nationaux respectifs, pour améliorer leurs droits nationaux et pour combler les lacunes de leurs Codes. Le droit comparé était tout d'abord utilisé pour améliorer le droit national. La méthode comparative qui était utilisée à cette fin prenait pour *point de départ* et pour *seul point de référence* le droit national du chercheur².

Depuis la fin du XX^e siècle, dans la science juridique européenne on parle de plus en plus d'une « européanisation » ou, à plus grande échelle, d'une « internationalisation »³ du droit privé et de la méthode comparative. La notion d'européanisation se réfère, dans l'Union européenne, d'une part, à la communautarisation du droit par les institutions de l'Union européenne. L'européanisation du droit privé et du droit comparé fait référence, d'autre part, au but d'établir une *discussion entre juristes à travers l'Europe*, de créer une *science et une conscience juridiques européennes communes* et – à moyen ou long terme – de contribuer à *l'harmonisation douce* (ou *soft-harmonisation*) du droit privé. C'est dans ce deuxième sens que les termes européanisation et internationalisation seront utilisés dans le présent ouvrage.

Afin d'atteindre ces (nouveaux) objectifs, la méthode comparative doit être d'avantage développée et adaptée afin d'atteindre une *méthode comparative internationale* qui laisse l'approche nationale de côté au profit d'une nouvelle perspective internationale du droit comparé⁴.

Pour illustrer ces changements et afin d'introduire à la méthode comparative qui pourra ensuite être utilisée lors du travail sur les cas pratiques de la deuxième partie de cet ouvrage, deux cas de figure (énoncés dans la partie II) vont être traités sous trois angles différents :

- premièrement, en faisant abstraction du droit comparé (III),
- deuxièmement, selon la méthode traditionnelle de droit comparé (IV), et
- troisièmement, selon une approche que l'on peut appeler *l'approche internationale* de droit comparé (V).

espagnol (*Código civil*) de 1889 et, dans une deuxième vague de codification, le Code civil suisse de 1881, le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) de 1896/1900 et le Code civil et le Code des obligations révisés suisses de 1907/1911.

² Voir, par ex., K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. (traduction T. WEIR), Oxford : Clarendon Press, 1998, p. 46.

³ Ou, plus précisément, la « ré-européanisation » ou « ré-internationalisation », voir par exemple R. ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law – The “Europeanization” of Private Law within the European Community and the Re-Emergence of a European Legal Science*, (1994/95) 1 *Columbia Journal of European Law* 63; *idem*, *Ius Commune and the Principles of European Contract Law : Contemporary Renewal of an Old Idea*, in H. L. MacQueen/R. Zimmermann (ed), *European Contract Law : Scots and South African Perspectives*, Edinburgh : Edinburgh University Press, 2006, 1; *idem*, *Roman law, contemporary law, European law : the civilian tradition today*, Oxford : Oxford University Press, 2001; R. DAVID, *The International Unification of Private Law*, *Int. Enc. Comp. L.*, vol. II, Ch. 5, Tübingen, Paris, New-York, 1969, 5-570 ss (p. 209 ss); R. SCHULZE, *European Legal History – A New Field of Research in Germany*, *The Journal of Legal History* 13, 1992, p. 270-295; TH. KOOPMANS, *Towards a New « Ius Commune »*, in B. de Witte/C. Forder (eds), *The common law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer : Kluwer, 1992, p. 43-51.

⁴ K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, p. 46: “comparative law will itself begin to be truly international” (traduction : le droit comparé commencera lui-même à être réellement européen); A. FLESSNER/H. KÖTZ, *European Contract Law*, vol. I, Oxford : Clarendon Press, 1997, p. V.

II. Cas pratiques

1. Premier scénario : Offre ou *invitatio ad offerendum*?

Des ordinateurs d'une qualité et à un prix intéressants sont proposés dans la vitrine d'un magasin. Un client entre et déclare vouloir acheter un ordinateur au prix affiché. Un autre client a vu la publicité pour ces ordinateurs dans un document publicitaire qui donne toutes les informations nécessaires, y compris le prix. Les personnes intéressées contactent le vendeur et déclarent vouloir acheter des ordinateurs. Le vendeur ne veut plus vendre au prix affiché.

Des contrats ont-t-il été conclus ?⁵

La solution du cas dépend de la question de savoir si l'exposition des biens dans la vitrine et l'envoi de publicité ne fait qu'inviter un client potentiel à faire une offre (dans ce cas le vendeur pourrait toujours refuser de conclure un contrat) ou si l'exposition de marchandises et la publicité constituent des offres valables que le client peut tout simplement accepter pour que le contrat soit conclu.

2. Deuxième scénario : Lien entre le contrat de vente et le transfert de la propriété de la chose vendue

Dans le cadre d'un contrat complexe entre entreprises, deux sociétés (ci-après le vendeur et l'acheteur) prévoient, entre autres, la vente d'une machine. Sans qu'elles s'en aperçoivent, le contrat complexe (y inclus la partie portant sur la vente de la machine) est nul. Pour exécuter le « contrat de vente », le vendeur livre la machine à l'acquéreur. Les deux parties, convaincues qu'elles sont liées par un contrat, partent de l'idée que la machine appartient dorénavant à l'acquéreur.

L'acheteur a-t-il acquis la propriété sur la machine ?⁶

III. Résolution des cas selon les différents droits nationaux

Comment le juge résoudrait-il un tel cas s'il se limitait aux règles de droit privé de son propre pays, sans avoir recours au droit comparé ?

1. Premier scénario

Le premier scénario, qui concerne un contrat de tous les jours, est résolu de différentes manières selon le droit qu'on applique parmi les droits des différents Etats européens⁷ :

Le droit *suisse* fait la différence entre l'exposition des marchandises dans la vitrine et la publicité : la première est considérée comme une offre, la seconde n'est que, selon la doctrine dominante, une *invitatio ad offerendum*.

Selon le droit *allemand*, l'exposition de marchandises et la publicité ne sont traditionnellement pas considérées comme des offres selon § 145 BGB, mais plutôt comme *invitationes ad*

⁵ Voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n° 1.

⁶ Voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n° 8.

⁷ Références *infra*, Partie B., Cas d'étude n° 1.

offerendum. La jurisprudence récente a confirmé que tel est aussi le cas pour ce qui est des publicités sur Internet.

La jurisprudence anglaise considère que l'exposition de marchandises dans la vitrine ou dans un magasin et la publicité sont des *invitationes ad offerendum*.

Concernant l'exposition des biens et la publicité, et pour autant que tous les éléments essentiels pour la conclusion du contrat soient présents, la jurisprudence *française* considère qu'il y a une offre qui lie le vendeur et qui peut être acceptée par une partie intéressée. Seulement lorsque l'identité de la partie contractante est importante (en particulier dans des contrats de crédit où la solvabilité est un facteur déterminant), une publicité ou l'exposition de marchandises est considérée comme *invitatio ad offerendum*.

Selon le *droit italien*, l'exposition de marchandises constituerait une offre, au contraire de la publicité. Cependant, certains tribunaux ont considéré que la publicité peut aussi être une véritable offre.

La jurisprudence *néerlandaise* fait la distinction entre la publicité pour des corps certains et celle pour des choses de genre. La première constitue une *invitatio ad offerendum*, alors que la seconde est une offre « dans la limite des stocks disponibles ».

D'après le Code civil *lituanien* et la Loi sur les relations obligationnelles *serbe*, l'exposition de marchandises constitue, en général, une offre, alors que la publicité est considérée, en principe, comme *invitatio ad offerendum*. Selon la loi serbe, si la personne qui fait la publicité refuse de conclure le contrat aux conditions énoncées sans raison valable, elle doit compenser l'autre partie.

Selon le Code civil *russe* et le *Restatement of Laws états-unien*, l'exposition des marchandises dans la vitrine et la publicité adressée au public constituent, en principe, des *invitationes ad offerendum*.

Le droit contractuel de la République Populaire de *Chine* prévoit que la publicité qui contient toutes les informations nécessaires pour la conclusion d'un contrat est une offre valable.

L'examen de plusieurs ordres juridiques montre qu'il y a des solutions différentes pour cette question fondamentale du droit contractuel. Très souvent, les juristes dans leurs Etats respectifs ne sont pas conscients de l'existence de règles juridiques aussi variées. Il n'est pas rare qu'ils considèrent que le droit en vigueur dans leur Etat soit la seule règle raisonnable à suivre.

2. Deuxième scénario

Le deuxième cas de figure qui traite du contrat de vente de deux machines, contrat qui est nul, traite de la question fondamentale du lien entre le contrat de vente et le transfert de la propriété de la chose vendue⁸.

Selon le *droit français, italien et polonais*, mais également, en principe, selon le *droit anglais*, la propriété est transférée par le contrat de vente. Si le contrat est – comme dans notre cas – nul, la propriété n'est pas transférée à l'acheteur et le vendeur demeure le propriétaire des machines.

⁸ Références *infra*, Partie B, Cas d'étude n° 8.

D'autre part, selon les *droits* de propriété *allemand* et *grec*, l'acquisition de la propriété par l'acheteur ne dépend pas de la validité du contrat de vente. Le transfert de propriété est, au contraire, dépendant du fait de savoir si la possession de la chose vendue est transférée à l'acheteur et si les parties se sont mises d'accord que la propriété soit transmise à l'acquéreur (on parle alors de contrat réel, *dinglicher Vertrag*). Dans ces ordres juridiques, l'acquéreur serait, dans notre scénario, devenu le propriétaire des machines.

Selon les *droits suisse, néerlandais* et *espagnol*, les conditions pour le transfert de la propriété sont les mêmes qu'en droit grec et allemand. Cependant, l'accord concernant le transfert de la propriété dépend de la validité du contrat de vente, ce dernier formant la base de l'accord. Au vu du fait que dans notre cas le contrat de vente est nul, il n'y a pas non plus de contrat réel pour que le transfert de la propriété à l'acquéreur ait pu avoir lieu. Le vendeur demeure donc le propriétaire des machines⁹.

Tout comme dans le premier scénario, l'observateur est frappé par la très grande diversité des solutions. Force est de constater, comme dans beaucoup d'autres matières de droit privé, une grande diversité ou, vu sous un autre angle, un important morcellement du droit en vigueur en Europe. Pourtant, si les juristes ne tiennent pas compte des solutions et des expériences faites dans d'autres pays européens, les mêmes situations seront résolues en parallèle, et les ordres juridiques ne vont pas bénéficier des expériences faites dans d'autres ordres juridiques et ne vont pas s'influencer mutuellement. Dans un tel cas, une discussion des problèmes juridiques et une compréhension communes de ces questions ne pourront se développer en Europe.

IV. L'approche traditionnelle de droit comparé

Le droit comparé permet de découvrir différentes solutions pour chaque problème juridique et de profiter des expériences faites dans d'autres ordres juridiques. Le droit comparé est ainsi une source d'inspiration qui élargit l'horizon juridique et ouvre la voie à des nouvelles solutions, parfois plus modernes, parfois aussi « meilleures ». En outre, le droit comparé facilite la compréhension du droit national. En effet, en constatant que pour un problème précis, différentes solutions sont concevables dans l'espace (droit comparé) et dans le temps (histoire du droit), le juriste comprend que telle ou telle réglementation nationale est due moins à des raisons juridiques qu'historiques ou politiques.

Le comparatiste a toujours dû et devra toujours décider quels droits étrangers seront pris en compte pour la comparaison. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine des différents Etats a développé des préférences variées. Les tribunaux anglais s'inspirent des décisions d'autres instances des Etats de la *Common Law*, comme les Etats-Unis, le Canada ou l'Australie. Le Tribunal fédéral suisse, qui adopte souvent une méthode comparative¹⁰, prend en compte, quant à lui, les droits des Etats limitrophes, donc le droit allemand, français, italien ou autrichien. Les principaux critères pour le choix du droit dans un objectif de comparaison semblent être l'accessibilité, la langue ou la proximité culturelle ou géographique.

L'approche de la doctrine, au contraire, se concentre traditionnellement sur les principaux représentants des dites « familles de droit ». Les comparatistes au XX^e siècle ont en effet divisé le

⁹ Ensuite, la question est de savoir si, et si oui à quelles conditions, l'acquéreur peut transférer la propriété à un tiers, c'est-à-dire à des acheteurs subséquents. A ce sujet, voir *infra* Cas d'étude n° 8 et les documents fournis.

¹⁰ Pour de nombreuses références, v. *infra*, A.III.

grand nombre d'ordres juridiques en quelques grands groupes, appelés les « familles de droit »¹¹. En Europe, une distinction est faite entre la famille de droit romain, la famille de droit germanique et la *Common Law*¹². Souvent, la discussion se limite à une comparaison du droit national de l'Etat d'origine du comparatiste aux droits du représentant principal de toute une famille de droit, c'est-à-dire le droit français, allemand, anglais, et parfois le droit d'un Etat scandinave. Il arrive également qu'un deuxième membre de la famille de droit germanique, le droit suisse, soit pris en compte étant donné la grande qualité des codifications et de la jurisprudence suisses. Les dispositions des autres ordres juridiques à l'intérieur d'une même « famille » ont été, pendant longtemps, semblables à celles du « représentant principal » de famille et étaient, pour cette raison, négligées dans la comparaison. Tel était le cas, par exemple, pour les droits italien, espagnol, belge et néerlandais qui, appartenant à la famille de droit français, étaient, dans la comparaison, représentés par ce dernier.

Limiter la comparaison à des ordres juridiques qui représentent une famille de droit fut, pendant longtemps, un moyen efficace pour réduire le nombre de droits nationaux à étudier sans pour autant que cette restriction n'influence le résultat de la recherche.

Dans les scénarios ci-dessus, le législateur ou les tribunaux des Etats où la question n'a pas encore trouvé de solution devraient, selon l'approche traditionnelle de droit comparé, étudier le droit français, allemand et anglais, c'est-à-dire les principaux représentants des familles de droit afin de trouver une source d'inspiration pour la question juridique analysée. En suivant cette approche, l'analyse comparative de la deuxième partie du présent ouvrage aurait pu être limitée aux droits anglais, français et allemand.

Cependant, la méthode traditionnelle de droit comparé néglige les nombreuses différences qui se sont établies, au cours du XX^e siècle, entre les principaux représentants des familles de droits et les membres de ces familles. En outre, le but de la méthode traditionnelle de droit comparé n'est pas de créer une conscience juridique commune des juristes à travers l'Europe. Ses effets harmonisateurs restent minimaux au vu du fait que l'accent est mis sur le droit interne et son amélioration.

V. L'approche internationale de droit comparé

1. Point de départ : Dissolution des familles de droit

Aujourd'hui, les familles de droit se trouvent dans un processus de dissolution. Les codes civils qui ont marqué toute une famille de droit, comme, par exemple le Code civil français, prennent de l'âge et la différence entre, par exemple, le droit français et les autres membres de cette famille

¹¹ Voir par exemple K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, p. 63 ss; IDEM, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 1996, p. 62 ss ; R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2002, n^o 16 ss ; E. ÖRÜCÜ, *A General View of « Legal Families » and of « Mixing Systems »*, in E. Örücü/D. Nelken (eds), *Comparative Law – A Handbook*, Oxford : Hart, 2007, p. 169-185 ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris : LGDJ, 2006, § 1, avec une appréciation critique de la classification par « familles de droit ».

¹² Cependant, selon la doctrine dominante en France, les ordres juridiques des traditions germanique et française appartiennent à la même famille de droit romano-germanique. Voir R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, n. 17, 25 ss, voir en particulier n. 53; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, n. 5 ss.

s'est aujourd'hui considérablement accentuée sur de nombreux points. Tel est le cas pour les droits italien, espagnol, portugais et surtout pour le droit civil des Pays-Bas depuis l'entrée en vigueur de son nouveau Code civil en 1992, le *Burgerlijk Wetboek*. Aujourd'hui, dans de nombreux domaines, les ordres juridiques proposent des solutions différentes à celle du représentant de leur famille, souvent au point où pour certaines questions juridiques il n'est plus relevant de prendre pour modèle le droit du représentant de la famille. Cette évolution rend obsolète le critère « familles de droit » pour des nombreuses questions de droit. Il n'est donc plus possible de limiter la recherche aux quelques « représentants » des anciennes familles de droit.

Les scénarios présentés ci-dessus confirment ces observations : dans les deux cas, la solution donnée par le droit suisse et néerlandais, aussi bien que la solution du droit italien (pour le premier scénario) et le droit espagnol (pour le deuxième scénario) divergent considérablement des solutions données par le représentant traditionnel de leur famille de droit, *i.e.* le droit allemand ou le droit français. De plus, ces solutions s'en écartent considérablement. Ces ordres juridiques ne peuvent ainsi pas être représentés par leur famille de droit et son représentant traditionnel dans les situations de la vie réelle décrites dans nos scénarios ni dans de nombreux autres cas.

Les systèmes juridiques de l'Europe de l'Est ont longtemps appartenu à une famille de droit particulière, la famille de droit socialiste¹³. Celle-ci n'existe plus et plusieurs de ses anciens membres sont récemment devenu membres de l'Union européenne ou souhaitent le devenir prochainement. Ils souhaitent tous être pris en compte dans les débats comparatistes et veulent s'exprimer dans les débats européens. Aucune raison ne justifie de les tenir à l'écart, bien au contraire, puisqu'ils sont en train de se doter de nouvelles lois qui seront les plus récentes – et parfois les plus modernes – en Europe.

2. Regroupement par solutions et changement de perspective

L'approche internationale de droit comparé est basée sur l'idée selon laquelle la solution que chaque ordre juridique apporte à un problème a, en principe, la même valeur que les autres. A ce point de départ s'ajoutent des objectifs nouveaux : celui d'initier une discussion sur les problèmes de droit privé dans un contexte européen voire international et celui d'utiliser le droit comparé dans un objectif d'harmonisation. Dans la mesure où ces objectifs prennent de l'importance, l'ordre juridique d'un seul pays perd sa valeur de point de référence pour la recherche comparative.

Dans une situation dans laquelle la comparaison ne peut pas – ou plus – se limiter aux principaux représentants des familles de droit, il sera nécessaire, en principe, de tenir compte de *tous* les ordres juridiques européens¹⁴. Une telle approche éviterait que seule une *partie* des solutions existantes en droit privé européen soit prise en considération et qu'une autre partie soit écartée des discussions européennes. Le droit comparé doit faire face à ces dangers.

¹³ K. ZWEIGERT/H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, vol. I, 2nd ed., Tübingen : Mohr Siebeck, 1984, p. 332 ss; R. DAVID/C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, voir par exemple la 8^e éd., 1982, p. 155 ss.

¹⁴ C'est en effet l'approche de la Commission européenne lorsqu'elle prépare de la législation harmonisée ou uniforme.

Il faut toutefois souligner que l'on ne trouve pas toujours de réponse à une question juridique précise dans chacun des ordres juridiques européens. Ceci a pour conséquence pratique une réduction importante du nombre des droits nationaux à examiner. Dans le premier scénario par exemple (c'est-à-dire le scénario qui concerne le droit contractuel), plusieurs ordres juridiques n'ont pas encore de loi ou de jurisprudence qui déterminerait si l'exposition des marchandises et la publicité constituent une offre ou une *invitatio ad offerendum*, en laissant donc cette question ouverte au débat.

Cependant, même si le nombre des systèmes légaux à analyser est ainsi réduit, il reste encore considérable. Compte tenu de la grande diversité du droit en vigueur dans les différents pays, se pose la question de savoir comment travailler avec autant de droits différents.

Une fois les « familles de droit » dissoutes, d'autres critères de regroupement doivent être trouvés. Une possibilité serait de classer les ordres juridiques européens en fonction des *solutions* qu'ils apportent à une question juridique précise.

De nos jours, le grand défi du comparatiste est donc le *regroupement* et la *systématisation* des solutions du droit privé européen. Une telle systématisation ne peut désormais plus partir de la perspective d'un droit national. Le point de départ ne peut plus être formé des différents ordres juridiques et leurs lacunes et défauts, mais du problème juridique en question. Cette systématisation peut être expliquée comme suit.

a) *Rechercher les solutions fondamentalement différentes et les systématiser*

Dans un premier temps, il s'agit d'identifier, parmi les nombreuses solutions des différents ordres juridiques européens, celles qui sont *fondamentalement différentes*. L'expérience a montré qu'il en existe rarement plus que *trois ou quatre*. A ce stade, c'est-à-dire une fois les grandes lignes des différentes solutions dégagées, il est aisé de former de nouveaux groupes et d'y classer les ordres juridiques européens. La grande diversité qui règne à l'heure actuelle dans le droit privé européen est ainsi réduite à trois ou quatre solutions, ce qui permet d'acquérir, pour chaque question juridique précise, une vue d'ensemble du droit privé en Europe ou ailleurs.

Les scénarios ci-dessus en sont une bonne illustration.

aa) Dans le premier scénario qui traite de questions contractuelles, les différentes solutions existant en Europe peuvent être regroupées en trois groupes¹⁵.

Le premier groupe est formé des ordres juridiques qui refusent, en principe, de qualifier d'offre une proposition faite au public. Ces systèmes admettent que ni la publicité, ni l'exposition de marchandises dans la vitrine ne constituent des offres, mais plutôt des *invitationes ad offerendum*¹⁶.

¹⁵ Voir aussi *infra*, Partie B, Cas 1, XIII. Récapitulation, 1. Tableau des solutions dans les différents ordres juridiques, 2. Systématisation des solutions.

¹⁶ Les droits allemand, anglais et russe appartiennent à ce groupe. Hors de l'Europe, le droit des Etats-Unis en fait également partie. Pour les références, voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n° 1.

Selon le deuxième groupe d'ordres juridiques, à la différence du premier, la publicité et l'exposition des marchandises constituent une offre¹⁷.

Les ordres juridiques appartenant au troisième groupe font des distinctions : certains distinguent entre l'exposition des marchandises et la publicité¹⁸, parfois avec une variante selon laquelle une personne qui envoie une publicité et qui refuse ensuite sans raison juridiquement valable de contracter doit compensation à l'autre partie¹⁹ ; d'autres ordres juridiques distinguent les corps certains des choses de genre. De plus, en ce qui concerne les publicités, l'offre est souvent limitée à la condition du stock disponible²⁰.

bb) Le deuxième scénario traite du lien entre contrat de vente et transfert de la propriété. Se pose alors la question fondamentale des conditions pour l'acquisition de la propriété lorsque le contrat de base (le contrat de vente) est nul.

Dans ce deuxième scénario, tout comme dans le premier, il est possible de faire la distinction entre trois solutions.

Selon les droits nationaux appartenant au premier groupe²¹, le transfert de la propriété vient de l'échange des promesses, à savoir le contrat de vente, et ne requiert pas de contrat réel ou de publicité (principes du consentement et de la causalité).

Selon le deuxième groupe d'ordres juridiques²², le transfert de propriété dépend de savoir si l'acquéreur a obtenu la possession de la chose et si le vendeur et l'acquéreur se sont mis d'accord sur le transfert de la propriété (contrat réel). Si le contrat de vente est nul, le contrat réel lui aussi est nul, ceci invalidant l'acquisition de la propriété par l'acquéreur (principes de la séparation et de la causalité).

Les ordres juridiques du troisième groupe²³ connaissent les mêmes conditions que le deuxième groupe, à savoir que le transfert de la propriété dépend de savoir si l'acquéreur a obtenu la possession de la chose et si le propriétaire et l'acquéreur se sont mis d'accord sur le transfert de la propriété. Cependant, le transfert de propriété est complètement indépendant de la validité de l'échange des promesses, donc du contrat de vente (principes de séparation et d'abstraction). Dans ce troisième groupe, l'acheteur de notre scénario deviendrait donc propriétaire des machines.

Les différences entre les ordres juridiques ont des conséquences importantes sur la question de savoir si, et à quelles conditions, l'acquéreur des machines peut ensuite transférer la propriété des machines à des tiers, et si ces acheteurs subséquents peuvent devenir propriétaires des machines²⁴.

¹⁷ C'est la solution du droit français. Hors de l'Europe, cette solution est envisagée par le droit contractuel de la République Populaire de Chine pour les cas dans lesquels la publicité contient tous les éléments nécessaires pour la conclusion d'un contrat. Pour les références, voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n ° 1.

¹⁸ C'est le cas en droit suisse, néerlandais et italien, de même qu'en droit serbe.

¹⁹ C'est le cas en droit serbe.

²⁰ C'est l'approche du droit néerlandais.

²¹ Ce groupe inclut la France, l'Italie, la Pologne et, en principe, le droit anglais. Pour les références, voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n ° 8.

²² Les droits suisse, néerlandais et espagnol appartiennent à ce groupe.

²³ Pour les biens meubles, le droit allemand et le droit grec appartiennent à ce groupe. Pour ce qui est de la propriété réelle, le droit grec prévoit, au contraire, le principe du consensualisme.

²⁴ Voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n ° 8 et les documents fournis.

b) Comparer les solutions

Une fois les ordres juridiques réarrangés selon les solutions qu'ils prévoient pour une question de droit précise, il convient de pondérer leurs avantages et inconvénients respectifs. Au lieu d'avoir une multitude d'ordres juridiques à comparer, on a affaire à un nombre restreint de solutions.

Comme nous pouvons le voir dans les scénarios ci-dessus et de bien d'autres cas de figure, la composition des groupes varie selon le problème étudié. Les scénarios montrent aussi que les familles de droit traditionnelles ne donnent plus de critère utile pour la systématisation du droit.

Dans le premier scénario, par exemple, le premier groupe inclut un ordre juridique appartenant à la famille de droit germanique (*i.e.* le droit allemand), mais aussi la *Common Law* anglaise et le droit russe. Le troisième groupe inclut des anciens membres de la famille de droit latin (*i.e.* le droit italien et le droit néerlandais), de l'ancienne famille de droit socialiste (de droit serbe) et un représentant de la famille de droit germanique (le droit suisse).

Dans le deuxième scénario, les droits français, italien, polonais et anglais sont dans le premier groupe. Le deuxième groupe comprend les droits suisse, néerlandais et espagnol. Les droits allemand et grec forment le troisième groupe. Ici non plus la composition des groupes ne correspond pas aux familles de droit traditionnelles. Ainsi, dans l'état actuel de développement du droit privé en Europe, on pourrait parler de « groupes variables ». Pour de nombreuses questions juridiques, les « groupes fixes », comme c'était le cas des familles de droit, n'existent désormais plus.

En procédant aux regroupements, l'idéal serait que le comparatiste oublie quel est son ordre juridique d'origine, ceci afin de pouvoir mener ses recherches avec le moins de préjugés possible. L'expérience montre que plus le juriste est familiarisé avec les droits étrangers par le biais de l'étude comparative du droit ou par des études ou une pratique du droit à l'étranger, plus il fait preuve de cette objectivité.

VI. La valeur ajoutée de l'internationalisation de la méthode comparative

Une telle recherche comparative, malgré l'investissement en temps de travail et en concentration qu'elle demande, vaut la peine d'être effectuée pour, en tout cas, *quatre raisons*.

1. Objectivité dans l'appréciation des solutions

Tout d'abord, en adoptant une perspective internationale comme point de départ, cette recherche conduira à une évaluation plus objective des solutions qu'un exercice qui adopte une perspective nationale. La méthode exposée favorise une approche plus critique des arguments avancés pour justifier les solutions des différents ordres juridiques nationaux. Nos deux scénarios illustrent ceci :

Dans le premier scénario concernant le droit contractuel, un des arguments avancés par les ordres juridiques du premier groupe est que le fait de considérer l'exposition des marchandises dans les vitrines ou les magasins comme des offres causerait trop de problèmes pratiques. C'est principalement pour cette raison que l'exposition de marchandises ainsi que la publicité sont considérées comme des *invitationes ad offerendum*, et non des offres.

Les ordres juridiques constituant le deuxième et le troisième groupes démontrent que ces inquiétudes concernant l'exposition de marchandises dans les vitrines ne sont pas justifiées. De plus, le droit français montre que, dans un but de protection des personnes auxquelles la publicité s'adresse, la publicité peut facilement être considérée comme une offre si elle contient toutes les informations nécessaires pour la conclusion du contrat.

Dans notre deuxième scénario (concernant le droit de la propriété), il est à craindre que la solution avancée par les membres du premier groupe (droit français, italien, polonais et, en théorie, le droit anglais) mette en danger la sécurité juridique puisqu'elle permet l'acquisition de la propriété sans aucun acte de publicité ; elle pourrait, par conséquent, entrer en conflit avec les intérêts de tiers. La solution avancée par le troisième groupe (c'est-à-dire le principe d'abstraction des droits allemand et grec) est non seulement très compliquée mais également superflue étant donné que des règles sur l'acquisition de bonne foi protègent déjà des acquéreurs subséquents lorsqu'ils méritent la protection²⁵. Comme cela découle du matériel fourni dans le Cas d'étude n° 8²⁶, le principe d'abstraction, en vigueur dans le troisième groupe, protège des acquéreurs subséquents même s'ils ne méritent pas une telle protection (à savoir que l'acheteur subséquent acquiert la propriété même s'il sait que le contrat de base entre le vendeur et le premier acquéreur est nul).

2. Découvertes à faire

Par ailleurs, la méthode internationale en droit comparé réserve de vraies découvertes.

Dans le premier scénario, nous pouvons remarquer que la solution du « tout ou rien » selon laquelle l'exposition et la publicité sont, soit des offres, soit des *invitationes ad offerendum*, n'est en vigueur que dans les ordres juridiques qui représentaient les familles de droit traditionnelles, donc en Allemagne, en Angleterre et en France. La solution italienne et celle de nombreux petits Etats, comme la Suisse, les Pays-Bas, la Lituanie et la Serbie, qui sont plus modernes, distinguent soit entre l'exposition de marchandises et la publicité, soit en fonction du produit (ce qui est le cas en droit néerlandais qui fait la distinction entre les choses de genre et les corps certains).

Les ordres juridiques des plus petits Etats, qui ont pendant longtemps été éclipsés par leurs plus grands voisins, peuvent également constituer un exemple pour l'avenir. En effet, les « Principes du droit européen du contrat » de la Commission pour le droit européen du contrat ainsi que le projet de Cadre commun de référence ne suivent aucune des solutions traditionnelles connues des représentants principaux des anciennes familles de droit, mais ont choisi une solution qui correspond à celles que l'on trouve dans les Etats de petite ou moyenne taille²⁷.

Dans le deuxième scénario sur le droit de la propriété, c'est une fois de plus les ordres juridiques des Etats de petite ou moyenne taille qui donnent une base de développement pour l'avenir. Le droit suisse et néerlandais demandent tous deux un acte de publicité pour le transfert de la propriété. Ainsi, ils protègent mieux les intérêts des tiers et garantissent une meilleure sécurité juridique que les ordres juridiques du premier groupe, qui se contentent de requérir l'accord des parties (droits français, italien, polonais et anglais). En comparaison avec les droits

²⁵ C'est pourquoi le Tribunal fédéral Suisse a abandonné cette approche dans une décision célèbre de 1929, BG/TF 29.11.1929 (*Grimm c. Masse en faillite Näf-Ackermann*), BGE/ATF 55 II 302.

²⁶ *Infra*, Partie B de l'ouvrage, Cas d'étude n° 8.

²⁷ Pour les références, voir *infra*, Partie B, Cas d'étude n° 1.

allemand et grec (donc les représentants du troisième groupe), les droits suisse et néerlandais ont l'avantage de la simplicité. De plus, les droits suisse et néerlandais ne protègent le tiers acquéreur (dans notre cas des acheteurs subséquents) que lorsqu'il agit de bonne foi et ainsi mérite cette protection²⁸.

C'est pour cette raison que, dans la deuxième partie de l'ouvrage, une attention particulière sera accordée non seulement aux ordres juridiques qui ont traditionnellement été au centre de l'intérêt des comparatistes, mais aussi aux autres ordres juridiques des Etats de petite et de moyenne taille qui connaissent des solutions intéressantes, inspirantes et souvent pertinentes.

3. Effet d'harmonisation

L'approche suggérée produit un effet important d'harmonisation du droit privé européen.

Les constatations découlant de l'observation du plus grand nombre possible d'ordres juridiques européens conduisent parfois à la découverte de *principes communs* qui existent à travers l'Europe. Dans les domaines dans lesquels les ordres juridiques ont des approches différentes, cette méthode permet au juriste de mettre en évidence plusieurs, voire même toutes les solutions possibles au même problème et l'invite à peser le pour et le contre de toutes ces solutions.

Les critères, solutions, ou principes identifiés grâce à cet effort comparatif pourraient, par exemple, être introduits dans une *loi uniforme* à un niveau international. Ceci est actuellement envisagé, dans le cas du droit contractuel, par le Parlement européen ainsi que par la Commission européenne²⁹. Une autre illustration actuelle est donnée par les Etats membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)³⁰.

La solution pourrait être également utilisée dans des codes nationaux, ce qui a déjà été expérimenté au cours de ces dernières années en droit contractuel principalement en Europe de l'Est et en dehors de l'Europe, par exemple en Chine³¹.

Dans les pays dont les codes laissent une marge d'interprétation aux juges (c'est-à-dire pour la grande majorité des questions controversées de droit privé dans presque tous les ordres juridiques européens), les critères, principes et solutions identifiés pourraient être adoptés par la

²⁸ Ici, l'analyse doit être brève. Pour plus de détails, voir les références *infra*, Partie B, Cas d'étude n° 8, chapitre XII.

²⁹ Voir *infra*, Cas d'étude n° 10.

³⁰ Le projet d'harmonisation du droit des contrats des Etats membres de l'OHADA est en grande partie basé sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Comparez les contributions in Unif. L. Rev. 2008-1/2 : The Harmonisation of Contract Law Within OHADA. V. en particulier : MARCEL FONTAINE, L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble, Unif. L. Rev. 2008, 203; PIERRE MAYER, The Harmonisation of Contract Law Within OHADA – General report, Unif. L. Rev. 2008, 393 (400 ss).

³¹ Le droit contractuel de la République populaire de Chine de 1999 est principalement basé sur les Principes d'UNIDROIT, voir par exemple C. S. HSU, Contract Law of the People's Republic of China, 16 (2007) Minn. J. Int'l L. 115; DANHAN HUANG, The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernization of Contract Law in the People's Republic of China, Unif. L. Rev. 2003, p. 107-117; J. H. MATHESON, Convergence, Culture and Contract Law in China, 15 (2006) Minn. J. Int'l. L. 329; JING XI, The Impact of the UNIDROIT Principles on Chinese Legislation, in E. Cashin Ritaine/E. Lein (eds), The UNIDROIT Principles 2004, Zürich : Schulthess, 2007, p. 107 ss ; SHAOHUI ZHANG, L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations, Unif. L. Rev. 2008, 153.

jurisprudence sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi³². Ceci aurait pour effet une « harmonisation douce » du droit privé européen, laissant subsister la diversité des droits nationaux, source de richesse et d'inspiration³³. Certains Etats pourraient, en effet, servir de laboratoires, comme ceci a déjà pu être observé en droit privé aux Etats Unis³⁴. Pour des nombreux domaines de droit privé, l'« harmonisation douce » paraît, à un niveau européen, au moins pour le moment, être une solution préférable à une unification à caractère obligatoire du droit.

Aussi longtemps que l'horizon des juristes s'arrête aux frontières de leur Etat, les ordres juridiques voisins sont ignorés et, de ce fait, il n'y a pas de discussion ou de visions communes. Dans ce cas, la diversité au niveau européen doit être considérée comme une faiblesse. Cependant, une fois que l'approche internationale du droit comparé est adoptée, cette faiblesse devient une force et la diversité devient une qualité.

4. Etablissement d'une « authentique communauté européenne de juristes »

Finalement, un aperçu des solutions utilisées dans autant d'Etats que possible permet de surmonter des préjudices, augmente la compréhension et favorise le dialogue entre juristes de différents ordres juridiques. La méthode internationale du droit comparé permettra ainsi le développement d'une science juridique commune et contribuera à l'établissement d'une « authentique communauté européenne de juristes pouvant aisément dialoguer entre eux »³⁵.

En incluant dans la comparaison les droits des pays de l'Europe centrale et de l'Est, par exemple les droits polonais, hongrois, roumain, lituanien, serbe et russe, ce fond commun d'arguments et de solutions s'étendrait aussi à ces pays qui, jusqu'ici, ont très peu été pris en considération par le droit comparé européen.

VII. Nouveaux défis pour les comparatistes

La méthode comparative exposée implique un travail intense de recherche et d'analyse. Etudier les différents ordres juridiques nationaux, examiner leurs approches et leurs solutions, constater leurs convergences et leurs divergences sont et seront les tâches actuelles et futures des universités et des comparatistes.

Ce travail aboutira éventuellement, mais pas obligatoirement, à une solution commune. Chaque chercheur pourra aussi tirer de la recherche comparative ses propres conséquences et solutions. Cependant, une fois que cette approche sera utilisée, un fond d'arguments et d'idées communs aux chercheurs s'établira à travers l'Europe. Ce n'est pas l'uniformité d'un certain

³² Voir par exemple G. CANIVET/M. ANDENAS/D. FAIRGRIEVE (eds), *Comparative Law Before the Courts*, London: BIICL, 2004; E. ÖRÜCÜ, *Comparative Law in Practice : The Courts and the Legislator*, in E. Örücü/D. Nelken (eds), *Comparative Law – A handbook*, Oxford : Hart, 2007, Ch. 18 (p. 411 ss) ; TH. KADNER GRAZIANO, Est-il légitime de comparer ?, *infra*, A.III.

³³ Sur les avantages de la diversité, voir par ex. R. COTTERRELL, Is it so Bad to be Different?, *Comparative Law and the Appreciation of Diversity*, in Örücü/Nelken (eds), *Comparative Law – A handbook*, Ch. 6 (p. 133 ss); voir aussi TH. KADNER GRAZIANO, Does Europe need a contract code, *infra*, Cas 10, IV. 3.

³⁴ Voir M. EISENBERG, Why is American Contract Law so Uniform, in H.-L. Weyers (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1997, 23-43, extraits *infra*, Cas 4, III. 4.

³⁵ C. WITZ, Plaidoyer pour un code européen des contrats, *D. 2000 Chron.*, 79 (81).

nombre de solutions qui mènera à un débat et un savoir juridiques réellement européens. Tout comme en droit privé états-unien, la diversité subsistera encore longtemps dans de nombreux domaines du droit. Au contraire, c'est le fait que les juristes à travers l'Europe entière connaissent les approches et les solutions juridiques en vigueur dans les autres Etats qui conduira à un débat véritablement supranational. La méthode comparative exposée pourra ainsi conduire à l'établissement d'une science et d'une conscience juridiques commune et véritablement européennes³⁶.

Pour arriver à une telle « européanisation » de la discussion juridique, il faudrait mettre en place des ouvrages juridiques européens, c'est-à-dire élaborer des manuels et des traités facilitant l'accès aux solutions en vigueur dans les différents pays européens et permettant de travailler d'une manière efficace avec ce fond commun de solutions.

Plusieurs institutions et groupes se sont formés pour rechercher et présenter des « principes communs » de droit privé européen³⁷. Des ouvrages écrits dans une perspective de droit comparé international paraissent actuellement ainsi que les premiers *casebooks* et manuels qui s'adressent aux étudiants et aux praticiens de l'Europe entière³⁸. Des ouvrages authentiquement européens sont donc en train de naître, offrant un accès efficace à la diversité du droit privé en Europe.

³⁶ Pour un exemple d'utilisation de cette méthode, voir TH. KADNER GRAZIANO, La « perte d'une chance » en droit privé européen : « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine, in Ch. Chappuis/B. Winiger (éd.) : Les causes du dommage, Helbing Lichtenhahn : Genève/Zurich/Bâle 2007, 217-248; IDEM : Loss of a Chance in European Private Law – «All or nothing » or partial liability in cases of uncertain causation, ERPL 2008, 1009-1042.

³⁷ Voir la récapitulation très pertinente de H.-P. MANSEL, in www.ipr.uni-koeln.de/eurprivr/arbeitsgruppen.htm. L'auteur fait une liste des institutions et groupes suivants : UNIDROIT, www.unidroit.org; UNIDROIT a présenté, par ex., les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2^e éd 2004, et les principes d'UNIDROIT de procédure civile transnationale, 2004 ; Commission sur le droit européen du contrat (Commission Lando), www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html; le groupe a présenté les Principes du droit européen du contrat I & II, 1999, et les Principes du droit européen du contrat III, 2002; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (*i.e.* le successeur de la Commission sur le droit européen du contrat), www.sgecc.net/ et ses équipes de travail : The Hamburg Working Team on Credit Securities; The Working Team on Proprietary Securities; The Working Team on E-Commerce; The Salzburg Working Team on Transfer of Movable Property; The Working Team on Rental of Movable Property; The Osnabruck Working Team on Extra-Contractual Obligations; The Dutch Working Team on Sales, Services and Longterm Contracts; The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law (Innsbruck Group) and The Working Team on Trusts; EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, www.egt.org and www.ectil.org, author of the Principles of European Tort Law; INTERNATIONAL WORKING GROUP ON EUROPEAN TRUST LAW, author of the Principles on European Trust Law; ACADEMY OF EUROPEAN PRIVATE LAWYERS (Gandolfi-Group), author of the Code Européen des Contrats - Avant-projet, 2002/ 2004; EUROPEAN RESEARCH GROUP ON EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS-GROUP), www.acquis-group.org, author of the Acquis Principles and co-author of the Draft Common Frame of Reference; THE COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW PROJECT (Trento-Group), www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html; COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, www.law.uu.nl/priv/cefl; WORKING GROUP ON THE APPROXIMATION OF THE CIVIL PROCEDURE LAW (Storme-Group); SOCIETY OF EUROPEAN CONTRACT LAW (SECOLA), www.secola.org/; CEP (Centrum für Europäisches Privatrecht), www.jura.uni-muenster.de/cep; WORKING GROUP ON UNIFORM TERMINOLOGY FOR EUROPEAN PRIVATE LAW, www.dsg.unito.it/ut/; JOINT NETWORK ON EUROPEAN PRIVATE LAW (CoPECL), www.copecl.org/; EUROPÄISCHES JUSTIZIELLES NETZ FÜR ZIVIL- UND HANDELSACHEN, http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_de.htm.

³⁸ F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien : Springer, 2009 ; H. KÖTZ, *European Contract Law*, vol. I (transl. by T. WEIR), Oxford : Clarendon Press, 1997; H. BEALE/H. KÖTZ/A. HARTKAMP/D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford : Hart, 2002; TH. KADNER GRAZIANO, *Europäisches Vertragsrecht*, Basel: Helbing Lichtenhahn 2008; W. VAN GERVEN/J. LEVER/P. LAROCHE, *Cases, Materials and Text on National*,

Toutefois, une telle bibliothèque commune européenne ne sera consultée que par des juristes qui ont été initiés à cette approche lors de leur formation. Seuls ceux habitués à travailler avec d'autres ordres juridiques déjà pendant leurs études seront aptes et suffisamment ouverts pour recourir à cette bibliothèque dans leur travail quotidien et pour prendre en considération les solutions et les tendances du droit privé européen ainsi dégagées. Comme il est difficile de s'imaginer qu'un juge se fonde sur ces ouvrages s'il n'a pas été lui-même initié à cette méthode, c'est au niveau des études qu'il faut créer cette ouverture vers les droits étrangers. Cette optique véritablement européenne devrait donc être incorporée dans les études juridiques pour que le travail comparatif avec différents ordres juridiques européens devienne monnaie courante.

A moyen et à long terme, il serait souhaitable d'utiliser une approche comparative internationale non seulement dans les cours de droit comparé, mais aussi dans l'enseignement du droit privé en général³⁹, à l'instar de l'enseignement du droit privé aux Etats-Unis. Les branches les plus importantes du droit privé, comme le droit contractuel, la responsabilité extracontractuelle, la propriété, le droit de la famille ou le droit des successions n'y sont pas uniformes. Elles ne font pas partie du *Federal law*, mais du *State law*. Chaque Etat de la Fédération a donc son *law of contracts* et son *tort law* – tout comme chaque Etat européen a son propre droit contractuel et ses propres règles de responsabilité civile, de droit de la propriété, de droit de la famille ou des successions. Néanmoins, les universités états-uniennes n'enseignent pas le droit privé du seul Etat où l'Université est située. Au contraire, on y enseigne les principes communs de droit privé, avec l'appui de la jurisprudence de différents Etats. Lors de ce type d'enseignement, les droits de Californie et de New York sont de toute évidence plus utilisés que les droits des plus petits Etats (comme dans le cas européen où l'on prend en compte les droits des grands Etats comme la France, l'Angleterre, l'Allemagne et l'Italie plus souvent que ceux des Etats de plus petite taille). Cependant, aux Etats-Unis, le choix du matériel présenté et utilisé est fait selon le degré de sa force de persuasion et son originalité. L'enseignement en Europe pourrait s'en inspirer.

Aux Etats-Unis, cette méthode de l'enseignement est le résultat d'un travail constant de droit comparé ayant pour objet les droits de tous les Etats de la Fédération⁴⁰. Cette orientation de l'enseignement a des conséquences importantes : elle engendre une discussion des problèmes juridiques et de leurs solutions à un niveau fédéral commun. Cette discussion à l'échelle nationale a elle-même pour effet de créer une conscience juridique commune aux juristes de tous les cinquante Etats – alors qu'en Europe, à défaut d'une discussion quotidienne des problèmes juridiques dans une perspective européenne, une conscience commune aux juristes européens est encore loin d'être réalisée. En outre, cette conscience commune produit aux Etats-Unis un effet d'harmonisation dans l'ensemble des cinquante Etats. Le juriste étranger qui s'attend à une importante fragmentation du droit privé américain est souvent étonné de sa relative uniformité.

Supranational and International Tort Law, Oxford: Hart, 2000; C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford : Oxford University Press, 2006; CH. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 1 and 2, Oxford : Oxford University Press, 1998 and 2000; G. BRÜGGEMEIER, *Common Principles of Tort Law*, London: BIICL 2006; J. BEATSON/E. SCHRAGE, *Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment*, Oxford: Hart 2003; P. SCHLECHTRIEM, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, vol. 1, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000; vol. 2, 2003; I. SCHWENZER/M. MÜLLER-CHEN, *Rechtsvergleichung – Fälle und Materialien*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

³⁹ W. VAN GERVEN, A Common Framework of Reference and Teaching, *European Journal of Legal Education*, vol. 1, Issue 1, 1-15.

⁴⁰ Sur cette question et ce qui suit, voir M. EISENBERG, Why is American Contract Law so Uniform, in H.-L. Weyers (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht*, extraits *infra*, Cas 4, III. 4.

Sur le plan pratique, un tel enseignement signifie qu'il est sans importance de savoir dans quel Etat américain le juriste a fait ses études – alors qu'en Europe, travailler dans un autre pays que celui des études pose encore de grands problèmes aux juristes.

Il est ainsi devenu naturel aux Etats-Unis de prendre en compte le droit en vigueur dans les autres Etats de la Fédération (en tant que source d'inspiration et non en tant que droit en vigueur). Citer des jugements ou la législation d'autres Etats est fait quotidiennement par les juges et avocats états-uniens, bien que les juges ne soient pas liés par les décisions ou le droit en vigueur dans ces autres Etats. En revanche, en Europe, les litiges dans lesquels les juges s'inspirent ouvertement des solutions des pays voisins sont encore relativement rares – malgré certaines tendances à l'ouverture qui se sont développées ces dernières années⁴¹.

En Europe, la comparaison avec les Etats-Unis engendre immédiatement la réaction selon laquelle les barrières linguistiques limitent pour les juristes les possibilités de dépasser les frontières juridiques. En effet, la multiplicité des langues parlées en Europe présente un défi, qui peut cependant trouver son remède dans la traduction. Les auteurs des ouvrages académiques principaux devraient voir leur travaux traduits dans autant de langues européennes que possible afin qu'il puissent être utilisés à une échelle européenne. Afin d'atteindre ce but, un investissement considérable (surtout financier) doit être fait. Un autre remède au problème linguistique serait, pour les juristes européens, d'apprendre l'anglais, le français et l'allemand dans leur cursus scolaire ou universitaire. La maîtrise de ces trois langues leur permettrait d'avoir accès à neuf ordres juridiques européens ainsi qu'au droit des Etats-Unis, plusieurs autres Etats de la *Common Law* ainsi que certains des Etats faisant partie de l'ancienne famille de droit français.

En ce qui concerne les ordres juridiques des Etats de l'Europe Centrale, de l'Est et du Nord, il serait raisonnable d'estimer que c'est aux juristes de ces Etats qu'incombera la responsabilité de fournir à leurs collègues européens des versions anglaises, françaises ou allemandes de leurs codes et lois, leur jurisprudence la plus importante et des développements fondamentaux de leur doctrine.

L'accès aux droits étrangers peut aussi être fourni par des groupes de chercheurs européens. En matière de responsabilité civile, un tel effort est fait par le *European Group on Tort Law* à Vienne, qui compte parmi ses membres des chercheurs venant de tous les Etats européens. Les publications du groupe représentent ainsi les droits de tous les Etats européens. De tels groupes de recherche européens contribuent ainsi substantiellement à la diffusion de la connaissance du droit des pays partenaires⁴². Ce travail devrait être poursuivi et approfondi.

Lorsque l'on propose en Europe un enseignement dans une perspective européenne et ne se focalisant plus sur les solutions d'un seul pays, on devient la cible d'une multitude de critiques : l'enseignement de droit serait déjà très chargé et ne laisserait guère de temps pour prendre encore en considération des solutions ou tendances étrangères ou européennes. Cependant, l'approche comparative exposée n'implique pas nécessairement une augmentation de la matière à enseigner. Actuellement, il est courant d'exposer dans l'enseignement des solutions alternatives proposées par la doctrine. Parallèlement, les solutions en vigueur dans d'autres pays européens pourraient

⁴¹ Voir, pour plus d'information ainsi que pour des références, *infra*, A.III.

⁴² Voir les publications du European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL) : www.ectil.org.

être présentées. Par ce biais, les étudiants apprendraient que les règles en vigueur dans leur pays ne sont qu'une possibilité parmi d'autres pour résoudre un problème juridique concret.

VIII. Conclusions

Les avantages de la méthode exposée sont multiples, que cela soit pour les étudiants ou pour les praticiens du droit. L'approche de droit comparé exposée élargit les perspectives juridiques au-delà les frontières des Etats nationaux, elle complète le spectre des solutions possibles pour des questions de droit, elle ouvre la voie à des discussions sur les questions de droit à l'échelle européenne, elle facilite la communication et les échanges entre juristes avec différents arrière-plans juridiques, et elle contribue à la création d'une science et une conscience juridique véritablement européennes.

Une méthode comparative internationale et une perspective réellement internationale dans le traitement des questions juridiques n'auront une chance en pratique que si une quantité suffisante d'ouvrages, manuels et recueils de cas seront disponibles permettant ainsi un accès facile et efficace aux ordres juridiques étrangers et aux principes communs de droit. C'est l'énorme tâche des comparatistes de développer une telle bibliothèque juridique européenne qui rendra l'accès à la diversité facile pour les praticiens en Europe.

De la même manière qu'il est impensable aux Etats-Unis de ne pas prendre en compte le droit des autres Etats de la Fédération lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes juridiques nouveaux ou de reconsidérer le caractère approprié des solutions en vigueur, il devrait être hors de question en Europe d'ignorer les systèmes juridiques limitrophes lors de la résolution des questions juridiques. La méthode exposée fournit l'outil pour une telle ouverture d'esprit.