

UNIVERSITÉ DE LIMOGES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE DROIT CIVIL EUROPÉEN

Thèse
pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES
présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2006 par
Kiteri GARCIA

Directeur de recherche :

- Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD
professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

Rapporteurs :

- Monsieur Jean-Sylvestre BERGÉ
professeur à l'Université Paris X-Nanterre
- Monsieur Cyril NOURISSAT
professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III

Assesseurs :

- Monsieur Efstathios BANAKAS
professeur à l'Université d'East Anglia, Norwich Law School
- Monsieur Alain BERNARD
professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

À Monsieur Marguénaud :

- ma profonde reconnaissance pour ses conseils avisés et ses analyses rigoureuses
- mon respect sans réserve pour son humanisme vrai

À la fin de sa vie, un homme rêve qu'il chemine sur la plage en compagnie « divine ». Regardant en arrière, il voit des traces sur le sable, la sienne et celle de Dieu, mais à certains endroits, il n'y a qu'une seule empreinte et ces lieux coïncident justement avec les jours les plus difficiles de sa vie, jours d'angoisse, jours de doute, jours de peur.

Alors l'homme interroge : « Tu as dit que tu étais avec moi tous les jours. Pourquoi m'as-tu laissé seul dans les pires moments de ma vie ? »

Et la réponse fut : « J'ai dit que je serai avec toi durant toute la marche. Je ne t'ai pas abandonné : les jours pour lesquels tu ne vois qu'une seule trace sont les jours où je t'ai porté ».

A. de BORROS

Merci à ceux qui m'ont portée

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Règles de citation

Abréviations

Les abréviations suivent pour l'essentiel les normes définies par le Syndicat national de l'édition telles qu'elles sont consignées dans le « code des abréviations » (version 2004 disponible sur le site du Syndicat : <http://www.sne.fr>) en vigueur au sein du Département Droit des éditions techniques (Dalloz, Éditions du Juris-Classeur, Lamy, Editions Législatives, Joly, Francis Lefèbvre, Les Petites Affiches).

Les rares références qui n'apparaissent pas dans cette édition sont citées selon son inspiration.

Règles relatives aux citations récurrentes

La référence d'un arrêt est en principe toujours complète. De manière exceptionnelle, si un arrêt doit être cité plusieurs fois dans un même chapitre, il est renvoyé à la référence complète précédente.

Les références doctrinales font l'objet d'une première citation *in extenso*, les citations suivantes comportant uniquement le nom de l'auteur, et le titre de l'article ou de l'ouvrage.

Il est fait usage d'une terminologie de renvoi générale : *op. cit.*

SOMMAIRE

| | |
|--|------------|
| INTRODUCTION..... | 11 |
| PREMIÈRE PARTIE L'EXISTENCE DU DROIT CIVIL EUROPÉEN..... | 37 |
| TITRE I LES SOURCES EUROPÉENNES DU DROIT CIVIL | 39 |
| Chapitre I L'absence de normes civiles proprement européennes..... | 45 |
| Chapitre II L'élaboration de normes civiles par le droit européen | 133 |
| TITRE II LE SYSTEME DE DROIT CIVIL EUROPEEN | 233 |
| Chapitre I L'absence d'unité du droit civil européen..... | 237 |
| Chapitre II L'édification d'un système de droit civil européen | 313 |
| SECONDE PARTIE L'ESSENCE DU DROIT CIVIL EUROPEEN..... | 371 |
| TITRE I LA FONDAMENTALISATION DU DROIT CIVIL EUROPEEN..... | 375 |
| Chapitre I La dialectique des droits fondamentaux et du droit civil européen | 377 |
| Chapitre II La nature du droit civil européen..... | 423 |
| TITRE II L'INDIVIDUALISME DU DROIT CIVIL EUROPEEN..... | 489 |
| Chapitre I Un individualisme renforcé..... | 491 |
| Chapitre II Un individualisme remanié..... | 537 |

INTRODUCTION

1. L'Europe prête à confusion. L'utilisation du singulier contribue à l'équivoque dans la mesure où il existe deux Europes juridiques qui évoluent distinctement. La similitude nominative – l'Europe – induit en erreur en laissant supposer une unité. D'éminents juristes s'y sont laissés prendre¹. Pourtant, l'Europe créée par le Traité de Rome doit être distinguée de l'Europe mise en place par la Convention de Rome. Les similarités entre l'Europe des droits de l'homme, utopiste, et l'Europe communautaire, mercantile, se sont longtemps résumées à cette coïncidence géographique. Ordre juridique d'intégration² pour l'une, d'harmonisation³ pour l'autre, elles se rapprochent toutefois singulièrement depuis quelques années et leur expansion respective semble être leur point commun. Elles n'ont de cesse, en effet, de s'étendre et de développer leur action, si bien que peu de domaines juridiques sont soustraits aujourd'hui à leur rayonnement : droit constitutionnel, droit des affaires, droit du travail, droit de l'environnement.

¹ Ainsi, il n'est pas rare de lire ou d'entendre des confusions entre le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme. À titre d'exemple, les juges de la Cour européenne, statuant ordinairement à Strasbourg se retrouvent à Luxembourg à la suite d'une confusion avec les juges de la Cour de justice des Communautés européennes, cf. J. FOYER, « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », dans *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Mélanges R. GOY, publications de l'université de Rouen, 1998, p. 333. S. VEIL commet également une erreur lorsque, intervenant lors d'un colloque au Conseil de l'Europe, elle prétend se souvenir de la période où V. GISCARD D'ESTAING était parlementaire « dans cette maison » alors qu'il a siégé au Parlement européen, institution communautaire, cf. *Le Code civil et l'Europe : influences et modernité*, actes du colloque organisé au Palais de l'Europe à Strasbourg, les 21 et 22 octobre 2004, éditions du Conseil de l'Europe, p. 162 ; voir encore dernièrement E. POISSON-DROCOURT, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'interprétation d'un testament », note sous CEDH, 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, Pla et Puncernau c/ Andorre, D. 2005, juris. p. 1832. Le premier mot de la note révèle une confusion entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes. Alors qu'il s'agit du commentaire d'un arrêt de la Cour EDH, il est écrit « la CJCE n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés » ; voir encore V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 87 où l'auteur, après avoir cité les articles 8 et 14 de la Conv EDH, explique qu'ils ne peuvent remettre en cause le statut restrictif de l'enfant adultérin parce que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale visé par ces articles. Toutefois, explique l'auteur, la CJCE a, depuis, condamné ce statut défavorable de l'enfant adultérin. Il est probable que l'auteur fasse ici référence à l'arrêt *Mazurek*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.

² Selon J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE* 1998, p. 28. Voir aussi J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 5^{ème} éd., 2001, p. 705.

³ À n'en pas douter, la Conv EDH et, plus largement le Conseil de l'Europe institue un ordre juridique : l'ordre juridique européen des droits de l'homme. En faveur de l'utilisation de ce terme voir notamment, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE* 1998, *op. cit.*, p. 28 ; J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », dans *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 197 ; A. KISS, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », dans *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 493.

Le droit civil n'échappe pas à la règle, alors même qu'il représente l'un des derniers bastions de la souveraineté des États membres. Pour cette raison, il a longtemps semblé improbable que le droit européen pénètre le domaine civil. Le droit de la famille, les successions, la filiation, ne pouvaient relever que de la compétence du législateur interne. En dépit de la sensibilité exacerbée des États membres sur ces thèmes, l'intrusion de l'Europe dans cette matière semble peu contestable. D'exclusive, la compétence devient conjointe sur des aspects civils de plus en plus nombreux. Par conséquent, le droit européen se présente dorénavant comme une source de droit civil avec laquelle il faut compter, qu'il s'agisse du droit du Conseil de l'Europe⁴ ou du droit communautaire⁵.

2. Pour ce qui relève de l'ordre juridique communautaire⁶, il ne semble pas inutile de préciser qu'à l'heure actuelle, 60 % de la législation nationale est d'origine européenne⁷, plus précisément communautaire. La juridiction chargée d'interpréter ces normes, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), impose peu à peu, grâce à ses arrêts, la supériorité du droit communautaire sur les droits nationaux. L'autorité de l'Europe communautaire ne se trouve plus guère contestée⁸ mise à part lorsqu'elle intervient en droit des personnes et de la famille. Ces domaines, à l'origine hors de portée de la législation communautaire, se retrouvent pourtant de plus en plus visés par le droit de l'Union européenne, dont la mission s'éloigne du seul établissement d'un marché intérieur. Son emprise sur la matière civile s'étend ainsi au-delà du seul droit des contrats⁹. En sus du droit extrapatrimonial de la famille, le droit communautaire s'intéresse également aux questions

⁴ Voir A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, qui consacre l'un des titres de sa thèse à démontrer que la Conv EDH constitue une source du droit civil.

⁵ Sur l'évolution des sources du droit, voir l'étude de F. ZÉNATI qui s'intéresse particulièrement aux droits de la famille romano-germanique, (F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. p. 15).

⁶ Sur la nature d'ordre juridique de l'ordre communautaire, voir G. GORI et F. KAUFF-GAZIN, « L'arrêt *Matthews* : une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire », *Europe* 2000, n° 1, chron. n° 1 ; M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruylant, LGDJ, 2004 ; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *CDE* 2005, n° 1-2, p. 13.

⁷ A.-C. ROBERT, « Au cœur des mécanismes de l'intégration européenne », *Le monde diplomatique* mai 1999, p. 14.

⁸ Et ses normes se révèlent être les outils efficaces d'une construction essentiellement libérale.

⁹ Voir, entre autres, L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », *CCC* 2001, chron. n° 19, p. 4 ; C. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 40 ; N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, à propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, éd. G., I, 100, p. 11.

patrimoniales du droit de la famille. Droit des successions et obligations alimentaires constituent désormais des domaines dans lesquels il s'est immiscé¹⁰.

3. En parallèle de cette Union réputée mercantile se développe l'Europe du Conseil de l'Europe. Elle comprend davantage d'États parties puisque leur nombre atteint aujourd'hui 46 et relève dès l'origine d'une union plus politique qu'économique¹¹. Le Conseil de l'Europe dispose d'un outil essentiel, la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme (Conv EDH). Il est probable que nul n'aurait pu prévoir, lors de son élaboration, l'autorité qu'allait acquérir cet instrument et son interprète, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). À l'instar des deux Europes, les deux juridictions européennes doivent être distinguées. La CJCE est appelée à se fonder sur des normes plus précises et plus concrètes que la Cour EDH, quant à elle compétente en matière de droits de l'homme, dispositions par définition larges et abstraites. La Cour EDH se trouve souvent rapprochée des juridictions constitutionnelles des ordres internes car comme elles, la juridiction strasbourgeoise se fonde sur des normes générales. De plus, il est possible d'analyser le droit produit par la Cour EDH comme un ordre public européen, un standard *a minima*, au même titre que la jurisprudence des cours constitutionnelles nationales.

De façon plus prévisible¹² que le droit communautaire, le droit du Conseil de l'Europe s'est rapidement emparé des questions de droit civil¹³ comme l'état civil¹⁴, le nom¹⁵, la filiation¹⁶

¹⁰ La commission, en mars 2005, a ainsi présenté deux livres verts sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce ainsi que sur les successions et testaments (Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, présenté par la Commission le 14 mars 2005, COM(2005) 82 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005%5F0082fr01.pdf> ; livre vert sur les successions et testaments, présenté par la Commission le 14 mars 2005, COM(2005) 65 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005%5F0065fr01.pdf>).

¹¹ Même si l'Union européenne en arrive presque au même but aujourd'hui.

¹² La Convention est en effet applicable entre particuliers. À propos de l'effet horizontal de la Convention, voir A. DRZEMCZEWSKI, « La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers », *CDE* 1980, p. 3. L'auteur justifie un tel emploi de la Convention en expliquant que le droit privé n'assurait pas une protection suffisante de l'individu à l'égard d'autres « puissances sociales ». Sur ce sujet, voir également D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Faculté de droit de l'Université de Montpellier, Nemesis – Bruylant, 1998, p. 133, *id.*, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

¹³ P. LEMMENS, « Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992, p. 447 ; P. SARGOS, « Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », dans *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La Documentation française, 1988, p. 31.

¹⁴ CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87, B. c/ France, *RUDH* 1992 p. 316 ; D. 1992, chron. p. 324, note C. LOMBOIS C ; D. 1993, juris. p. 104 note J.-P. MARGUÉNAUD.

ou encore les successions¹⁷. En outre, le droit des biens¹⁸ et des contrats¹⁹ n'ont pas été ignorés. L'ensemble de ces questions est abordé à la fois par les textes du Conseil de l'Europe et par les arrêts rendus par la Cour EDH.

4. Le droit européen provoque ainsi une multiplication des sources du droit civil. Au regard de cette quantité croissante de normes civiles européennes, il paraît légitime de se demander si elles ne forment pas un seul droit civil, qui pourrait être assimilé à un droit civil européen. La question peut surprendre tant l'association des termes heurte à première vue. Ces trois mots « *droit civil européen* » sont rarement assemblés et leur combinaison ne se rencontre guère, qu'il s'agisse de la législation, de la jurisprudence ou de la doctrine. Ainsi, c'est une association inédite qui ne garantit toutefois aucunement l'existence réelle d'un droit civil européen. Si ce droit n'existe pas, l'appellation trouve ici sa limite. Si cette hypothèse venait à se vérifier, la simple utilisation du terme « droit civil européen » constituerait une erreur à laquelle il faudrait remédier en employant le terme moins global de « normes civiles européennes »²⁰.

5. L'association des termes choque encore car le *droit civil* semble être l'apanage d'un État et n'appartenir ainsi qu'à un groupe ciblé d'individus. En cela, il ne peut, semble-t-il, être associé à l'Europe. Envisagé classiquement, le droit civil correspond au droit civil français, allemand, italien. Il représente le droit commun d'un pays, sa branche essentielle de droit

¹⁵ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, *D.* 1995, p. 5, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 1995, p. 53, note P. GEORGIN ; *RUDH* 1994, p. 263, note M. LEVINET ; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 31, obs. F. SUDRE.

¹⁶ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, *AFDI* 1980 p. 317, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 473, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 183, note P. ROLLAND.

¹⁷ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 *Mazurek c/ France*, *RTD civ* 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2000, *éd. G.*, 10286, p. 643, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD civ* 2000, p. 311, note J. HAUSER ; *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 293, p. 249, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 2000, n° 41, chronique p. 626, note B. VAREILLE ; voir encore CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *D.* 2005, juris. p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; *RDC* 2005, 3, p. 645, note T. REVET et J. ROCHFELD.

¹⁸ F. MASSIAS, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit de propriété », *Rev. europ. Dr. privé* 1994, p. 47 ; F. SUDRE, « Le droit au respect de ses biens au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, 2003, n° 9, p. 213. Pour un arrêt, voir CEDH 18 juin 2002 requête n° 48939/99, *Oneryildiz c/ Turquie*, *RTDH* 2003, p. 261, note C. LAURENT ; *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1457, n° 23, obs. F. SUDRE.

¹⁹ Voir C. LALAUT, « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, p. 2 ; T. REVET et J. ROCHFELD, « CEDH et interprétation des contrats de droit privé », note sous CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *RDC* 2005, 3, p. 645 ; O. LUCAS, « La convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 111, p. 286.

²⁰ Pour la distinction entre des normes et un droit, voir notamment G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1966, p. 369, n° 240. Voir également J. COMBACAU, « Sur une définition restrictive du droit, dialogue sans issue », dans *Mélanges offerts à G. BURDEAU, Le pouvoir*, LGDJ, 1977, p. 1035.

privé. Pour cette raison, le droit civil ne paraît répondre qu'à une vérité²¹, celle d'un pays, alors que sa longue histoire démontre qu'il recouvre plusieurs réalités, tant géographiques que temporelles. La représentation essentiellement nationaliste du droit civil provient sans doute, pour ce qui est de la vision française, de son lien indéfectible avec le code Napoléon, monument juridique national, empreint de valeurs et de symboles pour l'ensemble du pays²². Ne l'a-t-on pas considéré, à ce titre, comme la Constitution civile de la France²³ ? Il en découle une vision du droit civil marquée par la constance et un soupçon d'immobilisme. Il a d'ailleurs été remarqué que les régimes politiques passent mais que le droit civil lui, au travers du Code, est demeuré inchangé²⁴.

6. L'histoire du droit civil contient un tout autre enseignement. Elle dévoile un droit civil multiple et changeant. D'oral et formaliste à Rome, il se caractérisait déjà dans l'Ancien droit par sa diversité, distinct suivant les régions, en fonction des coutumes qui y étaient attachées. Il a été par la suite un droit confessionnel, c'est-à-dire un droit de l'Église, régissant tout le domaine familial. Longtemps également, il a représenté un droit inégalitaire. Il comportait par exemple des règles telles que le privilège de masculinité dans les successions²⁵. L'unification qui lui a permis d'acquérir sa réputation de droit « stable » n'eut

²¹ D'où là encore l'utilisation traditionnelle du singulier.

²² Il suffit pour s'en convaincre de constater le nombre de colloques et de parutions ayant entouré le bicentenaire du Code civil français dans le courant de l'année 2004. Voir parmi une bibliographie très abondante, *Le Code civil et l'Europe : influences et modernité*, Strasbourg, Palais de l'Europe, 21 et 22 octobre 2004, éditions du Conseil de l'Europe ; Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, éditions Panthéon-Assas ; *Code Napoléon, ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; J. BOUINEAU et J. ROUX, *200 ans de Code civil*, Bruylant, Bruxelles, 2006 ; J.-D. BREDIN, *Code civil des Français, Bicentenaire*, Dalloz, 2004 ; F. TERRÉ, P. CATALA, J. BEGUIN, P. SIMLER et P. MAISTRE DU CHAMBON (dir.) *Le Discours et le Code - Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004. Voir aussi en ce qui concerne les périodiques, « Code civil, les défis d'un nouveau siècle : 100^{ème} Congrès des notaires de France », *LPA* 7 mai 2004, n° 92 ; « Le Code civil », *Pouvoirs* 2003, n° 107 ; « Bicentenaire du Code civil », *D.* avril 2004, n° spécial.

Il existe même un site internet créé par le ministère de la justice <http://www.bicentenaireducodecivil.fr/#>.

²³ « Matériellement, sociologiquement si l'on préfère, il a bien le sens d'une Constitution, car en lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue de se constituer de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans avoir jamais dit les renier » (J. CARBONNIER, « Le Code civil », dans P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, Gallimard, 1986, p. 293. Voir encore le discours de J.-L. DEBRÉ lors de l'inauguration de l'exposition « 200 ans de Code civil, des lois qui nous rassemblent » à l'Assemblée nationale, le 11 mars 2004, <http://www.assemblee-nationale.fr>. Y. GAUDEMET reprend également cette expression comme titre pour l'une de ses contributions (Y. GAUDEMET, « Le Code civil " Constitution civile de la France " » dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 297.

²⁴ D. PERBEN, « Grâce à sa souplesse, le Code civil a été en mesure d'intégrer des influences extérieures au fil de l'histoire. Code d'un pouvoir impérial, il est devenu le code d'une démocratie. Outil d'unification de la société française pour le pouvoir napoléonien, le Code civil est devenu le ciment de cette société. Dix constitutions se sont succédées et le code s'est accommodé de la monarchie, de l'empire comme des Républiques » dans *Le Code civil et l'Europe : influences et modernité*, actes du colloque organisé au Palais de l'Europe à Strasbourg, les 21 et 22 octobre 2004, éditions du Conseil de l'Europe, p. 14.

²⁵ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2002, p. 1149, n° 836.

lieu que dans les trois derniers siècles de l'Ancien régime²⁶. Dès lors, l'unification n'est pas irrémédiablement liée au droit civil et n'en constitue pas un facteur d'existence. Elle se trouve à tort associée à la représentation traditionnelle que l'on se fait de ce droit. Demeuré unifié, il est devenu ensuite libéral, individualiste et passe aujourd'hui, à la différence d'hier, pour un droit égalitaire et solidaire²⁷. Ainsi, il doit être constaté que le droit civil n'est pas un droit figé, ni dans son contenu, ni dans ses caractères.

À l'origine, il constitue le droit qu'un peuple s'est approprié, c'est-à-dire un droit devenu propre à une cité, *civis*, d'où le terme de « civil »²⁸ pour indiquer le droit des citoyens.

En conséquence, que l'on se trouve dans un royaume, un Empire ou un État, il existe à chaque fois un droit civil. Sous l'Empire romain, il y avait autant de droits civils²⁹ qu'il y avait de cités indépendantes bénéficiant d'une autonomie législative. Rien n'impose alors l'utilisation devenue classique du singulier pour parler du droit civil.

7. Cela étant, si le droit civil peut être envisagé comme un droit diversifié, la question de son émergence au niveau européen revient en réalité à s'interroger sur le droit des citoyens européens. Le droit civil européen ne regroupe pas seulement l'ensemble des normes européennes relatives aux droits visant les rapports des personnes privées entre elles au sein de l'espace européen. Il comporte également les normes individuelles qui s'imposent aux États. C'est là qu'apparaît toute la spécificité du droit civil européen. En outre, ce contenu justifie l'expression de droit civil « européen » puisqu'il met en lumière l'aspect supranational de la matière. Seul ce dernier aspect du droit civil légitime son extension aux relations État / individu. Le droit supranational s'adresse en effet avant tout aux États, ce qui modifie le champ d'intervention traditionnel du droit civil.

8. Envisager le droit civil européen dans son ensemble suppose de s'interroger sur son champ d'application : quelles sont précisément ces personnes privées se trouvant au sein de l'espace européen ? Le terme européen est accolé indifféremment aux deux corps de règles que constituent le droit communautaire et le droit du Conseil de l'Europe. Il en résulte

²⁶ *Ibid.*, p. 7, n° 8.

²⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ* 1997, p. 357 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 603 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 441

²⁸ J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2002, p. 355.

²⁹ *Contra* M. VOUIN, « S'il y a deux justices pour l'interpréter, il ne peut y avoir qu'un seul droit civil », cité par R. COMBALDIEU, note sous Cass. Ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, juris. p. 201.

souvent une confusion lors de l'utilisation de l'expression *droit européen*, alors que le champ d'application et les justiciables ne sont pas identiques. La présente étude consacrée au droit civil européen se cantonne géographiquement à l'Europe communautaire. Ainsi, le droit civil européen adopte les mêmes frontières que l'Union européenne. La population visée est celle qui bénéficie cumulativement des règles civiles émanant des institutions communautaires et de celles du Conseil de l'Europe³⁰. Le terme droit européen est donc utilisé ici dans son sens global, comme regroupant les deux ordres européens. Lorsqu'il s'agira plus spécifiquement du droit civil communautaire ou du droit civil du Conseil de l'Europe, il en sera fait mention.

9. La plupart des études se cristallisent en particulier sur l'un ou l'autre des deux droits européens³¹. Le droit européen n'est que rarement abordé dans sa globalité. Cela étant, l'abandon de l'une des perspectives, communautaire ou du Conseil de l'Europe, aurait retiré un intérêt considérable à la recherche. Au surplus, dans le domaine civil, il apparaît superficiel de ne traiter que l'un des deux circuits normatifs. Même différents, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe ont élaboré respectivement des instruments d'harmonisation et de rapprochement des droits privés nationaux³².

10. C'est de ce point de vue doublement européen que résident la nouveauté et l'originalité de l'approche. Il ne s'agit ni de droit civil communautaire ni de droit civil du Conseil de l'Europe mais de droit civil européen. Il en résulte toutefois une difficulté

³⁰ C. MAUBERNARD parle ainsi d'un enrichissement par une « inter-normativité européenne ou si l'on préfère par un "tissu normatif" de droits reconnus à la fois par le droit communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme », RTDH 2005, p. 651.

³¹ De nombreuses études d'ordre général se cantonnent ainsi à l'une ou l'autre des branches du droit européen alors qu'elles auraient fort bien pu s'étendre à l'ensemble du droit européen. Cf. concernant le droit communautaire F. SUDRE, S. QUELLIEN, N. RAMBION et C. SALVIEJO, *Droit communautaire et droits fondamentaux*, Broche, coll. Droit et justice, 2000 ; J.-S. BERGÉ (dir.) et M.-L. NIBOYET, *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2004 ; R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

De même, pour ce qui est du droit du Conseil de l'Europe, voir notamment : M. SINNEAU, *Parité, le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, La documentation française, 2004 ; Publications du Conseil de l'Europe, *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme : les lignes directrices du Conseil de l'Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005 ; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation française, 1999. Il en va de même des articles de doctrine, voir entre autres F. DAVID, « Les femmes, l'armée et le droit communautaire », RTDH 2004, p. 689 ; M. DEJEANT-PONS, « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », RTDH 2004, p. 861. Cela démontre à quel point il est rare d'aborder le droit européen dans son ensemble, c'est-à-dire finalement au travers de sa bipolarité.

³² F. WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé, Vers un Code civil européen ?*, éditions Universitaires de Fribourg, 1998, p. V.

manifeste puisqu'il s'agit non seulement de comprendre la bipolarité européenne³³ mais également de l'aborder sous un angle civil.

11. Les hésitations relatives aux termes - droit civil, droit européen, droit civil européen conduisent à des interrogations. Une autre qualification que celle de droit civil européen est-elle préférable ? Ne vaut-t-il mieux pas employer l'expression droit civil supranational ? Même si le droit civil européen se présente comme un droit civil supranational, cette dernière dénomination se révèle peu précise et ne permet pas de déterminer la sphère d'application géographique de ce nouveau droit. De manière analogue, le droit civil régional n'apporte aucune indication quand au champ d'application territorial. Il pourrait s'agir du droit civil émanant de l'Europe comme de celui d'Alsace-Moselle.

Ainsi, la meilleure qualification semble être celle de droit civil européen, à condition que ce droit existe. En ce sens, l'intitulé du sujet constitue un défi à lui seul. Cette expression n'a été rencontrée qu'une seule fois au sein de la doctrine, par un auteur qui constate « *qu'un droit civil européen est en marche* »³⁴. En dehors de cette exception, le droit civil européen n'est pas abordé, même si quelques auteurs s'en approchent : futur ordre juridique civil européen³⁵, droit privé européen³⁶ ou encore droit civil de l'Union³⁷. Il n'y a qu'un pas à franchir pour assembler le droit civil européen des droits de l'homme et le droit civil de l'Union afin qu'ils forment une nouvelle branche du droit privé européen.

12. De la réunion des deux ordres juridiques européens découle toutefois un vaste champ d'étude que la prudence conduit à limiter. Aborder l'intégralité des questions civiles ne paraît pas concevable. De fait, la recherche se limite au droit civil défini comme « *la partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes (personnalité,*

³³ Selon une expression utilisée par M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, n° 14, p. 953. Voir encore J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, p. 6, n° 3.

³⁴ L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. fam.* 2005, n° 9, étude 18.

³⁵ H. J. SONNENBERGER, « Code civil et bürgerliches gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, *D.* 2004, éditions Panthéon-Assas, p. 1012. Néanmoins, l'expression de l'auteur ne vise que le seul droit civil communautaire.

³⁶ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998 ; M. AMSTUTZ, P. PICHONNAZ, J. PROBST et F. WERRO, *Droit privé européen, directives choisies*, éditions Staempfli et Ant. N. Sakkoulas, Berne et Athènes, 2005 ; L. MOCCIA, « Du "marché" à la "citoyenneté" : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *RIDC* 2004, p. 291 ; R. SCHULZE, « Le droit privé européen », *RIDC* 1995, p. 7 ; J.-F. GOJON, « Frontières en Europe – Mythe ou réalité ? », *LPA* 2005, n° 74, p. 7. Il existe également une *revue européenne de droit privé*.

³⁷ Cf. chroniques C. NOURISSAT : « Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003) », *D.* 2003, chron. p. 2450 ; « Droit civil de l'Union européenne (2nd semestre 2003) », *D.* 2004, chron. p. 1321 ; « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, chron. p. 608 ; « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, chron. p. 1259.

état, capacité, etc.), aux biens (patrimoine en général, propriété et autres droits réels, transmission des biens), à la famille (filiation, mariage, etc, régimes matrimoniaux et successions), aux obligations (sources diverses, transmission, extinction, etc.) plus spécialement aux divers contrats et aux sûretés (théorie générale du crédit hypothèque) »³⁸. Le droit civil sera donc envisagé au travers des catégories générales du contrat, de la responsabilité civile, des biens, du droit des personnes et de la famille. Il doit être distingué du droit privé, même s'il en constitue la branche principale. Pour cette raison, les relations commerciales et de travail n'entrent pas dans le champ de cette étude, tout comme le droit de la concurrence. Si ce dernier droit touche le droit des contrats, il s'adresse essentiellement aux contrats d'affaires et relève donc du droit communautaire de la concurrence plus que du droit civil communautaire.

Les quasi contrats ne seront pas non plus envisagés.

Eu égard au nombre croissant des normes civiles, notamment issues de la jurisprudence, il ne sera fait que peu allusion aux décisions et rapports rendus par l'ancienne Commission européenne³⁹ et aux arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes⁴⁰. En matière civile, l'affirmation selon laquelle le juge européen a un rôle prépondérant en matière de création de normes se vérifie assurément, qu'il s'agisse de la Cour EDH ou de la CJCE. Leur domaine d'attribution étendu justifie le choix de se limiter aux arrêts⁴¹, déjà extrêmement nombreux, de ces seules juridictions.

13. L'aspect démesuré du droit civil européen provient aussi du fait qu'il comporte plusieurs dimensions. Il peut être envisagé d'un point de vue purement national en s'intéressant à la réception, par le droit interne, des normes civiles européennes. Notre étude ne se situe pas dans cette perspective. Il ne s'agit pas d'examiner l'influence du droit civil

³⁸ G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd., 2005, p. 147.

³⁹ L'intervention de la Commission européenne des droits de l'homme a été supprimée par le protocole additionnel n° 11 signé le 11 mai 1994 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998. Pour une étude d'ensemble, voir J.-A. CARILLO-SALVEDO, « Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RUDH* 1997, p. 1 ; J.-F. FLAUSS, « Les modifications récentes du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 5 ; V. BERGER, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme : d'une jurisprudence à l'autre », dans *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 129.

⁴⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA justifie de la sorte la mise à l'écart de ces institutions dans l'un de ses articles « sans minimiser ni le rôle du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, ni celui de la Commission européenne des droits de l'homme, cette étude privilégie la jurisprudence des interprètes authentiques des textes constitutifs de l'ordre juridique communautaire et de l'ordre juridique européen des droits de l'homme », (« La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE* 1998, p. 41, note 10).

⁴¹ Et également à quelques décisions sur la recevabilité.

européen sur les droits civils nationaux⁴². Par conséquent, il ne sera qu'exceptionnellement fait référence aux lois ou à la jurisprudence civiles internes, quand bien même elles résulteraient d'une norme civile européenne⁴³. Il ne faut pas oublier que l'angle d'approche se veut européen. En conséquence et d'une manière générale, il apparaît essentiel de demeurer à l'échelon européen. Les incidences des mesures civiles européennes sur le droit civil interne ou le résultat de leur incorporation ne se rapportent pas, à proprement parler, au droit civil européen. Il s'agit sans doute d'une des limites de l'étude. En effet, il semble étrange d'interrompre le raisonnement sans aborder la phase ultime de réception des normes, de surcroît, lorsqu'elle pose des difficultés. Tel est le cas par exemple de la transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 sur la garantie de conformité⁴⁴. Toutefois, la seule émission⁴⁵ des normes civiles par le droit européen pose à elle seule de profonds problèmes. Ceux posés par la réception des normes civiles européennes en droit national ne peuvent raisonnablement venir s'y ajouter.

14. Cette délimitation n'a pas qu'un côté pratique. Elle renforce également l'attrait et l'originalité de l'étude, désormais consacrée à la seule émission des normes. Il n'est pas fréquent d'isoler le droit européen comme source du droit puisque ses retombées sont souvent intégrées au domaine de recherche. Par ailleurs, s'il existe des études relatives à certains aspects du droit civil européen, une considération globale fait défaut à l'heure actuelle. L'ensemble des normes civiles doit être rationalisé afin de savoir s'il peut être question d'un droit civil européen. Si ce droit est en marche, il a émergé dans le silence, presque général, de la doctrine. À cet égard, C. Nourrissat souligne que « *l'Union européenne est une source à*

⁴² Voir pour cela diverses études, abordant toutes dans une seconde partie l'impact sur le droit français : P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme, analyse du droit français*, thèse Strasbourg, 2002 ; J.-S. BERGÉ et M.-L. NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2004 ; E. FOHRER, *Incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

⁴³ Comme par exemple la loi 2001-1135 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral du 3/12/2001 (*JO* 281 du 04/12/2001, p. 19279) inspirée de l'arrêt *Mazurek contre France* (B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques, le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 3, p. 4), ou l'influence de la jurisprudence de la Conv EDH sur l'égalité en matière de dévolution du nom de famille droit concernant le nom, loi 2002-304 relative au nom de famille, du 04/03/2002 (*JO* 54 du 05/03/2002, p. 4159).

⁴⁴ Voir sur ce problème, entre autres, P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 5 ; O. TOURNAFOND, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.* 2002, chron. p. 2883, *id.*, « La nouvelle "garantie de conformité" des consommateurs, commentaire de l'ordonnance 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2005, *éd. E.*, chron. p. 1557.

⁴⁵ Pour une distinction claire des « étapes » du droit, voir M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationales d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC* 2000, 4, p. 753. Les auteurs y détaillent, en l'occurrence pour le droit européen, les diverses phases d'émission du droit (par un normateur), puis sa réception par un destinataire intermédiaire (un juge) et enfin par un destinataire final à savoir un État.

venir du droit civil. Or, ce mouvement semble s'enclencher dans une relative indifférence de la communauté civiliste française »⁴⁶. Faut-il rappeler que si ce droit existe, il prime les droits civils nationaux, primauté assurée en France par l'article 55 de la Constitution ? Cet article prévoit que les traités et accords internationaux ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ; le droit français est donc subordonné au droit européen, à savoir au droit communautaire et à la Conv EDH ainsi qu'à l'interprétation qu'en donne la Cour EDH⁴⁷. Partant, les droits civils nationaux ne peuvent rester plus longtemps dans l'ignorance du droit civil européen, de ses mouvements ainsi que des principes directeurs qui composent la matière.

15. Pour l'heure, dans l'esprit de la plupart des juristes, le droit civil européen n'a ni forme, ni sens. C'est ce sur quoi il convient de s'interroger, tout en y apportant une limite : il est possible que ce droit n'existe pas ou que son existence apparaisse aberrante d'un point de vue juridique. Il faudra alors conclure à son inexistence, à son impossibilité ou aux deux réunis. Alors, le droit civil européen rejoindra le cimetière des utopies européennes⁴⁸, au même titre que, par exemple, la communauté européenne de défense. En ce sens, il représente peut être un objectif inatteignable. Toutefois, à l'instar de la société européenne⁴⁹, il peut également réunir les conditions nécessaires à sa reconnaissance. Il confirmerait, par sa seule existence, une réflexion de Lamartine d'après laquelle les utopies ne sont souvent que des vérités prématurées. Que le droit civil européen existe ou qu'il n'existe pas constitue une divergence de taille si bien qu'il convient de demeurer le plus objectif possible face à cet amoncellement de règles civiles européennes. La mise à l'écart des convictions personnelles est indispensable avant de chercher à déterminer si ces normes forment un droit civil et si

⁴⁶ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003) », *D.* 2003, *op. cit.* Il faut toutefois préciser que cette observation ne concerne pas le droit civil européen dans son intégralité mais le seul droit civil de l'Union européenne.

⁴⁷ Voir sur l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH, J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 11 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Dr. et soc.* 1993, 23-24, p. 188 ; O. LUCAS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 111, p. 287.

⁴⁸ P. GLAUDET, « Le Code civil européen : une utopie ? », *Dr. et patrimoine* 2004, 125, p. 32 ; sur les utopies, voir « Les utopies d'aujourd'hui » *Le nouvel observateur*, hors-série n° 59, juillet-août 2005.

⁴⁹ Sur ce thème, voir dossier « La société européenne, entre son passé et son avenir », *Dr. et patrimoine* 2004, p. 50 ; J. BÉGUIN, « L'avènement de la société européenne », dans *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 75 ; A. SUPLOT, « Cinq questions pour la constitution d'une société européenne », *D.* 2003, *chron.* p. 289 ; F. FAGES et M. MENJUCQ, « L'introduction de la société européenne en droit français », *JCP* 2005, *éd. E.*, p. 1571.

l'articulation des deux logiques européennes permet l'émergence d'un seul droit civil supranational.

16. Ce travail de rationalisation du droit⁵⁰ conditionnera l'attitude à adopter à l'égard de cette matière. Faudra-t-il l'approuver, la favoriser ou au contraire la repousser ou la modifier ? Sans constituer un plébiscite pour le droit civil européen ou le code civil européen, il semble qu'il faille prendre conscience de cette nouvelle branche du droit. À l'inverse, la disparition des droits civils nationaux n'est aucunement revendiquée. On pressent ici l'aspect polémique du sujet, puisqu'il est lié, entre autres, au projet de code civil européen. Il convient pourtant de distinguer les deux questions : si l'une ne suscite que du désintérêt, l'autre engendre de violentes controverses⁵¹.

17. En définitive, bien peu d'éléments rapprochent le droit civil européen du projet si discuté de code civil européen⁵². Du moins ont-ils un seul point commun : le code civil européen peut être envisagé comme l'instrument du droit civil européen. Il s'agirait cependant d'un instrument incomplet. Le droit civil n'a aucunement besoin de l'élaboration du code civil européen. Son existence n'est pas liée à la codification. Le droit peut exister sans code au même titre qu'un code peut exister sans droit. L'édification d'un code civil européen ne constitue pas un gage d'existence du droit civil européen car leurs domaines respectifs sont différents. L'objet du droit civil européen est plus large que celui du projet de code. Ce dernier ne concerne que le droit des obligations. Pour cette raison il a été souvent qualifié de code européen des contrats ou des obligations. Le droit civil comporte un domaine d'intervention plus vaste puisqu'il s'étend au contrat et à la responsabilité civile mais également aux biens et au droit des personnes et de la famille. Par ailleurs, la spécificité du droit civil européen résulte de la réunion des normes issues du droit communautaire et du Conseil de l'Europe. De ce mélange provient sa richesse. Or, le projet de code ne prend pas en considération le droit civil émanant du Conseil de l'Europe. Les arrêts rendus par la Cour EDH en matière civile n'ont dès lors pas leur place dans le code, qui se présente comme un outil communautaire. La différence entre la notion de droit civil européen et le code du

⁵⁰ F. MODERNE, « Pierre BOURDIEU et la codification : regards d'un juriste de droit public », *RFDA* 2004, p. 1063.

⁵¹ Cf. en ce sens C. JAMIN, « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », *RJ com* 2006, 2, p. 94.

⁵² F. WERRO (dir.), *L'europanisation du droit privé, Vers un Code civil européen ?*, éditions universitaires de Fribourg, 1998 ; P. MALINVAUD, « Réponse - hors délai - à la Commission européenne à propos d'un Code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2545 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron., p. 2202.

même nom se vérifie également sur l'avancée des projets les concernant. Le code semble en suspens en raison de la levée de boucliers qu'il a générée. La Commission paraît même avoir invalidé le projet dans sa communication au Parlement européen et au Conseil, intitulée « *droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* » du 11 octobre 2004⁵³. Le droit civil européen, pour sa part, est assurément en marche. Il n'a pas souffert des attaques subies par le projet communautaire ce qui démontre une forme certaine d'indépendance à son égard. Le droit civil européen ne peut être arrêté par une question de compétence, de buts ou de moyens. Son émergence peut être contestable mais quoiqu'il en soit, elle est. Cette idée rejoint la formule significative de P. Jestaz concernant la jurisprudence : « *exemple frappant de la jurisprudence, dont on se demande toujours si elle a le droit d'être une source du droit et non si elle en est une, qu'elle en ait ou non le droit* »⁵⁴. Le droit civil européen progresse alors que le projet de code s'est transformé en droit européen des contrats⁵⁵, ce qui prouve que l'ambition s'amenuise⁵⁶. En ce sens, les deux sujets méritent d'être distingués. Être favorable au droit civil européen pour des raisons pratiques ou théoriques n'impose pas d'approuver le projet de code. Il faut se défaire de tout lien de systématisme entre ces deux questions.

18. Il n'appartient pas au chercheur de se prononcer sur l'opportunité relative à la création d'une nouvelle matière. En revanche, il doit la révéler une fois qu'elle existe et que ses normes sont applicables. Il n'y a pas lieu de se prononcer sur le droit civil européen à l'aune des droits et des sensibilités nationaux, il faut juste admettre, si tant est que ce soit le cas, qu'il existe et qu'il faut dorénavant compter avec lui. S'il existe, être pour ou contre lui, importe en réalité bien peu. Puisqu'il bénéficie de la primauté, autant qu'il soit cohérent et que l'on prenne conscience de ses moyens. Il n'est pas du ressort de cette étude de « créer » le droit civil européen mais tout au plus de le constater. Créer une matière de toutes pièces risquerait de faire naître une branche du droit artificielle. G. Le Bon relevait ainsi qu'« *on ne*

⁵³ Communication (2004) 651 de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre » du 11 octobre 2004 ; L. IDOT, « 2005 : des avancées en droit européen des contrats, mais pas de " Code civil européen " », *Europe*, janvier 2005, p. 3.

⁵⁴ P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005, p. 5.

⁵⁵ Cf. en ce sens C. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, coll. Études juridiques, n° 11, 2001 ; V. HEUZÉ, « A propos d'une "initiative européenne en matière de droit des contrats" », *JCP* 2002, éd. G., I, 152, p. 1341 ; H. J. SONNENBERGER, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, p. 405 ; C. JAMIN, « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », *RJ com* 2006, 2, p. 94.

⁵⁶ L. LEVENEUR, « Le Code civil et le droit communautaire », dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 950.

fait pas le droit, il se fait. Cette brève formule contient toute son histoire »⁵⁷. L'ambition se borne ici à constater l'émergence du droit civil européen et de proposer des hypothèses permettant de l'identifier et d'en cerner le régime. Tel est le rôle primordial de la doctrine dans l'avènement du droit⁵⁸, dont elle permet avant tout la mise en ordre⁵⁹. Aussi, la construction doctrinale n'intervient qu'une fois le droit apparu. Concernant la matière civile, elle offre un bilan relatif à l'ensemble des normes civiles provenant de l'Union et du Conseil de l'Europe. C'est ainsi l'ensemble de l'œuvre civile européenne qui va pouvoir être saisie. Certes, pour reprendre une image employée par J. Verges, établir un bilan revient à faire une photographie, un instantané, là où il faudrait faire un film⁶⁰. Cependant ces photographies apparaissent indispensables pour l'instant, même si chacune d'elle ne représente qu'une contribution à l'œuvre finale. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, ce bilan civil européen ne constitue qu'un point de départ, une simplification.

19. Ce départ devra être complété, à condition toutefois que le droit civil européen passe pour nécessaire. Or, au regard des seules justifications juridiques et sans anticiper sur les développements ultérieurs, il apparaît que le droit civil européen permet au droit européen de réaliser certains de ses objectifs. Par exemple, en matière communautaire, la création actuelle d'un système unifié de garanties pour les établissements prêteurs de crédit favoriserait la libre circulation des crédits, alors même que l'on veut développer leur circulation transfrontière⁶¹. La disparité des règles en ce domaine ne permet pas d'atteindre les objectifs communautaires. Ces derniers gagneraient à une harmonisation, but que les règles de droit international privé

⁵⁷ G. LE BON, *Hier et demain, Pensées brèves*, Flammarion, 1918, p. 152, (http://classiques.uqac.ca/classiques/le_bon_gustave/hier_et_demain/hier_et_demain.html). Il fait clairement référence ici au discours préliminaire de PORTALIS, sur ce discours, cf. *infra* note 1176.

⁵⁸ Cf. F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. p. 15. L'auteur affirme qu'en égard au rôle fondateur de la doctrine dans l'avènement de la règle de droit, la suite logique veut qu'elle en soit aussi son interprète naturel. Ainsi, l'importance fondamentale de la doctrine ne se vérifie pas seulement au stade de la création mais se poursuit ultérieurement.

Voir aussi la démonstration faite du rôle de la doctrine dans l'ouvrage de A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969. MM. JESTAZ et JAMIN soulignent également la nécessité pratique de la participation de la doctrine à l'élaboration du droit, « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ* 2002, p. 1.

⁵⁹ J. RIVERO, dans un célèbre article, distingue ainsi le juge, chargé de dire le droit, du commentateur qui doit systématiser des solutions particulières, les coordonner en un tout organisé, en éclairer les formules les unes par les autres et les transformer ainsi en une matière intelligible. J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron. p. 99 ; H. LÉCUYER relève ainsi que « pour les juristes, conceptualiser est une nécessité » (« La notion juridique de couple », *Dr. et patrimoine* 1997, n° 53, p. 63).

⁶⁰ Selon l'image utilisée par J. VERGES, dans G. COHEN-JONATHAN et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 47, 2003, Bruxelles, p. 119.

⁶¹ E. LAMOTHE et F. BRULÉ-GADIOUX, « La nouvelle Europe des 25 États membres va considérablement compliquer la tâche du notaire déjà fort ardue », *LPA* 2005, n° 74, p. 17.

ne sont pas en mesure d'atteindre. Le droit international privé se révèle incapable de mener à l'unification⁶², ce n'est d'ailleurs pas son rôle. Il suffit de citer, pour s'en convaincre, l'opposition persistante, dans le domaine du statut personnel, entre les États fidèles à la loi du domicile et ceux attachés à la loi de la nationalité⁶³. La mission conférée au droit international privé réside d'ailleurs bien plus dans la coordination⁶⁴ que dans l'harmonisation. Ainsi, le droit international privé permet un certain rapprochement mais il semble insuffisant pour le marché unique⁶⁵. C'est donc afin de suppléer à ce manque que les règles de droit civil sont apparues. Mais alors, l'Europe civile impose d'avancer vers la simplification. Il faut, entre autres, parvenir à distinguer les règles de droit international privé des règles de droit civil. Préciser les bases, les moyens et les buts du droit civil européen permet de distinguer les divers ensembles normatifs. Ce bilan a été réalisé en matière de droit pénal européen⁶⁶. Ainsi, entre les règles de droit pénal interne et celles de droit international, les règles de droit pénal européen ont pris place. Une telle analyse mériterait d'ailleurs d'être reprise en matière de droit social européen⁶⁷ ou de droit administratif européen. L'utilisation de ces termes serait enfin justifiée et permettrait une distinction précise entre les règles européennes et internationales. Savoir s'il existe un droit du travail européen paraît tout de même essentiel. Autrement dit, la simplification du droit permet une approche globale et cette démarche ne peut être économisée s'agissant d'une nouvelle matière juridique.

20. Dans un autre ordre d'idées, la présentation du contenu du droit civil européen amène à repenser la relation entre le droit du Conseil de l'Europe et le droit communautaire. Sujet déjà largement évoqué par la doctrine⁶⁸, les rapports entre les deux institutions

⁶² En ce sens, voir F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Limoges, 2005, p. 27, n° 4.

⁶³ *Ibidem*. Exemple cité par l'auteur.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Ainsi selon M. GANDOLFI, les règles de droit international « n'éliminent pas cet obstacle qu'est la pluralité, la disparité des différents droits, qui se manifeste parfois aussi sous l'aspect insidieux de la propension du juge saisi d'une affaire à s'orienter vers le droit qui lui est familier » (G. GANDOLFI, « Pour un code européen des contrats », *RTD civ.*, 1992, p. 713).

⁶⁶ Voir notamment l'ouvrage de J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999. Il existe en matière pénale un comité d'experts de l'Union européenne chargé de rédiger un projet de droit pénal européen dit « corpus juris », dont M. DELMAS-MARTY est la coordinatrice, cf. les propos de M. DELMAS-MARTY, dans E. COSSE et O. DOUBRE, « Quand le Traité constitutionnel renvoie au « flou » du droit », *Vacarme* 2005, n° 31.

⁶⁷ Voir B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Litec, 2001.

⁶⁸ Sur les relations des deux ordres ou des institutions qu'ils comprennent voir, H. MONET, « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1994, p. 507 ; J. RIDEAU et J.-F. RENUCCI, « Dualité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux : atout ou faiblesse ? », *Justices* 1997, n° 6, p. 104 ; G. COHEN-JONATHAN, « Protection des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes » dans R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 44 ;

s'enrichissent-ils de l'émergence d'une nouvelle matière ? Elle peut leur offrir un nouveau terrain d'entente cordiale comme être à l'origine de tensions et de rapports de force. Le besoin de simplification se vérifie à nouveau.

21. Cela étant, si le résultat tend à la simplification, le projet lui, ne saurait prétendre aux mêmes qualités et laisse au contraire entrevoir des difficultés inextricables. S'atteler à l'étude de la bipolarité européenne sous l'angle civil se révèle une tâche ardue. D'une part, l'étude se voit opposer les obstacles qui, traditionnellement, se dressent devant toute approche systématique ou d'ordonnement. La volonté de globaliser et de percevoir une matière encore incertaine dans son ensemble est incontestablement instructive. Néanmoins, un problème d'exhaustivité se pose alors. Il faut choisir entre l'intérêt d'une approche globalisante qui prend le risque de ne pas être exhaustive et l'intérêt d'un champ d'investigation plus limité, qui aura le mérite d'être complet à défaut d'être original. Cette interrogation explique sans doute l'absence de travaux d'ensemble sur la question du droit civil européen. Il a déjà été souligné que, de façon générale, les études se cantonnaient à l'une des branches du droit européen. Puisque le droit civil européen n'a jamais été abordé dans sa globalité⁶⁹, soit la perspective civile est conservée mais la recherche se borne au droit communautaire ou au droit du Conseil de l'Europe⁷⁰, soit les deux circuits normatifs sont examinés conjointement mais c'est alors un domaine précis de droit civil qui se trouve abordé⁷¹. C'est le choix de l'étude originale qui a été fait ici, tout en prenant le risque de ne pouvoir saisir de l'intégralité du droit civil européen.

22. Deux écueils doivent être évités à l'égard d'une approche qui se veut globale. Le premier concerne la spécialisation, qui éloignerait la démonstration de son objectif initial. Le

J. PIPKORN, « La CE et la CEDH », *RTDH* 1993, p. 224 ; « Les Cours européennes », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 164 ; J.-P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, L'Europe et le droit*, Dalloz, p. 325 ; D. SPIELMANN, « Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne », dans *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN* (Volume II), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1447.

⁶⁹ Pour le droit communautaire, voir, entre autres, S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, thèse Paris I, 2001. Pour le droit du conseil de l'Europe, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002.

⁷⁰ Et il s'agit d'ailleurs bien plus de droit privé que de droit civil à proprement parler. Voir H. GAUDEMET-TALLON, « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *RMCUE* 2000, n° 437, p. 228. Voir pour une étude relative au droit européen des droits de l'homme P. LEMMENS, « Les effets de la CEDH sur certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992, p. 447. L'auteur précise cependant qu'au regard du nombre d'affaires, il semble indiqué de se concentrer sur un seul domaine matériel du droit civil, à savoir le droit des personnes et de la famille.

⁷¹ Par exemple S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, coll. bibliothèque de droit privé, tome 290, 1998.

second concerne quant à lui la synthèse, qui, tout en favorisant l'objectif de l'étude, en limiterait l'intérêt en raison du manque d'approfondissement. Au surplus, les difficultés proviennent du sujet en tant que tel. Ce dernier se situe sur un plan supranational mais infra international, il ne faut donc pas transposer au sujet des notions empruntées aux niveaux inférieur ou supérieur⁷². En effet, les transferts de notions doivent être effectués avec la plus grande prudence. Au même titre qu'en Europe, avant 2002, une monnaie n'avait plus cours une fois passées les frontières de son pays, les notions ne peuvent encore aujourd'hui s'importer sans précaution. Le sens originel d'une notion juridique dépend de l'environnement dans lequel elle a été élaborée. Dès lors, la notion de droit civil telle qu'envisagée en droit européen doit être distinguée de la notion de droit civil interne.

23. C'est d'ailleurs de ce contraste entre droit civil national et droit civil européen que naissent les doutes quant à l'existence d'un droit civil européen : le droit civil interne est jusqu'à présent l'exemple type de ce qu'est un droit civil. Or, si le droit civil européen existe, il instaure une acception européenne de la matière civile. Il ne faut donc pas raisonner à partir des seuls concepts de référence mais au contraire tenter de s'en départir. On prendrait le risque de fausser la perspective européenne si l'on transposait des interprétations nationales ne correspondant pas à la réalité européenne. Peut-être le droit civil n'est-il qu'une matière nationale. Un antagonisme originel pourrait alors être constaté entre droit civil et droit européen. Cette prétendue opposition contribue sans nul doute au silence doctrinal car, eu égard à la profusion de textes et de jurisprudences relatifs à la matière civile, ce thème aurait déjà du être abordé par les auteurs. À titre d'exemple, la Commission européenne, en mars 2005, a présenté deux livres verts sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce⁷³ ainsi que sur les successions et testaments⁷⁴, tout cela dans une surprenante indifférence. De même, la publication des principes relatifs au divorce et à la pension alimentaire entre ex-époux, publiés par la commission sur le droit européen de la famille n'a guère suscité d'intérêt⁷⁵.

⁷² C. PICHERAL recommande ainsi la prudence vis-à-vis des emprunts de concept de droit interne pour rendre compte d'une réalité autre que nationale (C. PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, coll. Monde européen et international, 2001, p. 9).

⁷³ Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, présenté par la Commission le 14 mars 2005, COM (2005) 82 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005%5F0082fr01.pdf>.

⁷⁴ Livre vert sur les successions et testaments, présenté par la Commission le 14 mars 2005, COM (2005) 65 final, <http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005%5F0065fr01.pdf>

⁷⁵ Voir toutefois F. FERRAND, « Les Principes de droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », *RLDC* juin 2005, p. 29.

24. La question du droit civil européen n'est pas traitée tant elle paraît improbable, inconcevable pour des auteurs formés à n'envisager la matière civile que dans une perspective nationale. Ainsi, elle met en jeu des domaines qui apparemment n'ont rien à faire ensemble. En réalité, l'émergence de cette nouvelle branche de droit oblige à modifier certains modes de pensée et de raisonnement. Le droit civil tel qu'envisagé à travers le prisme du droit européen paraît à première vue inconcevable. D'ailleurs, le droit civil, en matière européenne, ne s'élabore pas directement et de façon volontaire. En tant que branche du droit européen, il n'est même pas désigné en tant que tel et ne découle d'aucune construction explicite. Il n'est ainsi formulé qu'indirectement : soit par le droit communautaire qui tient avant tout à garantir ses libertés de circulation, soit par le droit européen des droits de l'homme dont l'objectif premier est de faire respecter un certain nombre de droits conférés aux individus. Seulement l'émergence du droit civil européen démontre que le mécanisme de création d'un droit n'est pas toujours un phénomène conscient ou volontaire. C'est ce qui rend le problème si délicat. Par une élaboration indirecte et au coup par coup, la matière devient confuse. Or, envisager un droit civil sans fil directeur semble déroutant au regard de la nature unifiée en droit interne.

25. Pourtant, le droit civil est depuis longtemps une matière propice à la conceptualisation. Il a ainsi permis à Domat d'introduire l'esprit de système dans la science juridique⁷⁶. Il peut ainsi apparaître un nouveau concept de droit civil en droit européen. En réalité, le droit civil paraît aujourd'hui extrêmement lié à l'État. Même objet de conceptualisation, il demeure un point sensible en ce qu'il est le champ d'observation privilégié des mutations sociales, juridiques, politiques du territoire dans lequel il a été élaboré. Révélateur de valeurs sociales⁷⁷, il permet de saisir l'identité d'une société⁷⁸, qui plus est du haut d'une technique deux fois millénaire⁷⁹. C'est ainsi une matière au travers de

⁷⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Durand, Paris, 1756.

⁷⁷ Tel est le but de la démonstration de J.-P. JEAN et J.-P. ROYER qui parlent ainsi d'évaluation politique du droit civil (J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « Le droit civil de la volonté politique à la demande sociale », *Pouvoirs* 2003, 107, p. 128).

⁷⁸ D. PERBEN prétend ainsi que « le droit civil joue en effet un rôle fondamental à travers la personne, la famille, les obligations. Il structure les relations entre les individus et contribue à façonner l'identité d'une société », dans *Le Code civil et l'Europe : influences et modernité*, actes du colloque organisé au Palais de l'Europe à Strasbourg, les 21 et 22 octobre 2004, éditions du Conseil de l'Europe, p. 14.

⁷⁹ Selon l'expression de G. MARTY qui tente de mesurer l'influence comparative dans le domaine du droit civil et qui admet clairement l'importance qu'a cette matière en France, « Les apports du droit comparé au droit civil », dans *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, LGDJ, 1969, p. 93.

laquelle se révèlent les sensibilités nationales⁸⁰, sujets d'oppositions⁸¹ ou de rapprochements entre les États. Ainsi, dès le milieu du 20ème siècle, il a été question d'une harmonisation du droit des contrats et un projet de code franco italien de droit des obligations⁸² a, par exemple, été rédigé.

Dès lors, le thème du droit civil européen peut sembler dérangent. Néanmoins, le but n'est pas de déclencher l'hostilité des défenseurs du droit civil français. Le problème, quoi qu'il en soit, ne se situe plus à ce niveau. Aujourd'hui, il n'est plus question de préserver le droit civil national en le maintenant à l'écart de l'influence européenne. Au contraire, le problème est de lui permettre d'avancer avec elle.

Comme l'a souligné G. Ripert, si la promulgation de la loi peut parfois heurter les sentiments et si la règle peut parfois être reçue avec peine et être critiquée, dès lors qu'elle est appliquée, les critiques laissent peu à peu place à l'apaisement⁸³. Les objections formulées à l'encontre du concept de droit civil européen ne feront pas disparaître l'Europe civile qui est en train de se construire.

26. Le droit civil européen offre peu de prises à une étude théorique⁸⁴ en raison de son manque de rigueur. Découlant de deux ordres distincts, droit de compromis mais pouvant être à l'inverse directif, le droit civil recèle un désordre qui se perçoit aisément⁸⁵. M. Delmas-

⁸⁰ R. SACCO écrit ainsi qu' « on le ne croirait possible, mais l'idée de l'unification du droit privé, au niveau européen, rencontre toujours des contestations faites au nom des traditions nationales, que nul n'aurait le droit de renverser » (R. SACCO, « Non, oui, peut être », dans *Mélanges C. MOULY*, t. 1, Litec, 1998, p. 164).

⁸¹ Tel est le cas sur des sujets comme par exemple le droit au divorce que l'Irlande a mis du temps à accorder, ou encore le mariage homosexuel ou l'homoparentalité.

⁸² Projet évoqué par G. MARTY, « Les apports du droit comparé au droit civil », dans *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, LGDJ, 1969, p. 95. Il est fait référence également à ce projet dans G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 20. Sur le projet, « L'intérêt d'actualité du projet de Code franco-italien des obligations », dans *Journées italiennes de Pavie et Milan*, travaux de l'association H. CAPITANT, t. VIII, Dalloz, 1955.

⁸³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 21.

⁸⁴ V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999, p. 6. O. DUBOS met également en avant la nature énigmatique de l'Union européenne (O. DUBOS, « L'Union européenne : sphinx ou énigme ? », dans *Études en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, 2004, p. 29).

⁸⁵ « On le voit bien, le droit communautaire ne veut pas être emprisonné par les concepts, y compris ceux que l'ordre communautaire produit. Car l'ordre juridique communautaire relègue dans la catégorie des outils les concepts : ils ne sont que des moyens et lorsque leur utilisation gêne le cheminement vers le résultat souhaité, ils sont abandonnés », il en résulte « ce que le juriste civiliste déplore, un manque de rigueur, puisque des concepts voisins pourront être indifféremment utilisés, comme par exemple l'intérêt communautaire, l'intérêt du marché commun, l'intérêt général (...) à moins qu'un même concept puisse recevoir dans un même texte deux définitions différentes » (S. PERUZZETTO, « Concepts en droit communautaire », http://www.peruzzetto.eu/art/concept_droit_communaautaire.pdf, p. 3). Voir également J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, qui souligne l'énorme difficulté aujourd'hui d'analyser dans les détails une jurisprudence foisonnante et non dépourvue de contradictions en ce qui concerne cette fois la jurisprudence européenne (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le maintien du lien familial des étrangers », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2002, p. 217).

Marty indique ainsi que « *l'Europe a vocation à produire des hybrides, des textes hétérogènes, inspirés par différentes traditions juridiques, "bricolant" des concepts afin de construire une norme commune sans sacrifier à l'une ou à l'autre* »⁸⁶. La quantité des textes ainsi que leur nature variée renforcent cette impression de flou général : en dehors des règlements et directives, aujourd'hui assez connus des juristes, de nombreux informels émergent sans qu'il soit possible de mesurer précisément leur influence et leur autorité. Il en va ainsi des avis, recommandations, communications et autres livres verts ou blancs. Cette rencontre improbable présente un réel intérêt : la confrontation du droit civil, stable, uniforme et à l'âme nationale, et du droit européen, bipolaire, flou et aux frontières incertaines. Confronter ces deux droits s'avère délicat, surtout lorsqu'il s'agit d'examiner en particulier le résultat de leur fusion qu'est le droit civil européen. C'est une autre fusion qui va rendre le problème moins épineux. En effet, le questionnement méthodologique entrevoit une réponse dans la réunion de la doctrine théorique et analytique⁸⁷. La première explore la cohérence et le fonctionnement du droit, la seconde recherche sa systématisation. Si la théorie permet d'envisager la viabilité du droit civil européen⁸⁸, seule la méthode analytique permettra d'en dévoiler les arcanes à travers le labyrinthe normatif que constitue le droit européen.

27. En définitive, l'essentiel réside dans l'émergence du droit civil européen. C'est là que se trouve le point de départ de l'étude, car ce n'est qu'une fois le droit civil révélé en tant que droit que ses caractéristiques pourront être examinées. Toutefois, l'inverse ne se justifie t'il pas davantage : partir des caractéristiques de ce droit pour en déduire son existence ? La réponse est négative car cette dernière démarche s'éloigne de la logique juridique qui se réclame d'un mouvement du concret vers l'abstrait⁸⁹. Or, seule l'existence et donc la réalité du droit civil européen peuvent être saisies pour l'instant, même de manière fragmentaire. Par la suite, une démarche de l'esprit permettra de généraliser⁹⁰ et de caractériser ce droit civil européen. Une caractéristique n'a rien de concret alors que l'existence d'un droit comprend un lien indéniable avec la réalité. De ce fait, avant de renfermer certaines caractéristiques, un

⁸⁶ Propos tenus par M. DELMAS-MARTY, dans E. COSSE et O. DOUBRE, « Quand le Traité constitutionnel renvoie au "flou" du droit », *Vacarme* 2005, n° 31.

⁸⁷ Sur ce sujet, voir les observations de P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 515, n° 557.

⁸⁸ Pour l'utilisation d'une méthode similaire voir V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999.

⁸⁹ Sur ce mouvement, voir C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 455 et, qui résume la méthode conceptualiste, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé*, thèse Bordeaux, 2002, p. 25, n° 20.

⁹⁰ J. RIVERO prétend ainsi « ramener à des lignes simples le chaos des espèces » (J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, chron. p. 99).

droit doit nécessairement exister. Il n'y aurait aucun intérêt à examiner les caractéristiques d'un droit qui finalement n'existe pas.

Il est difficile de ne pas songer, transposée au contexte juridique, à la sempiternelle lutte sartré-platonicienne entre l'existence et l'essence.

28. Dans une approche générale, l'essence se définit comme « *ce qu'est une chose, c'est la manière dont on peut en donner une définition qui la distingue spécifiquement des autres choses en l'identifiant à elle-même* »⁹¹. Elle recouvre donc l'ensemble des qualités permettant de définir une chose ou un être, ce qui est constitutif de sa nature. L'existence provient, quant à elle, du verbe latin *existere* qui signifie « sortir de ». Partant, l'action d'exister suppose un mouvement exatique, qui faire sortir de soi-même. L'existence implique donc de se trouver en relation avec le reste, les autres, ou un environnement, quel qu'il soit. L'essence suppose le mouvement inverse d'intériorisation. Elle se cantonne à l'intérieur de l'être, à sa profondeur. Or, un être existe avant de pouvoir être défini par un concept : par exemple, il est avant tout homme. En cela, et de manière simplifiée, l'existence précède l'essence. L'homme commence par exister avant d'être ceci ou cela ; il est toujours par delà l'essence et n'est pas déterminé par elle. Cette explication justifie la négation par l'existentialisme de tout déterminisme : si un objet dépend de sa nature, ce ne peut être le cas de l'homme. Il apparaît que de la définition, c'est-à-dire de l'essence, ne peut que rarement se déduire l'existence⁹². Elle laisse ainsi en suspens l'existence de ce qu'elle définit⁹³. Pour autant, existence et essence n'ont pas à s'opposer. Elles semblent au contraire complémentaires puisque si l'une revient à *être* l'autre correspond au *mode d'être*.

29. Au regard de cette approche générale, il convient de se demander si l'existence et l'essence sont des thèmes spécifiquement humains. Si la doctrine existentialiste ne concerne que les êtres en tant que tels, l'existence, pour sa part, qualifie simplement le fait d'appartenir à un ordre quelconque de réalité, de constituer une partie du monde. Or, ce dernier ne se compose pas que d'êtres. Dès lors, exister se dit des personnes comme des choses⁹⁴ et rien

⁹¹ J. BEAUFRET, *Introduction aux philosophies de l'existence*, Gonthier-Médiations, 1963, p. 79.

⁹² C'est là le sens d'une affirmation d'ARISTOTE qui prétend que l'étant est énoncé de multiples manières, qu'il nomme catégories. La matière, c'est-à-dire l'être en puissance, précède la forme. Il en résulte que l'être précède toujours ses qualités, *Encyclopaedia Universalis*, 1968.

⁹³ J. BEAUFRET, *Introduction aux philosophies de l'existence*, Gonthier-Médiations, 1963, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁴ Même si, à la suite de M. HEIDEGGER, le concept s'est spécialisé pour désigner la seule existence humaine, celle d'un sujet capable d'une présence consciente au monde.

n'empêche alors son application au droit, comme l'a démontré en son temps la théorie de l'existentialisme juridique⁹⁵.

30. Dans une perspective juridique, aborder l'existence d'un droit avant son essence permet de déterminer si ce droit existe et répond à la définition du droit. Ce n'est qu'ultérieurement que l'on s'interroge sur ce qu'il est et sur ses caractéristiques. Les deux cheminements permettent d'acquérir une vue globale de la matière. Ils doivent toutefois être abordés dans l'ordre envisagé puisque l'existence d'un droit apparaît comme une pré-condition de son essence. Sans anticiper sur les développements ultérieurs, l'existence d'un droit ne se conçoit pas, bien entendu, comme une existence matérielle mais revient à ce que ce droit soit inscrit dans l'ordre de l'être⁹⁶, de ce qui est. L'existence d'un droit ne doit pas être confondue avec son effectivité ou sa cohérence ; elle se trouve en amont parce qu'elle concerne la réalisation même du droit, le passage de quelques règles éparses qualifiées de normes civiles à un corps de règles, à une législation spécifique. L'essence, lorsqu'elle est appliquée à un droit, correspond à ses traits spécifiques, à ses fondements, ses caractères. S'il apparaît indispensable de distinguer les deux notions que sont l'existence et l'essence, il n'en demeure pas moins qu'en matière de droit elles révèlent de façon analogue l'influence des mutations actuelles qu'il subit.

31. Le droit devient mouvant, il s'éloigne de la structure offerte à la fois par le cadre étatique et le législateur unique⁹⁷. Or, ces phénomènes se manifestent autant à travers l'étude de l'existence du droit que celle de son essence. Cette similitude résulte de l'évolution générale du droit et du droit civil en particulier, qui se dépolitise⁹⁸ et ne représente plus le droit commun, socle de l'ensemble du droit privé. Cette évolution infère des conséquences sur

⁹⁵ En rapport avec la théorie du service public, l'existentialisme juridique incitait à ne pas accorder trop d'importance à la dénomination formelle des établissements publics, afin d'insister sur les actes « *qui manifestent l'existence sociale des institutions* » (B. CHENOT, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1950, p. 77, cité par M. MONNET, Avocat général, dans ses conclusions relatives à l'arrêt Ass. Plén., 4 juillet 1997, www.courdecassation.fr/). En d'autres termes, l'intérêt est de regarder si les établissements publics exécutent réellement une mission de service public. De fait, l'application du droit administratif et le choix de la compétence administrative relèvent de l'empirisme. J. RIVERO a combattu cette théorie en rappelant la nécessité des notions et des catégories juridiques (J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron. p. 99).

⁹⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE emploient cette expression afin d'expliquer ce qu'est l'existence d'une règle de droit dans un sens non pas matériel mais ontologique fondamental (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses universitaires de France, 1988, p. 311).

⁹⁷ J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « Le droit civil de la volonté politique à la demande sociale », *Pouvoirs* 2003, 107, p. 142.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 132.

ce qui peut être considéré comme le cheminement du droit : son existence, c'est-à-dire sa révélation, son émergence, puis son essence, c'est-à-dire son évolution, son fonctionnement.

Un droit civil inédit en résulte donc, découlant d'un nouveau système de valeurs européen, en particulier celui des droits de l'homme. C'est ce système qui rendra le droit civil européen intelligible et remplacera le prisme national au travers duquel le droit civil était traditionnellement envisagé.

32. Découlant d'un droit européen fondé sur une nouvelle architecture⁹⁹, le droit civil ne peut qu'en ressortir renouvelé. Hissé au rang européen, il subit les effets d'une dynamique de droit supranational. Le droit civil s'organise donc selon un nouveau mode de fonctionnement. Ces modifications¹⁰⁰ affectent tant l'existence que l'essence du droit civil, tout en ne se présentant pas sous la même forme. Elles découlent dans une large mesure de l'internationalisation du droit. La multiplication des foyers de création du droit, l'affaiblissement de la souveraineté étatique¹⁰¹, l'érosion de la représentation unitaire de la volonté nationale influent sur l'existence même du droit. Corrélativement, l'enchevêtrement des systèmes normatifs, la complexification des raisonnements juridiques, la diversification des critères de validité pèsent eux surtout sur l'essence du droit. Il faut ajouter à cette énumération une évolution capitale, l'empreinte d'une nouvelle norme organisatrice¹⁰², « *étalon principal* »¹⁰³ de toute nouvelle action normative : les droits de l'homme. Ils jalonnent mais également sous-tendent l'ensemble du droit civil européen.

Finalement, c'est la dimension internationale de ce nouveau droit civil européen qui rejailit à la fois sur son existence et sur sa nature. C'est un droit sous influence, fait de compromis, et résultant de sources diverses. L'influence des droits fondamentaux le teinte d'individualisme mais également et de façon paradoxale d'intérêt général. En cela, à l'instar des droits fondamentaux, il est à la recherche d'un équilibre.

⁹⁹ Cf. F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 161.

¹⁰⁰ Dont la liste est énoncée par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 494.

Voir aussi M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, en particulier M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Affaiblissement des États, confusion des normes », p. 163 qui établit une liste à peu près similaire.

¹⁰¹ Voir notamment sur ce sujet « Les horizons de la souveraineté », *Esprit*, janvier 2002.

¹⁰² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 517.

¹⁰³ *Ibidem*.

33. Malgré l'accueil parfois hostile réservé aux droits fondamentaux par la doctrine, qui a pu les qualifier de fausse doctrine¹⁰⁴ ou de rhétorique qui tourne à vide¹⁰⁵, nul ne conteste leur influence sur l'ensemble de la production normative européenne¹⁰⁶. Anthropocentristes par définition, c'est-à-dire visant l'homme, il n'est rien de surprenant que les droits fondamentaux se lient avec le droit civil européen. Il ne faut pas oublier que cette dernière matière se rapporte elle aussi à l'individu et aux relations qu'il entretient avec les autres personnes privées. Que l'idéologie des droits de l'homme constitue le moteur principal du droit de la famille ne surprend plus aujourd'hui¹⁰⁷. En revanche, que l'ensemble du droit civil européen se réorganise autour des droits fondamentaux¹⁰⁸ ne saurait le dispenser de davantage de justification, particulièrement en ce qui concerne le droit civil de l'Union européenne, à l'origine, plus réfractaire que le Conseil de l'Europe à pénétrer le domaine civil. L'expérience communautaire démontre que la construction économique autour d'un grand marché ne peut fonctionner en ignorant les droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁹. M. Delmas-Marty relève à ce titre « *l'interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme* »¹¹⁰. Dès lors qu'il n'y a plus guère de séparation rigide entre les droits de l'homme et le monde économique¹¹¹, les droits fondamentaux s'imposent comme une base idoine pour le droit civil européen : ils constituent tout à la fois un facteur d'entendement et de développement de cette nouvelle matière. Ainsi, le droit civil européen se dessine sur un socle global de droits fondamentaux et ces droits, interprétés uniformément, lui permettraient de quitter une

¹⁰⁴ Selon l'expression de PORTALIS, cité par X. MARTIN, « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ* 2003, p. 264.

¹⁰⁵ M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Peut-on faire face au capitalisme ? », dans M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 19.

¹⁰⁶ Mais une telle influence se perçoit également au delà des frontières européennes. Voir ainsi J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, 2003, n° 3 ; F. QUILLERE-MAJZOUB, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'Homme en Afrique. Étude comparée autour de la création de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples », *RTDH* 2000, p. 729.

¹⁰⁷ « *Si l'idéologie des droits de l'homme était à sa naissance totalement étrangère au droit de la famille, elle en constitue aujourd'hui un moteur principal* », P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Strasbourg, 2002, p. 16. Voir encore le dossier « famille et droits de l'homme », *AJfam.* 2004, n° 11, p. 380 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », dans *Les droits de l'homme et la famille*, Actes du colloque de Lille, 15 et 16 décembre 1994, LGDJ, 1996, p. 177 ; D. FENOUILLET, « Droit de la famille et droits de l'homme », dans *Les abus du juridisme*, colloque de l'Institut de France, éditions du Palais de l'institut, 1997, p. 77.

¹⁰⁸ Comme le relève S. BANAKAS, « *des droits de l'homme uniformes peuvent être vus comme un inévitable moteur pour créer des droits civils uniformes* » (S. BANAKAS, « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ? », *Resp. civ. et assur.* juin 2001, hors série, p. 77).

¹⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, n° 27, chron. p. 422.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ Démontrée par la mutation philosophique de l'Union européenne dont le traité d'Amsterdam ne constitue que la confirmation.

approche qui demeure pour l'instant « *pointilliste et fragmentaire* »¹¹². Les droits fondamentaux permettraient à l'Europe civile de se construire sur une base commune alors même que, pour l'instant, la « *cohérence et le système (lui) font défaut* »¹¹³.

34. En tant que nouveau droit, le droit civil européen sera donc d'abord envisagé par rapport à sa réalité, son existence. L'utilisation de la dialectique existence / essence, susceptible de passer pour surannée, s'avère ici justifiée : le mouvement de démonstration qu'elle implique rappelle, en toute part, la logique juridique. En effet, cette dernière préconise de partir du concret, de la réalité avant de hisser la réflexion vers l'abstrait, la profondeur. Or, l'existence, faut-il le rappeler, qualifie simplement le fait d'appartenir à un ordre quelconque de réalité. Elle s'allie donc fort bien à l'examen de « l'être » concret imposé par la première étape de la méthode juridique (première partie).

Cela étant, le but de l'étude entreprise est également de déterminer quelle Europe civile est en train de se construire. De la sorte, la seconde étape imposera nécessairement d'aborder le droit civil sous un angle plus abstrait afin de déceler sa nature et ses caractéristiques. Un tel effort d'abstraction révélera ainsi l'essence du droit civil européen (seconde partie).

Première partie : L'existence du droit civil européen

Seconde partie : L'essence du droit civil européen

¹¹² F. WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé, vers un Code civil européen ?*, éditions universitaires de Fribourg, 1998, p. 17.

¹¹³ *Ibidem*.

PREMIÈRE PARTIE

L'EXISTENCE DU DROIT CIVIL EUROPÉEN

35. L'existence d'un droit s'entend de son appartenance à un ordre quelconque de réalité. Démontrer l'existence d'un droit implique alors un examen concret de sa réalité et de son environnement. S'agissant du droit civil européen, le point de départ se situe donc en droit européen. Pour que l'appellation de droit civil européen soit justifiée, il semble nécessaire que les deux ordres européens produisent respectivement des normes civiles. Cette précision effectuée, le problème se fixe sur la notion de source¹¹⁴. Il n'est pas certain que les seules actions de formuler et de promulguer des règles civiles suffisent à attribuer aux institutions européennes le rôle de source de normes civiles. Que le droit européen puisse revendiquer la pleine paternité de ces normes et donc leur entière création peut également être envisagé comme primordial. En effet, l'ordre juridique qui se contente de puiser dans un système étranger une norme, de l'importer dans son propre système et de l'utiliser sans autre modification ne peut se prétendre source de droit. Il ne s'agit dans ce cas que d'une importation sans réserve et aucunement d'une production de droit. Ce doute peut survenir en droit européen puisqu'il se superpose aux systèmes des États membres et qu'il y puise à la fois son origine et son effectivité. Il apparaît par conséquent extrêmement lié aux États, ne serait-ce que parce qu'il dépend d'eux quant à l'application de ses propres règles. Dès lors, le droit européen, afin d'être source de droit civil, devra en être à l'origine, soit, en d'autres termes, être véritablement « créateur » de normes civiles.

36. Cependant, reconnaître au droit européen le rôle de source de normes civiles n'apparaît pas suffisant pour en déduire l'existence d'un droit civil européen. Il ne s'agit en effet que d'une étape dans la mesure où un ensemble de normes ne forme pas nécessairement

¹¹⁴¹¹⁴ Voir parmi de très nombreuses études P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005 ; F. BOUISSON, « Les trajectoires du droit, trajectoires et sources du droit », *RJCom* 2006, hors série, p. 223 ; C. CHÊNE, « J. CARBONNIER et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? », actes du colloque *Le Doyen CARBONNIER et la jurisprudence : une analyse du droit en action*, *RLDC* 2006, n° 27, p. 71 ; F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. p. 15.

un droit. Il a, pour cela, besoin de se révéler sous une forme systématique. Seul le système¹¹⁵ offre pour l'heure la cohérence et l'ordonnement nécessaire à la définition du droit. Ainsi, afin que les règles de droit civil forment un réel droit civil européen, il est nécessaire qu'elles s'organisent sous une forme de système. Cette organisation des normes mènera l'ensemble normatif constitué de normes civiles européennes au droit civil européen. Toutefois, la nature singulière du droit européen ne semble pas pouvoir répondre aux exigences de la notion de système juridique.

Il est ainsi vain d'espérer aboutir à la démonstration de l'existence du droit civil européen sans passer par l'étude de ces deux notions clés du droit, la source et le système, qui n'en constituent pas moins deux étapes essentielles pour le droit civil européen. Le droit européen doit être présenté dans un premier temps comme une source de normes civiles (titre 1), sans parler encore de droit civil européen, dont le système devra être examiné dans un second temps (titre 2).

¹¹⁵ Sur cette notion, voir l'ouvrage éclairant de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses universitaires de France, 1988. Cf. également *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum J.-C. ESCARRAS*, Bruylant, Bruxelles, 2006 ainsi que *Le système juridique*, APD 1986, t. 31.

TITRE I

LES SOURCES EUROPÉENNES DU DROIT CIVIL

37. Le terme « source » recouvre plusieurs définitions sur lesquelles il convient de s'entendre¹¹⁶. Au regard d'une définition large, pourraient être qualifiés de source tous les éléments qui influent sur la formation du droit¹¹⁷. Une autre définition, plus étroite, reviendrait à nommer source de droit les seules règles juridiquement obligatoires¹¹⁸. Le *vocabulaire juridique* lui-même est partagé et propose deux définitions de ce terme : soit la source est la « *forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit ; moule officiel dit « source formelle » qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de Droit : fonction reconnue, selon les systèmes juridiques, à la loi, à la coutume, à la jurisprudence ou à la doctrine* » soit, plus largement, il s'agit de « *tous éléments ou agents contribuant à la germination du Droit, y compris pratique contractuelle, usages, controverses, etc* »¹¹⁹.

38. Il existe par ailleurs une distinction souvent usitée entre sources formelles - règles juridiquement et formellement obligatoires - et matérielles - tous les éléments pouvant influencer la détermination de la règle de droit¹²⁰. Elle doit être écartée pour deux raisons. La première réside en ce qu'elle revient à la distinction préalablement envisagée entre l'approche large des sources, à rapprocher des sources matérielles, et étroite, qui correspondrait elle aux

¹¹⁶ L'opposition doctrinale sur la valeur respective des sources du droit (selon l'expression de G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 19) n'entre pas dans le cadre de cette étude qui vise à démontrer que le droit européen, qu'il émane du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne, s'impose comme une nouvelle source du droit civil. Ainsi, le conflit relatif à la nature de la jurisprudence, source de droit ou simple autorité, qui semble d'ailleurs condamné à ne jamais s'achever, ne trouve pas sa place ici. Sur cette question, voir, notamment « *Sources* » du droit, *APD* 1982, t. 27 ; J. BOULOUIS, « La fonction normative de la jurisprudence », *Dr. Soc.* 1989, n° 7/8, p. 524 ; F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. p. 15).

¹¹⁷ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1994, p. 194.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd., 2005, p. 825.

¹²⁰ Cf. G. DUFOUR-KOWALSKA, « Philosophie du fondement et fondement du droit », dans « Sources » du droit, *APD* 1982, t. 27, p. 201 et s. ; P. MALINVAUD, « Rapport introductif », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'association H. CAPITANT, t. 1*, Lille, LGDJ, 1997, p. 1 ; A. BOUJEKA, « Brefs propos sur une lacune de procédure en droit de la consommation », *JCP* 2002, éd. G., II, 10061, n° 15.

sources formelles. Le second motif d'éviction provient de ce que la catégorie des sources matérielles se révèle trop hétérogène et donc peu précise. L'économie, la politique, la morale, les forces sociales comptent certes dans la création du droit, mais ces éléments n'ont pas de fonction créatrice.

39. Face à cette classification hétérogène¹²¹, le choix d'une définition intermédiaire apparaît comme la voie la plus raisonnable. Dans cette perspective, une source est « *une autorité qui formule des propositions juridiques, que celles-ci soient ou non dotées d'un pouvoir institutionnel, c'est-à-dire qu'elles soient ou non obligatoires* »¹²².

40. Néanmoins, avant de se demander si le droit européen peut constituer une source de droit civil, il faut s'interroger sur sa vocation à être plus généralement une source de droit. À ce titre, il est important de se demander s'il lui revient de formuler et de proposer des énoncés relatifs au droit¹²³. Les auteurs les plus sceptiques face à la « *contagion* »¹²⁴ européenne ont eux-mêmes, non sans critiques préalables¹²⁵ et sans doute à regret¹²⁶, fini par admettre que le droit européen s'imposait au droit national et qu'en ce sens il constituait une nouvelle source du droit qu'il n'était plus possible d'ignorer. Le Doyen Carbonnier reconnaît ainsi la

¹²¹ Voir encore l'ingénieuse distinction utilisée par P. Jestaz entre sources venues d'un sommet (la révélation, la loi, le jugement) et sources venues de la base (l'acte juridique des particuliers et la coutume). La doctrine, source inclassable, demeure à l'écart (P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005).

¹²² J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, introduction générale*, op. cit., p. 194.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome I. Introduction*, Thémis, Droit privé, Presses universitaires de France, 23^{ème} éd., 1995, p. 182.

¹²⁵ Ainsi le Doyen CORNU relève t'il « *l'ingestion (et l'indigestion) d'un corps d'importation s'aggrave d'un risque de dégénérescence pour le système juridique français* » ou assimile-t-il le droit européen à un « *processus qui, jouant au désordre plus qu'à la cohérence et à l'exaltation d'une jurisprudence incontrôlable, prospère au mépris du génie du droit français* » (*Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, collection Domat droit privé, 12^{ème} éd., 2005, p. 110). Or, et si toutefois génie français il y a, que l'auteur ne s'inquiète guère. En effet, il va être démontré infra que le droit européen subit l'influence et parfois même emprunte aux droits nationaux. Dès lors, loin d'être méprisé, le « *génie du droit français* » risque donc de se retrouver en droit européen.

¹²⁶ Le Doyen CARBONNIER n'aura guère été plus tendre avec ce « *droit venu d'ailleurs* » que le Doyen CORNU. L'Europe est pour cet auteur un « *drame* » (« *L'avenir d'un passé* », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 10). Il a en effet pu écrire à propos des droits reconnus par la Conv EDH qu'il s'agissait d'« *axiomes passe-partout d'une pseudo-Constitution étrangère* » (*Droit civil. Tome I. Introduction*, Thémis, Droit privé, Presses universitaires de France, 23^{ème} éd., 1995, p. 183). Ainsi, l'auteur semble reprocher au droit européen un manque de précision. N'est-ce cependant pas le même auteur qui avertissait du danger de la précision ? « *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu – dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit ! Il faut, pour bien l'aimer, commencer par le mettre à nu. Sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou imposture* » (dans *Flexible droit*, LGDJ, 7^{ème} éd., 1992, préface de la 1^{ère} édition).

« *supériorité de principe du droit communautaire sur le droit national* »¹²⁷. De manière analogue, le Doyen Cornu affirme que « *cet ordre, directement intégré dans le système juridique français, a vocation à y devenir une source législative autonome et prédominante, un superlégislateur* »¹²⁸. De ce fait, le droit européen a convaincu les auteurs les plus réfractaires en ce qui concerne sa vocation de source du droit. Ainsi, quelle que soit la définition que l'on prête au terme de source, large ou étroite, le droit européen fait dorénavant partie des sources du droit, même si, comme le concède P. Malinvaud, « *il est frappant de constater que sous la plume des juristes les plus avertis, il n'est pas fait expressément état parmi les sources du droit de sources autres qu'internes* »¹²⁹, y compris dans les ouvrages de base d'introduction à l'étude du droit.

41. La notion de révélation, proposée par P. Jestaz, confirme ce dernier rôle reconnu au droit européen. Elle offre une nouvelle catégorie de sources du droit qui permet d'accueillir le droit du Conseil de l'Europe. Elle est l'affirmation solennelle d'une loi morale et / ou juridique présentée comme l'expression d'une vérité supérieure et sans aucune démonstration¹³⁰. En ce sens, tout en modifiant les catégories traditionnelles, le droit européen des droits de l'homme pénètre sans nul doute la sphère limitée des sources du droit.

42. Cela étant, puisqu'il peut à présent être considéré comme une source de droit, le droit européen constitue-t-il plus précisément source de droit civil ? Les auteurs les plus réceptifs et ouverts au droit européen n'en doutent pas. J.-P. Marguénaud écrit ainsi à propos du droit européen des droits de l'homme que « *depuis l'arrêt Mazurek, les praticiens et les théoriciens ont enfin pris clairement conscience de ce que la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sont de véritables sources du droit civil français* »¹³¹. Dans le même ordre d'idée, A. Debet, dans sa thèse consacrée à *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil français*¹³², explique dès les premières lignes qu'aucune des

¹²⁷ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 36.

¹²⁸ G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12^{ème} édition, 2005, p. 109.

¹²⁹ P. MALINVAUD, « Rapport introductif », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'association H. CAPITANT, t. 1*, Lille, LGDJ, 1997, p. 1.

¹³⁰ Sur cette nouvelle forme de sources du droit, voir P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005, p. 21.

¹³¹ J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98 Odièvre c/ France, *RTD civ* 2003 p. 375.

¹³² A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil français*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002.

branches du droit ne saurait se soustraire à l'influence de la Conv EDH¹³³. De fait, si d'aucun a pu croire, à l'origine de l'influence européenne, que le droit civil allait être préservé, tel n'est pas le cas, ce depuis l'arrêt *B. contre la France* du 25 mars 1992¹³⁴. A. Debet assimile ainsi la Conv EDH à une source du droit civil¹³⁵. À l'identique, P.-Y. Gautier affirme que « depuis quelques années, les droits fondamentaux de la personne ont envahi le droit civil (...) à travers l'interprétation ultra large de la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 effectuée par la Cour de Strasbourg »¹³⁶. Cela étant, ces derniers auteurs n'envisagent le droit européen, source de droit civil, que sous l'angle du droit européen des droits de l'homme. Il ne faut pas pour autant passer sous silence le droit communautaire, présenté lui aussi par une partie de la doctrine comme une source de droit civil. J. Raynard souligne ainsi que « le droit communautaire recompose le paysage du droit des contrats »¹³⁷. De même, S. Ramet, dans sa thèse intitulée *Le droit communautaire et la famille*¹³⁸, s'attache à décrire l'approche communautaire de la famille, après s'être intéressée à l'atténuation de la vocation économique de la construction communautaire¹³⁹. Au même titre, les propos de J.-F. Flauss sont significatifs : « la saisie du droit civil des États membres par le droit communautaire semble d'ailleurs constituer un phénomène en développement comme l'atteste la pratique institutionnelle et jurisprudentielle contemporaine »¹⁴⁰.

43. Un doute apparaît quant à l'aptitude du droit européen à constituer une réelle source de droit civil, non parce que le droit européen n'intervient pas en matière civile, mais parce que les règles de droit civil d'origine purement européenne n'existent pas. Les règles civiles européennes sont des règles empruntées aux autres ordres juridiques (interne, international) et

¹³³ A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil français*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, p. 1.

¹³⁴ L'auteur ne traite ici que de la première condamnation française relative à l'application des règles de son droit civil. En effet, il apparaît que la Cour EDH s'est prononcée dès 1979 en matière civile dans le célèbre arrêt *Marckx contre la Belgique* relatif à la vocation successorale des enfants nés hors mariage, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil français*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, p. 31.

¹³⁵ A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil français*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, p. 31.

¹³⁶ P.-Y. GAUTIER, note sous CA Versailles 6 février 2003, « Vers un bouleversement radical des sources du droit, ou comment loi et Cour de cassation se voient conjointement désavouées par le juge du fond (au sujet de la révision du loyer commercial) », *D.* 2003, p. 721.

¹³⁷ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, p. 445.

¹³⁸ S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, thèse Paris I, 2001.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁴⁰ Cf. J.-F. FLAUSS, note sous CJCE 30 mars 1993 affaire C- 168/91, Konstantinidis, « La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire », *RTDH* 1994, p. 455. Voir également l'objet de la chronique de C. NOURISSAT intitulée « Droit civil de l'Union européenne », entre autres *D.* 2003, p. 2450.

manquent ainsi d'autonomie, au point que l'on pourrait hésiter à qualifier ces règles d' « européennes ».

Pour autant, ce manque d'autonomie n'empêche pas le droit européen d'être source de droit civil dans la mesure où il existe tout de même un processus de création du droit européen. La part de création de droit civil se situe alors au-delà de l'influence ou de l'emprunt et le terme d'élaboration de règles de droit civil peut alors être utilisé.

Deux phases se distinguent ainsi et permettent au droit européen de devenir une source de droit civil. La première atteste de la dépendance du droit européen à l'égard des autres ordres juridiques. Ce droit semble alors manquer d'originalité en se révélant extrêmement perméable aux normes des autres systèmes. La seconde phase vient cependant compenser la première, presque en s'y opposant : le droit européen, bien que largement imprégné des autres ordres juridiques, parvient à formuler ses propres règles, en ajoutant aux règles importées un aspect et une couleur véritablement européens. Ainsi, à l'absence initiale de normes civiles envisagées comme proprement européennes (chapitre I) se substitue un réel processus d'élaboration de droit civil par le droit européen (chapitre II).

Chapitre I - L'absence de normes civiles proprement européennes

44. Affirmer qu'il n'existe pas de règles proprement européennes ne remet pas en cause la nature mais l'origine des règles. Il s'agit certes de règles formulées par des juridictions ou émanant de textes européens - et en cela elles se présentent comme formellement européennes - mais leur fondement ne se trouve pas en droit européen. Ces normes ne peuvent être proprement européennes en ce qu'elles ne proviennent pas intégralement et exclusivement du droit européen. Elles sont, pour la plupart, puisées dans d'autres ordres juridiques, ordres nationaux ou ordre international puis transposées au niveau européen. En aucun cas le droit européen ne les crée. L'idée de création suppose une action dont découle l'existence¹⁴¹. En d'autres termes, la création réside dans l'action de faire une chose qui n'existait pas auparavant¹⁴². Or, les règles européennes de droit civil existaient avant d'être transposées en droit européen. À titre d'exemple, des règles vont être élevées au rang communautaire alors qu'elles proviennent du droit d'un État membre. Il semble alors impossible de parler d'une règle proprement ou purement européenne. Le droit communautaire et le droit du Conseil de l'Europe peuvent tous deux constituer une source de normes civiles sans pour autant qu'il y ait de création de droit civil par le droit européen. Il ne paraît alors plus justifié de parler de droit civil européen : il s'agirait davantage d'un droit civil national devenu européen car emprunté par ce dernier ordre juridique. S'il ne s'agit que de transposition de normes civiles, alors il n'existe aucune élaboration de droit civil par le droit européen et le droit civil européen ne consisterait qu'en une reproduction de règles empruntées et de standards communs.

45. Le constat d'après lequel tant le droit communautaire que le droit du Conseil de l'Europe, en fonction des spécificités et des besoins d'un litige, jettent « *un regard sur le contenu d'un, de plusieurs ou de l'ensemble des ordres juridiques des États membres (ou parties), de l'ordre juridique d'États tiers ou encore de l'ordre juridique international* »¹⁴³ n'a rien d'innovant. En effet, P. Pescatore affirmait déjà, en 1980, qu'en matière de publication et

¹⁴¹ Cf. J. REY-DEBOVE, A. REY, S. CHANTREAU et M.-H. DRIVAUD, *Le petit Robert*, 2006.

¹⁴² Voir en ce sens l'article 112-3 du code de la propriété intellectuelle pour lequel la création se déduit des actions de traduction, d'adaptation, transformations ou arrangements des oeuvres de l'esprit, ou encore de choix ou de disposition des matières dans le cadre des recueils ou des bases de données. De ce fait, la création suppose toujours un acte positif, même s'il ne s'agit que d'un simple choix.

¹⁴³ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.* 2001, p. 488.

d'entrée en vigueur des actes de législation, de leur exécution réglementaire et administrative ou de règles relatives à l'effet des actes législatifs dans le temps, le droit communautaire était fragmentaire et qu'« *en présence de ces lacunes, il était naturel de prendre recours aux règles et pratiques nationales en la matière* »¹⁴⁴. De même, dans un arrêt de 1957 relatif à la révocation d'actes administratifs, la CJCE, constatant l'absence de règle communautaire relative à cette question, a précisé qu'il s'agissait là « *d'un problème de droit administratif bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté* » et qu'il fallait le résoudre en « *s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres* »¹⁴⁵.

46. Ainsi, si la question des règles européennes inspirées par les autres ordres juridiques ou fortement influencées par ceux-ci n'est pas récente, elle semble se poser toutefois avec une particulière acuité en matière civile. En effet, en ce domaine, la méthode comparative¹⁴⁶ se trouve fréquemment utilisée et peut aller jusqu'à l'emprunt de normes. Cette méthode permet de dégager une solution européenne « *acceptable par les différents ordres juridiques nationaux* »¹⁴⁷ : le juge européen, pour la solution d'un litige, va identifier une convergence dans les droits nationaux qu'il élèvera au niveau européen. La méthode comparative va être utilisée également pour l'interprétation d'une notion de droit communautaire ou de droit du Conseil de l'Europe. Si une interprétation commune existe entre les États, elle pourra être transposée en droit européen. De la sorte, les susceptibilités nationales se trouvent préservées. En outre, il sera plus aisé d'imposer aux États une disposition provenant originellement de leur propre droit interne. En respectant les droits des États, le droit européen fait preuve de prudence et se garde de porter excessivement atteinte à la souveraineté nationale¹⁴⁸. Puiser solutions et interprétations dans les droits internes constitue un gage d'acceptabilité par les États¹⁴⁹. Or, le droit civil demeure un domaine abordé prudemment par le droit

¹⁴⁴ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC* 1980, p. 339.

¹⁴⁵ CJCE 12 juillet 1957 affaires C- 7/56, 3/57 à 7/57, Mlle D. Algera et autres c/ l'assemblée commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *Rec.* p. 81, sp. p. 115.

¹⁴⁶ Selon l'expression de K. LENAERTS, dans « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 488.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 495.

¹⁴⁸ Lorsque la CJCE est allée semble-t-il trop loin selon les États, dans l'arrêt *Van Duyn*, du 4 décembre 1974, (affaire C- 41/74, *Rec.* p. 1337) en mettant à mal la distinction entre directive et règlement et en laissant entendre qu'une directive pouvait avoir un effet direct dans les États membres (point 12 de l'arrêt), les réactions nationales ne se sont pas faites attendre. Le Conseil d'État français, notamment, par un arrêt du 22 décembre 1978 (*CDE* 1979, p. 265), s'est clairement opposé à la CJCE qui, conciliante, est revenue sur sa décision par un arrêt *Ratti* du 5 avril 1979 (affaire C- 148/78, *Rec.* p. 1629).

¹⁴⁹ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 528.

communautaire et par le droit du Conseil de l'Europe. En effet, d'une part la compétence du droit européen en matière civile est contestée¹⁵⁰, d'autre part ce domaine regroupe des thèmes et questions dans lesquels les États ne semblent pas prêts à céder leur compétence, même si celle-ci n'est plus exclusive. Les questions relatives au mariage, à la filiation ou aux successions sont révélatrices d'un esprit civil national dont l'État refuse de se dessaisir. En cela, la méthode comparative est plus utilisée en droit civil que dans toute autre branche du droit européen puisqu'il s'agit avant tout de ne pas heurter les sensibilités nationales.

47. Dans une certaine mesure, une telle méthode d'inspiration se rapproche largement de l'interprétation dite consensuelle qui consiste à rechercher la commune intention des parties¹⁵¹, en l'occurrence les États. Elle s'en distingue toutefois dans la mesure où, à la différence de cette dernière qui se déduit d'un mouvement convergent de plusieurs systèmes, la norme civile européenne peut ne s'inspirer que d'une seule législation, interne ou internationale. Par conséquent, si l'unité et l'autonomie du droit européen ont pu être évoquées¹⁵², cela ne peut concerner les normes de droit civil européen puisque précisément, le défaut d'autonomie de ces règles se manifeste au travers de cette méthode (section I). Les conséquences de ce défaut d'autonomie, nombreuses, en particulier en ce qui concerne l'impossibilité d'application uniforme des normes de droit civil européen, devront également être analysées (section II).

Section I : Le défaut d'autonomie des normes civiles européennes

48. Le constat du manque d'autonomie des règles civiles européennes ne peut se faire qu'au moyen d'illustrations tirées de textes et de jurisprudence européens. Toutefois, une telle présentation ne peut prétendre à l'exhaustivité : il se révèle impossible de citer l'intégralité des arrêts démontrant le défaut d'autonomie de l'interprétation de la Conv EDH. Seuls doivent être présentés les textes et arrêts les plus probants, en veillant à diversifier les

¹⁵⁰ Voir *infra* n° 326.

¹⁵¹ Selon la définition donnée par F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998, p. 45.

¹⁵² Cf. en ce sens P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC* 1980, p. 339 ; E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

exemples afin d’embrasser et d’illustrer tous les domaines du droit civil. La variété des exemples doit également révéler la durabilité du phénomène, d’où l’hétérogénéité des dates des arrêts et textes mis en évidence.

49. Dans cette perspective, le manque d’autonomie des normes civiles européennes se constate à deux niveaux qu’il convient de distinguer. Dans le premier cas, le droit européen va être simplement influencé par d’autres ordres juridiques, c’est-à-dire qu’il va trouver dans un autre système une disposition, un raisonnement qui va marquer la norme qu’il édicte. Les interprétations ou solutions déjà existantes dans les droits internes ou en droit international vont ainsi déteindre sur le droit européen. L’empreinte d’un autre droit peut apparaître de façon explicite ou à l’inverse se révéler ténue, ce qui rend l’étude de l’influence particulièrement délicate. Le second cas relève pour sa part de véritables « emprunts » faits par le droit européen aux autres ordres juridiques. Une interprétation, une règle de droit ou une solution va être puisée en droit national ou en droit international et intégrer le droit européen. Il ne s’agit plus alors d’une simple inspiration mais d’une imitation, d’une transposition de norme, reprise telle qu’elle, parfois mot pour mot par le droit européen. De ce fait, l’emprunt, plus apparent, est ainsi plus facile à détecter que l’influence. Cela étant, il convient de respecter l’intensité croissante de l’influence des systèmes juridiques sur les normes civiles européennes, qui est proportionnelle au défaut d’autonomie de ces normes. En effet, plus une norme s’imprègne d’un autre système moins elle est autonome, ce qui conduit à s’interroger en premier lieu sur l’influence des autres ordres juridiques (§ I) avant d’aborder en second lieu les emprunts faits par le droit européen à ces mêmes ordres (§ II).

§ I - L’influence des autres ordres juridiques

50. Quoique qualifié de « *mot vague* » par le Doyen Carbonnier¹⁵³, l’influence doit s’entendre ici des prises en considération par le droit européen des autres ordres juridiques et se manifeste sous de multiples facettes¹⁵⁴. L’hétérogénéité des formes d’influence la rend parfois difficilement perceptible, en particulier ses contours, de sorte qu’il n’est pas toujours facile de déterminer avec précision le moment où l’influence commence ou celui où elle

¹⁵³ J. CARBONNIER, « Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l’influence du Code de 1804 », *D.* 1975, chron. p. 174.

¹⁵⁴ Le concept d’influence s’entend « *de l’effet objectif produit par un facteur sur un phénomène soumis à variation et de l’action volontaire d’une personne ou d’une institution sur une autre, soit par la persuasion, soit par l’exercice à son égard d’un pouvoir ou d’une autorité politique, juridique, sociale, morale ou intellectuelle* » (G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la "bénévolence" des juges », *RSC* 2005, p. 801).

cesse. Le droit européen va observer les normes voisines et les ordres juridiques pourront être ainsi interrogés et évalués. Il est encore question d'influence lorsque les souhaits étatiques se trouvent validés par le droit européen. Elle se reconnaît également lorsque les règles de droit européen renvoient à celles de droit interne. Dans ce dernier cas, l'influence résulte du fait que la norme européenne se réfère à la norme d'un autre ordre juridique¹⁵⁵. L'application du droit européen dépendra alors des règles auxquelles il a été renvoyé.

51. Une classification nécessaire doit être adoptée à ce stade de l'étude entre droit communautaire et droit émanant du Conseil de L'Europe. En effet, il ne s'agit pour l'instant que de normes civiles européennes et l'existence d'un réel droit civil européen, toutes normes et juridictions confondues, n'a pas encore été établie. Dès lors, les normes de droit civil étudiées ci-après appartiennent, sans conteste, au droit européen, mais proviennent de deux Europes distinctes, celle de la Communauté économique et celle des droits fondamentaux. Le brassage entre les normes des deux Europes n'ayant pas encore été effectué, la dualité des sources permet de distinguer les normes civiles communautaires sous influence (A) des normes civiles du Conseil de l'Europe sous influence (B).

A / Des normes civiles communautaires sous influence

52. Cette influence se distingue selon son origine : elle provient soit des droits nationaux, soit du droit international. Dans le premier cas, elle peut être qualifiée d'influence ascendante puisqu'elle se caractérise par un mouvement de bas en haut. Cette hypothèse suggère que l'influence monte des États vers le droit communautaire. L'influence du droit international, quant à elle, peut être assimilée à une influence latérale, c'est-à-dire qui émane de droits se

¹⁵⁵ L'influence peut se voir scientifiquement déduite grâce à une méthode similaire à celle des méthodes de concordance et des variations concomitantes. L'expression a été employée par J. CARBONNIER (« Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804 », *D.* 1975, chron. p. 174) mais elle a été proposée par J. S. MILL dans *Le système de logique déductive et inductive* (par L. PEISSE, traduit par M. DOMINICY, éditions P. Mardaga, Bruxelles, 1988) puis reprise notamment par E. DURKHEIM. Il s'agit d'une méthode visant à établir un rapport de causalité. Il se peut par exemple que le droit européen se modifie précisément à la suite de modifications des législations internes ou du droit international. Les variations des droits en cause seront dites « concomitantes », à condition que la modification du droit européen soit, au regard de cette méthode, à la fois simultanée et proportionnelle. La simple influence, elle, se révèle plus facile à établir dans la mesure où elle résulte de simples procédés de concordance et de différence entre le droit européen et les droits nationaux ou le droit international, procédés desquels découlera une relation causale. Cela étant, des précautions méthodologiques doivent être prises lorsqu'il s'agit de mesurer les influences d'un système de droit sur un autre, ou encore d'un juge sur un autre, tant il semble impossible d'identifier tous les facteurs de modification, y compris ceux de nature extra-juridiques et tant il demeure improbable de détecter quel facteur a agi en premier.

situant sur les côtés du droit communautaire. Il en résulte que les normes civiles communautaires subissent soit une influence ascendante (1°), soit une influence latérale (2°).

1° L'influence ascendante sur les normes civiles communautaires

53. Comme le relève J. Raynard, le droit communautaire incite « à une confiance bonhomme » parce qu'il s'agit d' « un droit empreint de convenances à l'égard des dispositions nationales »¹⁵⁶. Cette convenance se remarque particulièrement en droit civil et se déduit d'un comportement respectueux du droit communautaire à l'égard de l'existence d'un consensus au sein des États membres, d'une convergence des droits internes ou encore d'une communauté de vues. Si un tel consensus existe sur la solution d'un litige ou sur une interprétation, le législateur, ou le juge communautaire, fera sienne la solution commune aux États membres et de ce consensus, hissé au niveau communautaire, résultera une règle communautaire. Il se peut cependant qu'un tel consensus n'existe pas entre les États membres mais l'influence n'en est pas moindre puisque c'est alors derrière cette absence de communauté de vues que le droit communautaire va se retrancher. De nombreux exemples viennent illustrer ce procédé.

54. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte DFUE)¹⁵⁷, proclamée le 7 décembre 2000, démontre que le droit communautaire s'inspire des convergences des droits internes des divers États membres. En effet, dans son préambule, cette dernière « réaffirme dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres (...) ». Ainsi, cette Charte précise elle-même qu'elle ne fait que réaffirmer des droits résultant

¹⁵⁶ J. RAYNARD, « Sources européennes communautaires », *RTD civ* 2002, p. 871. *Contra* « Les organes communautaires jouissent d'une indépendance complète vis-à-vis des législations nationales en ce qui concerne l'élaboration des règlements » (L.-J. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *RTD eur.* 1966, p. 11). F. OST adopte une position intermédiaire car pour lui, la nature de la construction européenne relève à la fois du modèle fédéral et confédéral, ce qui rend l'Europe à la fois autonome et dépendante de traités dont les États restent maîtres. Aussi, pour l'éminent auteur, le débat apparaît indécidable (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 69 et s.)

¹⁵⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, *JO C* 364, du 18/12/2000, p. 1. Sur ce sujet voir entre autres, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La convention sur la charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMCUE* 2000, p. 223 ; F. BENOÎT-ROHMER, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001 p. 1483 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE* 2004, 5-6, p. 663 ; G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 327.

des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres. Or cette Charte, à l’instar de la Conv EDH, aborde des droits relatifs au droit civil tels que le respect de la vie privée, de la vie familiale, de la propriété ou du droit au mariage qui ne sont en réalité que le reflet des droits civils nationaux.

55. La jurisprudence communautaire est également significative en matière de prise en compte des communautés de vues existant entre États membres. Dans l’arrêt *Nold contre la Commission*¹⁵⁸ relatif à des restrictions commerciales entraînant une atteinte au droit de propriété de la requérante, la CJCE s’inspire très clairement des convergences des droits internes et des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Dès lors, elle ne peut admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États¹⁵⁹. Comme le relève P. Pescatore, « *la prise en considération des garanties données aux droits fondamentaux du citoyen par les diverses constitutions nationales constitue une source d’inspiration* »¹⁶⁰, notamment en droit civil puisqu’il s’agit ici du droit de propriété privée. La Cour va même plus loin en matière de droit de propriété et d’influence des États membres dans l’arrêt *Hauer*¹⁶¹ relatif pour sa part à la compatibilité, avec la protection du droit de propriété, d’une interdiction de plantation nouvelle de vignes édictée par un règlement pris dans le cadre de l’organisation commune des marchés viti-vinicoles. Tout comme dans l’arrêt *Nold*, la Cour va constater que « *le droit de propriété est garanti dans l’ordre juridique communautaire conformément aux conceptions communes aux Constitutions des États membres* »¹⁶². Le juge communautaire conclut, au regard des règles et des pratiques constitutionnelles des États membres, que le législateur est autorisé à réglementer l’usage de la propriété privée dans l’intérêt général¹⁶³ et que ce type de restriction est connu et admis comme légitime dans l’ordre constitutionnel de tous les États membres¹⁶⁴. Ce faisant, la Cour ne s’inspire pas uniquement de la conception commune aux États membres du droit de propriété, mais également de l’ensemble des atteintes qui peuvent, de façon licite, y être portées.

¹⁵⁸ CJCE 14 mai 1974 affaire C- 4/73, J. Nold c/ Commission, *Rec.* p. 491.

¹⁵⁹ *Ibid.*, point 3 de l’arrêt.

¹⁶⁰ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC* 1980, p. 341.

¹⁶¹ CJCE 13 décembre 1979 affaire C- 44/79, L. Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz, *Rec.* p. 3727.

¹⁶² *Ibid.*, point 17 de l’arrêt.

¹⁶³ *Ibid.*, point 20 de l’arrêt.

¹⁶⁴ *Ibid.*, point 22 de l’arrêt.

56. Le droit communautaire a également subi l'influence des convergences des droits internes lorsqu'il s'est agi d'interpréter la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Dans deux arrêts, *LTU contre Eurocontrol*¹⁶⁵ et *Gourdain contre Franz Nadler*¹⁶⁶, respectivement en date des années 1976 et 1979, la CJCE procède à une juxtaposition des législations nationales afin d'interpréter cette Convention. Il s'agissait dans la première espèce de recouvrement de redevances dues par une personne de droit privé à un organisme national ou international de droit public. L'interprétation de la notion de « *matière civile et commerciale* » se trouvait concernée puisque cette notion sert à délimiter le champ d'application de la Convention. La Cour pose un principe d'interprétation autonome et précise qu'il importe « *de ne pas interpréter les termes de cette disposition comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés* »¹⁶⁷. Eu égard à cette précision, il semblait alors logique que le juge communautaire interprète lui-même la notion de matière civile et commerciale en se détachant du droit des États membres afin de lui octroyer un sens communautaire. Cependant, la Cour, en guise de solution, interprète la notion en se référant « *d'une part aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux* »¹⁶⁸. Si la Cour, dans un premier temps, semble vouloir se dégager de l'influence d'un État, elle retombe quelques paragraphes suivants sous le coup de l'influence non d'un seul État, mais d'un consensus ralliant l'ensemble des États membres.

57. Elle procède de même dans la seconde espèce, l'arrêt *Gourdain*, dans lequel la question essentielle était de savoir si le litige pouvait être assimilé à une « *faillite* », cette procédure étant exclue de la matière civile et commerciale objet de la Convention de 1968. Le juge communautaire affirme tout d'abord que « *la notion de matière civile et commerciale ne saurait être interprétée en fonction de la seule répartition de compétences entre les différents ordres juridictionnels existant dans certains États* »¹⁶⁹, après quoi il ajoute que cette notion doit être une notion autonome. Cependant, pour la Cour, une telle notion autonome doit être interprétée en se référant « *d'une part aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit*

¹⁶⁵ CJCE 14 octobre 1976 affaire C- 29/76, *LTU c/ Eurocontrol*, *Rec.* p. 1541.

¹⁶⁶ CJCE 22 février 1979 affaire C- 133/78, *H. Gourdain c/ F. Nadler*, *Rec.* p. 733.

¹⁶⁷ CJCE 14 octobre 1976 affaire C- 29/76, *LTU c/ Eurocontrol*, point 3 de l'arrêt, *Rec.* p. 1541.

¹⁶⁸ *Ibid.*, point 5 de l'arrêt.

¹⁶⁹ CJCE 22 février 1979 affaire C- 133/78, *Gourdain c/ Franz Nadler*, point 3 de l'arrêt, *Rec.* p. 733.

nationaux »¹⁷⁰. C'est ainsi la formule de l'arrêt *LTU contre Eurocontrol* qui réapparaît. Quel intérêt peut-il y avoir à préciser qu'une notion est autonome si la Cour prend par la suite appui sur le droit des États membres afin de l'interpréter ? La Cour poursuit en précisant qu'en ce qui concerne les faillites, « *selon les diverses législations des parties contractantes* »¹⁷¹, il est nécessaire, pour que les décisions soient exclues du champ d'application de la Convention, qu'elles dérivent directement de la faillite et s'insèrent étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. De fait, si la Cour interprète la notion en fonction des diverses législations des parties contractantes, il ne peut s'agir d'une notion autonome.

58. La législation communautaire elle-même atteste de l'influence des droits internes. L'article premier de la proposition de règlement Rome I¹⁷², qui vise à déterminer le champ d'application matériel du texte, prévoit de qualifier les obligations pré-contractuelles d'obligations délictuelles. Elles seraient en conséquence régies par le futur instrument « Rome II ». Or, une telle qualification se trouve justifiée par le fait qu'elle ne vient que « *confirmer l'analyse de la majorité des systèmes juridiques dans l'Union* »¹⁷³. Le défaut d'autonomie se trouve ainsi largement exprimé.

59. De même, en matière familiale, le juge communautaire peut parfois être amené à s'inspirer non de l'existence d'un consensus ou d'une communauté de vues mais au contraire de son absence. L'arrêt *Florence Reed contre l'État néerlandais*¹⁷⁴ démontre à quel point le droit positif des États marque la Cour de justice. Cet arrêt concerne la libre circulation des personnes et le droit de séjour, dans un État membre, du partenaire non marié. On se rappellera que la requérante s'était vue refuser par les autorités néerlandaises le droit d'accompagner son partenaire non marié britannique, employé aux Pays-Bas. Les ressortissants néerlandais, quant à eux, avaient la possibilité de faire venir aux Pays Bas leur partenaire de nationalité étrangère. L'affaire soulève alors deux problèmes : le premier réside dans l'assimilation du partenaire non marié au conjoint. Il se trouverait par là même autorisé,

¹⁷⁰ CJCE 22 février 1979 affaire C- 133/78, Gourdain c/ Franz Nadler , point 3 de l'arrêt, *Rec.* p. 733.

¹⁷¹ *Ibid.*, point 4 de l'arrêt.

¹⁷² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, COM (2005) 650 final du 15 décembre 2005, voir à ce sujet C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, n° 19, 9, p. 1262.

¹⁷³ « Le point (i) propose une qualification des obligations précontractuelles qui, d'après les contributions, confirme l'analyse de la majorité des systèmes juridiques dans l'Union » (point 4. 2 article 1^{er} de la proposition COM (2005) 650 final du 15 décembre 2005).

¹⁷⁴ CJCE 17 avril 1986 affaire C- 59/85, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, *Rec.* p. 1283.

d'après l'article 10 § 1 du règlement 1612/68¹⁷⁵ applicable à la cause, à s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre. Le second problème concerne quant à lui directement la législation de l'État néerlandais et revient à évaluer si elle entraîne ou non une discrimination à l'égard des ressortissants des autres États membres ; discrimination alors fondée sur la nationalité et proscrite par le droit communautaire. Concernant la définition du « conjoint », la Cour constate qu'aucune disposition du droit communautaire ne définit une telle notion. Elle poursuit en affirmant qu' « on ne pourrait guère parler d'un consensus sur l'éventuelle assimilation de partenaires non mariés aux époux »¹⁷⁶. L'interprétation d'une telle notion doit être, selon la Cour, fondée sur l'évolution de la société et doit se faire par un examen de la situation dans l'ensemble de la Communauté¹⁷⁷. Puisque rien, aux yeux de la Cour, ne démontre d'évolution sociale justifiant l'assimilation du partenaire non marié au conjoint, elle en déduit que l'utilisation du terme « conjoint » par l'article 10 du règlement vise seulement un rapport fondé sur le mariage¹⁷⁸. Ce faisant, elle se fonde sur l'ensemble des législations nationales ainsi que sur l'absence de consensus, au moment de l'arrêt, quant à l'assimilation du partenaire non marié au conjoint. Une telle influence l'amène à interpréter restrictivement la notion de conjoint.

60. Il est intéressant de constater que sur cette question, la législation communautaire a évolué. Si l'arrêt *Reed* s'aligne sur l'absence de consensus entourant l'assimilation du partenaire non marié au conjoint au moment où il a été rendu, la directive de 2003 relative au droit au regroupement familial¹⁷⁹ fait de même, à cette différence près que depuis l'époque de l'arrêt *Reed*, un consensus est apparu. Le texte de 2003 a tenu compte du mouvement convergent des législations nationales en faveur des partenaires non mariés. Ainsi, à l'instar de la solution de l'arrêt *Reed* qui s'accordait en 1986 avec les législations nationales, le texte de 2003 s'aligne sur les droits internes, en autorisant le regroupement familial pour un partenaire non marié.

¹⁷⁵ « Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité: a) son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge (...) » (cf. article 10§1 du règlement 1612/68 du Conseil, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, du 15 octobre 1968, JO L 257 du 19/10/1968, aujourd'hui abrogé par la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JO L 158 du 30/04/2004, p. 77).

¹⁷⁶ CJCE 17 avril 1986 affaire C- 59/85, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, point 11 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, point 13 de l'arrêt.

¹⁷⁸ *Ibid.*, point 15 de l'arrêt.

¹⁷⁹ Directive 2003/86 du Conseil, relative au droit au regroupement familial du 22 septembre 2003, JO L 251 du 3/10/2003, p. 12.

61. Une autre influence ascendante se dégage de l'arrêt *Reed*. En effet, l'État néerlandais, concernant ses propres nationaux, avait fait le choix d'assimiler le partenaire non marié au conjoint. Suite au refus de la CJCE de procéder à une telle assimilation, il aurait paru logique que la Cour refuse ce choix opéré par l'État néerlandais. En effet, l'interprétation du droit communautaire aurait dû s'imposer. Contre toute attente, la Cour prend acte de l'interprétation néerlandaise et loin de la condamner, l'avalise. Elle décide que, puisque telle est l'interprétation de la notion de « conjoint » en droit néerlandais, les autorités nationales doivent certes l'appliquer à leurs ressortissants, mais également aux travailleurs ressortissants des autres États membres¹⁸⁰. Comme tel n'était pas le cas, la législation néerlandaise entraînait une discrimination fondée sur la nationalité. En conséquence, le juge communautaire, après avoir observé l'interprétation donnée par les États membres de la notion de conjoint, aboutit à une interprétation communautaire qu'il n'applique pourtant pas, par respect de la législation néerlandaise. Le juge communautaire utilise ainsi les législations nationales afin d'interpréter une notion qui, pourtant, découle de l'un de ses instruments, en l'espèce un règlement communautaire. Une fois l'interprétation communautaire énoncée, il se retient de l'appliquer dans un État membre qui précisément interprète la notion dans un sens différent. Il semble difficile de ne pas en déduire qu'en matière de norme civile, le droit communautaire est influencé par les droits nationaux. L'influence apparaît ainsi double dans l'arrêt *Reed* : tout d'abord l'influence des États membres dans une approche générale puis, dans un deuxième temps, l'influence de l'État néerlandais en particulier. Si le juge communautaire ne fait que « prendre acte du choix opéré par le droit national »¹⁸¹ sans ajouter un quelconque apport précisément communautaire, la question est celle de savoir s'il s'agit encore de droit communautaire.

62. La même influence des convergences ou au contraire de l'absence de convergence des droits internes, se retrouve en matière de regroupement familial. Le législateur communautaire a, par exemple, tenu compte de l'existence d'un consensus entre les États membres lorsqu'il a rejeté le regroupement familial polygamique. Cette solution a été retenue par le droit communautaire eu égard à la solution commune des États membres sur cette question. On ne saurait nier que c'est précisément l'existence du consensus dans ce domaine qui a influencé le droit communautaire.

¹⁸⁰ CJCE 17 avril 1986 affaire C- 59/85, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, point 29 de l'arrêt, *Rec.* p. 1283.

¹⁸¹ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 523.

63. Cette influence se retrouve en matière de reconnaissance par le droit communautaire des relations homosexuelles notamment dans l'arrêt *Grant contre South West Trains Ltd*¹⁸². En l'espèce, une société de chemins de fer octroyait des réductions à ses agents ainsi qu'à leur conjoint et concubin à condition qu'une relation stable existe entre eux depuis au moins deux ans. Madame Grant, agent de la société, estimait remplir cette dernière condition puisqu'elle vivait avec son amie depuis plus de deux ans. Souhaitant ainsi pouvoir bénéficier des réductions, elle se confronta néanmoins au refus de son employeur. Interrogée, la CJCE répondit à la question de savoir s'il s'agissait là d'une discrimination fondée sur le sexe, discrimination sans conteste prohibée. Pour le juge communautaire, la condition fixée par le règlement de l'entreprise ne saurait être regardée comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe dans la mesure où un travailleur masculin se verrait refuser les avantages accordés s'il vivait avec une personne n'appartenant pas au sexe opposé. La Cour doit alors examiner si l'application de la condition de relation stable depuis deux ans opposée au couple de concubins hétérosexuels s'applique aux concubins homosexuels. Cela revient à assimiler personnes mariées, personnes qui entretiennent une relation stable avec un partenaire du sexe opposé et personnes qui entretiennent une relation stable avec un partenaire du même sexe.

64. Confrontée à cette délicate question, la Cour va se retrancher derrière l'absence de consensus entre les États membres. Elle étudie d'abord les législations nationales : « *en ce qui concerne le droit des États membres, si, dans certains d'entre eux, la communauté de vie entre deux personnes du même sexe est assimilée au mariage, quoique incomplètement, dans la plupart des États membres, elle n'est assimilée aux relations hétérosexuelles stables hors mariage que pour un nombre limité de droits ou bien ne fait l'objet d'aucune reconnaissance particulière* »¹⁸³. Puis, la Cour parvient à la conclusion suivante, indéniablement marquée par les droits nationaux : « *en l'état actuel du droit au sein de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé* »¹⁸⁴. Dès lors, la requérante ne pouvait bénéficier des tarifs préférentiels et cela sans pouvoir se prétendre victime d'une discrimination.

¹⁸² CJCE 17 février 1998 affaire C- 249/96, *Grant c/ South-West trains Ltd*, *Rec.* p. 621 ; *RTDH* 1999, p. 399, note P. LENOIR.

¹⁸³ *Ibid.*, point 32 de l'arrêt.

¹⁸⁴ *Ibid.*, point 35 de l'arrêt.

65. Dans son arrêt *D. et Royaume de Suède contre le Conseil*¹⁸⁵, la Cour estime de manière analogue « qu'il est constant que le terme de « mariage », selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent »¹⁸⁶. Elle s'appuie, de la même façon que dans l'arrêt *Grant*, sur le droit des États membres. La Cour prend en considération, non pas la vision autonome qu'elle pourrait avoir du mariage mais la « définition communément admise par les États membres ». La Cour suit dans cet arrêt l'absence de communauté de vues entre les États quant à la reconnaissance des partenariats entre personnes de même sexe ou de sexe différent. L'absence générale, au sein des législations nationales, d'assimilation entre le mariage et les autres formes d'union légales, influence considérablement la Cour.

66. Il faut également évoquer des exemples de cette influence ascendante en dehors du droit de la famille. En droit des contrats, la Commission des Communautés européennes a convié une commission pour le droit européen des contrats, présidée par le professeur O. Lando, à mener une étude sur les principes du droit européen des contrats. La publication de ces principes démontre l'influence qu'ont pu avoir, en ce domaine, les droits nationaux. Bien entendu, il ne s'agit pas ici d'un texte à valeur contraignante, ni même d'une décision du juge communautaire. Ces principes ne bénéficient pas d'une légitimité sans faille mais ils découlent directement d'une requête de la Commission. Or, l'intérêt de ces principes réside dans l'affirmation suivant laquelle ils ne sont que le reflet du « fonds commun des systèmes européens »¹⁸⁷.

67. Par ailleurs, l'arrêt *Hoechst contre la Commission* du 21 septembre 1989¹⁸⁸ mérite d'être mentionné en ce qu'il démontre une influence en matière de droit civil, plus précisément sur le droit à l'inviolabilité du domicile. Ce droit, dont bénéficient les personnes physiques, est-il applicable aux entreprises ? Pour la Cour, la reconnaissance du droit à l'inviolabilité du domicile s'impose dans l'ordre juridique communautaire « en tant que principe commun aux États membres »¹⁸⁹. De là, doit être constaté un premier niveau d'influence des législations nationales. La Cour ajoute : « il n'en va pas de même en ce qui

¹⁸⁵ CJCE 31 mai 2001 affaires C- 122/99 et C-125/99, *D. et Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne*, *Rec.* p. 4319, *D.* 2001, p. 3380, note A. DEVERS et C. NOURISSAT.

¹⁸⁶ *Ibid.*, point 34 de l'arrêt.

¹⁸⁷ I. DE LAMBERTERIE, *Principes du droit européen du contrat : L'exécution, l'inexécution et ses suites : version française*, La documentation française, 1997, p. 18. Cité également par J. RAYNARD, *RTD civ* 1998, p. 1006.

¹⁸⁸ CJCE 21 septembre 1989 affaires C- 46/87 et 227/88, *Hoechst AG c/ Commission*, *Rec.* p. 2859.

¹⁸⁹ *Ibid.*, point 17 de l'arrêt.

concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des États membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques »¹⁹⁰. Le second niveau d'influence apparaît alors. La Cour adopte ici non seulement le principe de protection du domicile, commun aux États, mais également l'absence de consensus quant à l'application d'un tel principe aux locaux commerciaux. Le droit communautaire subit dès lors l'influence des principes nationaux mais également les exceptions nationales à ces principes. À l'instar de l'évolution ayant bénéficié au partenaire non marié et que le droit communautaire a suivie, l'évolution en matière d'inviolabilité du domicile des personnes morales a également été prise en compte par le juge communautaire. Elle résulte également d'un mouvement convergent des droits internes et international en faveur d'une protection sur lequel le droit communautaire s'est aligné dans son arrêt *Roquette Frères SA*¹⁹¹.

68. Le droit de la consommation se trouve également concerné par le mécanisme de l'influence ascendante. Un arrêt rendu par la CJCE le 22 novembre 2001¹⁹² est susceptible d'illustrer une telle influence des droits nationaux sur les normes civiles communautaires. Cet arrêt *Cape Snc contre Idealservice* concerne la définition de la notion de consommateur. Une société de distributeurs automatiques de boissons avait conclu un contrat avec deux sociétés italiennes afin que des distributeurs soient installés dans les locaux de celles-ci. Des clauses attributives de compétence avaient été insérées au contrat et les sociétés italiennes ont soulevé leur caractère abusif. L'affaire est portée devant la CJCE qui doit se prononcer sur l'application de la protection consumériste aux personnes morales. Pour la Cour, la notion de consommateur, telle qu'envisagée par la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, ne vise que les personnes physiques. Elle refuse donc la protection consumériste aux personnes morales. La Cour s'inspire en cela d'une « *dimension économique historiquement liée à la qualité de consommateur* »¹⁹³. Assurément, même si les contours de la notion de consommateur sont imprécis en France et que la jurisprudence a déjà admis la possibilité pour les personnes morales de se prévaloir de la qualité de consommateur¹⁹⁴,

¹⁹⁰ CJCE 21 septembre 1989 affaires C- 46/87 et 227/88, Hoechst AG c/ Commission, *Rec.* p. 2859, point 17 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹¹ CJCE 22 octobre 2002 affaire C- 94/00, Roquette Frères SA, *Rec.* p. 9011 ; *Europe* 2002, n° 12, p. 6, note E. MEISSE.

¹⁹² CJCE 22 novembre 2001 affaires C- 541/99 et C- 542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice, *Rec.* p. 9049, *JCP* 2002, éd. G, 10047, note G. PAISANT, *RED conso*, 2001, p. 341, note L. BERNARDEAU.

¹⁹³ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2002, p. 400.

¹⁹⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 28 avril 1987, *D.* 1988, I, note P. DELEBECQUE ; *JCP* 1987, éd. G., II, 10892, note G. PAISANT ; *RTD civ* 1987, p. 548, obs. J. MESTRE.

l'activité de consommation se conçoit dans les droits nationaux comme l'acte d'utilisation final d'un bien, par opposition aux activités de production et de distribution¹⁹⁵. Or, l'objet social d'une personne morale ne saurait se réduire à un simple acte de consommation ou de destruction d'un bien. Cette conception commune aux États membres (Suède, Royaume Uni, Irlande, Italie¹⁹⁶...), qui ne se révèle pas favorable à l'application de la notion de consommateur aux personnes morales, a sans aucun doute influencé le juge communautaire.

69. Pour poursuivre en droit de la consommation, H. Aubry constate également, dans sa thèse, divers exemples d'influence du droit français sur le droit communautaire¹⁹⁷. Elle déclare, entre autres, que les dispositions communautaires relatives au droit de rétractation, notamment en matière de contrats à distance¹⁹⁸, semblent avoir été nettement inspirées par le droit français¹⁹⁹. S'il a pu être démontré que le droit communautaire, en matière civile, pouvait être influencé par les normes communément acceptées ou réfutées par les États membres, il est une autre source d'influence à constater, celle provenant du droit international.

2° L'influence latérale sur les normes civiles communautaires

70. L'influence latérale, à la différence de l'influence ascendante, ne provient pas des États mais du droit international, c'est à dire d'un système se situant au même niveau que le droit communautaire qui, bien que régional, s'apparente au droit international. L'arrêt *Parlement contre Conseil*, dans lequel la CJCE interprète la directive 2003/86 relative au regroupement familial, donne l'occasion au juge communautaire de faire référence à de nombreuses sources du droit international telles la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989²⁰⁰, la charte sociale européenne du 18 octobre 1961, la charte sociale européenne modifiée du 3 mai 1987, la convention européenne relative au statut juridique du

¹⁹⁵ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2002, *op. cit.*

¹⁹⁶ Cf. G. PAISANT, note sous CJCE 22 novembre 2001 affaires C- 541/99 et C- 542/99, *Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice*, *JCP* 2002, *éd. G.*, 10047.

¹⁹⁷ Qui ne peuvent qu'être énoncés ici. Pour plus de détails, se reporter à la thèse d'H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 95, n° 64.

¹⁹⁸ Voir, notamment, l'article 6 de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *JO L* 144 du 04/06/1997, p. 19.

¹⁹⁹ L'auteur affirme également que la notion de conformité aux attentes légitimes des consommateurs est inspirée des législations danoise et néerlandaise (H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, p. 111, n° 85). Pour S. CALMES, le principe de confiance légitime provient lui du droit allemand (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2001). A propos de la distinction entre attente et croyance légitimes, voir M.-P. PEIS-HITIER, « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contracts », *LPA* 25 janvier 2006, p. 9 et s. L'auteur rapproche les deux notions et affirme qu'elles reposent sur une idée commune, celle de crédit public.

²⁰⁰ CJCE 27 juin 2006 affaire C- 540/03, *Parlement c/ Conseil*, point 57 de l'arrêt, *op. cit.*

travailleur migrant du 24 novembre 1977²⁰¹, ou encore le pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁰².

71. Un autre instrument international influence particulièrement le droit communautaire en matière de normes civiles. Il s'agit de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. C'est notamment dans la directive CE 1999-44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation que cette influence peut se constater, comme cela a été souligné par certains auteurs²⁰³. Cependant, au sein de la doctrine, il n'a été question que « d'influence » entendue de manière large, sans distinction entre l'influence simple et le véritable emprunt. Or, s'il ne fait aucun doute que le droit communautaire a été influencé par la Convention de Vienne, particulièrement en matière civile, il lui a également emprunté des notions. L'influence se trouve démontrée par la nouvelle génération des doubles délais extinctifs, prévus dans la directive du 25 mai 1999 et inspirés par la Convention de Vienne. J. Raynard prétend à ce sujet que délais de forclusion et de prescription se sont « *acoquinés* »²⁰⁴. Tout comme les articles 1386-16 et 1386-17 l'avaient déjà fait, découlant de la transposition littérale des articles 10 et 11 de la directive du 25 juillet 1985, la directive du 25 mai 1999 dans son article 5, juxtapose un délai propre à l'extinction du droit et un délai extinctif de l'action :

« 1. La responsabilité du vendeur prévue à l'article 3 est engagée lorsque le défaut de conformité apparaît dans un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien. Si, en vertu de la législation nationale, les droits prévus à l'article 3, paragraphe 2, sont soumis à un délai de prescription, celui-ci n'expire pas au cours des deux ans qui suivent la délivrance.

2. Les États membres peuvent prévoir que le consommateur, pour bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté (...).

²⁰¹ *Ibid.*, point 107 de l'arrêt.

²⁰² *Ibid.*, point 37 de l'arrêt.

²⁰³ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, *op. cit.*, p. 441 ;

O. TOURNAFOND, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *D.* 2000, p. 159 ; M. TROCHU, « Vente et garanties des biens de consommation: directive CE n° 1999-44 du 25 mai 1999 », *D.* 2000, p. 121 ; S. JOLY, « La nouvelle génération des doubles délais extinctifs », *D.* 2001, p. 1450.

²⁰⁴ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, *op. cit.*, p. 443.

72. L'article 5 mentionne donc deux délais distincts, un délai de déchéance du droit (article 5.1) ainsi qu'un délai de prescription de l'action en justice (article 5.2). Cette conjonction²⁰⁵ s'inspire, pour S. Joly, de l'articulation de la Convention de Vienne et de la Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises²⁰⁶. En effet, l'article 39 de la Convention de Vienne dispose :

« 1) L'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au vendeur, en précisant la nature de ce défaut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il l'a constaté ou aurait dû le constater.

2) Dans tous les cas, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises, à moins que ce délai ne soit incompatible avec la durée d'une garantie contractuelle.

73. La Convention de Vienne prévoit un délai de déchéance du droit de deux ans alors que la Convention de New York prévoit que l'action fondée sur un défaut de conformité s'éteint quatre ans après la remise de la marchandise²⁰⁷. La directive, pour sa part, juxtapose les deux délais. L'article 39 de la Convention de Vienne évoque bien une simple « *déchéance du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité* » qui n'est pas un délai de prescription de l'action²⁰⁸.

Les mêmes délais de responsabilité du vendeur, délais qui ont pour objet l'extinction du droit et non l'extinction de l'action, se retrouvent dans la Convention de Vienne et dans la directive : deux ans à compter de la délivrance du bien pour l'article 5. 1 et deux ans également à compter de la remise des marchandises pour l'article 39. 2. Ainsi, au bout de deux années, le vendeur voit sa responsabilité déchargée au regard des deux textes. De plus, le délai d'information de deux mois du vendeur par le consommateur du défaut de conformité

²⁰⁵ Selon l'expression de S. JOLY, « La nouvelle génération des doubles délais extinctifs », *op. cit.*, p. 1450.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Voir les articles 8 « *Le délai de prescription est de quatre ans* » et 10. 2 « *Une action fondée sur un défaut de conformité de la chose peut être exercée à partir de la date à laquelle la chose a été effectivement remise à l'acheteur ou l'offre de remise de la chose refusée par l'acheteur* » de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, du 14 juin 1974, <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/publications/publications.html>.

²⁰⁸ « *Le délai préfix de deux ans mentionné au deuxième alinéa de cet article (39 Convention de Vienne) ne vise pas une action en justice* » selon D. PARDOËL, note sous CA Grenoble 13 septembre 1995, *RCDIP* 1996, p. 666.

mentionné à l'article 5. 2 de la directive s'inspire directement du délai de dénonciation du défaut de conformité de la marchandise dans un délai raisonnable de l'article 39. 1 de la Convention de Vienne.

74. L'empire de la Convention de Vienne s'étend également à la directive 2005/29 du 11 mai 2005 relative à la protection des consommateurs vis-à-vis des pratiques commerciales déloyales²⁰⁹. Touchant le droit civil en ce qu'elle établit un régime de protection pour les consommateurs, cette directive révèle l'influence de la Convention de Vienne en consacrant la notion d'« invitation à l'achat », qui se rapproche sensiblement de l'offre telle qu'elle apparaît dans le texte de 1980²¹⁰. En n'utilisant pas le terme d'offre mais celui d'« invitation à l'achat », la directive de 2005 s'aligne sur la terminologie de la Convention de Vienne qui, déjà, faisait référence en son article 14 à la notion d'« invitation à l'offre ». Le rapprochement des termes traduit une influence, ne serait-ce que terminologique. Par ailleurs, le contenu de la notion d'invitation à l'achat concorde parfaitement avec celui de l'offre résultant de la Convention de Vienne, en particulier sur la nécessité de préciser le prix de la marchandise ou, à défaut, les indications permettant de le calculer. Ainsi, ce phénomène d'influence latérale en matière civile s'affirme et s'étend de façon considérable. Il existe une véritable empreinte de textes de droit international sur les normes civiles communautaires. Il n'en va pas différemment des normes du Conseil de l'Europe.

B / Des normes civiles du Conseil de l'Europe sous influence

75. À l'instar des normes civiles communautaires, il faut remarquer le défaut d'autonomie, considérablement visible²¹¹, des normes civiles du Conseil de l'Europe. Une nuance s'impose toutefois à propos des normes communautaires car les exemples seront essentiellement d'ordre jurisprudentiel tant, en ce domaine, la Cour EDH joue un rôle considérable. À l'exception de cette différence, comme pour les normes civiles communautaires, la distinction entre influence ascendante (1°) et latérale (2°) met en relief les différents niveaux d'influence relevés sur les normes civiles du Conseil de l'Europe.

²⁰⁹ Directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur du 11 mai 2005, JO L 149 du 11/06/2005, p. 22.

²¹⁰ Cf. C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, n° 19, 7, p. 1261.

²¹¹ La doctrine constate d'ailleurs ce défaut d'autonomie, et il est singulier que les auteurs les plus avertis sur cette question exercent justement des fonctions juridictionnelles. En ce sens voir J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, n° 57, p. 101 ; G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la "bénévolence" des juges », *RSC* 2005, p. 799.

1° L'influence ascendante sur les normes civiles du Conseil de l'Europe

76. Le droit européen des droits de l'homme ne procède guère différemment du droit communautaire en matière de normes de droit civil. Le juge strasbourgeois se trouve fortement influencé par les droits nationaux dans la mesure où il accorde une grande importance à l'existence ou l'absence de consensus entre les États parties. Il scrute les droits internes afin d'apprécier si un consensus est avéré. S'il existe une communauté de vues ou un dénominateur commun, la Cour européenne s'en inspire, tout comme l'absence de dénominateur commun entraîne dans la plupart des cas une certaine retenue judiciaire²¹². La Cour peut même, afin de confirmer la véracité d'une communauté de vues, se fonder sur des textes nationaux sans valeur juridique. Dans la même perspective, la Cour européenne s'inspire, non pas d'un consensus existant entre plusieurs États, mais de données nationales d'un seul État²¹³. Elle s'appuie alors sur les particularités d'un pays et l'influence ne provient alors que d'un système interne. Le contexte local joue ainsi davantage en droit européen des droits de l'homme qu'en droit communautaire²¹⁴. L'influence ascendante se scinde par conséquent en deux procédés qu'il convient de distinguer. En effet, soit la Cour EDH va être guidée par un consensus (a), soit elle va s'inspirer de particularités locales (b).

a. L'influence de consensus des droits nationaux

77. Une telle influence des droits nationaux sur le droit du Conseil de l'Europe peut tout d'abord se percevoir à travers le droit pertinent cité dans l'arrêt et sur lequel la Cour EDH se fonde afin de rendre sa décision. Il est des arrêts dans lesquels le juge strasbourgeois ne s'inspire pas de la législation nationale mais de simples rapports ou travaux n'ayant aucune valeur juridique. Il faut citer pour exemple le célèbre arrêt *Mazurek contre la France*²¹⁵ dans lequel figure, au titre du droit pertinent, un rapport du Conseil d'État de mai 1990²¹⁶ préconisant la suppression de la discrimination successorale affectant les enfants adultérins,

²¹² Selon l'expression de E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 85.

²¹³ Ces « données nationales » peuvent recouvrir la législation, la jurisprudence, l'opinion publique ou encore un consensus national.

²¹⁴ Cela n'a rien de surprenant eu égard notamment aux rôles respectifs de ces deux branches du droit européen, en cela voir *supra* n° 1 où est distingué l'ordre juridique d'intégration de l'ordre juridique d'harmonisation.

²¹⁵ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, *RTD civ* 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2000, *éd. G*, 10286, p. 643, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD civ* 2000, p. 311, note J. HAUSER ; *JCP* 2001, *éd. G*, I, 293, p. 249, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 2000, n° 41, chronique p. 626, note B. VAREILLE ; *GACEDH* n° 44.

²¹⁶ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, point 19 de l'arrêt, *op. cit.*

mais également le rapport Théry, du 14 mai 1998²¹⁷, qui critiquait le statut inégalitaire de ces enfants, ainsi que le rapport Dekeuwer-Défossez, du 14 septembre 1999²¹⁸, proposant d'abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin. Ces travaux constituent des travaux de recherche nationaux et n'appartiennent pas au droit européen. Or, la Cour les utilise en guise de support afin de démontrer le consensus croissant relatif à l'égalité des filiations et faire ainsi évoluer l'interprétation de la Conv EDH. Ces travaux prônant l'égalité des filiations ont sans doute signifié à la Cour européenne que le temps était venu de condamner la France pour le sort qu'elle réservait aux enfants adultérins. Le rapport du groupe d'évaluation sur la politique relative à l'homosexualité a, de façon similaire, été largement étudié et utilisé par la Cour dans son arrêt *Smith et Grady contre le Royaume-Uni* de 1999 relatif à la révocation des requérants de l'armée en raison de leur homosexualité²¹⁹. Il en a été de même dans l'arrêt *C. Goodwin contre le Royaume Uni*²²⁰. On se rappellera que dans cette affaire, la Cour a procédé à un important revirement relatif au droit des transsexuels. Elle s'est appuyée pour cela sur un travail interministériel relatif au statut des transsexuels au Royaume Uni qui évoque les problèmes rencontrés par ces derniers²²¹. La conclusion de ce rapport se trouve même reproduite dans l'arrêt. La Cour procède également indirectement, et par le biais d'une étude réalisée par une organisation non gouvernementale, à un comparatif des droits des États parties concernant le droit au mariage des transsexuels²²². Pourquoi ces deux études auraient-elles été reproduites dans l'arrêt définitif si la Cour n'en avait pas tenu compte ? Ces textes, l'un optant pour une réforme du statut des transsexuels et l'autre démontrant que 54% des États contractants autorisaient le mariage des transsexuels avec une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, ont assurément influencé le juge strasbourgeois quant au constat de violation rendu dans cet arrêt.

²¹⁷ *Ibid.*, point 21 de l'arrêt.

²¹⁸ *Ibid.*, point 22 de l'arrêt.

²¹⁹ CEDH 27 septembre 1999 requêtes n° 33985/96 et 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, *JDI* 2000, p. 121, note E. DECAUX et P. TAVERNIER.

²²⁰ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, *D.* 2003, p. 525, obs. C. BIRSAN; *JCP* 2002, éd. G, I, 109, p. 234 et 235, n° 16 et 22, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 2002, p. 862, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH* n° 38.

²²¹ *Ibid.*, points 49 et suivants de l'arrêt.

²²² « Quant au droit pour les transsexuels opérés d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, l'étude de Liberty indique que 54 % des États contractants autorisent un tel mariage (l'annexe 6 en fournit l'énumération : l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Slovaquie, l'Espagne, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine), contre 14 % qui ne le permettent pas (l'Irlande et le Royaume-Uni n'autorisent pas le mariage, et il n'existe aucune législation en Moldova, Pologne, Roumanie et Russie). La situation juridique dans les 32 % d'États restants n'est pas claire » (CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 57 de l'arrêt, *op. cit.*).

78. Un arrêt touchant à l'intégrité physique et morale de la personne confirme nettement l'influence résultant d'un consensus en matière civile, ainsi que l'importance accordée à de simples travaux nationaux²²³. Dans l'affaire *M. C. contre la Bulgarie*²²⁴, la requérante se plaignait de la législation bulgare relative au viol. Il y était prévu qu'en matière de viol ou d'abus sexuels, seuls les cas où la victime résiste activement donnent lieu à des poursuites. La requérante estimait qu'une telle législation révélait un défaut d'effectivité. La Cour européenne constate dans cette affaire que certaines législations exigent en cas de viol la preuve que l'auteur du délit a usé de la force physique et que la victime a opposé une résistance physique. Toutefois, la Cour observe la législation de la plupart des pays européens et constate que toute référence à la force physique a disparu. Pour cela, elle va jusqu'à examiner non seulement les législations, mais également la jurisprudence et la doctrine de certains États contractants, dont certaines affaires nationales s'étant déroulées notamment au Danemark²²⁵ et au Royaume-Uni²²⁶. Ainsi, même si la définition du viol dans l'un ou l'autre des États mentionne le recours à la violence par l'auteur du viol, la doctrine précise que dans la jurisprudence, seule l'absence de consentement est déterminante pour définir le viol, et non plus l'usage de la force. Un examen aussi poussé des droits nationaux, qui prend même en compte la doctrine, permet à la Cour de mettre en lumière la tendance générale à considérer l'absence de consentement comme l'élément essentiel du viol, que la victime ait ou non résisté. Une telle influence la conduit nécessairement d'une part, à considérer la législation bulgare comme restrictive et d'autre part, au constat de violation.

79. La Cour n'a cependant pas toujours à recourir aux travaux de droit interne afin de démontrer un mouvement convergent des droits nationaux. L'influence d'un « *assentiment général* »²²⁷ se perçoit alors de manière encore plus explicite puisque la Cour précise que sur telle ou telle question, il existe une communauté de vues entre États membres. De façon générale, elle suit alors ce consensus comme ce fut le cas dans l'affaire *L. et V. contre l'Autriche* du 9 janvier 2003²²⁸. Selon les faits, les requérants avaient été condamnés dans leur

²²³ Dans l'arrêt *D. D. contre la France* (CEDH 8 novembre 2005 requête n° 3/02, D. D. c/ France, point 26 de l'arrêt), rendu en matière de répudiation musulmane, la Cour européenne va jusqu'à citer un article de doctrine de P. COURBE et fait ainsi référence à ce qu'exprime cet auteur.

²²⁴ CEDH 4 décembre 2003 requête n° 39272/98, M. C. c/ Bulgarie, *JCP* 2004, éd. G., I, 107, p. 181, n° 1, obs. F. SUDRE.

²²⁵ *Ibid.*, point 137 de l'arrêt.

²²⁶ *Ibid.*, point 140 de l'arrêt.

²²⁷ P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005, p. 75.

²²⁸ CEDH 9 janvier 2003 requêtes n° 39392/98 et 39829/98, L. et V. c/ Autriche, *JCP* 2003, éd. G., I, 160, p. 1573, n° 16, obs. F. SUDRE.

pays sur le fondement de l'article 209 du code pénal qui sanctionnait les relations homosexuelles entre hommes adultes et adolescents consentants âgés de quatorze à dix-huit ans. La discrimination découlait, pour les requérants, de ce qu'une disposition identique n'existait pas concernant les jeunes filles du même âge. La Cour, préalablement au constat de violation, s'est interrogée afin de déterminer si cette discrimination apparaissait objective et raisonnable. C'est alors qu'elle a pu constater un consensus croissant au sein des États parties quant à la fixation d'un âge identique pour le consentement à des relations hétérosexuelles, lesbiennes et homosexuelles²²⁹, consensus qui lui permet de constater la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

80. À l'inverse, l'absence de consensus, par exemple sur l'interprétation d'une notion, semble obliger la Cour EDH à une certaine retenue à l'égard des États²³⁰. Dans cette hypothèse, même si l'influence peut être qualifiée de négative puisqu'elle oblige la juridiction à se modérer, elle n'en est pas moins réelle puisque la décision de la Cour va découler de solutions existant au sein des droits nationaux. Une telle influence, qui résulte d'un défaut de dénominateur commun, peut être identifiée en particulier dans l'arrêt *X., Y et Z. contre le Royaume-Uni* du 22 avril 1997²³¹, précédant bien entendu le revirement susmentionné de l'arrêt *C. Goodwin*. La question du transsexualisme était abordée dans cet arrêt sous un angle différent des affaires antérieurement traitées par la Cour²³². Un couple, composé d'une femme et d'un transsexuel ayant subi une conversion femme-homme, avait eu un enfant à la suite d'une insémination artificielle avec donneur (IAD) de la femme. Celui des membres du couple qui n'avait pas mis l'enfant au monde tenta de se faire enregistrer sur les actes de l'état civil comme le père de l'enfant. Il se vit opposer un refus des autorités anglaises qui le considéraient encore comme une femme et ne pouvaient donc lui attribuer la qualité de père. Le couple, en son nom propre et en celui de l'enfant, porta l'affaire devant la Cour EDH. L'examen des faits se fit sous l'angle du droit au respect de la vie familiale. Les requérants se

²²⁹ "In the present case the applicants pointed out, and this has not been contested by the Government, that there is an ever growing European consensus to apply equal ages of consent for heterosexual, lesbian and homosexual relations. Similarly, the Commission observed in the above-mentioned Sutherland case that "equality of treatment in respect of the age of consent is now recognised by the great majority of Member States of the Council of Europe" (CEDH 9 janvier 2003 requêtes n° 39392/98 et 39829/98, L. et V. c/ Autriche, point 50 de l'arrêt, *op. cit.*).

²³⁰ Voir en ce sens E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 185.

²³¹ CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, JCP 1998, éd. G, I, 107, p. 182, n° 36, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 1997, p. 1011, note J.-P. MARGUÉNAUD.

²³² En effet, dans les arrêts *Ress, Cossey, B. ou Sheffield et Horsham*, le problème se posait sous l'angle du droit au respect de la vie privée.

plaignaient du fait que l'absence de reconnaissance du père de l'enfant pourrait avoir sur l'enfant des conséquences dommageables, notamment quant à l'incertitude de ses origines. La Cour, rendant un constat de non violation de l'article 8, relève dans cet arrêt qu'« *il n'existe pas de norme européenne en matière d'octroi des droits parentaux aux transsexuels. De plus, il n'a pas été démontré à la Cour que les Hautes Parties contractantes suivent dans l'ensemble une approche commune lorsqu'il s'agit de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par IAD et la personne assumant le rôle de père* »²³³. Ainsi la Cour de Strasbourg se fonde sur l'absence d'assentiment général des États membres du Conseil de l'Europe pour refuser de se prononcer sur le litige²³⁴. L'absence de communauté de vues entre les États parties incite manifestement la Cour à ne pas s'exprimer sur cette question et à accorder à l'État défendeur une large marge d'appréciation.

81. La même influence venant de l'absence d'un consensus peut être relevée dans l'arrêt *Rasmussen contre le Danemark*, rendu le 28 novembre 1984²³⁵, relatif à la contestation de la filiation paternelle d'un enfant né dans le mariage. Le requérant se plaignait en l'espèce d'une discrimination fondée sur le sexe. La législation danoise limitait dans le temps le droit d'un père à désavouer un enfant né pendant le mariage alors qu'elle offrait à son ex-épouse la possibilité d'agir en contestation de paternité à tout moment. La Cour se fonde de nouveau sur l'absence de communauté de vues entre les États pour constater une violation de la Convention. Elle affirme qu'« *une étude de la législation de ces États sur les actions en contestation de paternité révèle qu'il n'existe pas de tel dénominateur commun et que, dans la plupart d'entre eux, la situation respective de la mère et du mari obéit à des règles dissemblables* »²³⁶. Ainsi, la Cour EDH s'aligne sur le droit des États pour décider que la différence de traitement entre homme et femme n'est pas discriminatoire.

82. Une influence peut également être décelée dans l'arrêt *Vo contre la France*, relatif au statut du fœtus et à la possibilité de lui accorder la protection de l'article 2 de la Conv EDH. La requérante contestait le refus des autorités nationales de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant qu'elle portait. La Cour interroge explicitement les droits internes et constate que « *dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, l'incrimination*

²³³ CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, point 44 de l'arrêt, *op. cit.*

²³⁴ Souligné par J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ* 1997, p. 1012.

²³⁵ CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79, *Rasmussen c/ Danemark*, *AFDI* 1985, p. 403, obs. V. COUSSIRAT- COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1074, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

²³⁶ *Ibid.*, point 41 de l'arrêt.

d'homicide involontaire ne s'applique pas au fœtus »²³⁷ et encore « *les législations européennes ne font pas du foetus une personne, pas plus que leur interprétation par les juridictions nationales* »²³⁸. Par l'intermédiaire d'une tierce intervention, l'arrêt cite également la jurisprudence constitutionnelle des cours autrichienne, néerlandaise et française²³⁹. Cette absence de consensus²⁴⁰ a manifestement amené la Cour à affirmer que le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d'appréciation des États. De ce fait, il n'en ressort aucune violation de l'article 2 de la Conv EDH.

83. Il faut citer en dernier lieu l'arrêt *Fretté contre la France* du 26 février 2002²⁴¹ tant il se révèle significatif en matière d'influence des droits nationaux. La Cour, constatant qu'il n'existe pas, dans le domaine de l'adoption d'un enfant par un parent homosexuel, de dénominateur commun, se base sur cette absence pour refuser de faire évoluer sa jurisprudence. Pour la Cour, « *force est de constater qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des États contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des États contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un État démocratique* »²⁴². Ainsi, puisqu'il n'existe pas de principes uniformes, la Cour confère aux États une grande latitude et ne s'engage pas sur le terrain de la création d'un nouveau droit²⁴³. L'absence de communauté de vues paralyse la Cour européenne qui s'inspire non seulement des législations nationales mais également des simples opinions publiques : « *S'ajoute à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales (...)* »²⁴⁴.

²³⁷ CEDH Gde Ch. 8 juillet 2004 requête n° 3924/00, Vo c/ France, point 41 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 799, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G* 2004, éd. G., II, 10158, note M. LEVINET.

²³⁸ *Ibid.*, point 62 de l'arrêt.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Ibid.*, point 82 de l'arrêt « *Aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie* ».

²⁴¹ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, D. 2002, IR p. 935 ; *RTD civ* 2002, p. 389, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2002, éd. G, n° 29, p. 1348, 6, note A. MARMISSE ; *JCP* 2002, éd. G, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2002, n° 9, p. 8, note A. DEBET.

²⁴² *Ibid.*, point 41 de l'arrêt.

²⁴³ Une telle référence à l'absence de dénominateur commun dans les États contractants a d'ailleurs été jugée « *hors de propos* » et « *contraire à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de l'article 14 de la Convention* » par les juges BRATZA, FUHRMANN et TULKENS dans leur opinion partiellement dissidente.

²⁴⁴ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, point 42 de l'arrêt, *op. cit.*

84. De surcroît, dans cet arrêt, la Cour ne s'inspire pas seulement d'une éventuelle communauté de vues des États : les droits internes lui permettent également de se prononcer quant à l'applicabilité de l'article 8 de la Conv EDH. Comme l'ont remarqué A. Gouttenoire et F. Sudre²⁴⁵, le juge européen découvre dans le droit interne le fondement de l'applicabilité de l'article 8. La Cour rappelle tout d'abord que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter²⁴⁶. Elle ajoute que le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille, qu'il ne protège pas le simple désir de fonder une famille et qu'en l'espèce, le rejet de la demande d'agrément du requérant ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle. Dès lors, si l'article 8 trouve à s'appliquer, c'est uniquement parce que le droit interne français, par le biais de l'article 343-1 du Code civil, autorise toute personne célibataire – homme ou femme – à faire une demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément pour l'adoption de pupilles de l'État et d'enfants étrangers. Or, dans la jouissance de ce droit, le requérant a fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, différence de traitement tombant sous l'empire de l'article 14 de la Convention. La Cour part donc d'un droit accordé par le droit interne, estime qu'il y a une discrimination au regard de l'article 14 et combine par la suite ce dernier avec l'article 8 relatif à la vie privée et familiale. Il ne s'agit donc pas d'une discrimination relative à un droit accordé par la Convention, mais d'une discrimination dans la jouissance d'un droit reconnu par le droit interne²⁴⁷. C'est d'abord dans son droit de demander l'adoption reconnu par l'article 343-1 du Code civil que le requérant subit une discrimination et non dans un droit reconnu par la Convention puisque la Cour rappelle que l'article 8 ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter.

85. Ainsi, la Cour ne se fonde pas seulement sur les droits mentionnés par la Convention, susceptibles d'être ses droits « propres », elle utilise les droits des États membres et c'est en cela qu'elle est influencée puisqu'elle ne parvient pas, sans l'influence des États, à des constatations identiques grâce à ses propres instruments. Ce phénomène d'influence paraît encore plus inédit lorsqu'il s'explique par des nécessités régionales.

²⁴⁵ A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, Fretté c/ France, *op. cit.*, p. 888.

²⁴⁶ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, Fretté c/ France, point 32 de l'arrêt, *op. cit.*

²⁴⁷ A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, Fretté c/ France, *op. cit.*, p. 888.

b. L'influence des nécessités locales

86. Confrontée à l'absence de dénominateur commun, la Cour se trouve privée de repères dans l'interprétation ou l'application de la Conv EDH. L'influence d'un ensemble d'États va alors se réduire à celle d'un seul ordre juridique national. Cette situation se distingue néanmoins de l'hypothèse précédemment envisagée relative à l'influence de travaux nationaux considéré comme droit pertinent²⁴⁸. Dans les deux cas, la Cour n'est certes influencée que par un seul État, mais dans le cas du droit pertinent, la Cour utilise des textes nationaux sans valeur juridique réelle mais qui laissent supposer qu'une réforme est nécessaire. Ces textes vont permettre à la Cour de démontrer qu'un changement ou qu'une évolution est déjà en marche vers un consensus²⁴⁹. En revanche, lorsqu'aucun consensus ne guide la Cour, elle est amenée à tenir compte des sensibilités nationales et des contextes locaux. Ce sont alors ces derniers qui influent sur sa décision.

87. Ce fut notamment le cas dans les arrêts *Johnston contre l'Irlande*²⁵⁰ du 18 décembre 1986 et *Johansen contre la Norvège*²⁵¹ rendu quant à lui le 7 août 1996. La première espèce mettait en cause l'interdiction constitutionnelle du divorce en Irlande. Il s'agissait de déterminer si l'incapacité de divorcer se concilie avec le droit de se marier ou de se remarier ainsi qu'avec le droit au respect de la vie familiale, consacrés par les articles 12 et 8 de la Convention. Bien que consciente du fait que l'interdiction du divorce s'analyse en une limitation à la capacité de se marier, la Cour estime que pareil empêchement ne saurait passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12 de la Convention²⁵². Le droit de se marier ne viserait, pour la Cour de Strasbourg, que la formation de relations conjugales et non leur dissolution. La juridiction ne manque pas d'ajouter que les mots « *droit*

²⁴⁸ Voir *supra* n° 77.

²⁴⁹ Voir notamment l'opinion en partie dissidente commune aux juges LOUCAIDES et TULKENS à la suite de l'arrêt *Mazurek*. Ils n'hésitent pas à parler de large consensus relatif à l'abrogation des restrictions aux droits successoraux des enfants adultérins.

²⁵⁰ CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*, *CDE* 1988, p. 464 et 474, note G. COHEN-JONATHAN ; *AFDI* 1987, p. 239, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE; *JDI* 1987, p. 812, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; *GACEDH* n° 41.

²⁵¹ CEDH 7 août 1996 requête n° 17383/90, *Johansen c/ Norvège*, *RTD civ* 1997, p. 541, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 1997, *éd. G.*, I, 4000, p. 76, n° 35, obs. F. SUDRE.

²⁵² CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*, point 52 de l'arrêt, *op. cit.*

de se marier » figurent dans un contexte renvoyant expressément aux « lois nationales »²⁵³. Dès lors, elle ne peut qu'être influencée par le contexte national, en l'occurrence par une politique législative fortement opposée au divorce en Irlande.

88. Dans le second arrêt, l'arrêt *Johansen*, la Cour a statué sur la compatibilité de la prise en charge d'un mineur par les pouvoirs publics suivie d'une suppression des droits parentaux de la mère de ce mineur avec l'article 8 de la Convention. Qu'il s'agisse d'une ingérence dans le respect du droit à la vie familiale ne faisait aucun doute. Il fallait en revanche déterminer, eu égard à la rédaction de l'article 8 Conv EDH, si cette ingérence répondait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 8²⁵⁴ et pouvait être dès lors considérée comme justifiée. Pour cela, l'ingérence devait être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. Or, afin d'analyser la conformité des ingérences à cette ultime condition, la Cour estime qu'elle doit tenir compte du fait que la « *perception de l'opportunité d'une intervention des pouvoirs publics dans la prise en charge des enfants varie, d'un État contractant à l'autre, en fonction d'éléments tels que les traditions liées au rôle de la famille et à l'intervention de l'État dans les affaires familiales (...)* »²⁵⁵. Ce raisonnement revient à qualifier de nécessaire une ingérence sans s'intéresser aux critères propres de la Cour européenne mais en observant les traditions nationales et le rôle rempli par l'État en ce domaine. De ce fait, les traditions nationales, bien évidemment distinctes d'un État à l'autre, vont déteindre sur la décision de la Cour.

89. Un autre exemple flagrant, susceptible de confirmer ce constat, peut être tiré de la jurisprudence relative à l'éloignement des étrangers. Cette matière relève du domaine civil dans la mesure où l'éloignement d'un étranger peut porter atteinte à son droit au respect de la vie familiale. La Cour a d'abord penché pour la protection de l'intérêt personnel du requérant au détriment de l'ordre public national. Ainsi, « *de manière quasi systématique, le juge européen privilégiait l'intégration de l'étranger dans la société nationale d'accueil quitte à*

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

²⁵⁵ CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*, point 64 de l'arrêt, *op. cit.*

fermer les yeux sur la gravité des comportements reprochés à l'étranger »²⁵⁶. Une mesure d'éloignement entraînait la plupart du temps un constat de violation de l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale. Cependant, cette jurisprudence a été critiquée, d'abord par la doctrine, ensuite par les juridictions nationales elles-mêmes, plus soucieuses de l'intérêt public national que la Cour EDH. Certains membres du Conseil d'État français ont émis le souhait d'une plus grande ouverture de la Cour aux questions d'intérêt public, notamment à travers un plus grand respect de la marge d'appréciation du juge interne²⁵⁷. En réponse à cette pression et à cette « *volée de critiques* »²⁵⁸, la jurisprudence de la Cour s'est nettement infléchi²⁵⁹ : elle s'est pliée aux exigences nationales et a modifié son approche. Si, dans de nombreux arrêts²⁶⁰, la Cour tenait avant tout compte de l'intégration de l'étranger dans le pays d'accueil et se désintéressait de la gravité des infractions reprochées, elle a, dès 1996²⁶¹ et plus explicitement en 1997²⁶², fait prévaloir les impératifs nationaux sur l'intérêt individuel de l'étranger. La jurisprudence s'est modifiée et a suivi les considérations nationales liées à la défense de l'ordre public. Le juge européen a été marqué par les souhaits étatiques. La méthode de raisonnement de la Cour est devenue curieusement proche de celle du Conseil d'État français puisque la Cour a affirmé qu'expulser les délinquants ressort de la compétence légitime des États. Elle a ainsi modifié l'ordre de ses priorités²⁶³ et dorénavant veille davantage à la sauvegarde de l'ordre public.

²⁵⁶ H. LABAYLE, « L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1997, 5, p. 991.

²⁵⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme 1995-1996 : l'adaptation progressive au droit européen des droits de l'homme », *RFDA* 1997, p. 1252.

²⁵⁸ H. LABAYLE, « L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 991.

²⁵⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes », *RTD civ* 1996, p. 1025 ; M. LEVINET, « La confirmation de l'infléchissement de la jurisprudence de la Cour EDH en matière de contrôle des mesures d'éloignement des étrangers », *JCP* 1997, *éd. G*, I, 22924 ; S. GRATALOU, « La Cour européenne des droits de l'homme maintient sa jurisprudence en matière d'éloignement du territoire des étrangers », *Dr. fam.* 2001, n° 5, p. 9.

²⁶⁰ Par exemple CEDH 18 février 1991 requête n° 12313/86, *Moustaquim c/ Belgique*, *RUDH* 1992, p. 5, obs. F. SUDRE ou CEDH 26 mars 1992, requête n° 12083/86, *Beldjoudi / France*, *JCP* 1993, *éd. G*, I, 3654, p.97, n° 22, obs. F. SUDRE ; *GACEDH* n° 45.

²⁶¹ CEDH 24 avril 1996 requête n° 22070/93, *Boughanemi c/ France* et CEDH 7 août 1996 requête n° 21794/93, *C. c/ Belgique*, *JCP* 1997, *éd. G.*, I, 4000, p. 76, n° 37, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 1997, p. 540, note J.-P. MARGUÉNAUD.

²⁶² CEDH 29 janvier 1997 requête n° 23078/93, *Bouchelkia c/ France*, *JCP* 1998, *éd. G*, I, 107, p. 182, n° 37, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 1997, p. 540, note J.-P. MARGUÉNAUD.

²⁶³ Il convient toutefois de préciser qu'à compter de 2001, la tendance a semblé de nouveau s'inverser, au regard de certains arrêts. En effet, à compter de l'année 2001, au travers des affaires *Ezzouhdi contre la France* (CEDH 13 février 2001 requête 47160/99, *Ezzouhdi c/ France*, *RTDH* 2002, p. 963, note M.-B. DEMBOUR ; *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 342, p. 1563, n° 21, obs. F. SUDRE) et *Sen contre les Pays Bas* (CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 105, p. 131, n° 14, obs. F. SUDRE) la jurisprudence de la Cour a paru s'adoucir et amorcer un retour vers les jurisprudences *Moustaquim* et *Beldjoudi*. Toutefois, la jurisprudence des deux dernières années confirme le durcissement (cf. J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2005- janvier 2006) », *AJDA* 2006, p. 471). À ce sujet, lire J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *La Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Connaissance du

90. Enfin, il semble nécessaire de citer deux arrêts célèbres de la Cour EDH dans lesquels les juges strasbourgeois se sont fondés sur des acceptions nationales pour rendre leur décision. Il s'agit tout d'abord de l'arrêt *Dudgeon contre le Royaume Uni*²⁶⁴, du 22 octobre 1981, qui mettait en cause une législation pénale interdisant les relations homosexuelles masculines. Le requérant estimait que de telles mesures enfreignaient l'article 8 de la Conv EDH énonçant le droit au respect de la vie privée. La Cour constate la violation non sans avoir, au préalable, observé si l'ingérence pouvait se justifier par la protection de la morale au regard du paragraphe 2 de l'article 8. Pour cela, la Cour ne consacre pas un contenu européen de la notion de morale. Elle se réfère à la morale telle qu'elle est envisagée en droit national. Elle précise ainsi la notion en se fondant sur des normes morales reçues comme telles en Irlande du Nord²⁶⁵.

91. Dans la seconde affaire, qui a donné lieu à l'arrêt *Open Door Society et Dublin Well Woman contre l'Irlande*²⁶⁶, la Cour procède de manière similaire. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si l'interdiction faite à des sociétés de renseigner des femmes sur les possibilités de se faire avorter à l'étranger constituait une atteinte injustifiée à leur droit de communiquer des informations. La Cour a estimé que la protection garantie par le droit irlandais au droit à la vie des enfants à naître reposait sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie. Ces convictions se sont traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais lors d'un référendum de 1983 sur l'avortement²⁶⁷. La Cour souligne ainsi que la restriction poursuivait le but légitime de protéger la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande²⁶⁸. La protection de cette valeur reflète des opinions

droit, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p. 73. Le sentiment ne peut être que mitigé à l'égard de l'évolution de la jurisprudence européenne en matière de vie familiale des étrangers, la Cour considérant que des expulsions peuvent se justifier dans certains cas (par exemple CEDH 17 janvier 2006 requête n° 50278/99, Aoulmi c/ France). C'est la conclusion à laquelle parvient J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à une vie familiale pour les étrangers », colloque sur le droit à une vie familiale, Pau, 30 juin 2006.

²⁶⁴ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, CDE 1982, p. 221, note G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1985, p. 185, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; GACEDH n° 37.

²⁶⁵ *Ibid.*, point 46 de l'arrêt.

²⁶⁶ CEDH 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88, *Open Door et Dublin Well Women c/ Irlande* RTDH 1993 p. 345 note F. RIGAUX ; JCP 1993, éd. G, I, 3654, p. 94 et 98, n° 3 et 26, obs. SUDRE F ; JDI 1993, p. 751, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; GACEDH n° 38.

²⁶⁷ *Ibid.*, point 63 de l'arrêt.

²⁶⁸ *Ibidem*.

profondes et des convictions partagées par les citoyens d'un État partie²⁶⁹ et c'est ici le contenu national de la notion de morale qui a influencé la décision européenne.

Par ailleurs, les normes civiles du Conseil de l'Europe subissent l'influence des normes issues du droit international.

2° L'influence latérale sur les normes civiles du Conseil de l'Europe

92. La doctrine a déjà souligné l'influence du droit international sur les normes du Conseil de l'Europe : « *il est à la fois inquiétant et exaltant de constater à quelle vitesse tout ce qui se juge, même aux antipodes, tout ce qui se dit, même de manière minoritaire, peut désormais changer des solutions susceptibles d'infléchir le droit interne de n'importe quel État membre du Conseil de l'Europe. C'est à un extraordinaire décloisonnement des sources du droit que l'on est en train d'assister* »²⁷⁰.

93. Au préalable, il faut préciser que la rédaction de certains articles de la Convention induit cette référence au droit international. Aussi, l'article 1 du protocole 1 fait-il référence aux « *principes généraux du droit international* ». La Cour interprète quant à elle la Conv EDH à la lumière du droit international, notamment en matière civile où elle sollicite de nombreux instruments internationaux. Ce qu'il convient d'appeler droit international ici intéresse en premier lieu, classiquement, l'ensemble des règles juridiques régissant les relations entre les États et les autres sujets de la société internationale²⁷¹. Mais les règles nationales des États ne faisant pas partie du Conseil de l'Europe entrent également sous cette dénomination. La législation des États n'ayant pas signé la Conv EDH constitue, pour le juge strasbourgeois, des règles de droit étrangères. Même si elles appartiennent à des systèmes nationaux, leur influence ne peut être qualifiée d'ascendante comme c'est le cas pour un État contractant. En faisant référence à des normes de pays tiers tels le Canada ou la Nouvelle-Zélande, la Cour européenne ne fait qu'illustrer un consensus international afin de s'en inspirer, d'où la qualification d'influence latérale.

²⁶⁹ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 77.

²⁷⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ* 2002, p. 862, note sous CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, C. Goodwin c/ Royaume-Uni ; cf. aussi J.-F. FLAUSS qui souligne « *L'appel à des sources internationales extérieures à la Convention européenne des droits de l'homme* », dans « *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (Août 2005 – janvier 2006)*, *AJDA* 2006, n° 9, p. 466.

²⁷¹ *Termes juridiques*, Dalloz, Paris, 15^{ème} éd., 2005.

94. Si la prise en considération du droit international s'étend considérablement dans le contentieux européen²⁷², ce phénomène se remarque particulièrement en matière de normes civiles émises par la Conseil de l'Europe. Dès 1979, dans le célèbre arrêt *Marckx contre la Belgique*, la Cour européenne s'est fondée²⁷³ sur la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 relative à « l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels », élaborée par la Commission internationale de l'État Civil et entrée en vigueur le 23 avril 1964, ou sur la Convention du 15 octobre 1975 relative au statut juridique des enfants nés hors mariage, conclue au sein du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 11 août 1978, et ce alors même que la Belgique n'avait pas encore ratifié le premier ni même signé le second de ces instruments.

95. Dans l'affaire *Mazurek*²⁷⁴, décidément riche en enseignements, la Cour EDH, afin de rendre un constat de violation, a pris en compte non seulement la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage²⁷⁵ mais aussi et surtout la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies²⁷⁶, qui dispose en son article 2, reproduit dans l'arrêt, que les États doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes les formes de discrimination.

96. Pour rester en droit de la famille, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants mérite d'être mentionnée tant elle influe sur l'interprétation que donne la Cour EDH de l'article 8 relatif à la vie privée et familiale. Dans de nombreux arrêts, la Cour énonce que les obligations que cet article « fait peser sur les États contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants »²⁷⁷.

²⁷² J.-F. FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle (à propos de l'arrêt *Al Adsani* de la Cour européenne des droits de l'homme) », *D.* 2003, p. 1246.

²⁷³ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 20 de l'arrêt, *AFDI* 1980 p. 317 obs. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 473, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 183, note P. ROLLAND ; *GACEDH* n° 41.

²⁷⁴ CEDH 1^{er} février 2000, requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, *op. cit.*

²⁷⁵ Cette Convention n'a d'ailleurs pas été ratifiée par la France. *Ibid.*, point 49 de l'arrêt.

²⁷⁶ Convention du 20 novembre 1989. CEDH 1^{er} février 2000, requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, point 18 de l'arrêt, *op. cit.*

²⁷⁷ CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00, *Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne*, point 51 de l'arrêt ; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, point 95 de l'arrêt (*RTD civ* 2001, p. 451, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2001, éd. G, I, 291, n° 32, p. 192, obs. F. SUDRE) ; CEDH 22 juin 2006 requête n° 7548/04, *Bianchi c/ Suisse*, point 82 de l'arrêt.

97. L'influence du droit international se vérifie en matière de droits de l'enfant avec l'arrêt *A. contre le Royaume Uni*²⁷⁸ du 23 septembre 1998. Le requérant invitait la Cour à constater une violation de l'article 3 de la Convention en raison des mauvais traitements infligés par son beau-père. La question essentielle était de savoir si la responsabilité de l'État pouvait être engagée au regard de l'article 3 du fait que le requérant avait été frappé par son beau-père. La Cour européenne estime que la Convention impose aux États parties de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention et leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers²⁷⁹. Elle confère ainsi et de manière explicite un effet horizontal à l'article 3 de la Convention. Toutefois, au préalable, la Cour dut déterminer si les traitements litigieux atteignaient le niveau de gravité prohibé par l'article 3. Elle cite pour cela les articles 19 et 37 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant²⁸⁰. Le premier de ces articles énonce la nécessité de protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon, de négligence ou encore de mauvais traitements. L'article 37 fait, pour sa part, référence à la torture, à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La Cour s'est expressément appuyée sur ces articles pour faire entrer les traitements litigieux sous le coup de l'article 3 de la Conv EDH, comme ce fut également le cas²⁸¹ dans l'arrêt *Costello-Roberts*²⁸² rendu contre le Royaume-Uni.

98. Le droit de propriété, protégé par la Conv EDH, subit également l'influence du droit international. L'affaire *Lithgow contre le Royaume-Uni*²⁸³, entre autres, met en cause les modalités d'indemnisation d'actionnaires de sociétés nationalisées. Les requérants estimaient que le fait que les indemnités versées soient calculées sur la base de la valeur de leurs actions pendant une période de référence se situant avant le transfert de propriété, constituait une violation de l'article 1 du premier protocole. En effet, pour eux, les indemnités auraient dû se

²⁷⁸ CEDH 23 septembre 1998 requête n° 25599/94, A. c/ Royaume Uni, *RTD civ* 1999, p. 500, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1999, p. 265, note E. DECAUX et P. TAVERNIER.

²⁷⁹ CEDH 23 septembre 1998 requête n° 25599/94, A. c/ Royaume Uni, point 22 de l'arrêt, *op. cit.*

²⁸⁰ *Ibidem.*

²⁸¹ Voir en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 1999, p. 501.

²⁸² CEDH 25 mars 1993 requête n° 13134/87, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, *JCP* 1994, *éd. G.*, I, 3742, p. 108, n° 2, obs. F. SUDRE.

²⁸³ CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, *CDE* 1988, p. 481, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1987, p. 787, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

calculer sur la base de la valeur de leurs actions au jour du transfert²⁸⁴. Afin d'appuyer leur argumentation, les requérants font appel à la jurisprudence internationale²⁸⁵. La Cour profite d'un tel argument en estimant au contraire que « *la pratique internationale ne montre pas que seul le jour du transfert puisse servir de base d'évaluation* »²⁸⁶. L'arrêt se révèle sur ce point particulièrement intéressant en ce qu'il démontre que la Cour, afin de conclure que le choix d'une telle période de référence se concilie avec l'article 1 du premier protocole, examine et s'imprègne de la pratique internationale.

99. L'arrêt *Öcalan contre la Turquie*²⁸⁷ démontre également l'influence du droit international en matière de droit à la vie et de protection de la personne contre des traitements inhumains ou dégradants. Le requérant était le chef du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK). Condamné en 1999 par la cour de sûreté de l'État d'Ankara à la peine capitale, il vit sa peine commuée en 2002 en réclusion à perpétuité. Puisque que toute menace d'application de la peine de mort avait disparu, il restait à la Cour à déterminer si la condamnation à mort, en soi, peut emporter violation de la Convention. Pour cela, la Cour s'est appuyée sur des décisions du Comité des droits de l'homme des Nations unies ainsi que sur un avis consultatif du 1^{er} octobre 1999, rendu par la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme²⁸⁸, soulignant l'importance des principes du procès équitable lorsqu'une vie humaine est en jeu. Soumise à l'influence de ces décisions, la Cour a conclu que le fait de prononcer la peine de mort à l'encontre du requérant à l'issue d'un procès inéquitable s'analysait en un traitement inhumain contraire à l'article 3 de la Convention européenne²⁸⁹.

100. Il faut encore citer en matière de protection de la personne l'arrêt *Siliadin contre la France*²⁹⁰, intervenant dans le domaine de l'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé. Cet arrêt est probant quant au rôle joué par les normes internationales sur la matière civile européenne. La Cour EDH y renvoie en effet à la Convention sur le travail forcé, adoptée par la conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 28 juin

²⁸⁴ *Ibid.*, point 131 de l'arrêt.

²⁸⁵ *Ibid.*, point 134 de l'arrêt.

²⁸⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷ CEDH Gr. Ch. 12 mai 2005 requête n° 46221/99, *Öcalan c/ Turquie*. Voir déjà CEDH 12 mars 2003, requête n° 46221/99, *Öcalan c/ Turquie*, D. 2003 p. 2267 obs. J.-F. RENUCCI ; JCP 2003, *éd. G.*, I, 160, p. 1569, n° 1, obs. F. SUDRE.

²⁸⁸ *Ibid.*, point 203 de l'arrêt et point 60 de l'arrêt.

²⁸⁹ *Ibid.*, point 213 de l'arrêt et point 60 de l'arrêt.

²⁹⁰ CEDH 26 juillet 2005 requête n° 73316/01, *Siliadin c/ France*, JCP 2005, *éd. G.*, II, 10 142, obs. F. SUDRE ; RTD civ 2005, p. 740, note J.-P. MARGUÉNAUD.

1930, la Convention relative à l'esclavage, signée à Genève, le 25 septembre 1926 et entrée en vigueur le 9 mars 1927, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage adoptée le 30 avril 1956 et entrée en vigueur en France le 26 mai 1964 et enfin la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 entrée en vigueur en France le 6 septembre 1990²⁹¹. La Cour évalue si la situation de la requérante relève de l'article 4 de la Convention en fonction de ces normes internationales. Elle s'en sert en particulier afin de définir les termes d'esclavage, de servitude et de travail forcé ou obligatoire. Or, si la Cour réfute la qualification d'esclavage au regard notamment de la Convention de Genève de 1927, elle admet celle de servitude et donne ainsi gain de cause à la requérante.

101. Dans la même perspective, la Cour européenne s'attribue le rôle d'interpréter la Convention en harmonie avec les autres règles du droit international dans l'arrêt *Al Adsani contre le Royaume-Uni*²⁹². Elle estime que la Convention ne saurait s'interpréter « dans le vide »²⁹³, affirmation déjà formulée dans son arrêt *Loizidou contre la Turquie*, du 18 décembre 1996, dans lequel elle avait précisé que l'ordre de rattachement était le droit international²⁹⁴. J.-F. Flauss²⁹⁵ admet que la Cour n'a jamais fait un usage aussi intensif des règles du droit international que dans l'arrêt *Al Adsani*²⁹⁶ qui, s'il ne concerne pas directement les normes de droit civil telles que la famille ou la personne, n'en est pas moins relatif à une action civile en dommages et intérêts pour des actes de torture²⁹⁷. Le requérant avait, en l'espèce, assigné au Royaume-Uni le cheikh et l'État du Koweït afin d'obtenir réparation d'une atteinte à son intégrité physique et mentale causée par des tortures subies au Koweït en mai 1991. L'immunité des États quant aux poursuites civiles a empêché les institutions du Royaume-Uni de faire droit à sa demande. Devant la Cour européenne, le requérant allègue donc une violation des articles 3 et 6 § 1 de la Convention, relatifs respectivement à la torture

²⁹¹ *Ibid.*, point 51 de l'arrêt.

²⁹² CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, point 55 de l'arrêt, *JCP* 2002, éd. G., I, 105, p. 129, n° 8 obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2003, p. 139 note J.-F. FLAUSS ; *D.* 2003 p. 1246 note J.-F. FLAUSS.

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, *RUDH* 1995, p. 130 ; *RTD eur.* 1995, p. 725, note G. COHEN-JONATHAN ; *JCP* 1995, éd. G., I, 3910, p. 101, n° 1, obs. F. SUDRE.

²⁹⁵ J.-F. FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle (à propos de l'arrêt *Al-Adsani* de la Cour européenne des droits de l'homme) », *D.* 2003, p. 1246.

²⁹⁶ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

²⁹⁷ Voir également l'arrêt *Mc Elhinney contre l'Irlande* rendu le même jour que l'arrêt *Al Adsani* et relatif également à l'action civile, dirigée en revanche contre les dommages causés par un militaire d'un État étranger (CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96, *Mac Elhinney c/ Irlande*, *JCP* 2002, éd. G., I, 105, p. 129, n° 8 obs. F. SUDRE).

et au droit à un procès équitable. La Cour va puiser dans les règles du droit international la justification du constat de non violation auquel elle aboutit. Elle affirme tout d'abord que l'immunité des États souverains est un concept de droit international en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État. Elle estime ensuite que l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États, grâce au respect de la souveraineté d'un autre État²⁹⁸. La Cour précise qu'elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international et interprète dès lors la Convention à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités²⁹⁹. Elle cite encore un jugement du 10 décembre 1998 du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ainsi qu'une décision de la Chambre des Lords³⁰⁰ de 2000 dans l'affaire *ex parte Pinochet* afin de démontrer que l'interdiction de la torture a désormais valeur de norme impérative, c'est-à-dire de *jus cogens*. Elle poursuit en mentionnant un rapport³⁰¹ sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, rendu par le groupe de travail de la Commission du droit international ainsi que de la législation américaine³⁰².

102. Les termes employés dans la conclusion de l'arrêt *Al Adsani* démontrent l'influence qu'a eu le droit international sur la solution du litige. En effet, la Cour « *n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international, un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture. La Cour relève notamment qu'aucun des instruments internationaux primordiaux auxquels elle a fait référence (l'article 5 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les articles 2 et 4 de la Convention des Nations unies contre la torture) n'ont trait à une procédure civile ou à l'immunité des États* »³⁰³. C'est donc parce qu'aucun instrument international ou décision judiciaire ne permet à la Cour de constater qu'en droit international, un État ne bénéficie plus de l'immunité d'une action civile que le requérant est débouté. L'influence du droit international ne peut être niée : si la Cour avait

²⁹⁸ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, point 54 de l'arrêt, *op. cit.*

²⁹⁹ CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, point 55 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁰⁰ *Ibid.*, point 60 de l'arrêt.

³⁰¹ *Ibid.*, point 62 de l'arrêt.

³⁰² *Ibid.*, point 63 de l'arrêt.

³⁰³ *Ibid.*, point 61 de l'arrêt.

trouvé un instrument ou une décision allant dans le sens du rejet de l'immunité, elle aurait probablement abouti au constat inverse.

103. L'influence latérale se perçoit en outre lorsque le juge strasbourgeois se réfère à des décisions de justice étrangères. Un exemple peut être tiré de l'arrêt *C. Goodwin contre le Royaume-Uni*³⁰⁴, déjà évoqué dans le cadre de l'influence ascendante subie par les normes civiles émanant du Conseil de l'Europe. La Cour EDH, dans cet arrêt, s'inspire de deux affaires pour conclure à la violation et finalement aboutir au revirement de jurisprudence bien connu. La première est une affaire qui s'est déroulée en Nouvelle Zélande et qui a donné lieu à un arrêt rendu en 1995³⁰⁵, arrêt d'abord visé par l'organisation Liberty, tiers intervenant, puisqu'il consacre la nouvelle identité sexuelle de transsexuels aux fins de validation de leur mariage. La même organisation cite également un arrêt *Re Kevin* de 2001 rendu par la *Family Court of Australia*³⁰⁶, consacrant la même solution. Dans cette seconde affaire, le juge Chislom s'était exprimé et son intervention est reproduite dans l'arrêt *C. Goodwin*. La décision de ce juge australien va d'ailleurs être reprise par la Cour, dans un premier temps de manière isolée³⁰⁷, puis jointe à la décision néo-zélandaise. Ces deux arrêts sont alors visés par la Cour elle-même qui affirme « déjà à l'époque de l'affaire *Sheffield et Horsham*, un consensus était en train de se dessiner au sein des États contractants du Conseil de l'Europe quant à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle (arrêt *Sheffield et Horsham* précité, § 35). La dernière étude soumise par Liberty en l'espèce montre que cette tendance se confirme au niveau international (paragraphes 55-56 ci-dessus). Ainsi, en Australie et en Nouvelle-Zélande, il apparaît que les tribunaux abandonnent le critère du sexe biologique à la naissance (tel qu'énoncé dans l'affaire britannique *Corbett v. Corbett*) pour considérer que, dans le contexte du mariage d'une personne transsexuelle, le sexe doit dépendre d'une multitude de facteurs à prendre en compte au moment du mariage »³⁰⁸. Consensus européen et mouvement convergent en droit international se concilient donc quant au refus de ne considérer que le sexe biologique d'une personne. La Cour semble, par cette référence au droit international, vouloir renforcer ce qui n'est encore qu'une ébauche de consensus au niveau européen. Il apparaît évident que ces décisions, dans lesquelles la nouvelle identité

³⁰⁴ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

³⁰⁵ *Attorney-General v. Otauhu Family Court*, 1995 : *New Zealand Law Reports*, vol. 1, p. 60, affaire citée dans CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 56 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁰⁶ *Re Kevin*, 2001 : *Family Court of Australia*, p. 1074, affaire citée dans CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 56 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁰⁷ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 82 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁰⁸ *Ibid.*, point 84 de l'arrêt.

sexuelle de transsexuels a été reconnue et qui reflètent une communauté de vues au niveau international, ont considérablement influencé la Cour européenne.

104. Dans l'arrêt *Pretty contre le Royaume-Uni*³⁰⁹ du 29 avril 2002, relatif à l'applicabilité de l'article 8 de la Conv EDH au droit de décider de sa mort, la Cour prend en considération un arrêt de la Cour suprême du Canada rendue dans une affaire similaire³¹⁰ et relative au principe d'autonomie personnelle.

105. L'enseignement que l'on peut tirer de l'affaire *Brumarescu contre la Roumanie* du 23 janvier 2001³¹¹ vient également confirmer l'influence latérale, cette fois en matière de réparation. La demeure des parents du requérant fut nationalisée en 1950 et ce sans dédommagement. À la suite de plusieurs recours du requérant dans son pays, un arrêt de la Cour suprême de justice intervient et relève tout d'abord que la maison est devenue la propriété de l'État en vertu d'un décret. L'arrêt précise que l'application de ce décret ne peut être contrôlée par les tribunaux. De ce fait, le requérant se plaint en premier lieu d'une violation de son droit d'accès à un tribunal ainsi que d'une atteinte à son droit de propriété. La Cour pose un constat de violation de ces deux articles dans un arrêt du 28 octobre 1999. C'est, en revanche, le 23 janvier 2001 que la Cour statue sur la satisfaction équitable et condamne la Roumanie, afin de réparer la violation de l'article 1^{er} du protocole 1, à la restitution du bien litigieux³¹², à savoir la maison. Pour la Cour, en effet, une telle mesure placerait le requérant dans une situation équivalant à celle où il se trouverait si les exigences de l'article 1 du Protocole 1 n'avaient pas été méconnues³¹³. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss n'ont pas manqué, à ce titre, de relever que la Cour donne par cet arrêt une pleine signification à la notion de *restitutio in integrum* et qu'une telle mesure est suffisamment rare pour être soulignée³¹⁴. La Cour européenne, afin probablement de justifier une telle injonction³¹⁵,

³⁰⁹ CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1453 et 1455, n° 1 et 13, obs. F. SUDRE ; *RJPF* juillet-août 2002, p. 11, note E. GARAUD ; *JCP* 2003, éd. G., 2003, p. 677, note C. GIRAULT ; *RTD civ* 2002, p. 858, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Def.* 2002, p. 1131, note P. MALAURIE.

³¹⁰ CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, notamment points 17, 66 et 77 de l'arrêt, *op. cit.* La jurisprudence des Cours suprêmes du Canada et des États-Unis sont également cités, par l'intermédiaire d'une tierce opposition, dans l'arrêt *Vo contre la France* (CEDH Gr. Ch. 8 juillet 2004 requête n° 3924/00, *Vo c/ France*, point 64 de l'arrêt, *op. cit.*).

³¹¹ CEDH 23 janvier 2001 requête n° 28342/95, *Brumarescu c/ Roumanie*, *AFDI* 2001, p. 423, note G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS.

³¹² *Ibid.*, point 22 de l'arrêt.

³¹³ *Ibidem.*

³¹⁴ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI* 2001, p. 456.

précise que l'article 41 de la Convention l'habilite à accorder à la partie lésée, s'il y a lieu, la satisfaction qui lui semble appropriée. Elle fait référence à l'arrêt *Papamichalopoulos et autres contre la Grèce* du 31 octobre 1995³¹⁶ dans lequel elle avait déjà utilisé ce mécanisme quand il s'était agi d'accorder une satisfaction équitable³¹⁷ à une violation de l'article 1 du premier protocole. Or, l'examen de l'arrêt *Papamichalopoulos* relatif à la satisfaction équitable, révèle que la Cour prend appui sur le droit international pour se prononcer, ce dont elle ne se cache nullement³¹⁸. La Cour justifie ainsi le fait de condamner la Grèce à la restitution des terrains litigieux aux requérants en citant un arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale³¹⁹, l'arrêt *Chorzów* du 13 septembre 1928³²⁰.

C'est donc ce dernier arrêt qui permet à la Cour de légitimer la satisfaction équitable qu'elle accorde dans l'arrêt *Papamichalopoulos*. Puis, c'est cet arrêt *Papamichalopoulos* qui, cité dans l'arrêt *Brumarescu*, sert à son tour de fondement concernant la satisfaction équitable. Ainsi, tant l'arrêt *Papamichalopoulos* que l'arrêt *Brumarescu* s'inspirent du droit international. La Cour européenne aurait été probablement moins audacieuse si aucune décision, en droit international, n'avait déjà été prononcée sur cette forme de réparation.

Les normes civiles européennes ne subissent pas uniquement l'influence des États ou du droit international : elles peuvent, de manière beaucoup plus directe, y être puisées.

§ II - Les emprunts aux autres ordres juridiques

106. L'influence, poussée à son paroxysme, amène le droit européen à procéder à de véritables emprunts. Lorsque le droit européen use de cette méthode, il importe une construction ou une notion juridique issue d'un ordre juridique étranger dans son propre système normatif. Il ne s'agit donc pas d'une simple empreinte ou influence mais d'un réel transfert de notion ou de règle d'un ordre juridique à un autre. Certains auteurs préfèrent parler de déambulation³²¹, d'appropriation³²², de picorage³²³ ou encore de transplantation³²⁴.

³¹⁵ Selon l'expression de G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *op. cit.*, p. 456.

³¹⁶ CEDH 31 octobre 1995, requête n° 14556/89, *Papamichalopoulos c/ Grèce*, *GACEDH* n° 64.

³¹⁷ CEDH 23 janvier 2001 requête n° 28342/95, *Brumarescu c/ Roumanie*, point 20 de l'arrêt, *op. cit.*

³¹⁸ « A cet égard, la jurisprudence internationale, judiciaire ou arbitrale, fournit à la Cour une source d'inspiration (...) » (CEDH 31 octobre 1995, requête n° 14556/89, *Papamichalopoulos c/ Grèce*, point 36 de l'arrêt).

³¹⁹ *Ibid.*, point 38 de l'arrêt.

³²⁰ *Ibid.*, Cité point 36 de l'arrêt.

³²¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 397.

³²² F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP* 1998, éd. G., I, 100, p. 12.

³²³ J. MERTENS DE WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JTDE* 1991, p. 40.

Le terme d'« emprunt » semble toutefois préférable car la déambulation et l'appropriation ne contiennent pas l'idée de s'emparer d'une notion sans pour autant la subtiliser à son auteur. La transplantation souligne, quant à elle, le caractère unilatéral de l'intégration juridique³²⁵ mais l'emprunt doit lui être préféré dans la mesure où il souligne l'absence d'eupéanisation de la règle qui, précisément, n'est qu'empruntée et demeure une règle encore étrangère au système européen, à ce stade de l'étude. Lorsque le droit européen emprunte aux droits nationaux, il s'attribue une notion ou une règle provenant de ces États tout en la laissant telle quelle dans l'ordre juridique originaire. Une distinction semblable à celle utilisée pour démontrer l'influence paraît adaptée. Il faut donc envisager les normes civiles empruntées respectivement en droit communautaire (A) et en droit du Conseil de l'Europe (B).

A / Des normes civiles communautaires empruntées

107. À l'instar de l'influence qui peut provenir des droits nationaux - et être ascendante - ou du droit international - et être latérale -, les normes peuvent être empruntées aux droits nationaux et au droit international. Dès lors, les emprunts peuvent être à leur tour qualifiés respectivement d'emprunts ascendants (1°) et d'emprunts latéraux (2°).

1° Les emprunts ascendants par les normes civiles communautaires

108. Un premier exemple de norme civile communautaire empruntée provient du droit au respect de la correspondance. Dans un arrêt *AM & S Europe Limited contre la Commission* du 18 mai 1982³²⁶, un règlement habilitait la Commission à se faire présenter des documents professionnels lors d'une vérification auprès d'une entreprise. Tout le problème était de savoir si la correspondance entre avocat et client relevait de la catégorie des documents pouvant être exigés. La Cour, afin de résoudre le conflit, emprunte, non seulement un principe au droit des États membres, principe que le droit communautaire méconnaissait, mais également les exceptions à ce principe. Pour cela, la Cour va tout d'abord s'enquérir de la façon de procéder des ordres juridiques nationaux³²⁷ : « en ce qui concerne la protection de la correspondance entre les avocats et leurs clients, les ordres juridiques des États membres laissent apparaître que, si le principe de cette protection est généralement reconnu (...) »³²⁸. Elle en déduit que « placé dans un tel contexte, le règlement (...) doit être interprété comme protégeant lui aussi la

³²⁴ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron. p. 951.

³²⁵ *Ibid.*, p. 956.

³²⁶ CJCE 18 mai 1982 affaire C- 155/79, *AM & S Europe Limited c/ Commission*, *Rec.* p. 1575.

³²⁷ Selon l'expression de K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.* 2001, p. 516.

³²⁸ CJCE 18 mai 1982 affaire C- 155/79, *AM & S Europe Limited c/ Commission*, point 19 de l'arrêt, *op. cit.*

confidentialité de la correspondance entre avocats et clients »³²⁹. La Cour ne se contente pas de hisser en droit communautaire un principe émanant du droit des États membres. Le juge communautaire va également puiser les exceptions nationales à ce principe, au nombre de deux. La protection commune aux droits des États membres requiert, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire n'étant pas liés au client par un rapport d'emploi³³⁰. La Cour affirme dès lors le principe de la confidentialité de la correspondance mais reprend aussi, mot pour mot, les exceptions nationales. Ainsi, tant le principe que les exceptions vont être importés des droits nationaux en droit communautaire.

109. Dans un autre domaine, celui du droit des obligations, l'arrêt *Tessili*, rendu par la CJCE le 6 octobre 1976³³¹, constitue également un exemple d'emprunt par renvoi du juge communautaire aux droits des États membres. Il s'agit là du premier arrêt d'interprétation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dite Bruxelles I. Dans cet arrêt, il s'agissait pour la Cour d'interpréter la référence faite par l'article 5 § 1 de la Convention au « *lieu d'exécution* » des obligations contractuelles. La Cour énonce qu'en matière de contrats, une telle référence au « *lieu d'exécution* » « *ne peut pas être comprise autrement qu'un renvoi au droit matériel applicable (...)* »³³². Ainsi, le droit communautaire renvoie au droit national pour que celui-ci détermine le lieu d'exécution du contrat³³³.

110. Un autre exemple de « consultation »³³⁴ du droit national se retrouve par exemple dans l'arrêt de la Cour de justice *A. Diatta contre le Land de Berlin*³³⁵. En l'espèce, un français, résidant en Allemagne, était marié à une sénégalaise mais les époux étaient séparés de fait et souhaitaient divorcer. Les juridictions allemandes se fondèrent sur l'absence de cohabitation des époux pour refuser de renouveler la carte de séjour de l'épouse, car elles ne considéraient plus cette dernière comme conjointe d'un ressortissant communautaire. Toutefois, pour la Cour de justice, le fait que les époux ne vivent plus ensemble ne justifiait

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ CJCE 18 mai 1982 affaire C- 155/79, AM & S Europe Limited c/ Commission, point 21 de l'arrêt, *op. cit.*

³³¹ CJCE 6 octobre 1976 affaire C- 12/76, Tessili c/ Dunlop, *Rec.* p. 1473.

³³² *Ibid.*, point 15 de l'arrêt.

³³³ Même si ce renvoi se justifie par une nécessaire articulation entre deux ordres normatifs.

³³⁴ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Études des 15-16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 90.

³³⁵ CJCE 12 février 1985 affaire C- 267/83, A. Diatta c/ Land Berlin, *Rec.* p. 567.

pas le refus de renouvellement d'une carte de séjour du conjoint du ressortissant communautaire. La Cour se fonde pour cela sur le droit allemand au regard duquel deux époux séparés de fait conservent la qualité d'époux³³⁶. La Cour emprunte ici l'approche du droit allemand selon laquelle les époux continuaient à être mariés. Dès lors, le renouvellement de la carte de séjour s'imposait.

111. L'arrêt *Hans Just*³³⁷, rendu par la Cour de justice et relatif au mécanisme de la répétition de l'indû contient un exemple d'emprunt ascendant. La Cour y mentionne que « *la protection juridique des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droits. Rien ne s'oppose donc, du point de vue communautaire, à ce que les juridictions nationales tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que les taxes indûment perçues ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable et répercutées sur les acheteurs* »³³⁸. Le droit communautaire, en l'absence de réglementations communautaires en matière de répétition de l'indû, utilise donc les modalités procédurales des ordres juridiques internes³³⁹ et emprunte bien en cela aux droits nationaux.

112. La Cour de justice s'en remet encore à l'analyse nationale dans l'arrêt *Omega*³⁴⁰ touchant au respect de la dignité des personnes. Dans cet arrêt, la CJCE avait à se prononcer sur une mesure nationale d'interdiction adoptée à l'égard d'un jeu de simulation d'actes homicides. Cette activité portant atteinte à la dignité humaine, la restriction se fondait sur des motifs de protection de l'ordre public. Dans le but de déterminer si cette restriction était licite, à savoir nécessaire et proportionnée, la Cour de justice s'en remet à l'analyse des juridictions nationales selon laquelle la mesure d'interdiction « *correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution nationale a entendu assurer sur le territoire national* »³⁴¹. Elle emprunte ainsi une appréciation nationale de la notion de dignité humaine.

³³⁶ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Études des 15-16 décembre 1994*, op. cit., p. 91.

³³⁷ CJCE 27 février 1980 affaire C- 68/79, *Hans Just c/ Ministère danois des impôts et accises*, Rec. p. 501.

³³⁸ *Ibid.*, point 26 de l'arrêt.

³³⁹ *Ibid.*, point 25 de l'arrêt.

³⁴⁰ CJCE 14 octobre 2004 affaire C-36/02, *Omega*, Rec. p. 9609 ; *RTDH* 2005, p. 649, note C. PICHERAL ; *Europe des libertés* n° 16, note J.-P. JACQUÉ.

³⁴¹ *Ibid.*, point 39 de l'arrêt.

113. Pour autant, les exemples d'emprunts ne sont pas uniquement jurisprudentiels. En effet, ils peuvent se retrouver dans les textes normatifs, notamment au travers du mécanisme du renvoi au droit national. Il peut sembler étonnant que le renvoi puisse être assimilé à un emprunt dans la mesure où le renvoi au droit national entraîne un déplacement du choix des normes communautaires vers les normes nationales. L'emprunt, pour sa part, suppose le mouvement inverse puisqu'une norme se déplace du droit national vers le droit communautaire. Cependant, le renvoi au droit national constitue un emprunt dans la mesure où le droit communautaire se réfère par ce biais à la législation de l'État national et non à sa propre législation.

114. L'exemple des renvois au droit national en matière de regroupement familial illustre ces propos. Il existe des conditions traditionnellement imposées en matière de regroupement familial et par souci d'intégration sociale de la famille dans l'état d'accueil, les textes communautaires ont notamment imposé une condition de logement. L'article 10 § 3 du règlement 1612/68 relatif au droit au regroupement familial, mentionnait comme condition, un logement « *considéré comme normal pour les nationaux dans la région où le travailleur migrant est employé* »³⁴². Ainsi, pour apprécier la normalité du logement, il était nécessaire de se référer à la législation de l'État d'accueil. Le droit communautaire ne précise nullement le sens de « *logement normal* ». Il s'agit d'un emprunt puisque le droit communautaire se voyait contraint de puiser ce qu'il convient d'entendre par « normalité » dans la législation des différents États membres. Ainsi, tout renvoi au droit national constitue un emprunt puisqu'il entraîne l'intégration à l'ordre normatif communautaire d'une notion, de critères ou d'une interprétation de droit national.

115. Dans deux directives du Conseil du 28 juin 1990 relatives au regroupement familial, il était précisé que les États membres accordent le droit de séjour aux ressortissants des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille à condition qu'ils disposent, notamment, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille de « *ressources suffisantes* »³⁴³. Or, comme le

³⁴² Article aujourd'hui abrogé par la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JO L 158 du 30/04/2004, p. 77.

³⁴³ Cf. article 1 § 1.2 des directives 90/364 du Conseil relative au droit de séjour, et 90/365 du Conseil, relative au droit de séjour des travailleurs salariés ou non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, du 28 juin 1990, JO L 180 du 13/07/1990, textes également abrogés par la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *op. cit.*

précise S. Ramet³⁴⁴, ces directives renvoyaient à la législation des États membres d'accueil en ce qui concerne l'interprétation de la notion de « *ressources suffisantes* ». Le texte prévoyait en effet que les ressources s'avèrent suffisantes « *lorsqu'elles sont supérieures au niveau de ressources en deçà duquel une assistance sociale peut être accordée par l'État membre d'accueil à ses ressortissants (...)* »³⁴⁵ ou, si cet alinéa ne pouvait s'appliquer, devaient être alors considérées comme suffisantes les ressources « *supérieures au niveau de la pension minimale de sécurité sociale versée par l'État membre d'accueil* »³⁴⁶. Il s'agit là encore d'un renvoi à une appréciation nationale, donc d'un emprunt.

116. De même, toujours en ce domaine particulièrement riche en emprunts, une résolution adoptée le 3 juin 1993 relative à l'harmonisation des politiques nationales avait repris l'idée selon laquelle le regroupement familial suppose dans son principe même une cohabitation des membres de la famille³⁴⁷. Elle avait ainsi précisé que « *le conjoint et les enfants ne peuvent être admis que dans le but de vivre avec le résident* ». Or, le droit communautaire ne faisait là que reproduire les législations nationales qui contenaient déjà cette obligation de cohabitation. La notion de cohabitation a d'ailleurs été reprise dans la directive du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial : « *les États membres tiennent compte, afin d'établir l'existence de liens familiaux, d'éléments tels qu'un enfant commun, une cohabitation préalable (...)* »³⁴⁸. Le droit communautaire emprunte là encore aux législations nationales.

117. Tel est encore le cas lorsqu'il utilise certains des concepts nationaux de droit civil afin de déterminer quelles personnes peuvent bénéficier du droit au regroupement familial³⁴⁹. Pareille hypothèse se retrouve concernant la notion de « *conjoint* », nullement définie dans les différents instruments communautaires relatifs au regroupement familial, y compris les plus récents³⁵⁰. Certes, la jurisprudence permet, à force d'énumérations des personnes entrant ou

³⁴⁴ S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, thèse Paris I, 2001, p. 122.

³⁴⁵ Cf. article 1 § 1.2 des directives 90/364 du Conseil relative au droit de séjour et 90/365 du Conseil, relative au droit de séjour des travailleurs salariés ou non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, du 28 juin 1990, *op. cit.*

³⁴⁶ Cf. article 1 § 1.2 des directives 90/364 du Conseil relative au droit de séjour, et 90/365 du Conseil, relative au droit de séjour des travailleurs salariés ou non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, du 28 juin 1990, *op. cit.*

³⁴⁷ S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, thèse Paris I, 2001, *op. cit.*, p. 134.

³⁴⁸ Article 5 § 2 de la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial du 22 septembre 2003, *JO L 251/12* du 3/10/2003, p. 12.

³⁴⁹ S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, thèse Paris I, 2001, *op. cit.*, p. 156.

³⁵⁰ Voir en ce sens la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial du 22 septembre 2003, *op. cit.*, ou encore la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil relative au droit de citoyens de l'Union et aux membres de leur famille de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004,

non dans la catégorie des conjoints, de délimiter la notion, mais il n'empêche que les droits civils nationaux demeurent la référence.

118. Succédant aux textes de 1968 et de 1990, la directive du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial, emprunte encore aux droits nationaux. C'est le cas lorsque ce texte prévoit, en son article 4, paragraphe 1, dernier alinéa, que « *par dérogation, lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'État membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive* ». Ce critère d'intégration constitue une notion nationale et autorise les États à restreindre sensiblement le droit au regroupement familial³⁵¹.

119. Le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, Bruxelles II, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale emprunte également, s'agissant de la détermination du domicile des personnes physiques, au droit interne des États membres. Ce renvoi est néanmoins implicite dans la mesure où le règlement précise seulement la notion de domicile pour les personnes morales³⁵². Une telle absence de définition ne peut s'interpréter que comme un renvoi au droit national et est d'autant plus étonnante que la plupart des chefs de compétence édictés tant par ce texte que par celui qu'il remplace, c'est à dire Bruxelles I, reposent sur le domicile des parties, d'où l'importance de cette notion que le règlement ne prend pourtant pas soin de définir.

120. De même, la directive du Parlement européen sur la vente et les garanties des biens de consommation du 25 mai 1999 ne donne pas de définition européenne du contrat de vente. Les conceptions nationales devront donc être observées puisque « *le silence de principe renvoie aux qualifications nationales* »³⁵³. De plus, cette directive prévoit en son article 4 sur les actions récursoires que « *lorsque la responsabilité du vendeur final est engagée vis-à-vis*

op. cit. Dans ces textes toutefois, même si la définition du conjoint n'est pas donnée, une précision est apportée à propos du partenaire non marié, visé également au titre de membre de la famille. Sur ce texte voir C. SORIANO, « Libre circulation et séjour dans l'Union européenne : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme », *JTDE* 2005, p. 193 ; A. ILIOPOULOU, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE » *RDUE* 2004, 3, p. 523.

³⁵¹ Voir en ce sens les arguments du Parlement dans l'arrêt CJCE 27 juin 2006 affaire C- 540/03, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, *op. cit.*

³⁵² Cf. considérant 11 et article 60 du Règlement 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000, *JO L 012* du 16/01/2001, p. 1.

³⁵³ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, p. 448.

du consommateur en vertu d'un défaut de conformité qui résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle ou de tout autre intermédiaire, le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou les responsable(s) appartenant à la chaîne contractuelle. Le droit national détermine le ou les responsable(s) contre qui le vendeur final peut se retourner ainsi que les actions et les conditions d'exercice pertinentes ». Il s'agit, là encore, d'un renvoi au droit national puisqu'il appartient à ce dernier de déterminer le ou les responsables contre qui le vendeur final peut se retourner, ainsi que les actions et conditions d'exercice pertinents. Il revient donc aux droits nationaux de se prononcer sur la nature de l'action, délictuelle ou contractuelle, exercée au sein d'une chaîne de contrats³⁵⁴.

121. Enfin, de nouveau en matière de contrats, il semblerait que la construction des dommages et intérêts contractuels, résultant des principes du droit européen des contrats, ait été « *purement et simplement empruntée au code civil* » français. Il faut ainsi relever que, parmi d'autres, l'article 9: 502 relatif à la mesure des dommages et intérêts rappelle l'article 1149 de ce même code et que la prévisibilité du dommage organisée par l'article 9: 503 constitue le « double presque parfait »³⁵⁵ des articles 1150 et 1151 du Code civil. Tous les emprunts de normes civiles communautaires ne proviennent cependant pas uniquement des droits internes des États membres. Le droit communautaire exploite également en ce sens les possibilités du droit international.

2° Les emprunts latéraux par les normes civiles communautaires

122. Certains textes déjà envisagés sous l'angle de l'influence peuvent réapparaître en matière d'emprunts latéraux, c'est-à-dire d'emprunts faits à l'ordre juridique international. Tel est le cas notamment de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative aux contrats de vente internationale de marchandises dont l'influence sur la directive de 1999³⁵⁶ a précédemment été évoquée. Ainsi, l'autorité de ce texte sur le droit communautaire ne se limite pas à une simple influence mais s'étend jusqu'au degré supérieur de l'imitation. La directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation contient des notions directement issues du texte international. Ces emprunts se révèlent difficilement contestables, notamment quant au régime de la garantie de la directive.

³⁵⁴ H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 111.

³⁵⁵ Selon les propos de V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Dommages et intérêts », *Dr. et patr.* avril 2003, n° 114, p. 79.

³⁵⁶ Cf *supra* n° 71.

Dans cette perspective, la conception moniste de l'obligation de garantie et de délivrance de la chose a été empruntée à la Convention de Vienne. L'article 2 de la directive est ainsi rédigé :

« 1. Le vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente.

2. Le bien de consommation est présumé conforme au contrat: a) s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur; b) s'il est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté; c) s'il est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type; d) s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ».

Il faut constater, avec J. Raynard, que « la définition de la conformité se fait alors par référence, presque explicite, à la Convention de Vienne »³⁵⁷. Les termes sont identiques³⁵⁸ : « propres à tout usage spécial », « propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ». La directive associe ainsi réparation des vices et conformité. Cette dernière englobe à la fois le respect du contrat, c'est-à-dire ce à quoi l'acheteur était en droit de s'attendre et l'absence de vices cachés. De plus, une fois le défaut de conformité constaté, la directive précise en son article 3 que le choix de la sanction appartient à l'acquéreur et cette option provient également de la Convention de Vienne³⁵⁹. Enfin, la notion de « défauts de conformité mineurs » de la directive doit être rapprochée de celle de « contravention non

³⁵⁷ J. RAYNARD, « Sources internationales : sources européennes communautaires », *RTD civ* 1997, p. 1021.

³⁵⁸ Cf. article 35 de la Convention de Vienne :

« 1) Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat.

2) A moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si: a) elles sont propres aux usages auxquels serviraient habituellement des marchandises du même type;

b) elles sont propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat, sauf s'il résulte des circonstances que l'acheteur ne s'en est pas remis à la compétence ou à l'appréciation du vendeur ou qu'il n'était pas raisonnable de sa part de le faire; c) elles possèdent les qualités d'une marchandise que le vendeur a présentée à l'acheteur comme échantillon ou modèle; d) elles sont emballées ou conditionnées selon le mode habituel pour les marchandises du même type ou, à défaut du mode habituel, d'une manière propre à les conserver et à les protéger.

3) Le vendeur n'est pas responsable, au regard des alinéas a) à d) du paragraphe précédent, d'un défaut de conformité que l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat ».

³⁵⁹ Cf. article 45 de la Convention de Vienne.

essentielle » mentionnée dans la Convention³⁶⁰. L'article 46- 2 de cette dernière dispose en effet que « *si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'acheteur ne peut exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement que si le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat (...)* », ce qui signifie *a contrario* que, parfois, le défaut de conformité constitue une contravention non essentielle au contrat. Or, cette idée se retrouve dans la directive à l'article 3 § 6 : « *Le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur* ».

123. Il est une seconde convention de 1980 dont la Communauté s'est appropriée les mécanismes³⁶¹, il s'agit de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfant. Le règlement dit Bruxelles II bis rejoint cette dernière : les deux textes poursuivent avant tout un but de retour rapide de l'enfant déplacé de façon illicite et optent pour une définition de la notion d'enlèvement axé sur la violation du droit de garde de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour³⁶². De manière précise, le règlement emprunte à la Convention la mise en place « *d'autorités centrales* » permettant de faciliter la prévention des conflits et de favoriser la médiation³⁶³. Ces exemples témoignent des emprunts manifestes effectués par les institutions européennes au droit international en matière civile. Les normes du Conseil de l'Europe n'échappent pas à ce mouvement d'emprunt, particulièrement dans le domaine civil.

B / Des normes civiles du Conseil de l'Europe empruntées

124. La plupart des normes civiles issues du Conseil de l'Europe résultent d'emprunts. Il semble inutile de reprendre ici la notion d'emprunt précédemment expliquée. En revanche, la distinction entre emprunts ascendants (1°) et latéraux (2°) retrouve sa place dans l'étude des normes civiles du Conseil de l'Europe.

1° Les emprunts ascendants par les normes civiles du Conseil de l'Europe

³⁶⁰ Voir encore J. RAYNARD, « Sources internationales : sources européennes communautaires », *RTD civ* 1997, *op. cit.*, p. 1022.

³⁶¹ Lire en ce sens les affirmations de C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003) », *D.* 2004, p. 1328.

³⁶² Cf. article 3 de la Convention de La Haye et 11. a) du règlement Bruxelles II bis.

³⁶³ Cf. articles 6 et svts de la Convention de La Haye et 53 et svts du règlement Bruxelles II bis.

125. De tels emprunts se caractérisent par la transposition d'une norme issue d'un ou de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe en droit européen des droits de l'homme. L'arrêt *Niemietz contre l'Allemagne*³⁶⁴ constitue un exemple significatif d'emprunt pouvant être fait par la Cour EDH aux dispositions nationales. Dans cet arrêt, la Cour étend le champ d'application de l'article 8 de la Convention en relevant qu'il englobe « *le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* ». Ce faisant, la Cour estime que la notion de vie privée doit comprendre les activités professionnelles ou commerciales³⁶⁵. En élargissant la protection de l'article 8 de la Convention aux locaux et activités professionnels, la Cour innove de façon certaine. Cependant, elle ne fait en réalité que reprendre à son compte une disposition du droit allemand. En effet, la Loi fondamentale garantit l'inviolabilité du domicile. Or, comme le remarque la Cour, la jurisprudence allemande l'a toujours interprétée de manière large, y intégrant les locaux professionnels³⁶⁶. La Cour s'approprie donc cette interprétation.

126. L'arrêt *Fressoz et Roire contre la France*, rendu le 21 janvier 1999³⁶⁷, confirme cette tendance de la Cour européenne à faire siennes des règles internes, à cette nuance près qu'en l'espèce, la Cour s'est appropriée une interprétation nationale. Dans cette affaire, des journalistes avaient été condamnés, selon le droit interne, par la Cour de Cassation, pour avoir fait publier dans la presse la photocopie d'un avis d'imposition d'un dirigeant d'entreprise. Ils se présentèrent alors devant la Cour EDH afin de faire constater une violation de l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression. La condamnation des requérants s'analysant en une ingérence dans leur droit à la liberté d'expression, la Cour devait déterminer si elle entrait dans la catégorie des immixtions autorisées par le second paragraphe de l'article 10. Pour cela, la Cour dut répondre à la question de savoir si pareille ingérence était prévue par la loi, si elle poursuivait un but légitime et si enfin elle était nécessaire dans une société démocratique. En l'espèce, l'ingérence avait pour but de protéger la réputation et les droits d'autrui et d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles³⁶⁸ ou en d'autres termes, la protection de la vie privée. C'est précisément ce point de l'arrêt qui intéresse les normes de

³⁶⁴ CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, *RTDH* 1993, p. 467, note P. LAMBERT; *JCP* 1993, éd. G, I, 3654, p. 96, n° 18, obs. F. SUDRE; *AFDI* 1992, p. 629, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE; *JDI* 1993, p. 755, note E. DECAUX et P. TAVERNIER; *GACEDH* n° 40.

³⁶⁵ *Ibid.*, point 29 de l'arrêt.

³⁶⁶ CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, point 18 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁶⁷ CEDH 21 janvier 1999 requête n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*, *RTD civ* 1999, p. 909, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2000, éd. G, I, 203, p. 198, n° 26, obs. F. SUDRE; *JCP* 1999, éd. G, II, 10120, note E. DERIEUX.

³⁶⁸ *Ibid.*, point 43 de l'arrêt.

droit civil. En droit français, la protection de la vie privée, proclamée par l'article 9 du code civil, n'intègre pas la protection de données relatives au patrimoine. De fait, pour la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, la divulgation d'une information purement patrimoniale ne porte pas atteinte au respect de la vie privée d'autrui³⁶⁹. Il appartenait à la Cour européenne de répondre à la même question. Soit une information patrimoniale relève pour elle du domaine de la vie privée et la condamnation des journalistes se justifie au regard de la protection des droits d'autrui, soit cette information n'appartient pas au domaine de la vie privée et l'ingérence constituée par la condamnation n'est alors plus justifiée. Contre toute attente, la Cour va emprunter explicitement l'interprétation de la première chambre civile en matière de vie privée : « *Selon la Cour de cassation, les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relèvent pas du domaine de la vie privée* »³⁷⁰. Cet emprunt à la juridiction française permet à la Cour d'affirmer que la condamnation des requérants ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite des buts légitimes visés³⁷¹. Par là même, le constat de violation de l'article 10 s'imposait.

127. Enfin, un exemple d'emprunt aux droits nationaux peut être trouvé dans l'arrêt *Koua Poirrez contre la France*³⁷². Cette affaire retiendra particulièrement l'attention en matière d'emprunt puisque la Cour européenne s'appuie expressément sur l'arrêt *Bozkurt*³⁷³ de la Cour de cassation française. Elle emprunte ainsi à la juridiction française son raisonnement en matière de droit de propriété. À l'instar des juges français, les juges européens ont estimé qu'un refus d'octroyer au requérant une prestation sociale en raison de sa nationalité étrangère emporte violation des articles 1 du 1^{er} protocole combiné avec l'article 14 de la Convention. D'après la Cour EDH, un tel refus s'analyse en une discrimination ne reposant sur aucune justification objective et raisonnable. Tout comme les droits nationaux, le droit international bénéficie d'un rôle essentiel en matière civile dans la mesure où le Conseil de l'Europe y trouve également une large source d'inspiration et de grandes possibilités d'emprunts.

³⁶⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991 (*D.* 1992, p. 213, note P. KAYSER ; *JCP* 1992, éd. G, II, 21845, note F. RINGEL) et Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1993 (*D.* 1994, p. 595, note Y. PICOD ; *RTD civ* 1994, p. 77, note J. HAUSER).

³⁷⁰ CEDH 21 janvier 1999 requête n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*, point 50 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁷¹ *Ibid.*, point 56 de l'arrêt.

³⁷² CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, *JCP* 2004, éd. G, I, 107, p. 185, n° 20, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2005, n° 61, p. 166 note J. CALLEWAERT ; *Dr. fam.* 2004, n° 5, comm. 91, note S. LE MEUR .

³⁷³ Cass. Soc. 14 janvier 1999, *JCP* 1999, éd. G, II, 10082, note F. SUDRE.

2° Les emprunts latéraux par les normes civiles du Conseil de l'Europe

128. Au même titre que la Convention de Vienne, la Convention de La Haye peut être citée à la fois au titre de l'influence et des emprunts, tant son autorité est grande sur le droit européen. La solution apportée au problème posé par l'affaire *Ignaccolo-Zénide contre la Roumanie*, du 25 janvier 2000³⁷⁴, révèle un emprunt fait au droit international par le droit européen des droits de l'homme. En l'espèce, un ressortissant franco-roumain, résidant en Roumanie, avait enlevé les enfants qu'il avait conçus avec la requérante, son ex-épouse, quant à elle ressortissante française. Pour la Cour, les autorités roumaines ont omis de déployer des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de ses enfants, méconnaissant ainsi son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne³⁷⁵. Dans son arrêt, la Cour cite certaines dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants. Pour elle, les obligations positives émanant de l'article 8 et qui pèsent sur l'État doivent s'interpréter à la lumière de cet instrument. La Cour procède à un emprunt puisque c'est au regard des obligations découlant de ce texte, auquel la Roumanie est partie, qu'elle rend un constat de violation. Elle décide en effet que les autorités roumaines n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires afin d'assurer le retour immédiat des enfants. Le constat de violation concerne l'article 8 de la Conv EDH, mais passe par le biais de la Convention de La Haye. La Cour se réfère par exemple à l'article 7 de ce texte³⁷⁶ qui dresse une liste de mesures à prendre par les États pour assurer le retour immédiat des enfants. Elle cite également l'article 11 de cette même Convention, exigeant que les autorités judiciaires ou administratives saisies procèdent d'urgence en vue du retour de l'enfant, toute inaction au-delà de six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation³⁷⁷. C'est donc en utilisant cet instrument que la Cour détermine si les autorités roumaines ont fait leur possible et ce dans un souci de célérité. Or, comme la Cour le constate, les autorités roumaines n'ont pas respecté les obligations de la Convention de La Haye et ont violé de ce fait le droit au respect de la vie familiale du requérant.

³⁷⁴ CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, *RTD civ* 2001, p. 451, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2001, éd. G, I, 291, n° 32, p. 192, obs. F. SUDRE.

³⁷⁵ CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, point 113 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁷⁶ *Ibid.*, point 95 de l'arrêt.

³⁷⁷ *Ibid.*, point 102 de l'arrêt.

129. L'arrêt *Bianchi contre la Suisse*³⁷⁸ est également caractéristique des emprunts faits à la Convention de La Haye. Il semble aller encore plus loin que l'arrêt *Ignaccolo* dans l'appropriation des normes internationales par la Cour EDH. Après avoir classiquement rappelé que les obligations de l'article 8 doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants³⁷⁹, la juridiction européenne calque son raisonnement sur les dispositions de cet instrument. Elle reprend, par exemple, la définition du déplacement ou non-retour illicite d'un enfant, figurant à l'article 3 de la Convention de 1980³⁸⁰. De plus, elle déclare analyser les faits de manière chronologique à la lumière de ce texte³⁸¹. La Cour EDH procède donc à un emprunt en recherchant dans un premier temps d'éventuelles violations de la Convention de La Haye, violations qui, une fois constatées, pourraient être à l'origine d'une atteinte à l'article 8 de la Convention³⁸². Le raisonnement de la Cour transite ainsi par une phase d'application de la Convention de La Haye, en particulier les articles 7, 11 et 13. D'après ses dispositions, l'attitude des autorités Suisses ne cadre ni avec l'objet, ni avec le but de la Convention de La Haye, ce qui entraîne une violation de l'article 8 de la Conv EDH³⁸³.

130. Un exemple peut également être tiré du droit au respect du corps humain. Dans l'affaire *Selmouni*³⁸⁴, la France a été condamnée pour des faits qualifiés de torture lors d'une garde à vue. En ce domaine, lié évidemment au respect de l'intégrité corporelle, la Cour a utilisé un texte international. Elle a, afin de qualifier de torture les actes dont avait été victime le requérant, emprunté la définition de l'article 1 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en particulier la distinction entre la notion de torture et celle de traitements inhumains ou dégradants. La juridiction s'interroge ainsi quant à savoir si les « *douleurs ou souffrances* » infligées à M. Selmouni peuvent être qualifiées d'« *aiguës* » au sens de l'article 1^{er} de la Convention des Nations unies³⁸⁵. Ce faisant, elle transpose en droit européen une définition élaborée dans le cadre d'une convention des Nations unies. Le constat du manque d'autonomie des normes

³⁷⁸ CEDH 22 juin 2006 requête n° 7548/04, *Bianchi c/ Suisse*.

³⁷⁹ *Ibid.*, point 82 de l'arrêt.

³⁸⁰ *Ibid.*, point 91 de l'arrêt.

³⁸¹ CEDH 22 juin 2006 requête n° 7548/04, *Bianchi c/ Suisse*, point 92 de l'arrêt, *op. cit.*

³⁸² *Ibid.*, point 92 de l'arrêt.

³⁸³ *Ibid.*, point 99 de l'arrêt.

³⁸⁴ CEDH 28 juillet 1999 requête n° 25803/94, *Selmouni c/ France*, *RTD civ* 1999, p. 911, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RGDIP* 2000, n° 1, p. 181, note G. COHEN-JONATHAN ; *JCP* 1999, *éd. G*, II, 10193, note F. SUDRE.

³⁸⁵ *Ibid.*, point 100 de l'arrêt.

civiles européennes ayant été posé au travers d'exemples tant textuels que jurisprudentiels, il faut à présent en envisager les conséquences.

Section II : Les inférences du défaut d'autonomie des normes civiles européennes

131. Les inférences du manque d'autonomie des normes civiles européennes apparaissent invariables quelle que soit la définition retenue de cette dernière notion. L'autonomie s'entend de la possibilité de décider, pour un organisme ou un individu, sans en référer à un pouvoir central, à une hiérarchie ou à une autorité. Exposer le défaut d'autonomie du droit européen revient à affirmer que ce dernier manque d'indépendance et de liberté dans la mesure où il n'est pas régit par ses propres lois, tout au moins en matière civile. C'est par rapport au lien entre l'autonomie et la souveraineté, et donc à la nature du droit européen, que la question doit être envisagée. Originellement, les normes civiles ne sont pas européennes puisqu'elles ne prennent pas naissance en droit européen : elles proviennent soit d'un consensus, soit d'une règle déjà existante en droit international ou dans un État membre.

132. Le problème qu'entraîne le défaut d'autonomie des normes civiles ne concerne pas l'application uniforme des normes de droit civil. Une telle incidence ne se présenterait que si le droit européen ne tenait compte que des particularismes locaux ou du droit d'un seul État impliquant nécessairement une forme de diversité. Or, le droit européen s'inspire également des consensus. Cette influence n'entraîne pas un manque d'application uniforme puisqu'au contraire, le fait que le droit européen s'appuie sur un consensus favorise l'application uniforme des normes. À titre d'exemple, s'il faut s'en convaincre, l'arrêt *C. Goodwin contre le Royaume-Uni* est probant. Dans cette affaire, la Cour EDH s'est inspirée d'une tendance internationale continue quant à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés³⁸⁶. Cet arrêt, s'inspirant d'un consensus international, favorise indéniablement l'uniformisation des droits reconnus aux transsexuels.

133. Premièrement, le problème susceptible de se poser, résultant de ce que les normes civiles européennes s'inspirent des consensus existant, provient des conséquences d'un

³⁸⁶ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 85 de l'arrêt, *op. cit.*

éventuel changement de consensus. Dans cette hypothèse, et même si l'objectif n'est pas nécessairement l'unification complète du droit, le droit européen devra-t-il à son tour être modifié ? La question se pose à l'identique lorsque des normes civiles européennes s'inspirent d'un texte international tel que la Convention de Vienne ou le pacte de New York. Si une modification de la norme d'origine intervient, sa transposition en droit européen devra-t-elle, elle aussi, subir une modification ? La notion de consensus ne connaît pas de contours précis. Dès lors, il paraît bien délicat de désigner le moment où un consensus va pouvoir être considéré comme suffisamment établi pour que le droit européen s'en inspire. De même, il n'est pas aisé de reconnaître un consensus : on ignore la proportion d'États dont l'assentiment est nécessaire à la qualification de consensus.

134. Deuxièmement, face à un tel défaut, le droit européen passe pour un simple réceptacle de normes, ne disposant pas des ressources suffisantes pour régler et orienter la matière civile. On constate alors que le manque d'autonomie agit sur les effets des normes civiles européennes. Ce défaut induit dans le premier cas une incertitude, dans le second une inefficacité. La relation entre le manque d'autonomie et les atteintes portées à l'effectivité relève d'une véritable relation d'inférence. Les atteintes sont admises parce que la dépendance des normes civiles est à présent tenue pour vraie³⁸⁷. Si les difficultés déduites du manque d'autonomie méritent d'être évoquées et se manifestent sous forme d'atteintes portées à l'effectivité juridique (§ I), elles ne doivent pas être surestimées. En effet, cette dépendance dans laquelle se trouve le droit européen semble lui être inhérente, ce qui permet de relativiser les atteintes préalablement envisagées (§ II).

§ I - Les atteintes portées à l'effectivité juridique

135. Le fait que les juridictions européennes s'appuient sur un contexte local dans une affaire déterminée semble empêcher la transposition de la solution dans un autre État où le contexte risque d'être différent. De même, le fait qu'il faille se référer aux dispositions de droit interne afin d'interpréter une notion utilisée dans un texte communautaire, pourrait

³⁸⁷ En ce sens, les conséquences semblent plus diverses et nombreuses que les inférences, qui seules résultent d'une déduction. Les conséquences du défaut d'autonomie des normes civiles sont multiples. Elles peuvent concerner les systèmes de droit dans lesquels les normes sont puisées, les normes empruntées ou encore l'appropriation de ces normes par le droit européen. La relation d'inférence suppose au contraire de ne s'intéresser qu'aux conséquences inévitables et en lien direct avec l'élément causal.

entraîner des discriminations suivant le contenu de ces droits. La prise en considération par le droit européen d'un consensus ou d'un texte international n'a, en soi, rien d'alarmant. Toutefois, ce procédé implique que l'espace européen ne dispose pas des ressources nécessaires pour imposer lui-même ses propres exigences. Ces observations concernent les effets des normes civiles.

136. L'effectivité juridique³⁸⁸ désigne le degré d'application du droit³⁸⁹ ou l'évaluation de son degré de réception³⁹⁰. Autrement dit, l'effectivité intéresse la réalisation du droit. Si l'application du droit est fluctuante, aucune certitude n'en découle. L'insécurité juridique constitue alors un effet du droit. Par ailleurs, si l'effectivité doit être distinguée de l'efficacité, elle l'inclut sans nul doute. L'effectivité s'attache aux écarts entre droit et pratique, soit au résultat du droit, à ses effets. L'efficacité englobe certes le résultat mais concerne surtout l'adéquation entre ce résultat et ce qui a été fait ou produit pour y parvenir³⁹¹. Les interrogations relatives aux atteintes portées à l'effectivité par le manque d'autonomie et l'influence « *de droit à droit* »³⁹² renvoient à deux problèmes distincts : la sécurité (A) et l'efficacité (B) juridiques.

A / La sécurité juridique en cause

137. La généralité de la notion ainsi que ses multiples applications imposent de clarifier l'expression de sécurité juridique. Une utilisation excessive a fait d'elle une notion fourre-tout. Il n'en demeure pas moins qu'elle peut se définir comme « *toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude de la réalisation du droit* »³⁹³. Elle est même, selon P. Roubier, une des finalités du droit³⁹⁴ ou encore sa raison d'être³⁹⁵. L'intérêt de cette

³⁸⁸ Ou encore « phénomène sociologique » selon l'expression de J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique* 1958, p. 3.

³⁸⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 103.

³⁹⁰ P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 127.

³⁹¹ Pour la différence entre les deux notions, voir notamment G. ROCHER, « L'effectivité du droit », dans A. LAJOIE, *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, 1998, p. 133.

³⁹² Selon l'expression de J. CARBONNIER, « le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804 », *D.* 1975, chron. p. 171.

³⁹³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd., 2005, p. 801.

³⁹⁴ « *La première valeur à atteindre, c'est la sécurité juridique* », « *en étudiant l'aspect extérieur des règles de droit, nous avons reconnu l'existence d'une première valeur, qui est la sécurité juridique, laquelle commande toute une série de conséquences avantageuses à la société autorité, paix, ordre* », P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, éditions Sirey, 1946, respectivement p. 269 et 268.

³⁹⁵ M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 178.

notion ne découle pas des nombreuses publications dont elle a pu faire l'objet³⁹⁶, mais du fait qu'elle ait été consacrée comme principe tant par le droit communautaire³⁹⁷ que par le droit européen des droits de l'homme³⁹⁸. La CJCE³⁹⁹ et la Cour EDH⁴⁰⁰ ont estimé que la sécurité juridique tendait à « assurer la stabilité des situations juridiques, c'est-à-dire la permanence au moins relative de celles-ci dans le temps »⁴⁰¹. Il apparaît donc intéressant de confronter le manque d'autonomie des normes civiles européennes à cette exigence scindée en deux branches : la prévisibilité (1°) et la lisibilité (2°), démembrements du principe de sécurité juridique.

1° Manque d'autonomie et prévisibilité des normes civiles européennes

138. Le manque d'autonomie des normes civiles européennes empêche tout requérant potentiel de connaître l'exacte étendue de ses droits. À l'instar de C. Lombois⁴⁰², il est possible de se demander si les définitions du mariage et qui plus est de la famille, du conjoint ou des enfants, peuvent être affaire de consensus. Le fait que le droit européen s'inspire des assentiments existants conduit à un manque de prévisibilité⁴⁰³ quant à l'interprétation des notions de droit civil. L'appel répété au consensus n'est pas un gage de prévisibilité dans la mesure où l'on ignore le seuil même d'existence du consensus. La Cour européenne a par exemple admis qu'il n'existait pas de consensus suffisamment large au sein des États membres sur la manière d'aborder les questions juridiques relatives aux transsexuels dans les

³⁹⁶ Voir pour les thèses de doctorat C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse Montpellier, 2003 ; G. DUFOUR, *Sécurité juridique et règles de droit, illustration en droit des contrats*, thèse Lille, 2005. Cf. également B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque », *AJDA* 1995, n° spécial p. 151 ; G. PELISSIER, « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », *LPA*, 20 février 1998, n° 2, p. 6 ; M. KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français », *Rev. Adm.* 1993, p. 538 ; « Sécurité juridique et loi », « Sécurité juridique et jurisprudence », « Sécurité juridique et droit communautaire », les entretiens de Nanterre du 16-17 mars 1990, *JCP* 1990, éd. E., n° 48.

³⁹⁷ Ce principe se retrouve à l'article 6 § 1 TUE qui énonce la notion d'État de droit, mais également à travers le principe de transparence (article 1^{er} TUE). Il est ainsi ancré en droit communautaire, même si ce dernier ne le reconnaît pas formellement. En ce sens, dans sa thèse de doctorat, C. SALVIEJO révèle la consécration textuelle mais aussi jurisprudentielle de ce principe, qu'elle qualifie respectivement de limitée et complexe (C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse Montpellier, 2003).

³⁹⁸ En particulier au travers du principe de légalité énoncé à l'article 7 de la Conv EDH, mais aussi par la non rétroactivité de la loi pénale ou encore le droit à un procès équitable (cf C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse Montpellier, 2003, p. 42 et s.).

³⁹⁹ CJCE 3 mai 1978 affaire C- 112/77, *Töpfer c/ Commission*, point 19 de l'arrêt, *Rec.* p. 1019.

⁴⁰⁰ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 58 de l'arrêt, *AFDI* 1980 p. 317 obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 473, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 183, note P. ROLLAND.

⁴⁰¹ M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 178.

⁴⁰² C. LOMBOIS, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron. p. 324, note sous CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87, *B. c/ France*.

⁴⁰³ Voir sur ce sujet J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité » dans *Mélanges en hommage à P. LAMBERT, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 93.

arrêts *Rees, Cossey, B. et Sheffield et Horsham*⁴⁰⁴. Ainsi, jusqu'en 1998, le fait que les requérants transsexuels ne parviennent pas à établir l'existence d'une démarche européenne commune relative à la manière d'aborder les problèmes soulevés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés⁴⁰⁵, empêchait la Cour de se prononcer définitivement en leur faveur. Puis, dans l'arrêt *C. Goodwin* contre le Royaume-Uni de 2002, ne constatant pas davantage de consensus que depuis l'affaire *Sheffield et Horsham*, elle affirme qu'elle attache en réalité moins d'importance à l'absence d'élément indiquant un consensus européen qu'à « *l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés* »⁴⁰⁶. Aussi, pendant des années, la Cour a accordé une importance primordiale à l'existence d'un consensus entre les États parties puis, quatre ans après son dernier refus, elle se désintéresse du consensus européen mais s'attache au consensus international. Il était impossible de prévoir un tel revirement de situation, dû à l'influence soudaine du droit international sur les normes civiles européennes.

139. La « *solution paresseuse du renvoi* »⁴⁰⁷ porte atteinte de la même façon à la prévisibilité, qui plus est lorsque ces renvois aux droits internes touchent aux conditions de fond de l'octroi d'un droit. Le risque de discrimination en fonction de la législation à laquelle le droit est renvoyé est alors considérable. Il suffit d'examiner pour cela l'exemple de la répétition de l'indu en droit communautaire⁴⁰⁸. En l'absence de texte communautaire général sur ce point, la CJCE a renvoyé aux droits nationaux le soin de désigner tant la juridiction compétente que les modalités procédurales des recours en justice⁴⁰⁹. Or, dans l'arrêt *Hans Just*, la Cour a ajouté que « *la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues*

⁴⁰⁴ CEDH 17 octobre 1986 requête n° 9532/81, *Rees c/ Royaume Uni*, *op. cit.* ; CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84, *Cossey c/ Royaume Uni*, *op. cit.* ; CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87, *B. c/ France*, *op. cit.* ; CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁴⁰⁵ CEDH, 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, point 57 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁰⁶ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 85 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁰⁷ Selon l'expression de G. H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chron. p. 23.

⁴⁰⁸ Voir notamment sur ce sujet F. BELAICH, « La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RMCUE*, février 2000, p. 100 ; M. PIETRI et D. SIMON, « La jurisprudence en matière de répétition de l'indu : confirmations, précisions, inflexions ? », *Europe*, novembre 1998, chron. n° 8 ainsi que l'étude effectuée par J.-G. HUGLO, « La répétition de l'indu communautaire », rapport annuel de la Cour de cassation, 2000, www.courdecassation.fr.

⁴⁰⁹ CJCE 27 février 1980 affaire C- 68/79, *Hans Just c/ Ministère danois des impôts et accises*, point 25 de l'arrêt, *op. cit.*

dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droit. Rien ne s'oppose donc, du point de vue communautaire, à ce que les juridictions nationales tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que des taxes indûment perçues ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable de la taxe et répercutées sur les acheteurs »⁴¹⁰. Ce renvoi au droit national a entraîné des modifications législatives relatives au fait que les contribuables qui avaient payé indûment certains impôts indirects ne pouvaient obtenir le remboursement de l'indu que s'ils démontraient que ces droits n'avaient pas été répercutés sur d'autres personnes⁴¹¹. Les ressortissants de ces États subissaient une évidente discrimination par rapport aux ressortissants d'autres États qui ne se trouvaient pas soumis à ce régime de preuve. La Cour a bien évidemment modifié sa jurisprudence par la suite, mais cela ne retire rien à la démonstration : l'influence des droits nationaux, sous la forme du renvoi, est susceptible d'entraîner des discriminations selon la législation de l'État concerné et le justiciable, de ce fait, ne peut en aucun cas anticiper sur le contenu de ses droits. J. Mertens de Wilmars soutient dès lors qu'il existe « des risques considérables, lorsque, en transférant par voie d'interprétation comparative une construction ou notion juridiques d'un ordre juridique à un autre, on omet de les modaliser pour les adapter aux besoins propres de l'ordre juridique récepteur »⁴¹². Tant que le droit européen ne définira pas lui-même les notions ou droits qu'il garantit et se référera pour se faire à d'autres ordres juridiques, les notions présenteront un contenu variable⁴¹³, obstacle à la prévisibilité. Partant, même si le but n'est pas nécessairement l'unification, au moins convient-il de limiter les discriminations.

140. Il paraît bien improbable de déterminer, par exemple, si une relation peut s'analyser en une « *vie familiale* » au regard de la Conv EDH. L'arrêt rendu dans l'affaire *Kroon contre les Pays-Bas*⁴¹⁴ en témoigne. Nul ne pouvait prévoir si l'absence de cohabitation des

⁴¹⁰ *Ibid.*, point 26 de l'arrêt.

⁴¹¹ J. MERTENS DE WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 40.

⁴¹² J. MERTENS DE WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 40.

⁴¹³ Dans la directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450 du Conseil et les directives 97/7, 98/27 et 2002/65 du Parlement européen et du Conseil et le règlement 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales », JO L 149 du 11/06/2005, p. 22) le considérant 7 prévoit : « Les États membres devraient par conséquent avoir la possibilité de continuer à interdire certaines pratiques commerciales sur leur territoire, conformément au droit communautaire, pour des motifs de bon goût et de bienséance ». Or, ces motifs de bon goût et de bienséance varieront d'un État à l'autre. Sur cette question voir P. RÉMY-CORLAY, *RTD civ* 2005, p. 746.

⁴¹⁴ CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91, *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, *RTDH* 1996, p. 183, note P. GEORGIN ; *AFDI* 1994, p. 658, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE.

requérants était susceptible d'empêcher l'applicabilité de l'article 8 relatif à la vie familiale. La Cour affirme que « *bien qu'en règle générale une cohabitation puisse constituer une condition d'une telle relation, exceptionnellement d'autres facteurs peuvent aussi servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des "liens familiaux" de facto* »⁴¹⁵. Pour parvenir à cette conclusion quant à l'applicabilité de l'article 8 de la Conv EDH, la Cour s'inspire du droit interne dans la mesure où le droit néerlandais n'exige pas qu'un homme vive avec un enfant et sa mère pour avoir le droit de reconnaître l'enfant et ainsi créer des liens légaux de parenté. De surcroît, tout au long de la procédure interne, les juridictions néerlandaises avaient jugé que la relation en cause constituait une « *vie familiale* » et que l'article 8 était applicable⁴¹⁶. La notion de « *vie familiale* » est sans conteste une notion à contenu variable, se modifiant, comme le remarquent J. Velu et R. Ergéc, au gré des conditions sociales, économiques, culturelles et géographiques⁴¹⁷. Dès lors, cette notion subit l'influence des diverses conceptions nationales.

141. Il en est de même avec d'autres notions comme par exemple celle de « *droits et obligations de caractère civil* » visée à l'article 6 de la Conv EDH. La Cour européenne a développé un concept jurisprudentiel bien connu dénommé notion autonome. Il s'agit d'une méthode d'interprétation traditionnellement utilisée par la juridiction européenne qualifiant de notions autonomes des « *notions juridiques qui, détachées du droit interne, doivent s'interpréter dans le contexte de la Convention et à la lumière de son objet et de son but, le droit interne n'étant qu'un point de départ* »⁴¹⁸. La Cour a élaboré cette méthode dans les arrêts *Engel contre les Pays-Bas*⁴¹⁹ et *König contre Allemagne*⁴²⁰ et tente par ce biais d'éviter le risque d'une interprétation variable selon les qualifications juridiques issues des droits nationaux. Ainsi, certains termes employés dans la Convention se voient attribuer une signification européenne propre, selon la Cour.

142. Il existe plusieurs notions autonomes pouvant être rattachées au droit civil mais l'une d'entre elles, essentiellement, donne lieu à un contentieux abondant. Il s'agit de l'article 6 § 1

⁴¹⁵ *Ibid.*, point 30 de l'arrêt.

⁴¹⁶ *Ibidem.*

⁴¹⁷ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 549, n° 669.

⁴¹⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 16.

⁴¹⁹ CEDH 8 juin 1976 requête n° 5100/71, *Engel c/ Pays-Bas*, GACEDH n° 4.

⁴²⁰ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73, *König c/ RFA*, CDE 1979, p. 474, note G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1980, p. 460, note P. ROLLAND.

de la Convention garantissant le droit à un procès équitable. Cet article ne s'applique qu'aux procédures où l'enjeu réside dans des contestations sur des « *droits et obligations de caractère civil* ». La Cour a très vite affirmé l'autonomie de ces termes⁴²¹, et ce n'est pas tant le terme de contestation qui a posé problème que l'attribution ou le refus du « *caractère civil* » au droit considéré, « *seuil de mise en œuvre des règles du procès équitable* »⁴²². La Cour a précisé que la notion de droits et obligations de caractère civil ne pouvait être interprétée seulement par référence au droit interne de l'État défendeur⁴²³. Pour autant, comme l'a écrit M. A. Eissen⁴²⁴, on chercherait en vain dans la jurisprudence de la Cour une ébauche de définition de cette notion autonome. Une opinion dissidente des commissaires Melchior et Frowein dans l'affaire *Bentham* apporte un éclairage certain : « *il faut considérer comme droits de caractère civil tous les droits qui sont des droits individuels dans l'ordre juridique interne et qui ressortissent du domaine de la liberté générale de l'individu, dans son activité professionnelle ou toute autre activité autorisée par la loi. Il en est et demeure ainsi même lorsque, pour des raisons d'utilité publique et de protection de l'intérêt général, l'État a reçu des pouvoirs de surveillance quant à l'exercice de ces droits. Ces pouvoirs peuvent se déployer selon des techniques très différentes : l'agrément donné à des actes privés, octroi ou retrait de licences ou d'autorisations, notamment en liaison avec l'usage d'un bien ou l'exercice d'une activité professionnelle* »⁴²⁵. Toutefois, en l'absence de définition avancée par la Cour, on ignore si le terme de notion autonome se justifie réellement : comment savoir en effet si la Cour parvient à une acception européenne autonome si cette acception demeure inconnue ?

143. Une telle hésitation se justifie d'autant plus que la Cour, après avoir affirmé l'autonomie de la notion, ajoute qu'elle ne juge pas pour autant dénuée d'intérêt, dans ce domaine, la législation de l'État concerné⁴²⁶, non quant à la qualification juridique utilisée en droit national, mais quant au contenu matériel et aux effets que lui confère le droit interne. Ce sont précisément ce contenu et ces effets, tels que définis par le droit interne, qui permettront à un droit de se voir attribuer un caractère civil. Cette attribution passe ainsi nécessairement

⁴²¹ *Ibid.*, point 88 de l'arrêt.

⁴²² L.-E. PETTITI, dans V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 9^{ème} édition, 2004, p. XI.

⁴²³ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73, König c/ RFA, point 88 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴²⁴ M.-A. EISSEN, *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, éditions du Conseil de l'Europe, 1^{ère} éd., 1985, p. 6.

⁴²⁵ Cité dans J. VELU et R. ERGEC, *La Convention Européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 376, n° 421.

⁴²⁶ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73, König c/ RFA, point 89 de l'arrêt, *op. cit.*

par une référence au droit national et il suffit d'étudier les faits de l'arrêt *König contre l'Allemagne* pour s'en convaincre. En l'espèce, le requérant, médecin et propriétaire d'une clinique, s'était vu retirer l'autorisation d'exploiter celle-ci. Il avait alors attaqué cette interdiction devant les juridictions administratives allemandes. La Cour constate que l'exploitation d'une clinique, en Allemagne, constitue une activité commerciale, exercée dans un but lucratif et qu'elle se déploie dans le secteur privé par la conclusion de contrats entre une clinique et des patients⁴²⁷. Ainsi, une telle activité se présente comme l'exercice d'un droit privé pour la Cour européenne, qui poursuit en examinant le traitement de la profession de médecin par la loi fédérale. La Cour constate qu'il s'agit d'une profession libérale et que cette profession n'est pas un service public⁴²⁸. Ces considérations l'amènent à conclure que les contestations en cause devant les tribunaux administratifs sont des droits privés et que l'article 6 de la Convention est dès lors applicable. Le caractère civil du droit dépend sans aucun doute du contenu matériel du droit tel que déterminé par son régime national et ses effets. La Cour prend largement appui sur les dispositions législatives allemandes.

144. Certes, dans sa jurisprudence relative à l'application de l'article 6 § 1, la Cour a estimé à maintes reprises qu'elle n'était liée ni par la qualification utilisée ou la nature de la loi applicable, ni par le statut de l'autorité compétente saisie de la contestation en droit national. Il n'en demeure pas moins que le point de départ du raisonnement de la Cour se trouve en droit interne. Il faut en déduire que même si la Cour ne s'estime pas liée par les qualifications nationales, elle prend fortement en considération la législation interne s'agissant pourtant de notions dites autonomes. Pour le justiciable, connaître l'étendue de ses droits paraît alors improbable puisque la Cour européenne elle-même, face à une grande diversité des droits nationaux en la matière, considère qu'en l'absence de dénominateur commun, il est nécessaire de procéder à un examen de la législation en cause pouvant conduire à des conclusions différentes suivant le pays considéré⁴²⁹. Dans l'arrêt *Ruiz Torija contre l'Espagne*⁴³⁰, rendu en 1994, la Cour EDH a reconnu, sur une question relative à l'article 6 § 1 et au devoir des tribunaux de motiver leurs décisions, que celui-ci peut varier et qu'elle doit tenir compte notamment « *des différences dans les États contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des*

⁴²⁷ *Ibid.*, point 92 de l'arrêt.

⁴²⁸ *Ibid.*, point 93 de l'arrêt.

⁴²⁹ P. TAVERNIER, note sous CEDH 29 avril 1986 requête n° 8562/79, *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, *JDI* 1987, p. 779 ; *GACEDH* n° 18.

⁴³⁰ CEDH 9 décembre 1994 requête n° 18390/91, *Ruiz Torija c/ Espagne*, *D.* 1996, somm. p. 202, obs. N. FRICERO.

jugements et arrêts »⁴³¹. Si certains ne perçoivent dans cet arrêt qu'une forme de « *respect du pluralisme culturel* »⁴³², d'autres au contraire sont en droit de s'inquiéter d'une telle diversité de facteurs pouvant amener les normes civiles européennes à varier en fonction des États. Si les coutumes et les considérations doctrinales sont susceptibles d'être prises en compte et d'influencer la Cour européenne, les principes affirmés par cette juridiction en matière civile resteront ponctuels et nécessairement relatifs. Il sera alors difficile d'être fixé sur l'étendue des libertés, ces dernières dépendant du cas d'espèce. À ces incertitudes en matière de prévisibilité viennent s'ajouter des difficultés relatives à la lisibilité des normes civiles européennes.

2° Manque d'autonomie et lisibilité des normes civiles européennes

145. Des normes obscures ne peuvent être prévisibles. En d'autres termes, l'illisibilité génère l'imprévisibilité. Cependant, lisibilité et prévisibilité se distinguent car la lisibilité ne concerne que le caractère clair et compréhensible des normes, de façon immédiate. La lisibilité des normes civiles européennes n'en est pas moins également mise à mal par leur manque d'autonomie. Avant tout, l'imprécision des notions utilisées dans la Convention résulte du refus de la Cour européenne de donner une définition relative à la famille, la vie privée, le respect, les biens ou encore le caractère civil des obligations⁴³³. Il faut ajouter un second facteur qui découle d'une terminologie fluctuante⁴³⁴ : « *famille* », « *cellule familiale* », « *relation familiale* », « *liens familiaux* ». Si de surcroît le contenu de ces notions se modifie continuellement en fonction des diversités nationales, la sécurité du droit et notamment sa lisibilité se trouvent remises en cause.

146. La considération du droit européen à l'égard des diversités nationales explique les disparités existant entre plusieurs arrêts. C'est le cas, entre autres, lorsqu'on compare les arrêts *Rees* et *Cossey* à l'affaire *B. contre la France*. Comme l'affirme J.-P. Marguénaud, si les principes applicables sont les mêmes dans les trois arrêts, la solution appliquée, pour sa

⁴³¹ *Ibid.*, point 29 de l'arrêt.

⁴³² P. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, éd. G, n° 25, p. 1123.

⁴³³ La Cour EDH précise elle-même que « *la notion de respect manque pourtant de netteté (...)* », voir entre autres CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, *Botta c/ Italie*, *RTD civ* 1999, p. 499, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 1999, p. 595, note B. MAURER ; *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, n° 41, obs. F. SUDRE.

⁴³⁴ Selon l'expression de V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Études des 15-16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 46.

part, se révèle différente⁴³⁵. Dans les deux premiers arrêts, la Cour EDH ne conclut pas à une violation de la Convention et estime qu'en matière de transsexualisme, les États bénéficient d'une grande marge d'appréciation⁴³⁶ puisqu'il n'existe pas de dénominateur commun. Dans le troisième arrêt en revanche, la Cour, malgré l'absence de dénominateur commun et la marge d'appréciation qui en découle, condamne la France. Elle fait, certes, une distinction entre système anglais et français en affirmant que ce dernier place la requérante dans une « *situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée* »⁴³⁷, néanmoins, la Cour relativise, voire abolit⁴³⁸ le lien qu'elle avait tenu à tisser quelques années auparavant entre l'absence de dénominateur commun et la marge d'appréciation laissée aux États sur les questions juridiques relatives aux transsexuels. Cela se comprend d'autant moins que, ultérieurement, dans l'arrêt *Sheffield et Horsham contre le Royaume-Uni*⁴³⁹, ce lien entre absence de dénominateur commun et marge d'appréciation étatique redevient déterminant et que le Royaume-Uni n'est toujours pas condamné.

147. Un autre exemple mettant en cause la lisibilité des normes civiles européennes ressort de la confrontation des arrêts *Keegan contre l'Irlande*⁴⁴⁰ et *Söderbäck contre la Suède*⁴⁴¹. Le problème soulevé dans l'arrêt *Keegan* était de savoir si le placement de l'enfant du requérant en vue de son adoption pouvait enfreindre la Convention européenne, notamment en son article 8 envisagé sous l'angle de la vie familiale. En l'occurrence, le fait que le droit irlandais permette le placement en secret de l'enfant en vue de son adoption à l'insu et sans le consentement du requérant s'analyse en une ingérence au regard de la Cour. Cependant, cette ingérence remplissait-elle les conditions du paragraphe second de l'article 8 ainsi applicable ? La Cour relève que l'ingérence en cause était prévue par la loi et qu'elle poursuivait un but légitime, celui de protéger l'enfant. En revanche, elle juge que l'ingérence n'était pas nécessaire dans une société démocratique et conclut donc à la violation de l'article 8. La Cour se fonde essentiellement sur le fait que le placement de l'enfant a eu pour

⁴³⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87, B. c/ France, D. 1993, juris. p. 104.

⁴³⁶ CEDH 17 octobre 1986, requête n° 9532/81, Rees c/ Royaume Uni, point 37 de l'arrêt, *op. cit.*; CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84, Cossey c/ Royaume Uni, point 40 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴³⁷ CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87, B. c/ France, point 63 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴³⁸ M. DELMAS-MARTY et M. L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC* 2000, p. 754.

⁴³⁹ CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94, Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni, point 58 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁴⁰ CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, Keegan c/ Irlande, *JDI* 1995, p. 763, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 32, obs. F. SUDRE.

⁴⁴¹ CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24484/94, Söderbäck c/ Suède, *JCP* 1999, *éd. G.*, I, 105, p. 142, n° 46, obs. F. SUDRE.

conséquence de créer un lien entre l'enfant et les adoptants potentiels, lien qu'il ne serait pas dans son intérêt de perturber ou de rompre en revenant sur une décision antérieure⁴⁴². Un tel processus a pu désavantager le requérant dans sa lutte contre les candidats à l'adoption pour la garde de l'enfant. Son droit au respect de la vie familiale a donc été atteint. Les faits étaient similaires dans l'arrêt *Söderbäck contre la Suède* puisque cette affaire mettait en cause l'adoption d'un enfant sans le consentement de son père naturel. L'ingérence ne faisant aucun doute, tout comme le fait qu'elle soit légitime, la Cour s'est attardée de nouveau sur la condition de sa nécessité. Elle se réfère à la manière dont les juridictions internes ont apprécié l'intérêt de l'enfant, sans examiner elle-même cet intérêt comme elle avait pu le faire dans l'arrêt *Keegan*. Elle affirme ainsi que la juridiction nationale était mieux placée que les juges européens pour établir un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en présence⁴⁴³. De ce fait, poursuit la Cour, « *eu égard à la manière dont les juridictions internes ont apprécié l'intérêt supérieur de l'enfant* »⁴⁴⁴, la décision d'adoption n'a pas été disproportionnée. Elle conclut par là même à l'absence de violation. Il semble difficile de comprendre pourquoi dans un cas le juge strasbourgeois se penche sur l'intérêt de l'enfant au point d'affirmer que son placement a créé des liens avec les adoptants potentiels et qu'il serait contraire à l'intérêt supérieur de cet enfant de les briser, alors que dans une autre affaire le juge se contente de se rallier à l'examen des juridictions internes en affirmant qu'elles sont les mieux placées pour y procéder. La Cour, pour des faits presque identiques, passe d'une condamnation de l'Irlande à l'octroi d'une marge d'appréciation à la Suède qui n'a pas, selon elle et contrairement à l'avis de la Commission, été outrepassée⁴⁴⁵.

148. L'influence subie par les normes civiles européennes comporte un autre aspect négatif au regard de la lisibilité : la règle européenne, déjà sous influence, et donc mouvante, va être amenée à réintégrer les droits nationaux, sous forme textuelle ou jurisprudentielle. Lors de cette réintégration, elle risque de subir à nouveau l'influence du droit national. Ce dernier va l'ajuster et la modeler lors de sa mise en œuvre⁴⁴⁶. Une telle modification, même ténue, ne peut qu'accroître l'imprécision et donc l'incompréhension. S'il paraît improbable, à l'heure actuelle, de supprimer l'influence subie par une norme civile lors de son intégration en droit national, au moins faudrait-il que cette norme soit plus stable en droit européen. Les

⁴⁴² CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, *Keegan c/ Irlande*, point 55 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁴³ CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24484/94, *Söderbäck c/ Suède*, point 33 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁴⁴ CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24484/94, *Söderbäck c/ Suède*, point 34 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁴⁶ Voir en ce sens L. DUBOUIS, *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à L. DUBOUIS*, La documentation française, coll. Monde européen et international, 2000, p. 14.

normes civiles européennes ne peuvent, sous peine d'annihiler toute lisibilité juridique, être à ce point placées dans la dépendance des autres ordres juridiques. À l'instar de la sécurité juridique, l'efficacité des règles de droit civil européen subit des atteintes dues à leur défaut d'autonomie.

B / L'efficacité juridique altérée

149. Rendre compte de l'efficacité des normes civiles européennes revient à évaluer leur rentabilité⁴⁴⁷ et à les analyser en fonction de leur résultat. En termes plus usuels, il s'agit de déterminer si ces normes valent la peine. La démonstration de l'efficacité, tout autant d'ailleurs que l'inefficacité, peut se faire par deux moyens⁴⁴⁸ : le premier est de savoir si l'objectif visé a été atteint, le second revient à déterminer si les résultats ou effets n'ont pas été autres que ceux attendus. De ce fait, si le défaut d'autonomie des normes civiles européennes porte atteinte à leur efficacité juridique, il les empêche d'une part d'atteindre l'objectif qui leur est imparti (1°) et il génère d'autre part des effets pervers et indirects, sans rapport avec les effets escomptés initialement (2°).

1° Un objectif inatteignable

150. Il n'est plus contesté aujourd'hui que l'objectif du droit européen, qu'il soit considéré dans sa branche du droit du Conseil de l'Europe ou du droit communautaire, consiste en un rapprochement des législations nationales, que ce soit autour d'un patrimoine commun de droits fondamentaux ou pour le fonctionnement d'un marché unique. Assurément, le Conseil de l'Europe n'a pas pour but un tel rapprochement des législations civiles nationales, mais il n'en demeure pas moins qu'à travers l'ambition première de protection des droits de l'homme, la Conv EDH constitue le « traité-loi » fondateur d'un ordre juridique permanent et qu'elle est devenue une norme de référence commune⁴⁴⁹. La Cour EDH a pour mission d'éviter que la Convention européenne ne soit appliquée de manière trop diversifiée dans les États parties⁴⁵⁰. Un tel dessein ressort clairement du préambule de la Convention à diverses reprises : « *le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses*

⁴⁴⁷ P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société* 1986, 2, p. 146.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ Selon une expression empruntée à E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 15.

⁴⁵⁰ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, coll. logiques juridiques, 2000, p. 14.

membres (...) », « une conception commune et un commun respect des droits de l'homme », « patrimoine commun ». Dans cet espace juridique que représente la « grande Europe », le Conseil tente de faire régner l'idéal commun du respect des droits de l'homme. La portée normative des droits consacrés ayant une incidence incontestable sur les droits civils nationaux, ces derniers se retrouvent entraînés par voie de conséquence sur le chemin, si ce n'est de l'unification, du moins de l'harmonisation.

151. Pour ce qui est du droit communautaire, l'instauration en 1999 d'un espace de liberté, de sécurité et de justice démontre qu'il se situe incontestablement dans une dynamique identique de rapprochement des droits nationaux, y compris en matière civile, même si la question de sa compétence en ce domaine peut être discutée. À la différence du droit du Conseil de l'Europe néanmoins, le droit communautaire n'a pas pour objectif premier la promotion et la protection des droits de l'homme. De même, il n'agit directement sur les droits civils nationaux afin de les rapprocher que lorsqu'en dépend le fonctionnement du marché commun. Les exemples en ce sens sont nombreux. La Commission a adopté le 14 janvier 2003 un livre vert sur la transformation en règlement communautaire de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles tout comme elle a adopté le 22 juillet de la même année une proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles⁴⁵¹, remplacée par une nouvelle proposition du 21 février 2006. Cette volonté d'harmonisation touche également le droit des personnes et de la famille puisque depuis le Traité d'Amsterdam, l'article 65 TCE prévoit que la Communauté peut adopter des règlements dans le domaine des conflits de juridictions et des conflits de lois en matière civile. De surcroît, on ne saurait passer sous silence la demande du Parlement d'élaborer un droit uniforme des obligations contractuelles⁴⁵². Les *Principes européens du droit des contrats* constituent une réalité⁴⁵³ et ont été publiés. Par ailleurs, la perspective d'un code civil européen a été vivement débattue⁴⁵⁴. Seulement quelques exemples se trouvent évoqués ici dans le but de démontrer que si l'espace judiciaire européen en matière civile existe d'ores et déjà, l'objectif réside dans le développement d'un espace juridique commun qui, immanquablement, empiète sur la matière civile. Or, il apparaît manifeste que le défaut

⁴⁵¹ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2003, p. 2452.

⁴⁵² Voir en ce sens les résolutions du Parlement européen sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, du 26 mai 1989 et sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, du 6 mai 1994, *JO* C158 du 26/6/1989, p. 400 et C 205 du 25/7/1994, p. 518. Cela étant, cette demande semble avoir été mise de côté à ce jour au profit du cadre commun de référence.

⁴⁵³ D. TALLON, « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Deffrénois* 2000, p. 684.

⁴⁵⁴ Voir *infra* n° 370.

d'autonomie, tel qu'il a été constaté jusqu'alors, empêche la réalisation d'un tel objectif. Lorsque le droit européen s'adapte aux contextes locaux ou s'inspire des droits nationaux, il ne favorise pas le rapprochement des droits civils puisque d'un État à l'autre les solutions divergent. De plus, c'est souvent en cas de silence ou d'obscurité des textes que le problème se résout par un recours à une règle pré-existante dans un autre système juridique. Cela signifie donc que le droit européen comble ses lacunes⁴⁵⁵ en ne puisant pas dans ses propres dispositions. Pour reprendre une expression de M. Virally, le droit européen n'apparaît donc pas « *auto-créateur* »⁴⁵⁶ et ne se développe pas à partir de sources originaires qui lui sont propres. Le défaut d'autonomie des normes civiles européennes révèle l'insuffisance du droit européen en matière civile. Il ne peut dès lors être possible, sans fonds constitué en matière civile, de parvenir au but recherché d'une application uniforme des normes civiles, ou tout au moins harmonisée.

152. La prise en compte des diversités nationales par la Cour EDH aboutit au contraire à une application régionale de la Convention européenne et « *pousse la fragmentation à son comble* »⁴⁵⁷. La Cour s'inspire des droits internes. Or, en matière civile, de nombreuses questions sont liées aux traditions culturelles nationales. Des standards uniformes ne peuvent être imposés sans mettre un terme au manque d'autonomie des normes civiles européennes.

153. En ce qui concerne le droit communautaire, on ne peut qu'être en désaccord avec les termes de P. Pescatore revendiquant ses originalité, unité et autonomie⁴⁵⁸, tout au moins en matière civile. B. Oppetit a d'ailleurs remarqué, envisageant certains éléments d'unification du droit privé européen, que « *ce dont souffre cet embryon de droit commun est son manque d'autonomie à l'égard des droits nationaux* »⁴⁵⁹. Aussi, la qualification même de normes civiles « européennes » peut être contestée à ce stade de l'étude tant elles ne proviennent que de prélèvements effectués dans d'autres ordres juridiques. Ces règles n'étant pas déduites du droit européen lui-même et étant dépendantes d'autres droits, le dessein de l'unité juridique ne

⁴⁵⁵ Voir les propos de L. DUBOUIS selon lesquels « *dès l'affaire Algera en effet, le juge communautaire sondait les droits nationaux pour combler les lacunes des traités communautaires* » dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à L. DUBOUIS*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁶ M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », dans *Mélanges offerts à H. ROLLIN, problèmes de droit des gens*, Pédone, 1964, p. 494.

⁴⁵⁷ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁵⁸ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *op. cit.*, p. 337.

⁴⁵⁹ B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », dans *Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN, L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 316.

peut être atteint et l'efficacité des normes civiles européennes apparaît à l'évidence équivoque. À cet objectif qui ne peut être atteint s'ajoute l'apparition d'effets qui n'étaient pas désirés, second critère de l'inefficacité des normes juridiques.

2° Des effets non désirés

154. L'efficacité d'une norme ne se vérifie pas seulement en fonction de l'objectif premier à atteindre. Si, en effet, la norme engendre d'autres effets, non voulus, pouvant être ainsi nommés effets différés, pervers ou indirects⁴⁶⁰, elle n'en démontre pas moins son inefficacité. C'est précisément ce que génère le défaut d'autonomie des normes civiles européennes.

155. En premier lieu, une certaine retenue du droit européen peut être constatée dans les domaines où il n'existe aucun consensus. Face à des contradictions entre les droits nationaux, le droit européen opte généralement pour la prudence. Cela a par exemple été le cas dans les arrêts *Hoechst*⁴⁶¹ et *Grant*⁴⁶² rendus par la CJCE. Dans ces deux arrêts⁴⁶³, le juge communautaire se trouve confronté aux disparités existant dans les droits des États membres sur les problèmes soulevés devant lui. Dès lors, il refuse d'étendre l'application du droit à l'inviolabilité du domicile aux entreprises dans la première espèce comme il refuse, dans la seconde, d'assimiler la communauté de vie entre deux personnes du même sexe aux relations entre personnes mariées ou aux relations hors mariage, mais entre personnes de sexe opposé. « *Le juge communautaire, en réfléchissant à la solution qui s'indique dans un litige, est constamment animé du souci de ne pas aller trop loin (...)* »⁴⁶⁴.

156. Il se produit exactement le même phénomène lorsque la Cour EDH attend qu'une communauté de vues existe entre les États contractants pour consacrer un droit ou une

⁴⁶⁰ Selon les termes de P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 147.

⁴⁶¹ CJCE 21 septembre 1989 affaires C- 46/87 et 227/88, *Hoechst AG c/ Commission*, *op. cit.*

⁴⁶² CJCE 17 février 1998 affaire C-249/96, *Grant c/ South-West trains Ltd*, *op. cit.*

⁴⁶³ Cités par K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.* 2001, p. 513.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 496.

interprétation⁴⁶⁵. Soucieux des diversités nationales, le droit européen se contente souvent de solutions estimées acceptables par les États⁴⁶⁶.

157. En deuxième lieu, en prenant à ce point en compte les sensibilités nationales et en tenant à épouser l'évolution commune des systèmes nationaux, le droit européen peut passer pour un droit peu audacieux, à la limite de la passivité sur des questions primordiales, alors que c'est précisément à ce moment qu'un risque de violation existe. E. Kastanas rappelle ainsi que bon nombre de requêtes ont été tranchées au stade de la recevabilité dès lors qu'elles touchaient une affaire sensible comme ce fut le cas pour le port du foulard islamique ou l'interruption volontaire de grossesse⁴⁶⁷. L'auteur ajoute que « *les problèmes posés par ces requêtes étaient suffisamment graves, importants et complexes pour ne pas être tranchés dès le stade de la recevabilité* »⁴⁶⁸. De même, il est nécessaire de rappeler que jusqu'en 1975, toute requête formulée par un requérant homosexuel était automatiquement irrecevable car jugée mal fondée par la Commission, cette dernière refusant systématiquement de se prononcer sur cette question⁴⁶⁹. Cette passivité est l'un des effets du manque d'autonomie des normes civiles, effet qui pourrait être qualifié de pervers⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ De la sorte, la Cour paraît ne pas avoir fait droit à la demande du requérant dans l'arrêt *Rees contre le Royaume-Uni* du fait des « *diversités des pratiques suivies* » (CEDH 17 octobre 1986, requête n° 9532/81, *Rees c/ Royaume Uni*, point 37 de l'arrêt, *op. cit.*).

⁴⁶⁶ Ce qui fait dire à J.-P. MARGUÉNAUD que la Cour se contente de « *compromis bancals* » plutôt que « *d'approfondissement de la réflexion sur des questions cruciales* » (*RTD civ* 2004, p. 801).

⁴⁶⁷ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 207 et s.. L'auteur fait sans doute référence à l'arrêt *Open Door et Dublin Well Women* dans lequel la Cour s'est opposée à « *déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement* » (CEDH 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88, *Open Door et Dublin Well Women c/ Irlande*, point 66 de l'arrêt, *op. cit.*) ou, concernant le port du foulard à la décision d'irrecevabilité *Karaduman contre la Turquie* (CEDH 3 mai 1993 requête n° 16278/90, *Karaduman c/ Turquie*). Depuis que l'auteur a écrit ces lignes, la Cour s'est toutefois prononcée sur ces questions importantes de société. Elle a ainsi décidé que l'exclusion d'une étudiante en médecine à l'université d'Istanbul, qui avait refusé de retirer son foulard pour assister aux cours et passer les examens, n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention. L'exclusion est fondée sur la réglementation de l'Université, qui, en soumettant le port du foulard islamique à des restrictions, se trouve justifiée dans ses principes, proportionnée et peut donc être considérée comme nécessaire dans une société démocratique (CEDH Gr. Ch. 10 novembre 2005 requête n° 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie*, *RTDH* 2006, p. 183, note L. BURGORGUE-LARSEN et E. DEBOUT). La Cour a également abordé de façon directe le droit à l'avortement dans sa décision *Boso contre l'Italie* (CEDH 5 septembre 2002 requête n° 50490/99, *Boso c/ Italie*, *RTD civ* 2003, p. 371, note J.-P. MARGUÉNAUD).

⁴⁶⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁶⁹ Voir sur cette question l'étude complète de P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Strasbourg, 2002, p. 373.

⁴⁷⁰ Voir en dernier lieu encore l'arrêt *Vo contre la France* dans lequel la Cour refuse de se prononcer sur le droit à la vie sous prétexte de l'absence de consensus, « (...) l'interprétation de l'article 2 à cet égard s'est faite dans un souci évident d'équilibre, et la position des organes de la Convention, au regard des dimensions juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine a pris en considération les différentes approches nationales du problème. Ce choix s'est traduit par la prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de

158. La décision *Mentzen alias Mencena contre la Lettonie*⁴⁷¹ apporte un exemple éloquent de la frilosité de la Cour lorsqu'elle est confrontée à un problème sensible de droit national. Le nom de famille de la requérante avait été modifié de Mentzen en Mencena lors du renouvellement de son passeport. Les autorités lettones avaient ainsi adapté la graphie de son patronyme d'origine étrangère en langue lettone en raison d'une pratique générale et absolue de transcription. La requérante se plaignait d'une atteinte à sa vie privée. La Cour déclare la requête irrecevable, non sans avoir déclaré l'article 8 applicable aux faits de l'espèce et examiné si l'ingérence des autorités lettones pouvait être justifiée. Elle estime de façon surprenante que la promotion de la langue lettone, qu'elle assimile sans convaincre à la protection des droits d'autrui, justifie l'ingérence en cause. La Cour a été sensible aux arguments du gouvernement selon lesquels l'atteinte à l'article 8 se justifiait par la promotion et la protection de la langue lettone. « *Le letton n'a retrouvé son statut de langue officielle qu'assez récemment et que, pendant les cinquante ans du régime soviétique, seule la volonté des Lettons de maintenir et, dans la mesure du possible, de promouvoir l'usage de leur langue lui a permis de survivre* ». De plus, ajoute le gouvernement, il convient de renforcer l'usage du letton dans la vie publique afin de « *maintenir l'identité de la nation, l'unir et garantir le fonctionnement de l'État en général, ainsi que d'exclure le risque de son extinction dans l'avenir* »⁴⁷². Sous couvert du but légitime des droits d'autrui, c'est en réalité la particularité nationale lettone que la Cour protège. En outre, déclarer la requête irrecevable est un moyen pour la Cour de ne pas examiner, et donc de ne pas avoir à condamner, en présence d'une éventuelle violation, un trait de la culture et de l'histoire d'un État.

159. En troisième lieu, et ce point découle des précédents, les interprétations évolutives sont rares en droit civil, matière où les contextes locaux sont extrêmement variables. Le droit européen reste souvent en retrait par rapport aux États en ce domaine puisqu'il s'inspire essentiellement de leurs conceptions communes. De ce fait, le droit européen « *accompagne*

*protection nationaux, laissant place à un large pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière qu'exprime fort bien l'avis du Groupe européen d'éthique au niveau communautaire : " les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain (...). Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres" » (CEDH 8 juillet 2004 requête n° 53924/00, Vo c/ France, point 82 de l'arrêt, *op. cit.*).*

⁴⁷¹ CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01, *Mentzen alias Mencena c/ la Lettonie*, RTD civ 2005, p. 738, note J.-P. MARGUÉNAUD.

⁴⁷² CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01, *Mentzen alias Mencena c/ la Lettonie*, *op. cit.*

plus qu'il ne précède les mutations des droits internes »⁴⁷³. La vision européenne n'est jamais substituée aux visions nationales et l'interprétation ne peut être alors évolutive que parce qu'elle est consensuelle. Le droit européen s'adapte, en matière civile, au changement juridique ou social mais il ne le crée pas⁴⁷⁴.

160. En quatrième lieu, un autre effet non escompté engendré par le manque d'autonomie des normes civiles européennes doit être relevé et vise la technique du dénominateur commun. Puisque lui seul semble être en mesure d'amener le droit européen à certains changements en matière civile, il convient de remarquer que cette technique amène le plus souvent à prendre en compte le plus petit dénominateur commun, ce qui risque de « *priver la règle ainsi dégagée d'une bonne partie de sa consistance et de son efficacité* »⁴⁷⁵. Une telle harmonisation, qui pourrait être qualifiée alors de « minimale », se trouve illustrée en matière de protection des consommateurs. En effet, un certain nombre de directives ne s'oppose pas à ce que les États membres adoptent des règles plus strictes⁴⁷⁶, ce qui tendrait à démontrer que les normes civiles ne constituent qu'un standard minimum.

161. En cinquième et dernier lieu, il doit être constaté qu'à partir du moment où les États influencent les normes civiles européennes, ils ont davantage la possibilité de se soustraire à leurs obligations. Cela semble tout d'abord évident en cas de renvoi aux droits internes par le droit européen. Par exemple en matière de regroupement familial, il a déjà été évoqué que la législation communautaire mentionne en son article 10 § 3 du règlement de 1968 la condition de logement « *normal* ». Il est nécessaire, pour interpréter cette notion, de se référer à la législation de l'État d'accueil⁴⁷⁷. En dehors du fait que l'appréciation de la normalité du logement risque de varier d'un État à l'autre, l'État peut très bien accroître ses exigences en

⁴⁷³ Selon l'expression de V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme » dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Études des 15-16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 48.

⁴⁷⁴ *Contra* voir F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, éd. G, I, 335. Toutefois, l'auteur ne s'attache pas précisément à l'aspect civil du droit européen.

⁴⁷⁵ J. MERTENS DE WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷⁶ Voir par exemple l'article 8 de la directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *JO* L 158 du 23/06/1990, p. 5 ; l'article 14 de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *JO* CE L 144 du 04/06/1997, p. 19 ; l'article 8 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *JO* L 171 du 07/07/1999, p. 12.

⁴⁷⁷ S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, *op. cit.*, p. 110.

matière de normalité du logement et tenter par là même de refuser plus facilement le droit au regroupement familial⁴⁷⁸. Il peut en être de même concernant l'application de l'article 6 § 1 de la Conv EDH. La notion de droits et obligations à caractère civil est qualifiée de notion autonome mais la législation de l'État en cause est prise en considération et constitue le point de départ de l'étude de l'applicabilité de l'article 6 par la Cour⁴⁷⁹. Il est probable que si un État confère à un droit un caractère exclusivement administratif, un tel choix risque d'influencer la décision finale. Dans l'arrêt *Feldbrugge contre les Pays-Bas*⁴⁸⁰, par exemple, la Cour procède à un examen de la législation des Pays-Bas afin de déterminer si l'article 6 § 1 est applicable en matière de sécurité sociale. Certes, la Cour a admis en l'espèce le caractère civil du droit contesté malgré le fait que les Pays-Bas lui conféraient un caractère public. Néanmoins, pour aboutir à une telle conclusion, la Cour a mis en balance successivement les aspects de droit public et ceux de droit privé du droit litigieux et, parmi les aspects de droit public, la législation des Pays-Bas se trouve prise en compte. Même si, dans cet arrêt, la Cour est parvenue à s'éloigner de la conception nationale du droit en cause, cette dernière a néanmoins été examinée. Elle n'a pas été écartée au profit d'une interprétation purement européenne en matière de sécurité sociale. De surcroît, la Cour précise bien que les éléments de la législation nationale par elle analysés « *ne suffisent pas à établir l'inapplicabilité de l'article 6* »⁴⁸¹. Cela signifie sans conteste que la législation nationale n'est pas immédiatement écartée et que dans une autre espèce, d'autres éléments auraient pu, eux, suffire. En laissant un tel rôle à la législation nationale, la Cour offre aux États la possibilité de conférer à un droit un caractère intégralement administratif dans le but de se soustraire aux obligations de l'article 6.

162. S'il n'est pas certain que la Cour suive le droit national, le simple fait qu'elle l'analyse et le prenne en considération apporte aux États une possibilité de se soustraire à leurs obligations. Ainsi, de nombreux effets pervers et non désirés permettent de remettre en cause l'efficacité des normes civiles européennes. À ce constat négatif s'ajoute un autre aspect : l'objectif d'unité visé initialement n'est en aucun cas atteint par ces normes. Ainsi, l'inefficacité des normes civiles européennes ne peut être que constatée et procède de leur manque d'autonomie. Toutefois, ces atteintes portées à la sécurité et à l'efficacité juridiques

⁴⁷⁸ Même s'il est vrai que ces exigences accrues se verront appliquées également à ses propres travailleurs nationaux.

⁴⁷⁹ Cf *infra* n° 284.

⁴⁸⁰ CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79 *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, *op. cit.*

⁴⁸¹ CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79 *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, point 35 de l'arrêt, *op. cit.*

méritent, une fois énoncées, d'être relativisées. Elles apparaissent limitées en ce que la dépendance du droit européen à l'égard des autres ordres juridiques semble incontournable, y compris en matière civile.

§ II - Des atteintes limitées

163. Le défaut d'autonomie des normes civiles européennes se révèle moins surprenant qu'il n'y paraît dans la mesure où il résulte tant du rôle que du fonctionnement du droit européen. Puisque ce manque d'indépendance est inhérent au droit européen (A), ses incidences sur les normes civiles européennes paraissent largement surmontables (B).

A / Un manque d'autonomie inhérent au droit européen

164. Si le droit européen se trouvait pleinement indépendant à l'égard des États et demeurerait indifférent aux sensibilités nationales, notamment en matière civile, c'est tout l'accueil réservé au droit européen par les États qui pourrait être remis en cause. Les droits internes seraient susceptibles de rejeter les solutions européennes imposées sans respect de leur patrimoine juridique national, que les normes imposées soient communautaires ou émanant du Conseil de l'Europe. Le manque d'autonomie garantit ainsi l'acceptation du droit européen par les États (1°). De plus, cette méthode d'imprégnation des droits nationaux ou du droit international est imposée au droit européen, tant par les textes que par les principes le régissant (2°).

1° Un gage d'acceptation des États

165. Le droit européen s'inspire des droits nationaux et du droit international à plusieurs niveaux en matière civile : il peut tout d'abord s'inspirer d'une solution commune aux États. Au contraire, en l'absence de consensus, il opte pour la prudence : il s'appuie soit sur une solution existant en droit interne, soit sur l'absence de dénominateur commun pour ne pas imposer une obligation supplémentaire aux États. Quelle que soit la méthode utilisée, il ressort que le droit européen procède ainsi afin de ne pas heurter ni malmenager les États. Le fait qu'il existe une communauté de vues entre les États membres légitime par exemple l'importation de la règle commune en droit européen : puisque les États sont en accord entre eux, cette règle ou cette interprétation mérite d'accéder au rang de règle européenne. De surcroît, les États la reconnaissant déjà en droit interne, le droit européen ne leur impose de la sorte aucun changement ni modification. L'obligation ne concerne que les rares États demeurés à l'écart du consensus, mais le droit européen justifie la modification alors imposée par le mouvement convergent des autres États. Les institutions européennes ont ainsi la

possibilité de se dissimuler derrière l'existence du consensus afin d'imposer une modification. Elles agissent comme si les seuls responsables étaient les États membres favorables au consensus et comme si elles n'avaient aucun autre choix que d'incorporer la règle consensuelle au droit européen. K. Lenaerts parle alors d'un exercice de « *psycho-diplomatie* »⁴⁸² et bien que son analyse ne concerne que le droit communautaire, ce terme peut être étendu à l'ensemble du droit européen. Il s'agit en effet d'un droit comparatiste qui ne peut rester étanche aux autres ordres juridiques, *a fortiori* aux États qui le construisent et dont il se compose. S'inspirer des valeurs juridiques des États constitue pour lui un gage de crédibilité et d'acceptabilité⁴⁸³. La Convention européenne elle-même admet certaines restrictions aux droits accordés. Il est probable qu'elle n'aurait jamais été ratifiée sans cette marge de manœuvre laissée aux États. Or, l'acceptabilité de la Convention par les États est une condition de sa survie puisque ce sont eux qui doivent prendre les mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit européen. Persiste donc un risque, même théorique, de dénonciation des traités et de la Convention si les décisions devenaient trop radicales. Le droit européen ne vient pas se substituer aux droits nationaux, il a au contraire besoin de ces derniers pour être appliqué et il semble donc logique qu'il en soit pour une certaine part tributaire. Le problème réside alors dans la part de sujétion du droit européen aux droits nationaux.

166. Le respect des particularismes locaux constitue un principe qui a été révélé dès les premières années d'application de la Convention européenne ; il n'aurait pas pu en être autrement. Nul n'ignore en effet que la Conv EDH autorise les États à prévoir des restrictions aux droits garantis, à condition toutefois que cette mesure restrictive soit d'après la Convention « *prévue par la loi* ». Or, l'importance dans la *common law* du droit jurisprudentiel, par là même non écrit, n'est plus à démontrer. Si la Cour avait refusé de s'adapter aux contextes locaux en refusant qu'entre sous le terme « loi » à la fois le droit écrit et non écrit, les pays de tradition anglo-saxonne auraient été systématiquement condamnés⁴⁸⁴. C'était dès l'origine accorder un rôle important aux droits nationaux. Par la suite, la Cour n'a cessé de prétendre que les autorités nationales, « *grâce à leur contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, sont mieux placées que le juge international pour se*

⁴⁸² K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 528.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 38.

*prononcer (...) »*⁴⁸⁵ ou encore que la Cour se devait de juger « *eu égard au principe de respect des particularités nationales* »⁴⁸⁶. Dès lors qu'une telle place est attribuée aux autorités nationales et que les juges nationaux sont les juges de droit commun du droit européen, la Cour ne peut que prendre en compte les diverses politiques menées par les États. Elle a ainsi respecté la politique législative de l'Irlande face au refus du divorce⁴⁸⁷ ou à l'avortement⁴⁸⁸. De même, elle a admis que la politique du Royaume-Uni quant au développement économique de l'île de Guernesey justifiait une ingérence dans le droit au respect du domicile des requérants⁴⁸⁹. Estimant que la législation litigieuse tendait au bien-être économique de l'île, elle a conclu à un constat de non violation.

167. Une telle prise en compte des particularismes locaux porte atteinte à la sécurité et à l'efficacité juridiques mais le manque d'autonomie du droit européen ne peut être condamné trop rapidement : il est conforme à l'esprit du droit européen et garantit un droit acceptable pour les États. S'il jouait en revanche le rôle d'un « *rouleau compresseur* »⁴⁹⁰ en matière civile, les États ne seraient pas disposés à l'accueillir et son inefficacité serait alors plus grande que celle découlant de sa diversité. Autrement dit, le manque d'autonomie du droit européen ne constitue pas un défaut ni une pathologie. Il est d'ordre physiologique. Si l'intégration juridique se trouve en voie de réussite, c'est également parce que les normes européennes présentent, dans l'ensemble, une parenté suffisante avec les normes nationales pour être compatibles avec ces dernières⁴⁹¹, et c'est précisément cette parenté qui rend plus aisée l'acceptation⁴⁹². Cela est vrai du droit international⁴⁹² et *a fortiori* du droit européen. Il ne faut pas perdre de vue que, tout en faisant partie du droit international, il n'en constitue pas

⁴⁸⁵ Voir entre autres CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 *Handyside c/ Royaume-Uni*, point 48 de l'arrêt, *CDE* 1978, p. 350, note G. COHEN-JONATHAN ; *GACEDH* n° 7 et CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24484/94, *Söderbäck c/ Suède*, point 33 de l'arrêt, *op. cit.* ; CEDH 27 septembre 1999 requêtes n° 33985/96 et 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, point 88 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁸⁶ CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99, *Podkolzina c/ Lettonie*, point 34 de l'arrêt, *JDI* 2003 p. 572, obs. E. DECAUX.

⁴⁸⁷ CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*, *op. cit.*

⁴⁸⁸ CEDH 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88, *Open Door Society et Dublin Well Woman c/ Irlande*, point 63 de l'arrêt, *op. cit.* Le constat de violation ne contredit nullement le respect que la Cour manifeste à l'égard de la politique législative irlandaise d'interdiction de l'avortement car ce constat est fondé uniquement sur une violation du droit de communiquer et de recevoir des informations.

⁴⁸⁹ CEDH 24 novembre 1986 requête n° 9063/80, *Gillow c/ Royaume-Uni*, point 54 de l'arrêt, *op. cit.*

⁴⁹⁰ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁹¹ Pour emprunter une réflexion relative au droit communautaire de L. DUBOUIS, *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à L. DUBOUIS*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁹² Selon D. ANZILOTTI, « *Les normes internationales ne sont possibles que pour autant qu'elles s'appuient sur des normes internes* » (*Cours de droit international*, Sirey, 1929, cité par M. VIRALLY, « *Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes* », dans *Mélanges offerts à H. ROLLIN, problèmes de droit des gens*, *op. cit.*, p. 495).

moins une sorte de troisième ordre juridique, entre droit national et international, disposant d'une dynamique distincte du droit international en ce qu'elle engendre une « *interpénétration et une collaboration de plus en plus fréquentes et étroites entre deux ordres juridiques* »⁴⁹³.

Par ailleurs, le droit européen puise dans les textes le régissant une telle obligation de respect des droits nationaux.

2° Le respect des textes

168. Bien que le manque d'autonomie des normes civiles européennes apparaisse certain, il n'est pas juste d'en blâmer pour autant le droit européen. Il convient en effet de se référer aux principes qui le gouvernent. Le manque d'autonomie à l'égard du droit international ou des droits nationaux résulte d'une démarche imposée au droit européen et ne saurait dans ce cas, être critiquable. Il s'avère que de nombreux éléments propres à la nature du droit européen justifient son manque d'autonomie.

169. Tout d'abord, l'élaboration du droit par voie jurisprudentielle joue un rôle considérable en droit européen⁴⁹⁴, qu'il s'agisse de la CJCE ou de la Cour EDH. Faut-il rappeler ici le rôle essentiel des juridictions communautaires en matière d'interprétation des normes communautaires par le biais des questions préjudicielles ? Il est clair, comme le suggère E. Serverin, que la jurisprudence est une pratique juridique particulière⁴⁹⁵, une forme spécifique de production du droit. Il n'existe pas de monopole législatif pour la création du droit européen. Or, le mode de production jurisprudentiel du droit connaît des inconvénients en contrepartie de ses avantages. Figure parmi les inconvénients la mise à l'écart du caractère général des normes en ce que la jurisprudence ne traite que des demandes individuelles, même si cela est moins vrai pour la CJCE que pour la Cour EDH, étant donné que le droit de recours individuel y est limité⁴⁹⁶. La méthode jurisprudentielle règle la transition entre le fait et le droit⁴⁹⁷, donc l'étude du fait entraîne la prise en compte du contexte local, culturel ou

⁴⁹³ M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », dans *Mélanges offerts à H. ROLLIN, problèmes de droit des gens*, *op. cit.*, p. 491.

⁴⁹⁴ Voir notamment en ce sens J. MERTENS DE WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 37.

⁴⁹⁵ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, coll. Critique du droit, 1985, p. 11.

⁴⁹⁶ Cf. article 230 TCE. Sur ce thème voir J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Actualité du droit communautaire. D'importantes précisions sur le droit de recours des particuliers devant le juge communautaire », *AJDA* 2002, n° 17, p. 1130.

⁴⁹⁷ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, coll. Critique du droit, 1985, *op. cit.*, p. 185.

politique d'un État. C'est précisément ce que font la Cour EDH et la CJCE en s'inspirant des contextes locaux. « *La jurisprudence a été mise en place comme un lieu idéal de régulation des conflits d'intérêts* »⁴⁹⁸, elle n'a donc pas le caractère de généralité et de permanence de la loi. G. Ripert, pour sa part, n'attribue à la jurisprudence qu'une action locale de réglementation des conflits individuels. L'éminent auteur estime ainsi que les tribunaux doivent tenir compte du changement des mœurs pour appliquer les lois⁴⁹⁹. Transposé au droit européen, ce raisonnement justifie la prise en compte par les juridictions des politiques législatives nationales ou des spécificités locales. Les appréciations de la Cour EDH et de la CJCE sont *in concreto*, toutes deux ont pour mission de juger le droit national d'un État. Aussi, il apparaît normal qu'elles prennent en compte ses spécificités.

170. En outre, ce sont parfois les textes, européens ou internationaux, qui imposent une telle prise en compte. La CJCE a souvent comblé les lacunes des traités communautaires et se trouve par ailleurs soumise à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La Cour européenne a pour sa part admis, dès 1975 dans son arrêt *Golder contre le Royaume-Uni*⁵⁰⁰, qu'elle devait s'inspirer de cette même Convention pour l'interprétation de la Conv EDH, notamment des articles 31 à 33. Or, ces articles imposent diverses obligations pouvant expliquer le manque d'autonomie inhérent au droit européen. L'article 31. 1 de la Convention de Vienne impose par exemple d'interpréter un Traité « *suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte* ». La Convention précise ainsi qu'en plus du contexte, il sera tenu compte de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de son interprétation. Il en va de même de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions. Cela justifie sans nul doute l'importance des consensus pour les juridictions européennes. Quant à l'influence du droit international, elle se comprend plus aisément à la lecture de l'article 31. 3 c qui pose comme règle générale d'interprétation qu'il y a lieu de tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. En raison de ce texte, le manque d'autonomie semble inhérent au droit européen puisqu'il lui est imposé de tenir compte des évolutions postérieures au traité sur lesquelles les parties sont en accord ainsi que des règles du droit international.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 190.

⁴⁹⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 392.

⁵⁰⁰ CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, *GACEDH* n° 23, point 29 de l'arrêt.

171. La Convention de Vienne n'est pas le seul texte imposant au droit européen de s'inspirer des droits nationaux ou du droit international. K. Lenaerts souligne⁵⁰¹ en particulier que l'article 220 TCE (ex-article 164) donne mission à la CJCE et au tribunal d' « assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité » et que cet article consacre la méthode comparative énoncée dans un arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*⁵⁰². La Cour de justice, dans cette affaire, se fonde sur l'article 164 afin de préciser qu'il lui appartient d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité « selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours [...] à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des États membres »⁵⁰³. Les juridictions communautaires sont donc autorisées à s'appuyer sur les traditions juridiques communes aux États membres.

172. De surcroît, si le Traité démontre que les États sont résolus à franchir une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne, il n'en précise pas moins que l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qu'elle respecte l'identité nationale de ses États membres⁵⁰⁴, ce que confirme l'article I-9-3 du Traité établissant une constitution pour l'Europe⁵⁰⁵.

173. Les obligations découlant du TCE peuvent également expliquer le manque d'autonomie du droit européen : de nombreux articles renvoient aux droits nationaux. À titre d'exemple, la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté et comporte le droit de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions nationales régissant l'emploi des travailleurs nationaux⁵⁰⁶.

174. De même, en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 493.

⁵⁰² CJCE 5 mars 1996 affaires C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame Ltd. et autres*, *Rec.* p. 1029.

⁵⁰³ CJCE 5 mars 1996 affaires C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame Ltd. et autres*, point 27 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁰⁴ Voir l'article 6 TUE en sa version consolidée, *JO C 325* du 24/12/2002, p. 1.

⁵⁰⁵ « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

⁵⁰⁶ Article 39 TCE en sa version consolidée.

⁵⁰⁷ Article 288 TCE en sa version consolidée.

Le chapitre de ce Traité relatif à l'éducation, la formation professionnelle et la jeunesse érige en principe le respect et la promotion des diversités culturelles nationales⁵⁰⁸. Partant, les références aux droits nationaux, qu'elles soient faites à l'égard de leurs principes communs ou de leur diversité sont trop nombreuses dans les textes régissant le droit européen pour ne pas qu'il en résulte une influence, de ce fait quasi imposée.

175. Une lecture attentive de la Conv EDH se révèle en ce sens également enrichissante : l'article 12 relatif au droit au mariage renvoie, concernant les conditions du mariage, aux lois nationales⁵⁰⁹, alors que l'article 1^{er} du protocole 1 sur le droit de propriété fait mention, pour sa part, des principes généraux du droit international. Il ne s'agit là que du domaine civil mais la Convention comporte de nombreux autres textes où le droit interne est directement visé. C'est le cas de l'article 5 § 1 : « *selon les voies légales* » ou de l'article 7 : « *infraction d'après le droit national* »⁵¹⁰. Les textes de droit européen visent de cette façon directement le droit interne ou le droit international. Par conséquent, il paraît bien difficile de demander au droit européen de se construire en toute indépendance.

176. Il convient enfin de s'intéresser à la marge d'appréciation⁵¹¹ laissée aux États puisque c'est souvent en utilisant cette méthode que la Cour EDH fait preuve d'une grande retenue et en vient à respecter les particularités nationales. Elle fut évoquée pour la première fois par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lawless contre l'Irlande* et a été reprise par la suite par la Cour⁵¹². Il s'agit donc d'une doctrine élaborée par la Cour européenne, selon laquelle les autorités nationales sont les mieux placées pour se prononcer sur la nécessité d'une restriction aux droits garantis et disposent pour ce faire,

⁵⁰⁸ Article 149 et 151 TCE en sa version consolidée.

⁵⁰⁹ Voir sur ce sujet la thèse de P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Strasbourg, 2002.

⁵¹⁰ N. SANSONETIS, dans L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 536.

⁵¹¹ Sur ce sujet voir notamment F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, n° 1, p. 3 ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *RSC* 2006, n° 1, p. 25 ; M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC* 2000, p. 754 ; A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 567 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} éd., 2005, p. 48.

⁵¹² CEDH 1^{er} juillet 1961 requête n° 332/57, *Lawless c/ Irlande*, cité par M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE dans « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *op. cit.*, p. 760.

d'une « marge d'appréciation »⁵¹³. La marge d'appréciation devient plus large par exemple en matière de protection de la morale dont « *on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme* »⁵¹⁴. Ainsi, moins il y a d'uniformité, plus la marge d'appréciation des États est grande. Or, la matière civile constitue un domaine où la diversité apparaît dominante. Les traditions juridiques et culturelles des États jouent en effet un rôle prépondérant dans la conception que ceux-ci peuvent avoir du mariage, de la famille ou de la propriété. Si parfois le dénominateur commun n'intervient que pour une part infime, la règle est inversée en matière civile. La Cour EDH elle-même a affirmé en visant le droit civil et plus particulièrement le droit de se marier qu'il s'agissait là d'un domaine « *étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale* »⁵¹⁵. Dès lors, il apparaît évident que les règles civiles européennes résultent pour la plupart d'une perspective comparatiste.

177. En matière civile, les États bénéficient d'une large marge d'appréciation⁵¹⁶, ce qui explique la prudence de la Cour EDH et le fait que, souvent, cette juridiction s'appuie sur l'absence de consensus ou sur une particularité législative nationale pour ne pas aboutir à un constat de violation. Néanmoins, en tant que simple méthode d'interprétation, la marge d'appréciation ne lie pas la Cour européenne. Il ne s'agirait donc pas d'un « texte » imposant au droit européen sa perméabilité. Ce serait oublier que la marge d'appréciation conférée aux États trouve sa source dans le principe de subsidiarité. Ce principe se trouve énoncé et expliqué à l'article 5 du TCE et la Cour européenne l'a quant à elle rapidement énoncé dans l'arrêt *Handyside contre le Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 : « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »⁵¹⁷. En somme, le manque d'autonomie des normes civiles européennes à l'égard des droits nationaux ou du droit international est difficilement critiquable : les textes imposent au droit européen de tenir

⁵¹³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd. refondue, 2005, p. 159.

⁵¹⁴ CEDH 24 mai 1988 requête n° 10737/84, Muller et autres c/ Suisse, point 35 de l'arrêt, *JDI* 1989, p. 812, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

⁵¹⁵ CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85, F. c/ Suisse, point 33 de l'arrêt, *CDE* 1988, p. 475, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1988, p. 892, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

⁵¹⁶ En ce sens voir encore l'arrêt *Elli Poluhas Dödsbo contre la Suède* dans lequel la Cour avait à résoudre un problème de transfert d'urnes contenant les cendres du mari de la requérante. Les autorités suédoises s'opposaient à un tel transfert, ce que la Cour n'a pas contesté, au motif que « *cette question est si importante et sensible que les États doivent jouir d'une grande marge d'appréciation* » (CEDH 17 janvier 2006 requête n° 61564/00, *Elli Poluhas Dödsbo c/ Suède*, point 25 de l'arrêt, *RTD civ* 2006, p. 260, note J.-P. MARGUÉNAUD).

⁵¹⁷ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, point 48 de l'arrêt, *CDE* 1978, p. 350, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1978, p. 706, note P. ROLLAND ; *GACEDH* n° 7.

compte des droits qui l'entourent, nationaux ou international. Au surplus, il faut se demander si ce manque d'autonomie, qui semble nuire à l'efficacité et la sécurité juridiques, ne peut pas être aisément surmonté.

B / Un manque d'autonomie surmontable

178. Le manque d'autonomie peut être considéré comme surmontable dans la perspective qui est la nôtre : démontrer que le droit européen est une source de normes civiles. En effet, d'une part, l'existence d'une norme juridique ne se déduit pas de l'autonomie. D'autre part, malgré les atteintes évoquées à la sécurité et l'efficacité juridiques, le défaut d'autonomie des normes civiles européennes ne se fait pas au détriment de la protection qu'elles accordent. Le niveau de protection est ainsi maintenu (1°) et atteste de l'existence des normes civiles européennes, dont l'autonomie ne semble pas un critère (2).

1° La contestation d'un affaiblissement de la protection accordée

179. Il ne s'agit pas de nier ici les inconvénients résultant du manque de lisibilité et de prévisibilité de la protection garantie par les normes civiles européennes. Ce point ne saurait être contesté puisqu'il correspond à la marge d'appréciation laissée aux États en matière civile. De cette marge découle assurément une forme de souplesse dans la mise en œuvre de la protection accordée. Elle favorise son adaptation aux réalités culturelles, économiques, juridiques et sociales d'un pays. Elle varie « *selon les circonstances, les domaines et le contexte* »⁵¹⁸ et il en résulte nécessairement un certain flou⁵¹⁹. Si le flou peut porter atteinte à la lisibilité et à la prévisibilité de la protection, il n'entame en aucun cas la substance même de la protection. Que le droit européen n'apporte pas de définition générale à des notions de droit civil de ce fait imprécises, permet justement à la protection accordée de ne pas être figée et de se développer⁵²⁰. Elle s'adapte aux réalités culturelles ou juridiques d'un ou de plusieurs États en présence d'un consensus ou encore du droit international. Nécessairement, en puisant dans d'autres ordres juridiques, le droit européen démontre l'insuffisance de ses propres ressources mais il n'en résulte aucune conséquence négative sur la protection offerte aux justiciables.

⁵¹⁸ CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79, Rasmussen c/ Danemark, point 40 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵¹⁹ P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Strasbourg, 2002, *op. cit.*, p. 26.

⁵²⁰ Voir en ce sens la conclusion de P. MOCK, « Le droit à un procès équitable en matière civile », *RTDH* 1995, p. 399.

180. Le droit européen ne peut puiser dans ses propres ressources en matière civile puisqu'il ne détient pas de fonds en ce domaine. Simplement, cette base n'est pas encore constituée. L'évolution actuelle donne néanmoins fort à penser qu'il y viendra progressivement.

181. Par ailleurs, l'emprise des autres ordres juridiques ne comporte pas d'aspects néfastes sur la protection découlant des normes civiles. L'exemple de la protection de l'autonomie personnelle est éloquent : la Cour européenne a étendu, dans trois arrêts essentiels rendus en 2002⁵²¹, la protection de l'article 8 jusqu'à consacrer explicitement la protection de l'autonomie personnelle. Or, il s'agit là d' « *une assise du droit constitutionnel au respect de la vie privée, qui est un principe fondamental reconnu tant par la Cour suprême du Canada que par la Cour suprême des États-Unis* »⁵²². C'est notamment ce principe qui a fondé la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Griswold* de 1965⁵²³, en permettant de considérer comme inconstitutionnelle une loi qui prohibait l'usage de contraceptifs et empêchait quiconque d'en encourager l'utilisation. Nul doute que la reconnaissance du principe d'autonomie personnelle, puisée dans d'autres ordres juridiques, n'est pas originairement européenne. Cependant, ce principe permet désormais d'ériger « *autour de chaque individu une barrière invisible que l'État ne serait pas autorisé à franchir en l'absence de motifs impérieux justifiant son intervention* »⁵²⁴ et de protéger « *la capacité d'un individu de prendre les décisions intrinsèquement personnelles qui le concernent* »⁵²⁵. Le principe provient certes d'un système distinct du droit européen mais il permet l'extension de sa protection en matière civile.

182. De plus, si les particularités locales annihileraient ou même amoindrieraient la protection civile assurée par le droit européen, la perte serait alarmante mais cela ne semble pas être le cas : dans l'arrêt *Tyrer contre le Royaume-Uni*⁵²⁶, par exemple, la Cour européenne a condamné cet État en raison d'un châtement judiciaire corporel infligé au requérant résidant

⁵²¹ CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, point 53 de l'arrêt (*JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1455, n° 13, obs. F. SUDRE) ; CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, point 61 de l'arrêt, *op. cit.* ; CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 90 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵²² A.-R. NADEAU, « Vie privée II : l'autonomie personnelle », *le journal du barreau* 15 mai 2003, volume 35, n° 9.

⁵²³ *Ibidem.*, Cité par l'auteur.

⁵²⁴ *Ibidem.*, Cité par l'auteur.

⁵²⁵ *Ibidem.*, Cité par l'auteur.

⁵²⁶ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 *Tyrer c/ Royaume-Uni*, *CDE* 1979, p. 471, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1980, p. 457, obs. P. ROLLAND.

dans l'île de Man. La Cour, après avoir relevé que l'existence de cette peine corporelle était une particularité locale et une pratique institutionnalisée aurait dû, au regard de sa prudence et de son manque d'autonomie, respecter une telle pratique nationale. Elle ne l'a cependant pas fait en estimant qu'une telle sanction pouvait s'analyser en une peine dégradante au sens de l'article 3 de la Convention. Or, cet article édicte une prohibition absolue et, contrairement à l'article 8, ne tolère aucune dérogation. En soumettant les faits à l'article 3, la Cour s'est dégagée de toute emprise ou influence du droit national puisqu'en aucun cas ce dernier ne pouvait être pris en compte. L'État ne bénéficie en effet d'aucune marge d'appréciation s'agissant de l'article 3. L'article 8, pour sa part, aurait très bien pu servir de fondement à la Cour puisqu'il s'agissait de violences physiques et que de nombreux cas d'abus sexuels ou physiques sont examinés sous cet angle. Néanmoins, en ne se plaçant pas sous le coup de l'article 8, la Cour évitait les dérogations possibles à cet article, énoncées au paragraphe second. En d'autres termes, en examinant l'affaire sous l'angle de l'article 8, la Cour aurait été contrainte de prendre en considération la marge d'appréciation de l'État, et qui sait si l'existence d'une telle peine n'aurait pas été justifiée par la sécurité nationale ou la sûreté publique propre à l'île de Man ? En l'espèce, la particularité locale n'a pas eu d'influence sur la décision de la Cour puisqu'elle a examiné les faits au regard de l'article 3. Lorsqu'une ingérence atteint un tel degré de gravité, la juridiction européenne a la possibilité de la soustraire à la marge d'appréciation et à l'influence des diversités locales juridiques et culturelles d'un État. En cela, le manque d'autonomie ne participe à aucun affaiblissement de la protection civile européenne.

183. Enfin, le regard porté sur les normes civiles européennes et leur manque d'autonomie risque d'être faussé en raison de l'ancrage de chacun dans le schéma d'application uniforme du droit qu'offre le schéma national. Certes, les normes civiles européennes manquent d'autonomie et peuvent dépendre des réalités culturelles d'un État, mais comme le remarquent M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « *le droit s'internationalise sans que disparaisse l'attachement aux diversités nationales* »⁵²⁷. Les auteurs développent ainsi la notion « *d'appartenance partielle* »⁵²⁸ : elles expliquent que le droit européen ne répond pas à la logique formelle selon laquelle les normes juridiques appartiennent ou n'appartiennent pas à un système de droit, de façon manichéenne. Transposée aux relations entre États et droit

⁵²⁷ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *op. cit.*, p. 755.

⁵²⁸ M. DELMAS-MARTY, « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988, chronique p. 221.

européen, une telle logique impliquerait deux possibilités. Soit il n'existerait aucune relation entre les deux ordres, soit une relation existerait mais il ne pourrait s'agir que d'une relation hiérarchique de dépendance. Un choix resterait donc à faire entre souveraineté nationale et subordination nationale. Les auteurs poursuivent en démontrant que le droit européen n'obéit pas à une telle logique. Il possède en effet la « *particularité de mettre en relation la norme juridique nationale et la norme européenne sans imposer l'appartenance totale de l'une à l'autre* »⁵²⁹, c'est pourquoi elles parlent d'appartenance partielle. De la sorte, il ne peut être question d'une « *stricte conformité* »⁵³⁰ des législations nationales au droit européen mais davantage de « *proximité suffisante* »⁵³¹ et de rapport de « *compatibilité* »⁵³². Au regard d'un tel raisonnement, le manque d'autonomie des normes civiles européennes n'entame en aucun cas la protection qu'elles garantissent. Il est possible que leur manque d'autonomie entraîne une adaptation aux réalités culturelles, économiques, juridiques et sociales d'un pays et empêche une totale conformité des comportements nationaux. Néanmoins, le contrôle de compatibilité des droits nationaux aux règles civiles européennes n'est quant à lui pas entamé et garantit la protection. En vérité, en dépit des répercussions négatives sur la sécurité juridique, les effets du manque d'autonomie des normes civiles n'apparaissent pas négatifs sur la protection offerte par ces règles, protection qui demeure inchangée. Le défaut d'autonomie ne saurait pas davantage remettre en cause l'existence de normes civiles européennes.

2° La contestation de l'autonomie comme critère d'existence des normes civiles européennes

184. Le manque d'autonomie des normes civiles européennes doit être constaté lorsqu'il s'agit de déterminer leur origine : si elles étaient indépendantes par rapport aux droits nationaux ou au droit international, elles pourraient être qualifiées de règles proprement européennes. Or, il s'avère que les règles civiles européennes sont pour la plupart empruntées à d'autres ordres juridiques puis intégrées au droit européen. En cela, elles ne proviennent pas

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 222.

⁵³⁰ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *op. cit.*, p. 769.

⁵³¹ *Ibidem.*

⁵³² *Ibidem.*

originaires du droit européen même si, une fois importées, elles bénéficient de la qualification de normes européennes. Toutefois, pour le moment, le but de la démonstration n'est autre que de parvenir à confirmer que le droit européen constitue une source de normes civiles. Or, le fait que les normes civiles européennes trouvent leur origine ailleurs et soient privées d'autonomie ne fait pas obstacle à leur reconnaissance. La dépendance dans laquelle peut se trouver une norme juridique ne l'empêche pas d'exister en tant que telle. L'existence d'une règle juridique ne peut être niée en raison du fait qu'elle émane d'une branche du droit qui n'est pas autonome. Une norme ne s'évapore pas au motif que les places respectives de la branche du droit dont elle est issue et des autres ordres juridiques ne peuvent être distinguées avec précision⁵³³. Une norme est par définition une règle juridique, générale et impersonnelle et il semble que les normes civiles européennes correspondent à cette définition nonobstant leur dépendance à l'égard des autres ordres juridiques.

185. Le manque d'autonomie altère probablement la condition de généralité requise pour la qualification de norme juridique, mais en aucun cas il n'empêche la démonstration même de l'existence de normes civiles européennes. Ce manque ne pourrait porter atteinte à l'existence d'une norme qu'en cas de perversion de celle-ci, par exemple si elle lui retirait toute portée et en annulait les effets. Un rapprochement avec les rapports qu'ont entretenus le droit civil et le droit social peut se révéler utile. Il fut pendant de nombreuses années reproché au droit social d'emprunter des concepts au droit civil et ainsi de ne pas être autonome⁵³⁴. Pour G. Lyon-Caen, le droit social ne parvenait pas à se libérer entièrement des institutions de droit civil et quoiqu'un affranchissement complet ne fût pas souhaitable, le manque d'autonomie du droit social était un facteur de déséquilibre⁵³⁵. Pour l'auteur, les concepts de droit civil faussaient « *le développement du droit du travail en lui interdisant de prendre conscience de ses besoins propres* »⁵³⁶. L'exemple du droit de grève peut permettre de démontrer que parfois, le manque d'autonomie perturbe les effets d'une loi, notamment quand il s'agit d'une loi sociale. Ce droit apparaît en 1946 et dans les années suivantes, il fut restreint en raison de l'affirmation suivant laquelle au même titre que tout autre droit, il était

⁵³³ J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 388.

⁵³⁴ Voir notamment G.-H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, Dalloz Précis, 6^{ème} éd., 1973, n° 13, p. 16 ; G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ* 1974, p. 229 ; G.-H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail, la prescription abrégée de la créance des salaires », *D.* 1956, chron. p. 23 ainsi que les propos plus modérés de G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, chron. p. 151 et 221.

⁵³⁵ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *op. cit.*, p. 230 et 231.

⁵³⁶ *Ibidem*.

susceptible d'abus⁵³⁷. Si le manque d'autonomie du droit social a été aussi fortement décrié, c'est à cause de l'inadaptation des mécanismes de droit civil aux rapports de droit social mettant « *en présence des entités opposées qui établissent entre elles des relations de conflit et négocient sur leurs intérêts antagonistes* »⁵³⁸. Or, il a pu être constaté que le manque d'autonomie des normes civiles européennes n'altère en aucun cas la protection qu'elles édictent. Le manque d'autonomie ne constitue pas un facteur de déséquilibre comme cela a pu être le cas dans les relations entre le droit civil et le droit social. En ce sens, il ne s'oppose pas à l'existence de normes civiles européennes.

186. De surcroît, au-delà même du fait que le manque d'autonomie ne mette pas en péril l'existence des normes civiles européennes, il peut n'être qu'une simple phase⁵³⁹. Si l'existence du droit social a pu être altérée par son manque d'autonomie à l'égard du droit civil, ce n'est aujourd'hui plus le cas. Le droit européen, surtout en matière civile, est un droit jeune et récent. Il pourra, comme le droit social le fait à présent, avoir recours à son propre vocabulaire et à ses propres concepts⁵⁴⁰. Ainsi, que cette caractéristique soit permanente ou temporaire, l'autonomie n'apparaît pas comme déterminante dans l'existence des normes civiles européennes.

⁵³⁷ Voir sur le thème de l'abus la thèse de S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé*, thèse Bordeaux, 2002 et plus précisément sur l'abus du droit de grève n° 114, 375 et 428.

⁵³⁸ G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *op. cit.*, p. 239.

⁵³⁹ G. LYON-CAEN, « *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail* » dans *En hommage à P. HORION*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173.

⁵⁴⁰ Selon l'expression de G. LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *op. cit.*, p. 232.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

187. Les normes civiles européennes, bien que formellement européennes puisqu' énoncées par les institutions du même nom, n'ont cependant pas leur origine en droit européen. Elles proviennent, par voie d'influence ou d'emprunts, des droits internes, de consensus entre les États membres ou encore du droit international. De l'examen de ces autres ordres juridiques, le droit européen prend acte d'une certaine forme de synergie à laquelle il va vouloir s'associer. Ainsi puisées au sein de divers systèmes de droit, les normes civiles, avant d'être transposées en droit européen, subissent incontestablement les influences culturelles, économiques, juridiques et sociales de leur lieu d'origine. En conséquence, elles varient selon le contexte et manquent en cela singulièrement d'autonomie.

La perméabilité caractérisant les normes civiles engendre assurément une part d'incertitude dans leur mise en œuvre : il n'est pas possible de déterminer à l'avance où les institutions européennes vont aller puiser la solution d'un litige ou la reconnaissance d'un droit. Il n'est pas plus aisé de déterminer si un consensus existe sur une question de droit donnée : il n'est pas de frontière établie entre un simple mouvement convergent de certains États et un véritable consensus. Dans cette perspective, et au-delà du problème de prévisibilité, le droit européen n'apparaît en droit civil que comme un réceptacle de normes, sans réelle ressource propre.

Néanmoins, le manque d'autonomie se révèle inévitable car inhérent à la matière européenne et à ses mécanismes, situés dans la dépendance des États. Il est logique, dès lors, que cette caractéristique se retrouve dans le domaine civil européen, matière où, de surcroît, la compétence des États est dominante et n'est que déléguée, parfois, aux institutions européennes.

Par ailleurs, la protection offerte par les normes civiles européennes ne souffre pas de leur défaut d'autonomie. Puisque ce dernier n'obère pas le mécanisme de protection civile et qu'il permet de surcroît de préserver les susceptibilités nationales, le manque d'autonomie ne comporte pas d'aspects négatifs. Qui plus est, l'autonomie n'est pas un critère de l'existence de normes juridiques. Son absence n'empêche donc pas les normes civiles européennes d'apparaître, même s'il reste à souhaiter une construction civile laissant moins de place à des considérations ponctuelles. L'essentiel, pour que le droit européen puisse apparaître de manière incontestable comme une source de droit civil n'est donc pas que les normes civiles y

puisent leur origine ou parviennent à être autonomes, mais qu'au-delà du prélèvement fait dans les autres ordres juridiques, le droit européen fasse preuve d'une démarche constructive et créative propre.

Chapitre II - L'élaboration de normes civiles par le droit européen

188. Si la perméabilité des normes civiles européennes à l'égard des droits internes et international constituait davantage qu'une étape dans l'élaboration du droit civil, le droit européen pourrait être regardé comme une simple « *chambre d'enregistrement* »⁵⁴¹ de normes civiles déjà existantes. Tout projet tendant à démontrer qu'il est une source de droit civil serait dès lors anéanti. En effet, si l'originalité totale n'est jamais apparue comme nécessaire à l'existence d'une norme, la preuve d'une démarche constructive, elle, doit être rapportée. Le Code Napoléon constitue une œuvre unificatrice et pacificatrice⁵⁴² mais n'a créé véritablement que peu de droit. Il n'en est pas moins une source de droit et une création originale. Dans le mécanisme de création du droit, le phénomène d'inspiration apparaît comme inévitable⁵⁴³, il n'existe pas de création *ex nihilo*, ce qui fait dire à J. Pelissier qu'« *aucune branche du droit n'est complètement autonome* »⁵⁴⁴. Ainsi, bien plus que d'autonomie, c'est d'une création conceptuelle propre dont le droit européen a besoin pour être indéniablement source de normes civiles. Or, il procède à un réel travail d'élaboration de normes civiles impliquant une démarche constructive proprement européenne, malgré le manque d'autonomie. La création européenne dans le domaine civil s'ajoute à cette donnée de base constituée par l'inspiration des différents systèmes de droit. En cela, manque d'autonomie et création européenne se complètent pour l'élaboration de normes civiles. Lorsque le juge ou le législateur européen procède à un emprunt, l'importation ne se fait pas sans réserve et un apport européen peut presque systématiquement être repéré. Dès lors, les normes civiles européennes résulteraient d'une création collective⁵⁴⁵. D'un côté une partie de la création reviendrait aux États ou au droit international, en raison de l'influence ou des

⁵⁴¹ Selon l'expression de P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 441.

⁵⁴² V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^{ème} siècle », *D.* 2002, chron. p. 1160.

⁵⁴³ Surtout en droit international, voir en ce sens J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, n° 57, p. 101.

⁵⁴⁴ J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », *op. cit.*, p. 388.

⁵⁴⁵ Voir en ce sens J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, n° 57, notamment p. 109 où le juge français précise que « *finalement, il faut rappeler que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est, naturellement, une création collective. De nombreuses influences sont échangées par des juges (actuellement 43), qui appartiennent eux-mêmes à des traditions juridiques variées (...)* ».

emprunts. De l'autre, une partie de la création peut être attribuée au droit européen. Le droit européen appose toujours son « *label* » sur les normes qu'il utilise, ce qui lui permet de pouvoir être considéré comme une source de droit civil. C'est à cet instant que la création européenne apparaît. Si le droit européen se contentait de recevoir les normes avant de les émettre sans autre modification, il n'y aurait pas création mais imitation. Or, la seule action de copier n'implique aucune création.

189. Le parallèle avec la propriété littéraire et artistique se révèle particulièrement intéressant quant à la définition de la création. Pour pouvoir bénéficier de la protection de la loi sur le droit d'auteur, une création doit répondre à deux critères dont seul le premier manifeste un intérêt à ce stade de l'étude : la création est liée à l'exigence fondamentale d'originalité⁵⁴⁶, entendue comme l'empreinte et la part d'exécution personnelle de l'auteur ou encore la « *création intellectuelle propre à son auteur* »⁵⁴⁷. Partant, la doctrine distingue l'originalité absolue de l'originalité relative. Il y a originalité absolue lorsqu'une œuvre ne doit rien à une œuvre préexistante. Elle ne sera en revanche que relativement originale en cas d'emprunt d'éléments formels à une œuvre antérieure⁵⁴⁸. Il convient en outre de distinguer l'originalité de la nouveauté : une œuvre originale peut ne pas être nouvelle tout en résultant d'une activité créatrice⁵⁴⁹. Cependant, il ne faut pas négliger la variabilité de la création : si une simple compilation d'informations ne comporte aucune création⁵⁵⁰, de simples choix peuvent être créatifs, comme par exemple les anthologies et recueils d'œuvres diverses dès lors qu'ils recèlent un apport personnel de l'auteur⁵⁵¹. De même, en matière musicale, la prestation d'un simple artiste-interprète peut valoir création. Lorsque J.-S. Bach reprend le *concerto pour 4 violons* de Vivaldi, il n'en change pas une note. Nul n'oserait pourtant refuser à son œuvre la qualification d'œuvre originale et créative. Dans cette perspective, le droit européen peut emprunter aux autres ordres juridiques tout en faisant œuvre originale et donc créative. Certes, les normes civiles ne répondent pas alors à la condition de nouveauté, mais

⁵⁴⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Presses universitaires de France, 4^{ème} éd., 2001, p. 47 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2001, p. 76 ; C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^{ème} éd., 1999, p. 26.

⁵⁴⁷ Article 3 de la directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données, du 11 mars 1996, *JO L* 077 du 27/03/1996, p. 20.

⁵⁴⁸ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, p. 80 ; C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁴⁹ Ainsi, pour reprendre un exemple célèbre de DESBOIS, deux peintres peuvent, s'en être concertés, fixer l'un après l'autre sur leurs toiles le même site, dans la même perspective et sous le même éclairage. Le second tableau ne sera pas nouveau mais sera original dès lors que les peintres « *ont déployé une activité créatrice, l'un comme l'autre, en traitant, indépendamment l'un de l'autre, le même sujet* », cité dans A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 2 mai 1989, *JCP* 1990, éd. G., II, 21392, note A. LUCAS.

⁵⁵¹ C. COLOMBET, *op. cit.*, p. 30.

comme cela a été souligné, ce défaut n'empêche aucunement l'originalité et partant la création. C'est à cette étape de la création qu'il convient à présent de s'attacher. Les processus de création se perçoivent différemment selon que l'on examine la jurisprudence ou le reste des normes civiles. En effet, la démarche créatrice se constate davantage à la lecture des arrêts des Cours européennes dans la mesure où le raisonnement suivi y est expliqué progressivement. Une telle approche apparaît de façon moins avérée dans les textes. Ainsi, bien que la logique employée soit singulièrement la même, une distinction s'impose entre la création jurisprudentielle (section I) et textuelle (section II).

Section I : Les processus de création jurisprudentielle

190. La variabilité de la création dont il est question en droit de la propriété littéraire et artistique est également perceptible en matière de normes civiles européennes, en particulier lorsqu'elles sont issues de la jurisprudence. Les Cours européennes ne procèdent pas de façon uniforme lorsqu'elles créent des normes de droit civil. Il n'est cependant pas aisé d'ordonner les différents processus de création. En aucun cas, la part de création n'est inversement proportionnelle à ce que le droit européen puise dans un autre ordre juridique. Dès lors, le degré de création ne varie pas nécessairement selon le degré de prélèvement. Pour cette raison, il est impossible de prétendre que plus le juge a recours à l'emprunt ou à la greffe, moins le degré de création se trouve élevé. En réalité, un emprunt peut être suivi d'une large part de création européenne comme une simple influence peut ne se combiner qu'avec une création ténue.

191. L'étude de la création européenne en matière de droit civil ne peut se réaliser qu'en décelant la « valeur ajoutée » par le droit européen, qui fait ainsi suite aux phénomènes d'influence et d'emprunt. Deux processus de création se distinguent alors nettement. D'une part, la création en matière civile apparaît au travers des choix réalisés par le droit européen. Dans cette hypothèse, face à divers droits nationaux ou à de multiples interprétations possibles, le juge européen va procéder à un choix afin de hisser un droit ou une interprétation au niveau européen. C'est précisément dans le choix des emprunts et influences que la démarche créative du droit européen va apparaître (§ I). D'autre part, la création peut être perçue lorsque, postérieurement à un emprunt ou à une influence, le droit européen

s'affranchit des autres ordres juridiques. La création se situe alors au-delà de ces emprunts et influences (§ II).

§ I - La création par le choix des emprunts et influences

192. Le droit européen, dans le domaine civil, peut se trouver sous l'influence d'un système juridique national. Néanmoins, une telle influence « *peut quelquefois être contrebalancée par l'influence d'autres systèmes* »⁵⁵². Dès lors, un choix devra être opéré et préférence sera donnée à l'un ou l'autre des systèmes considérés. Or, tout choix suppose un jugement de valeur et les choix que réalise le juge européen⁵⁵³ témoignent de sa démarche créatrice. L'arrêt *Vo contre la France* révèle un tel procédé. Dans cet arrêt la Cour, après avoir examiné les différentes législations nationales, les jurisprudences constitutionnelles et internationales ainsi que des textes internationaux, exprime que « *son choix s'est traduit par la prise en compte de (...)* »⁵⁵⁴. Le fait que la Cour procède à des choix parmi les diverses sources d'influence ne peut dès lors plus être contesté.

193. La Cour EDH, précisément, oscille entre retenue et activisme⁵⁵⁵ judiciaire et il ne s'agit pas tant d'incohérence ou d'illogisme que d'une véritable construction européenne. Ainsi, dans certaines affaires, la Cour a recours au droit commun des États alors que dans d'autres, elle se désintéresse de l'existence ou de l'absence de consensus et ne s'appuie alors que sur le droit interne d'un seul État. Le recours à la notion de dénominateur commun relève, comme le remarque à juste titre F. Sudre, d'une « *alchimie mystérieuse* »⁵⁵⁶ et il n'apparaît pas toujours possible d'apprécier les questions d'opportunité sous-jacentes. Il n'en demeure pas moins que de tels choix ne sauraient passés pour irréfléchis. Le droit européen, dans son ensemble, paraît instrumentaliser les notions de dénominateur commun et de consensus⁵⁵⁷.

⁵⁵² J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *op. cit.*, p. 104.

⁵⁵³ M. HART explique ainsi qu'autour de toutes les règles de droit existe une pénombre d'incertitude qui contraint le juge à choisir entre plusieurs possibilités et qui permet d'affirmer que le juge crée nécessairement du droit (H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, p. 26).

⁵⁵⁴ CEDH Gr. Ch. 8 juillet 2004, requête n° 53924/00, *Vo c/ France*, point 82 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 799, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G* 2004, éd. G., II, 10158, note M. LEVINET.

⁵⁵⁵ F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 44.

⁵⁵⁶ F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁵⁷ Il paraît possible de distinguer les deux notions. En ce sens, il peut exister un dénominateur commun, c'est-à-dire un point de convergence entre deux États sans consensus, ce dernier correspondant à une concordance de vues de l'ensemble ou de la quasi-totalité des États contractants (cf. CEDH 26 avril 1979 requête 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, point 59 de l'arrêt ; CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05 *Evans c/ Royaume-*

L'assentiment général des États peut parfois être complètement ignoré comme c'est le cas dans l'arrêt *B. et L. contre le Royaume-Uni* relatif aux empêchements à mariage⁵⁵⁸. Dans le domaine civil, le droit européen fait souvent appel au droit commun des États et s'aligne sur la communauté de vues lorsqu'elle existe. Dans cette hypothèse, le droit européen ne témoigne d'aucune démarche créatrice puisqu'il se contente de suivre une voie commune. La création paraît plus flagrante lorsque le droit européen décide de consacrer un droit ou une interprétation, malgré des divergences notoires entre les États, et donc en l'absence de consensus. Le droit européen, en l'espèce par l'intermédiaire du juge européen, fait alors abstraction de l'absence de communautés de vues entre les États (A). De même, la création se perçoit clairement lorsque le droit européen choisit de ne pas se rallier à un consensus pourtant établi (B). Ainsi, l'idée selon laquelle le droit européen ne procéderait que par méthode consensuelle apparaît erronée.

A / Une création en l'absence de consensus

194. Avant d'émettre une norme, dans la plupart des cas, le juge européen examine les droits internes afin de s'inspirer des solutions des autorités nationales. Lorsqu'une disposition se révèle commune aux États, il n'hésite pas à l'intégrer au droit européen. Cependant parfois, l'inspiration peut résulter non du droit commun aux États mais du droit interne d'un ou de quelques États. C'est alors une création puisque malgré l'absence de communautés de vues, la disposition en cause est estimée suffisamment efficace et bénéfique pour ne pas attendre que les États la consacrent avant de la hisser au niveau européen. À travers ce choix, le juge européen manifeste une préférence révélant une aspiration européenne. Ce choix, cette élection, témoigne de la part d'exécution propre au droit européen et de sa marque puisqu'il ne s'appuie pas sur un consensus déjà établi. Par ce biais, la création en matière civile est

Uni, point 62 de l'arrêt, *RTD civ* 2006, p. 255, note J.-P. MARGUÉNAUD; CEDH 21 mars 2002 requête n° 31611/96, *Nikula c/ Finlande*, point 46 de l'arrêt).

Pour autant, la terminologie des termes est fluctuante et la Cour paraît indifféremment utiliser l'un ou l'autre. Elle évoque par exemple l'existence d'un « *dénominateur commun aux systèmes juridiques des États membres* », dans l'arrêt *Rasmussen* (CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79, *Rasmussen c/ Danemark*, point 40 de l'arrêt, *AFDI* 1985, p. 403, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986, p. 1074, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER) tout en renvoyant au paragraphe 59 de l'arrêt *Sunday Times* qui évoque quant à lui un consensus.

L'étude de la version anglaise des arrêts confirme cette identification puisque la Cour utilise une seule et même notion dans les affaires *Rasmussen* et *Sunday Times*, celle de « *common ground* » entre les États contractants.

⁵⁵⁸ CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, *RTD civ* 2005, p. 735, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 234, note A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE.

susceptible d'intervenir à deux niveaux, qu'il s'agisse de déterminer l'applicabilité d'un droit à une situation litigieuse (1°) ou de statuer sur l'observation de ce droit⁵⁵⁹ (2°).

1° L'applicabilité d'un droit en l'absence de consensus

195. Il est en premier lieu question de la jurisprudence de la Cour EDH. Toute requête allègue une violation par un État contractant de l'un des droits garantis par la Convention. La Cour européenne, avant d'examiner si une requête témoigne d'une violation des droits garantis, statue sur l'applicabilité aux faits d'un ou de plusieurs de ces droits. Il lui appartient ainsi de déterminer si le litige entre dans le champ d'application des droits prétendument violés. L'applicabilité de la norme conventionnelle se trouve donc largement laissée à la discrétion du juge, ce que l'utilisation de l'article 8 de la Convention a démontré à maintes reprises. Ce texte vise le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que du domicile et de la correspondance⁵⁶⁰. « *L'objectif de l'article 8 est donc de garantir à l'individu une sphère individuelle et familiale dans laquelle il puisse librement s'épanouir et affirmer sa personnalité* »⁵⁶¹. Toutefois, la Cour européenne a très rapidement interprété l'article 8 au-delà de sa lettre et a opté pour une interprétation « *dynamique* »⁵⁶² ou « *constructive* »⁵⁶³ et sans aucun doute extensive.

196. Lorsque la Convention envisage la protection de la vie familiale, elle ne précise nullement ce qu'elle entend par « famille ». Saisie dès 1979 d'une affaire relative à la famille hors mariage, la Cour eut très tôt l'occasion de se prononcer sur cette notion⁵⁶⁴. La vie

⁵⁵⁹ La distinction applicabilité / observation, plus communément usitée dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH, s'applique fort bien également aux décisions rendues par la CJCE qui peut, elle aussi, déclarer un texte inapplicable à des faits qui lui sont soumis ou examiner son observation. Par exemple, le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Garcia Avello* se présente en deux temps. Tout d'abord, la Cour de justice examine si « *les enfants du requérant au principal peuvent se prévaloir du droit, prévu à l'article 12 CE, de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité au regard des règles régissant leur nom de famille* ». Après avoir estimé les articles applicables, la Cour apprécie s'ils ont été respectés par la législation nationale (CJCE 2 octobre 2003 affaire C-148/02, *Carlos Garcia Avello c/ État belge*, points 29 et 30 de l'arrêt, *RTDH* 2004, p. 739, note H. SURREL ; *Europe* décembre 2003, comm. n° 374, p. 5, note Y. GAUTIER ; *JCP* 2004, éd. G, I, 111, n° 3, obs. A. MARMISSE).

⁵⁶⁰ Pour une étude sur les notions de vie privée et de vie familiale, voir M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC* 1992, 4, p. 767.

⁵⁶¹ G. YILDIRIM, « L'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/gulsenyildirim.html>, p. 20.

⁵⁶² F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, éd. G., p. 1365.

⁵⁶³ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, éd. G., p. 1366.

⁵⁶⁴ CEDH 13 juin 1979, requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, *AFDI* 1980 p. 317, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 473, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 183, note P. ROLLAND ; *GACEDH* n° 42. Voir

familiale protégée par la Convention englobe sans conteste la famille légitime. En revanche, le problème était de savoir si la famille naturelle pouvait également bénéficier de cette protection. La requérante, célibataire, avait donné naissance à une petite fille et se trouvait confrontée à la législation belge selon laquelle une mère célibataire ne peut établir la filiation maternelle de son enfant que par la reconnaissance. La filiation légitime, pour sa part, s'établit du seul fait de la naissance. La mère a donc été dans l'obligation de reconnaître l'enfant, mais également de l'adopter afin de doter sa fille d'une capacité de recevoir à titre gratuit équivalente à celle des enfants légitimes. Toutefois, l'enfant demeurait étrangère à la famille de sa mère naturelle adoptive. Mère et fille alléguèrent, entre autres, une violation de leur droit au respect de la vie familiale combiné avec l'article 14 de la Convention. Pour elle, les dispositions belges comportaient une discrimination prohibée entre enfants naturels et légitimes. La Cour examine en premier lieu l'applicabilité de l'article 8 à la famille naturelle. « *L'article 8 (art. 8) ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle"* »⁵⁶⁵. Elle ne fait alors aucun appel à un éventuel droit commun ni aux législations internes, comme le remarque fort justement F. Sudre⁵⁶⁶. Elle subit néanmoins une influence notoire résultant de certains textes internationaux : elle cite la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 sur l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, élaborée par la Commission internationale de l'État Civil, entrée en vigueur le 23 avril 1964. La Cour vise également une résolution du Comité des Ministres du 15 mai 1970 sur la protection sociale des mères célibataires et de leurs enfants et la convention du 15 octobre 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage et entrée en vigueur le 11 août 1978, toutes deux conclues au sein du Conseil de l'Europe.

197. Nonobstant ces textes, la Cour ne renvoie pas à un éventuel consensus ou communauté de vues entre les États. Elle met en œuvre une démarche constructive et créatrice en décidant d'élargir la protection familiale à la famille naturelle. Par la suite, statuant sur une éventuelle violation de l'article 8 de la Convention, elle décide de faire appel au consensus dont elle a estimé pouvoir se passer précédemment. Elle rencontre d'ailleurs bien des difficultés à démontrer l'existence d'une communauté de vues. Pour F. Rigaux, le consensus n'était, sur cette question, guère plus solide qu'il ne l'était en d'autres affaires dans lesquelles

également pour des études plus récentes de l'arrêt J.-P. MARGUÉNAUD, - *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, la documentation française, coll. Droit et justice, 2001, p. 186, - *RTD civ* 1997, p. 543.

⁵⁶⁵ CEDH 13 juin 1979, requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 31 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁶⁶ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1366.

la Cour l'a estimé insuffisant⁵⁶⁷ : la Convention de Bruxelles et la Convention relative au statut juridique des enfants nés hors mariage n'avaient été ratifiées que par quatre États. La Cour aurait pu décider en 1979 que l'article 8 de la Conv EDH n'était pas applicable à la famille naturelle. Cela aurait certes entraîné une discrimination mais celle-ci aurait alors pu être justifiée par la protection de la famille traditionnelle, famille qu'il apparaît légitime de soutenir aux yeux de la Cour⁵⁶⁸. Il existait une autre alternative. La Cour aurait pu également estimer que, puisque la distinction « *entre famille "naturelle" et famille "légitime" passait pour licite et normal[e] dans beaucoup de pays européens à l'époque où fut rédigée la Convention* »⁵⁶⁹, il lui appartenait de l'interpréter, pour l'heure encore, en conformité avec les intentions de ceux qui l'avaient rédigée. Manifestement, la Cour a procédé au choix inverse et a opté pour une interprétation évolutive et dynamique de la notion de famille, cela sans aucune référence à un consensus qui, de toutes façons, ne semblait guère avéré. La Cour procède ainsi à des choix et les opère en vue d'un résultat : l'égalité entre filiation légitime et naturelle, peu important alors l'existence d'un droit commun. L'opinion dissidente du juge G. Fitzmaurice confirme cette affirmation puisque, se prononçant contre l'applicabilité de l'article 8, il prétend que si ce dernier mérite une application plus large, ce doit être pour « *toute situation où il existe un manque de respect touchant réellement - cette condition est fondamentale - la classe ou catégorie de concepts où entrent "(la) vie privée et familiale (...), (le) domicile et (...) (la) correspondance" ou un ou plusieurs de ces éléments, pourvu (et c'est évidemment essentiel) qu'on donne auxdits éléments un contenu normal et non une interprétation pro domo conçue pour produire le résultat qu'on veut en voir découler, au lieu de celui auquel elle devrait tendre* »⁵⁷⁰.

198. L'applicabilité de l'article 8 de la Conv EDH a également donné l'occasion aux juges strasbourgeois de choisir de faire entrer dans le champ d'application de la vie familiale les liens unissant un transsexuel né de sexe féminin mais menant une vie sociale d'homme, sa compagne, et l'enfant de cette dernière né par insémination par tiers donneur⁵⁷¹. Avant de se prononcer sur la question de l'octroi de droits parentaux aux transsexuels, la Cour du décider si l'article 8 pouvait être appliqué aux faits de l'espèce. Une telle applicabilité était loin d'être

⁵⁶⁷ F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 60.

⁵⁶⁸ CEDH, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, Marckx c/ Belgique, point 40 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁶⁹ CEDH, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, Marckx c/ Belgique, point 41 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁷⁰ Cf. l'opinion dissidente du juge FITZMAURICE à l'occasion de l'arrêt Marckx c/ Belgique, préc., point 9.

⁵⁷¹ CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 1997, p. 1011, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 1997, éd. G, I, 4071, note S. EVAÏN ; *JCP* 1998, éd. G., I, 107, p. 182, n° 36, obs. F. SUDRE.

automatique en l'absence de lien de parenté biologique avec l'un des parents, pourtant la Cour fit preuve d'audace⁵⁷². Elle a ainsi admis qu'un simple lien *de facto* pouvait être constitutif d'une vie familiale⁵⁷³. Tout comme dans l'arrêt *Marckx*, aucune référence au droit commun n'est proposée afin de justifier l'extension surprenante du domaine de l'article 8. En revanche, la Cour fait appel au consensus s'agissant de déterminer si les faits litigieux révèlent une violation des droits garantis par la Convention. La Cour semble se réfugier derrière l'absence de consensus afin de rendre un constat de non violation. Elle s'applique à démontrer cette absence en multipliant les formules : « *il n'existe pas de norme européenne en matière d'octroi des droits parentaux aux transsexuels* », « *il n'a pas été démontré à la Cour que les Hautes Parties contractantes suivent dans l'ensemble une approche commune lorsqu'il s'agit de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par IAD et la personne assumant le rôle de père* », « *si les techniques d'assistance médicale à la procréation ont cours en Europe depuis plusieurs décennies, nombre des questions qu'elles soulèvent, en matière de filiation notamment, font encore l'objet de controverses* », « *il n'existe pas d'assentiment général des États membres du Conseil de l'Europe* », « *les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe* »⁵⁷⁴.

199. Si le fait que le transsexualisme ne fasse pas l'objet d'une approche généralement suivie par les États constitue un argument favorable à l'absence de violation, il semble curieux que la Cour refuse de s'en servir pour la première étape du raisonnement, à savoir l'applicabilité. La Cour procède bel et bien à un choix ici. Cette affaire démontre la volonté du juge européen d'étendre l'application de l'article 8 afin d'assurer l'effectivité de la Convention. Pour ce faire, le consensus importe peu. D'ailleurs, nonobstant son absence, comme l'a noté G. Yildirim, la Cour décide de suivre le Comité des Droits de l'homme des Nations-Unies qui, se refusant à donner une définition uniforme de la famille, considère comme famille, au sens de l'article 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « *toutes les personnes qui composent la famille telle qu'elle est perçue dans la société de l'État partie concerné* »⁵⁷⁵.

⁵⁷² F. SUDRE, obs. sous CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, *op. cit.*

⁵⁷³ CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, points 36 et 37 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁷⁴ CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, point 44 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁷⁵ G. YILDIRIM, « L'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 20.

200. Un procédé identique se retrouve dans l'affaire *Chapman contre le Royaume-Uni*⁵⁷⁶. Le problème tenait au refus des autorités locales d'accorder à différentes familles tziganes un permis d'aménagement foncier pour stationner leurs caravanes sur des terrains leur appartenant. Diverses mesures d'exécution prises à l'encontre de ces familles demeurées sur ces terrains étaient également en cause. Les refus résultant des politiques locales et nationales d'aménagement devaient-ils l'emporter sur les besoins des requérants ? Afin d'appliquer l'article 8 aux faits litigieux, la Cour étend la protection de la vie privée et familiale au droit des membres d'une minorité d'avoir un mode de vie traditionnel. Une telle extension paraît d'autant plus étonnante que dans son arrêt *Buckley*, rendu également contre le Royaume-Uni⁵⁷⁷, la Cour de Strasbourg avait déjà examiné des griefs ayant trait à des mesures d'aménagement et d'exécution prises à l'encontre d'une famille tzigane⁵⁷⁸. La doctrine avait largement reproché à la Cour son approche réductrice de la question tzigane⁵⁷⁹ dans la mesure où la Cour avait refusé l'examen sous l'angle de la vie privée et familiale. Le litige n'avait été abordé qu'au travers du droit au respect du domicile.

201. Dans l'arrêt *Chapman*, la Cour EDH consent à d'examiner le recours sous l'angle du droit au respect de la vie privée et familiale, et ce malgré l'absence de communautés de vues entre les Hautes parties contractantes. Cet argument va être utilisé par la Cour pour conclure à un défaut de violation mais elle ne le mentionne pas au stade de l'applicabilité. Par conséquent, le mode selon lequel les requérants exercent leur droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile appelle la protection de l'article 8 de la Conv EDH⁵⁸⁰. Le juge européen inclut ainsi le respect du mode de vie traditionnel dans le champ de cet instrument sans s'appuyer sur une interprétation consensuelle des États. En revanche, la Cour n'a pu qu'être influencée par les textes internationaux tels la Convention cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, une recommandation de 1993 de l'Assemblée parlementaire relative aux Tsiganes en Europe, une recommandation de la

⁵⁷⁶ CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, *RTDH* 2002, p. 999, note F. BENOIT-ROHMER ; *RTDH* 2002, p. 1017, note D. ROSENBERG ; *RTD civ* 2001, p. 448, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *L'Europe des libertés* 2001, p. 2, n° 5, note M. LEVINET ; *JCP* 2001, éd. G., I, 342, p. 1562 et 1563, n° 16 et 20, obs. F. SUDRE ; *GACEDH* n° 39.

⁵⁷⁷ CEDH 25 septembre 1996 requête n° 20348/92, *Buckley c/ Royaume-Uni*, *RTDH* 1997, p. 47, note O. DE SCHUTTER ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 75, n° 33, obs. F. SUDRE.

⁵⁷⁸ Cette famille occupait son propre terrain sans permis d'aménagement.

⁵⁷⁹ F. BENOIT-ROHMER, note sous CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 1003 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ* 2001, p. 448 ; O. DE SCHUTTER, note sous CEDH 25 septembre 1996 requête n° 20348/92, *Buckley c/ Royaume-Uni*, *RTDH* 1997, p. 64.

⁵⁸⁰ Cf. opinion dissidente commune aux juges PASTOR RIDRUEJO, BONELLO, TULKENS, STRAZNICKA, LORENZEN, FISCHBACH et CASADEVALL à l'occasion de l'arrêt *Chapman c/ Royaume-Uni*, préc., point 2.

Commission européenne de 1998 contre le racisme et l'intolérance, une résolution du Parlement européen de 1994 sur la situation des Tsiganes dans la Communauté européenne ainsi que diverses actions de l'OSCE. L'arrêt cite d'ailleurs chacun de ces textes. Pour la Cour, il est possible qu'un certain consensus international apparaisse au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités ainsi que l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie⁵⁸¹. Toutefois, ce consensus ne lui semble pas suffisamment concret⁵⁸² ; estimé insuffisant⁵⁸³, il permet à la Cour de ne pas outrepasser la protection qu'elle entend accorder à la minorité tzigane et, de manière plus générale, aux intérêts minoritaires. Puisqu'elle constate l'insuffisance de synergie et donc l'absence d'assentiment des États sur cette question, la Cour aurait pu se retrancher derrière le même argument pour en déduire l'inapplicabilité de l'article 8. Elle fait pourtant le choix de se laisser influencer par le consensus, sur le seul terrain de l'applicabilité, et l'estimera par la suite insuffisant.

202. Le dernier exemple démontrant la démarche créatrice du droit européen relative à l'applicabilité d'un droit malgré l'absence de consensus doit être tiré du droit au nom. Par son arrêt *Burghartz contre la Suisse*⁵⁸⁴, du 22 février 1994, la Cour EDH décider qu'en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci⁵⁸⁵ et se trouve couvert par la protection découlant de l'article 8. Le juge strasbourgeois ne se réfère pourtant à aucune communauté de vues entre les États et pour cause : aucun consensus n'existait lorsque l'arrêt a été rendu. Les juges Pettiti et Valticos relèvent d'ailleurs une telle absence : « *non seulement cet article (art. 8) ne se réfère pas expressément à cette question, ni même à celle du nom en général, mais les conceptions politiques, juridiques, sociales et religieuses varient encore tellement d'un pays à l'autre dans cette matière, encore en pleine évolution, que ce serait aller certainement au-delà du texte et des engagements assumés par les États que de prétendre imposer en l'occurrence*

⁵⁸¹ CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, Chapman c/ Royaume-Uni, point 93 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁸² CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, Chapman c/ Royaume-Uni, point 94 de l'arrêt. *op. cit.*

⁵⁸³ Voir pour un avis contraire l'opinion dissidente des juges PASTOR RIDRUEJO, BONELLO, TULKENS, STRAZNICKA, LORENZEN, FISCHBACH et CASADEVALL à l'occasion de l'arrêt Chapman c/ Royaume-Uni, préc., point 3.

⁵⁸⁴ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, Burghartz c/ Suisse, D. 1995, p. 5, note J.-P MARGUÉNAUD ; RTDH 1995, p. 53, note P. GEORGIN ; RUDH 1994, p. 263, note M. LEVINET ; JCP 1995, éd. G., I, 3823, p. 89, n° 31, obs. F. SUDRE. Confirmé par CEDH 25 novembre 1994 requête n° 18131/91, Stjerna c/ Finlande, RUDH 1995, p. 109, note M. LEVINET ; JCP 1995, éd. G., I, 3823, n° 31, p. 89, obs. F. SUDRE.

⁵⁸⁵ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, Burghartz c/ Suisse, point 24 de l'arrêt, *op. cit.*

telle ou telle conception relative aux règles qui devraient être suivies »⁵⁸⁶. De surcroît, il est avéré que l'omission du nom par les Hautes parties contractantes dans le texte de la Convention découle d'une intention délibérée⁵⁸⁷. La Cour décide donc d'étendre le domaine de ce texte à un droit volontairement laissé de côté lors de son élaboration. Imposer aux États une obligation à laquelle ils n'avaient nullement consenti n'a pas ralenti la Cour dans sa démarche créatrice. S'inspirant d'autres instruments internationaux⁵⁸⁸, elle opte, quant à l'applicabilité de l'article 8 au nom, pour un choix que n'aurait pas laissé supposer l'absence de consensus. Dès lors que la juridiction ne pouvait recourir au droit commun des États, c'est une référence très générale à l'égalité des sexes⁵⁸⁹, puisqu'il s'agissait de la liberté de choix du nom de famille de deux époux, qui va venir au soutien de son interprétation. En outre, dans cette affaire, l'audace de la Cour révèle sa démarche créatrice. Le juge fait fi de la disparité des législations nationales⁵⁹⁰ mais aussi du refus initial des États contractants d'intégrer dans le texte de la Convention une disposition relative à l'institution de police civile que représente le nom. Un tel choix peut trouver plusieurs justifications. La Cour a sans doute tenu à sanctionner la « *discrimination sexiste* »⁵⁹¹ suisse ou alors elle n'a fait que prolonger le raisonnement déjà adopté dans l'arrêt *Niemietz contre l'Allemagne*⁵⁹². Quelle qu'en soit la raison, le choix fait par la Cour européenne démontre son affranchissement tant à l'égard de la communauté de vues entre les États contractants qu'à l'égard du droit suisse. La tradition nationale⁵⁹³, mise en avant par le gouvernement suisse, n'a pas adouci les foudres européennes.

⁵⁸⁶ Cf. l'opinion dissidente des juges PETTITI et VALTICOS à l'occasion de l'arrêt *Burghartz c/ Suisse*, préc., point 1.

⁵⁸⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸⁸ Sont ainsi visés dans l'arrêt le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, www.unhcr.ch, (article 24 paragraphe 2), la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (articles 7 et 8) et la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 (article 18).

⁵⁸⁹ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, point 27 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁹⁰ P. GEORGIN, note sous CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁹¹ P. GEORGIN, note sous CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁹² CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, *RTDH* 1993, p. 467, note P. LAMBERT; *JCP* 1993, *éd.G*, I, 3654, p. 96, n° 18, obs. F. SUDRE; *AFDI* 1992, p. 629, note V. COUSSIRAT-COUSTERE; *JDI* 1993, p. 755, note E. DECAUX et P. TAVERNIER; *GACEDH* n° 40. Par cet arrêt la Cour avait fait entrer la profession dans le champ de l'article 8 en estimant que ce dernier ne concernait pas seulement la vie privée mais également le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Le nom, en tant qu'élément de l'identité d'une personne, va précisément lui permettre de nouer de telles relations. C'est pourquoi l'arrêt *Burghartz* peut être interprété comme une suite logique de l'arrêt *Niemietz*.

⁵⁹³ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, point 26 de l'arrêt, *op. cit.*

203. Ce processus de création n'est pas limité à la Cour EDH. La Cour de justice fournit des exemples similaires. Dans son arrêt *Tacconi contre HWS* du 17 septembre 2002⁵⁹⁴, la CJCE devait se prononcer sur l'applicabilité de l'article 5. 3 de la Convention de Bruxelles. En d'autres termes, il s'agissait de savoir si la responsabilité précontractuelle relevait de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de cet article. La Cour de justice rappelle tout d'abord que les notions de matière contractuelle et délictuelle au sens de l'article 5 de la Convention de Bruxelles doivent être interprétés de façon autonome⁵⁹⁵. Elle affirme clairement ensuite que « *l'action engagée en raison de la rupture de négociations contractuelles est de nature délictuelle* »⁵⁹⁶. Pourtant, la question de savoir si la rupture de négociations pré-contractuelles appartient à la sphère contractuelle ou délictuelle ne fait l'objet d'aucun consensus. Les pays de la Communauté⁵⁹⁷ ne divergent guère sur les conditions requises pour sanctionner la rupture de pourparlers : la partie esseulée doit démontrer la croyance légitime qu'elle avait dans la conclusion du contrat. En revanche, la nature de l'action conférée à cette partie est délictuelle, notamment en Italie, en Espagne et en France, ou contractuelle, en Allemagne et Angleterre. Le juge communautaire procède ainsi à un choix en l'absence de consensus et « *adopte une clause générale* »⁵⁹⁸ en donnant une définition positive du délit⁵⁹⁹.

204. Il apparaît impossible de ne pas constater que le droit européen « *choisit au gré des espèces* »⁶⁰⁰. Ses prises de position ne dépendent pas de façon systématique d'un appel au droit commun des États et toute avancée en matière de protection ne résulte pas d'une interprétation consensuelle. Les espèces déférées à la Cour EDH et étudiées ci-dessus mettent à mal le raisonnement suivant lequel « *l'inclusion d'un droit dans le domaine protecteur de la Convention ne peut en principe résulter que de la volonté expresse des États signataires et*

⁵⁹⁴ CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 334/00, *Tacconi c/ HWS*, *Rec.* p. 7383 ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 668, note P. RÉMY-CORLAY.

⁵⁹⁵ CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 334/00, *Tacconi c/ HWS*, *Rec.* p. 7383, point 19 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁹⁶ CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 334/00, *Tacconi c/ HWS*, *Rec.* p. 7383, point 27 de l'arrêt, *op. cit.*

⁵⁹⁷ Voir l'étude de P. RÉMY-CORLAY, note sous CJCE 17 septembre 2002, affaire C- 334/00, *Tacconi c/ HWS*, *op. cit.*, p. 668.

⁵⁹⁸ P. RÉMY-CORLAY, note sous CJCE 17 septembre 2002, affaire C- 334/00, *Tacconi c/ HWS*, *op. cit.*, p. 678.

⁵⁹⁹ « *Serait délictuel le comportement qui ne découle d' "aucun engagement librement assumé" entre les parties (point 24) en "violation de règles de droit"(point 25) ». « Seul l'acte illicite – fait en violation d'une règle de droit- entraîne la responsabilité de son auteur, aussi faut-il que le dommage causé soit celui visé par la norme violée [...] »*, voir P. RÉMY-CORLAY, note sous CJCE 17 septembre 2002, affaire C- 334/00, *Tacconi c/ HWS*, *op. cit.*, p. 678.

⁶⁰⁰ F. RIGAUX, « *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive* », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 44.

non de l'intervention du juge européen »⁶⁰¹. Dans toutes ces affaires, les Cours européennes favorisent une simple tendance du droit international au mépris de l'absence de consensus entre États. En cela, les juges procèdent à des choix révélateurs d'une véritable création civile européenne. La mise à l'écart de l'interprétation consensuelle ne se perçoit pas uniquement au stade de l'applicabilité d'un droit garanti. Ce procédé peut être également identifié dans la phase d'observation de ce droit.

2° Le respect d'un droit en l'absence de consensus

205. La création dans le domaine civil apparaît lorsqu'il s'agit d'examiner si un État a respecté les droits ou obligations imposés par les textes européens. Parfois, alors même qu'aucun consensus ne peut être établi et malgré les disparités nationales, le juge européen prend position. La logique voudrait que, confronté à des opinions étatiques divergentes, il confère à l'État en cause une large marge de manœuvre. Si cette méthode visant à laisser aux autorités nationales une large marge de manœuvre est utilisée dans de nombreux cas, il est des affaires où le raisonnement s'inverse. Ainsi, les États ne bénéficient pas automatiquement de cette sorte d'immunité que laisse présager l'absence de consensus. L'arrêt *Leitner*⁶⁰², rendu par la CJCE le 12 mars 2002, le montre à suffisance. Une jeune vacancière, gravement intoxiquée lors d'un voyage à forfait en Turquie, voulait obtenir réparation de l'opérateur avec lequel ses parents et elle-même avaient contracté. Elle ne parvint pas, devant les juridictions internes, à obtenir réparation du préjudice moral causé par la perte de l'agrément des vacances. En effet, aucune loi autrichienne ne prévoyait expressément la réparation d'un préjudice moral de cette nature. La CJCE, saisie d'une question préjudicielle, devait donc déterminer si la directive concernant les voyages à forfait, du 13 juin 1990⁶⁰³, ne conférait pas un droit général à la réparation du préjudice moral. L'article 5. 2 de ce texte prévoit en effet qu'« *en ce qui concerne les dommages autres que corporels résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations faisant l'objet du forfait, les États membres peuvent admettre que le dédommagement soit limité en vertu du contrat (..)* ». Or, il n'existe pas de communauté de vues entre les États membres en matière d'existence d'un droit à réparation du préjudice moral dans le cadre des contrats de voyage à forfait. D'ailleurs, les gouvernements autrichien, français et finlandais s'opposèrent, dans l'arrêt, à la reconnaissance d'un tel

⁶⁰¹ P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 253.

⁶⁰² CJCE 12 mars 2002 affaire C- 168/00, *Leitner*, Rec. p. 2631, D. 2004, chron. p. 1324, obs. C. NOURISSAT.

⁶⁰³ Directive 90/314 du Conseil concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, op. cit., p. 59.

préjudice. Le gouvernement belge avait quant à lui consenti à une interprétation large de la notion de dommage, c'est-à-dire englobant le dommage moral. La Cour de justice, face à une telle diversité des droits nationaux entre existence ou absence d'une obligation de réparer les préjudices moraux, a fait le choix d'interpréter largement la notion de dommage et donc d'y intégrer le dommage moral⁶⁰⁴. La Cour a donc opté pour un modèle communautaire de la réparation du dommage, malgré une absence de consensus et « *des différences non négligeables entre les diverses traditions juridiques et même à l'intérieur des systèmes juridiques* »⁶⁰⁵.

206. En droit européen des droits de l'homme, l'arrêt *Dudgeon contre le Royaume-Uni*⁶⁰⁶ révèle ce processus par lequel le juge européen prend position en l'absence de concordance de vues des États. Les circonstances de cette affaire déférée à la Cour européenne concernaient les relations homosexuelles entretenues par le requérant. De telles relations, au regard de la législation à l'époque en vigueur en Irlande du nord, étaient passibles de sanctions. En raison d'une perquisition, la police saisit des documents appartenant au requérant qui décrivent ses activités homosexuelles. Il suivit la police au commissariat et fut interrogé sur sa vie sexuelle avant d'être relâché. Il alléguait devant la Cour que l'existence d'infractions pouvant s'appliquer au comportement homosexuel masculin ainsi que l'enquête de police constituaient une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée. Le gouvernement ne contestait pas l'ingérence dans la vie privée du requérant mais affirmait que le droit en cause puisait sa justification dans le paragraphe 2 de l'article 8 et visait notamment la protection de la morale. Au regard de cette justification, un parallèle s'impose avec l'arrêt *Handyside contre le Royaume-Uni*⁶⁰⁷. Dans cette dernière affaire, la Cour avait déjà décidé que, puisqu'il était impossible de dégager des droits nationaux une notion européenne uniforme de la morale, il appartenait aux autorités internes de se prononcer sur le contenu de ses exigences et sur la nécessité d'imposer des restrictions ou des sanctions afin de la protéger. Ainsi, dès lors que l'État poursuit un objectif de protection de la morale, il semble bénéficier d'une marge d'appréciation⁶⁰⁸. Ce raisonnement sera repris dans des arrêts ultérieurs relatifs à la protection de la morale, arrêts dans lesquels la Cour laisse à l'État une marge d'appréciation qui

⁶⁰⁴ CJCE 12 mars 2002 affaire C- 168/00, Leitner, points 21 à 24 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁰⁵ Conclusions de l'Avocat général A. TIZZANO, CJCE 12 mars 2002 affaire C- 168/00, Leitner, *op. cit.*

⁶⁰⁶ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, CDE 1982, p. 215, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1985, p. 185, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; *GACEDH* n° 37.

⁶⁰⁷ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, CDE 1978, p. 350, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1978, p. 706, note P. ROLLAND ; *GACEDH* n° 7.

⁶⁰⁸ CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, point 48 de l'arrêt, *op. cit.*

empêche, dans la majorité des cas, un constat de violation⁶⁰⁹. Or, puisque l'objectif visé par le Royaume-Uni relevait de la protection de la morale dans l'arrêt *Dudgeon*, la logique aurait voulu que la Cour constate l'absence de consensus sur la notion de morale, laisse classiquement une marge d'appréciation à l'État, puis en déduise une absence de violation de l'article 8. Contre toute attente, la Cour prend le parti de protéger les relations homosexuelles en se fondant sur le droit à une vie sexuelle libre et conclut à la violation de l'article 8. Seule l'amorce d'un changement de mentalités à l'égard des homosexuels vient soutenir l'argumentation de la Cour⁶¹⁰. S'il est vrai que les législations internes commençaient à se montrer de plus en plus tolérantes à l'égard des comportements homosexuels en 1981⁶¹¹, il semble néanmoins impossible et prématuré de parler de consensus⁶¹². Laissant de côté la retenue judiciaire résultant des arrêts *Handyside* et plus tard *Muller* et *Open door* à l'égard de la protection de la morale, la Cour adopte dans l'arrêt *Dudgeon* une attitude activiste⁶¹³. Par conséquent, la Cour a fait preuve d'une volonté propre, et a, par son choix, entraîné une création en matière civile, probablement afin de réparer une injustice qu'elle estimait trop manifeste⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ Voir par exemple l'arrêt *Müller c/ Suisse* (CEDH 24 mai 1988 requête n° 10737/84, Müller et autres c/ Suisse, *JDI* 1989, p. 812, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER) qui fait prévaloir la compétence étatique lorsqu'il s'agit d'évaluer si une œuvre apparaît comme obscène, ou encore l'arrêt *Open Door Society et Dublin Well Woman c/ Irlande* (CEDH, 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88, *Open Door Society et Dublin Well Woman c/ Irlande*, *RTDH* 1993 p. 345 note F. RIGAUX; *JCP* 1993, éd. G, I, 3654, p. 94 et 98, n° 3 et 26, obs. F. SUDRE; *JDI* 1993, p. 751, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *GACEDH* n° 61) dans lequel la Cour fait prévaloir une conception locale de la morale sur l'interruption de grossesse. Dans ce dernier arrêt, la Cour est cependant parvenue à constater une violation, sur le seul fondement d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

⁶¹⁰ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, point 60 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶¹¹ Il faut citer à titre d'exemple la loi du 25 juin 1965 de la République Fédérale d'Allemagne ou le *sexual offences act* de 1967 au Royaume-Uni, dépénalisant les relations homosexuelles entre deux adultes consentants. Voir pour une étude complète de la dépénalisation, F. LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Presses universitaires de France, 1997, p. 50 et s., sp. p. 64.

⁶¹² F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 60.

⁶¹³ Expression empruntée à F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 44. L'auteur affirme que « les juridictions étatiques [...] sont éclectiques en ce qui concerne leurs méthodes d'interprétation. Elles choisissent tantôt l'une tantôt l'autre, le même juge n'étant pas toujours cohérent dans ce domaine, pratiquant tantôt la retenue judiciaire (judicial self-restraint) tantôt l'activisme » avant d'étendre son raisonnement aux juridictions internationales.

⁶¹⁴ L'injustice se situe non seulement au regard des législations internes mais également de la Commission européenne des droits de l'homme qui déclaraient systématiquement irrecevables les requêtes fondées sur l'homosexualité des requérants. Voir en ce sens P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 373.

207. Les arrêts *C. Goodwin contre le Royaume-Uni*⁶¹⁵ et *K. B. contre National Health Service Pensions Agency*⁶¹⁶, rendus respectivement par la Cour EDH et la CJCE, illustrent ce choix que peuvent faire les Cours en l'absence de tout consensus, non plus en matière de protection de la morale mais au sujet du transsexualisme. L'arrêt *C. Goodwin*, déjà mentionné, démontre en effet à la fois les influences subies par la Cour européenne et les emprunts que cette dernière réalise. La Cour y fait non seulement référence à l'arrêt de la CJCE, *P. contre S. et Cornwall County Council*⁶¹⁷ de 1996, mais également à la Charte DFUE. Elle s'appuie enfin et de manière plus surprenante sur une tendance internationale relative à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle. Néanmoins, elle ne constate au niveau européen qu'une ébauche de consensus. La Cour relève d'ailleurs que depuis l'arrêt *Sheffield et Horsham contre le Royaume-Uni*, rendu en 1998, aucune découverte concluante n'est intervenue concernant les causes du transsexualisme et qu'au regard de l'étude de l'organisation Liberty, le nombre d'États européens reconnaissant pleinement la conversion sexuelle sur le plan juridique n'a statistiquement pas augmenté. Or, dans l'arrêt *Sheffield et Horsham*, le fait qu'un quelconque consensus sur la manière de traiter les conséquences juridiques d'un changement de sexe n'ait pu être démontré avait joué un rôle considérable sur la décision de la Cour. C'est précisément, dans cet arrêt, l'absence de communauté de vues entre les États contractants qui a incité la Cour à ne pas modifier sa jurisprudence défavorable à l'égard des transsexuels. Puisque la Cour estime quatre ans après, dans l'arrêt *C. Goodwin*, qu'il n'y a pas eu d'avancée notable vers un droit commun depuis l'arrêt *Sheffield et Horsham*, un consensus sur la question du transsexualisme n'existe toujours pas. Ainsi, ce qui a été significatif dans l'arrêt *C. Goodwin* pour que la Cour européenne en vienne à modifier sa jurisprudence ne provient pas d'un droit commun aux États européens mais d'une tendance internationale favorable au traitement des transsexuels. Dès lors, la prise de position de la Cour s'avère audacieuse sur une question à propos de laquelle il n'existe aucun consensus entre les États européens.

208. L'autre versant du droit européen a également connu des évolutions en ce domaine, en particulier grâce à l'arrêt *K. B.*, rendu par la CJCE, confirmé par l'arrêt *Sarah Margaret*

⁶¹⁵ CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, D. 2003, p. 525, obs. C. BIRSAN ; *JCP* 2002, éd G, I, 109, p. 234 et 235, n° 16 et 22, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 2002, p. 862, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH* n° 38.

⁶¹⁶ CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, *K. B. c/ National Health Service Pensions Agency*, *Rec* p. 541 ; *JTDE* 2004, p. 81 ; *D.* 2004, juris. p. 979, note P. ICARD ; *RTD civ* 2004, p. 373, note J. RAYNARD ; *RTD civ* 2004, p. 266, note J. HAUSER ; *CDE* 2006, p. 230, note A. BOHLER et Y. MOTTARD.

⁶¹⁷ CJCE 30 avril 1996 affaire C- 13/94, *P. c/ S et Cornwall County council*, *Rec.* p. 2159.

*Richards*⁶¹⁸. Après la Cour européenne, c'est au tour de la Cour de Justice de statuer sur l'accès au mariage d'une personne ayant subi une opération de changement de sexe. La juridiction communautaire s'appuie largement sur l'arrêt *C. Goodwin*⁶¹⁹ pour répondre à la question qui lui était posée. Le litige concernait un dispositif de réversion d'un organisme qui ne s'appliquait qu'aux conjoints et non aux simples partenaires, par définition non mariés. Madame K. B, affiliée à cet organisme, apprend qu'en cas de décès, son partenaire ne pourra pas bénéficier d'une pension de veuf puisqu'ils ne sont pas mariés. Seulement, madame K. B se trouve dans l'impossibilité de se marier puisque son partenaire, de sexe masculin, est né de sexe féminin et qu'il est encore considéré comme tel sur les actes d'état civil. Puisqu'il est encore considéré comme de sexe féminin, le partenaire de madame K. B ne peut épouser cette dernière. En effet, il s'agirait alors d'un mariage entre deux personnes de même sexe, prohibé par la loi anglaise.

209. Interrogée sur l'existence d'une discrimination dans la rémunération des travailleurs hommes femmes⁶²⁰, la CJCE se voyait en réalité amenée à examiner la législation anglaise empêchant la modification de l'état civil d'une personne transsexuelle et lui interdisant de ce fait de contracter mariage avec une autre personne, considérée comme de sexe biologique identique. Fixer l'état civil d'une personne transsexuelle à sa naissance⁶²¹ l'empêche donc de se marier et par voie de conséquence de percevoir la pension de veuvage reversée seulement aux personnes mariées. Une telle limite dans le droit d'accès au mariage apparaît irrégulière à la Cour de justice qui, s'appuyant sur l'arrêt *C. Goodwin*, ne relève pas davantage que ce dernier l'existence d'un consensus au sein des États membres. L'admission par la CJCE d'une discrimination sur la capacité de se marier des transsexuels démontre que, tout comme la Cour EDH, elle peut opter pour une position audacieuse sans attendre l'existence d'un consensus. La question controversée du mariage des transsexuels connaît diverses réponses dans les États membres. La CJCE aurait pu, face à de telles divergences, se réfugier derrière cet argument pour ne pas conclure à la rupture d'égalité. Même si la Cour de justice réaffirme, dans la suite de l'arrêt, l'exclusivité de la compétence étatique en matière d'état civil des personnes, cela ne retire rien au choix auquel elle a procédé. Deux voies s'offraient à elle :

⁶¹⁸ CJCE 27 avril 2006 affaire C- 423/04, Sarah Margaret Richards c/ secretary of state for work and pensions, Rec. p. 3585.

⁶¹⁹ CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, K.B. c/ National Health Service Pensions Agency, Rec p. 541, points 33 et 35 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶²⁰ En effet la requérante s'estimait victime d'une discrimination fondée sur le sexe et relative à sa rémunération puisque le couple qu'elle forme avec son conjoint ne bénéficie pas des mêmes droits qu'un couple marié.

⁶²¹ Selon les termes de P. ICARD, note sous CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, K.B. c/ National Health Service Pensions Agency, *op. cit.*, p. 981.

s'appuyer sur l'absence de convergence des droits internes et ne pas juger que la législation anglaise entraînait une rupture d'égalité ou favoriser une interprétation moins consensuelle et nécessairement plus novatrice du mariage. En faisant ce dernier choix, la Cour a fait acte de création en matière civile.

210. Se profile, au regard de ces divers exemples, l'idée selon laquelle le droit européen utilise la notion de consensus comme un argument caméléon⁶²² : son absence peut parfois venir empêcher une avancée des droits tout comme elle peut ne pas être du tout prise en compte pour une interprétation audacieuse. De paralysante, l'absence de consensus peut devenir inopérante. L'instrumentalisation du consensus permet au droit européen de créer des normes civiles empreintes d'une part d'élaboration européenne. Une telle instrumentalisation se perçoit certes lorsque le droit européen décide d'ignorer qu'une communauté de vues n'existe pas entre les États mais elle se trouve encore plus avérée lorsque le droit européen décide d'ignorer un consensus pourtant établi.

B / Une création contraire à un consensus établi

211. Si le juge européen n'utilisait que la méthode consensuelle, toute communauté de vues avérée au sein des États membres serait inmanquablement transposée en droit européen. Tel n'est pas le cas puisqu'il demeure certains domaines où les institutions européennes refusent l'influence d'une règle de droit se retrouvant dans la plupart des États. La création en matière civile résulte alors du choix de ne pas suivre le droit commun aux États. L'empreinte européenne se déduit de ce que les institutions supranationales résistent à une conception majoritaire des États membres. Un consensus établi signifie que la majorité des États s'accordent sur une règle de droit et le droit européen procède à un choix lorsqu'il refuse de suivre et donc s'oppose à ce consensus. De fait, le droit européen peut refuser de prendre en considération une communauté de vues entre les États tant lors de l'examen de l'applicabilité d'un droit garanti (1°) que lors de celui de son respect (2°).

⁶²² O. JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 46.

1° L'inapplicabilité d'un droit malgré un consensus établi

212. Le premier exemple de détachement des juges européens à l'égard d'un consensus établi doit être tiré de l'arrêt *H. Akrich* du 23 septembre 2003⁶²³, rendu en matière de vie familiale des étrangers. Dans cette affaire, la Cour de justice s'est montrée très audacieuse à l'égard des États membres. Les autorités britanniques maintenaient une mesure d'expulsion à l'encontre du conjoint marocain d'une ressortissante communautaire. Or, ce dernier, qui se trouvait en situation irrégulière au Royaume-Uni, se prévalait des libertés communautaires. En effet, le couple avait déménagé vers un autre État membre, à savoir l'Irlande, dans le but d'exercer ensuite des garanties découlant du droit communautaire, leur permettant de revenir au Royaume-Uni. La Cour devait examiner si le maintien de l'expulsion était conforme aux dispositions communautaires. Or, les faits appelaient une solution favorable aux autorités nationales. En effet, la réglementation relative à l'immigration appartient aux États membres, surtout en ce qui concerne le traitement des ressortissants de pays tiers⁶²⁴. Précisément, un consensus voit le jour en matière de durcissement des législations nationales relatives à l'immigration. L'institution du mariage, en cause dans l'affaire, dépend également de la législation nationale. De même, les États disposent tous, dans leur législation, de mesures d'éloignement du territoire, qui plus est lorsqu'elles résultent d'un risque pour l'ordre ou la sécurité publics. En outre, l'utilisation du droit communautaire permettait ici de contourner les législations nationales. Pour ces raisons, la CJCE aurait pu estimer le droit communautaire inapplicable en l'espèce. Elle aurait alors déclaré que le simple fait d'utiliser le droit communautaire pour contourner les mesures nationales empêche d'invoquer les avantages découlant des dispositions protectrices de ce droit. En réalité, la Cour de justice opte pour un raisonnement inverse et admet l'applicabilité du droit communautaire, permettant de ce fait au requérant de séjourner au Royaume-Uni. Elle semble ainsi se détacher de l'assentiment général des États membres.

213. De façon similaire, le raisonnement suivi par la Cour EDH dans l'arrêt *Botta contre l'Italie*⁶²⁵ ne peut s'expliquer autrement que par l'idée d'une création européenne, si ce n'est

⁶²³ CJCE 23 septembre 2003 affaire C- 109/01, *Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich*, *Rec.* p. 9607; *RTDH* 2004, p. 726, note C. MAUBERNARD ; *Europe* 2003, comm. 353, note L. IDOT.

⁶²⁴ Voir en ce sens les conclusions de l'Avocat général M. L. A. GEELHOED dans l'affaire *Akrich*, *op. cit.*

⁶²⁵ CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, *Botta c/ Italie*, *RTD civ* 1999, p. 499, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 1999, p. 595, note B. MAURER ; *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, n° 41, obs. F. SUDRE. Pour une approche générale des droits des personnes handicapées dans l'Union européenne, voir F. AST, « Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne », dans

autonome, tout au moins originale. Le requérant, handicapé physique, se trouvait au moment des faits en vacances dans une station balnéaire. En raison de voies d'accès non équipées, il ne pouvait accéder ni à la plage, ni à la mer, alors même que la loi italienne imposait aux établissements de bains privés de procéder à de tels aménagements. Il se plaint devant la Cour, notamment, d'une atteinte à sa vie privée et au développement de sa personnalité. Il prétend que la « *non adoption par l'État italien de mesures propres à remédier aux omissions imputables aux établissements de bains* » ne lui permet pas de jouir d'une vie relationnelle normale⁶²⁶. Sa demande, considérée isolément, peut sembler étrangère au champ d'application de l'article 8 de la Convention, relatif à la vie privée. En revanche, en intégrant cette requête dans le contexte jurisprudentiel de l'article 8, elle semble en accord avec la finalité que le juge européen assigne à cet article. Elle se situe tout à fait dans le prolongement de l'interprétation extensive faite par la Cour : cette dernière a ainsi décidé, en 1992, que « *la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement [...] de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables* »⁶²⁷.

214. La requête de Monsieur Botta concerne elle aussi le développement de sa personnalité dans les relations avec ses semblables, développement empêché par le fait qu'il se trouve dans l'incapacité physique d'accéder à certaines activités. L'article 8 aurait pu être applicable sans qu'il soit nécessaire d'en forcer les contours. De même, la Cour aurait pu solliciter la jurisprudence *Niemietz*. Elle réfute cependant l'applicabilité de l'article 8, estimant que le droit invoqué par le requérant « *concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'État pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable* »⁶²⁸. Le défaut de lien de causalité, relevé par la Cour, entre les mesures réclamées par le requérant et le droit en cause ne se justifie guère⁶²⁹. Des mesures telles que l'aménagement de rampes d'accès demeurent indispensables à l'effectivité de la vie sociale des personnes handicapées. Certes, rendre un constat de violation revenait à imposer à l'État contractant de lourdes obligations mais la Cour n'était pas obligée de rendre un constat de violation. Elle aurait pu appliquer l'article 8 avant d'établir, au regard du principe de

Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 79.

⁶²⁶ CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, Botta c/ Italie, point 27 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶²⁷ CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, Niemietz c/ Allemagne, point 29 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶²⁸ CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, Botta c/ Italie, point 35 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶²⁹ Voir en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, Botta c/ Italie, *op. cit.*, p. 499.

proportionnalité, que les mesures réclamées ne ménageaient pas un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts individuels du requérant⁶³⁰. C'est le refus de la Cour d'appliquer l'article 8 de la Convention qui est alors en cause, d'autant qu'elle se trouvait face à un consensus européen en matière de protection sociale. La Cour de Strasbourg mentionne deux recommandations de 1992, la première du Comité des Ministres relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées, la seconde adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative aux politiques de réadaptation pour les personnes ayant un handicap. Elle fait également référence à la Charte sociale européenne dans sa version révisée de 1996. En revanche, elle passe sous silence de nombreuses autres mesures. Elle tait non seulement un consensus entre les États qui ont mis en place « *une panoplie de mesures volontaristes* » visant « *à contrecarrer les risques d'exclusion* »⁶³¹ mais également un consensus existant au sein de l'Union européenne⁶³². Une communauté de vues s'est en effet instaurée mettant en avant la nécessité de supprimer les frontières architecturales afin de permettre l'intégration sociale des personnes handicapées. Malgré une telle convergence des législations, établie et vérifiée⁶³³, la Cour refuse d'examiner les faits sous l'angle de l'article 8.

215. Techniquement, un tel recul par rapport à l'arrêt *Niemietz* ne s'explique pas. En revanche, à la lumière de la réponse brutale et succincte de la Cour, il apparaît clair que la solution comporte une part d'opportunisme. À trop abonder dans le sens d'une protection de la vie relationnelle des individus, l'article 8 risque d'en ressortir dévoyé. Si la Cour emprunte cette voie, elle trouvera sans tarder sur son chemin pléthore de requêtes touchant au droit à l'épanouissement social et au bonheur⁶³⁴. En vérité, la Cour européenne, dans l'arrêt *Botta*, paraît vouloir marquer une pause face à « *l'extension tentaculaire du concept européen de droit au respect de la vie privée* »⁶³⁵. La solution peut s'avérer rassurante quant au champ d'application de la vie privée mais surprend tout de même dans la mesure où la Cour ignore le

⁶³⁰ Voir par exemple pour une telle application du principe de proportionnalité CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84, *Cossey c/ Royaume Uni*, *JDI* 1991, p. 806, note E. DECAUX et P. TAVERNIER, notamment points 37, 38 et 41 de l'arrêt.

⁶³¹ P. TURPIN, *L'intégration des personnes handicapées*, La documentation française, coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 677, 1992, p. 2, cité dans B. MAURER, note sous CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, *Botta c/ Italie*, *op. cit.*, p. 605.

⁶³² Voir B. MAURER, note sous CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, *Botta c/ Italie*, *op. cit.*, p. 605.

⁶³³ Voir B. MAURER, note sous CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, *Botta c/ Italie*, *préc.*, p. 606.

⁶³⁴ La Cour a déjà décidé que l'article 8 protège le droit à l'épanouissement personnel dans l'arrêt CEDH 6 février 2001 requête n° 44599/98, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 342, p. 1560 et 1562, n° 6 et 17, obs. F. SUDRE.

⁶³⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de l'effet horizontal de la CEDH », *RTD civ* 1999, p. 499.

consensus. Le juge européen a voulu limiter l'extension du champ d'application de l'article 8. En cela, il a procédé à un choix, optant pour la prudence et refusant de tenir compte du consensus. Cela démontre que lorsque la Cour vise un résultat, elle n'hésite pas à revenir sur l'une de ses méthodes classiques d'interprétation.

216. Le refus d'étendre l'article 12 de la Convention au droit à la rupture du lien matrimonial conforte la démonstration suivant laquelle la Cour choisit parfois de passer outre un consensus établi. Les États européens font tous droit au démariage⁶³⁶, pourtant un tel consensus n'a eu aucun effet d'entraînement sur la jurisprudence de la Cour EDH qui persiste dans une approche très formaliste de l'article 12 de la Convention⁶³⁷. La Cour ne privilégie guère une interprétation littérale des termes du Traité : elle a pu élargir à loisir certains droits, y compris à des domaines non envisagés lors de la signature de la Convention⁶³⁸. De même, elle n'a pas hésité à étendre la protection au versant négatif de certains droits. Pour elle, une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté est inhérente à la notion de celle-ci⁶³⁹. Elle a, par exemple, estimé que de la garantie effective du droit d'association découlait un droit d'association négatif. Ainsi, des requérants contraints d'adhérer à un syndicat pour conserver leur emploi se trouvent victimes d'une violation de leur droit négatif d'association⁶⁴⁰. Une telle interprétation pourrait être transposée au droit de se marier. L'article 12 de la Convention impliquerait alors le droit de ne pas se marier et surtout la possibilité de se défaire du lien matrimonial. Toute obligation de rester marié contre sa volonté pourrait être ainsi constitutive d'une violation, d'autant, que, comme la Cour aime à le répéter, elle se doit d'interpréter la Convention à la lumière des conditions de vie actuelle⁶⁴¹. Malgré ces arguments, la Cour refuse de consacrer un droit à la rupture du lien

⁶³⁶ Y compris l'Irlande depuis un référendum autorisant le divorce et le remariage civil en Irlande en 1996 et le Family law (divorce) Act de 1996.

⁶³⁷ Article 12 : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

⁶³⁸ Pour exemple voir le droit au nom : *supra* n° 202.

⁶³⁹ Voir par exemple CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, point 39 de l'arrêt, *JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1453 et 1455, n° 1 et 13, obs. F. SUDRE ; *RJPF* juillet-août 2002, p. 11, note E. GARAUD ; *JCP* 2003, éd. G., 2003, p. 677, note C. GIRAULT ; *RTD civ* 2002, p. 858, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Def.* 2002, p. 1131, note P. MALAURIE.

⁶⁴⁰ CEDH 13 août 1981 requêtes n° 7601/76 et 7806/77, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, *CDE* 1982, p. 226, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 220, note P. ROLLAND. Voir encore CEDH Gr. Ch. 11 janvier 2006, requête n° 52562/99 et 52620/99, *Soerensen c/ Danemark et Rasmussen c/ Danemark*, *AJDA* 2006, n° 9, p. 474, obs. J.-F. FLAUSS.

⁶⁴¹ A titre d'exemples CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, *CDE* 1979, p. 471, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1980, p. 457, obs. P. ROLLAND, point 31 de l'arrêt ; CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 41 de l'arrêt *op. cit.* ; CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 75 de l'arrêt, *op. cit.*

matrimonial. Dans l'arrêt *Johnston contre l'Irlande*⁶⁴², l'occasion lui en était pourtant donnée, mais elle a affirmé qu'elle devait interpréter l'article 12 au regard de l'esprit et du but de cet article tels qu'ils apparaissent dans les travaux préparatoires. Elle affirme tout d'abord que : « *les travaux préparatoires ne révèlent aucune intention d'englober dans l'article 12 (art. 12) une garantie quelconque du droit à la dissolution du mariage par le divorce* »⁶⁴³. Puis, elle ajoute qu'elle ne saurait dégager de l'article 12 « *au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ. Il en va particulièrement ainsi quand il s'agit, comme ici, d'une omission délibérée* »⁶⁴⁴. Quant à savoir si le droit de se marier comporte un versant négatif, la Cour répond brièvement que les termes de l'article 12 sont clairs et qu'ils ne visent que la formation de relations conjugales et non leur dissolution⁶⁴⁵. Un tel raisonnement ne peut que surprendre. En premier lieu, tout comme le recours au consensus, l'argument des travaux préparatoires n'est utilisé que pour soutenir une volonté d'interprétation restrictive de la Convention. Elle ne le mentionne pas, par exemple, dans l'arrêt *Burghartz*, alors que précisément elle tenait à étendre le domaine de l'article 8 au droit au nom. En deuxième lieu, le fait que le droit au divorce ait été omis délibérément du domaine de la Convention n'apparaît pas convaincant. Le droit au nom avait également été écarté du champ d'application de l'article 8. Dans l'arrêt *Johnston*, la Cour ne fait aucune référence aux droits internes des Hautes parties contractantes favorables au divorce. Elle ne pouvait pourtant pas ignorer que l'ensemble des États, hormis l'Irlande au moment des faits, y consentait. En ne prenant pas acte du consensus, la Cour a manifesté sa volonté de ne pas le suivre. Elle admet cependant, dans cet arrêt, un droit au relâchement des liens conjugaux notamment la possibilité d'être relevé de l'obligation de cohabitation. Seule une volonté autonome du juge européen, qui ne se sent pas lié par le droit des États sur cette question, parvient à expliquer une telle solution.

217. La Cour européenne a réitéré sa volonté dans l'affaire *F. contre la Suisse*⁶⁴⁶. Le requérant s'était vu opposer par les autorités suisses une interdiction de remariage de trois ans à la suite de son troisième divorce. Il faisait valoir devant la Cour de Strasbourg qu'une telle interdiction temporaire portait atteinte à son droit au mariage ainsi qu'à son droit au respect

⁶⁴² CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*, CDE 1988, p. 464 et 474, note G. COHEN-JONATHAN ; AFDI 1987, p. 239, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; JDI 1987, p. 812, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; GACEDH n° 41.

⁶⁴³ *Ibid.*, point 52 de l'arrêt.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, point 53 de l'arrêt.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, point 52 de l'arrêt.

⁶⁴⁶ CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85, *F. c/ Suisse*, CDE 1988, p. 475, note G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1988, p. 892, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

de sa vie privée et familiale. La Cour conclut à la violation de l'article 12 en ce que le délai en cause constituait une restriction déraisonnable au droit de se marier. Cette affaire doit être distinguée de l'affaire *Johnston* dans la mesure où elle ne concerne pas le droit d'un homme à la dissolution de son mariage mais le droit au remariage. Néanmoins, cet arrêt donne l'occasion à la Cour de réaffirmer que la Convention n'exige pas que la législation nationale autorise le divorce⁶⁴⁷. Ainsi, si l'article 12 garantit au divorcé le droit de se remarier, il ne garantit toujours pas le droit de dissoudre le lien matrimonial. La Cour refuse de se prononcer en faveur de l'applicabilité de l'article 12 à la rupture du lien matrimonial et ce sans mentionner le consensus établi. Encore aujourd'hui, un tel droit n'entre pas dans le domaine de la Convention alors même que l'Irlande, dernier bastion du refus du divorce, a fini par céder en 1996. Cet exemple démontre que la Cour européenne ne suit pas nécessairement le mouvement convergent des ordres juridiques nationaux. Ces résistances et indifférences à l'égard du droit au divorce, qui constitue davantage qu'un simple standard en voie de formation, attestent que le juge européen parvient à s'émanciper des droits nationaux quand il le souhaite. Par ses choix, il crée des règles de droit civil européennes, comme par exemple ici le refus du droit au divorce, et une éventuelle admission ultérieure de ce droit ne viendrait en rien contredire cette création. L'acte de création autonome du juge européen se trouve confirmé lorsqu'il s'oppose à un consensus établi lors de l'examen du respect du droit.

2° Le respect d'un droit contraire à un consensus établi

218. Qu'un consensus établi entre les États soit importé par le juge ou le législateur européen ne relève pas de l'automatisme. Certains consensus ne sont pas transposés en droit européen. Il apparaît donc que sur certaines questions, le juge européen maintient ou impose, par choix, une opinion minoritaire alors qu'un consensus inverse peut être démontré. Le juge européen s'en trouve parfois embarrassé et utilise deux techniques pour se justifier : soit il nie l'existence d'un consensus alors même que son existence ne fait aucun doute, soit il ne se prononce pas et passe sous silence un consensus existant. Deux arrêts vont venir illustrer ces techniques.

⁶⁴⁷ CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85 F. c/ Suisse, point 38 de l'arrêt, *op. cit.*

219. La requérante dans l'arrêt *Odièvre contre la France*⁶⁴⁸ met en cause la législation française relative à l'accouchement sous x. La mère de la requérante ayant accouché sous x, cette dernière se heurtait au refus de l'administration de lui transmettre des informations relatives à sa famille d'origine. Le droit à la connaissance des origines d'un enfant dont la mère a accouché sous x se trouve ainsi en confrontation directe avec le droit au secret, à la fois réclamé par la mère et garanti par la législation française. Ces deux droits découlent du droit au respect de la vie privée : d'un côté le droit de savoir, de l'autre le droit de cacher. Amenée à vérifier la conventionalité des dispositions françaises, la Cour constate tout d'abord leur originalité : « *les États contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, au moins sur l'impossibilité à jamais d'établir un lien de filiation à l'égard de la mère biologique* »⁶⁴⁹. Elle précise ensuite que certains autres États ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et même que certaines pratiques d'abandon sont avérées dans d'autres.

220. De cet examen des législations internes, la juridiction européenne va déduire la diversité des systèmes juridiques et des pratiques d'abandon. Si, effectivement, l'organisation des pratiques d'abandon démontre les divergences entre États, le système français demeure unique en ce qu'il organise juridiquement le secret de l'accouchement et de l'identité de la mère, secret maintenu par la loi du 22 janvier 2002⁶⁵⁰. Aucun autre État européen que la France ne connaît un mécanisme juridique semblable à l'accouchement sous x⁶⁵¹. La Cour procède à une assimilation entre l'abandon et l'accouchement sous x⁶⁵² lui permettant d'affirmer les divergences entre États dont il résulte une marge d'appréciation. Le consensus européen se trouve alors nié : puisque la France demeure le seul État européen rendant impossible de manière absolue l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la mère biologique, le consensus inverse existe entre les autres États européens. D'une telle

⁶⁴⁸ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *RTD civ* 2003 p. 375, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 561, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 545, note P. MALAURIE ; *RTDH* 2004, p. 405, note V. BONNET ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT.

⁶⁴⁹ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, point 47 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁵⁰ Sur cette loi, voir notamment B. MALLET-BRICOUT, « Réforme de l'accouchement sous X, quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 119 ; H. GAUMONT-PRAT, « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et des pupilles de l'État et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Dr. fam.* 2003 n°5, p. 4 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* 2002, n°5, p. 7.

⁶⁵¹ Il s'agit bien d'un mécanisme juridique d'abandon, à distinguer des mécanismes « pratiques » telles les boîtes à bébé existant en Allemagne.

⁶⁵² A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *op. cit.*, p.564.

communauté de vues, la Cour aurait du déduire l'absence de marge d'appréciation, ce qui aurait pu éventuellement l'amener à condamner l'État français. À l'inverse, la Cour estime que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue et partant, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention⁶⁵³. Non seulement la Cour nie le consensus européen en faveur de l'accès aux origines, mais elle refuse également de prendre en compte le droit international, qui consacre pourtant le droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents⁶⁵⁴. Un tel droit figure dans la Convention internationale des droits de l'enfant, texte auquel la Cour a souvent eu recours afin d'appuyer son raisonnement, notamment dans les affaires *Mazureck contre la France*, *A. contre le Royaume-Uni* et *Burghartz contre la Suisse*. Elle ne saurait donc l'ignorer. Il faut ajouter à la négation du consensus et au refus de faire appel au droit international le fait que la Cour examine le recours sous l'angle des obligations positives. Une telle approche, non justifiée en l'espèce, appelle un contrôle assoupli de la disposition litigieuse⁶⁵⁵. Ces divers choix, opérés par la Cour, ne sauraient passer pour anodins⁶⁵⁶ et révèlent que l'appel au consensus n'est que le faux-semblant du pouvoir discrétionnaire de la Cour⁶⁵⁷. Procédant à de tels choix, elle manifeste l'intention de favoriser certaines règles de droit et d'en délaissier d'autres.

221. L'arrêt *Fretté contre la France*, rendu en 2002⁶⁵⁸, démontre pour sa part que le juge européen peut passer sous silence l'existence d'un consensus. Le plaignant, homosexuel, n'avait pas obtenu l'agrément de l'administration nécessaire à l'adoption qu'il voulait réaliser et, s'estimant victime d'une discrimination quant à son orientation sexuelle, il invoquait devant la Cour une violation des articles 8 et 14 combinés. Il faut préciser que, puisqu'il ne se

⁶⁵³ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, points 47 et 49 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁵⁴ Article 7 alinéa 1 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».

⁶⁵⁵ Lorsque l'examen de la Cour européenne se fait en matière d'obligations positives, le contrôle se trouve inversé puisque le contrôle de proportionnalité permet de vérifier que les obligations imposées à l'État ne sont pas trop lourdes par rapport à l'intérêt individuel du requérant. Voir en particulier sur l'arrêt *Odièvre* les explications claires de A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *op. cit.*, p. 564 et de façon plus générale sur les obligations positives D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 133 ; F. SUDRE, « les obligations positives dans la jurisprudence de la Cour EDH », *RTDH* 1995, p. 363.

⁶⁵⁶ A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *op. cit.*, p.564.

⁶⁵⁷ A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE, note sous CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *op. cit.*, p.564.

⁶⁵⁸ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, *D.* 2002, IR p. 935 ; *RTD civ* 2002, p. 389, note J.-P MARGUÉNAUD; *JCP* 2002, éd. G, n° 29, p. 1348, 6, note A. MARMISSE; *JCP* 2002, éd. G, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2002, n°9, p. 8, note A. DEBET.

fondait pas sur une violation de l'article 8 pris isolément, le requérant ne demandait en aucune façon à la Cour d'étendre le champ d'application de l'article 8 Conv EDH à un droit d'adopter. Pour refuser à M. Fretté le bénéfice de l'agrément en vue de l'adoption d'un enfant, l'administration n'avait pas présenté l'homosexualité du requérant comme motif déterminant. Toutefois, en mentionnant comme justificatifs du refus son « *choix de vie* » ainsi que « *l'absence de référence maternelle constante* »⁶⁵⁹, il s'avère établi, comme l'affirme la Cour, que le refus se fondait implicitement, mais certainement⁶⁶⁰, sur son orientation sexuelle. L'examen de l'affaire, au regard des articles 8 et 14 de la Convention, aboutit à un constat de non violation. Dans la mesure où le juge européen ne recense pas de principes uniformes⁶⁶¹ en Europe dans le domaine de l'adoption d'un enfant par un parent homosexuel, il confère aux autorités nationales une large marge d'appréciation⁶⁶². La différence de traitement n'apparaît pas comme discriminatoire car elle se trouve justifiée de façon objective et raisonnable par l'intérêt de l'enfant susceptible d'être adopté. Plusieurs éléments de cet arrêt amènent à penser que la Cour a usé de son pouvoir créateur.

222. Tout d'abord, l'absence de communauté de vues semble paralyser la Cour européenne qui se réfugie derrière l'absence de consensus en matière d'adoption par une personne homosexuelle. Un tel défaut de droit commun aux États apparaît comme essentiel dans le raisonnement de la Cour. Pourtant, il faut rappeler que dans l'arrêt *C. Goodwin*, la Cour précise à l'inverse que l'absence de consensus en Europe n'est pas significative et qu'elle préfère se référer à une tendance internationale. Le défaut de consensus, à quelques mois d'intervalles, passe donc d'essentielle à insignifiante. Il semble également étonnant que, dans l'arrêt *Fretté*, la Cour, confrontée selon ses propres termes à ce défaut, ne se soit pas tournée vers la tendance internationale à supprimer toute discrimination envers les homosexuels comme elle a pu y procéder afin de faire avancer la cause des transsexuels.

223. Ensuite, la solution de la Cour semble contestable au regard du fondement choisi, à savoir la combinaison des articles 8 et 14. Dans la mesure où la législation en cause ouvre l'adoption aux personnes seules, une telle disposition doit être valable pour toute personne célibataire, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle. Le droit de mener la vie sexuelle de son choix représente un des attributs du droit au respect de la vie privée et si la loi ne fait

⁶⁵⁹ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, point 13 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*, point 32 de l'arrêt.

⁶⁶¹ *Ibid.*, point 36 de l'arrêt.

⁶⁶² *Ibid.*, point 41 de l'arrêt.

aucune distinction, se servir du critère d'orientation sexuelle pour défavoriser un candidat à l'adoption apparaît discriminatoire. Soit l'adoption ne reste ouverte qu'aux couples mariés, soit elle s'ouvre aux célibataires mais dans ce cas à tous les célibataires⁶⁶³. Dès lors, il aurait semblé plus opportun de fonder juridiquement le rejet de la requête sur l'inapplicabilité des articles 8 et 14 plutôt que d'admettre leur applicabilité mais constater leur respect. En effet, l'article 14 vise une discrimination dans un des droits garantis par la Convention. Or, et comme le rappelle la Cour⁶⁶⁴, le droit à l'adoption ne résulte en aucun cas de l'article 8, tout comme cet article ne protège pas la vie familiale souhaitée. La Cour aurait donc pu estimer les articles inapplicables aux faits de l'espèce car une fois l'applicabilité des articles 8 et 14 admise, il semble difficile d'envisager que le refus d'agrément n'apparaisse pas discriminatoire. Dans la mesure où il est fait appel à l'article 14, il revient à la Cour de se pencher sur la discrimination et non plus seulement sur le droit à l'origine de la discrimination. Or, dans le raisonnement des juges, c'est le droit d'adopter qui prévaut, non la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Par exemple, la Cour n'examine le consensus que du point de vue du droit d'adopter par une personne homosexuelle. À l'identique, en trouvant une justification à la discrimination au travers de l'intérêt de l'enfant, elle n'envisage l'affaire que sous l'angle du droit d'adoption.

224. Une approche fondée davantage sur la discrimination aurait certainement permis un tout autre raisonnement. Le consensus pris en compte aurait alors démontré que tous les droits internes tendent à ce que l'homosexualité ne soit la cause d'aucune discrimination. Toutefois, la Cour passe sous silence ce consensus. Plus de vingt ans se sont écoulés depuis l'arrêt *Dudgeon contre le Royaume-Uni*⁶⁶⁵ et si, à l'époque, le changement de mentalités s'amorçait, la situation en 2002 apparaît toute autre : « *Tous les pays du Conseil de l'Europe s'engagent résolument dans le refus de toutes les formes de préjugé et de discrimination* »⁶⁶⁶. La Cour aurait pu faire référence à la Charte DFUE qui interdit expressément « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe (...) ou sur l'orientation sexuelle* »⁶⁶⁷. Elle aurait également pu citer la Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe conseillant en

⁶⁶³ Voir en ce sens l'opinion partiellement dissidente des juges NICOLAS BRATZA, FUHRMANN et TULKENS, à l'occasion de l'arrêt *Fretté c/ France*, point 2 de l'arrêt, *op. cit.*, « *A partir du moment où un système juridique accorde un droit, en l'espèce le droit à toute personne de demander l'agrément en vue de l'adoption, il ne peut, sans violer l'article 14 de la Convention, l'accorder de manière discriminatoire* ».

⁶⁶⁴ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, point 32 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁶⁵ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 23 octobre 1981, *op. cit.*

⁶⁶⁶ Opinion partiellement dissidente des juges NICOLAS, BRATZA, FUHRMANN et TULKENS, à l'occasion de l'arrêt *Fretté c/ France*, point 2 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁶⁷ Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOCE* 364 du 18/12/2000, p. 1.

2000 au Comité des ministres « *d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination prohibés par la Convention européenne des droits de l'homme* » et « *d'inviter les États membres à inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés dans leurs législations nationales* »⁶⁶⁸. Trois juges, dans leur opinion dissidente, n'hésitent pas à affirmer qu'il y a aujourd'hui un consensus européen en la matière. De surcroît, cet assentiment général, bien qu'élué par la Cour européenne s'avère confirmé par le droit communautaire. Le Parlement a en effet adopté le 8 février 1994 une résolution sur les droits des homosexuels et des lesbiennes mentionnant expressément le dessein d'abolir les discriminations liées à la tendance sexuelle⁶⁶⁹. La Cour disposait ainsi d'arguments favorables au requérant. Empreinte ou non de sagesse⁶⁷⁰, la décision de la Cour manifeste une volonté européenne en matière civile, volonté de ne pas tenir compte d'un consensus avéré. Des propos empruntés à F. Rigaux s'appliquent alors fort bien à l'affaire *Fretté* : « *quand la Cour veut réfréner une interprétation évolutive, elle affirme sans démonstration que les États membres n'ont pas réglé de manière consensuelle un type de situation qui n'était guère prévisible au moment où la Convention a été conclue* »⁶⁷¹.

225. En définitive, la Cour EDH prétend parfois qu'un consensus n'existe pas alors que l'étude des droits nationaux et des textes internationaux attestent du contraire. Pour d'autres affaires, au contraire, elle va passer sous silence l'existence du consensus. La référence aux principes de droit international public apparaît aussi comme une technique utilisée par la Cour pour réfuter une interprétation extensive de la Conv EDH⁶⁷² en matière civile. À la lumière des différents exemples étudiés, il ressort que le juge européen dispose de diverses techniques, dont l'instrumentalisation des consensus, lui permettant d'aboutir au résultat qui lui semble le plus opportun à un moment donné. Elle procède ainsi, même si la méthode utilisée ne s'impose pas à la suite d'un raisonnement juridique logique. Si le droit européen,

⁶⁶⁸ Article 11 i. et iii.a) de la Recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire relative à la situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe.

⁶⁶⁹ JOCE C 61 du 28/02/1994, p. 13.

⁶⁷⁰ Selon l'expression de A. DEBET, note sous CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁷¹ F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁷² Selon les termes E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 191. Voir à titre d'exemple CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81, *Lihtgow et autres c/ Royaume-Uni*, CDE 1988, p. 481, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1987, p. 787, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER et sur l'applicabilité aux nationaux des principes de droit international C. RUSSO, « L'applicabilité aux nationaux des "principes de droit international" visés à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 », dans *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 547.

par l'intermédiaire du juge, semble subordonné aux États dans certaines affaires, d'autres démontrent au contraire son émancipation. Il opère des choix qui relèvent de sa seule autorité : prise de position hors consensus, acceptation ou refus du consensus. Ces méthodes confirment que les Cours européennes, loin de se comporter invariablement en Cours subsidiaires, fonctionnent parfois en Cours véritablement créatrices. Si le seul choix d'une norme implique une création, l'interprétation jurisprudentielle peut également compléter une norme empruntée. Le processus de création n'en est que plus manifeste.

§ II - La création au delà des emprunts et influences

226. La création est manifeste lorsqu'elle résulte de l'énoncé même de la règle de droit. Le juge européen ajoute parfois certains éléments à une norme empruntée ou résultant d'une influence. La création se fait alors au-delà des emprunts et influences dans la mesure où elle vient compléter ce processus initial. De cette forme de création ne découle pas une originalité absolue : les règles européennes de droit civil doivent toujours quelque chose à des règles préexistantes. En revanche, l'élément ajouté est, pour sa part, d'origine européenne. Les règles de droit empruntées se trouvent ainsi européanisées par l'ajout d'une interprétation, d'une définition ou d'une limite européenne. Dans cette perspective, il faut constater que la création par européanisation des règles de droit ne peut être que graduelle : d'une partie des règles de droit, c'est-à-dire d'une européanisation partielle (A), le complément européen peut se faire de plus en plus considérable au point que l'européanisation atteigne le tout et se voit alors qualifiée d'européanisation d'ensemble (B).

A / L'européanisation partielle des règles de droit

227. L'européanisation partielle des règles de droit constitue un processus de création relativement simple : le droit européen, en utilisant une règle de droit provenant d'un autre ordre juridique appose une touche européenne en y ajoutant un élément. L'européanisation n'apparaît dans ce cas que partielle puisque l'intervention européenne se perçoit de manière brève et ponctuelle, ne concernant qu'un point précis de la règle de droit inspirée ou empruntée. L'ajout auquel procède le droit européen peut concerner l'interprétation d'une règle (1°) ou apporter une précision quant à son régime juridique (2°).

1° Une interprétation précisée par le droit européen

228. Lorsque le juge précise une interprétation, il démontre qu'il ne se contente pas d'emprunter des normes civiles aux autres systèmes juridiques. Il ne puise pas au sein

d'autres ordres des règles de droit qu'il reformule telles qu'elles. Il les marque d'un sceau européen en y apportant une précision, par exemple une définition. La Cour de justice peut se trouver à l'origine d'une telle européanisation des règles de droit. Un arrêt rendu par la CJCE⁶⁷³ se prononce ainsi sur une donnée générale du droit communautaire. Cet arrêt concerne la définition de la notion de consommateur au regard de la directive 93/13, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

229. En l'espèce, une entreprise de distributeurs automatiques de boissons avait conclu un contrat avec deux sociétés italiennes afin que des appareils soient installés dans leurs locaux. Les dites sociétés ont ensuite intenté un recours en se prévalant du caractère abusif des clauses attributives de compétence insérées au contrat. L'affaire étant portée devant la CJCE, cette juridiction du répondre au problème de l'application de la protection consumériste aux personnes morales. Le 22 novembre 2001, la Cour affirme que la notion de consommateur, telle qu'envisagée par la directive de 1993 relative aux clauses abusives, ne vise que les personnes physiques. Elle récusé donc la protection consumériste aux personnes morales. Elle s'inspire en cela d'une « *dimension économique historiquement liée à la qualité de consommateur* »⁶⁷⁴. Dans les droits nationaux, l'activité de consommation se conçoit généralement comme l'acte d'utilisation final d'un bien, par opposition, selon J. Raynard, aux activités de production et de distribution⁶⁷⁵. Or, l'objet social d'une personne morale ne saurait se réduire à un simple acte de consommation ou de destruction d'un bien. Cette conception commune aux États membres (Suède, Royaume Uni, Irlande, Italie,⁶⁷⁶...) a sans aucun doute influencé le juge communautaire. Cependant, les contours de la notion de consommateur sont imprécis et pour ce qui est de la France, la jurisprudence a déjà admis la possibilité pour les personnes morales de se prévaloir de la qualité de consommateur⁶⁷⁷. Comme l'indiquaient les gouvernements espagnol et français, « *si le droit communautaire considère que, en principe, les personnes morales ne sont pas des consommateurs au sens de la directive, il n'exclut pas une interprétation conférant une telle qualité à ces dernières* »⁶⁷⁸.

⁶⁷³ CJCE 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice, *Rec.* p. 9049 ; *JCP* 2002, *éd. G.*, 10047, note G. PAISANT ; *RED conso*, 2001, p. 341, note L. BERNARDEAU.

⁶⁷⁴ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2002, p. 400.

⁶⁷⁵ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », 2002, p. 400.

⁶⁷⁶ Liste énumérée par G. PAISANT, note sous CJCE 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice, *op. cit.*, p. 557.

⁶⁷⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, *D.* 1988, I, note P. DELEBECQUE ; *JCP* 1987, *éd. G.*, II, 10892, note G. PAISANT ; *RTD civ* 1987, p. 548, obs. J. MESTRE.

⁶⁷⁸ CJCE, 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice, point 14 de l'arrêt, *op. cit.*

Il est vrai que la définition du consommateur donnée par la directive n'exclut pas la possibilité pour les droits nationaux des États membres, lors de la transposition, de considérer une société comme un consommateur. Mais la CJCE s'oppose à une telle faculté d'interprétation. Elle impose aux États membres la vision restrictive⁶⁷⁹ du consommateur protégé qu'elle adopte⁶⁸⁰. Après avoir donné sa propre interprétation européenne de la notion de consommateur, la Cour ne laisse aucune place à l'interprétation nationale.

230. À l'inverse d'une interprétation restrictive, la CJCE peut également opter pour l'interprétation extensive d'une notion. Quelle que soit l'interprétation donnée par la juridiction communautaire, la notion est modelée par le droit communautaire et se trouve de la sorte européanisée. La directive de 1985⁶⁸¹ relative à la responsabilité en matière de produits défectueux est l'exemple type d'un texte s'appuyant à la fois sur les législations internes des États membres et sur des notions façonnées par l'interprétation du juge communautaire. La directive fait tout d'abord appel aux droits nationaux sur de nombreux points : s'agissant de la possibilité pour le producteur de s'exonérer lorsque le dommage a été causé par un défaut qui était indécélable au moment de la mise en circulation du produit, le texte autorise les États membres à déroger à cette disposition pour engager la responsabilité du producteur dans ces circonstances⁶⁸². De même, la directive renvoie exclusivement aux législations nationales pour la réparation du dommage immatériel⁶⁸³ ou pour ce qui est du choix de plafonner la responsabilité du producteur⁶⁸⁴. Enfin, l'article 13 permet à la victime d'invoquer soit le régime issu de la directive, soit d'opter pour un régime de responsabilité national pré-existant à la date de la notification de la directive, impliquant dans cette dernière hypothèse des différences de procédure notoires entre les États membres. Une telle analyse de la directive pourrait laisser entendre que, comportant se nombreux renvois aux droits internes, elle n'instaure pas une responsabilité proprement européenne. Ce serait négliger le rôle essentiel de la CJCE en matière d'interprétation. La directive de 1985 utilise la notion de produit « *mis en circulation* ». L'article 7 de la directive prévoit notamment que « *le*

⁶⁷⁹ G. PAISANT, note sous CJCE 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, *Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice*, *op. cit.*, p. 556.

⁶⁸⁰ J. RAYNARD parle alors de « *l'hostilité affichée de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard de l'extension d'origine jurisprudentielle d'un régime communautaire de protection* », *op. cit.*, p. 400.

⁶⁸¹ Directive 85/374 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, du 25 juillet 1985, *JOCE* L 210 du 07/08/1985, p. 29.

⁶⁸² 1^{er} considérant de la directive, *op. cit.*

⁶⁸³ Article 9 de la directive, *op. cit.*

⁶⁸⁴ 1^{er} considérant de la directive, *op. cit.*

producteur n'est pas responsable en application de la présente directive s'il prouve : a) qu'il n'avait pas mis le produit en circulation (...) ». La Cour de justice a été interrogée quant au sens à attribuer à cette notion⁶⁸⁵. En l'espèce, M. Veedfald devait subir une transplantation rénale dans un hôpital. Suite au prélèvement sur le donneur, l'organe a été préparé pour la transplantation avec une solution de perfusion fabriquée dans les laboratoires d'un autre hôpital mais néanmoins préparé en vue de son utilisation dans le premier établissement. La solution utilisée pour préparer le rein étant défectueuse, la transplantation s'est avérée impossible. Face à ce dysfonctionnement, M. Veedfald a réclamé des dommages et intérêts au propriétaire et gestionnaire des deux hôpitaux en cause. Ce dernier a fait valoir qu'il n'avait pas mis le produit en circulation et que, partant, il ne pouvait être responsable de sa défectuosité. La Cour était amenée à interpréter la notion de produit « *mis en circulation* ». Le problème était de savoir si un produit spécialement élaboré par un personnel médical en vue de ne servir qu'à une intervention déterminée peut être considéré comme « *mis en circulation* » alors même qu'il n'est pas fabriqué industriellement, ni destiné à être distribué dans un but économique⁶⁸⁶. La Cour, allant à l'encontre des conclusions de l'avocat général, décide que l'utilisation d'un produit dans le cadre d'une prestation de service relève du champ d'application de la directive, quand bien même le dommage causé serait consécutif à cette prestation⁶⁸⁷. De ce fait, le propriétaire et gestionnaire des deux hôpitaux en cause ne pouvait être exonéré.

231. Ainsi, dès lors qu'un professionnel prépare des produits afin de les utiliser dans le cadre de son activité, leur simple utilisation s'assimile à leur mise en circulation⁶⁸⁸. La Cour de justice, en optant pour une acception aussi accueillante de la notion, lui attribue un sens réellement européen, répondant sans conteste à la définition posée de la création : l'empreinte et la part d'exécution personnelle de l'auteur⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ CJCE 10 mai 2001 affaire C- 203/99, Henning Veedfald, *Rec.* p. 3586 ; *JCP* 2002, *éd. G.*, p. 1633, note H. GAUMONT-PRAT.

⁶⁸⁶ Voir les conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO, sur l'arrêt CJCE 10 mai 2001 affaire C- 203/99, Henning Veedfald, *op. cit.*, *Rec.* p. 3576.

⁶⁸⁷ CJCE 10 mai 2001 affaire C- 203/99, Henning Veedfald, point 18 de l'arrêt, *op. cit.*

⁶⁸⁸ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2001, p. 990.

⁶⁸⁹ La Cour de justice a de nouveau statué sur la notion de mise en circulation dans un arrêt du 9 février 2006 (CJCE 9 février 2006 affaire C- 127/04, O'Byrne, *RTD civ* 2006, p. 267, note P. RÉMY-CORLAY ; *D.* 2006, *chron.* p. 1261, note C. NOURISSAT). En l'espèce, la date de la mise en circulation était déterminante. Cette date conditionne en effet le point de départ du délai de prescription de l'action de la victime. La Cour a précisé les deux critères de la mise en circulation. D'une part, il faut qu'un produit soit sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur. D'autre part, il doit être entré dans un processus de commercialisation dans lequel il se trouve en l'état offert au public. En conséquence, la transmission du produit à une filiale ne constitue pas une mise en circulation si cette société n'introduit pas le produit dans un processus de commercialisation.

232. La juridiction communautaire participe à l'élaboration d'un véritable vocabulaire communautaire. Les concepts sont définis dans le cadre d'une approche communautaire et l'interprétation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en offre maints exemples. La CJCE a été interrogée sur la notion de « *matière contractuelle* », visée par l'article 5 alinéa 1 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁶⁹⁰. Dans l'affaire *Handte*⁶⁹¹, la Cour de justice dut donner une définition de la « *matière contractuelle* », cas de dérogation, selon l'article 5, à la compétence de principe du tribunal du domicile du défendeur. En poursuivant la méthode d'interprétation autonome de la Convention de Bruxelles mise en place dans l'arrêt *LTU contre Eurocontrol*⁶⁹², le juge communautaire estime que l'action d'un sous-acquéreur à l'encontre d'un fabricant ne saurait être de nature contractuelle. La Cour prend appui pour cela sur une communauté de vues existant dans la majorité d'États contractants selon laquelle la responsabilité du fabricant à l'égard du sous-acquéreur pour vices de la chose ne serait pas de nature contractuelle. L'influence des législations internes sur le juge européen se perçoit alors dans cet arrêt. Le juge aurait pu légitimer sa solution par cette seule référence à la convergence des dispositions nationales, comme il l'a déjà fait⁶⁹³. Il va cependant plus loin en donnant à la notion de « *matière contractuelle* » une définition communautaire⁶⁹⁴. Pour lui, cette notion doit être comprise comme visant une situation dans laquelle il existe un engagement librement assumé par une partie envers une autre⁶⁹⁵.

233. La Cour crée donc un vocabulaire qui lui est propre en attribuant à certaines notions un sens réellement communautaire et en allant au-delà de la simple référence aux droits

Les contours de cette notion essentielle introduite par la responsabilité des produits défectueux prennent forme grâce à l'interprétation de la CJCE.

⁶⁹⁰ Cette affaire est à distinguer de l'arrêt *Tacconi contre HWS*, de 2002, envisagé précédemment (voir *supra* n° 203). Si dans cette dernière espèce la CJCE devait se prononcer sur l'applicabilité de l'article 5 alinéa 3 de la Convention de Bruxelles à la responsabilité précontractuelle, elle n'avait qu'à effectuer un choix entre responsabilité contractuelle ou délictuelle. En revanche, dans l'affaire *Handte*⁶⁹⁰ la Cour dû donner une définition de la « *matière contractuelle* ».

⁶⁹¹ CJCE 17 juin 1992 affaire C-26/91, Société Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, *Rec.* p. 3967 ; *JCP* 1992, *éd. G.*, II, 21927, note C. LARROUMET ; *JCP* 1993, *éd. G.*, I, 3666, n° 3, note M.-C. BOUTARD-LABARDE.

⁶⁹² CJCE 14 octobre 1976 affaire C- 29-76, LTU c/ Eurocontrol, *Rec.* p. 1541.

⁶⁹³ CJCE 14 octobre 1976 affaire C- 29/76, LTU c/ Eurocontrol, point 5 de l'arrêt, *op. cit.* ; CJCE 22 février 1979 affaire C- 133/78, H. Gourdain c/ F. Nadler, point 3 de l'arrêt, *Rec.* p. 733 ; CJCE 17 février 1998 affaire C- 249/96, Grant c/ South-West trains Ltd, point 32 de l'arrêt ; *Rec.* p. 621 ; *RTDH* 1999, p. 399, note P. LENOIR.

⁶⁹⁴ M.-C. BOUTARD-LABARDE, note sous CJCE 17 juin 1992 affaire C-26/91, Société Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁹⁵ CJCE 17 juin 1992 affaire C-26/91, Société Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, *op. cit.*, point 15 de l'arrêt.

nationaux. Le système de la Convention de Bruxelles I le démontre⁶⁹⁶ puisque la Cour parvient à dégager une interprétation autonome des notions utilisées dans la convention sans pour autant exclure, dans certaines hypothèses, un recours à des éléments que le droit national applicable est appelé à concrétiser⁶⁹⁷. L'eupéanisation partielle d'une norme empruntée résulte également de précisions apportées quant à son régime juridique.

2° Un régime juridique spécifié par le droit européen

234. Le juge européen peut être à l'origine de règles relatives à un régime juridique. Par exemple, il revient au juge communautaire de préciser le régime juridique de certaines actions. Un exemple illustrant ce processus de création communautaire peut être tiré d'un arrêt rendu par la CJCE le 29 mai 1997⁶⁹⁸. La Cour en l'espèce statuait sur la transposition par le Royaume-Uni de la directive de 1985 relative à la responsabilité en matière de produits défectueux. Aux termes de cette directive, le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit. En revanche, il ne sera pas responsable de la défectuosité de son produit s'il prouve, selon l'article 7. e. « *que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* ». Il s'agit de la question dite des « *risques de développement* »⁶⁹⁹. Pour la Commission, le Royaume-Uni aurait manqué à ses obligations en ne transposant pas correctement la directive, précisément quant au moyen d'exonération énoncé par l'article 7. e. de la directive. En ce qui concerne les risques de développement, la législation anglaise prévoit en effet que le défendeur peut s'exonérer à condition qu'il prouve « *que l'état des connaissances spécifiques et techniques au moment pertinent ne permettait pas d'escompter d'un producteur de produits analogues au produit en cause qu'il ait pu déceler le défaut s'il*

⁶⁹⁶ Une autre illustration de ce processus de création dans le domaine de l'interprétation de la Convention de Bruxelles ressort de l'arrêt *De Cavel I* (CJCE 27 mars 1979 affaire C- 143/78, Jacques de Cavel c/ Louise de Cavel, *Rec.* p. 1055). La Cour de Luxembourg a énoncé dans cette affaire une définition communautaire des « *régimes matrimoniaux* ». Pour la Cour, la notion de « *régimes matrimoniaux* », matière exclue du champ d'application de la Convention au sens de l'article 1 alinéa 2 comprend non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci (CJCE 27 mars 1979 affaire C- 143/78, Jacques de Cavel c/ Louise de Cavel, *op. cit.*, point 7 de l'arrêt).

⁶⁹⁷ H. DUINTJER, « Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », dans A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/Dictionnaire.htm>,

Voir *supra* chapitre I pour l'appel au droits nationaux dans la Convention de Bruxelles.

⁶⁹⁸ CJCE 29 mai 1997 affaire C- 300/95, Commission c/ Royaume-Uni, *Rec.* p. 2649 ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4070, n° 31, note G. VINEY.

⁶⁹⁹ Sur ce sujet voir O. BERG, « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP* 1996, éd. G., I, 3945 ; Y. BRISSY, « Problématique du risque de développement », *D. aff.* 1998, 2004.

avait existé dans ses produits pendant qu'ils étaient sous son contrôle »⁷⁰⁰. Pour la Commission, le libellé de la loi différait de celui de la directive en ce qu'il élargissait considérablement le moyen de défense énoncé à l'origine par le texte communautaire. Pour elle, le critère de l'article 7 doit être objectif et ne peut dès lors faire référence à la capacité du producteur de déceler le défaut du produit ou à celle d'un producteur d'un produit similaire et normalement diligent⁷⁰¹. La Cour soutient ce raisonnement puisqu'elle affirme que la clause exonératoire doit seulement prendre en cause l'état objectif des connaissances scientifiques et techniques dont le producteur est présumé être informé⁷⁰². La Cour rejette néanmoins le recours en estimant que rien ne lui permet de considérer que les autorités juridictionnelles du Royaume-Uni n'interpréteraient pas la loi litigieuse à la lumière de la directive et de sa finalité afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci. Elle rappelle à ce propos qu'une telle obligation s'impose au juge national⁷⁰³. Tout en ne condamnant pas le Royaume-Uni, la Cour lui rappelle tout de même que la loi interne en cause doit être interprétée à la lumière de la directive. Le juge communautaire, comme le relève J. Raynard, montre la voie aux États membres pour ce qui est du régime de l'action en responsabilité des produits défectueux⁷⁰⁴. Cette décision manifeste ainsi un refus de voir les États s'éloigner de la création communautaire initiale de même qu'une volonté de maintenir les règles communautaires telles qu'elles ont été rédigées, ce malgré une transposition divergente par un État membre.

235. C'est encore à propos de la transposition de la directive de 1985 relative à la responsabilité en matière de produits défectueux que la CJCE se prononce le 25 avril 2002⁷⁰⁵. A l'origine de cet arrêt se trouve un recours en manquement formé par la Commission contre la France. La Commission estimait notamment qu'en ne mentionnant pas dans l'article 1386-2 du Code civil la limite de réparation des seuls dommages supérieurs à 500 euros, la France aurait manqué à ses obligations en ne transposant pas correctement l'article 9 de la directive. Ce dernier indique précisément que le producteur est responsable du dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose par un défaut de son produit sous déduction d'une franchise de 500 euros. Il faut relever que la législation française, en ne reprenant pas cette limite, offrait aux victimes un régime plus protecteur que celui instauré par la directive. Il

⁷⁰⁰ CJCE 29 mai 1997 affaire C- 300/95, Commission c/ Royaume-Uni, point 9 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁰¹ *Ibid.*, point 17 de l'arrêt.

⁷⁰² *Ibid.*, point 27 de l'arrêt.

⁷⁰³ *Ibid.*, point 38 de l'arrêt.

⁷⁰⁴ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 1998, p. 528.

⁷⁰⁵ CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, Commission c/ France, *Rec.* p. 3827 ; *D.* 2002, 2462, note C. LARROUMET ; *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 177, note G. VINEY. Confirmé par CJCE, 10 janvier 2006, affaire C-401/03, Skov, *RTD civ* 2006, p. 265, note P. RÉMY-CORLAY.

s'agit d'ailleurs du principal argument du gouvernement français : le législateur interne peut prendre des dispositions plus favorables pour la protection des consommateurs. De surcroît, en ne mentionnant pas la franchise de 500 euros, la législation française ne faisait qu'observer un principe traditionnel de droit interne qui est la réparation intégrale du dommage⁷⁰⁶. En dépit de ces affirmations, la Cour de Justice s'oppose à ce que les États prennent certaines libertés avec la directive, même en faveur des consommateurs. Peu importe alors que la France invoque un principe de droit national, elle se doit de respecter à la lettre le régime européen de l'action en responsabilité des produits défectueux. Dès lors, l'invocation d'un principe de droit national ne constitue aucunement une garantie de légitimité des mesures internes et n'est pas non plus un gage de retenue des juridictions européennes⁷⁰⁷.

236. Le Conseil de l'Europe participe également à l'eupéanisation partielle des notions en spécifiant le régime juridique de certains droits. Pour ce qui est du droit de se marier, l'article 12 de la Conv EDH renvoie aux législations nationales⁷⁰⁸. La mise en œuvre du droit au mariage⁷⁰⁹ dépendrait donc dans une large mesure des conceptions internes du mariage. Cela étant, sous peine de retirer tout intérêt à l'article 12, les autorités nationales ne sont pas souveraines dans la réglementation du droit au mariage. La Convention fixe en effet certaines conditions d'exercice de la liberté nuptiale découlant du texte même de l'article 12 et qui s'imposent aux législateurs nationaux. Par conséquent, au-delà du rôle laissé aux États en matière matrimoniale, la Convention met en œuvre sa propre conception du mariage. En premier lieu, la formulation de l'article 12 ne confère la liberté matrimoniale qu'aux couples composés d'un homme et d'une femme d'âge nubile, ce qui impose comme condition la

⁷⁰⁶ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2002, p. 868; C. LARROUMET, note sous CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, Commission c/ France, *op. cit.*, p. 2465.

⁷⁰⁷ Le juge communautaire est également intervenu en droit des biens afin d'indiquer quelles pourraient être les sanctions adéquates à un défaut de déclaration d'acquisition immobilière (CJCE 1^{er} décembre 2005 affaire C- 213/04, Burtscher, *D.* 2006, chron. p. 1265, note C. NOURISSAT). Le régime autrichien prévoit en effet la nécessité d'une telle déclaration au titre de l'aménagement du territoire. La sanction prévue en cas de défaut de déclaration était à l'époque la nullité de l'acte de vente. La CJCE a estimé que cette sanction était disproportionnée et a suggéré d'autres sanctions qui lui semblaient plus opportunes à l'égard des exigences communautaires (CJCE 1^{er} décembre 2005 affaire C- 213/04, Burtscher, point 60 de l'arrêt, *op. cit.* : « *D'autres mesures moins étendues dans leurs effets pourraient sanctionner le dépôt tardif d'une déclaration, telles que des amendes. L'article 34 du VGGV comporte d'ailleurs une liste de faits justifiant l'infliction de sanctions pécuniaires. De même, il pourrait être envisagé de donner au demandeur la possibilité de s'expliquer sur les raisons de son retard ou de reconnaître à l'autorité compétente la possibilité, notamment si les droits des tiers ne sont pas en cause, d'accepter, à certaines conditions, même une déclaration tardive ou de maintenir, également sous certaines conditions, la validité de la convention* »). Ce faisant, elle s'engage dans une démarche assurément créatrice.

⁷⁰⁸ Article 12 Conv EDH : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

⁷⁰⁹ Pour ces développements, voir P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 120 et s.

nubilité ainsi que la différence de sexe et exclut du champ d'application les mariages posthume et polygamique. En second lieu, l'eupéanisation des conditions d'exercice du droit au mariage se poursuit par l'œuvre de la Cour européenne. Le renvoi de l'article 12 aux dispositions internes ne se trouve pas sans limites : les droits nationaux sont encadrés par la Cour. Ainsi, les conditions d'exercice spécifiées par un État ne peuvent être ni discriminatoires⁷¹⁰, ni arbitraires⁷¹¹, ni déraisonnables⁷¹². Par exemple, le régime britannique de prohibition du mariage entre alliés en ligne directe a été stigmatisé par la jurisprudence européenne⁷¹³. Pourtant, la prohibition en cause était relative puisqu'elle prévoyait des exceptions. Cette condamnation nous éclaire sur l'approche européenne de la liberté matrimoniale qui supporte mal les atteintes à la substance du droit de se marier. Que ce soit au travers de l'article 12 ou par le biais de la Cour européenne, le régime de la liberté matrimoniale se trouve eupéanisé et démontre fort bien la combinaison des emprunts et de la création européenne.

237. Le droit européen a institué un régime particulier au droit à la protection de l'autonomie personnelle. Ce droit a déjà été présenté lors de l'étude de l'influence latérale subie par les normes civiles du Conseil de l'Europe, notamment au travers de l'arrêt *Pretty contre le Royaume-Uni*⁷¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour s'est largement appuyée sur un arrêt de la Cour suprême du Canada relative au principe d'autonomie personnelle. Ce principe permet d'ériger « *autour de chaque individu une barrière invisible que l'État ne serait pas autorisé à franchir en l'absence de motifs impérieux justifiant son intervention* » et de protéger « *la capacité d'un individu de prendre les décisions intrinsèquement personnelles qui le concernent* »⁷¹⁵. La doctrine anglo-saxonne de la *privacy* a participé au développement de la vie privée comme droit de l'homme⁷¹⁶. Plus précisément, l'entrée de la protection de l'autonomie personnelle dans le champ d'application de l'article 8 doit beaucoup non seulement à la Cour suprême du Canada, mais également à celle des États-Unis pour laquelle ce droit représente un des aspects du droit constitutionnel au respect de la vie privée. S'il ne fait guère de doute que ce principe a été puisé dans d'autres ordres juridiques, le droit européen y a apporté ses propres limites. En effet, le *right of privacy* des États-Unis protège le

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 151.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 153.

⁷¹² P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 154.

⁷¹³ CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, B. et L. c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 2005, p. 735, note J.-P. MARGUÉNAUD; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 234, note A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE.

⁷¹⁴ CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁷¹⁵ A.-R. NADEAU, « Vie privée II : l'autonomie personnelle », *op. cit.*

⁷¹⁶ K. ROGGE, « La protection de la vie privée et les défis technologiques », *RTDH* 1994, p. 42.

droit de l'individu d'être affranchi de toute intrusion des autorités dans les matières qui affectent la personne mais également dans la quasi-totalité des choix personnels⁷¹⁷. Ce droit ne comporte outre Atlantique aucune clause de limitation⁷¹⁸. La Cour européenne s'est probablement inspirée de ce droit à la libre disposition de soi-même, tout en le modulant puisqu'elle n'a pas érigé la personne en maître absolu d'elle-même. La Cour a fait prévaloir d'autres considérations⁷¹⁹, notamment dans l'arrêt *Pretty*. Contre le droit à l'autodétermination invoqué en tant que droit de mettre fin à son existence, la Cour favorise les considérations de santé et de sécurité publiques⁷²⁰ mentionnées dans le paragraphe deux de l'article 8. Ainsi, la Cour admet-elle l'applicabilité de l'article 8 de la Convention à la violation alléguée. Cependant dès lors qu'un droit sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8, il en subit les restrictions énoncées au paragraphe deux. La Cour européenise alors le droit importé puisqu'elle y apporte les limites de l'instrument qu'elle a pour rôle d'interpréter. Le même droit peut être soumis à des régimes distincts selon l'autorité devant laquelle il se trouve invoqué. La règle de droit empruntée se trouve de la sorte européenisée par l'ajout d'une limite européenne. L'europeanisation ne se limite pas à certaines interprétations ou dispositions précises d'un régime juridique. Elle peut également s'adresser à une question juridique dans son ensemble. Aussi faut-il exposer ce processus de création des normes civiles.

B / L'europeanisation d'ensemble des règles de droit

238. La création par europeanisation d'ensemble des règles de droit renvoie à l'idée d'une « naturalisation » européenne. La création reste limitée dans la mesure où elle ne pourra jamais être complètement autonome mais à la différence de l'europeanisation partielle, elle ne concerne pas uniquement une seule définition, interprétation ou limite. C'est d'une réelle appropriation⁷²¹ des notions par le droit européen dont il est question, qui n'intervient qu'au paroxysme de l'europeanisation partielle. À force d'ajouts européens, une notion va disposer d'un sens pleinement européen. Deux exemples permettent d'illustrer ce processus de création

⁷¹⁷ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *op. cit.*

⁷¹⁸ *Ibidem.*

⁷¹⁹ Il faut noter que la Commission avait déjà refusé la conception du *right of privacy* dans une décision d'irrecevabilité. Elle avait estimé que l'article 8 de la Convention ne pouvait se voir appliqué aux actes d'aide au suicide. Com. EDH, 4 juillet 1983 requête n° 10083/82, R c/ Royaume-Uni.

⁷²⁰ CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, point 74 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷²¹ Voir l'ouvrage de J.-S. BERGÉ et M.-L. NIBOYET qui traite également de réappropriation par le droit communautaire des normes nationales (J.-S. BERGÉ et M.-L. NIBOYET (dir.), *Réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, *op. cit.*).

et méritent d'être étudiés. Il s'agit tout d'abord des notions de vie privée et familiale (1°) ainsi que des notions réputées autonomes (2°).

1° Les notions de vie privée et familiale

239. Les notions de vie privée et familiale ont un sens autonome mais ne s'identifient pas pour autant aux concepts du même nom mentionnés dans la Conv EDH. C'est l'ensemble de la jurisprudence européenne qui permet d'affirmer qu'elles ont un sens autonome alors que la Cour EDH reconnaît expressément l'autonomie de certaines notions, qualifiées de ce fait de concepts ou notions autonomes. Cette dernière technique n'a, à notre connaissance, jamais été utilisée sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale⁷²². Une notion ne peut être qualifiée de la sorte lorsqu'elle est interprétée de façon autonome par rapport aux droits internes des États. Or, ces derniers ne peuvent opposer au juge européen une définition précise des notions de vie privée et de vie familiale⁷²³.

240. L'article 8 de la CEDH garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Ce droit est par ailleurs reconnu comme « *liberté et droit fondamental* » de la personne par le droit communautaire⁷²⁴. Toute la richesse de ce droit provient de l'interprétation et la délimitation des notions de vie privée et de vie familiale par la jurisprudence européenne, essentiellement la Cour EDH. L'absence d'identification de la vie privée et de la vie familiale aux concepts autonomes n'a pas empêché une extension considérable de leur champ d'application et une large création prétorienne. Il ne s'agit pas, dans le cadre de cette étude, de définir précisément ces notions : une telle entreprise s'avèrerait présomptueuse. Seulement, l'analyse de ces dernières s'avère utile en ce qu'elle vient illustrer le rôle créateur du droit européen en matière civile. Tant la notion de vie privée (a) que celle de vie familiale (b) ont fait et font encore l'objet d'une construction singulière de la part du juge européen et se trouvent élargies à des domaines très inattendus.

⁷²² La liste de concepts formellement qualifiés d'autonomes par la Cour de Strasbourg comprend sept notions selon F. SUDRE : arrestation, droits et obligations de caractère civil, matière pénale, témoins, accusation, peine, biens (« Le recours aux notions autonomes », *op. cit.*, p. 96)

⁷²³ F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes » dans *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998, p. 95.

⁷²⁴ Entre autres CJCE 20 mai 2003 affaires C- 465/00, C- 138 et 139/01, Österreichischer Rundfunk, point 9 de l'arrêt, *Rec.* p. 4989 ; *RTDH* 2004, p. 724, n° 2, note C. MAUBERNARD. Cf. également la Charte des droits fondamentaux.

a. La notion de vie privée

241. L'hypertrophie⁷²⁵ de la notion de vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne rend impossible toute définition exhaustive. Il n'apparaît pas utile de revenir en détail sur des questions entrant dans le champ de la vie privée et qui ont déjà été étudiées, telles le transsexualisme ou le droit au nom. Démontrer qu'il existe une notion européenne de la vie privée n'impose pas de rentrer dans le détail des nombreuses branches que ce droit recouvre. C'est au contraire à une vision d'ensemble qu'il faut parvenir afin de constater l'europanisation du contenu de la vie privée envisagé dans un sens européen.

242. En 1970, une approche classique de la vie privée avait été adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : « *Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non divulgation de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscretions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l'utilisation abusive de communications privées, la protection contre la divulgation d'informations communiquées ou reçues confidentiellement par un particulier* »⁷²⁶. L'élément au centre de la protection garantie par le droit au respect de la vie privée correspond donc avant tout à la sphère d'intimité⁷²⁷ de l'individu. Le droit au respect de l'intégrité physique et morale de toute personne relève de ce domaine personnel. La Cour EDH a pu ainsi affirmer que l'article 8 de la Convention s'applique à l'évidence au titre de la vie privée à des mauvais traitements ainsi qu'à des sévices sexuels⁷²⁸. Il apparaît tout aussi certain que la sphère d'intimité protégée par le respect de la vie privée comprend la vie sexuelle⁷²⁹. Les faits de l'affaire *X. et Y. contre les Pays-Bas*⁷³⁰ ont permis à la Cour

⁷²⁵ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH* 1999, p. 828.

⁷²⁶ Recommandation 428 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, du 23/01/1970, citée par O. DE SCHUTTER dans « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 831.

⁷²⁷ F. SUDRE, « Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la CEDH », dans *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 688.

⁷²⁸ CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 23095/93, *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, point 61 de l'arrêt, *RTDH* 1998, p. 781, note J. SACE.

⁷²⁹ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH* 2006, 65, p. 35 ; voir encore CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *JCP* 2005, éd. G., I, 159, p. 1453, n° 12, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 2005, p. 341, n° 4, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *LPA*, 1^{er} août 2006, p. 6, note P. MALAURIE.

⁷³⁰ CEDH 26 mars 1985, requête n° 8978/80, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, point 22 de l'arrêt.

d'affirmer que le droit au respect de la vie privée inclut la vie sexuelle puisqu'il s'agissait en l'espèce de violences sexuelles exercées sur une mineure handicapée mentale. Cette dernière branche de la vie privée sert aujourd'hui encore de fondement à de nombreuses affaires relatives au transsexualisme⁷³¹ ou à l'homosexualité : elle a permis de mettre un terme aux législations réprimant les relations homosexuelles entre majeurs consentants⁷³². Du respect de l'intimité d'un individu découle également la protection de sa réputation⁷³³, des données personnelles le concernant, qu'il s'agisse de données médicales⁷³⁴ ou autres⁷³⁵, y compris si ces données sont relatives à la vie publique d'un individu⁷³⁶. Le droit à l'image se trouve également protégé⁷³⁷. De même, le fait de diffuser auprès du public un enregistrement faisant suite à une tentative de suicide du requérant constitue une ingérence dans sa vie privée⁷³⁸.

243. Jusqu'à présent, le champ d'application de la vie privée ne comporte que des éléments qu'il aurait semblé difficile de ne pas y inclure. Cependant, cette protection ne s'arrête pas aux seules manifestations privées de la personnalité⁷³⁹. Aussi paradoxale que la formule puisse être, il existe une dimension sociale de la vie privée⁷⁴⁰. Ce versant fut ajouté par la jurisprudence *Niemietz*⁷⁴¹ et a permis à la Cour d'entamer une construction originale de la notion de vie privée. Il faut se souvenir que dans cet arrêt, la Cour a affirmé qu'il serait trop restrictif de limiter la vie privée à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter le monde extérieur. « *Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine mesure le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations*

⁷³¹ Voir entre autres CEDH 17 octobre 1986, requête n° 9532/81, *Rees c/ Royaume Uni*, CDE 1988, p. 462 et 473, note G. COHEN-JONATHAN; CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84, *Cossey c/ Royaume Uni*, *op. cit.* ; CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume Uni*, JCP 1999, éd. G, I, 105, p. 141, n° 42, obs. F. SUDRE; RTD civ 1998, p. 1001, note J.-P. MARGUÉNAUD; CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁷³² CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, *op. cit.* ; CEDH 26 octobre 1988 requête n° 10581/83 *Norris c/ Irlande* ; CEDH 22 avril 1993 requête n° 15070/89 *Modinos c/ Chypre* ; CEDH 27 mars 2001 requête n° 25186/94, *Sutherland c/ Royaume-Uni* ; CEDH 27 septembre 1999 requêtes n° 33985/96 et 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, JDI 2000, p. 121, note E. DECAUX et P. TAVERNIER.

⁷³³ « *La Cour souligne autant que de besoin que le droit à la réputation figure parmi les droits garantis par l'article 8 de la Convention, en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée* » (CEDH 30 mars 2004, requête n° 53984/00, *Radio France c/ France*, point 31 de l'arrêt, RTD civ 2004, p. 801, note J.-P. MARGUÉNAUD).

⁷³⁴ CEDH 25 février 1997 requête n° 22009/93, *Z. c/ Finlande* ; CEDH 27 août 1997, requête n° 20837/92, *M. S. c/ Suède*.

⁷³⁵ CEDH 25 mars 1987 requête n° 9248/81, *Leander c/ Suède*.

⁷³⁶ CEDH 4 mai 2000, requête n° 28341/95, *Rotaru c/ Roumanie*, RTDH 2001, p. 148, note O. DE SCHUTTER.

⁷³⁷ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, RTD civ 2004, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP 2004, éd. G., I, 161, p. 1579, n° 8, obs. F. SUDRE.

⁷³⁸ CEDH 28 janvier 2003 requête n° 44647/98, *Peck c/ Royaume-Uni*.

⁷³⁹ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, point 60 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁴⁰ Selon l'expression de J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 3^{ème} édition, 2005, p.61.

⁷⁴¹ CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne* CEDH, *op. cit.*

avec ses semblables »⁷⁴². L'influence de la législation allemande sur cette extension de la vie privée⁷⁴³ mérite d'être rappelée puisque c'est à compter de cette évolution que la notion de vie privée va disposer d'un sens européen. Une telle avancée a en effet permis à la Cour d'ouvrir le domaine de la vie privée à de nombreuses hypothèses qui, initialement, n'auraient pu être protégées au titre de la simple intimité. Du droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables découle la protection du nom⁷⁴⁴, du prénom⁷⁴⁵, de son image⁷⁴⁶, éléments essentiels et situés au cœur des relations sociales. De surcroît, la Cour relève que c'est dans leur travail que la majorité des gens ont de nombreuses occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Elle justifie ainsi l'extension du domaine de la vie privée aux activités professionnelles ou commerciales⁷⁴⁷. Par la suite, grâce à cette dimension sociale, la protection s'est encore étendue au respect du mode de vie des minorités⁷⁴⁸ ou encore à la protection de l'environnement⁷⁴⁹. Il convient toutefois de préciser que lors de ces dernières extensions, la Cour européenne n'a pas seulement utilisé le fondement de la vie privée mais a pu y adjoindre soit le respect de la vie familiale, soit ce dernier et le respect du domicile⁷⁵⁰.

244. Le juge européen a façonné une notion de vie privée européenne, ne se contentant pas de garantir uniquement la personne contre les immixtions des autorités publiques dans la sphère privée. Que les domaines professionnel, social ou environnemental entrent dans le champ d'application de l'article 8 de la Conv EDH laisse entrevoir le principe qui sous tend l'interprétation de la vie privée. La substance de la construction européenne de la vie privée réside dans l'autodétermination. « *La vie privée garantit, bien plus que simplement la liberté de l'individu, sa capacité d'en faire un exercice effectif et éclairé* »⁷⁵¹. L'autodétermination, c'est-à-dire la réalisation de soi, permet de justifier chacune des extensions du domaine de la vie privée, et ce même avant l'arrêt *Niemietz*, c'est à dire bien avant que la Cour ne s'inspire

⁷⁴² CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne* CEDH, point 29 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁴³ Cf. *supra* n° 125.

⁷⁴⁴ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, *op. cit.* ; CEDH 25 novembre 1994 requête n° 18131/91, *Stjerna c/ Finlande*, *op. cit.*

⁷⁴⁵ CEDH 24 octobre 1996 requête n° 22500/93, *Guillot c/ France*, *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 75, n° 32, obs. F. SUDRE.

⁷⁴⁶ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, *op. cit.*, conf. par CEDH 11 janvier 2005, requête n° 50774/99, *Sciacca c/ Italie*, *JCP* 2005, éd. G., I, 159, p. 1454, n° 13, obs. F. SUDRE.

⁷⁴⁷ CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, point 29 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁴⁸ CEDH 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁷⁴⁹ CEDH 9 décembre 1994 requête n° 16798/90, *Lopez Ostra c/ Espagne*, *GACEDH* n° 3, *RTD civ* 1996, p. 507, note J.-P. MARGUÉNAUD ; CEDH 19 février 1998 requête n° 14967/89, *Guerra c/ Italie*, *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, note 40, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 1998, p. 515, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH* n° 46.

⁷⁵⁰ Sur ces combinaisons de la vie privée et des concepts voisins, voir F. SUDRE, « Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la CEDH », *op. cit.*

⁷⁵¹ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 858.

de la *privacy* et ne formule expressément l'existence d'un droit à l'autonomie personnelle dans l'arrêt *Pretty*⁷⁵².

245. L'autodétermination suppose que chaque individu bénéficie de la faculté de mener sa vie comme il l'entend⁷⁵³ afin d'être « l'auteur de lui-même ». Elle rend son titulaire souverain quant aux choix qui le concernent. Bien que, pour O. De Schutter, le principe clé de la notion de vie privée réside dans l'autonomie⁷⁵⁴, le terme d'autodétermination doit lui être préféré pour deux raisons. D'une part, la théorie des obligations positives oblige l'État à agir afin de garantir le respect de la vie privée de toute personne. Les autorités nationales ne doivent donc pas seulement éviter de s'immiscer dans la vie privée, elle doivent également prendre des mesures dans ce dessein. Dès lors que l'individu bénéficie de mesures positives, il semble délicat de parler d'autonomie. D'autre part, cette dernière notion suppose un état de fait alors que l'autodétermination renvoie à la manifestation d'une volonté. Or, c'est à cela que tend la jurisprudence européenne : l'individu se détermine, c'est à dire se délimite, se définit, en conservant ce qui lui convient et en excluant ce qui ne lui convient pas.

246. Dans l'hypothèse classique de la vie privée, à savoir sa dimension personnelle, l'autodétermination suppose qu'il appartient à l'individu et à lui seul de choisir son identité sexuelle, de disposer de son image ou des informations qui le concernent. Cela justifie que la protection des données personnelles, domaine privilégié du droit communautaire⁷⁵⁵, mais également le droit de consulter ces mêmes dossiers, relatifs par exemple à sa naissance⁷⁵⁶ ou à son enfance⁷⁵⁷ entrent dans le champ de la vie privée. Certaines de ses informations s'avèrent

⁷⁵² Cf. *supra* n° 181.

⁷⁵³ Dans les limites imposées par la loi.

⁷⁵⁴ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 853.

⁷⁵⁵ C'est essentiellement au travers de la protection des données personnelles que le droit communautaire a instauré une protection de la vie privée. Voir notamment le règlement 45/2001 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, du 18 décembre 2000, *JO L 008* du 12/01/2001, p. 1 ; directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, du 24 octobre 1995, *JO L 281/31* du 23/11/1995, p. 31 ; directive 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive dite vie privée et communications électroniques), du 12 juillet 2002, *JO L 201* du 31/07/2002, p. 37.

Sur cette question, lire F. QUILLERE-MAJZOUB, « Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne : l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen ? », *JDI* 2005, v. 132, n° 3, p. 609 ; F. MAIANI, « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne : situation présente et perspectives de développement », *RTD eur.* 2002, p. 283.

⁷⁵⁶ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, Odièvre c/ France, *op. cit.*

⁷⁵⁷ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 10454/89 Gaskin c/ Royaume-Uni, *GACEDH* n° 36.

en effet essentielles afin que l'individu puisse savoir et comprendre qui il est, qu'il puisse déterminer son identité et donc qu'il s'autodétermine⁷⁵⁸. Il est alors aisé de comprendre le passage de la vie privée personnelle à la vie privée sociale : l'individu ne saurait être de façon absolue autoréférent : ne serait-ce que pour avoir une histoire personnelle, tout individu a besoin d'un nom, d'un prénom, d'un père et d'une mère. C'est alors la dimension sociale de la vie privée qui entre en jeu : l'individu s'autodétermine également dans ses relations avec autrui. Il procède par exemple à des choix d'activités et bien qu'elles puissent être dommageables pour lui, il n'en demeure pas moins qu'elles entrent dans le giron de la vie privée⁷⁵⁹. L'individu, au regard du droit au respect de sa vie privée, se trouve protégé dès lors qu'il recherche les voies de son développement et de son épanouissement⁷⁶⁰ personnels⁷⁶¹. De plus, par le jeu des obligations positives, il appartient à l'État non plus seulement de ne pas s'immiscer dans les choix de l'individu mais de lui fournir la possibilité d'exercer ses choix⁷⁶². C'est précisément ce qui confère à la notion de vie privée une portée considérable. « *L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur* »⁷⁶³.

247. La jurisprudence de la Cour EDH⁷⁶⁴ a attribué à la notion de vie privée un sens global européen. Dès lors, malgré les divers emprunts et influences sur lesquels la Cour s'est

⁷⁵⁸ Par conséquent, la possibilité d'établir un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur entre dans le champ de l'article 8 au titre de la vie privée et non de la vie familiale (CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, *JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1455, n° 13, obs. F. SUDRE).

⁷⁵⁹ Voir par exemple pour des pratiques sadomasochistes entre adultes consentants CEDH 19 février 1997 requêtes n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93 *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* ; CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *op. cit.*

⁷⁶⁰ O. DE SCHUTTER, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel », note sous CEDH 4 mai 2000, requête n° 28341/95, *Rotaru c/ Roumanie*, *op. cit.*

⁷⁶¹ Telle est l'hypothèse de l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni*. La protection de la vie privée implique, dans cet arrêt « le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir » (CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*). Il s'agit bien là de respecter une décision par laquelle un individu détermine la voie de son épanouissement.

⁷⁶² À titre d'exemple, en raison du principe sous jacent d'autodétermination, le mode de vie choisit par un individu doit être respecté. S'il s'agit d'un mode de vie minoritaire, l'État doit alors garantir aux groupes minoritaires la possibilité de vivre selon le mode de vie en accord avec leur identité, sous réserve bien entendu du critère de proportionnalité.

⁷⁶³ CEDH 6 février 2001 requête n° 44599/98 *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, point 47 de l'arrêt, *JCP* 2001, éd. G., I, 342, p. 1560 et 1562, n° 6 et 17, obs. F. SUDRE.

⁷⁶⁴ Cela étant, la CJCE est elle aussi intervenue en matière de protection de la vie privée et confirme ce constat. En affirmant dans son arrêt *P. contre S. et Cornwall County Council* que le champ d'application de la directive visée ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, mais doit s'étendre aux discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle de l'intéressé, la CJCE (CJCE 30 avril 1996 affaire C-13/94, *P. contre S. et Cornwall County Council*, *op. cit.*) renvoie clairement à la notion d'autodétermination : tout individu est libre de se façonner lui-même et de choisir la voie qui lui semble le mieux convenir à sa personnalité (selon les affirmations F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. logiques juridiques, l'Harmattan, 2000, p. 81). La CJCE ne dit pas autre chose en garantissant le droit au nom ou lorsqu'elle rappelle que la notion de vie privée ne doit pas être

appuyée afin d'étendre la notion, la vie privée n'en demeure pas moins le fruit d'une construction et d'un cheminement proprement européens. Tout comme la notion de vie privée, celle de vie familiale a été remodelée par le juge européen qui lui a attribué un contenu particulier.

b. La notion de vie familiale

248. Le droit européen a fait œuvre créatrice en allant au delà des influences et des emprunts. L'article 8 de la Convention européenne garantit le droit au respect de la vie familiale des individus⁷⁶⁵. C'est alors l'existence d'une vie familiale qui commande l'applicabilité de cette garantie. Il s'agit initialement de garantir le droit individuel de chacun à une vie familiale contre les intrusions de la puissance publique. Même si la Convention ne définit pas la famille, son application nécessite son existence. La famille légitime était à l'origine visée par le texte de 1950, d'autant que la Convention consacre en son article 12 le droit de se marier. De ce fait, le concept de vie familiale englobe nécessairement le mariage. Cependant, comme le relève J. Hauser, la définition de la vie familiale est opérée dans tant de secteurs différents qu'elle devient plus de fait que de droit⁷⁶⁶. Le juge européen fut très vite confronté à la question de savoir si des unions autres que celles fondées sur le mariage relevaient de la vie familiale. Il dut ainsi se déterminer sur la notion de famille telle qu'envisagée par le droit européen.

249. Eu égard à l'article 14 de la Convention, la Cour ne pouvait opérer une distinction entre la famille légitime et la famille naturelle. Ce principe a été posé dès 1979 dans l'arrêt *Marckx*. La Cour précise ainsi : « *L'article 8 vaut donc pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime" »*⁷⁶⁷. Elle ajoute, en énonçant ainsi le critère essentiel de l'existence d'une vie familiale qu'« *Il n'est pas contesté que Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective »*⁷⁶⁸. La nécessité d'une vie familiale

entendue de manière restrictive et qu'à ce titre, les activités professionnelles n'échappent pas au domaine de protection (CJCE 20 mai 2003 affaires C- 465/00, C- 138 et 139/01, Österreichischer Rundfunk, point 73 et 74 de l'arrêt, *op. cit.*).

⁷⁶⁵ La vie familiale des détenus, de par ses particularités, sera exclue du champ de cette étude. Voir sur ce sujet M. HERZOG-EVANS, « Droit civil commun, droit européen et incarcération », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, n° 38, 2002, p. 241.

⁷⁶⁶ J. HAUSER, « L'égalité des parents en cas de séparation », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

⁷⁶⁷ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 31 de l'arrêt. *op. cit.*

⁷⁶⁸ *Ibidem*.

effective apporte certaines précisions quant à la famille telle que la Cour entend la protéger. D'une part, la protection ne s'étend qu'aux familles existantes et ne s'étend pas à un droit de procréer ou un droit à adopter⁷⁶⁹. D'autre part, la vie familiale doit s'entendre au sens matériel du terme⁷⁷⁰. Par le critère d'effectivité, la Cour entend élargir la protection aux liens de fait constitutifs d'une relation familiale réelle. La Cour se détache donc des catégories juridiques et des titres légaux. Une vie familiale peut dès lors exister en dehors du mariage⁷⁷¹.

250. L'enfant qui serait issu d'une union hors mariage bénéficie, du seul fait de sa naissance, d'un lien protégé le reliant à chacun de ses auteurs. L'argument d'un défendeur selon lequel la relation entre un enfant né d'une relation extra-conjugale et ses auteurs ne serait pas constitutive d'une vie familiale apparaît par conséquent inopérant⁷⁷². « *La qualité et l'intensité du lien de fait* »⁷⁷³ revêtent ainsi une importance primordiale. Il apparaît donc nécessaire que la vie familiale existe ou ait existé mais également qu'elle ait pu se développer suffisamment longtemps et récemment⁷⁷⁴. Les critères de la vie familiale européenne se dégagent alors : elle peut tout d'abord découler d'un lien de parenté⁷⁷⁵ ajouté à l'effectivité du lien unissant les personnes se prévalant d'une vie familiale⁷⁷⁶. L'effectivité se déduit de la cohabitation dans la mesure où celle-ci est révélatrice de l'existence d'une vie familiale. Cependant, la cohabitation ne semble pas indispensable. L'affaire *Kroon et autres contre les*

⁷⁶⁹ Voir en ce sens CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, Fretté c/ France, point 32 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁷⁰ F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁷¹ Cela peut être le cas notamment dans une relation extra-conjugale (CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, Johnston et autres c/ Irlande, *op. cit.*) ou dans un concubinage (CEDH, 26 mai 1994 requête n° 16969/90, Keegan c/ Irlande, *JDI* 1995, p. 763, note E. DECAUX et P. TAVERNIER; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 32, obs. F. SUDRE. *op. cit.*; CEDH 13 juillet 2000 requête n° 25735/94, Elsholz c/ Allemagne, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 291, p. 192, n° 31, obs. F. SUDRE.

⁷⁷² CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91, Kroon et autres c/ Pays-Bas, *RTDH* 1996, p. 183, note P. GEORGIN; *AFDI* 1994, p. 658, note V. COUSSIRAT-COUSTÈRE.

⁷⁷³ F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁷⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 395. Cette exigence pose problème dans l'arrêt Pini et Bertrani puisque la Cour relève que si l'article 8 présuppose l'existence d'une famille, « *cette condition ne semble pas remplie en l'espèce, en l'absence de cohabitation ou de liens de facto suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives, avant ou après les décisions d'adoption* » (CEDH 22 juin 2004 requêtes n° 78028/01 et 78030/01, Pini et Bertrani c/ Roumanie, point 143 de l'arrêt, *D.* 2004, p. 3026, note RENUCCI J.-F. et BERRO-LEFEVRE I.; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 7 et 9, obs. SUDRE F.). Toutefois, la Cour va déclarer l'article 8 applicable.

⁷⁷⁵ La Cour ne se montre pas exhaustive quant à la nature du lien de parenté : il peut s'agir du lien entre grands parents et petits enfants (CEDH 9 juin 1998 requête n° 22430/93, Bronda c/ Italie) ou encore entre frères et sœurs (CEDH 13 février 2001 requête n° 47160/99, Ezzouhdi c/ France, *RTDH* 2002, p. 963, note M.-B. DEMBOUR; *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 342, p. 1563, n° 21, obs. F. SUDRE).

⁷⁷⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 395.

Pays-Bas illustre cette dernière hypothèse⁷⁷⁷. L'effectivité des liens a pu également être empêchée. Tel était le cas dans l'arrêt *Keegan contre l'Irlande*⁷⁷⁸ où seul existait un lien de filiation entre un enfant né hors mariage et son père naturel. Le père n'ayant vu sa fille qu'une fois à la maternité, le critère d'effectivité des liens faisait défaut. La Cour, afin de reconnaître l'existence d'une vie familiale, va se fonder sur la volonté commune du couple, à l'époque uni, d'avoir un enfant. Il existait entre les parents une vie familiale et la simple rupture du couple ne modifie en rien ce raisonnement. Il semble alors que le « *désir sincère et profond d'une vie familiale* »⁷⁷⁹ suffise à pallier le manque d'effectivité des liens. Il est à noter que la Cour, dans ce dernier arrêt, se fonde sur l'article 7 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant selon lequel un enfant a, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par ses parents⁷⁸⁰. Incontestablement, la Cour emprunte un principe à la Convention des droits de l'enfant dans le but de légitimer la nouvelle protection accordée à la vie familiale « *potentielle* »⁷⁸¹. Néanmoins, si emprunt il y a eu, la Cour l'a remodelé ne serait-ce que dans l'arrêt *Söderbäck contre la Suède*⁷⁸². Cette dernière hypothèse démontre qu'une vie familiale peut encore se trouver constituée en dehors de tout lien de parenté, ce qui révèle l'interprétation extensive et constructive de la Cour européenne en la matière. En l'absence de lien de parenté, la Cour qualifiera une relation de vie familiale si elle se présente en apparence comme une famille et si les liens de fait se trouvent effectifs⁷⁸³. Au regard de ces derniers critères, certaines relations vont bénéficier de la protection de la vie

⁷⁷⁷ CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91, *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, *op. cit.* Les requérants entretenaient une relation mais ne vivaient pas ensemble. La Cour, optant pour l'existence d'une vie familiale mentionne que d'autres facteurs peuvent servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des « liens familiaux » *de facto*. En l'espèce, la Cour se fonde sur la naissance de quatre enfants issus de l'union des requérants.

⁷⁷⁸ CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, *Keegan c/ Irlande*, *op. cit.*

⁷⁷⁹ CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, *Keegan c/ Irlande*, point 42 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁸⁰ *Ibid.*, point 50 de l'arrêt.

⁷⁸¹ Selon l'expression de F. SUDRE, obs. sous CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, *Keegan c/ Irlande*, *op. cit.*

⁷⁸² CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24484/94, *Söderbäck c/ Suède*, *JCP* 1999, *éd. G.*, I, 105, obs. F. SUDRE. Dans cette affaire, malgré le principe selon lequel un enfant a le droit, dans la mesure du possible, d'être élevé par ses parents, la Cour va faire prévaloir, sur le lien de filiation entre un enfant et son père naturel, l'effectivité des liens unissant cet enfant au compagnon de sa mère. Ce dernier avait d'ailleurs adopté l'enfant, à l'insu et sans le consentement de son père naturel. De ce fait, si utilement emprunté en 1994 à la Convention des droits de l'enfant et utilisé dans l'arrêt *Keegan*, le principe se trouve reformulé par la Cour : un enfant a le droit, dans la mesure du possible, d'être élevé par les personnes avec lesquelles il entretient des liens familiaux effectifs, même si ce ne sont pas ses parents. La Cour a européanisé ce principe afin de servir sa propre construction de la notion de vie familiale.

⁷⁸³ F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 22.

familiale en dehors de tout lien familial légalement reconnu⁷⁸⁴. La vie familiale européenne englobe dès lors le lien comprenant une « *potentialité de développement des relations personnelles* »⁷⁸⁵. La Cour a en outre consenti à reconnaître l'existence d'une vie familiale projetée dans l'affaire *Pini et Bertrani contre la Roumanie*⁷⁸⁶.

251. La qualification de « *supra-législateur familial* »⁷⁸⁷ attribuée à la Cour européenne résulte de sa construction européenne de la notion de famille. La Cour le reconnaît d'ailleurs clairement dans l'arrêt *Burghartz*, dans lequel elle fait référence à « *la notion de famille prévalant dans le système de la Convention* »⁷⁸⁸. La création déborde ainsi largement les seules relations pouvant être qualifiées de vie familiale et comprend également les éléments qui composent cette vie familiale⁷⁸⁹. L'extension du droit au respect de la vie familiale aux intérêts matériels est pour le moins inattendue et permet par exemple l'application surprenante de l'article 8 de la Convention à un litige portant atteinte au droit de propriété du requérant dès lors que le bien en cause peut être utilisé par la famille⁷⁹⁰.

252. La construction de la notion de vie familiale par le juge européen ne se limite pas à l'extension du concept mais porte également sur les obligations imposées à l'État. Le droit européen ne menace pas seulement l'État en cas d'ingérence dans la vie familiale des individus. Ce dernier peut également voir sa responsabilité engagée du fait de son inaction : pèse ainsi sur lui l'obligation d'adopter des mesures positives afin de garantir le respect de la

⁷⁸⁴ Voir notamment l'arrêt CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, *op. cit.*, dans lequel la Cour reconnaît l'existence d'une vie familiale à une relation unissant un transsexuel né de sexe féminin mais menant une vie sociale d'homme, sa compagne, et l'enfant de cette dernière né par insémination par tiers donneur. L'applicabilité de l'article 8 s'avère audacieuse en l'absence de lien de parenté biologique avec l'un des parents. La Cour a pourtant admis qu'un simple lien *de facto* pouvait être constitutif d'une vie familiale.

⁷⁸⁵ Selon l'expression de A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ fam.* 2004, n° 11, p. 381.

⁷⁸⁶ La vie familiale ne se fonde dans cet arrêt ni sur des liens de parenté, ni sur l'effectivité du lien familial. L'existence de la famille était acquise, mais son point de départ était chronologiquement repoussé. Dans cet arrêt, la certitude de l'existence de la famille résultait des jugements d'adoption : « *les requérants peuvent se prévaloir de décisions définitives et irrévocables de juridictions nationales, qui, faisant droit à leur demande d'adoption, ont reconnu leur qualité de parents* » (CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01, *Pini et Bertani c/ Roumanie*, point 141 de l'arrêt, *op. cit.*)

⁷⁸⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 390.

⁷⁸⁸ CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, point 18 de l'arrêt, *op. cit.*

⁷⁸⁹ « *Le domaine des successions - et des libéralités - entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États contractants* » (CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 52 de l'arrêt, *op. cit.*)

⁷⁹⁰ CEDH 21 novembre 1995 requête n° 18072/91, *Velosa Barreto c/ Portugal*.

vie familiale. Le droit garanti par l'article se trouve alors reformulé par le juge européen qui systématise⁷⁹¹ l'usage des obligations positives. L'affirmation générale de la Cour, dans l'affaire *Ignaccolo-Zenide contre la Roumanie*⁷⁹², à propos d'un enlèvement d'enfants par leur père, a pu ainsi être remarquée⁷⁹³ : « *il appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention* »⁷⁹⁴. Le rôle imposé à l'État par la théorie des obligations positives se trouve sans commune mesure avec celui auquel le soumet la simple obligation de non ingérence⁷⁹⁵. Une telle extension du droit au respect de la vie familiale découle de la volonté et de l'autorité de la Cour EDH, les emprunts et influences ne sont alors que ponctuels et n'apparaissent qu'en arrière-plan par rapport à l'eupéanisation des notions.

253. Le droit communautaire joue également un rôle essentiel dans la construction de la notion européenne de vie familiale. Le droit au respect de la vie familiale est un principe du droit communautaire⁷⁹⁶ et même si la famille n'est pas expressément visée au titre des domaines de compétence dans lesquels la Communauté européenne peut intervenir, cette dernière procède à des « *incursions spectaculaires* »⁷⁹⁷ en matière familiale, à tel point qu'un droit européen de la famille prend forme peu à peu. Confronté à l'impossibilité de cloisonner

⁷⁹¹ F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 38.

⁷⁹² CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, RTD civ 2001, p. 451, note J.-P. MARGUÉNAUD; JCP 2001, éd G, I, 291, n° 32, p. 192, obs. F. SUDRE.

⁷⁹³ *Ibidem*.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, point 108 de l'arrêt.

⁷⁹⁵ Du fait de cette interprétation, l'État doit, entre autres, permettre l'intégration d'un enfant dans sa famille et ce dès sa naissance (CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 31 de l'arrêt, op. cit.). Il doit également permettre la réunion d'un enfant et d'un parent à la suite d'une séparation (CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 *Eriksson c/ Suède*; CEDH 25 février 1992 requête n° 12963/87, *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*; CEDH 22 avril 1992 requête n° 12366/86, *Rieme c/ Suède*; CEDH, 27 novembre 1992 requête n° 13441/87, *Olsson c/ Suède*; CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, op. cit.; CEDH 24 mars 1993 requêtes n° 36812/97 et 40104/98, *Sylvester c/ Autriche*. Sur les mesures d'assistance éducative, voir A. GOUTTENOIRE, « La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 287) étant donné que pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 *Eriksson c/ Suède*, point 58 de l'arrêt op. cit.; CEDH 25 février 1992 requête n° 12963/87, *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*, point 72 de l'arrêt, op. cit.; CEDH 22 avril 1992 requête n° 12366/86, *Rieme c/ Suède*, point 54 de l'arrêt, op. cit.; CEDH 11 octobre 2001 requête n° 31871/96, *Sommerfeld c/ Allemagne*, point 32 de l'arrêt). Il faut ajouter que la Cour a découvert des obligations procédurales dans l'article 8 de la Convention alors même qu'elles n'apparaissent aucunement dans la lettre de l'article (Voir à ce sujet F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 40).

⁷⁹⁶ CJCE 27 septembre 2001 affaire C-63/99, *Gloszcuk*, Rec. p. 6369, point 85 de l'arrêt.

⁷⁹⁷ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne », D. 2004, op. cit., p. 1324, n° 19.

de façon étanche ce qui relève du droit économique et ce qui relève du droit de la famille⁷⁹⁸, le droit communautaire, à vocation essentiellement économique, a pris de nombreuses mesures ayant non seulement des répercussions en matière familiale, mais également parfois pour objet essentiel le droit de la famille⁷⁹⁹.

254. La libre circulation des personnes demeure néanmoins le domaine privilégié de l'invocation du droit au respect de la vie familiale⁸⁰⁰. Le regroupement familial constitue un élément indispensable de la libre circulation des personnes⁸⁰¹ : il apparaît en effet difficilement concevable qu'un travailleur salarié exerce librement et pleinement son droit à la libre circulation s'il ne peut être suivi ou rejoint par sa famille. Tel est l'objet du regroupement familial qui désigne « *la réunion, à une personne résidant dans un pays dont elle n'est pas ressortissant, des membres de sa famille les plus proches résidant dans un autre pays* »⁸⁰². C'est donc à partir du principe de libre circulation que le droit communautaire s'est développé dans le domaine du droit de la famille. D'abord accordé aux seuls travailleurs salariés⁸⁰³ ou indépendants⁸⁰⁴, le droit au regroupement familial a été étendu aux non actifs⁸⁰⁵,

⁷⁹⁸ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., p. 85.

⁷⁹⁹ Certaines mesures prises, par exemple, au titre de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes concernent les femmes enceintes (Directive 92/85 du Conseil concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, du 19 octobre 1992, JO L- 348 du 28/11/1992, p. 1) et les congés parentaux (Directive 96/34 du Conseil concernant l'accord-cadre sur le congé parental, du 3 juin 1996, JO L- 145 du 19/06/1996, p. 4). De même, interrogée sur l'existence d'une discrimination dans la rémunération des travailleurs hommes femmes, la CJCE a eu à se prononcer sur le mariage entre transsexuels (CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, K. B. c/ National Health Service Pensions Agency, op. cit.). Enfin, la création d'un espace judiciaire européen fondé sur le principe de libre circulation des jugements a amené le droit communautaire à intervenir en droit de la famille. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale s'étend à la matière des obligations alimentaires (CJCE 6 mars 1980 affaire C- 120/79, De Cavel II, Rec. p. 731, point 5 de l'arrêt) quand bien même la Convention exclut-elle de son champ d'application en son article 1^{er} le droit de la famille. La CJCE, afin d'appliquer la Convention de Bruxelles I, a dû donner une définition autonome de la notion d'obligation alimentaire (CJCE 6 mars 1980 affaire C- 120/79, De Cavel II, Rec. p. 731. Était en cause en l'espèce une prestation compensatoire. La Cour a décidé qu'au regard de l'article 270 et suivants du Code civil, ces prestations concernent les obligations financières entre ex-époux à la suite du divorce et sont fixées à raison des ressources et des besoins réciproques des époux. Dès lors, elles ont un caractère alimentaire et relèvent du champ de la Convention de Bruxelles I). Par ailleurs, la Convention de Bruxelles II étend la convention de Bruxelles de 1968 aux questions matrimoniales et intensifie de la sorte l'incursion du droit communautaire en matière familiale, d'autant plus que cet instrument a été par la suite communautarisé

⁸⁰⁰ C. MAUBERNARD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Cahiers de l'IDEDH* 2003, n° 9, p. 275.

⁸⁰¹ S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, op. cit., p. 31.

⁸⁰² P. KAYSER, « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des Droits de l'Homme et le droit interne français », *JCP* 1993, éd. G., I, 3679, p. 235.

⁸⁰³ Règlement 1612/68 du Conseil, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté du 15 octobre 1968, op. cit. et directive 68/360 du Conseil relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, du 15 octobre 1968, JO L- 257 du 19/10/1968, p. 2 et 13.

retraités⁸⁰⁶ et étudiants⁸⁰⁷ et donc à tous les ressortissants des États membres⁸⁰⁸. Ces dernières mesures ne concernent cependant que les ressortissants communautaires. Il faut préciser que le regroupement familial a été étendu aux ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire des États membres par une directive de 2003⁸⁰⁹. Il ne s'agit pas ici d'étudier les conditions requises pour l'exercice de ce droit au regroupement familial, ni même les droits accordés, en dehors des droits d'entrée et de séjour, aux membres de la famille. Seule la conception de la famille, telle qu'envisagée par le droit communautaire au titre de la construction européenne en matière de vie familiale présente un intérêt pour l'étude. Si un ressortissant communautaire peut faire venir avec lui les membres de sa famille, le droit communautaire s'est nécessairement intéressé aux personnes de la famille susceptibles de pouvoir l'accompagner au titre du regroupement familial. Il en ressort inévitablement un « *modèle familial* »⁸¹⁰ communautaire, en dépit du fait que l'objectif ne soit pas celui d'imposer un modèle de famille aux États membres. Si les emprunts et influences sont certains, notamment par les renvois aux droits internes⁸¹¹, il n'en demeure pas moins qu'apparaît une construction communautaire quant à la notion de famille. En définissant le statut des membres de la famille, le droit communautaire, surtout grâce à l'interprétation de la CJCE, opte pour une certaine conception de la famille, qui semble se concilier aujourd'hui avec la construction réalisée par la Cour EDH.

⁸⁰⁴ Directive 73/148 du Conseil relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestations de service, du 21 mai 1973, *JO L-172* du 28/06/1973, p. 14.

⁸⁰⁵ Directive n° 90/364 du Conseil relative au droit de séjour, du 28 juin 1990, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁰⁶ Directive n° 90/365 du Conseil relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, du 28 juin 1990, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁰⁷ Directive n° 93/96 du Conseil relative au droit de séjour des étudiants, du 29 novembre 1993, *JO L-317* du 18/12/1993, p. 59, remplaçant la directive 90/366 du 28 juin 1990.

⁸⁰⁸ Voir dernièrement la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*, modifiant le règlement n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 et 93/96.

⁸⁰⁹ Directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.* Sur l'interprétation de ce texte, voir arrêt CJCE 27 juin 2006, affaire C-540/03, Parlement c/ Conseil, *Europe* 2006, n° 8, comm. 236, note F. KAUFF-GAZIN.

⁸¹⁰ Selon l'expression utilisée par C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2004, *op. cit.*, n° 19, p. 1325.

⁸¹¹ « (...) la règle communautaire renvoie au droit national le soin de donner un contenu à la notion qu'elle utilise. On assiste à une sorte de qualification par le droit national de notions contenues dans la règle communautaire » (J.-S. BERGÉ, « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres », *LPA*, 19 mai 2003, p. 5.

255. Le droit communautaire a commencé par adopter une vision classique de la famille, marquée par les renvois aux droits nationaux. Ainsi, lorsque les textes⁸¹² prévoient que le « conjoint » d'un ressortissant d'un État membre a le droit de s'installer avec ce dernier, il faut se reporter au droit de l'État concerné afin de déterminer à quelles personnes la législation attribue la qualité de conjoint. Apprécier la qualité du lien familial revient donc aux États. Le conjoint a toujours bénéficié du droit au regroupement familial mais le droit communautaire a refusé d'étendre la notion de conjoint aux simples partenaires⁸¹³. Par conséquent, le concubin se trouvait ignoré et exclu du droit au regroupement familial.

256. Concernant les enfants, d'après le règlement de 1968, les « descendants de moins de vingt et un ans ou à charge »⁸¹⁴ bénéficient également de ce droit au regroupement. Il était alors difficile de déterminer s'il s'agissait des seuls enfants du couple ou au contraire des enfants propres à chaque conjoint. Une interprétation extensive s'imposait pour diverses raisons⁸¹⁵ mais surtout, interprété sous l'égide de la Cour EDH, le droit au regroupement ne pouvait exclure certains enfants uniquement parce qu'ils étaient issus, par exemple, d'un précédent mariage. Ce raisonnement se trouve confirmé par la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial : ce texte met un terme au problème en visant clairement les enfants du regroupant et de son conjoint, les enfants du regroupant, y compris les enfants adoptés et les enfants du conjoint, y compris ceux ayant été adoptés⁸¹⁶. Même si cette

⁸¹² Voir notamment l'article 10 du règlement 1612/68 du Conseil, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, du 15 octobre 1968, *op. cit.*, ou l'article 1^{er} alinéa 2 de la directive 90/364 du Conseil relative au droit de séjour, du 28 juin 1990, *op. cit.*

⁸¹³ CJCE 17 avril 1986 affaire C- 59/85, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, *Rec.* p. 1283.

⁸¹⁴ Article 10 du règlement 1612/68 du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *op. cit.*

⁸¹⁵ D'une part, l'examen du statut de la fonction publique communautaire révèle que le fonctionnaire perçoit des indemnités familiales pour chaque enfant à charge. L'annexe VII du statut relative aux règles relatives à la rémunération et aux remboursements de frais (citée par H. GAUDEMET-TALLON : « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 91) des fonctionnaires précise qu' « est considéré comme enfant à charge, l'enfant légitime, naturel ou adoptif du fonctionnaire ou de son conjoint, lorsqu'il est effectivement entretenu par le fonctionnaire ». Les enfants de chacun des conjoints sont donc expressément visés et le droit communautaire concerne également les enfants légitimes ou naturels, issus ou non d'une précédente union. Ces règles sur la fonction publique communautaire doivent être étendues aux autres ressortissants communautaires au risque sinon d'entraîner une « discrimination choquante » (H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 100). D'autre part, l'arrêt *Commission contre l'Allemagne* (CJCE 18 mai 1989 affaire C- 249/86, Commission c/ RFA, *Rec.* p. 1263) précise que le règlement 1612/68 relatif au droit à la libre circulation des travailleurs et des membres de leur famille « doit être interprété à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale mentionnée par l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ce respect fait partie des droits fondamentaux, qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, réaffirmée dans le préambule de l'Acte unique européen, sont reconnus par le droit communautaire » (CJCE 18 mai 1989 affaire C- 249/86, Commission c/ RFA, point 10 de l'arrêt, *Rec.* p. 1263).

⁸¹⁶ Article 4 de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*

directive ne concerne que les ressortissants des pays tiers, la précision apportée en matière de descendants doit être étendue aux ressortissants communautaires, sous peine d'entraîner une discrimination et de consacrer des règles hétérogènes⁸¹⁷. Dès lors, bénéficient du droit au regroupement les enfants du couple mais aussi les enfants propres de chacun des conjoints. C'est en outre ce qu'a prévu la directive de 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, en son article 2 : tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre de l'Union autre que celui dont il a la nationalité peut être accompagné ou rejoint par « *les descendants directs (...) ,et les descendants directs du conjoint ou du partenaire (...)* »⁸¹⁸.

257. Les développements précédents laissent supposer que le modèle familial visé par le droit communautaire résulte des seuls liens juridiques, matrimonial ou de filiation. Seule la famille nucléaire se trouverait donc protégée par le droit communautaire puisque les collatéraux ne sont pas pris en compte. Ils ne bénéficient en effet du droit au regroupement qu'au titre du droit général accordé à tout autre membre de la famille n'entrant pas dans les catégories de conjoint, ascendant ou descendant et à condition que ce membre se trouve à la charge, fasse partie du ménage du regroupant ou lorsqu'il appartient à ce dernier de s'occuper de cette personne⁸¹⁹. Nonobstant cette absence de protection particulière des collatéraux⁸²⁰, la conception communautaire de la famille rejoint celle retenue par la Cour européenne⁸²¹, en particulier depuis que la directive de 2004 organise le maintien du droit de séjour des

⁸¹⁷ C. MAUBERNARD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*, p. 296.

⁸¹⁸ Article 2. 2. c. de la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*, p. 77. Une solution identique prévaut en matière d'ascendants. Le droit communautaire admet un droit au regroupement pour les ascendants du titulaire du droit mais également pour ceux de son conjoint au regard de la directive de 2004, exception faite des étudiants pour lesquels les ascendants ne sont pas mentionnés au titre des bénéficiaires du droit au regroupement (cf. article 7. 4 de la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*).

⁸¹⁹ Article 3. 2. a) de la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

⁸²⁰ L'arrêt *Ezzouhdi* contre la France a pu être interprété comme protégeant les relations entre collatéraux. C'est oublier que la Cour s'est certes fondée sur les relations du requérant avec ses frères et soeurs mais également sur les relations entretenues avec sa mère, afin de reconnaître que le requérant pouvait se prévaloir d'une vie familiale. Il n'est donc pas possible d'en conclure qu'en elle-même la relation avec les collatéraux est constitutive d'une vie familiale (CEDH 13 février 2001 requête n° 47160/99, *Ezzouhdi c/ France*, *op. cit.*).

⁸²¹ *Contra* S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, *op. cit.*, p. 149 et s. ; H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 102.

membres de la famille en cas de décès ou départ du citoyen de l'Union⁸²². La vision « étroite »⁸²³ de la famille usitée en droit communautaire ne semble ainsi plus d'actualité. Il n'est plus possible d'affirmer aujourd'hui que le droit communautaire n'accorde de droits qu'à la famille légale, sans référence à la réalité de la vie familiale⁸²⁴. Le droit communautaire attache également de l'importance à l'effectivité des liens personnels. Il est acquis qu'en matière d'effectivité des liens, une solution telle que celle retenue par la CJCE dans l'arrêt *Diatta*⁸²⁵ peut surprendre. Si cette décision met à mal la notion d'effectivité des liens chère à la Cour EDH, elle se justifie par l'objet même de l'intervention communautaire dans le domaine de la famille : le regroupement familial. Il est nécessaire que le droit communautaire accorde une protection juridique aux personnes dont le droit de séjour est rattaché au lien familial que constitue le mariage. Dans le cas contraire en effet, ces personnes pourraient être victimes de chantage au divorce. Pour cette raison, la directive de 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁸²⁶ reprend la solution de l'arrêt *Diatta* en cas de séparation de fait mais étend la protection en cas de divorce ou d'annulation du mariage, sous certaines conditions⁸²⁷.

258. Il ne faut pas pour autant déduire de cette solution que le droit communautaire délaisse l'effectivité des relations. Le droit communautaire tient lui aussi à protéger les vies familiales préexistantes et établies⁸²⁸. Tout comme la Cour EDH, il accorde de l'importance

⁸²² La Cour européenne a, à l'identique, admis l'existence d'une vie familiale et donc l'applicabilité de l'article 8 CEDH dans des affaires où était en cause la relation des requérants et d'une personne décédée : CEDH 30 octobre 2001 requête n° 37794/97, *Pannullo et Forte c/ France*, *Dr. fam.* 2002, n°1, p. 27, n° 16, note B. DE LAMY ; CEDH 3 octobre 2000 requête n° 28369/95 *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas*. Voir également les arrêts dans lesquels l'article 8 est applicable en raison d'une atteinte dans les droits de succession, cf. *infra* n° 414 et s.

⁸²³ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 103.

⁸²⁴ Sur cette affirmation voir S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, *op. cit.*, p. 31 ; S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, *op. cit.*, p. 231.

⁸²⁵ CJCE 12 février 1985 affaire C- 267/83, *A. Diatta c/ Land Berlin*, *Rec.* p. 567. En l'espèce, la Cour s'est contentée de la seule qualification juridique d'époux alors que les conjoints étaient séparés de fait et qu'ils avaient tous deux l'intention de divorcer. Pour la CJCE, le fait que les époux ne vivent plus ensemble ne saurait justifier le refus de renouvellement d'une carte de séjour du conjoint du ressortissant communautaire, d'autant plus qu'au regard du droit allemand, deux époux séparés de fait conservent la qualité d'époux (H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 91).

⁸²⁶ Directive 2004/38 du Parlement Européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

⁸²⁷ Cf. Article 13 de la directive 2004/38 du Parlement Européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

⁸²⁸ S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, *op. cit.* p. 191.

aux rapports personnels étroits, s'ajoutant ou non à un lien de parenté. Cette évolution se perçoit à travers différents textes. La directive de 2004, notamment, opte pour une vision non seulement élargie des membres de la famille mais également unique eu égard à l'approche jusqu'à ce jour sectorielle et fragmentaire⁸²⁹ du droit au regroupement familial. Ce texte démontre une volonté certaine d'étendre la famille, notamment par rapport à celle envisagée dans le règlement de 1968. Il s'aligne sur la jurisprudence de la Cour européenne en ouvrant les frontières de la famille communautaire au partenaire, au conjoint survivant ou encore au divorcé. Que la notion de membre de la famille comprenne le partenaire non marié⁸³⁰ constitue effectivement une évolution remarquable par laquelle le droit communautaire tient compte de la famille de fait, tout au moins du couple de fait. La directive assimile, aux fins de séjour, conjoint marié et non marié lorsque la législation de l'État membre d'accueil prévoit un tel statut et dans les mêmes conditions que celles prévues par la législation de l'État membre d'accueil.

259. Même si l'assimilation des couples de fait aux couples mariés n'est pas complète⁸³¹ et même si l'octroi du droit au regroupement familial reste soumis à la législation de l'État membre en matière de partenariat, le droit communautaire n'ignore plus l'union libre⁸³². Il est possible toutefois de s'interroger sur l'origine de cette évolution. Le droit communautaire a pu se contenter de prendre en compte les statuts spéciaux reconnus aux couples non mariés dans plusieurs États membres. De ce fait, il ne saurait être question de construction si le droit communautaire n'a fait que s'adapter à ce mouvement d'ensemble. La directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial des ressortissants des pays tiers apporte la réponse. Dans ce texte, le droit communautaire prend également en compte l'union libre au titre de la vie familiale. « *Les États membres peuvent, par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour, au titre de la présente directive, sous réserve du respect des conditions définies au chapitre IV, du partenaire non marié ressortissant d'un*

⁸²⁹ Considérant n° 5 de la proposition de directive 2001/257 du Parlement Européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 23 mai 2001, *JO CE* 270 du 25/09/2001 p. 150.

⁸³⁰ Article 2 de la directive 2004/38 du Parlement Européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

⁸³¹ Voir en ce sens l'arrêt CJCE 31 mai 2001 affaires C- 122/99 et C- 125/99, D et Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne, *Rec.* p. 4319, *D.* 2001, p. 3380, note A. DEVERS et C. NOURISSAT. Dans ce dernier arrêt, la CJCE précise que le législateur communautaire a écarté « toute idée d'assimilation au mariage d'autres formes de partenariat en vue de l'octroi des avantages réservés par le statut aux fonctionnaires mariés (...) », (point 38 de l'arrêt).

⁸³² Voir déjà CJCE 22 juin 2000 affaire C- 65/98, Safet Eyüp, *RDUE* 2000, 3, p. 682, 75, note P. HECKER, dans lequel la CJCE a décidé qu'une cohabitation hors mariage pouvait être constitutive d'une vie familiale.

pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable et stable dûment prouvée, ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré »⁸³³. Ce texte ajoute : « *Les États membres peuvent décider que les partenaires enregistrés sont assimilés aux conjoints pour ce qui est du regroupement familial* »⁸³⁴. Certes, la directive n'apparaît guère contraignante à l'égard des États mais l'essentiel réside dans l'admission de la nécessité de protéger la famille de fait afin de maintenir l'unité familiale. Lorsqu'une demande concerne le partenaire non marié du regroupant, le Conseil recommande aux États de tenir compte, afin d'établir l'existence de liens familiaux, d'éléments tels qu'un enfant commun, une cohabitation préalable, l'enregistrement du partenariat ou tout autre moyen de preuve fiable. Dès lors, la reconnaissance d'une vie familiale ne découlera pas nécessairement de l'existence d'un partenariat enregistré. D'autres éléments peuvent suffire tels qu'une cohabitation ou un enfant commun. C'est donc bien d'une recherche d'effectivité des liens familiaux qu'il s'agit. En conséquence, il ne peut être question ici d'influence des législations internes dans la mesure où le droit communautaire en matière de droit des étrangers apparaît plus large que les droits internes. En posant les critères d'appréciation de la vie familiale entre le regroupant et le « *partenaire non marié* », le droit communautaire confère un sens à ce terme.

260. Faire bénéficier le partenaire non marié du droit au regroupement n'est pas la seule avancée du droit communautaire en matière d'effectivité des liens familiaux. La directive de 2004 met un terme à l'absence de protection des membres de la famille ayant bénéficié du regroupement en cas de décès du regroupant. Ce texte énonce que le décès ou le départ du territoire de l'État membre d'accueil du citoyen de l'Union n'affecte pas le droit de séjour des membres de la famille⁸³⁵. Partant, l'approche communautaire de la famille se rapproche de celle de la Cour EDH. La construction en matière familiale, si elle n'est pas commune, se fait néanmoins en parallèle entre le droit communautaire et le droit du Conseil de l'Europe. Par cette construction, le droit européen va au delà des emprunts faits aux États membres, même

⁸³³ Article 4 alinéa 3 de la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*

⁸³⁴ Article 4 alinéa 3 de la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*

⁸³⁵ Article 12 de la directive 2004/38 du Parlement Européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

si ces derniers conservent une place importante en ce domaine⁸³⁶. Le renvoi au droit des États membres existe toujours mais n'est plus plein et entier selon l'expression utilisée par H. Gaudemet-Tallon⁸³⁷. Le droit communautaire tente de mettre en œuvre ses propres solutions⁸³⁸. La famille communautaire prend ainsi peu à peu forme en se fondant sur l'effectivité des liens, et le rapprochement des deux notions européennes en matière de famille n'a plus rien d'inconcevable, jusqu'à ne former qu'une seule construction de la famille européenne.

261. La famille juridiquement reconnue se trouve bien entendue protégée à condition toutefois que les liens ne soient pas frauduleux : tant pour la CJCE⁸³⁹ que pour la Cour EDH⁸⁴⁰, le mariage doit être légal et non fictif. La protection s'attache donc aux liens réels, même si ce ne sont que des liens de fait⁸⁴¹. De plus, ni le droit communautaire ni le droit du Conseil de l'Europe n'envisage le couple homosexuel comme constitutif d'une vie familiale⁸⁴². De même, la famille telle qu'interprétée par le droit européen rejette la polygamie⁸⁴³. L'europanisation de la notion de famille se trouve de surcroît révélée lorsque

⁸³⁶ Voir par exemple l'article 4 de la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*, qui renvoie la question de la minorité aux droits des États membres : « *Les enfants mineurs visés au présent article doivent être d'un âge inférieur à la majorité légale de l'État membre concerné* ».

⁸³⁷ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 93.

⁸³⁸ Tel est le cas notamment avec l'article 2 de la directive de 2004, intitulé « *définitions* ». Cet article contient les définitions de trois concepts qui sont employés dans les dispositions de la proposition, notamment celui de membre de la famille. C'est encore une solution communautaire qui s'impose lorsque la directive subordonne le droit de séjour du citoyen de l'Union et des membres de sa famille à la condition de disposer de ressources suffisantes. Cette même condition était prévue dans les directives de 1990 mais l'avancée réside dans ce qu'il n'appartient désormais plus aux États membres de fixer le montant des ressources qu'ils considèrent comme suffisantes, ce qui était le cas jusqu'à présent. Les ressources suffisantes sont celles définies désormais, à l'article 8, paragraphe 4 de la directive de 2004. Enfin, la condition de cohabitation, utilisée par les droits internes en matière de regroupement familial, n'est pas reprise par le droit communautaire.

⁸³⁹ CJCE 23 septembre 2003 affaire C- 109/01, *Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich*, *op. cit.*

⁸⁴⁰ CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni, *CDE* 1988, p. 476, note G. COHEN-JONATHAN, point 62 de l'arrêt ; CEDH 21 juin 1988 requête n° 10730/84, Berrehab c/ Pays-Bas, point 21 de l'arrêt.

⁸⁴¹ « *La Cour rappelle que la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens " familiaux " factuels* » (CEDH 13 juillet 2000 requête n° 25735/94, Elsholz c/ Allemagne, *op. cit.*).

⁸⁴² Toutefois, lorsque le droit communautaire envisage le « *partenaire non marié* », il n'exclut pas expressément les partenaires de même sexe.

⁸⁴³ Voir entre autres pour le Conseil de l'Europe le point 3 de la résolution 1293 (2002) relative à la situation des femmes maghrébines : « *L'Assemblée parlementaire condamne fermement l'application de la répudiation et de la polygamie* ». Voir également Com. EDH 29 juin 1992 requête n° 19628/92, Rabia Bibi c/ Royaume-Uni, dans laquelle la Commission décide que l'interdiction pour la requérante d'être rejointe par sa mère se justifie au regard de la législation anglaise « *which prevents more than one foreign wife joining the husband already settled in the United Kingdom and is intended to prevent the formation of polygamous households* ». En effet, le père de la requérante résidait déjà sur le territoire du Royaume-Uni avec l'une de ses épouses.

le droit européen refuse de considérer la cohabitation ou la vie commune comme un critère d'existence d'une vie familiale⁸⁴⁴.

262. Que les deux notions européennes de vie familiale se rejoignent ne semble pas illogique : la CJCE applique les principes jurisprudentiels dégagés par la Cour EDH en matière de vie familiale⁸⁴⁵ et le législateur communautaire s'inspire dans une large mesure des avancées de la CJCE⁸⁴⁶. L'arrêt *Carpenter*⁸⁴⁷ illustre fort bien l'utilisation par la CJCE des principes découlant de l'article 8 de la Conv EDH en matière d'expulsion. Le droit communautaire doit être lu à la lumière du droit au respect de la vie familiale, auquel il accorde une importance primordiale. L'arrêt *MRAX*⁸⁴⁸ doit, à ce titre, être également cité. Dans ce dernier arrêt, le refoulement d'un ressortissant d'un État tiers, conjoint d'un ressortissant communautaire, s'avère disproportionné eu égard à l'importance de la nécessité de protéger la vie familiale des ressortissants des États membres. La Cour estime en effet que l'intéressé ne représente pas un danger pour l'ordre, la sécurité ou la santé publics et qu'il est à même de prouver son identité ainsi que son lien conjugal. Pour cette raison, la mesure

Quant au droit communautaire, le principe 5 de la résolution relative à l'harmonisation des politiques nationales en matière de regroupement familial, du 1^{er} juin 1993 s'oppose à ce que le résident puisse se faire rejoindre par une épouse et ses enfants, en cas de mariage polygame, s'il vit déjà avec l'une de ses épouses sur le territoire d'un État membre ; l'article 4 de la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*, prévoit qu' « en cas de mariage polygame, si le regroupant a déjà un conjoint vivant avec lui sur le territoire d'un État membre, l'État membre concerné n'autorise pas le regroupement familial d'un autre conjoint ».

⁸⁴⁴ Par exemple CEDH 21 juin 1998 requête n° 10730/84, *Berrehab c/ Pays-Bas*, point 21 de l'arrêt : « La Cour ne voit pas non plus dans la vie commune une condition sans laquelle on ne saurait parler de vie familiale ».

⁸⁴⁵ C. MAUBERNARD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*, p. 290.

⁸⁴⁶ Voir notamment la quantité importante d'arrêts cités par le Parlement et le Conseil dans la proposition de directive 2001/257 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 23 mai 2001, *op. cit.*

⁸⁴⁷ CJCE 11 juillet 2002 affaire C- 60/00, *Mary Carpenter et Secretary of State for the Home Department*, *Rec.* p. 6305 ; *Europe* octobre 2002, p. 21, n° 335, note L. IDOT. Était en cause en l'espèce une décision d'expulsion à l'encontre de la conjointe, ressortissante d'un État tiers, d'un ressortissant britannique. Comme le relève L. Idot, si la directive du 21 mai 1973 relative au droit de séjour reconnaît ce droit aux membres de la famille dans l'État d'accueil, elle n'aborde pas la question du droit de séjour des membres de la famille d'un prestataire de services dans l'État membre d'origine (L. IDOT, note sous CJCE 11 juillet 2002 affaire C-60/00, *Mary Carpenter et Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.* p. 22). Pour contourner cette lacune, la Cour de justice aborde la question sous l'angle du droit fondamental au respect de la vie familiale. Elle utilise alors le même raisonnement que la Cour européenne en décidant tout d'abord que la décision d'expulsion de M^{me} Carpenter constitue une ingérence dans l'exercice par M. Carpenter de son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Conv EDH. Elle poursuit en précisant que si des restrictions à ce droit se trouvent admises, c'est à la condition qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles soient enfin nécessaires, c'est à dire proportionnées à un besoin social impérieux. Plutôt que de renvoyer un tel examen au juge national, la Cour y procède elle-même et conclut que la mesure d'expulsion est disproportionnée car le mariage s'avère authentique, que les époux mènent une vie familiale effective et que le comportement de M^{me} Carpenter ne menace pas l'ordre et la sécurité publics (CJCE 11 juillet 2002 affaire C- 60/00, *Mary Carpenter et Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.*, point 44 de l'arrêt).

⁸⁴⁸ CJCE 25 juillet 2002 affaire C- 459/99, *MRAX*, *Rec.* p. 6591 ; *Europe* novembre 2002, p. 19, n° 370, note Y. GAUTIER.

d'éloignement ne saurait se fonder sur le simple motif tiré du non-accomplissement des formalités légales relatives au contrôle des étrangers. La protection de la vie familiale peut donc prévaloir sur l'appréciation nationale de la situation irrégulière d'un étranger. Le droit communautaire, loin de subir l'influence des droits nationaux, impose sa solution.

263. L'homogénéité de la construction européenne de la vie familiale se vérifie encore en matière de droit des étrangers. Une opposition entre droit communautaire et droit du Conseil de l'Europe aurait pu apparaître en ce domaine puisque c'est pour l'instant le seul thème sur lequel le droit communautaire intervient directement. Il est heureux que sur cette question déjà sensible, car touchant à la souveraineté de l'État, les interprétations européennes coïncident, tant pour déterminer les relations qui constituent une vie familiale que pour exclure celles qui n'y parviennent pas⁸⁴⁹. Il ne semble pas utile de reprendre en détail la jurisprudence abondante et connue de la Cour EDH en matière de droit des étrangers⁸⁵⁰. Elle a maintes fois eu à se déterminer dans des affaires touchant à l'éloignement forcé ou au regroupement familial de ressortissants étrangers. Si le Conseil de l'Europe reconnaît, lui aussi, tout comme le droit communautaire, le principe de la libre circulation⁸⁵¹, la Cour ne reconnaît pas un droit général au regroupement familial⁸⁵² et ce malgré un ensemble de normes édictées par le Conseil de l'Europe énonçant des principes qui y sont relatif⁸⁵³. La

⁸⁴⁹ En ce sens, le droit européen s'accorde à estimer qu'en soi, la présence de collatéraux ne suffit pas à constituer une vie familiale. Voir l'opinion concordante du juge PETTITI à la suite de l'arrêt CEDH 24 avril 1996 requête n° 22070/93, Boughanemi c/ France : « *La présence extérieure de frères et sœurs n'est pas en soi constitutive de vie familiale* » ; voir également l'arrêt CEDH 13 février 2001 requête n° 47160/99, Ezzouhdi c/ France, *op. cit.* où la CEDH admet l'existence d'une vie familiale entre le requérant, ses frères et sœurs et leur mère. Il est impossible de déterminer si la seule relation entre collatéraux aurait amené à la même conclusion.

⁸⁵⁰ P. KAYSER, « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des Droits de l'Homme et le droit interne français », *op. cit.* ; FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1999 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le maintien du lien familial des étrangers », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 211 ; V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » dans *Mélanges en hommage à PETTITI L.-E.*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 207.

⁸⁵¹ Article 2 du Protocole additionnel n° 4 du 16 septembre 1963.

⁸⁵² Dans l'arrêt *Gül contre la Suisse*, la Cour affirme notamment que « *en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire* » (CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94, *Gül c/ Suisse*, point 38 de l'arrêt).

⁸⁵³ Voir notamment la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant du 24 novembre 1977, STE, n° 93 ; la résolution (78) 33 relative au regroupement familial dans le cadre des migrations de travailleurs dans les États membres du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des ministres le 8 juin 1978 ; la recommandation 1261 (1995) de l'Assemblée parlementaire, relative à la situation des femmes immigrées en Europe, adoptée par la Commission Permanente, agissant au nom de l'Assemblée, le 15 mars 1995 ; l'article 19§ 6 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 ; le principe n°4 de la recommandation (83) 1 du Comité des ministres aux États membres relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée, adoptée le 22 février 1983. Sur ces textes, voir S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, coll. bibliothèque de droit privé, tome 290, 1998, p. 187 et s..

Cour EDH a tout de même fait un pas en direction de la CJCE puisqu'elle a admis, à deux reprises, un droit au regroupement familial au bénéfice d'enfants mineurs⁸⁵⁴. Ce faisant, elle offre davantage de cohésion à la jurisprudence européenne en matière familiale. Par ailleurs, les garanties de la Convention ne protègent pas les étrangers contre une expulsion et ces derniers ne peuvent invoquer ce texte que dans la mesure où l'expulsion constitue une ingérence dans leur vie familiale. L'approche de la Cour européenne reste identique s'agissant d'étrangers ou de non étrangers mais la doctrine a pu parler de protection en « dégradé »⁸⁵⁵ de la vie familiale. La période de jurisprudence particulièrement sévère⁸⁵⁶ entre les années 1996 et 2001⁸⁵⁷ a semblé un temps révolue mais la sévérité semble à nouveau de rigueur⁸⁵⁸. La Cour entend protéger les seules vies familiales effectives. Le caractère effectif est pris notamment en compte au titre des critères permettant de déterminer si une mesure d'éloignement à l'encontre d'un étranger constitue une atteinte disproportionnée au respect de sa vie familiale.

⁸⁵⁴ CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96, *Sen c/ Pays Bas*, JCP 2002, éd. G., I, 105, p. 131, n° 14, obs. F. SUDRE ; CEDH 1^{er} décembre 2005, requête n° 60665/00, *Tuquabo-Tekle et autres c/ Pays Bas*, AJDA 2006, n° 9, p. 471, note J.-F. FLAUSS. La Cour EDH accorde dans de tels cas le droit au regroupement familial car il constitue le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale (cf. CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96, *Sen c/ Pays Bas*, point 40 de l'arrêt, *op. cit.*).

⁸⁵⁵ H. LABAYLE, « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », RFDA 1993, 9 (3), p. 511.

⁸⁵⁶ A partir de l'arrêt CEDH 24 avril 1996 requête n° 22070/93, *Boughanemi c/ France*, *op. cit.*, la Cour a modifié son appréciation en matière d'éloignement des étrangers. A partir cette date, sa jurisprudence se montre beaucoup plus sensible à l'argumentation basée sur l'ordre public et l'intérêt général des États. Dès lors, seule une atteinte à une vie familiale incontestable pouvait amener la Cour à condamner un État, comme par exemple dans l'arrêt *Mehemi contre la France* (CEDH 26 septembre 1997 requête n° 25017/94, *Mehemi c/ France*) La sévérité de la Cour a notamment pu être révélée au travers de l'arrêt *Gül contre la Suisse* (CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94, *Gül c/ Suisse*, *op. cit.*) dans lequel la Cour juge fondé un refus de séjour prononcé des autorités helvétiques à l'égard d'un mineur souhaitant rejoindre ses parents, de nationalité turque, installés en Suisse. De manière surprenante, la Cour n'énonce pas, dans cet arrêt, le principe selon lequel être ensemble pour un enfant et ses parents représente un droit fondamental, principe qu'elle aime pourtant à répéter.

⁸⁵⁷ La jurisprudence de la Cour semble s'être adoucie à compter de l'année 2001, notamment au travers de l'arrêt *Sen contre les Pays-Bas* (CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96, *Sen c/ Pays-Bas*, *op. cit.*). La Cour considère en effet que le refus d'un permis de séjour opposé à un enfant de 12 ans qui lui aurait permis de rejoindre ses parents et deux autres enfants de ceux-ci violait le respect de la vie familiale. Une telle jurisprudence, plus sensible qu'auparavant au respect de la vie familiale des étrangers, se confirme depuis, par exemple : CEDH 9 octobre 2003 requête n° 48321/99, *Slivenko c/ Lettonie* qui « s'inscrit dans ce mouvement plus favorable » aux étrangers (selon les propos de J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme, La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 73).

⁸⁵⁸ J.-F. FLAUSS constate ainsi un durcissement (« Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2005- janvier 2006) », *op. cit.*, p. 471). Voir par exemple CEDH 17 janvier 2006 requête n° 50278/99, *Aoulmi c/ France*. Cf. aussi J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à une vie familiale pour les étrangers », colloque sur le droit à une vie familiale, Pau, 30 juin 2006, *op. cit.*

264. La Cour EDH utilise souvent en matière de droit des étrangers le concept de « *vie privée et familiale* »⁸⁵⁹. Toutefois son examen s'oriente sur les relations familiales entretenues par le requérant⁸⁶⁰. Par conséquent, si le mélange de concepts peut sembler obscurcir l'interprétation de la notion de vie familiale, une lecture attentive du raisonnement suivi par la Cour permet de détacher⁸⁶¹ l'étude relative à la vie familiale. Par cette notion « *globalisante* »⁸⁶², la Cour cherche à étendre la protection des étrangers non plus seulement au respect de leur seule vie familiale mais également à leur vie personnelle et sociale.

265. Les normes européennes relatives à la famille, qu'elles soient communautaires ou qu'elles relèvent de la sphère des droits de l'homme, sont nombreuses et ne contiennent pour la plupart qu'une énumération des membres de la famille sans définition générale de ce qu'est une famille. Il est toutefois possible de dégager des principes communs permettant de déduire une approche européenne de la famille. Ainsi, le droit à la vie familiale possède un sens particulier en raison de son européanisation. La construction communautaire converge vers celle du Conseil de l'Europe et l'ensemble forme véritablement une œuvre créatrice. Loin de l'interprétation consensuelle, la création est venue se rajouter à un sens commun de la famille emprunté aux États. La même idée de réalisation véritablement européenne se retrouve en matière de concepts autonomes et explique là encore l'européanisation d'ensemble des règles civiles.

⁸⁵⁹ CEDH 24 avril 1996 requête n° 22070/93, *Boughanemi c/ France*, *op. cit.*; CEDH 13 février 2001 requête n° 47160/99, *Ezzouhdi c/ France*, *op. cit.*; CEDH 29 janvier 1997 requête n° 23078/93, *Bouchelkia c/ France*, *JCP* 1998, *éd. G*, I, 107, p. 182, n° 37, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 1997, p. 540, note J.-P. MARGUÉNAUD; CEDH 30 novembre 1999 requête n° 34374/97, *Baghli c/ France*.

⁸⁶⁰ Par exemple dans l'arrêt *Ezzouhdi contre la France*, la Cour affirme que « *la mesure litigieuse d'interdiction temporaire du territoire français s'analyse en une ingérence dans le droit du requérant au respect non seulement de sa vie privée mais également de sa vie familiale* » (CEDH 13 février 2001 requête n° 47160/99, *Ezzouhdi c/ France*, point 26 de l'arrêt, *op. cit.*).

⁸⁶¹ Tout au moins en matière de droit des étrangers car ce n'est pas toujours le cas lorsque la Cour utilise conjointement les deux notions.

⁸⁶² F. SUDRE, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 31.

2° Les concepts autonomes

266. Les notions autonomes⁸⁶³ doivent être considérées comme une « *technique d'interprétation autonome* »⁸⁶⁴. Il s'agit de concepts utilisés par la Cour européenne qui ont une signification propre dans le système normatif du Conseil de l'Europe et qui ne doivent donc pas être identifiés avec les concepts homonymes de tel ou tel ordre juridique⁸⁶⁵. F. Sudre précise ainsi que ces notions doivent être détachées du contexte national afin de les doter d'un sens européen⁸⁶⁶. Or, si l'auteur remarque que ces notions doivent être détachées du droit national, c'est justement parce que ce dernier en constitue le point de départ⁸⁶⁷. De ce fait, l'autonomie n'apparaît que relative : les notions se construisent sur un échange conceptuel réciproque entre le fond du droit national et la volonté normative du droit européen⁸⁶⁸.

267. La Cour européenne a tenté pour la première fois dans les arrêts *Engel et autres contre les Pays-Bas*⁸⁶⁹ et *König*⁸⁷⁰ contre l'Allemagne d'attribuer aux termes de la Convention, une signification européenne propre et il existe aujourd'hui plusieurs notions

⁸⁶³ Voir notamment « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEHD* 1997, n° 6 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère autonome des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 201 ; F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 93 ; F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », dans M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'état*, Presses universitaires de France, 1989, p. 401.

⁸⁶⁴ D. EVRIGENIS, « Réflexions sur la dimension nationale de la CEDH », *Actes du colloque sur la CEDH par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe Strasbourg, 1979, p. 71, cité par F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 94.

⁸⁶⁵ *Ibidem*.

⁸⁶⁶ F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 94.

⁸⁶⁷ E. KASTANAS définit ainsi ces notions qui, « détachées du droit interne, doivent s'interpréter dans le contexte de la Convention et à la lumière de son objet et de son but, le droit interne n'étant qu'un point de départ » (E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 16).

⁸⁶⁸ D. EVRIGENIS, « Réflexions sur la dimension nationale de la CEDH », *Actes du colloque sur la CEDH par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme*, op. cit. Pour l'auteur, une triple distinction peut se faire sur le plan de l'autonomie, « il y a des concepts dont le caractère autonome résulte clairement du fait qu'ils sont manifestement particuliers au système normatif et, le cas échéant, institutionnel d'un instrument international déterminé. Il y a également des concepts dont l'autonomie est plus ou moins restreinte et parfois même exigüe. Enfin, il existe des concepts dont le contenu ne peut être extrait que par renvoi à un ordre juridique particulier ».

⁸⁶⁹ CEDH 8 juin 1976 requêtes n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, GACEDH n° 4.

⁸⁷⁰ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 *König c/ RFA*, CDE 1979, p. 474, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1980, p. 460, note P. ROLLAND.

qualifiées d'autonomes par la Cour⁸⁷¹. En matière civile, il s'agira de s'intéresser plus particulièrement à la notion de biens (a) ainsi qu'à celle de droits et obligations de caractère civil (b).

a. La notion de biens

268. La notion de biens figure à l'article 1 du premier protocole de la Conv EDH. Au préalable, il faut relever la spécificité de ce droit par rapport aux autres droits protégés. En raison de profondes divergences entre les États lors de l'insertion du droit de propriété dans le texte de la Convention, ce droit a été exilé⁸⁷² et a fait l'objet d'un texte spécifique ultérieur à la Convention initiale : le 1^{er} protocole additionnel à la convention du 20 mars 1952, qui ne devait viser, au regard des travaux préparatoires, que la protection contre la confiscation arbitraire des biens⁸⁷³. Il ne s'agit ni d'un droit absolu ou quasi absolu, ni d'un droit supportant des exceptions conventionnellement précisées⁸⁷⁴, tels les articles 8 à 11 de la Convention : certaines restrictions se trouvent autorisées par l'article 1 mais n'en sont pas moins définies⁸⁷⁵. Seule cette disposition est formulée ainsi dans la Convention européenne et protège un droit de l'homme de nature économique⁸⁷⁶. En outre, ce droit puise son originalité dans le contrôle particulièrement délicat de la Cour car intéressant des considérations d'intérêt général interne. Le juge strasbourgeois est contraint de contrôler des actes revêtant des aspects politiques prépondérants. Par conséquent, les États jouissent d'une grande marge d'appréciation pour ce qui concerne les mesures d'utilité publique ainsi que dans la mise en œuvre de politiques économiques et sociales pouvant porter atteinte au droit de propriété⁸⁷⁷.

⁸⁷¹ Ainsi les notions d'arrestation, de droits et obligations de caractère civil, de matière pénale, de témoins, de biens, d'accusation, de victime et de peine sont elles qualifiées de la sorte par la Cour. Toutefois il semble que la doctrine ne parvienne pas à se mettre d'accord sur la liste des notions autonomes, voir en ce sens F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 98.

⁸⁷² L. CONDORELLI, dans L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 971.

⁸⁷³ Voir en ce sens les travaux préparatoires de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Conv EDH, Conseil de l'Europe, 1976, p. 3.

⁸⁷⁴ F. MASSIAS, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit de propriété », op. cit., p. 47.

⁸⁷⁵ *Ibidem*.

⁸⁷⁶ L. CONDORELLI, dans L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 972.

⁸⁷⁷ CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79, James et autres c/ Royaume-Uni, GACEDH n° 58 ; CDE 1988, p. 479, note G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1987, p. 772, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER. La Cour a pu ainsi préciser que « dans la mise en œuvre de telles politiques, le législateur doit jouir d'une grande latitude pour se prononcer tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public appelant une réglementation que sur le choix des modalités d'application de cette dernière » (CEDH 19 décembre 1989 requêtes n° 10522/83, 11011/84, 11070/84, Mellacher et autres c/ Autriche, point 45 de l'arrêt).

269. Le respect de la Cour quant à la manière dont les États conçoivent l'intérêt général l'amène à un contrôle qualifié de « *très sommaire voir inexistant* »⁸⁷⁸ et nécessairement plus limité à l'égard du droit de propriété qu'à celui de n'importe quel autre droit⁸⁷⁹. La Cour n'a longtemps cherché qu'à fustiger les seuls actes réellement déraisonnables ou arbitraires⁸⁸⁰. De ce fait, afin de rééquilibrer un contrôle timoré et freiné par une marge d'appréciation plus ample que pour les autres libertés⁸⁸¹, la Cour a attribué une grande portée à la notion de biens en s'émancipant véritablement des qualifications de droit internes. Seul le champ d'application de l'article 1 du protocole 1 devra donc être envisagé ici et il ne sera pas question du contrôle des ingérences effectué par la Cour. Tout l'enjeu de la qualification de bien réside dans l'attribution, à son propriétaire, d'un droit de propriété. Afin que la mesure litigieuse soit examinée sous l'angle de l'article 1 du protocole 1, il faut nécessairement qu'un bien soit concerné, qu'il s'agisse du principe du respect de la propriété, de la privation de propriété ou du pouvoir reconnu aux États de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général⁸⁸².

270. La Cour a rapidement opté pour une interprétation à la fois extensive⁸⁸³ et autonome de la notion de *biens*. Elle précise tout d'abord dans l'arrêt *Marckx* qu'en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 du premier protocole garantit de manière plus générale et en substance le droit de propriété⁸⁸⁴. Si la Cour n'affirme expressément qu'en 1995 l'interprétation autonome de la notion de biens⁸⁸⁵, une telle interprétation était auparavant implicite puisque la Cour ne fait que « *rappeler* » cette méthode selon ses propres termes dans l'arrêt de 1995. La notion de biens a été européanisée grâce à une interprétation

⁸⁷⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁷⁹ *Ibid.* p. 49.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 156. « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'État conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle "manifestement dépourvu de base raisonnable" » ; CEDH Gr. Ch.12 avril 2006 requêtes n° 65731/01, 65900/01, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, point 52 de l'arrêt, *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 164, n° 12, p. 1591, obs. F. SUDRE.

⁸⁸¹ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁸² Ces trois normes distinctes découlent de la réécriture (F. SUDRE, « Le droit au respect de ses biens au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 225) de l'article 1 du protocole n° 1 à laquelle la Cour a procédé dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth contre la Suède* (CEDH 23 juin 1982 requêtes n° 7151/75 et 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, *GACEDH* n° 57).

⁸⁸³ H. PAULIAT, « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1995, p. 1450.

⁸⁸⁴ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 63 de l'arrêt *op. cit.*

⁸⁸⁵ CEDH 23 février 1995 requête n° 15375/89, *Gasus Dossier c/ Pays-Bas*, point 53 de l'arrêt.

extensive et centralisatrice du juge européen, sans pour autant qu'il s'affranchisse complètement des droits nationaux. En effet, le point de départ de l'interprétation se situe en droit interne puisque la Cour précise que pour juger de l'existence d'un bien, elle peut avoir égard au droit interne en vigueur lors de l'ingérence alléguée⁸⁸⁶ et que « *la détermination et l'identification d'un droit de propriété relève du système juridique national* »⁸⁸⁷. Si la Cour s'appuie sur le droit interne, la qualification européenne n'est pas totalement indépendante de la qualification nationale. Si tel était le cas, la Cour pourrait sans doute poser une définition de la notion de biens, ce qu'elle ne fait pas. Elle évite ainsi de figer ce concept et se garde la possibilité de suivre le droit interne ou au contraire de l'ignorer, en fonction des besoins de la cause. De ce fait, la qualification nationale n'apparaît pas décisive ; tout en étant observée, elle ne lie pas le juge européen.

271. La Cour n'hésite pas à prendre appui sur le droit national si ce dernier ne contrevient pas à l'objet et au but de l'article 1 protocole 1 et permet de qualifier le droit en cause de bien. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera S. A et autres contre la Belgique*⁸⁸⁸, la Cour déclare que, puisque rien ne lui permet de penser que le droit interne contrevient à l'objet ou au but de l'article 1 du protocole n° 1, elle peut s'inspirer de la qualification nationale⁸⁸⁹. Ainsi, lorsque la qualification du droit national convient à la Cour et lui permet l'application de la Convention, elle prend appui sur les dispositions nationales. Dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire *Stec et autres contre le Royaume-Uni*⁸⁹⁰, la Cour s'inspire explicitement de l'évolution des droits internes afin de modifier sa jurisprudence relative aux prestations non contributives⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ CEDH 20 novembre 1995 requête n° 17849/91, *Pressos compania naviera S.A. et autres c/ Belgique*, point 31 de l'arrêt.

⁸⁸⁷ CEDH 18 juin 2002 requête n° 48939/99, *Oneryildiz c/ Turquie*, point 139 de l'arrêt, *RTDH* 2003, p. 261, note C. LAURENT ; *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1457, n° 23, obs. F. SUDRE ; *GACEDH* n° 56.

⁸⁸⁸ CEDH 20 novembre 1995 requête n° 17849/91, *Pressos compania naviera S.A. et autres c/ Belgique*, *op. cit.* Le droit litigieux se trouvait être une créance en réparation. Il s'agissait indéniablement d'un bien au regard du droit interne puisque selon la législation belge, la créance naît avec la réalisation du dommage. Le gouvernement fonde alors sa défense sur la signification autonome de la notion de bien. Il invoque à son profit l'argument habituel de la Cour résidant dans l'interprétation autonome. En d'autres termes, le gouvernement précise que ce n'est pas parce que le droit interne qualifie de bien cette créance que le droit européen doit faire de même, puisque le juge européen prétend lui-même ne pas être tributaire des qualifications de droit interne (point 30 de l'arrêt).

⁸⁸⁹ *Ibid.*, point 31 de l'arrêt.

⁸⁹⁰ CEDH Gr. Ch. décision sur la recevabilité, 06 juillet 2005 requêtes n° 65731/01, 65900/01, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 109, n° 14, p. 190, obs. F. SUDRE.

⁸⁹¹ La Cour examine la façon dont la protection sociale est organisée dans les États membres du Conseil de l'Europe. Elle constate qu'« *au sein de cette communauté d'États comme au sein de la plupart des États pris individuellement il existe un vaste éventail de prestations sociales destinées à conférer des droits automatiques* » (point 50 de l'arrêt). Elle déduit de cette évolution des droits internes qu'il apparaît de plus en plus artificiel de

272. En revanche, lorsque la qualification interne ne lui permet pas de faire entrer le droit en cause sous la protection de l'article 1, la Cour s'en affranchit et cette hypothèse justifie alors la qualification d'interprétation autonome. L'autonomie est dite dans ce cas « à sens unique »⁸⁹². C'est dans cette dernière perspective que la Cour a procédé à la construction de la notion européenne de biens, dépassant largement les acceptions nationales. L'eupéanisation de la notion de biens se fait alors au regard de la conception matérielle et non formelle de la notion autonome en cause⁸⁹³.

273. Les biens matériels n'ont guère posé de problème d'interprétation à la Cour, elle n'a d'ailleurs pas eu besoin de s'affranchir des qualifications de droit interne pour estimer qu'ils entraient dans la catégorie des biens visés par l'article 1 du Protocole n° 1⁸⁹⁴. La qualification de bien se trouvait en revanche plus délicate dans l'arrêt *Oneryildiz contre la Turquie*⁸⁹⁵. En l'espèce, le requérant sollicitait la protection de son droit de propriété pour une maison construite illégalement sur un terrain appartenant à l'État. La solution déterminée par la Cour procède d'un raisonnement étrange puisqu'elle rejette en premier lieu la qualification de bien. Elle affirme ainsi que le fait pour le requérant d'avoir occupé un terrain du Trésor public pendant cinq ans environ ne peut s'analyser en un bien au sens de l'article 1 du Protocole 1. Elle semble donc approuver le raisonnement du gouvernement en mentionnant que le requérant n'était pas en droit de revendiquer un droit de propriété et qu'il ne détenait aucun titre. Or, poursuit la Cour, l'article 1 du Protocole n° 1 ne vaut que pour des biens actuels et ne garantit pas un droit à devenir propriétaire d'un bien⁸⁹⁶. Pourtant, d'après la juridiction, le requérant demeure matériellement propriétaire du corps et des composants de l'habitation qu'il avait construit ainsi que de tous les biens ménagers et personnels qui pouvaient s'y

considérer que seules les prestations financées par des contributions à une caisse particulière relèvent du champ d'application du Protocole n° 1. Aussi, le régime de sécurité sociale en cause peut être assimilé à un bien.

⁸⁹² E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 359.

⁸⁹³ CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75, *Deweert c/ Belgique*, point 44 de l'arrêt.

⁸⁹⁴ Il ne fait en effet guère de doute que les maisons d'habitation (CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79 *James et autres c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*), les parcelles de terrains (CEDH 23 mars 1995 requête n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, *RUDH* 1995 p. 130 ; *RTD eur.* 1995, p. 725, note G. COHEN-JONATHAN ; *JCP* 1995, éd. G, I, 3910, p. 101, n° 1, obs. F. SUDRE) et les propriétés agricoles (CEDH 21 février 1990 requête n° 11855/85, *Håkansson et Stureson c/ Suède* ; CEDH 23 avril 1987 requête n° 9616/81, *Erkner et Hofauer c/ Autriche*) constituent des biens fonciers. Les fruits de ces biens bénéficient également de la protection du droit de propriété dans l'arrêt *Mellacher et autres contre l'Autriche* où était attaquée une législation imposant la réduction de loyers pourtant déjà fixés par contrat. La Cour a estimé que la loi visée privait les requérants d'une partie de leurs revenus futurs immobiliers.

⁸⁹⁵ CEDH 18 juin 2002 requête n° 48939/99, *Oneryildiz c/ Turquie*, *op. cit.*

⁸⁹⁶ *Ibid.*, point 140 de l'arrêt.

trouver⁸⁹⁷. De plus, le fait qu'il n'ait jamais été inquiété par les autorités favorise l'interprétation selon laquelle l'habitation construite par le requérant et le fait d'y demeurer avec sa famille, représentaient, pour lui, un intérêt économique substantiel. Partant, pareil intérêt s'analyse en un bien⁸⁹⁸.

274. La Cour refuse donc de tenir compte de l'illégalité touchant l'habitation qui empêche en droit interne la protection de la propriété. Elle se détourne donc des qualifications de droit national⁸⁹⁹. Qu'une habitation construite sans permis et appartenant au Trésor public puisse fonder le droit de propriété d'un particulier peut surprendre. Telle est pourtant l'interprétation de la Cour qui fait prévaloir l'intérêt économique du requérant sur le refus des autorités internes de considérer ce dernier comme un propriétaire. En cela, elle confère à la notion de biens non seulement une portée très étendue et compréhensive⁹⁰⁰, mais également une signification éloignée des qualifications nationales.

275. L'affranchissement du juge européen à l'égard des interprétations nationales se retrouve en matière de biens mobiliers. Si la qualification de biens ne fait aucun doute pour des véhicules⁹⁰¹, des exemplaires d'un livre confisqués puis détruits⁹⁰², ou encore des pièces d'or saisies alors même qu'elles ont été importées dans le pays mis en cause devant la Cour de manière frauduleuse⁹⁰³, elle a nécessité de la part de la Cour un nouvel acte d'émancipation dans l'affaire *Beyeler contre l'Italie*⁹⁰⁴. La Cour y affirme que le seul intérêt patrimonial du requérant constitue pour la Cour un bien, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1⁹⁰⁵.

⁸⁹⁷ Comp. CEDH 9 juin 2004, requête n° 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02, Dogan et autres c/ Turquie, point 139 de l'arrêt, *JCP* 2004, éd. G., I, 161, n° 16, p. 1581, obs. F. SUDRE. Dans ce dernier arrêt, à l'instar de l'arrêt Oneryildiz, les requérants ne disposaient d'aucun titre sur les terres qu'ils cultivaient et sur lesquelles ils habitaient. La Cour s'est fondée sur les activités économiques pratiquées par les requérants sur les terres en question afin d'admettre l'applicabilité de l'article 1 du protocole n° 1 : « *l'ensemble de ces ressources économiques et les revenus que les intéressés en tiraient peuvent être qualifiés de "biens"* ».

⁸⁹⁸ *Ibid.*, point 142 de l'arrêt.

⁸⁹⁹ Elle considère en effet que « la non-reconnaissance par les lois internes d'un intérêt particulier comme un "droit" ni le fait que celles-ci ne confèrent pas à un tel intérêt la qualité d'un "droit de propriété", n'empêchent pas forcément que l'intérêt en question puisse, dans certaines circonstances, passer pour un "bien", au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 » (*Ibid.*, point 139 de l'arrêt).

⁹⁰⁰ F. SUDRE, note sous CEDH 18 juin 2002 requête n° 48939/99, Oneryildiz c/ Turquie, *op. cit.*

⁹⁰¹ CEDH 22 février 1994 requête n° 12954/87, Raimondo c/ Italie.

⁹⁰² CEDH, 7 décembre 1976 requête n° 5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni, *op. cit.*

⁹⁰³ CEDH 24 octobre 1986 requête n° 9118/80, Agosi c/ Royaume-Uni.

⁹⁰⁴ CEDH 5 janvier 2000 requête n° 33202/96, Beyeler c/Italie, *D.* 2003, chron., p. 227, note J.-F. FLAUSS. Dans cet arrêt, le requérant avait acheté un tableau d'une grande valeur avec l'intervention d'un intermédiaire sans toutefois révéler au vendeur que le tableau avait été acheté pour son compte. La déclaration faite pas le vendeur au ministère italien pour le Patrimoine culturel ne le mentionnait donc pas. Quelques années plus tard, le ministère ayant appris que la vente avait été faite pour le compte du requérant, les autorités italiennes exercèrent leur droit de préemption. La Cour se trouvait une nouvelle fois confrontée à la question de savoir si le requérant

276. L'européanisation de la notion de biens prend également tout son sens à l'examen des biens incorporels. Il est question alors d'une véritable « *instrumentalisation* »⁹⁰⁶ de la notion dans le but de faire entrer les droits sociaux dans le champ d'application de la Conv EDH. La combinaison de l'article 14⁹⁰⁷ et du droit de propriété permet à la Cour de statuer sur des questions qui, initialement, lui auraient certainement été étrangères. L'article 14 possède ainsi un effet levier essentiel⁹⁰⁸ car, par ce mécanisme, la notion de biens se trouve étendue à des cotisations de sécurité sociale⁹⁰⁹, ainsi qu'à une allocation chômage d'urgence⁹¹⁰. La Cour s'est également écartée de la qualification interne dans l'arrêt *Wessels Bergervoet contre le Royaume-Uni*⁹¹¹, s'agissant d'une pension de vieillesse⁹¹². Poursuivant sur cette voie, la Cour va également conclure dans l'arrêt *Koua Poirrez*, rendu contre la France⁹¹³, qu'une allocation aux adultes handicapés, prestation sociale non contributive, constitue un bien. Elle met donc un terme au lien pouvant exister entre le droit à une prestation sociale et le paiement de

pouvait se voir attribuer la qualité de propriétaire du tableau. En effet, au regard du droit national, il n'était jamais devenu propriétaire du tableau, réputé appartenir à l'intermédiaire. La Cour relève d'ailleurs qu'entre l'achat de l'oeuvre et l'exercice du droit de préemption par l'État, c'est-à-dire pendant la période au cours de laquelle la situation du requérant est restée implicitement soumise au régime de la préemption, celui-ci s'est trouvé dans une situation de simple possession du tableau (point 104 de l'arrêt).

⁹⁰⁵ *Ibid.*, point 105 de l'arrêt.

⁹⁰⁶ F. SUDRE, obs. sous CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, *JCP* 2004, éd. G., I, 107, p. 185, n° 20.

⁹⁰⁷ Une telle combinaison s'avèrera inutile lorsque le protocole 12, autonomisant le principe de non-discrimination, sera entré en vigueur.

⁹⁰⁸ Voir en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 39 qui parle de « *mécanisme amplificateur* ».

⁹⁰⁹ CEDH 21 février 1997 requête n° 20060/92, *Van Raalte c/ Pays-Bas* RTDH 1998, p. 721 note S.-J. ESSAWE PRISO.

⁹¹⁰ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 17371/90, *Gaygusuz c/ Autriche*, D. 1998, juris. p. 438, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY. Dans cette affaire, le gouvernement arguait qu'il ne pouvait s'agir d'un bien dans la mesure où une telle prestation d'urgence ne se trouve pas automatiquement liée au versement de contributions à la caisse d'assurance chômage. Cependant pour la Cour, cette prestation sociale représente un droit patrimonial et permet dès lors la protection de l'article 1 du protocole n°1.

⁹¹¹ CEDH 4 juin 2002 requête n° 34462/97, *Wessels-Bergervoet c/ Royaume-Uni*. L'argument du gouvernement résidait dans le fait qu'au sein du système de pension, le niveau des prestations n'est pas fonction des cotisations versées : aussi, le groupe des cotisants diffère-t-il de celui des bénéficiaires (*Ibid.*, point 39 de l'arrêt). Aucun lien n'existant entre les cotisations versées et le droit à prestation, le gouvernement estime que la pension de vieillesse en cause ne peut être considérée comme un bien. Pourtant, pour la Cour, le fait de verser des cotisations à un régime de sécurité sociale peut permettre de bénéficier ultérieurement d'un droit de propriété sur ces prestations, il s'agit donc d'un « bien ».

⁹¹² L'affaire *Willis contre le Royaume-Uni* (CEDH 11 juin 2002 requête n° 36042/97, *Willis c/ Royaume-Uni*) s'avère également intéressante en ce qu'elle concerne une allocation de veuvage. En vertu de la législation interne au Royaume-Uni, un veuf n'a aucun droit découlant des cotisations de son épouse décédée alors qu'une veuve bénéficie des cotisations de son époux décédé. Pour l'État défendeur, faute de cotisations, le demandeur ne détenait aucun droit patrimonial découlant de ces dernières. La Cour va décider que le droit du requérant constitue un droit de nature suffisamment patrimoniale pour pouvoir être qualifié de bien et il n'est pas besoin pour cela d'examiner si une prestation de sécurité sociale doit être contributive par nature afin de constituer un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (points 35 et 36 de l'arrêt).

⁹¹³ CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, op. cit.

contributions⁹¹⁴. Le domaine de la protection du droit de propriété s'en trouve considérablement élargit et l'extension ne s'arrête pas là⁹¹⁵. Une licence, permettant l'exploitation d'un commerce de débit de boissons alcoolisées, comporte des intérêts économiques et constitue de ce fait un bien⁹¹⁶. Il en va de même pour un permis d'extraire du gravier d'une parcelle⁹¹⁷. La clientèle se trouve également qualifiée de valeur patrimoniale et donc de bien⁹¹⁸. La Cour semble aller tellement loin dans la portée qu'elle attribue à la notion de biens⁹¹⁹ que certains juges eux-mêmes paraissent dubitatifs. Dans l'affaire *Iatridis*, certains ont ainsi manifesté leur désaccord en refusant de considérer des espérances professionnelles prétendument perdues par les requérants comme un élément de leurs biens⁹²⁰.

277. Des créances peuvent de surcroît se voir qualifiées de biens. De nombreux arrêts illustrent cette dernière hypothèse⁹²¹. L'arrêt *Gasus Dossier contre les Pays-Bas*⁹²² est

⁹¹⁴ La Cour explique que le fait, pour un requérant, de payer des contributions lui ouvrant droit à une prestation n'implique nullement, *a contrario*, qu'une prestation sociale non contributive ne puisse fonder elle aussi un droit patrimonial (CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, Koua Poirrez c/ France, point 37 de l'arrêt, *op. cit.*) Le gouvernement, qui avançait pourtant que la prestation en cause représente davantage une assistance conditionnelle qu'une créance réelle ou un droit acquis, n'a pas obtenu gain de cause. Confirmé par CEDH Gr. Ch. décision sur la recevabilité, 06 juillet 2005 requêtes n° 65731/01, 65900/01, Stec et autres c/ Royaume-Uni, *op. cit.* Dans cette affaire, la Grande chambre confirme la fin de la nécessité de versement préalable de cotisations, pour qu'une créance bénéficie de la protection de l'article 1 du premier protocole.

⁹¹⁵ Pour une extension du champ d'application de l'article 1 du protocole n° 1 à la propriété intellectuelle, voir l'arrêt *Anheuser-Busch Inc contre le Portugal* : « *La Cour observe d'emblée que la propriété intellectuelle en tant que telle bénéficie sans conteste de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1* » (CEDH 11 octobre 2005 requête n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc c/ Portugal*, point 43 de l'arrêt).

⁹¹⁶ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 10873/84, *Tre Traktörer Aktiebolag c/ Suède*.

⁹¹⁷ CEDH 18 février 1991 requête n° 12033/86 *Fredin c/ Suède*.

⁹¹⁸ Le bien que constitue la clientèle peut ainsi être profondément altéré par le refus d'inscription, sur une liste d'experts-comptables agréés, opposé aux requérants (CEDH 26 juin 1986 requêtes n° 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, *Van Marle et autres c/ Pays-Bas*). Cet arrêt s'est trouvé singulièrement confirmé et amplifié par l'arrêt *Iatridis contre la Grèce* (CEDH 25 mars 1999 requête n° 31107/96, *Iatridis c/ Grèce*, *JCP* 2000, *éd. G.*, I, 203, p. 199, n° 30, obs. F. SUDRE). Dans cette affaire, le requérant avait été expulsé par les autorités d'un cinéma de plein air qu'il exploitait et dont il était locataire. Il ne bénéficiait d'aucun droit de propriété mais grâce à ce fonds de commerce, il avait constitué une clientèle qui s'analysait en une valeur patrimoniale (point 54 de l'arrêt). Cela confirme l'application de la protection de ses biens en dehors de tout droit de propriété *stricto sensu* (F. SUDRE, note sous CEDH 25 mars 1999 requête n° 31107/96, *Iatridis c/ Grèce*, *op. cit.*), déjà évoquée pour la protection des biens corporels).

⁹¹⁹ Voir encore pour un certificat d'urbanisme l'arrêt CEDH 29 novembre 1991 requête n° 12742/87, *Pine Valley Developments LTD et autres c/ Irlande*, point 51 de l'arrêt. Il s'agit d'un bien dans la mesure où il fait naître chez les titulaires du certificat l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement.

⁹²⁰ Cf. opinion dissidente commune aux juges EVANS et GERSING à l'occasion de l'arrêt *Van Marle et autres c/ Pays-Bas*, *op. cit.*

⁹²¹ Voir notamment l'affaire des raffineries grecques *Stran et Stratis Andreadis contre la Grèce* (CEDH 9 décembre 1994 requête n° 13427/87, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*). Une sentence arbitrale avait accordé aux requérants un droit aux sommes qu'ils réclamaient à l'État grec. À la suite d'une annulation de cette sentence par un acte administratif, les requérants s'estiment atteints dans leur droit au respect de leurs biens. Le gouvernement, pour sa part, réfutait l'existence d'une ingérence dans un bien quelconque des requérants : la sentence étant révocable, elle ne fonde nullement l'existence d'une créance certaine et ne représente qu'une base légale précaire (point 58 de l'arrêt). La Cour s'oppose à une telle argumentation et constate que, puisque la sentence se trouve définitive et obligatoire, elle n'exige aucune autre mesure d'exécution

révélateur du sens européen conféré par la Cour à cette dernière notion. Le requérant avait vendu une bétonnière à un tiers tout en conservant la propriété de cette machine par le jeu d'une clause de réserve de propriété venant en garantir le complet paiement. Entre les mains de l'acheteur et avant que ce dernier n'ait pu s'exécuter, la machine fut saisie puis vendue par le fisc néerlandais. Devant la Cour, le requérant s'estimait victime d'une atteinte au respect de ses biens, ce que le gouvernement niait au regard d'une distinction de droit interne entre bien et sûreté. Pour lui, une réserve de propriété s'analyse en une sûreté, venant garantir le prix de vente, mais ne s'apparente pas à un droit de propriété « véritable ». Ce dernier continue d'appartenir à l'acheteur, « *qui assume un risque d'appauvrissement par endommagement ou perte des marchandises achetées et qui peut réaliser un gain en les utilisant ou en les revendant* »⁹²³. D'après le défendeur, la bétonnière n'est donc plus un bien dont le respect se trouve garanti au requérant par l'article 1 du Protocole n° 1⁹²⁴. Malgré ces arguments, il importe peu pour la Cour de savoir si le droit du requérant sur la bétonnière doit être considéré comme un droit de propriété ou comme une sûreté réelle. Écartant la distinction nationale sans ambages, la Cour affirme qu'il s'agit là d'un bien⁹²⁵. Un simple intérêt patrimonial peut donc constituer un bien protégeable⁹²⁶, à condition toutefois d'avoir une base suffisante en droit interne comme la Cour le précise dans les arrêts *Draon et Maurice contre la France*⁹²⁷. Cet exemple témoigne de l'appropriation par le droit européen d'une appréciation nationale puisque la construction européenne s'élabore sur l'emprunt au droit interne.

278. En raison de la prise en considération des intérêts patrimoniaux, la Cour a considéré que les actions sont également des biens⁹²⁸. Ainsi, en cas de nationalisation, le problème réside dans le montant des indemnités, qui doit apparaître comme suffisant au regard de la

et ne se prête à aucun recours ordinaire ou extraordinaire. En cela, elle constitue donc un bien (point 62 de l'arrêt).

⁹²² CEDH 23 février 1995 requête n° 15375/89, *Gasus Dossier c/ Pays Bas*, *op. cit.*

⁹²³ *Ibid.*, point 52 de l'arrêt.

⁹²⁴ *Ibidem.*

⁹²⁵ *Ibid.*, point 53 de l'arrêt.

⁹²⁶ Voir encore CEDH 3 juillet 2003 requête n° 38746/97, *Buffalo S.R.L. c/ Italie*, dans lequel des retards dans le remboursement des crédits d'impôts de la part de l'administration des finances rendent la requérante titulaire d'un intérêt patrimonial constituant un bien.

⁹²⁷ CEDH 6 novembre 2005 requêtes n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon c/ France*, *RTD civ* 2005, p. 743, note J.-P. MARGUÉNAUD.

⁹²⁸ Voir notamment CEDH 25 juillet 2002 requête n° 48553/99, *Sovtransavto holding c/ Ukraine*, point 91 de l'arrêt.

valeur économique des actions⁹²⁹. L'arrêt *National and Provincial Building society contre le Royaume-Uni*⁹³⁰ illustre la protection des biens lorsque ces derniers se trouvent être des créances, notamment lorsqu'elles se manifestent sous la forme d'une procédure judiciaire engagée. Ce dernier arrêt relatif à des actions en justice constitue les prémices du lien qui va être établi entre droit à l'exécution d'une décision de justice et droit de propriété⁹³¹. On le constate, la notion de « biens » connaît un sens européen et recouvre un ensemble d'intérêts économiques, commerciaux et industriels.

279. L'acception européenne des biens ne vaut cependant que pour les biens actuels sur lesquels il est possible de faire valoir un droit⁹³². Par exemple dans la décision *Asikis et autres contre la Grèce*⁹³³, la Cour a repoussé la qualification de bien car les requérants cherchaient à obtenir une augmentation du montant de leurs pensions à l'issue d'une procédure engagée à cet effet. Aussi longtemps que leur affaire se trouvait pendante devant les juridictions nationales, les requérants n'étaient pas titulaires d'un droit à augmentation de leurs pensions. Par conséquent, le rejet définitif de leurs demandes ne saurait être interprété comme constituant une violation de leurs droits patrimoniaux⁹³⁴. Le principe de protection des seuls biens actuels s'applique notamment aux créances : elles ne sont protégées que si le requérant peut prétendre avoir au moins une « *espérance légitime* » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété⁹³⁵. La Cour EDH donne de nombreuses précisions sur la notion

⁹²⁹ CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁹³⁰ En ce sens voir l'arrêt *National and Provincial Building society contre le Royaume-Uni* (CEDH 23 octobre 1997 requêtes n° 21319/93, 21449/93, 21675/93, *National and Provincial Building society c/ Royaume-Uni*) qui illustre la protection des biens lorsque ces derniers se trouvent être des créances. Les requérants réclamaient la protection du droit de propriété pour des actions juridictionnelles intentées afin d'obtenir une restitution d'impôts. Ces derniers avaient été versés en application d'un règlement qui, par la suite, avait été reconnu irrégulier par une décision de justice, mais qui avait fait l'objet d'une loi rétroactive par le Parlement (T. MASSON, « La protection du contribuable à travers la Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle considération des droits de la défense ? », *Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires* 2002, n° 131). Les instances judiciaires entamées par les requérants n'ayant jamais débouché sur un jugement définitif et exécutoire, ils ne pouvaient prétendre avoir des « biens » (point 64 de l'arrêt). Tout en constatant la « *base précaire* » à partir de laquelle le simple fait de faire valoir un droit s'analyse en un bien, la Cour parvient à la conclusion que ces requêtes sont des actions de droit privé portant sur des « biens » au sens de l'article 1 du premier protocole. Le plus surprenant est que la Cour refuse de se prononcer catégoriquement quant à déterminer si les créances revendiquées pouvaient passer pour un bien (point 70 de l'arrêt) mais applique néanmoins l'article 1. Il suffit au juge européen de constater que les requérants possédaient des biens, sous la forme de droits acquis à restitution qu'ils cherchaient à exercer au moyen des diverses procédures judiciaires engagées.

⁹³¹ Voir arrêt CEDH 20 juillet 2000 requête n° 15918/89, *Antonetto c/ Italie*.

⁹³² M. CARSS-FRISK, « Le droit de propriété, un guide sur la mise en œuvre de l'Article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Conseil de l'Europe*, 2003, n° 55.

⁹³³ CEDH 22 juin 2000 requête n° 48229/99, *Asikis et 106 autres c/ Grèce*.

⁹³⁴ *Ibid.*, point 5 de l'arrêt.

⁹³⁵ CEDH 3 décembre 2002 requête n° 35671/97, *Lindner et Hammermayer c/ Roumanie*, point 41 de l'arrêt.

d'espérance légitime dans l'arrêt *Kopecný contre la Slovaquie*⁹³⁶. Cet arrêt apporte une preuve supplémentaire du fait que la phase de création européenne s'ajoute à la phase d'inspiration nationale⁹³⁷.

280. L'article 1 ne protège en aucun cas le droit d'acquérir un bien, notamment par voie de succession *ab intestat*. Au regard de l'arrêt *Marckx*⁹³⁸, le droit potentiel à hériter n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1 du protocole n° 1. Si la Cour utilise l'article 1 dans l'arrêt *Inze*⁹³⁹, c'est parce que le requérant avait déjà obtenu par voie de succession le droit à une part du patrimoine du défunt. De même, dans l'affaire *Mazurek*⁹⁴⁰, la mère du requérant était également décédée au moment des faits. En outre, l'article 1 ne protège pas non plus le simple espoir de voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qu'il est depuis longtemps impossible d'exercer⁹⁴¹. En outre, il n'est pas nécessaire que la législation mise en cause devant la Cour reconnaisse l'intérêt litigieux comme un bien. En cela, la Cour est parvenue à européeniser la notion sans s'appuyer sur les droits nationaux, hormis l'hypothèse selon laquelle ces derniers abondent dans le sens de l'interprétation européenne. Dans ce dernier cas, la Cour consent à prendre en compte les dispositions de droit interne. Conférer une telle portée à la notion de biens, en dépassant les acceptions de droit interne, ne permet plus de douter du fait que le droit européen élabore des règles de

⁹³⁶ CEDH Gr. Ch. 28 septembre 2004 requête n° 44912/98, *Kopecný c/ Slovaquie*, *JCP* 2005, éd. G, I, 103, n° 18, p. 84, obs. F. SUDRE.

⁹³⁷ Dans un premier temps, le juge européen ajuste la définition de l'espérance légitime sur le droit interne. Il précise ainsi la distinction entre le simple « espoir de restitution », notion subjective et « l'espérance légitime », qui elle se fonde sur une disposition légale ou un acte juridique de l'ordre interne (point 49 de l'arrêt). De ce fait, lorsqu'il y a controverse sur la façon dont le droit interne doit être interprété et appliqué et que les arguments développés par le requérant sont rejetés par les juridictions nationales, la Cour ne peut conclure à l'existence d'une « espérance légitime » (point 50 de l'arrêt). La décision européenne apparaît dès lors liée aux dispositions nationales puisque lorsque l'intérêt patrimonial est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une « valeur patrimoniale » que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne (point 52 de l'arrêt). Dans un second temps, la Cour se garde la possibilité de s'éloigner des dispositions nationales, en particulier des décisions des juridictions internes, en cas d'erreurs de fait ou de droit ou encore d'arbitraire (point 56 de l'arrêt). C'est dans cette possibilité d'affranchissement des mesures nationales que la démarche créatrice de la Cour intervient. Les arrêts *Maurice et Draon contre la France* confirment cette interprétation. La Cour de Strasbourg y énonce que la qualification de bien n'est réservée qu'aux seules valeurs patrimoniales ayant une base suffisante en droit interne (CEDH Gr. Ch. 6 octobre 2005, requêtes n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon c/ France*, respectivement points 66 des arrêts, *RTD civ* 2005, p. 744

⁹³⁸ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, point 50 de l'arrêt, *op. cit.*

⁹³⁹ CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79, *Inze c/ Autriche*, *CDE* 1988, p. 477, note G. COHEN-JONATHAN.

⁹⁴⁰ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 *Mazurek c/ France*, *RTD civ* 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2000, éd G, 10286, p. 643, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE; *RTD civ* 2000, p. 311, note J. HAUSER; *JCP* 2001, éd. G, I, 293, p. 249, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI; *D.* 2000, chron. p. 626, note B. VAREILLE; *GACEDH* n° 44.

⁹⁴¹ CEDH 13 décembre 2000 requête n° 33071/96, *Malhous c/ République tchèque*.

droit, et confirme l'idée même de création européenne. Celle-ci se vérifie encore lorsqu'on considère un autre concept autonome, la notion de caractère civil.

b. La notion de droits et obligations de caractère civil

281. La notion de « *droits et obligations de caractère civil* »⁹⁴² qui figure à l'article 6 § 1 de la Conv EDH est plus réputée que celle de biens dans la mesure où elle renvoie au procès équitable, sujet d'innombrables études⁹⁴³. Avec l'accusation en matière pénale, le droit de caractère civil constitue le critère d'applicabilité du droit à un procès équitable. L'objet de la procédure se trouve alors déterminant : dès lors qu'elle porte sur des droits et obligations de caractère civil, les individus peuvent se prévaloir du droit à un procès équitable.

282. Le point essentiel est de déterminer ce que la Cour fait entrer dans le champ civil ; c'est d'ailleurs ce critère civil qui pose la plus grande difficulté⁹⁴⁴ en raison d'une jurisprudence abondante, non moins complexe et de l'impossibilité de trouver une définition précise de la matière civile⁹⁴⁵. Une telle absence de définition permet à la Cour de, sans cesse, faire entrer dans le champ de la matière civile des droits et contentieux pourtant fortement marqués par des éléments de droit public et ainsi d'élargir la garantie offerte par l'article 6 § 1.

283. La Cour précise dans l'arrêt *König contre l'Allemagne*⁹⁴⁶ que la notion de « *contestations sur des droits et obligations de caractère civil* » constitue une notion

⁹⁴² Voir notamment F. MATSCHER, « Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des garanties procédurales en matière civile », *Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS, Droit et justice*, Pédone, 1999, p. 449 ; « La notion de "décision d'une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil" », *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 395.

⁹⁴³ P. MOCK, « Le droit à un procès équitable en matière civile », *op. cit.*; Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le droit à un procès équitable*, éd. du Conseil de l'Europe, coll. Science et technique de la démocratie, n° 28, Strasbourg, 2000 ; *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme les 29 et 30 septembre 2000 à Bordeaux, Bruylant, Bruxelles, 2001 ; F. SUDRÉ et C. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation Française, coll. Droit et justice, 2003.

⁹⁴⁴ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, dans L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article : op. cit.*, p. 251 ; M.-A. EISSEN, *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, éditions du Conseil de l'Europe, 1^{ère} édition, Strasbourg, 1985, p. 4.

⁹⁴⁵ M.-A. EISSEN, *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 6 ; G. SPERDUTI, « Recherche d'une méthode appropriée aux fins de la détermination de la notion de "droits et obligations de caractère civil" dans la convention européenne des droits de l'homme », *Rivista de diritto internazionale* 1989, vol LXXII, fasc. 4, p. 769.

⁹⁴⁶ CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 König c/ RFA, point 88 de l'arrêt, *op. cit.*

autonome et qu'elle ne peut dès lors être interprétée uniquement par référence au droit interne de l'État défendeur. Le juge strasbourgeois prétend avoir déjà affirmé ce principe dans l'arrêt *Ringeisen contre l'Autriche*⁹⁴⁷, alors même que le terme d'autonomie n'apparaît pas dans cet arrêt. La Cour y explique simplement que, dans le but de déterminer si un droit présente un caractère civil, peu importent la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative) ainsi que celle de l'autorité compétente en la matière. En ce sens, la compétence du tribunal interne, qu'elle soit pénale, civile, commerciale, sociale ou administrative n'entre pas en ligne de compte. L'autonomie sera donc réputée matérielle⁹⁴⁸ mais également organique. La Cour précise qu'elle peut se détacher de la qualification donnée par le droit interne et décider qu'un droit appartient à la matière civile alors même que le droit interne l'envisagerait différemment. De nouveau, la Cour refuse de s'arrêter aux qualifications données par les droits nationaux⁹⁴⁹. Ainsi, dans la décision *Martinie contre la France*⁹⁵⁰, la Cour a mis en balance les aspects de droit privé et les aspects de droit public que présentait l'affaire et constaté que les premiers prédominaient. Pourtant, il s'agissait d'une procédure de jugement des comptes des comptables publics et selon la Cour, l'obligation imposée au requérant avait, sans nul doute, une coloration « *publique* » en droit français⁹⁵¹. La Cour se détache en cela de la qualification nationale.

284. L'autonomie demeure néanmoins relative ; si l'interprétation de la Cour ne peut se faire « *exclusivement à la lumière du sens et de la portée que les termes en question possèdent dans la législation interne de l'État concerné* »⁹⁵², la référence au droit interne constitue un élément d'appréciation, même si ce n'est pas l'unique élément pris en compte. La Cour utilise la qualification interne comme point de départ⁹⁵³, comme un support⁹⁵⁴, afin de procéder à une analyse matérielle de la notion. Par ailleurs, le fait qu'il s'agisse d'une autonomie à sens unique, comme cela a déjà été remarqué pour l'interprétation de la notion de biens, exprime

⁹⁴⁷ CEDH 16 juillet 1971 requête n° 2614/65 *Ringeisen c/ Autriche*.

⁹⁴⁸ Tout comme pour la notion de « biens ».

⁹⁴⁹ S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 363.

⁹⁵⁰ CEDH 13 janvier 2004 requête n° 58675/00, *Martinie c/ France*, *JCP* 2004, éd. G., n° 4, p. 1578, obs. F. SUDRE.

⁹⁵¹ *Ibid.*, point 27 de l'arrêt.

⁹⁵² Opinion séparée du juge MATSCHER à l'occasion de l'arrêt *König c/ RFA* (CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73 *König c/ RFA*, *op. cit.*)

⁹⁵³ CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79, *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, point 28 de l'arrêt, *JDI* 1987, p. 779, note P. TAVERNIER; *GACEDH* n° 18 ; P. TAVERNIER, « La convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public-droit privé », dans *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 402.

⁹⁵⁴ « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH* 1997, n° 6, p. 66.

que l'autonomie ne peut être que relative. La Cour ne procède à une interprétation autonome que lorsque le droit national contient des éléments qui militent contre l'application des garanties d'un procès équitable⁹⁵⁵. En cela, elle ne demeure pas indifférente aux dispositions de droit interne. Parfois même, les qualifications de droit interne pourront être reprises lorsque elles permettront de faire entrer le droit litigieux sous la protection de l'article 6 § 1. Ainsi, un droit qualifié de civil par la législation de l'État en cause sera nécessairement civil au regard de la Convention⁹⁵⁶. Il en va ainsi pour les litiges trouvant leur origine dans une relation juridique entre particuliers⁹⁵⁷. La Cour assimile d'ailleurs les termes « *civil* » et « *privé* », rapprochement qui participe sans doute à l'élargissement de la notion de droits à caractère civil.

285. En matière de droit de propriété, la question ne pose guère plus de difficultés, quand bien même le litige opposerait un individu à l'État. La Cour a maintes fois affirmé qu'il n'est pas possible de douter du fait que le droit de propriété revêt un caractère civil⁹⁵⁸. Elle s'appuie d'ailleurs sur les lois internes en vigueur pour poser une telle affirmation⁹⁵⁹.

286. L'application de l'article 6 § 1 de la Convention aux litiges qui trouvent leur origine dans une relation juridique opposant un citoyen à l'autorité publique s'avérait beaucoup plus délicate. C'est précisément en ce domaine que la Cour a démontré son activité créatrice en se détachant singulièrement des conceptions nationales. Elle a tout d'abord eu l'occasion d'étendre le champ de la matière civile au contentieux social, notamment celui de la sécurité

⁹⁵⁵ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 359.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 361.

⁹⁵⁷ Ainsi une action en diffamation (CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 23), un jugement en séparation de corps (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*), un droit de s'opposer au placement de son enfant en vue d'une adoption (CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, *Keegan c/ Irlande*, op. cit.) ou un droit de jouir d'une bonne réputation (CEDH 29 octobre 1991 requête n° 11826/85, *Helmers c/ Suède* ; CEDH 13 juillet 1995 requête n° 18139/91, *Tolstoy Miloslavski c/ Royaume-Uni*) ne posent aucun problème à la Cour qui leur confère sans hésiter un caractère civil.

⁹⁵⁸ CEDH 23 juin 1982 requêtes n° 7151/75 et 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, point 79 de l'arrêt, op. cit. ; CEDH 18 février 1991 requête n° 12033/86, *Fredin c/ Suède*, point 63 de l'arrêt, op. cit. ; CEDH 27 novembre 1991 requête 12565/86, *Oerlemans c/ Pays-Bas*, point 48 de l'arrêt. Cela permet à de nombreuses affaires d'être examinées à la fois sous l'angle de l'article 6§ 1 et sous celui de l'article 1 du Protocole n° 1, comme ce fut le cas dans les arrêts *Hentrich* (CEDH 22 septembre 1994 requête n° 13616/88, *Hentrich c/ France*) ou *Beaumartin* (CEDH 24 novembre 1994 requête n° 15287/89, *Beaumartin c/ France*, point 28 de l'arrêt), rendus tous deux contre la France. Dans ce dernier arrêt, une mesure d'expropriation et sa réparation étaient en cause. La Cour a jugé rapidement que la contestation litigieuse comporte des répercussions directes sur le droit de propriété du requérant, droit de caractère civil. De même dans l'arrêt *Wiesinger* contre l'Autriche (CEDH 30 octobre 1991 requête n° 11796/85, *Wiesinger c/ Autriche*), le requérant attaquait un plan de remembrement agricole. Pour la Cour, cette mesure touche sans conteste au droit de propriété des demandeurs et, partant, s'avère déterminante pour leurs droits et obligations de caractère privé (point 50 de l'arrêt).

⁹⁵⁹ CEDH 18 février 1991 requête n° 12033/86, *Fredin c/ Suède*, point 63 de l'arrêt, op. cit.

sociale et de l'aide sociale. Les affaires *Feldbrugge contre les Pays-Bas*⁹⁶⁰ et *Demeuland contre l'Allemagne*⁹⁶¹, rendues le même jour, l'ont ainsi amenée à statuer sur l'assurance sociale. La Cour va relever les aspects de droit public ainsi que ceux de droit privé et conclure à la prédominance de ces derniers, constatant que le droit invoqué a une nature personnelle, patrimoniale et qu'il représente un intérêt économique pour les requérants au regard de leurs moyens d'existence. Elle se prononce donc en faveur du caractère civil du droit en cause, allant à l'encontre des législations nationales puisque ces dernières lui confèrent au contraire un caractère public. La technique alors utilisée par la Cour revient à mettre en balance les aspects de droit privé et ceux de droit public⁹⁶².

287. La technique, dite de la mise en balance, comporte cependant un inconvénient majeur, d'ailleurs relevé par certains juges. Les facteurs déterminants, qui permettent de déduire le caractère civil d'un droit, peuvent en effet varier « *d'un système de sécurité sociale à l'autre et même d'une catégorie de droits à l'autre dans le cadre d'un même système* »⁹⁶³. Ils mettent ainsi en péril les exigences de prévisibilité et de cohérence de la jurisprudence de la Cour. Cette dernière va donc s'en départir et lui préférer le critère prédominant de la patrimonialité : les droits ayant une incidence sur le patrimoine du requérant sont susceptibles de relever de la matière civile. Ce critère n'est cependant pas nouveau, il avait été utilisé dans les arrêts *Feldbrugge* et *Deumeland* par la Cour lorsqu'elle s'était penchée sur les conséquences que les mesures en cause pouvaient avoir sur les moyens d'existence des requérants.

⁹⁶⁰ CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79, *Feldbrugge c/ Pays Bas*, *op. cit.*

⁹⁶¹ CEDH 29 mai 1986 requête n° 9384/81, *Deumeland c/ Allemagne*.

⁹⁶² Pour cette raison, il n'est pas possible d'adhérer complètement à l'allégation suivant laquelle la Cour neutralise la distinction entre droit public et droit privé (F. SUDRE et C. PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, *op. cit.*, p. 18 ; P. TAVERNIER, « La Convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public-droit privé », *op. cit.*). Elle s'inspire au contraire de cette distinction lorsqu'elle met en balance les aspects de droit public et de droit privé d'un droit. Elle va ensuite accorder plus d'importance à certains critères (Tout d'abord la nature personnelle et patrimoniale du droit contesté, ensuite le rattachement de la situation des requérants à un contrat de travail régi par le droit privé, enfin les affinités des systèmes d'assurance sociale en cause avec une assurance de droit privé) afin de favoriser une conception large de la notion de « *droits et obligations de caractère civil* ». Seul le résultat auquel parvient la Cour à savoir qu'un droit est de nature civile alors qu'il comporte de nombreux aspects de droit public, met à mal la distinction. Le résultat ne découle que de la prépondérance de certains critères mais le raisonnement de la Cour ne neutralise en aucun cas la distinction privé / public. Seule l'opportunité de la solution annihile cette séparation et permet à la matière civile d'empiéter largement sur le droit public, particulièrement sur le droit administratif.

⁹⁶³ Opinion dissidente commune à M. RYSSDAL, Mme BINDSCHEDLER-ROBERT, M. LAGERGREN, M. MATSCHER, SIR VINCENT EVANS, M. BERNHARDT ET M. GERSING, à l'occasion de l'arrêt CEDH, 29 mai 1986 requête n° 8562/79, *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, *op. cit.*

288. Le critère de patrimonialité a permis à la Cour d'appliquer l'article 6 § 1 à un litige relatif à l'aide sociale⁹⁶⁴ ainsi qu'aux droits découlant de l'activité professionnelle puisque ces derniers intéressent nécessairement le patrimoine. Dans de nombreux arrêts⁹⁶⁵, la Cour déduit le caractère civil du droit en cause des conséquences patrimoniales entraînées par diverses mesures empêchant ou réduisant l'activité professionnelle des requérants. Il ne s'agit pour l'instant que des activités professionnelles hors fonction publique.

289. Lorsque le critère de la patrimonialité n'offre pas de résultats convaincants, la Cour revient à la technique initiale du bilan des aspects privés / publics d'un droit, comme le suggère l'affaire *Schouten et Meldrum contre les Pays-Bas*⁹⁶⁶. Habilement, la Cour reprend les trois aspects de droit privé déjà relevés dans les arrêts *Feldbrugge* et *Deumeland* : la nature personnelle et patrimoniale du droit contesté, le rattachement de la situation des requérants à un contrat de travail régi par le droit privé et enfin les affinités des systèmes d'assurance sociale en cause avec une assurance privée. La juridiction strasbourgeoise précise néanmoins que le premier de ces aspects ne revêt pas une grande importance, à la différence du deuxième. Elle tente, par là même, d'atténuer le critère de patrimonialité, dans un but à peine dissimulé d'étendre le champ d'application de l'article 6 § 1. Il semble difficile de ne

⁹⁶⁴ CEDH 26 février 1993 requête n° 13023/87, Salesi c/ Italie. Pour la Cour, la requérante se trouvant atteinte dans ses moyens d'existence, il ne peut s'agir que d'un droit subjectif de caractère patrimonial. Elle constate de surcroît que l'administration n'use pas en ce domaine de prérogatives discrétionnaires. Forte de ce constat, la Cour affirme le caractère civil du droit en cause malgré la thèse du gouvernement selon laquelle ce droit ne comporterait que des éléments de droit public (point 18 de l'arrêt). Un raisonnement analogue fondé sur le critère de patrimonialité permettra également à la Cour de faire entrer un litige relatif à une rente d'invalidité dans le champ d'application de l'article 6 § 1 (CEDH 24 juin 1993 requête n° 14518/89, Schuler-Zraggen c/ Suisse).

⁹⁶⁵ De nombreuses mesures comportent des incidences sur l'activité professionnelle, que ce soit sur la possibilité d'exercer ou de continuer à exercer une activité. Ainsi, les exigences du procès équitable ont pu être étendues, pour les affaires les plus importantes, à des litiges relatifs à l'autorisation d'exploiter une clinique (CEDH 28 juin 1978, requête n° 6232/73, König c/ RFA, *op. cit.*) ou un débit de boissons (CEDH 7 juillet 1989, requête n° 10873/84, Tre Traktörer c/ Suède, *op. cit.*), à des sanctions prononcées par l'ordre des médecins (CEDH 23 juin 1981 requêtes n° 6878/75 et 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique) ou à l'autorisation d'exploiter une installation de distribution de gaz (CEDH 23 octobre 1985 requête n° 8848/80, Benthem c/ Pays-Bas).

⁹⁶⁶ CEDH 9 décembre 1994 requêtes n° 19005/91 et 19006/91, Schouten et Meldrum c/ Pays Bas, *RTDH* 1996, p. 79, note C. PETTITI. La Cour se trouve confrontée pour la première fois à un litige ayant trait à des cotisations sociales. Utilisé seul, le critère de la patrimonialité compromettrait grandement la possibilité de rattacher les procédures relatives aux cotisations sociales à la matière civile. En effet, comme l'allègue le gouvernement, un des éléments d'appréciation ayant permis à la Cour de faire entrer les procédures touchant aux allocations sociales sous la garantie de l'article 6 § 1 résidait dans le fait qu'elles avaient un impact sur les moyens d'existence des requérants. Or, en l'espèce, s'agissant de cotisations et non d'allocations, la Cour ne peut utiliser le même argument. Si le litige ne se trouve examiné que sous l'angle de la patrimonialité, il apparaît improbable de l'associer à la matière civile. La Cour relève alors qu'« *il n'est pas (...) suffisant en soi de démontrer qu'un litige est de nature "patrimoniale"* » (point 50 de l'arrêt) pour que le droit en cause puisse être couvert par la notion de « *droits et obligations de caractère civil* ». Il est nécessaire de prouver qu'une telle obligation ne relève pas exclusivement du domaine du droit public. La Cour revient alors à sa méthode initiale de mise en balance, méthode lui permettant finalement de conclure à l'applicabilité de l'article 6 § 1.

pas relever dans cet arrêt la volonté de la Cour d'attribuer au caractère civil d'un droit un sens réellement européen, détaché des conceptions nationales, au risque de rendre impossible la détermination précise des critères qu'elle utilise. Un tel retour en arrière permet à la Cour d'étendre davantage le champ de la matière civile et partant, l'étendue du procès équitable, tout en européanisant singulièrement la notion de caractère civil.

290. Le problème de l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux litiges relatifs à l'activité professionnelle réglé, il reste à savoir si cette solution se maintient lorsque l'activité en cause relève de la fonction publique. Ces litiges pouvant aisément être qualifiés de publics, la solution la plus logique aurait été que la Cour réponde par la négative⁹⁶⁷. Une telle solution aurait toutefois privé de nombreux justiciables des garanties du procès équitable. Par conséquent, la Cour a étendu sa jurisprudence au contentieux de la fonction publique⁹⁶⁸. Ce faisant, elle met un terme à la cohérence de sa construction fondée sur l'article 6 § 1. Dans un souci de protection maximale, elle étend la matière civile à des domaines qui n'en relèvent aucunement. La jurisprudence relative à la fonction publique⁹⁶⁹ démontre que la Cour reconnaît un caractère civil aux droits qui ne rentrent dans une aucune autre catégorie. Dès lors, ces rattachements à la matière civile semblent artificiels. S'il est possible d'admettre que la plainte avec constitution de partie civile⁹⁷⁰ entre dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention, le caractère civil du contentieux constitutionnel⁹⁷¹ paraît plus discutable. En réalité, la Cour reconnaît à la plupart des droits un caractère civil, en dehors des domaines relevant des prérogatives régaliennes de l'État⁹⁷². Il semble ainsi que la matière civile, telle

⁹⁶⁷ Voir en ce sens P. WACHSMANN, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique », *RTDH* 2000, p. 831.

⁹⁶⁸ CEDH 26 novembre 1992 requête n° 11519/85, Francesco Lombardo c/ Italie ; CEDH 26 novembre 1992 requête n° 12490/86, Giancarlo Lombardo c/ Italie.

⁹⁶⁹ Notamment autour de l'arrêt CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95, Pellegrin c/ France, point 60 de l'arrêt, *JCP* 2000, *éd. G.*, I, 203, n° 7, p. 195, obs. F. SUDRE ; *D.* 2001, chron. p. 2988, note V. HAÏM ; *RTDH* 2000, p. 819, note P. WACHSMANN ; *JCP* 2000, *éd. G.*, II, 10426, note T. GRAFFIN.

⁹⁷⁰ CEDH Gr. Ch. 12 février 2004 requête n° 47287/99, Perez c/ France, *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, n° 3, p. 1578, obs. F. SUDRE.

⁹⁷¹ CEDH 16 septembre 1996 requête n° 20024/92, Süßmann c/Allemagne, point 41 ; CEDH 27 avril 2004 requête n° 62543/00, Gorraiz Lizarraga et autres c/ Espagne, point 46 de l'arrêt.

⁹⁷² J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, dans L.-E. PETTITI (dir.), E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article, op. cit.*, p. 253. Pour un refus d'application de l'article 6 § 1 voir notamment en matière de police des étrangers CEDH 5 octobre 2000 requête n° 39652/98, Maaouia c/ France, *RTDH* 2002, p. 433, note H. TIGROUDJA ; voir également l'arrêt Roche contre le Royaume-Uni (CEDH Gr. Ch. 19 octobre 2005 requête n° 32555/96, Roche c/ Royaume-Uni, *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 109, n°4, p. 187, obs. F. SUDRE) constitue une limite à l'extension du domaine de l'article 6. En l'espèce, l'octroi d'une pension militaire se trouvait empêché par l'application d'une loi interne qui empêchait le requérant d'agir en réparation civile contre le ministère de la défense. La Cour s'inspire largement du droit interne afin de dénier à ce recours la protection consacrée par l'article 6 : « il faut prendre pour point de départ les dispositions du droit national pertinent et l'interprétation qu'en font les juridictions internes (Masson et Van Zon c. Pays-

qu'envisagée au regard de l'article 6 § 1, entraîne la Cour loin de la notion de droit civil telle qu'elle est communément délimitée par les systèmes judiciaires nationaux⁹⁷³. Par conséquent, ce que l'on entend par matière civile européenne ne doit pas être confondue avec la matière civile telle qu'énoncée à l'article 6 § 1⁹⁷⁴. Pour autant, même si la Cour déborde du champ civil, elle élabore un concept autonome en s'appropriant des notions empruntées et en leur conférant un sens européen. Il n'est plus guère possible de douter de l'œuvre créatrice de la jurisprudence européenne⁹⁷⁵.

Si l'examen des processus de création jurisprudentielle s'avérait indispensable pour évoquer l'élaboration des normes civiles par le droit européen, d'autres processus relatifs à la création textuelle doivent être envisagés afin de considérer la construction dans son ensemble.

Section II : Les processus de création textuelle

291. La création textuelle impose d'être traitée à part car elle se perçoit moins aisément que la création jurisprudentielle. Les Cours européennes rendent des arrêts traditionnellement longs, indiquent les fondements, statuent sur la recevabilité et exposent leurs raisonnements pas à pas. Dans cette perspective, l'eupéanisation des notions constitue une phase accessible et identifiable. Il en va différemment concernant les textes⁹⁷⁶ : le raisonnement n'est pas

Bas, arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 327-A, § 49. Lorsque de surcroît les juridictions nationales supérieures ont analysé de façon complète et convaincante la nature précise de la restriction litigieuse, en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente issue de la Convention et sur les principes qui en découlent, la Cour doit avoir des motifs très sérieux pour prendre le contre-pied de ces juridictions en leur substituant ses propres vues sur une question d'interprétation du droit interne (Z et autres précité, § 101) et en jugeant, contrairement à elles, que la personne concernée pouvait prétendre de manière défendable qu'elle possédait un droit reconnu par la législation interne » (point 120 de l'arrêt). En outre la Cour conclut : « Dans ces conditions, le droit interne ne reconnaissait pas au requérant un « droit » (de caractère civil) propre à faire jouer l'article 6 § 1 de la Convention » (point 124 de l'arrêt) ce qui démontre que le droit doit avant tout être reconnu par le droit interne avant de l'être par la Cour européenne. Cependant, cette limite s'adresse avant tout à la notion de « droit » qu'à son caractère « civil » qui nous intéresse particulièrement ici.

⁹⁷³ En ce sens, voir l'arrêt CEDH 6 décembre 2005 requête n° 42285/98, Salvatore c/ Italie, point 23 de l'arrêt.

⁹⁷⁴ Ainsi, seule la matière civile telle qu'envisagée par l'article 6 § 1 de la Conv EDH ne s'identifie pas complètement au droit civil. Lorsque cet article n'est pas explicitement mentionné, les concepts de matière civile et de droit civil sont équivalents. L'article 6 § 1 ne mentionne d'ailleurs pas le terme de matière civile mais seulement celui de caractère civil.

⁹⁷⁵ La manifestation du pouvoir créateur de la CEDH ne découle pas uniquement de l'interprétation du « caractère civil » d'un droit en ce qui concerne l'article 6. La Cour a en effet estimé dans son arrêt *Hornsby contre la Grèce* (CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 *Hornsby c/ Grèce*, D. 1998, p. 75, note N. FRICERO ; RTDC 1997, p. 1009 note J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP 1997, éd. G., II, 22949 note O. DUGRIP et F. SUDRE ; GACEDH n° 28) que le droit à un procès équitable s'applique en dehors de tout procès et qu'il s'étend à l'exécution des décisions de justice. En cela la Cour procède à une interprétation audacieuse car « résolument contraire à la lettre du texte » (J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources internationales : sources européennes non communautaires », RTD civ 1997, p. 1009). Cette jurisprudence s'est par la suite largement étendue.

⁹⁷⁶ Les conventions, règlements, directives, recommandations, résolutions, avis et livres⁹⁷⁶ sont considérés comme des textes, à l'exclusion de nombreux autres instruments tels les communications de la Commission au Conseil, rapports, documents de travail de la Commission ou encore questions parlementaires. Il faut préciser que les recommandations, résolutions et avis sont des textes non obligatoires, détenant un caractère simplement

toujours expliqué, seules les dispositions définitives apparaissent. Il n'est dès lors pas facile de distinguer avec précision la part qui découle de l'influence d'autres ordres juridiques et la part de plus value européenne. En outre, si l'étude de la création jurisprudentielle permet le brassage des deux systèmes européens, c'est essentiellement le droit communautaire qui se trouve concerné par la production normative en matière civile, encore que cette dernière s'appauvrisse réellement en faisant abstraction du rôle déterminant joué par la CJCE⁹⁷⁷. Nonobstant ces différences, une logique analogue se retrouve dans les deux processus de création des normes civiles. Aussi, la démarche utilisée pour la jurisprudence est transposable à l'analyse de la création textuelle. Cette dernière procède à des choix parmi les divers emprunts et influences (§ I) mais se manifeste également au-delà des emprunts et influences (§ II).

§ I - La création par le choix des emprunts et influences

292. Par la seule action de choisir une norme et de s'en inspirer, le législateur européen⁹⁷⁸ révèle une volonté propre et indique quelle obligation, ou quelle définition, il souhaite faire prévaloir. Ainsi, le choix renseigne sur l'intention car, à l'instar de la jurisprudence, aucune automaticité ne s'impose en matière normative lorsqu'un consensus apparaît. Ainsi, ce n'est pas parce qu'une communauté de vues existe entre les États, qu'une norme qui la contredit ne peut être promulguée. À l'inverse, des mesures peuvent être prises en dehors de toute convergence entre les États. Qu'il s'agisse d'une création en l'absence de consensus (A) ou d'une création contraire à un consensus établi (B), une véritable construction civile, due au législateur européen, émane des deux méthodes.

déclaratoire. Plus précisément les recommandations comportent des propositions pouvant provenir de l'Assemblée parlementaire au Comité des ministres ou du Comité des ministres aux états membres, dont l'application est du ressort des gouvernements. En droit communautaire, elles proviennent du Conseil ou du Conseil et du Parlement européen. Les résolutions proviennent soit de l'Assemblée parlementaire soit du Conseil de l'Union européenne. Elles sont l'expression d'opinions engageant la seule responsabilité de leur auteur. Le Conseil de l'Union européenne peut également rendre des déclarations.

Les avis sont essentiellement formulés par l'Assemblée parlementaire au sein du Conseil de l'Europe sur des questions qui lui sont soumises par le Comité des Ministres et sont émis par le Conseil ou le Conseil et le Parlement en droit communautaire.

⁹⁷⁷ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003) », *op. cit.*, p. 1322.

⁹⁷⁸ Le terme de législateur européen vise à proprement parler le législateur communautaire, à savoir le Parlement européen, qui contribue à l'élaboration de la législation européenne avec le Conseil de l'Union. Par définition, le législateur édicte des règles juridiques générales c'est-à-dire des normes de droit (cf. R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} éd., 2005). Le Conseil de l'Europe, quant à lui, n'a pas la même vocation législative que le Parlement européen. Formellement, il n'est donc pas un législateur. Néanmoins, il conclut des accords qui sont à l'origine de réformes politiques, législatives et constitutionnelles. Il a également mis en place un système de contrôle et de protection efficaces des droits fondamentaux. Par ailleurs, il faut ajouter aux Traités qu'il élabore l'œuvre prétorienne de la Cour EDH. En cela, le Conseil de l'Europe remplit tout de même une fonction normative.

A / Une création en l'absence de consensus

293. La directive de 1990 relative aux voyages à forfait⁹⁷⁹ illustre précisément cette hypothèse. L'absence de consensus est soulignée par ce texte. En effet, le deuxième considérant précise que de grandes disparités apparaissent entre les législations des États membres et que les pratiques nationales en ce domaine diffèrent considérablement. Cette diversité suggérerait une création limitée du droit communautaire. Or, le législateur innove en insérant une limite de responsabilité à l'article 5.2, en s'appuyant sur les conventions internationales : « *En ce qui concerne les dommages résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations faisant l'objet du forfait, les États membres peuvent admettre que le dédommagement soit limité conformément aux conventions internationales qui régissent ces prestations* ».

294. En ce qui concerne le respect de l'orientation sexuelle⁹⁸⁰, un texte émanant du Parlement européen, se révèle particulièrement catégorique⁹⁸¹, quoique non contraignant. Il s'agit d'une résolution sur les droits des homosexuels et des lesbiennes du 8 février 1994⁹⁸². Ce texte prévoit que le « *changement de la société exige que de nombreux États membres adaptent leurs dispositions civiles, pénales et administratives en vue d'abolir les discriminations liées à la tendance sexuelle* »⁹⁸³. Le Parlement émet, en outre, le souhait qu'un terme soit mis à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes⁹⁸⁴. Or, en 1994, aucun consensus n'existait sur cette question. La résolution apparaît ainsi comme une orientation prise par le droit communautaire qui, à défaut de pouvoir s'appuyer sur une communauté de vues, européenne ou internationale, fait référence d'une part à la loi danoise sur le partenariat enregistré, d'autre part au point 28 du *Local Government Act* au Royaume-Uni⁹⁸⁵.

⁹⁷⁹ Directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *op. cit.*

⁹⁸⁰ A ce sujet voir la résolution 28/94 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes, du 8 février 1994, *JO C 61* du 28/02/1994, p. 40; recommandation 1470 (2000) relative à la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe, du 30 juin 2000; recommandation 1474 (2000) relative à la situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe, du 26 septembre 2000; recommandation 1635 (2003) sur les lesbiennes et les gays dans le sport, du 17 novembre 2004.

⁹⁸¹ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 115.

⁹⁸² Résolution sur les droits des homosexuels et des lesbiennes du 8 février 1994, *op. cit.*

⁹⁸³ *Ibid.*, considérant D.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, point 14.

⁹⁸⁵ Cet amendement prévoyait qu'une collectivité locale "*shall not intentionally promote homosexuality or publish material with the intention of promoting homosexuality*" ou "*promote the teaching in any maintained school of the acceptability of homosexuality as a pretended family relationship*".

295. Dans le domaine de la responsabilité délictuelle, et afin de faire référence à un texte du Conseil de l'Europe, la Convention européenne sur la responsabilité civile, en cas de dommages causés par un véhicule automoteur⁹⁸⁶ doit être citée, même si elle n'est jamais entrée en vigueur, le nombre de ratifications nécessaires n'ayant pas été atteint. Ce texte se révèle particulièrement intéressant en ce qu'il introduit pour la première fois en Europe, en 1973, une notion plus stricte de la responsabilité des détenteurs de véhicules au regard des victimes des accidents de la route. En effet, au sens de la Convention, cette responsabilité n'est plus associée au concept de faute mais se fonde sur le principe du « *risque créé par le véhicule* ». Ce texte démontre qu'un instrument européen non contraignant peut être suivi d'effet : en ce que son objectif essentiel réside dans l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la route, il doit être rapproché de la loi française de 1985⁹⁸⁷. En outre, cette convention résulte d'un accroissement du nombre des accidents et d'une volonté conséquente d'améliorer le système de responsabilité. S'il est évident que le Conseil de l'Europe s'est inspiré de la responsabilité pour risque, théorie préexistante, cette intervention provient d'une initiative véritablement européenne et ne semble en aucun cas dicté, à la lecture du texte, par l'existence d'un consensus.

296. La même remarque peut être formulée à propos de la Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès⁹⁸⁸, élaborée dès 1977. Relative à la protection des consommateurs, elle préconise une responsabilité accrue des producteurs. Les points de convergence avec la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁹⁸⁹ démontrent l'impact de cette Convention, qui n'est pourtant jamais entrée en vigueur. Si, déjà, le texte de 1985 peut être considéré comme novateur en ce qu'il a instauré un régime de responsabilité inédit, le texte de 1977 l'était d'autant plus.

Au même titre qu'un texte peut être promulgué en dehors de toute communauté de vues, le législateur européen peut adopter un texte allant à l'encontre d'un consensus existant.

⁹⁸⁶ Convention européenne sur la responsabilité civile en cas de dommages causés par un véhicule automoteur, du 14 mai 1973, STE n° 79.

⁹⁸⁷ Loi n° 85-677 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, du 5 juillet 1985, *JO* du 06/07/85, p. 7584.

⁹⁸⁸ Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès du 27 janvier 1977, STE n° 091.

⁹⁸⁹ Directive 85/374 du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, *op. cit.*

B / Une création contraire à un consensus établi

297. La Charte européenne DFUE constitue un exemple de texte allant à l'encontre d'une communauté de vues. Lors de sa rédaction, un consensus existait en matière de protection du nom patronymique. Pourtant, on peut remarquer l'absence de garantie sur cette question alors qu'il s'agit d'un texte visant l'ensemble des droits fondamentaux des citoyens européens. Certes, le texte communautaire s'est inspiré de la Conv EDH et il est vrai que celle-ci ne mentionne pas le droit au nom. Toutefois, cela ne saurait justifier l'absence de référence au nom de famille. En effet, le texte communautaire a su innover et combler des lacunes de la Conv EDH⁹⁹⁰, « à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques »⁹⁹¹. De nouveaux droits ont ainsi été ajoutés, ce qui suppose que l'absence de garantie accordée au nom, relève d'un choix du législateur européen.

298. La même observation peut être faite à propos de la dissolution du lien matrimonial. La Charte ne garantit en aucun cas un droit à la rupture de ce lien, alors même qu'il existe sans conteste un consensus en ce domaine. Si de nombreuses disparités apparaissent lors de la comparaison du droit du divorce dans les États membres, elles portent sur les causes et les procédures de divorce, non sur la possibilité d'obtenir la dissolution du lien matrimonial. Au contraire, la Charte illustre le choix fait par le droit communautaire de protéger le mariage et la famille⁹⁹², d'autant que le droit communautaire n'ignore pas le divorce. Le règlement dit Bruxelles II bis⁹⁹³ s'applique au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage. Avant ce texte, le règlement Bruxelles II consacrait un « véritable droit subjectif au démariage effectif »⁹⁹⁴. Par ailleurs, deux livres verts ont été présentés en la matière par la Commission européenne⁹⁹⁵ et une proposition législative concernant le droit applicable et la

⁹⁹⁰ En ce sens J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « La France et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Annuaire français de relations internationales*, Vol. 2, 2001, p. 486.

⁹⁹¹ Cf. préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁹⁹² Voir notamment les articles 9 et 33 de la Charte (article 9 : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* » ; article 33 : « *La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social* »).

⁹⁹³ Règlement 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, du 27 novembre 2003, *JO* 338 du 23/12/2003, p. 1.

⁹⁹⁴ B. ANCEL et H. MUIR-WATT, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », *RCDIP* 2001, p. 406.

⁹⁹⁵ Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce COM 2005 (82) final, du 14 mars 2005, *op. cit.* ; livre vert SEC 2006 (952) sur les règles de conflit de lois, la compétence et la reconnaissance en matière de régimes matrimoniaux, du 17 juillet 2006, http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/sec_2006_952_fr.pdf.

compétence en matière de divorce a été formulée le 17 juillet 2006. Ainsi, tout en percevant l'importance des questions relatives au divorce, le droit se contente d'encadrer les procédures nationales et refuse de se prononcer en faveur d'un droit à la désunion.

À cette phase de création, qui se déduit d'un simple choix de normes empruntées, s'ajoute une autre phase, caractérisée, elle, par une modification des normes tirées d'autres ordres juridiques.

§ II - La création au delà des emprunts et influences

299. En remodelant une norme préexistante qui trouve son origine dans les États membres ou en droit international, le législateur européen ajoute son empreinte. Cette touche caractéristique permet à la norme empruntée de devenir une véritable norme civile de droit européen. La création réside alors dans la plus-value apportée par le producteur de la norme ainsi européanisée. Toutefois, l'eupéanisation peut varier et, de partielle (A), devenir totale (B).

A / L'eupéanisation partielle des règles de droit

300. À l'instar du processus de création jurisprudentielle, l'eupéanisation partielle des textes peut ne porter que sur un ajout minime du droit européen. Il en va ainsi lorsque le législateur spécifie la définition d'une norme empruntée, définition qui peut alors différer du sens originaire. De manière analogue, le législateur a la possibilité de modifier ou de préciser le régime juridique d'une norme, qu'il s'agisse de délai ou de sanction. Des exemples permettront d'illustrer ces ajouts européens touchant à la définition d'une norme (1°) ou à son régime (2°).

1° Une définition précisée par le droit européen

301. Un premier exemple peut être tiré du droit des obligations. La directive relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation du 25 mai 1999⁹⁹⁶ ne contient aucune définition de la notion de vente. Il apparaît dès lors indispensable d'emprunter leur définition aux législations nationales afin de déterminer les contrats entrant

⁹⁹⁶ Directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.* Sur cette directive, voir notamment L. LEVENEUR, « Les contrats de consommation et le droit européen », *CCC* 2002, repères n° 3 ; O. TOURNAFOND, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *D.* 2000, p. 159 ; M. TROCHU, « Vente et garantie des biens de consommation : directive CE n° 1999-44 du 25 mai 1999 », *op. cit.*

dans le champ d'application de la directive⁹⁹⁷. Néanmoins, l'article 2 en son alinéa 3 dispose que « *le défaut de conformité est réputé ne pas exister au sens du présent article si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut, ou si le défaut de conformité a son origine dans les matériaux fournis par le consommateur* ». Le droit communautaire, par cette précision assimile donc au contrat de vente, le contrat par lequel le consommateur fournit tous les matériaux nécessaires à la fabrication du bien⁹⁹⁸, alors même qu'un tel contrat ne laisse place à aucun transfert de propriété. Le droit communautaire apporte donc une précision quant à la qualification du contrat de vente. Se conjuguent alors les définitions nationales du droit de la vente et l'ajout communautaire.

302. Un éventail de sanctions offert au consommateur déçu par un bien non conforme au contrat, apparaît également dans cette directive. Ces sanctions sont mentionnées à l'article 3 de ce texte. Si la conception moniste de l'obligation de garantie et de délivrance de la chose a été empruntée à la Convention de Vienne⁹⁹⁹, le droit communautaire ajoute néanmoins une limite relative aux sanctions. Le consommateur a ainsi le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, « *à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné* »¹⁰⁰⁰. Le droit communautaire précise la définition du dédommagement disproportionné¹⁰⁰¹. Il fait alors appel au standard du « *raisonnable* » tant utilisé dans les « *Principes du droit européen des contrats* »¹⁰⁰². Un dédommagement passe pour disproportionné s'il entraîne des coûts déraisonnables à la charge du vendeur, eu égard à la valeur du bien non vicié, à l'importance du défaut ainsi qu'au coût généré par un autre mode de dédommagement. Il découle donc de cet article 3 une définition européenne du dédommagement disproportionné, qui vient s'ajouter à l'emprunt initialement fait à la

⁹⁹⁷ J. RAYNARD précise ainsi qu'une telle absence de qualification « *incitera l'interprète à scruter les conceptions nationales* » (« Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, p. 441).

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 442.

⁹⁹⁹ Voir *supra* n° 122.

¹⁰⁰⁰ Article 3 alinéa 3 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.*

¹⁰⁰¹ Article 3 alinéa 3 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.* :

« *Un mode de dédommagement est considéré comme disproportionné s'il impose au vendeur des coûts qui, par rapport à l'autre mode, sont déraisonnables compte tenu :*

- *de la valeur qu'aurait le bien s'il n'y avait pas défaut de conformité,*

- *de l'importance du défaut de conformité et*

- *de la question de savoir si l'autre mode de dédommagement peut être mis en oeuvre sans inconvénient majeur pour le consommateur.*

Toute réparation ou tout remplacement est effectué dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour le consommateur, compte tenu de la nature du bien et de l'usage recherché par le consommateur ».

¹⁰⁰² Sur cette question voir J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 1998, p. 1006.

Convention de Vienne. Le législateur ne se contente pas d'apporter des précisions quant aux définitions des normes qu'il a puisé dans d'autres systèmes, il en spécifie parfois le régime juridique.

2° Un régime juridique spécifié par le droit européen

303. La directive du 20 mai 1997¹⁰⁰³ concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, traite des litiges relatifs aux contrats en cause. En cela, l'article 11 alinéa 3 invite les États membres à inverser la charge de la preuve et à faire dorénavant peser sur le fournisseur, la production de la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou du respect des délais et du consentement du consommateur. Bien que de nombreux points de cette directive, en matière d'information préalable ou de faculté de rétractation, se soient largement inspirés de normes déjà existantes en droit interne français et y trouvent ainsi leur équivalent¹⁰⁰⁴, le texte communautaire apporte un nouvel élément en inversant la charge de la preuve et crée donc par là même, une règle européenne.

304. Le droit communautaire, largement inspiré par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, a spécifié l'action en garantie pour défaut de conformité dans la directive relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation du 25 mai 1999¹⁰⁰⁵. L'article 5 alinéa 3 de la directive énonce que « *sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance (...)* ». L'action en justice du consommateur déçu se trouve donc largement facilitée par une présomption d'existence du défaut au moment de la délivrance. En dehors des réserves qui peuvent être émises face à une telle disposition¹⁰⁰⁶, il doit être souligné qu'elle participe à l'élaboration d'une action en garantie européenne. Le législateur inverse là encore le système classique de la preuve selon lequel il incombe au demandeur, et donc à l'acheteur de rapporter la preuve du défaut. D'après la directive, il n'appartient plus au consommateur de prouver l'antériorité du vice

¹⁰⁰³ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *op. cit.*, p. 19. Sur cette directive, voir notamment J. RAYNARD, « Sources internationales : sources européennes communautaires », *RTD civ* 1997, p. 1015.

¹⁰⁰⁴ J. RAYNARD, « Sources internationales : sources européennes communautaires », *op. cit.*, p. 1017.

¹⁰⁰⁵ Directive 1999/44 du Parlement et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.*

¹⁰⁰⁶ Par exemple O. TOURNAFOND, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 », *op. cit.*

mais au vendeur de démontrer l'absence de défaut lors de la livraison¹⁰⁰⁷. Il s'agit là d'une particularité notoire spécifiée par le droit européen, en aval de l'emprunt fait à la Convention de Vienne.

305. Un autre régime juridique se trouve spécifié par le législateur communautaire et mérite d'être envisagé au titre de l'eupéanisation partielle, il s'agit des règles de conflits de lois et de juridictions. L'emprunt est manifeste en ce que le législateur européen transforme des textes internationaux en instruments communautaires et qu'ainsi « *l'internationaliste se fait communautariste* »¹⁰⁰⁸. Avec l'adoption du Traité d'Amsterdam, les États membres ont donné compétence directe à la Communauté pour adopter des instruments et entreprendre des actions en matière de coopération judiciaire. L'existence d'un espace judiciaire européen en matière civile entraîne l'élaboration de textes de droit judiciaire privé pouvant concerner le droit des contrats ou de la famille. En raison de cette nouvelle compétence, de nombreux textes ont été eupéanisés. Tel est le cas de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹⁰⁰⁹, aujourd'hui remplacée par le règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹⁰¹⁰, dit règlement Bruxelles I. Ses dispositions permettent de répondre à deux problèmes qui se posent en cas de litige entre des personnes résidant dans des États différents, y compris en matière contractuelle : quels tribunaux sont compétents ? Et sous quelles modalités un jugement prononcé dans un État membre va-t-il être reconnu et exécuté dans un autre ?

306. Le droit communautaire est également intervenu dans le domaine des procédures d'insolvabilité¹⁰¹¹, en matière de signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et également à propos de

¹⁰⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁰⁸ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *op. cit.*, p. 1260.

¹⁰⁰⁹ Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 27 septembre 1968, www.jura.uni-sb.de/convention-bruxelles/fr.

¹⁰¹⁰ Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *op. cit.* Lire à ce sujet G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 1990, 4, p. 601.

¹⁰¹¹ Règlement 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, du 29 mai 2000, *JO L* 160 du 30/06/2000, p. 1.

la création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées¹⁰¹². Le processus de communautarisation des Conventions de Rome a également commencé. Par ces textes, le droit communautaire pénètre le champ d'intervention du droit international privé et lui emprunte ses mécanismes. De même, l'espace judiciaire européen a donné au droit communautaire l'occasion d'édicter de nombreuses règles touchant au droit de la famille. Si ce domaine a tout d'abord été écarté du champ d'application de la Convention de Bruxelles de 1968, une seconde convention, dite Convention de Bruxelles II, a été élaborée concernant la reconnaissance et de l'exécution des décisions, en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs¹⁰¹³. Cette convention a été transformée en instrument communautaire, dit règlement « Bruxelles II », en 2000¹⁰¹⁴. Ce règlement a lui-même été abrogé et remplacé par un autre règlement¹⁰¹⁵ du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale¹⁰¹⁶. Ce texte reprend les dispositions du règlement « Bruxelles II » en matière de reconnaissance et d'exécution. Sont concernées par ce règlement, les procédures civiles relatives au divorce, séparation de corps ou annulation d'un mariage ainsi qu'aux questions relatives à la responsabilité parentale des enfants communs des époux, à l'occasion de la procédure matrimoniale. Ce règlement fixe des règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière matrimoniale et des décisions en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

307. En parallèle, le législateur communautaire tente également de communautariser les règles de conflits de lois¹⁰¹⁷. Une réelle « *frénésie* »¹⁰¹⁸ semble ainsi affecter la construction

¹⁰¹² Règlement 805/2004 du Parlement européen et du Conseil portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, du 21 avril 2004, *JO L* 143/15 du 30/04/2004. Sur ce dernier texte, voir entre autres H. PÉROZ, « Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire pour les créances incontestées », *JDI* 2005 p. 637.

¹⁰¹³ Convention de Bruxelles II concernant la reconnaissance et de l'exécution des décisions, en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, du 28 mai 1998, *JO C* 221 du 16/07/1998.

¹⁰¹⁴ Règlement 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, du 29 mai 2000, *JO* 160 du 30/6/2000.

¹⁰¹⁵ Le règlement 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) du 27 novembre 2003, abrogeant le règlement 1347/2000, *JO L* 338 du 23/12/2003, p. 1.

¹⁰¹⁶ H. FULCHIRON « Bruxelles II bis : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale », *Dr. et patrimoine* 2005, n° 136.

¹⁰¹⁷ Voir la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I, COM (2005) 650 final, du 15 décembre 2005 ; voir aussi la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II, COM (2006) 83 final, du 21 février 2006.

¹⁰¹⁸ Selon l'expression employée par C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003) », *op. cit.*, p. 2455.

de l'espace judiciaire commun en matière civile, particulièrement en matière de droit de la famille : de nombreux textes sont édictés¹⁰¹⁹, puis remplacés par d'autres qui sont eux mêmes abrogés, et ce dans un laps de temps très bref. Ces textes composent ce que la doctrine nomme le droit international privé communautaire¹⁰²⁰ et mettent en évidence l'eupéanisation qui succède aux emprunts¹⁰²¹. Strictement, cette matière ne se confond pas avec le droit civil européen et pour cette raison, l'ensemble des textes la composant ne sera pas examiné. Cependant, le droit international communautaire a un retentissement considérable sur les normes civiles. Le règlement dit Bruxelles II bis apporte une définition des notions de droit de garde et de visite. Or, ces définitions sont semblables à celles figurant dans le texte de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, presque mot pour mot. Le droit communautaire ajoute cependant au texte international. Il précise par exemple la possibilité pour l'enfant d'être entendu au cours de la procédure. De même, si les deux textes imposent à la juridiction saisie un délai identique de six semaines pour rendre sa décision, le droit communautaire adjoint au texte des mesures provisoires. À l'instar de C. Nourissat, il faut constater la valeur ajoutée au texte conventionnel par le législateur communautaire¹⁰²². Lorsque cette valeur ajoutée ne vise plus un détail mais une question juridique dans sa globalité, elle caractérise une eupéanisation d'ensemble.

B / L'eupéanisation d'ensemble des règles de droit

308. Deux éléments du droit communautaire peuvent être présentés comme ayant acquis, grâce aux textes, un sens véritablement européen. Tous deux attestent d'une réelle originalité par rapport aux concepts et catégories traditionnelles, même si, assurément, leur point de départ se situe dans un système étranger. Il s'agit dans un cas d'un régime de responsabilité

¹⁰¹⁹ Voir encore pouvant concerner la matière familiale la décision 2001/470 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, du 16 mai 2001, *JO L 174* du 27/06/2001. Ce réseau vise à faciliter la vie des personnes confrontées à des litiges transfrontaliers en présentant les différents systèmes juridiques nationaux des États membres dans le domaine civil et commercial et en assurant une meilleure coordination des procédures ; le Règlement 743/2002 établissant un cadre général communautaire d'activités en vue de faciliter la coopération judiciaire en matière civile, pour la période 2002-2006, du 25 avril 2002, *JO L 115* du 01/05/2002.

¹⁰²⁰ Sur ce sujet, voir A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Presses universitaires de Limoges, 2001.

¹⁰²¹ « Si bien que l'étude habituelle des rapports entre l'ordre international et l'ordre communautaire est une forme d'analyse de l'histoire de l'intégration européenne observant comment l'ordre communautaire emprunte au droit international et à son ordre pour ensuite s'en libérer » (Y. DAUDET, « Le droit international tire t'il profit du droit communautaire ? », *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de J. BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 99.

¹⁰²² Voir article 2§7 du règlement 743/2002 établissant un cadre général communautaire d'activités en vue de faciliter la coopération judiciaire en matière civile, pour la période 2002-2006, *op. cit.* Sur cette définition, voir C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003) », *op. cit.*, p. 1328.

découlant de la directive de 1985 en matière de produits défectueux (1°), dans l'autre de la notion de consommateur (2°).

1° La responsabilité du fait des produits défectueux

309. Bien que réglementée par la directive du 25 juillet 1985¹⁰²³, la responsabilité du fait des produits défectueux suscite de nombreuses interrogations. Trois arrêts rendus par la CJCE en 2006¹⁰²⁴ confirment la permanence des difficultés posées par ce texte. Il ressort de l'un de ces arrêts¹⁰²⁵ une nouvelle condamnation de la France en raison de non transposition persistante de la directive¹⁰²⁶.

310. Ce régime de responsabilité apparaît novateur et original¹⁰²⁷, ce qui explique les transpositions incorrectes dans certains États. Outre les interprétations singulières qu'a pu en faire la CJCE, la directive constitue, en elle-même, un texte européanisant entièrement un mécanisme. Tout d'abord, le législateur met en place un régime de responsabilité objective. La faute se trouve donc exclue du champ de la directive. Par ailleurs, ce texte se détache de la distinction usuelle entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Les États disposent d'une marge d'intervention réduite : il en va ainsi de la définition du producteur, vision restrictive imposée par l'article 3. En outre, l'application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux repose sur la mise en circulation du produit, notion créée par le droit communautaire. Des limites financières sont formulées par la directive. D'une part, elle impose une franchise permettant aux producteurs de ne pas compenser les victimes pour des dommages causés à des biens d'une valeur inférieure à cinq cents euros. D'autre part, elle envisage l'existence d'un plafond maximal de responsabilité du producteur pour des dommages causés à des personnes physiques en cas d'accidents répétés. De même, les possibilités d'exonération du fournisseur de la responsabilité qui incombe normalement au producteur obligent les États. Le droit communautaire donne les conditions d'exonération : dès lors que le fournisseur indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité de son propre fournisseur, les États doivent l'exonérer.

¹⁰²³ Directive 85/374 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *op. cit.*

¹⁰²⁴ CJCE 14 mars 2006 affaire C- 177/04, Commission c/ France, *Europe* 2006, comm. 143, note A. RIGAUX; CJCE Gr. Ch. 10 janvier 2006 affaire C- 402/03, Skov, *RTD civ* 2006, p. 265, note P. RÉMY-CORLAY ; CJCE 9 février 2006 affaire C- 127/04, Declan O'Byrne c/ Sanofi, *RTD civ* 2006, p. 267, note P. RÉMY-CORLAY; *D.* 2006, chron. p. 1261, note C. NOURISSAT.

¹⁰²⁵ CJCE 14 mars 2006 affaire C- 177/04, Commission c/ France, *op. cit.*

¹⁰²⁶ Voir déjà CJCE 25 avril 2002, affaire C- 52/00, Commission c/ France, *op. cit.*

¹⁰²⁷ Cf. G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, p. 297.

311. À l'instar de la notion de mise en circulation, la directive prévoit une possibilité d'exonération des producteurs lorsque l'état des connaissances scientifiques et *techniques*, au moment de la mise en circulation du produit incriminé, ne permettait pas de déceler le défaut de ce dernier. Enfin, la responsabilité du producteur est limitée dans le temps puisque l'article 11 prévoit que les droits conférés à la victime s'éteignent à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date à laquelle le producteur a mis en circulation le produit. Ces dernières dispositions, notamment la possibilité d'exonération, révèlent l'équilibre qui fonde la directive et qui en fait un compromis entre les intérêts des victimes et des producteurs. Ce texte contient ainsi des notions, des mécanismes et une logique atypiques. Il s'agit assurément d'un régime entièrement conçu par le droit communautaire, en sus des emprunts qui en constituent le point de départ¹⁰²⁸. La notion de consommateur a été élaborée de manière similaire, l'euphémisation succédant aux emprunts.

2° La notion de consommateur

312. La notion de consommateur, en dehors des précisions apportées par la jurisprudence de la CJCE puisque seule la création textuelle nous intéresse ici, a été délimitée par les textes de droit communautaire si bien qu'elle dispose d'un sens européen. En effet, classiquement, le législateur précise le sens des mots utilisés au début de chaque texte de directive. Cette notion ressort de plusieurs textes telle la directive de 1985¹⁰²⁹ sur les contrats négociés ou encore le règlement 44/2001¹⁰³⁰. Elle se construit de façon générale par opposition à « *l'activité professionnelle* » du contractant.

313. À partir de 1993, du fait de la définition proposée dans la directive relative aux clauses abusives¹⁰³¹, le législateur communautaire précise l'acception européenne de la notion

¹⁰²⁸ Voir *supra* n° 296 sur la Convention du Conseil de l'Europe de 1977 qui a inspiré cette directive.

¹⁰²⁹ Cf. l'article 2 de la directive 85/577 du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux du 20 décembre 1985, *JO L 372* du 31/12/1985, p. 31. Le consommateur s'entend de « toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

¹⁰³⁰ Cf. l'article 15 alinéa 1 du Règlement 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 22 décembre 2000, *op. cit.* : « 1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (...) ».

Une exception existe cependant : la directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *op. cit.*, dans laquelle, à l'article 2.4, le consommateur n'est pas défini en opposition avec une activité professionnelle.

¹⁰³¹ Cf. l'article 2. b de la directive 93/13 du Conseil, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, du 5 avril 1993, *JO L 095* du 21/04/1993 p. 29.

de consommateur en prenant en considération le « *cadre de l'activité professionnelle* »¹⁰³². Il faut donc s'attacher à déterminer si le contractant agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité ou qui lui sont étrangères.

314. Cette définition a de nouveau été précisée par la directive 2005/29 sur les pratiques déloyales¹⁰³³, pour laquelle le consommateur est une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Le critère du cadre de l'activité professionnelle est donc maintenu. L'activité, qui pouvait être commerciale ou professionnelle dans les textes de 1999¹⁰³⁴ et de 2002¹⁰³⁵, se trouve aujourd'hui étendue au domaine artisanal, libéral ou industriel. C'est ainsi la position du consommateur dans le contrat qui importe ainsi que la finalité de celui-ci. En outre, cette directive rappelle le choix de la Commission de ne considérer comme consommateur les seules personnes physiques. Ce faisant, le droit communautaire s'émancipe des droits nationaux, en particulier de la jurisprudence française¹⁰³⁶.

315. La notion communautaire de consommateur s'affranchit des législations internes et révèle pleinement son sens européen lorsque le législateur fait référence au « consommateur moyen » dans la directive sur les pratiques déloyales : « *la présente directive prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement*

¹⁰³² *Ibid.* Article 2. Voir aussi l'article 5.2 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) COM (2005) 650 final, du 15 décembre 2005, *op. cit.* : « contrats conclus par une personne physique, le consommateur, qui a sa résidence habituelle dans un État membre, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, le professionnel, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle ».

¹⁰³³ Directive 2005/29 du Parlement européen et du conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450 du Conseil et les directives 97/27 et 2002/65 du Parlement européen et du Conseil et le règlement CE 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005 (directive sur les pratiques commerciales déloyales), *JO L 149*, du 11/06/ 2005, p. 22. Sur ce texte voir M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *Europe* 2005, n° 11, étude 11.

¹⁰³⁴ Article 1 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation du 25 mai 1999, *op. cit.*, « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

¹⁰³⁵ Article 2 de la directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *op. cit.*: « toute personne physique qui, dans les contrats à distance, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ».

¹⁰³⁶ Par ex Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, *Bull.* n° 59.

attentif et avisé »¹⁰³⁷. Dès lors, le droit communautaire n'envisage pas le consommateur comme une personne vulnérable mais comme une personne responsable. En fonction de ce dernier critère, le droit communautaire appréciera la déloyauté d'une pratique. Les États, quant à eux, optent pour une conception du consommateur faible¹⁰³⁸. L'exclusion par le droit communautaire du consommateur personne morale et du consommateur profane montre la capacité du droit européen à s'affranchir des emprunts et influences nationaux¹⁰³⁹ dans le processus de création textuelle des normes civiles.

¹⁰³⁷ Considérant 18 de la directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, du 23 septembre 2002, modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 09/10/2002 p. 16.

¹⁰³⁸ M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *op. cit.*

¹⁰³⁹ Pour les emprunts relatifs à la notion de consommateur : voir l'étude de l'arrêt CJCE 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice, *op. cit.*, *supra* n° 68.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

316. Afin que le droit européen soit admis au rang des sources de normes civiles, l'essentiel n'est pas que ces dernières proviennent directement de lui. Dans cette perspective, le fait que les normes civiles européennes résultent d'influences et d'emprunts divers de règles préexistant dans d'autres ordres juridiques ne constitue pas un empêchement absolu. En revanche, il apparaît primordial que le droit européen participe d'une démarche constructive propre. Or, au delà des emprunts faits aux autres ordres juridiques, il existe incontestablement une part de création du droit européen. Celle-ci se situe soit dans l'« ingestion-digestion » de normes qui vont être remaniées et que le droit européen va alors se réapproprier, soit dans le choix même des emprunts. En effet, de ces choix se déduit une volonté de protéger ou de favoriser certaines dispositions. À l'inverse, le refus de transposition d'une norme manifeste clairement un refus d'importation du droit européen et, partant, l'absence d'opportunité de la protection de telle ou telle valeur fondamentale. Les choix européens, par les valeurs sur lesquels ils reposent, révèlent une intention propre et rendent ce droit européen, créateur de droit civil. Dans l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni*, la Cour EDH examine le droit applicable aux fécondations *in vitro* dans de nombreux autres États, en particulier aux États-Unis et en Israël. Elle cite de la jurisprudence en provenance de ces États, et prend notamment acte d'un arrêt israélien *Nachmani contre Nachmani*¹⁰⁴⁰. Pour autant, elle décide de ne pas suivre cet arrêt. Par ce choix, la Cour fait preuve d'une démarche qui lui est propre.

Le droit européen peut ne pas adhérer à un consensus existant comme il peut le devancer. L'absence d'automaticité qui entoure les phénomènes de consensus et de mouvement convergent des États renforce l'idée de création véritablement européenne. D'ailleurs, la démarche créatrice se perçoit nettement à travers « *le contenu et la signification particuliers* »¹⁰⁴¹ que l'architecte européen va conférer au droit à la vie familiale ou au droit à la vie privée. Si le juge est le principal architecte du droit européen, et de ce fait des normes civiles européennes, il n'en est pas l'unique. Ainsi, la création peut également être l'œuvre du législateur européen. À l'instar du juge, il apporte aux normes empruntées une plus valeur européenne et façonne certaines notions au point de leur conférer un sens européen. L'élaboration des normes civiles européennes découle donc de deux processus de création,

¹⁰⁴⁰ CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, point 39 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁰⁴¹ C. MAUBERNARD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*, p. 308.

l'un jurisprudentiel, l'autre textuel. Nonobstant cette nuance, les deux méthodes mènent toutes deux à la création, élément qui permet au droit européen de se présenter comme une source de normes civiles.

CONCLUSION DU TITRE I

317. Les perspectives d'intervention du Conseil de l'Europe et de la Communauté européenne en matière civile semblaient peu probables à l'origine. Il n'existe cependant pas de séparations absolues entre les matières juridiques. Pour le droit communautaire, « *il s'est révélé absolument impossible de séparer de façon étanche " l'homo economicus" (travailleur indépendant ou salarié) et la personne humaine en tant que telle et dans ses relations familiales* »¹⁰⁴². Quant au droit européen des droits de l'homme, une interprétation sans cesse élargie de la Convention lui a permis de trouver dans le domaine civil un vaste terrain d'application. Du fait de l'appartenance du droit civil au noyau dur de la compétence étatique, les interventions européennes en matière civile se sont révélées prudentes. Les normes civiles européennes s'inspirent largement des droits nationaux et du droit international. En procédant à une importation de règles déjà existantes au sein d'autres ordres juridiques, le droit européen y puise également une certaine légitimité. Partant, quoique formellement européennes, les règles de droit civil proviennent d'autres ordres juridiques et manquent par conséquent d'autonomie. Cette dernière ne constitue cependant pas un critère d'existence des normes juridiques et son défaut n'empêche donc en aucun cas le droit européen d'être source de normes civiles. L'élément essentiel pour que le droit européen puisse être reconnu comme source de normes civiles réside dans la création de règles. Une démarche constructive propre au droit européen vient alors compléter les emprunts et supprime le défaut d'autonomie des normes civiles européennes. C'est alors une réelle élaboration de normes civiles à laquelle participe le droit européen et ce quel que soit le degré de création : le simple fait de choisir une règle civile parmi d'autres afin de l'importer en droit européen révèle une création. Une part de création peut être décelée dans chacune des normes existantes, qu'elles soient textuelles ou jurisprudentielles.

Cela étant, la production des normes civiles résulte d'une juxtaposition de deux processus, l'un d'inspiration, l'autre de création et ce phénomène s'étend dans le temps. Une nouvelle norme civile passe ainsi par la phase d'inspiration avant d'être proprement européanisée, ce qui expose la matière civile à une activité permanente, d'autant que les deux phases en cause peuvent durer plus ou moins longtemps¹⁰⁴³. À terme cependant, ce mouvement continu

¹⁰⁴² H. GAUDEMET –TALLON, « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *op. cit.*

¹⁰⁴³ Par exemple le droit au respect de la vie privée en matière du sort des embryons *in vitro* se trouve dans la phase d'inspiration au regard de l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni* (CEDH 7 mars 2006, requête n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni, op. cit.*). La Cour a visé un arrêt de la Cour suprême d'Israël mais n'ose pas reprendre à son compte l'intégralité de la solution. De ce fait, la juridiction rend pour l'instant une décision peu audacieuse

permet à de nombreux droits d'être consacrés en droit européen qui devient ainsi une source grandissante de normes civiles.

sur la question du devenir d'embryons conçus *in vitro* par un couple séparé. Il est probable qu'à cette phase succédera une phase de ralliement de la Cour à la solution étrangère mentionnée dans l'arrêt puis une émancipation et une reconnaissance européenne du droit réclamé.

TITRE II

LE SYSTEME DE DROIT CIVIL EUROPEEN

318. Envisager le droit européen comme une source de normes civiles revient à considérer acquise l'existence des normes civiles européennes. Pour autant, cela ne suffit pas à démontrer l'existence d'un droit civil européen. Comme le relève G. Burdeau à propos du droit international¹⁰⁴⁴, il faut distinguer les règles de droit du droit lui-même. Les règles ne constituent qu'un des modes d'expression du droit, sa partie la plus visible¹⁰⁴⁵. Pour parvenir à révéler l'existence d'un droit civil européen, il faut davantage qu'un simple ensemble normatif puisque le droit se présente comme un système organisé de normes¹⁰⁴⁶. Ainsi, l'identification d'un système normatif s'avère essentielle à l'existence du droit civil européen. Les règles doivent ainsi s'articuler en un système cohérent¹⁰⁴⁷ afin que l'ensemble normatif devienne système normatif.

319. Il reste toutefois à s'entendre sur le terme de système, susceptible d'interprétations diverses et qualifié par conséquent « *d'ustensile verbal douteux* »¹⁰⁴⁸. Si ce terme a pu faire l'objet d'une utilisation abusive et erronée¹⁰⁴⁹ ou d'interprétations parfois complexes par certains philosophes du droit, rien n'empêche de l'utiliser dans son sens initial et de l'envisager simplement. Le système renvoie à l'idée de « *disposer en ordre* », « *assembler* », « *faire tenir ensemble* »¹⁰⁵⁰ ainsi qu'à la volonté d'unification. Un système se présenterait

¹⁰⁴⁴ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1966, p. 369. Voir également J. COMBACAU, « Sur une définition restrictive du droit, dialogue sans issue », dans *Mélanges en l'honneur de G. BURDEAU*, LGDJ, 1977, p. 1035.

¹⁰⁴⁵ M. MIALLE, « Définir le droit », *Droits* n° 11, 1990, p. 44 et 45.

¹⁰⁴⁶ « *Le droit est un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains* » selon H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 13.

¹⁰⁴⁷ G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 370. L'auteur précise que le système doit être « *cohérent et sans fissure* ». Il ne précise pas le sens qu'il attribue à ce dernier terme mais semble le rapprocher de celui de « *lacunes* ». Or, le problème des lacunes d'un droit doit être distingué de celui de l'existence même du droit. Ce n'est pas en effet parce que des lacunes apparaissent dans un droit que son existence doit être remise en cause. Pour ne citer qu'un exemple, les questions relatives à la bioéthique par exemple n'étaient pas réglementées en droit civil français avant la loi de 1994, il s'agissait bien d'une lacune qui n'a pourtant jamais porté atteinte à l'existence même de ce droit.

¹⁰⁴⁸ J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système », dans *Le système juridique*, APD 1986, t. 31, p. 85.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁰ R. SEVE, « Introduction », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 2.

donc comme un ensemble ordonné d'éléments¹⁰⁵¹, soit un ensemble ayant des propriétés particulières de cohérence et dont « *les éléments ne s'agrègent pas au hasard mais constituent un ordre en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolé de son entourage sans l'analyser faussement* »¹⁰⁵². Dès lors qu'il se rapporte à un ensemble d'éléments méthodiquement ordonnés, le terme système s'applique à des matières diverses, suivant la nature des éléments ordonnés. Peuvent ainsi émerger des systèmes biologiques, sociaux, économiques, politiques et juridiques. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit essentiellement de savoir si les règles de droit se prêtent à une présentation systématique c'est-à-dire à une mise en forme organisée. Le système juridique¹⁰⁵³ apparaît alors comme un ensemble structuré de normes juridiques¹⁰⁵⁴ et les interrogations générales qu'il suscite s'organisent autour de deux axes, qu'il s'agisse de déterminer la structure autour de laquelle s'articulent les normes ou de savoir si une telle structure existe. Seul ce second point orientera les développements de cette partie afin d'indiquer si les règles de droit civil européen s'organisent en un système permettant d'admettre l'existence du droit civil européen¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ R. SEVE, « Système et code », dans *Le système juridique, op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁵² J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système », dans *Le système juridique, op. cit.*, p. 85 et 86.

¹⁰⁵³ Pour certains auteurs (voir entre autres H. KELSEN, S. ROMANO, M. TROPER), système et ordre juridiques seraient synonymes. D'autres au contraire les distinguent (notamment J. COMBACAU, R. SEVE, F. OST, A.-J. ARNAUD, P.-Y. MONJAL) et cette dernière hypothèse apparaît plus juste que la première. L'ordre juridique est « *un ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine* » (C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », dans *Droits*, n° 33, 2001, p. 20, voir également *Droits*, n° 35, 2002 sur l'ordre juridique). L'ordre juridique renvoie certes à l'idée d'ordonnement des normes et en cela ordre et système peuvent se confondre mais l'ordre juridique, souvent rapproché du concept d'État, empreinte également à l'idée de commandement

(F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses universitaires de France, 1988, p. 22) et de contrainte et en cela, ordre et système juridiques se distinguent. S'il est possible de parler de système de défense ou encore de système juridictionnel, il ne saurait être question d'ordre de défense ni d'ordre juridictionnel. Certes, l'ordre juridique apparaît toujours comme un système envisagé dans sa cohérence globale : il peut être ainsi question indifféremment de l'ordre juridique américain ou du système juridique américain. Si tout ordre juridique est un système, tout système juridique n'est pas un ordre, comme tout ensemble normatif n'est pas nécessairement un système. Ce dernier peut faire référence à l'ordre juridique tout entier tout comme il peut également viser des ensembles de normes plus petits, coupés selon les intérêts scientifiques et pratiques de chacun. Le terme de système peut se voir appliqué au Code Napoléon (voir R. SEVE, « Système et code », dans *Le système juridique, op. cit.*, p. 77) alors même qu'il ne pourrait être question dans ce cas d'ordre juridique. Dès lors, le terme de système ne s'applique pas uniquement au droit dans son ensemble mais également à chacune de ses parties. L'ordre juridique se compose en cela de maints systèmes juridiques. Par conséquent, si l'ordre ne peut être opposé radicalement au système, il ne saurait non plus s'y identifier puisqu'il s'agit de deux niveaux d'approche différents (A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, t. 1 : OÙ va la sociologie du droit ?, LGDJ, 1981, p. 12, cité par P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la notion de hiérarchie des normes en droit communautaire*, thèse Tours 1998, note 323, p. 85).

¹⁰⁵⁴ R. SEVE, « Système et code », dans *Le système juridique, op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁵⁵ Cf. sur les systèmes de droit civil B. MALLET-BRICOUT, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *RIDC* 2004, 4, p. 865.

320. Le système implique classiquement cohérence et logique de fonctionnement, ces deux conditions pouvant être regroupées sous le terme global d'unité. Or, l'unité constitue précisément l'élément qui semble manquer au droit civil européen si bien que le système n'est pas avéré. L'ensemble normatif s'apparente davantage, pour l'heure, à une accumulation de normes qu'à un groupement ordonné. Seulement, sans facteur d'unification, il apparaît improbable de conclure à l'existence d'un système juridique de droit civil européen. En dépit de ce manque d'unité, le droit civil européen satisfait pourtant à la plupart des définitions du droit et si ce droit civil européen existe, il suppose nécessairement un système sous-jacent. C'est alors la notion même de système qu'il faut remanier et renouveler. En effet, son acception traditionnelle dans le domaine du droit ne paraît pas adaptée aux réalités du droit européen puisqu'un système existe alors même qu'il ne présente pas sous une forme unitaire. Il convient alors d'accepter la présence de conflits et de contradictions¹⁰⁵⁶ au sein d'un même système, l'essentiel résidant alors dans les interactions entre les sous-systèmes, chacun ayant pourtant des objectifs propres mais l'ensemble ayant une fin commune, en vue de laquelle le système pourra alors être édifié.

Dès lors, si l'on s'en tient à la définition traditionnelle du système juridique, aucun système de droit civil n'apparaît car l'absence d'unité l'empêche de se former (chapitre I). En revanche, l'adaptation de la notion de système aux réalités du droit européen, en particulier sa bipolarité, permet d'édifier un système juridique menant à l'existence du droit civil européen (chapitre II).

¹⁰⁵⁶ P. PONCELA, « Analyses systématiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 126.

Chapitre I - L'absence d'unité du droit civil européen

321. Le phénomène de production de normes civiles en droit européen apparaît complexe. En effet, l'existence de deux processus de création, jurisprudentielle et textuelle, ainsi que les étapes définies dans chacun de ces processus, amènent à faire du droit européen une source hétérogène de normes civiles. Les éléments semblent tellement variés et dissemblables que l'ensemble normatif civil qu'ils composent paraît inextricable. Or, pour aboutir à l'existence d'un droit civil européen, la notion de système doit venir compléter celle de source. Si la condition *sine qua non* de l'existence d'un ordre juridique réside dans son efficacité, l'unité caractérise le système juridique en ce qu'elle implique logique de fonctionnement et cohérence. L'obstacle majeur à l'admission d'un système de droit civil européen résulte précisément de cette absence d'unité. Il manque aux règles civiles européennes, ensemble normatif disparate et désordonné, un fil d'Ariane permettant leur homogénéité. Ce défaut doit être expliqué et sa portée mesurée, afin de savoir s'il peut être dépassé et, en cas de réponse positive, comment il pourra l'être. L'unité d'un système implique, soit une structure définie, peu important alors les éléments composant le système, soit un contenu clair et homogène. En d'autres termes, l'homogénéité peut s'exprimer, soit dans le contenant, soit dans le contenu. Il se trouve que l'ensemble composé par les normes civiles européennes, du fait de la dualité des circuits normatifs¹⁰⁵⁷ européens, ne révèle ni un cadre déterminé (section I), ni un contenu précis (section II).

Section I : Un cadre indéterminé

322. La notion de cadre fait simultanément appel à deux idées : celle de structure et celle d'organisation ou encore de méthode. Cela étant, quelle que soit l'acception envisagée, il est aisé de constater que le droit civil européen ne dispose d'aucun cadre : l'Europe civile est une Europe qui pourrait être réputée « à deux têtes ». Le droit civil européen résulte tant de l'Europe communautaire que de celle du Conseil de l'Europe et aucune de ces deux structures n'apparaît véritablement plus apte que l'autre à accueillir ce nouveau droit, qui se trouve donc, à l'heure actuelle, dépourvu de tout encadrement. Des perspectives d'encadrement peuvent toutefois être décelées dans les projets de code civil ou de Constitution européens et imposent d'étendre l'analyse aux pistes futures. De ce fait, si le défaut de structure unique du

¹⁰⁵⁷ S. MANACORDA, « Principes et formes d'un système pénal *in fieri* », *Rev. sc. crim.* 2000, n° 1, p. 119.

droit européen doit être souligné (§ I), il pourrait se trouver comblé par des perspectives d'encadrement encourageantes qu'il conviendra d'analyser (§ II).

§ I - Le défaut d'encadrement unique du droit civil européen

323. Aucune place n'est à ce jour attribuée au droit civil européen ou plus exactement aux normes civiles européennes, puisque seule leur existence est pour l'instant acquise. L'expression même de droit civil européen n'est d'ailleurs que rarement employée¹⁰⁵⁸. Assurément, un ensemble normatif civil européen existe mais rien n'a été fait dans ce but et ce droit n'est ni mentionné ni prévu par un texte quelconque. Les dispositions civiles se sont trouvées créées plus qu'on a voulu les créer. Le droit civil ne peut dès lors être reconnu en tant que tel. En outre, il resterait à déterminer sa place. Il n'est ni complètement une branche du droit communautaire, ni une branche du droit du Conseil de l'Europe. Il est les deux à la fois et ne relève d'aucune structure unique. L'ensemble normatif civil s'est construit sur une dualité de structures, c'est une branche du droit transversale, puisant ses origines à la fois dans le droit communautaire et dans le droit du Conseil de l'Europe. Or, sans structure unique, il n'est pas non plus d'organisation ou de méthode uniforme. En cela, le défaut d'unité perçu dans les structures du droit civil européen a des incidences sur les moyens mis en œuvre par les institutions européennes lorsqu'elles créent du droit civil, même si telle n'est pas leur intention initiale. L'organisation du droit civil européen prend donc place au sein de deux ordres juridiques supranationaux, ce qui n'autorise guère l'unité puisqu'à chaque ordre correspond une structure et un mode de fonctionnement particulier¹⁰⁵⁹. Le constat qui s'impose alors est qu'à la dualité connue des structures (A) correspond logiquement une pluralité de méthodes (B).

A / La dualité des structures du droit civil européen

324. La structure représente la pierre fondamentale, la charpente, la manière dont un droit est construit. En tant qu'ensemble normatif, le droit civil européen ne se trouve pas organisé autour d'une structure simple mais double. Il se compose en effet d'un droit civil émanant du Conseil de l'Europe et d'un droit civil communautaire. Or, ces deux ensembles doivent être distingués en tant qu'ils représentent chacun une branche du droit civil européen. Néanmoins

¹⁰⁵⁸ Voir par exemple L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. fam.* 2005, n° 9, étude 18. Encore faut-il que l'expression employée englobe le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme, ce qui n'est généralement pas le cas. Il n'en faut pour preuve que le code, qualifié de code civil européen, ne concerne que le droit communautaire.

¹⁰⁵⁹ Cf. M. DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation – l'expérience contemporaine », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Économica*, 2001, p. 23.

le droit communautaire et le droit du Conseil ne peuvent être considérés que comme des promoteurs involontaires de droit civil : aucun des deux ordres n'a pour but direct d'élaborer du droit civil, si bien qu'aucune compétence explicite ne leur est attribuée en ce domaine. La dualité des structures se transpose ainsi aux fondements puisqu'il n'est pas une compétence claire et explicite autorisant l'un des deux ordres à produire des règles civiles. Chaque ordre n'élabore donc celles-ci qu'en fonction de ses propres règles procédurales mais en aucun cas au regard de règles communes.

325. Toutefois, dans un souci d'unité, une volonté de faire oeuvre commune pourrait atténuer, si ce n'est effacer, le défaut de fondement du droit civil européen. Dans ce cas en effet, il existerait une volonté politique de construire un ensemble cohérent de règles civiles européennes. Mais tel n'est pas le cas : l'élaboration d'un droit civil européen ne semble découler d'aucune volonté particulière. Jamais il n'a été question au sein des deux espaces européens d'une élaboration d'un « droit civil ». La production de droit civil européen se fait ainsi de manière indirecte, sans même que les ensembles européens ne s'en rendent compte¹⁰⁶⁰. Or, si les ordres juridiques eux-mêmes ne manifestent aucune volonté de créer un droit civil, il est *a fortiori* improbable qu'ils envisagent d'en faire une oeuvre commune. La dualité des structures constitue ainsi un obstacle à l'unité du droit civil européen. Elle entraîne en effet un problème de fondement du droit civil européen (1°), mais empêche également l'émergence d'une volonté claire et commune quant à l'élaboration d'un droit civil européen cohérent (2°).

1° L'absence de fondement déterminé du droit civil européen

326. En ce qu'il en précise l'origine, le fondement constitue le point de départ du droit. Or, il est impossible de trouver un fondement unique au droit civil européen. Une telle affirmation persistera tant que les compétences matérielles du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme ne seront pas précisées en matière civile. Si les deux ordres produisent ainsi respectivement du droit civil, c'est parce qu'aucune disposition ne rend l'un plus compétent que l'autre. La compétence du droit communautaire en matière civile demeure un point litigieux pour la doctrine : les auteurs, français notamment, réfutent la légitimité de ce qu'ils considèrent comme un empiètement du droit communautaire sur un domaine réservé

¹⁰⁶⁰ Ainsi, qui aurait pu penser que l'article 52 TCEE sur la liberté d'établissement aurait des répercussions sur les règles de translittération des noms de famille ? Voir en ce sens CJCE 30 mars 1993 affaire affaire C- 168/91, Konstantinidis, *op. cit.*

à la seule compétence nationale¹⁰⁶¹. Les termes du débat sont identiques à ceux relatifs au fondement légal d'un éventuel code civil européen. C'est un fait, le droit civil communautaire s'élabore alors même qu'aucune compétence expresse ne le prévoit. Seule la « coopération » en matière civile est envisagée à l'article 65 TCE et ce texte ne saurait constituer une base légale pertinente pour l'ensemble des normes civiles européennes. Certes, d'après cet article, la Communauté peut, depuis le Traité d'Amsterdam, intervenir par le biais de directives ou de règlements dans le domaine des conflits de juridictions et des conflits de lois en matière civile, notamment en matière familiale¹⁰⁶². Cependant, son champ d'application, restreint à la procédure civile et au droit international privé¹⁰⁶³, ne s'étend en aucunement au droit civil général.

327. Une autre base légale trouverait sa source à l'article 95 TCE. Il s'agit du texte pivot de la réalisation du marché intérieur¹⁰⁶⁴, selon lequel le Conseil peut harmoniser le droit ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Ce texte sert déjà de fondement aux directives intervenant pour la protection des consommateurs et, afin qu'il puisse en être de même pour l'intégralité de la matière civile, il faut que l'adoption de ces normes soit jugée nécessaire à l'achèvement du marché intérieur. Cette condition suscite un débat dans lequel les auteurs ne parviennent pas à s'entendre. Pour certains, le marché intérieur existe déjà, sans qu'il soit besoin d'harmoniser l'ensemble des droits civils nationaux¹⁰⁶⁵. Pour d'autres, au contraire, la diversité des droits civils constitue un obstacle à la libre circulation et porte atteinte à la libre concurrence¹⁰⁶⁶. Le rapprochement des législations permettrait ainsi la libéralisation des échanges intracommunautaires¹⁰⁶⁷. Quoique convaincant pour le droit de la consommation ou le droit des contrats, notamment parce qu'un seul et unique droit des contrats permettrait, sans conteste, une réelle liberté de circulation¹⁰⁶⁸,

¹⁰⁶¹ Voir notamment P. MALINVAUD, « Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542 ; F. TERRÉ, « L'année d'un bicentenaire », *D.* 2004, p. 12 ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001 ; P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779.

¹⁰⁶² C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union Européenne (1^{er} semestre 2003) », *op. cit.*, p. 2453.

¹⁰⁶³ D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats ? », *RTD civ* 2003, p. 640.

¹⁰⁶⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ* 2002, p. 466.

¹⁰⁶⁵ P. MALINVAUD, « Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *op. cit.*, p. 2544.

¹⁰⁶⁶ N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, à propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, *éd. G.*, p. 12. Voir aussi la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11 juillet 2001, COM (2001) 398, *JO C* 255 du 13/9/2001.

¹⁰⁶⁷ V. HEUZÉ, « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, *éd. G.*, p. 1342.

¹⁰⁶⁸ G. GANDOLFI, « Pour un code européen des contrats », *RTD civ* 1992, p. 720.

ce raisonnement ne saurait s'appliquer à l'ensemble du droit civil. Le marché intérieur ne peut justifier directement l'édiction de normes prises en matière familiale par exemple¹⁰⁶⁹. L'article 95 TCE ne peut donc servir de base juridique unique à l'élaboration du droit civil européen.

328. Il est possible que le concept de citoyenneté de l'Union puisse servir ce but. L'article 17 TCE pourrait éventuellement justifier une harmonisation des droits civils dès lors qu'il s'agit là d'un point fondateur de l'intégration européenne. A titre d'exemple, cet article a permis à la CJCE d'intervenir dans un domaine relevant de la compétence exclusive des États, celui de l'attribution du nom de famille et donc de la filiation, dans l'arrêt *Garcia Avello*¹⁰⁷⁰. L'ingérence de la Cour dans la détermination du nom de famille est devenue possible grâce au concept de citoyenneté, ce qui laisse à penser que cette notion, à travers l'article 17 TCE, pourrait constituer la base légale du droit civil européen. Outre que la notion de citoyenneté ne vise que les ressortissants de l'Europe communautaire, encore faudrait-il pouvoir combiner cette dernière base avec les articles 6 TUE et 22 de la Charte DFUE, textes qui imposent tous deux le respect des cultures et identités nationales des États membres.

329. Une autre base a pu être proposée par la doctrine¹⁰⁷¹, il s'agit de l'article 308 TCE. Ce texte prévoit que la Commission a la faculté d'étendre ses compétences, dans l'hypothèse où le Traité ne prévoit aucune compétence spécifique, afin de réaliser l'un des objectifs de la Communauté pour le fonctionnement du marché commun. Une telle possibilité d'action offerte à la Commission se trouve restreinte par la condition que cette action soit nécessaire aux objectifs de la Communauté. Finalement, le problème est comparable à celui posé par l'article 95 TCE et revient à la véritable interrogation, celle de savoir si l'élaboration d'un droit civil européen est nécessaire à la réalisation du marché commun.

¹⁰⁶⁹ D'autant que la CJCE a précisé que l'article 95 du Traité ne donnait pas au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur : CJCE 5 octobre 2000 affaire C- 376/98, République fédérale d'Allemagne c/ Parlement et Conseil, *Rec.* p. 8419. Aux yeux la Cour, interpréter l'article 95 en ce sens qu'il donnerait au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur serait non seulement contraire au libellé même des dispositions précitées, mais également incompatible avec le principe consacré à l'ex-article 3 B selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d'attribution, voir notamment les points 83 et suivants de l'arrêt. Dès lors il convient d'affirmer, à l'instar de R. GOSALBO BONO que « l'arrêt *Tabac* opte pour une interprétation restrictive de l'article 95 TCE » (*RTDE* 2001, n° 4, p. 802).

¹⁰⁷⁰ CJCE 2 octobre 2003 affaire C-148/02, Carlos Garcia Avello c/ État belge, *RTDH* 2004, p. 739, note H. SURREL ; *Europe* décembre 2003, commentaires, n° 374, p. 5, note Y. GAUTIER ; *JCP* 2004, éd. G, I, 111, n° 3, obs. A. MARMISSE.

¹⁰⁷¹ Voir notamment D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats ? », *op. cit.*, p. 640.

330. Ainsi, les bases juridiques évoquées se révèlent discutables. S'il n'est pas d'interdiction expresse, il n'est pas non plus de compétence explicite. De surcroît, rien ne saurait justifier la mise à l'écart du principe selon lequel le législateur communautaire ne bénéficie que d'une simple compétence d'attribution : les institutions communautaires ne peuvent intervenir que dans un domaine déterminé de compétences qui leur ont été attribuées. À ce principe viennent s'ajouter ceux de subsidiarité et de proportionnalité, données connues du droit communautaire impliquant qu'il ne peut agir qu'en vertu d'une disposition législative précise.

331. Il reste à déterminer si ce problème de compétence ne constitue pas un faux problème, c'est-à-dire un simple obstacle temporaire. C'est ce que semble induire l'arrêt *Commission contre le Conseil* du 13 septembre 2005¹⁰⁷². La Commission avait demandé à la Cour de justice d'annuler une décision-cadre du 27 janvier 2003, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Cette décision avait été adoptée à l'unanimité par le Conseil et laissait aux États une large latitude quant aux moyens à mettre en œuvre pour atteindre les résultats envisagés dans le texte. Or, pour la Commission, ce fondement était erroné puisque la protection de l'environnement constitue un des objectifs de l'Union et intègre le premier pilier du Traité. La Cour constate que si « *en principe, la législation pénale tout comme les règles de procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté* », « *le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, peut prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement* »¹⁰⁷³. La juridiction communautaire donne donc raison à la Commission en estimant que la décision visée relevait d'une compétence attribuée à la Communauté. L'arrêt dépasse assurément le seul domaine du droit de l'environnement et autorise le législateur communautaire à utiliser le droit pénal pour atteindre ses objectifs. Ce faisant, elle permet la communautarisation du droit pénal, nonobstant les textes pour lesquels ce domaine relève de la compétence des États membres. Or, rien n'empêche la transposition à

¹⁰⁷² CJCE 13 septembre 2005 affaire C- 176/03, *Commission c/ Conseil*, D. 2006, n° 19, p. 1259, note C. NOURISSAT ; sur cet arrêt voir la communication COM (2005) 583 final de la commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13/9/05 (C-176/03 *Commission contre Conseil*) du 23 novembre 2005 ; *Europe* 2005, comm. 369, note D. SIMON.

¹⁰⁷³ CJCE 13 septembre 2005 affaire C- 176/03, *Commission c/ Conseil*, points 47 et 48 de l'arrêt, *op. cit.*

la matière civile de la conclusion selon laquelle « *la matière pénale n'est pas un sanctuaire national dans lequel le droit communautaire serait interdit de séjour* »¹⁰⁷⁴. Pour cette raison, le problème de compétence peut être dépassé.

332. En outre, le Traité fondateur peut être modifié afin de conférer expressément une compétence civile au législateur communautaire. Mais il est alors possible de se demander pourquoi un tel ajout n'a pas déjà été effectué. En effet, le débat dure depuis quelques années et une telle précision aurait eu le mérite de la clarté. Les arguments en faveur d'une compétence communautaire neutralisent ceux qui s'y opposent et réciproquement. Il paraît donc présomptueux de vouloir apporter une réponse à cette question. Quoiqu'il en soit, les bases juridiques envisagées n'ont qu'une portée limitée : quand bien même attribueraient-elles une compétence civile au législateur communautaire, celle-ci ne serait qu'implicite. En effet, même si ces bases étaient à même de légitimer une intervention communautaire dans le domaine civil, elles ne viseraient pas pour autant la création complète d'un droit civil européen. Aussi, cette matière se trouve dépourvue de fondement déterminé dans l'ordre juridique communautaire.

333. Le Conseil de l'Europe ne bénéficie pas davantage que les institutions communautaires, de compétence explicite en matière civile. Le traité de Strasbourg du 5 mai 1949, définissant le statut du Conseil de l'Europe précise, dispose, dans son article 1^{er}, que le but du Conseil est de « *réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idées et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* ». L'« *union plus étroite* » n'est donc que le moyen de préserver et développer un patrimoine commun aux États membres. Les compétences du Conseil, très larges (économiques, sociales, culturelles, scientifiques et juridiques¹⁰⁷⁵), lui ont permis d'instaurer un véritable espace juridique européen. Il n'en demeure pas moins qu'aucun texte ne mentionne la moindre compétence en matière civile. La Conv EDH, clé de voûte du système du Conseil de l'Europe, ne donne pas compétence à la Cour afin de statuer spécifiquement en matière civile. Le rôle de la Cour européenne consiste à faire respecter cet instrument et les engagements qu'il impose en matière de droits et libertés fondamentaux, aucunement de produire du droit civil. Lorsque, par hasard, cette dernière hypothèse se

¹⁰⁷⁴ D. SIMON, note sous CJCE 13 septembre 2005 affaire C- 176/03, Commission c/ Conseil, *Europe* 2005, n° 11, comm. 369.

¹⁰⁷⁵ Cf. article 1.b) du statut.

réalise, la compétence civile n'en demeure pas moins indirecte. Si la Cour statue en matière civile, c'est simplement parce que le droit civil apparaît dans les conditions ou les effets de certains droits fondamentaux. La Cour touche alors au domaine civil mais, en quelque sorte, de manière détournée. La défense des droits de l'homme amène ainsi le Conseil de l'Europe à développer un droit civil européen, mais il ne dispose pas de compétence expresse en ce domaine.

334. Par conséquent, le droit civil s'impose à la fois comme une composante du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme mais ne provient exclusivement d'aucun de ces deux ordres. De plus, aucun d'eux ne se trouve explicitement compétent en matière civile si bien qu'ils produisent des normes civiles sans crainte d'empiéter sur un domaine dans lequel l'autre serait compétent. Les deux blocs peuvent ainsi se chevaucher, d'où la nécessité de veiller à l'harmonisation des normes et des décisions émanant des deux systèmes. Sans compétence explicite, il n'est pas de répartition de ces mêmes compétences et partant pas de structure unique. Outre le fait que le droit civil européen bénéficie d'une origine double, il se révèle sans fondement légal. Cela attise la difficulté de l'envisager comme une construction juridique d'ensemble et de l'appréhender dans sa globalité. Aucune manifestation particulière de volonté d'instaurer un droit civil européen ne vient compenser cette absence de fondement.

2° Une volonté inexistante de créer un droit civil européen

335. Les incertitudes relatives au pouvoir des institutions européennes de légiférer en matière civile pourraient être suppléées par une volonté des institutions européennes d'élaborer ensemble un droit civil au niveau européen et donc de faire œuvre commune. Peu importerait en effet l'absence de compétence expressément attribuée : sachant qu'un droit civil européen se trouve en voie d'élaboration, les institutions européennes, d'elles mêmes, tenteraient d'élaborer des solutions concordantes et éviteraient de se répéter ou de se contredire. La dualité serait de la sorte dépassée et le problème de la compétence demeurerait théorique. Il faut toutefois admettre qu'une telle volonté n'existe pas et ce pour deux raisons.

336. D'une part, les institutions communautaires et le Conseil de l'Europe ne semblent pas même conscients de mettre en place un droit civil européen. Puisque les normes civiles produites ne le sont pas directement, c'est-à-dire au nom d'une compétence précise, leur

caractère civil n'est qu'incident et ne découle pas d'une démarche civiliste¹⁰⁷⁶ volontaire. Ainsi, les normes en question pourraient être qualifiées de normes civiles de contrebande et les organes européens ne sont auteurs de droit civil que par effraction¹⁰⁷⁷. À titre d'exemple, si, en apparence, le droit communautaire touche au droit de la famille, ce n'est que parce qu'il régit la libre circulation des personnes et que cette liberté ne saurait être complète sans un versant relatif à la famille du migrant. De ce fait, l'élaboration du droit civil européen ne découle nullement d'un acte de volonté des institutions européennes. Celles-ci élaborent un droit civil européen sans le vouloir et sans qu'aucune place précise ne lui soit réservée. Tout se passe, comme le souligne J.-S. Bergé, comme si personne ne s'était posé la question de l'articulation de toutes ces règles¹⁰⁷⁸.

337. D'autre part, et au-delà même du domaine civil, les institutions européennes ne manifestent aucune volonté de faire, conjointement, un droit commun à l'échelle européenne. Le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme, qui constituent les deux versants du droit européen, produisent chacun des normes qui s'accumulent jusqu'à former deux ensembles distincts. Il paraît alors périlleux de considérer ces deux ensembles comme une globalité et de lui attribuer une portée générale. Les deux pôles du droit civil européen se sont créés et se développent sans lien commun apparent. Certes, le droit européen des droits de l'homme comprend une branche civile à l'instar du droit civil communautaire qui tend à être perçu comme une branche du droit communautaire. Néanmoins, si ces branches existent chacune de leur côté, rien ne leur permet apparemment de se rejoindre. Tel est l'effet de la dualité et seule une volonté politique de construire un droit civil commun permettrait de substituer une organisation générale à cette Europe civile à deux têtes. En effet, si la construction européenne est une construction juridique, elle est aussi une construction largement politique¹⁰⁷⁹, notamment lorsqu'il s'agit de créer des passerelles entre les deux Europe. Sans cette volonté, les deux sous-ensembles évoluent dans une ignorance mutuelle, en dehors de tout cadre commun, empêchant ainsi l'existence d'un seul droit civil européen.

¹⁰⁷⁶ Selon l'expression de N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, éd. G., I, 100, p. 14, n° 17.

¹⁰⁷⁷ L'expression est de C. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Économica, 1998, p. 57.

¹⁰⁷⁸ L'auteur fait allusion ici à la protection du droit d'auteur (J.-S. BERGÉ, « La protection du droit d'auteur et des données à caractère personnel : étude d'un phénomène de communautarisation du droit des conflits de lois », dans A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 241).

¹⁰⁷⁹ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMC* 2000, p. 223.

338. Sans impulsion politique, la collaboration entre les organes communautaires et le Conseil de l'Europe, dans le but d'élaborer un seul droit civil, ne s'imposera pas d'elle-même : les deux systèmes de droit européen apparaissent fort différents, tant par leurs missions que leurs structures, outils ou méthodes de travail. Certains principes et objectifs communs aux deux systèmes permettent sans doute une coexistence harmonieuse, de même que les deux Cours européennes sont mues par un idéal commun¹⁰⁸⁰, mais il n'est pour autant question que d'une coexistence, d'une juxtaposition. Or, un droit civil européen imposerait un véritable brassage entre les normes des deux ordres. Les deux cadres juridiques ne s'ignorent évidemment pas, ils exercent même une influence réciproque mais ils ne travaillent que peu de concert ; il n'est pas encore de place pour l'unité et aucune volonté ne s'est manifestée en ce sens, tout au moins en matière civile. L'importance des traits distinctifs entre le cadre du Conseil de l'Europe et celui du droit communautaire prévaut encore largement. Même si des valeurs et des normes communes existent, elles se dégagent de deux approches différentes, celle du droit communautaire et celle du Conseil de l'Europe. La première est à orientation originellement économique, l'autre semble viser avant tout la protection de la dignité humaine.

339. Les domaines susceptibles de coordination et de coopération entre les deux organisations s'avèrent dès lors peu nombreux et sont centrés sur le renforcement de la démocratie, de l'État de droit, du respect des droits de l'homme et aussi sur la protection des minorités nationales. Il est ainsi possible de citer à titre de défis communs faisant l'objet de « *synergies fructueuses* »¹⁰⁸¹ la lutte contre la criminalité ou la traite des êtres humains. Le droit civil ne fait pas partie des domaines de coopération envisagés. L'Union européenne est représentée auprès du Conseil de l'Europe et dispose d'experts susceptibles de participer aux réunions des groupes de travail du Conseil de l'Europe¹⁰⁸². Réciproquement, le Conseil dispose d'un office de liaison auprès de l'Union européenne, créé en 1974 et qui permet des

¹⁰⁸⁰ En ce sens voir notamment P. AUVRET et J. AUVRET-FINCK, « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », *Liber Amicorum J. WALINE. Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, p. 421 ; F. SUDRE évoque également de « *valeurs communes* », dans « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP* 1998, éd. G., p. 9.

¹⁰⁸¹ Selon l'expression employée par P. COX, cité dans « Union et Conseil partageant les mêmes valeurs », *DNA* 26 septembre 2003, p. 6.

¹⁰⁸² J.-C. JUNKER, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, p. 35.

contacts institutionnels systématiques entre les deux organisations¹⁰⁸³. Par ailleurs, le souhait d'une plus large communication a été formulé¹⁰⁸⁴ mais cette entente ne se rapporte pas particulièrement au domaine civil dans lequel toute forme de collaboration demeure absente. Les institutions européennes se trouvent donc en concurrence, au risque de mettre en œuvre des mesures qui se répètent. De surcroît, lorsqu'elle est voulue et organisée, la coopération entre les deux Europe aboutit à des résultats très variables. Qu'en déduire pour la matière civile alors que la coopération n'y est pas mentionnée ? Inévitablement, le droit civil européen se compose de deux blocs distincts qui, s'ils ne s'opposent pas, ne coopèrent pas non plus, tout au moins précisément en matière civile.

340. Il faut ajouter que l'absence de hiérarchisation formelle¹⁰⁸⁵ des deux systèmes que sont le droit communautaire et celui du Conseil de l'Europe, ne simplifie guère le problème et qu'à l'inverse, il renforce la dualité. Puisqu'il existe une séparation congénitale des domaines d'intervention¹⁰⁸⁶ des deux ordres, il semble logique qu'ils évoluent en parallèle si bien qu'aucun des deux ne prévaut sur l'autre. La doctrine s'est largement exprimée sur la question des relations entre la Cour européenne et la Cour de Justice, que notre interrogation dépasse d'ailleurs largement. Les auteurs ont parlé d'absorption¹⁰⁸⁷, de vampirisation¹⁰⁸⁸ par le

¹⁰⁸³ Voir aussi, dans un but de coopération, le rôle des commissaires aux droits de l'homme. « *Dans la pratique, le Commissaire aux droits de l'Homme est une émanation directe du Conseil de l'Europe, mais son action n'est pas limitée à cette enceinte. Il travaille tant avec l'Organisation des Nations Unies, le Comité international de la Croix Rouge et le Haut Commissariat aux Réfugiés qu'avec l'Union européenne et des États membres Individuels* » (J.-C. JUNKER, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, p. 7). Voir également la future Agence européenne des droits fondamentaux (J.-C. JUNKER, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, p. 8).

¹⁰⁸⁴ « *Je voudrais voir la coopération entre le Conseil et l'Union devenir plus intense, pour ne pas dire plus intime. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne sont tous deux nécessaires, différents et uniques. "Ne perdons pas notre temps dans des disputes sur qui fut à l'origine de l'idée d'une Europe unie", nous implorait Winston Churchill déjà en 1948 à La Haye. Quand il s'agit de l'essentiel, les rivalités entre les deux organisations n'ont pas lieu d'être. Nos deux organisations sont d'une grande complémentarité de par leurs domaines d'action et leurs expériences. Je me suis donc attaché à mettre en évidence les lignes de force de ce que pourrait être une meilleure coopération entre le Conseil et l'Union, un véritable partenariat conscient, serein et structuré, un partenariat au service d'une seule Europe de la dimension humaine* » (J.-C. JUNKER, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, p. 2).

¹⁰⁸⁵ Selon l'expression empruntée à P. AUVRET et J. AUVRET-FINCK, « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », *op. cit.*, p. 417.

¹⁰⁸⁶ D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », dans *Les Cours européennes, Luxembourg et Strasbourg, Pouvoirs* 2001, n° 96, p. 32.

¹⁰⁸⁷ F. SUDRE, dans *Le Traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, actes du Colloque des 27 et 28 février 1998, Pédone, 1999, p. 48 ; *id.*, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁸⁸ V. CONSTANTINESCO, « Le renforcement des droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », dans *Le Traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, actes du Colloque des 27 et 28 février 1998, Pédone, 1999, p. 44.

système juridictionnel communautaire du système de la Cour européenne. Pourtant, aujourd'hui encore, la pérennité des deux systèmes juridictionnels, sans primauté de l'un sur l'autre, peut être constatée¹⁰⁸⁹. Si la doctrine s'est attardée sur les relations entre les deux Cours européennes¹⁰⁹⁰, elle n'aborde que peu la coexistence de deux Europes, qui avancent en parallèle. Pas davantage, elle n'envisage le droit dualiste ou bipolaire¹⁰⁹¹ qui en résulte, que ce soit en matière civile ou encore sociale et pénale pour ce qui relève du droit privé. Le brassage des normes n'est guère pratiqué. Face à cette dualité, il semble difficile pour le droit civil de ne faire qu'un et de contenir des constructions juridiques de portée générale. Sans davantage de volonté aspirant à l'unité, il semble improbable que le droit civil européen puisse faire référence à des concepts clés, à des termes abstraits susceptibles d'être utilisés dans un système comme dans l'autre. Les termes « contrat », « dommage » auront difficilement une même signification employés devant la Cour européenne et la Cour de justice. Le droit civil européen peut difficilement bénéficier d'une conceptualisation d'ensemble, d'autant qu'aucune volonté ne manifeste l'intention d'unifier ou de fusionner les normes qui peu à peu le composent. Ce sont donc deux auteurs, deux législateurs qui coexistent en matière de droit civil européen. Cette bipolarité se répercute inmanquablement sur les méthodes employées pour concevoir le droit civil européen.

B / La pluralité des méthodes

341. Le droit civil européen se construit au sein de deux cadres : le Conseil de l'Europe et l'Europe communautaire. Nécessairement, chaque ordre juridique produit les normes civiles suivant ses propres nécessités, orientations et méthodes, d'autant qu'aucune volonté de collaboration entre les institutions européennes ne peut être observée en ce domaine. La représentation du droit civil européen est donc celle d'un droit unique composé de deux corps de règles. Puisque, par définition, les buts de ces deux législateurs ne sont pas identiques, les instruments pour y parvenir ne le sont pas davantage. En conséquence, la dualité des structures multiplie par deux les moyens d'encadrement du droit civil européen qui procède

¹⁰⁸⁹ Voir en ce sens J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe* 1998, chron. n° 7.

¹⁰⁹⁰ En ce sens voir J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003. Cf. encore D. SIMON, « L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe* 1996, chronique n° 6 ; E. MEISSE, note sous CJCE 22 octobre 1980 affaire C-94/00, *Roquette Frères SA*, *Rec.* p. 9011, *Europe* 2002, comm. n° 404.

¹⁰⁹¹ Mise à part M. DELMAS-MARTY qui évoque la « *structure bipolaire* » de l'Europe (« Le pluralisme ordonné et les interactions entre les ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 953).

dès lors d'instruments très variés. Alors, de la diversité des buts (1°) se déduit la diversité des instruments (2°).

1° La diversité des buts

342. Les conséquences de la bipolarité européenne¹⁰⁹² s'imposent logiquement : chaque pan du droit civil européen répond à ses propres objectifs en produisant des normes civiles. De fait, si le droit communautaire élabore une disposition civile, c'est qu'à première vue son orientation économique lui impose ; quant au Conseil de l'Europe, s'il en vient à légiférer dans le domaine civil, c'est parce que le respect des droits fondamentaux le réclame. Il faut alors concevoir que le droit civil résulte de deux Europes distinctes ayant chacune ses ambitions et procédés de réglementation. En simplifiant, le Conseil de l'Europe constitue avant tout une organisation de coopération et n'a pour but qu'un simple rapprochement des législations alors que l'Union européenne représenterait, pour sa part, une puissante organisation d'intégration¹⁰⁹³, dont l'unification serait le maître mot. Cette hypothèse a au moins le mérite de la clarté mais, trop schématique, ne se vérifie pas complètement.

343. Il ne fait guère de doute que l'objectif lointain et général des deux ordres européens est le même : un traité et une convention mettent en place des institutions à l'origine de nouvelles normes et qui, à travers l'application juridictionnelle des règles produites, tentent d'élaborer une jurisprudence uniforme. Ces deux systèmes ont été mis en place à l'échelon européen, c'est-à-dire à un niveau régional et possèdent, dans cette perspective, d'indéniables similitudes, dont un but commun à savoir le rapprochement des droits nationaux. Seulement, il existe diverses formes de rapprochement dont la classification ne saurait se résumer à assimiler le rapprochement par harmonisation au Conseil de l'Europe et le rapprochement par unification aux institutions communautaires. Si cette répartition des buts n'est pas fautive, elle n'en est pas moins parfois contredite. Là encore, l'unité ne prévaut pas. Certes, il est possible que la production de normes civiles par le système du Conseil de l'Europe n'ait pour objectif qu'un simple rapprochement des droits civils nationaux : dans la mesure où les droits des États parties sont conformes aux droits de l'homme, chaque État conserve son propre droit civil. Il existe cependant des hypothèses où l'Europe des droits fondamentaux va aller plus loin qu'un simple rapprochement et va chercher l'unification. Cette constatation se vérifie en

¹⁰⁹² G. CORSTENS et J. PRADEL, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, p. 6.

¹⁰⁹³ V. CONSTANTINESCO, « Le renforcement des droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », dans *Le Traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, actes du Colloque des 27 et 28 février 1998, Pédone, 1999, p. 45.

droit communautaire : initialement, tout laisse à penser que l'Europe communautaire tend, plus qu'à un simple rapprochement, à une réelle unification des droits nationaux dans ses domaines de compétence. Or, l'Europe laisse parfois tant de marge de manœuvre aux États qu'il n'est plus question d'unification mais de simple harmonisation. Ainsi, il semble difficilement concevable de parler d'unité dans la construction du droit civil européen. Celle-ci paraît en effet désorganisée puisqu'elle peut tout à la fois se faire par la recherche d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation des droits nationaux.

344. Quelques précisions terminologiques s'imposent alors¹⁰⁹⁴. A. Jeammaud¹⁰⁹⁵, notamment, distingue, au travers des notions d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation trois degrés de rapprochement¹⁰⁹⁶ des législations. L'harmonisation est, *stricto sensu*¹⁰⁹⁷, un processus qui permet d'assurer l'harmonie conceptuelle entre normes relevant d'ordres juridiques distincts¹⁰⁹⁸. Elle correspond à l'idée d'équivalence, de mise en compatibilité des règles qui, tout en devenant plus proches, peuvent néanmoins rester différentes¹⁰⁹⁹. Au niveau européen, l'harmonisation vise à rapprocher certains éléments des législations nationales tout en laissant une marge de manoeuvre aux États membres. Elle n'entraîne pas l'adoption d'un texte unique et doit en cela être distinguée de l'unification qui comporte, elle, une réelle substitution : les règles nationales divergentes vont être remplacées

¹⁰⁹⁴ Même si elles n'apparaissent pas indispensables à tous les auteurs. Voir notamment H. J. SONNENBERGER, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, p. 405 ; L. MOCCIA, « Du "marché" à la "citoyenneté" : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *RIDC* 2004, p. 291 ; L. LEVENEUR, « Le Code civil et le droit communautaire », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 929 ; J. HUET, « Nous faut-il un "euro" droit civil ? (propos sur la communication de la Commission concernant le "droit européen des contrats", et, plus généralement, sur l'uniformisation du droit civil au niveau européen », *D.* 2002, p. 2611. *Contra* voir M. ANCEL, *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?*, in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 2.

¹⁰⁹⁵ A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », dans F. OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35.

¹⁰⁹⁶ Ce dernier terme de rapprochement est parfois également utilisé (voir notamment le rapport sur les perspectives de rapprochement des dispositions de droit procédural en matière civile dans l'Union européenne, A5-0041/2004, 30 janvier 2004, cité par C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, p. 610) mais bien moins fréquemment que les autres, d'où le choix de le laisser de côté.

¹⁰⁹⁷ Ce terme peut en effet s'entendre dans un sens large et englober alors toutes les formes de rapprochement des droits y compris l'unification, voir notamment A. CHAMBOREDON et C. U. SCHMID, « Pour la création d'un "institut européen du droit", entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », *RIDC* 2001, 3, p. 687, note 2.

¹⁰⁹⁸ I. RUEDA, « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit », *RRJ* 2003, I, p. 115.

¹⁰⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, chron. p. 424.

par une règle unique qui va s'imposer¹¹⁰⁰ et qui devra être interprétée uniformément. Il s'agit alors non plus d'une simple mise en conformité d'un socle commun mais d'une complète obligation de conformité.

Le troisième concept est celui d'uniformisation qui suppose l'insertion, dans des droits nationaux qui demeurent distincts, de règles identiques mais non uniques puisqu'elles sont incorporées à chacun de ces droits¹¹⁰¹. La différence entre les deux derniers concepts peut sembler ténue. En effet, les deux modes d'action aboutissent à des règles identiques, néanmoins dans le premier cas ces règles appartiennent à un droit commun unique alors que, dans le second, elles sont incorporées aux droits nationaux et relèvent dès lors de droits distincts¹¹⁰². La confusion règne déjà au sein de chacun des ensembles normatifs européens. Qu'il s'agisse de l'Europe communautaire ou de l'Europe du Conseil de l'Europe, chacune poursuit plusieurs objectifs à la fois. Ainsi, les normes provenant d'un même système peuvent être des normes d'harmonisation, d'unification ou d'uniformisation. L'ensemble s'obscurcit considérablement lorsque les deux systèmes européens se juxtaposent. Le méli-mélo des objectifs, et le désordre¹¹⁰³ qui en résulte se perçoivent aisément.

345. Un examen plus attentif du droit communautaire vient illustrer la diversité des buts visés. Au sein de l'Europe communautaire, les diverses normes civiles n'imposent pas un niveau de convergence identique à celui des droits nationaux. Ce droit produit donc des normes qui poursuivent divers degrés de rapprochement des droits internes. Par définition, les directives tendent à l'harmonisation alors que les règlements, eux, constituent l'instrument privilégié de l'unification. Il faut encore ajouter à ces deux objectifs le but d'uniformisation, assuré par des directives à ce point précises qu'elles retirent toute marge de manœuvre aux législateurs nationaux. Tel est notamment le cas de la directive sur les contrats de crédit à la consommation¹¹⁰⁴, extrêmement précise tant sur le concept que sur le contenu de ces contrats¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁰ Ce qui laisse supposer que l'unification s'effectue la plupart du temps au moyen d'un instrument contraignant, cf. I. RUEDA, « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit », *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁰¹ A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il? », *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁰² M. DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation – l'expérience contemporaine », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Économica, 2001, p. 28.

¹¹⁰³ Or, « rien ne naît du désordre », G. RIPPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 61.

¹¹⁰⁴ Directive 87/102 du 22 décembre 1986 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JO L 42/48 du 12/02/87).

¹¹⁰⁵ P.-C. MULLER-GRAFF, « Les perspectives d'un droit privé européen », *RAE* 1998, p. 251.

346. Une étude des orientations du droit civil communautaire démontre par conséquent la diversité des objectifs. Il est impossible de savoir à l'avance si la réalisation du rapprochement se fait par unification, uniformisation ou harmonisation. De même, il est impossible d'affirmer que les dispositions relatives à la consommation relèvent généralement de l'unification, comme celles touchant à la responsabilité relèvent de l'uniformisation ou celles relatives à la famille de l'harmonisation. Les contre exemples empêchent de procéder à de tels raccourcis. De plus, des dérives dans l'utilisation de certains instruments peuvent les faire basculer d'une catégorie déterminée à une autre. Tel est le cas dans l'usage des directives qui permet parfois leur quasi assimilation aux règlements¹¹⁰⁶.

347. Dans cette perspective, la jurisprudence de la Cour de justice est difficile à classer et ne constitue pas un facteur d'unité. Elle peut aller de l'uniformisation, lorsqu'elle transforme une directive en véritable outil d'uniformisation comme ce fut le cas dans les arrêts du 25 avril 2002¹¹⁰⁷, à une simple harmonisation. La CJCE peut en effet se contenter dans certains cas de poser un simple cadre général. L'arrêt *Booker Aquaculture*¹¹⁰⁸ vient illustrer ce propos. Un éleveur de poissons avait été contraint par les autorités nationales de détruire une partie de sa production pour cause de maladie, et ce en application de directives communautaires. La question posée à la Cour de justice était la suivante : l'État qui en vient, pour l'exécution du droit communautaire, à porter atteinte au droit de propriété d'un éleveur doit-il nécessairement prendre des mesures prévoyant l'octroi d'une indemnisation ? La Cour répond par la négative à la question posée. Certes, les États membres sont liés par les exigences des droits fondamentaux dont le droit de propriété. Toutefois, ce droit n'inclut en aucun cas un principe général d'indemnisation. Il s'agit bien là de simple harmonisation : la Cour de justice rappelle par le biais des droits fondamentaux un cadre général auquel sont soumis les États membres et renvoie en cela à l'article 1 du Protocole 1 de la Conv EDH¹¹⁰⁹. Pour le reste, elle laisse les États libres d'instituer un régime d'indemnisation en cas d'atteinte au droit de propriété et confère donc aux législations nationales une marge de manoeuvre.

¹¹⁰⁶ G. VINEY, note sous CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, Commission des Communautés européennes c/ République française, *JCP* 2002, éd. G., I, 177, p. 1947. Par exemple la directive sur la vente à distance (directive 97/7 du 20 mai 1997) interdit aux États d'adopter des mesures plus restrictives ou plus libérales.

¹¹⁰⁷ CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, Commission des Communautés européennes c/ République française, *Rec.* p. 3827, *D.* 2002, 2462, note C. LARROUMET ; *JCP* 2002, éd. G., I, 177, note G. VINEY.

¹¹⁰⁸ CJCE 10 juillet 2003 affaire C- 20/00, Booker Aquaculture, *Rec.* p. 7411 ; *RTDH* 2004, note S. PRISO-ESSAWE.

¹¹⁰⁹ CJCE 10 juillet 2003 affaire C- 20/00, Booker Aquaculture, points 46 et 48 de l'arrêt, *op. cit.*

348. Un élément renforce encore la confusion des buts. Une convention, c'est-à-dire un texte qui tend de façon générale à une simple harmonisation, peut être transformée en règlement, instrument qui impose un rapprochement bien plus poussé des droits nationaux. Cela signifie que les objectifs ne sont pas figés. Si, à l'origine, le but consiste en une simple harmonisation par le biais d'une Convention, un tel dessein est en mesure de se transformer en volonté d'unification au travers l'élaboration d'un règlement. La Convention de Bruxelles sur la compétence internationale et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale a été ainsi remplacée par le Règlement « Bruxelles I »¹¹¹⁰ le 1er mars 2002. Par cette modification¹¹¹¹, les institutions communautaires ont indéniablement privilégié la voie de l'unification des règles de conflit, avançant au-delà d'une simple harmonisation conventionnelle. Transformer une convention en règlement n'est pas anodin. Le règlement est censé assurer l'application uniforme de règles de conflit dans tous les États membres. Il est possible, par ce texte, d'éliminer les divergences susceptibles d'apparaître entre une Convention et les instruments intégrant ses dispositions aux ordres juridiques internes. Ce but d'unification vient encore expliquer pourquoi la Convention n'a pas été transformée en directive : cette dernière n'assure pas une unification suffisante des règles.

349. Enfin, la Commission et le parlement participent eux-mêmes à la confusion des objectifs en manquant de clarté dans l'emploi des termes. Ils font ainsi référence, dans une communication¹¹¹², au « rapprochement » des législations, à un besoin croissant d'« harmonisation », et envisagent différents pour cela divers modes d'action, allant de l'inaction à l'unification¹¹¹³. Or, la rigueur devrait avant tout provenir des institutions européennes elles mêmes.

350. La diversité des buts se retrouve dans le système du Conseil de l'Europe. Elle se perçoit moins nettement qu'en droit communautaire car les objectifs du Conseil de l'Europe

¹¹¹⁰ Cf. règlement 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 22 décembre 2000, *op. cit.*

¹¹¹¹ Il faut également relever que la Commission européenne envisage l'opportunité de transformer la Convention de Rome en instrument communautaire, voir en ce sens la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II, COM (2006) 83 final, du 21 février 2006.

¹¹¹² Voir résolutions A2-157/89 du 26/05/1989, JO C 158 du 26/06/1989, p. 400, et A3-0329/94 du 6/05/1994, JO C 205 du 25/07/1994, p. 518. La première résolution du 26 mai 1989 utilise à la fois les termes d'harmonisation et de codification. Cela a notamment été remarqué par M. BUSSANI et U. MATTEI, « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC* 2000, I, p. 42.

¹¹¹³ Communication du 11/07/2001, JO 255-1 du 13/09/2001.

n'atteignent jamais explicitement un degré de rapprochement des législations aussi élevé que le droit communautaire, mais elle peut toutefois se manifester au travers de textes ou arrêts. Initialement, le rôle du Conseil de l'Europe est de permettre une harmonisation des systèmes nationaux en matière de droits de l'homme afin de constituer une communauté juridique. Pourtant, l'unification n'en demeure pas moins un objectif étranger au Conseil de l'Europe. Il suffit pour s'en convaincre de citer la Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention¹¹¹⁴ ou encore un communiqué du 15 mai 2003 dans lequel le Conseil de l'Europe rappelle clairement son orientation principale qui est de « *renforcer l'unification de l'Europe dans les domaines politique et juridique* »¹¹¹⁵. Néanmoins, si le Conseil peut faire référence à l'unification, les exemples mentionnés ne relèvent pas du domaine civil. De fait, on pourrait estimer que la matière civile ne connaît qu'un objectif d'harmonisation¹¹¹⁶. En effet, le droit des personnes et de la famille se trouve extrêmement lié aux particularismes nationaux et marqué par les différences culturelles. Partant, l'harmonisation s'avère être la voie la plus adéquate dans la mesure où elle est respectueuse d'une telle diversité. C'est alors sans compter sur le rôle essentiel joué par la Cour EDH, susceptible d'être qualifiée de rouleau compresseur des particularismes nationaux.

351. L'unification peut en effet prendre l'apparence d'un arrêt de la Cour européenne et toucher ainsi des domaines restés jusque là en dehors d'un tel degré de rapprochement. L'arrêt *Ünal Tekeli contre la Turquie*¹¹¹⁷ mérite d'être cité à titre d'exemple. En l'espèce, une ressortissante turque, jeune mariée, s'était vue refuser le droit de porter exclusivement son nom de jeune fille après son mariage. Pour cette dernière, le refus des autorités nationales de lui accorder le droit de porter uniquement son nom de jeune fille constitue une violation de l'article 8 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 du même instrument. Si cet arrêt s'inscrit dans la continuité des arrêts *Burghartz contre la Suisse* et *Stjerna contre la Finlande* en rappelant le principe d'égalité en matière de nom de famille entre les hommes et les femmes, il va beaucoup plus loin sur d'autres aspects. Il ne faut pas occulter que l'État en cause était ici la Turquie. Or, le Gouvernement Turc lui-même arguait que la préférence

¹¹¹⁴ Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27/11/1963, STE 047.

¹¹¹⁵ Communiqué CM/Inf (2003)19 du 15 mai 2003 fixant les priorités de la présidence moldave du Conseil de l'Europe.

¹¹¹⁶ Tel est le cas notamment pour la Convention européenne sur la responsabilité civile en cas de dommages causés par des véhicules automoteurs du date 1973, STE 79, qui met en exergue « *l'utilité d'arriver à une harmonisation des règles de droit en cette matière et à une amélioration de la situation des victimes* ».

¹¹¹⁷ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Ünal Tekeli c/ Turquie*, AJDA 2005 p. 546 obs. J.-F. FLAUSS ; RTD civ 2005, p. 343 obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

accordée au nom de l'époux se justifiait face à la réalité sociale de ce pays¹¹¹⁸ et la situation de dépendance dans laquelle se situe une grande majorité de femmes turques par rapport à leur mari. La Cour rappelle certes qu'en matière d'unité familiale, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation mais elle va condamner, et ce à l'unanimité, la Turquie. Pour les juges de Strasbourg en effet rien ne justifiait en l'espèce une telle différence de traitement entre les hommes et les femmes, y compris en Turquie. Il s'avère donc justifié de parler « d'unification ». À la date de l'arrêt *Ünal Tekeli*, la plupart des pays du Conseil de l'Europe avaient éliminé toute discrimination concernant les épouses par rapport au nom de famille, notamment en raison de la jurisprudence adoptée par la Cour. Un rapprochement progressif des législations aurait pu aboutir à rappeler le principe d'égalité mais à ne pas condamner pour autant la Turquie. Le législateur turc avait en effet déjà admis en novembre 2001 la possibilité pour une femme d'utiliser son nom de jeune fille en le plaçant devant le nom de son mari. Cette avancée n'a visiblement pas été jugée suffisante par la Cour européenne qui, en désirant imposer strictement les mêmes principes en matière de dévolution du nom de famille ne se situe pas au niveau de la simple harmonisation mais à celui de l'unification. Sur la même question du nom patronymique, la même année, la Cour nie tout rapprochement des législations nationales dans la décision *Mentzen alias Mencena contre la Lettonie*¹¹¹⁹. La diversité des buts n'est donc pas l'apanage du droit civil communautaire¹¹²⁰.

352. La Grande chambre, dans l'arrêt *Vo contre France*¹¹²¹, statue à l'inverse du but d'unification en matière civile. Suite à une confusion entre le nom de deux patientes dans un hôpital, Mme Vo, la requérante, alors enceinte de six mois a subi un examen qui a entraîné une rupture de la poche des eaux puis un avortement thérapeutique. Tour à tour, les juridictions nationales se sont opposées à la qualification d'homicide volontaire, en refusant ainsi de considérer le fœtus comme une personne humaine pénalement protégée. La requérante invoquait devant la Cour l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie. La question posée à la juridiction de Strasbourg concernait le moment à partir duquel une

¹¹¹⁸ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Ünal Tekeli c/ Turquie*, point 46 de l'arrêt, *op. cit.*

¹¹¹⁹ Décision CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01, *Mentzen alias Mencena c/ la Lettonie*, *RTD civ* 2005, p. 738, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹¹²⁰ Voir aussi, dans le même sens que la décision *Mentzen* mais sur une question ne concernant pas le droit civil, l'arrêt CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99, *Podkolzina c/ Lettonie*, *JDI* 2003 p. 572, obs. E. DECAUX. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg a admis la légitimité d'une politique visant à imposer la connaissance de la langue nationale aux candidats aux élections du Parlement. La Cour se fonde sur le principe de respect des particularités nationales. Elle aboutit tout de même à un constat de violation de l'article 3 du Protocole n°1 mais seulement en raison de la réalisation arbitraire des examens de langue (point 36 de l'arrêt).

¹¹²¹ CEDH Gr. Ch. 8 juillet 2004 requête n° 53924/00, *Vo c/ France*, *op. cit.*

personne bénéficie de la protection de l'article 2 et rejoignait en définitive une autre interrogation, celle du statut juridique du fœtus. La Cour rend un constat de non violation et nuance sa réponse. Pour elle, le point de départ du droit à la vie dépend de l'appréciation des États et relève ainsi de la marge d'appréciation qui leur est conférée¹¹²². La juridiction poursuit en estimant « *qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention* »¹¹²³. Il semblerait que, dans cet arrêt, ce soit précisément la diversité des législations nationales qui ait freiné la Cour dans la possibilité qui lui était offerte d'interpréter « temporellement » l'article 2 de la Convention. La Cour va même jusqu'à citer un avis du Groupe européen d'éthique au niveau communautaire qui rappelle qu'« *il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres* »¹¹²⁴. Cette citation n'est pas insignifiante et relève l'intention de la Cour de ne pas intervenir en tentant un rapprochement trop poussé des législations sur cette question. Contrairement aux affirmations mentionnées dans l'avis, cet arrêt impose bien une harmonisation : la Cour y rappelle des principes entourant le droit à la vie¹¹²⁵ auxquels les États ne peuvent déroger. Néanmoins, cette harmonisation doit être qualifiée de minimale dans la mesure où, en dehors de ces grands principes, la Cour ne prend pas position sur le problème de droit au centre de l'affaire. De ce fait, derrière la latitude laissée aux États se retrouve l'intention des juges européens de préserver la diversité, d'harmoniser ou même d'unifier une question de droit civil.

353. Les buts de l'Europe civile apparaissent donc extrêmement diversifiés, quelle que soit la perspective, celle du droit communautaire ou du Conseil de l'Europe. À l'observer poursuivre plusieurs desseins simultanément, on se demande comment il pourrait être question d'un seul droit civil européen. Ce droit peut-il ainsi servir « deux maîtres »¹¹²⁶ ?

¹¹²² *Ibid.*, point 82 de l'arrêt.

¹¹²³ *Ibid.*, point 85 de l'arrêt.

¹¹²⁴ CEDH 8 juillet 2004 requête n° 53924/00, Vo c/ France, point 82 de l'arrêt, *op. cit.*

¹¹²⁵ Par exemple la Cour rappelle la nécessité d'une protection juridique adéquate de l'embryon et l'appartenance de ce dernier à l'espèce humaine. Elle précise également que c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne qui doivent être protégés au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une « personne » qui aurait un « droit à la vie » au sens de l'article 2.

¹¹²⁶ Selon l'expression d'A. CHAMBOREDON et de C. U. SCHMIDT, « Pour la création d'un "institut européen du droit", entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », *op. cit.*, p. 688.

Harmonisation complète ou minimale, unification, uniformisation...il apparaît indispensable de rationaliser le recours à ces objectifs : sans but unique ni précis, aucune organisation n'est envisageable, pas plus qu'un schéma opérationnel ou programmatique, pourtant nécessaire à tout droit envisagé sous forme de système. Il est d'ailleurs tout aussi nécessaire de rationaliser les instruments et moyens d'action des deux ordres européens ; sachant qu'à chaque but correspond un instrument privilégié, la diversité des objectifs suppose la diversité des instruments.

2° La diversité des instruments

354. La dualité des circuits normatifs implique une multiplication des instruments, dont le nombre s'accroît en fonction des objectifs poursuivis. Ces derniers étant multiples, la diversité se transmet aux instruments utilisés, ce qui retire à l'ensemble toute cohérence et met à mal l'ordre unitaire nécessaire à tout système de droit. Il aurait pu être possible de déceler une forme d'unité, même particulière, permettant de fonder un système si, à défaut d'objectifs clairement établis, les instruments se trouvaient être peu nombreux ou tout au moins clairement répartis et définis. Tel n'est pas le cas en matière civile européenne. Aucune approche ne semble réellement favorisée par le droit communautaire et par le droit du Conseil de l'Europe. De ce fait, les instruments sont de natures diverses et les approches législative, indicative et jurisprudentielle se mélangent, sans distinction entre les méthodes contraignantes ou simplement incitatives.

En conséquence, au sein de chaque système européen, les modalités d'action sont à la fois législatives et non législatives. Les institutions communautaires, par exemple, élaborent des règlements, des directives, des conventions, des chartes, des amendements, des protocoles, des résolutions, des recommandations, rendent des avis et des propositions, publient des livres blancs et verts^{1127 1128}, des conclusions du Conseil ou encore développent des programmes¹¹²⁹.

¹¹²⁷ Pour une distinction entre livre blanc et livre vert, voir le site de la Commission : « *Les livres verts sont des documents de réflexion publiés par la Commission sur un domaine politique spécifique. Ce sont avant tout des documents destinés aux parties concernées - organismes et particuliers - qui sont invitées à participer au processus de consultation et de débat. Dans certains cas, ils sont à l'origine de développements législatifs ultérieurs. De telles consultations sont regroupées sur le site Votre point de vue sur l'Europe.* »

Les livres blancs sont des documents qui contiennent des propositions d'action communautaire dans un domaine spécifique. Ils font parfois suite à un livre vert publié en vue d'engager un processus de consultation au niveau européen. Tandis que les Livres verts exposent un éventail d'idées à des fins de débat public, les Livres blancs contiennent un ensemble officiel de propositions dans des domaines politiques spécifiques et constituent l'instrument de leur mise au point ».

¹¹²⁸ Voir notamment en matière civile le livre vert sur les obligations alimentaires, COM (2004) 401 final, 2 juin 2004. D'autres Livres verts relatifs à la loi applicable au divorce et aux successions sont attendus, voir en ce sens C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004, D. 2005, n° 9, p. 608.

Cette diversité se retrouve à l'identique en matière de droit européen des droits de l'homme encore qu'il faille y ajouter les accords et autres avis.

355. L'étude de la force obligatoire de chacun des instruments utilisés ne présenterait guère d'intérêt. En revanche, il convient de rappeler que la force obligatoire diffère selon l'instrument visé. Une telle diversité s'oppose à toute idée de cohérence et d'unité car les instruments vont de la norme à la simple proposition et peuvent de temps à autre être les deux à la fois : mi norme, mi indication¹¹³⁰. Il apparaît ainsi impossible aux destinataires des règles, États ou citoyens européens, de parvenir à déterminer avec précision la vigueur des différents instruments. De plus, une qualification juridique identique n'implique pas nécessairement la même force obligatoire. Certains instruments, explicitement dépourvus de toute force obligatoire comme c'est le cas pour les résolutions et autres avis, peuvent en effet voir leur force normative varier. Le juge européen peut, en se fondant sur une recommandation par exemple, lui conférer une force obligatoire. Tel est notamment l'enseignement à tirer des arrêts *Farbtuhs contre la Lettonie*¹¹³¹, *Matencio contre la France*¹¹³² et *Gennadi Naoumenko contre l'Ukraine*¹¹³³, relatifs à la dignité humaine et au respect de l'intégrité physique des personnes incarcérées. Les requérants, dans ces trois affaires, mettaient en cause leurs conditions de détention. Les deux premiers alléguaient une violation de l'article 3 de la Conv EDH en estimant qu'un maintien prolongé en détention constitue un traitement inhumain et dégradant¹¹³⁴. Le premier requérant se fondait à la fois sur son âge et sur son état de santé. Le deuxième ne se basait quant à lui que sur son état de santé. La troisième affaire se rapportait également à une violation prétendue de l'article 3, cette fois en raison d'un traitement médical forcé administré au requérant, également détenu. La rédaction de ces trois arrêts démontre qu'une place prépondérante est attribuée par la Cour à une recommandation, à valeur pourtant simplement incitative. Il s'agit en l'occurrence de la recommandation (98) 7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire¹¹³⁵. Quoique fondée sur l'article 3 de la Convention européenne, les décisions font également largement

¹¹²⁹ Comme par exemple le programme STOP et le programme DAPHNE contre la violence envers les femmes et les enfants.

¹¹³⁰ Voir à propos de ces normes originales : J. L. GARDIES, « Système normatif et système de normes », *Archives de philosophie du droit*, t. XIX, 1974, p. 83 et 85, cité dans F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses universitaires de France, 1988, p. 52.

¹¹³¹ CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbtuhs c/ Lettonie*.

¹¹³² CEDH 15 janvier 2004 requête n° 58749/00, *Matencio c/ France*.

¹¹³³ CEDH 10 février 2004 requête n° 42023/98, *Gennadi Naoumenko c/ Ukraine*.

¹¹³⁴ CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbtuhs c/ Lettonie*, point 36 de l'arrêt, *op. cit.*

¹¹³⁵ Recommandation (98)7 du Comité des Ministres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, du 8 avril 1998.

référence à cette dernière recommandation, d'ailleurs reprise en partie dans chacun des arrêts. Il est évident que d'incitatif, ce texte ne va pas devenir obligatoire simplement parce que le juge européen l'a cité et utilisé. Toutefois, une telle mise en avant va avoir une incidence sur les États qui risquent de se sentir liés. Ainsi, dans l'arrêt *Farbthuhs contre la Lettonie*, le gouvernement défendeur expose qu'une peine d'emprisonnement de cinq ans, ne peut pas, en tant que telle, être assimilée à une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3 de la Convention¹¹³⁶. Il rappelle que « *ni la Recommandation n° R 98- 7 précitée (...) ni la jurisprudence des organes de la Convention n'interdisent la détention des personnes âgées ou souffrant de handicaps physiques graves* ». Le gouvernement tente ainsi de démontrer qu'il n'a pas enfreint les règles européennes. Il cite alors en premier lieu la recommandation au titre de ces règles « imposées » par le droit européen, et ce avant même la jurisprudence de la Cour, ce qui revient, par ordre d'importance, à conférer à la recommandation une force obligatoire considérable, bien que non reconnue.

356. La force des recommandations se vérifie également dans le célèbre arrêt *Von Hannover contre l'Allemagne*. En vue de faire entrer le droit à l'image dans le champ de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne s'appuie¹¹³⁷ sur une résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée¹¹³⁸. L'arrêt reprend même le texte intégral de la résolution, ce qui laisse supposer qu'elle a joué un rôle, si ce n'est primordial, du moins important dans la décision finale de la Cour. La catégorie des instruments incitatifs n'est donc pas homogène puisqu'elle peut comprendre certains textes juridiquement vigoureux. La singularité du droit « mou » apparaît alors : même si ces textes ne peuvent être considérés comme de réelles règles de droit, faute d'une normativité susceptible de lier les destinataires¹¹³⁹, il est possible de leur adjuger une certaine force obligatoire.

357. Si l'approche non contraignante connaît une certaine faveur des institutions européennes¹¹⁴⁰, elle ne représente en aucun cas la seule voie utilisée. Il est de ce fait un grand

¹¹³⁶ CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbthuhs c/ Lettonie*, point 37 de l'arrêt, *op. cit.*

¹¹³⁷ Souligné par J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ* 2004, p. 803

¹¹³⁸ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, point 42 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 8, obs. F. SUDRE.

¹¹³⁹ C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTD civ* 2003, p. 601.

¹¹⁴⁰ Voir encore en ce sens *Un projet pour l'Union européenne*, communication de la Commission du 22 mai 2002 COM (2002) 247, point 2.2. La commission y privilégie une approche non contraignante, à base de recommandations, des lignes directrices ou d'autorégulation à l'intérieur d'un cadre convenu en commun. Cela permettrait, selon elle, de davantage respecter les prérogatives des législateurs nationaux et de lui laisser un

nombre de « constructeurs » du droit civil européen. Législateur en double, juges de deux cours distinctes et doctrine interviennent, auxquels il faut encore ajouter les initiatives privées. Il faut citer à titre d'exemple l'élaboration des *principes du droit européen des contrats* ou encore les commissions Lando et Von Bar, auquel il faut adjoindre la place laissée par les institutions européennes à la voie consultative¹¹⁴¹. La diversité des instruments se trouve renforcée par le fait qu'aucune approche ne prévaut sur les autres. Si tel avait été le cas, par exemple si le rôle des législateurs européens avait été prépondérant, ces derniers auraient pu limiter les instruments et il aurait été possible de déceler, au travers de leur adoption, un fil conducteur, à l'instar de ce qui se passe dans les pays de civil law. Tel n'est pas le cas. Si l'approche législative est utilisée, le droit civil européen procède également dans une très large mesure de la jurisprudence des deux juridictions européennes. Le droit européen de la famille, par exemple, « repose essentiellement, pour le moment, sur l'œuvre jurisprudentielle de la CEDH »¹¹⁴². C'est là toute la singularité du droit civil européen. Les droits civils, notamment nationaux, se caractérisent toujours par une cohérence d'ensemble. Dans les systèmes dits de *civil law*, le législateur tient une place prépondérante : il édicte des règles que les juges interprètent et appliquent au cas par cas. Il n'y a, dans une telle hypothèse, essentiellement et à proprement parler, qu'un seul constructeur de droit, ce qui permet l'unité, malgré la diversité introduite par les juges dans l'application au cas par cas. Au contraire, dans les pays de *common law*, le rôle de constructeur du droit revient dans une large mesure au juge qui, dans un cadre législatif déjà certes élaboré, produit des règles en apportant des solutions aux litiges qui lui sont soumis. Il revient alors au législateur de légiférer en attribuant le caractère de loi aux solutions jurisprudentielles.

358. Une similitude apparaît alors entre ces deux systèmes pourtant opposés que sont les systèmes de *civil* et de *common law* : il existe toujours un facteur d'unité, un fil conducteur qui résulte d'une préférence accordée à tel ou tel instrument, loi ou jurisprudence. Le droit civil européen, lui, s'inspire des deux systèmes. Comme dans les systèmes de *common law*,

choix aussi large que possible quant aux moyens de les mettre en œuvre. A cet effet, les lois européennes doivent se concentrer sur des objectifs généraux.

¹¹⁴¹ Par exemple « *La Commission européenne, à ce stade des discussions, souhaite obtenir des informations sur la nécessité d'une action communautaire plus étendue en matière de droit des contrats (...). L'objectif de la présente communication est donc d'élargir le débat en encourageant les contributions des consommateurs, des entreprises, des organismes professionnels, des administrations et des institutions publiques, du monde universitaire et de toutes les parties intéressées (...)* » (Communication (2001) 398 final de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, du 11 juillet 2001, points 10 et 11. C'est d'ailleurs sur la base des réponses adressées à la Commission qu'un plan d'action a été élaboré en 2003.

¹¹⁴² S. VALORY, *RJPF* janvier 2004, p. 1.

une importance majeure est laissée à la jurisprudence. De manière analogue, comme dans les systèmes de *civil law*, un rôle prépondérant est conféré au législateur. À la fois droit législatif et jurisprudentiel, il est possible de se demander d'où pourrait provenir sa cohérence et l'élément fédérateur indispensable à son existence. L'élément coordinateur représenté par le législateur dans les systèmes de *civil law* et par la jurisprudence dans les systèmes de *common law* ne se retrouve pas à l'examen du droit civil européen. En alliant les deux systèmes, le droit européen met face à face deux constructeurs de droit, le législateur et la jurisprudence mais sans l'élément d'unité. De ce fait, ni le législateur, ni la jurisprudence ne se trouvent aiguillés ou canalisés l'un par l'autre. Ce qui permet aux systèmes nationaux d'aménager l'unité dans la diversité ne se retrouve pas en droit européen. Seule la diversité des instruments apparaît et rend incertaine la perspective d'un droit civil unifié, tout au moins tant qu'il ne se fondera pas sur une base légale et que les institutions européennes ne disposeront d'aucune compétence explicite. L'encadrement actuel du droit civil européen ne propose aucune solution à son défaut d'unité. Il semble ainsi que la réponse ne puisse résulter que d'un projet à venir.

§ II - Les perspectives d'encadrement

359. Des projets en cours peuvent apporter au droit civil européen le cadre, et ainsi l'unité qui lui manquent. La matière pourrait être de ce fait explicitement reconnue ; il lui serait alloué un domaine d'intervention, une méthode d'élaboration et également un mode de fonctionnement propres. Deux grands projets sont susceptibles de venir encadrer le droit civil européen et méritent d'être à ce titre envisagés, sous l'angle spécifique des avantages qu'ils pourraient lui apporter. Il s'agit d'une part du projet d'élaboration d'un droit européen des contrats et d'autre part du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Toutefois, aucune place concédée précisément au droit civil européen ne ressort de l'analyse de ces deux projets. Les plans européens ne semblent pas aptes à résoudre le défaut d'unité du droit civil européen, tout au moins en l'état actuel des textes. Certes, ils auraient pu apporter une part de légitimité et donc de reconnaissance au droit civil européen. Il aurait fallu pour cela s'arrêter sur les projets originaires. En effet, ces derniers ont rencontré des obstacles qui les ont amenés à évoluer, si bien qu'il est difficile à présent de les envisager comme remède au défaut d'encadrement du droit civil européen. Or, il semble qu'au contraire, les perspectives d'encadrement elles-mêmes participent au défaut d'unité du droit civil européen, qu'il

s'agisse du projet de droit européen des contrats (A) ou de traité établissant une Constitution pour l'Europe (B).

A / Le projet d'élaboration d'un droit européen des contrats

360. Une précision terminologique s'impose. Le projet d'élaboration d'un droit européen des contrats englobe le plan de promulgation d'un code européen des contrats. Puisque les institutions communautaires semblent avoir mis fin à cet objectif précis, il convient d'envisager désormais, de manière plus globale, la volonté de créer un droit européen des contrats¹¹⁴³. Ce projet ne constitue-t-il pas un facteur d'unité pour le droit civil européen ? La réponse semble négative tant ce projet soulève d'innombrables difficultés. Toute prétention d'unité du droit civil par le seul rapprochement de la matière contractuelle doit être écartée. En effet, il semble improbable que ce projet soit générateur d'unité étant lui-même à géométrie variable (1°). De plus, il est devenu largement polémique en raison du caractère politique que lui a conféré la doctrine (2°).

1° Un projet juridique à géométrie variable

361. L'emploi de l'adjectif « variable » convient parfaitement au projet de droit européen des contrats dans la mesure où les questions : quel projet ? comment ? pourquoi ? ne trouvent aucune réponse précise. Ce projet ne peut contribuer à la stabilité du droit civil européen tant il subit de variations dans sa définition, sa portée et ses moyens.

362. En premier lieu, et jusqu'en octobre 2004, le projet intitulé « droit européen des contrats » correspondait en réalité au souhait émis par les institutions communautaires de fabriquer un « code civil européen ». À différentes reprises en effet, le Parlement a employé cette expression et envisagé la création d'un tel code¹¹⁴⁴, appelant ainsi à l'unification du droit

¹¹⁴³ Voir parmi une quantité importante d'écrits C. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, coll. Études juridiques, n° 11, 2001 ; F. WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé, Vers un Code civil européen ?*, éditions universitaires de Fribourg, 1998 ; V. HEUZÉ, « A propos d'une "initiative européenne en matière de droit des contrats" », *JCP* 2002, éd. G., I, 152, p. 1341 ; H. J. SONNENBERGER, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, p. 405.

¹¹⁴⁴ Résolution A2-157/89 du Parlement européen du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, *JO C* 158 du 26/6/1989, p. 400 ; résolution A3-0329/94 du Parlement européen du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, *JO C* 205 du 25/7/1994, p. 518. Dans une résolution du 16 mars 2000 concernant le programme de travail de la Commission pour 2000, le Parlement européen a déclaré qu'une harmonisation plus poussée dans le domaine du droit civil était devenue essentielle dans le marché intérieur et a demandé à la Commission d'élaborer une étude dans ce domaine, Résolution B5-0228, 0229, 0230 / 2000, p. 326, paragraphe 28, *JO C* 377 du 29/12/2000, p. 323.

civil en Europe. En 1999, par exemple, il a publié une « *étude comparative sur les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne à l'égard de discriminations pour des raisons liées à la nationalité ainsi qu'à l'égard de la possibilité et la nécessité de la création d'un Code civil européen* »¹¹⁴⁵. Dans une réponse destinée au Parlement, du 25 juillet 2000, la Commission a elle aussi déclaré qu'elle soumettrait le sujet de l'harmonisation du droit des contrats aux autres institutions communautaires et au public afin d'approfondir la question, ce qu'elle a fait avec sa communication du 11 juillet 2001, relative au droit européen des contrats¹¹⁴⁶. Dans ce dernier texte, au demeurant outil de consultation, la Commission propose quatre options distinctes allant de l'inaction, qui laisse au marché le soin de régler tout problème, à l'adoption d'un nouvel instrument communautaire, susceptible par exemple de prendre la forme d'un code. Deux options intermédiaires envisagent respectivement l'élaboration de principes communs non contraignants et l'amélioration de la législation communautaire existante en droit des contrats afin de la rendre plus cohérente. Sur la base des réponses reçues par la Commission, un plan d'action put être élaboré en 2003¹¹⁴⁷.

363. Le Code, alors encore envisagé, se voyait attribuer diverses appellations : code européen des contrats¹¹⁴⁸, code européen commun de droit privé¹¹⁴⁹ ou code civil européen¹¹⁵⁰. Ce flottement terminologique présageait l'imprécision du projet et l'accueil hostile qui allait lui être réservé.

En effet, quel que soit son nom, l'élaboration d'un code civil européen a suscité une telle levée de boucliers que, dès 2002, l'ambition s'est orientée vers un autre instrument, un « droit européen des contrats »¹¹⁵¹. D'ailleurs, dans le plan d'action de 2003¹¹⁵², l'idée même d'un

¹¹⁴⁵ Parlement européen, DG recherches, série affaires juridiques, Juri 103, juin 1999.

¹¹⁴⁶ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11 juillet 2001, COM(2001) 398 final, JO C 255 du 13/09/2001, p. 1.

¹¹⁴⁷ Communication (2003) 68 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent du 12 février 2003, COM(2003) 68 final, JO C 63 du 15/03/2003, p. 38.

¹¹⁴⁸ Communication 2001(398) de la Commission du 11 juillet 2001, JO C 255, du 13/10/2001, p. 1, pour un commentaire voir J. HUET, « Nous faut-il un "euro" droit civil ? (propos sur la communication de la Commission concernant le "droit européen des contrats", et, plus généralement, sur l'uniformisation du droit civil au niveau européen) », *D.* 2002, p. 2611. Sur cette expression « Code européen des contrats », voir la nuance faite par P. GLAUDET, « Le Code civil européen : une utopie ? », *Droit et patrimoine* avril 2004, p. 38 : « *Le Code européen des contrats n'est pas une utopie ; le Code civil européen le reste (...)* » ; résolution (2001) 398 du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres du 15 novembre 2001, JO C 140E, du 13/06/2002, p. 538.

¹¹⁴⁹ Cf. les résolutions de 1989 et 1994.

¹¹⁵⁰ M. VAN HOECKE, « L'idéologie d'un code civil européen », dans *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 467.

¹¹⁵¹ Certains auteurs l'avaient d'ailleurs pressenti, cf. ainsi P. MALINVAUD, « Réponse - hors délai - à la Commission européenne à propos d'un Code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2545 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ* 2002, n° 17, p. 469. Ces deux auteurs sont cités par

code européen des contrats n'est plus qu'une alternative parmi d'autres. Le projet aujourd'hui envisagé est donc celui d'un droit européen des contrats¹¹⁵³. Une communication de la Commission, adressée au Parlement européen et au Conseil, intitulée « droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre » est venue clairement préciser que « *la Commission n'envisage pas de proposer un "code civil européen" qui harmoniserait les droits des contrats des États membres* »¹¹⁵⁴. Ce faisant, elle semble avoir mis un terme au projet de code civil européen. Ce premier changement de cap révèle le flou qui entoure le projet communautaire, dont on découvre alors la fragilité. Il faut bien admettre que l'objet diffère étonnement entre la mise en place d'un code civil, tel qu'envisagé en 2003, et la formation d'un droit européen des contrats, en 2004.

364. En deuxième lieu, une fois admis le remaniement du projet, de nombreuses incertitudes demeurent. Par exemple, il apparaît indispensable de définir la « matière contractuelle », ce que les institutions communautaires n'ont pas fait. En outre, il faut déterminer si le droit européen des contrats vise la formation et l'exécution des contrats ou s'il comprend la responsabilité contractuelle. Si cette dernière hypothèse se trouve retenue, il reste à distinguer responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Or, il est connu que la distinction entre les deux n'apparaît pas toujours aisée¹¹⁵⁵, en particulier dans le cas d'obligations pré-contractuelles. La Cour de justice elle-même a eu à préciser les contours de

L. LEVENEUR, « Le Code civil et le droit communautaire », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 950, qui constate à son tour que l'ambition d'un code européen s'amenuise. Voir également M.-A. RIBEYRE, « Le Code européen des contrats : histoire d'un malentendu », *Dr. et patr.* 2003, n° 4, p. 6.

¹¹⁵² Communication (2003) 68 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent du 12 février 2003, *JO C 63* du 15/03/2003, p. 38 ; D. STAUDENMAYER, « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », *JCP* 2003, éd. G., I, 127, p. 709.

¹¹⁵³ Encore nommé droit européen du contrat cf. D. TALLON, « Vers un droit européen du contrat ? », dans *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 485.

¹¹⁵⁴ Communication (2004) 651 de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », du 11 octobre 2004, point 2.3. Pour un commentaire voir L. IDOT, « 2005 : des avancées en droit européen des contrats, mais pas de " Code civil européen" », *Europe* 2005, n° 1, p. 3 ; C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, n° 9, p. 609.

¹¹⁵⁵ S. BANAKAS, « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ? », *Responsabilité civile et assurances*, Hors-série juin 2001, p. 77. L'article premier de la proposition de règlement Rome I (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, COM (2005) 650 final du 15 décembre 2005, voir à ce sujet C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, n° 19, 9, p. 1262) précise que les obligations pré-contractuelles seront qualifiées de délictuelles afin de les exclure de son domaine d'application. Si une telle disposition apparaît nécessaire, c'est justement parce que la frontière entre responsabilités délictuelle et contractuelle n'est pas des plus claires.

la distinction¹¹⁵⁶. Enfin, il demeure une question fondamentale, celle de savoir s'il faut élargir le droit européen des contrats à la théorie générale des contrats. En cas de réponse positive, le droit européen des contrats, envisagé extensivement, pourrait intégrer les contrats spéciaux et les sûretés qui servent à garantir l'exécution des contrats visés¹¹⁵⁷. Par conséquent, isoler la matière contractuelle semble bien délicat et pose la question désormais classique de l'autonomie du droit des contrats. Celui-ci doit-il englober tous les contrats ou simplement les contrats de consommation? Il existe déjà un versant droit de la consommation communautaire : le centre de droit de la consommation, pour le compte de la Commission¹¹⁵⁸, réalisa une première compilation du droit communautaire de la consommation en 1998. Le droit des contrats ne saurait donc reprendre exactement le même objet. Pour autant, il serait bien problématique d'écarter du projet du droit européen des contrats les contrats de consommation. Par ailleurs, ce projet touche également au droit commercial car il entretient avec lui des liens indéniables. Le problème des avants contrats doit être également soulevé. Enfin, concernant l'autonomie du droit des contrats, il semble nécessaire de rappeler qu'il a des incidences importantes en droit de la famille, patrimonial comme extrapatrimonial.

365. De multiples problèmes de frontières se posent donc dans le cadre de ce droit européen des contrats. Ils révèlent les incertitudes du projet et l'inconstance des institutions européennes qui ne semblent pas avoir mesuré le travail de délimitation que ce projet nécessitait. Il apparaît improductif et malavisé d'émettre un tel souhait sans donner plus de précisions sur les moyens, le contenu et les impacts envisagés. Pas davantage, la Commission ou le Parlement n'ont clarifié le champ d'application du droit européen des contrats qu'ils veulent mettre en place. Pourtant, une telle interrogation se justifie dans la mesure où le droit communautaire connaît différentes sortes de contrats, transfrontaliers et internes. À la lecture des projets, le droit européen des contrats ne serait applicable qu'aux seuls contrats

¹¹⁵⁶ CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 334/00, Tacconi c/ HWS, *Rec.* p. 7383, point 27 de l'arrêt : « l'action engagée en raison de la rupture de négociations contractuelles est de nature délictuelle ».

¹¹⁵⁷ Voir par exemple la communication de la commission du 12 février 2003, *op. cit.*, qui comporte un domaine d'intervention qui s'étend aux contrats spéciaux, à la responsabilité, aux biens et aux sûretés.

¹¹⁵⁸ Voir notamment le volume non publié mais disponible sur le site du centre de droit de la consommation : T. BOURGOIGNIE, L. CORNELIS, H. COUSY, J.-L. FAGNART, M. FLAMEE, J. LAENENS, J. STUYCK, J. VAN COMPERNOLLE, P. VAN OMMESLAGHE, *Le droit de la consommation en mouvement - Examen critique des propositions de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve en mars 1997, Coll. Droit et consommation, centre de droit de la consommation n° 36, 1998, <http://www.drt.ucl.ac.be/cdc/fr/production/collections.html>. Voir également l'ouvrage de F. OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

intercommunautaires. Pour autant, rien ne justifie le refus d'application de ces règles à un contrat interne si les parties le désirent.

Outre les difficultés de définition qu'il devrait surmonter pour voir le jour, le droit européen des contrats poserait également des problèmes d'interprétation. En effet, une juridiction commune s'imposerait. Or, les textes n'envisagent pas une telle obligation, ce qui revient à maintenir la compétence des deux cours européennes que sont la CJCE et la Cour EDH, cette dernière pouvant tout à fait intervenir en matière contractuelle. En ce sens également, le projet manque de précision. Il s'accommode de plusieurs possibilités et aucune unité ne résulte de ses multiples dimensions.

366. En troisième lieu, en laissant de côté les problèmes récurrents de domaine d'intervention du projet, une difficulté survient quant à la méthode à adopter pour l'élaboration de ce droit européen des contrats. Diverses possibilités sont envisageables pour les institutions communautaires à savoir imposer ce droit aux États et ainsi en faire un droit supra-national ou, au contraire, autoriser la juxtaposition des droits des contrats communautaire et interne.

La première méthode à envisager peut être assimilée à une méthode douce, de familiarisation progressive des États qui amène à une adhésion elle-même progressive. Cette démarche pourrait découler du travail d'une communauté de juristes, réunis pour constater le socle commun déjà existant, par exemple dans le domaine de la force obligatoire ou de la liberté contractuelle. Une telle hypothèse rejoint les travaux des Professeurs U. Mattei et M. Bussani quant à l'élaboration d'un fond commun du droit privé européen¹¹⁵⁹. De manière analogue, le professeur W. Van Gerven¹¹⁶⁰ travaille à la réalisation d'une série de *case-books* sur le droit commun européen. Ces deux projets se distinguent en fonction du public auquel ils s'adressent. Alors que le *Common core* est destiné en priorité aux professionnels, le projet de *European case-books* s'adresse plus particulièrement aux étudiants et se situe ainsi dans la lignée des échanges Erasmus-Socrates¹¹⁶¹. La formation des juristes, qui s'en trouverait singulièrement étendue, constituerait un élément essentiel de cette mise en place progressive.

¹¹⁵⁹ M. BUSSANI, U. MATTEI, *Le fonds commun du droit privé européen*, RIDC, 2000, p. 29.

¹¹⁶⁰ W. VAN GERVEN, « Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation of the Project », *Revue européenne de droit privé* 1996, 4, p. 67. Le volume sur le droit de la responsabilité délictuelle est paru en 2000 (W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000) et celui sur les contrats en 2002 (H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KOTZ, D. TALLON, *Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2002).

¹¹⁶¹ En ce sens voir M. CLERMONT, *Le rapprochement du droit européen des contrats, enjeux et perspectives*, mémoire de DEA, Lille, 2003, p. 58.

Seuls des résultats sur le long terme pourraient être attendus dans une telle perspective située en amont de toute contrainte. Le procédé des « *restatements* » doit également être envisagée au titre de méthode douce. Il s'agit d'une reformulation, d'un réexposé des principes généraux préexistants. Une telle alternative est réputée non contraignante puisque aucun nouveau système n'est mis en place et donc imposé au travers de ces *restatements*.

367. Une approche plus contraignante peut être préférée à l'hypothèse précédente, relevant cette fois davantage de la persuasion. Plusieurs voies peuvent alors être envisagées. Il est possible, tout d'abord, de promouvoir des clauses types élaborées par un organisme concurrent à la Communauté européenne. Cette idée a conduit à l'apparition de plusieurs projets d'origine privée, plus ou moins connus, comme par exemple les « *Principes du droit européen du contrat* »¹¹⁶², rédigés sous la conduite du professeur O. Lando¹¹⁶³, ou encore le projet de code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens, appelé groupe de Pavie, sous l'impulsion du professeur G. Gandolfi¹¹⁶⁴. Reste à citer le projet, plus controversé, mis en place par le groupe d'études sur un code civil européen, coordonné par le professeur C. Von Bar¹¹⁶⁵. Ces projets n'ont aucune force contraignante, il convient de le préciser, mais ils peuvent fort bien inspirer la pratique ou le législateur européen. Initialement, ils étaient censés servir d'étape dans l'élaboration d'un code civil européen. Ils constituent aujourd'hui des listes de principes européens du droit des contrats qui, en tant que principes supra nationaux, peuvent coexister avec les règles nationales. Le problème réside alors dans la sélection ultérieure des principes qui deviendront formellement européens. En outre, un instrument optionnel peut être proposé. Cette voie semble avoir été celle choisie par le Conseil de l'Union¹¹⁶⁶. Pour ce qui relève de sa force contraignante, deux solutions sont possibles : la solution dite *opt out* et, à l'inverse, la solution *opt in*. Dans la première

¹¹⁶² Voir entre autres D. TALLON, « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Def.* 2000, p. 683.

¹¹⁶³ Commission pour le droit européen du contrat, *Les principes du droit européen des contrats, l'exécution, l'inexécution et ses suites*, Partie I, version française, La documentation française, 1997 ; un second ouvrage regroupant les *Principes* Partie I et II a été édité en 2000 aux éditions Kluwer. Sur les travaux de la Commission LANDO, voir les articles de D. TALLON, H. BEALE, D. MAZEAUD, dans C. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Économica*, coll. Études juridiques, n° 11, p. 119 et s..

¹¹⁶⁴ G. GANDOLFI (dir.), *Code européen des contrats, Avant-projet*, Guiffre, Milan, 2001. Du même auteur avant la publication de cet avant projet, voir encore « Pour un Code européen des contrats », *RTD civ* 1992, p. 707, ou encore, de M. L. RUFFINI GANDOLFI, « Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats », *RIDC* 2002, p. 1075.

¹¹⁶⁵ C. VON BAR, « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDC* 2001, p. 127.

¹¹⁶⁶ Communication (2003) 68 de la Commission au Parlement pour un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, du 12 février 2003, *op. cit.*; résolution du 22 septembre 2003, *JO C* 246, du 14/10/2003, p. 1, cité par C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2004, p. 1322. Voir sur ce sujet : D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RTD civ* 2003, p. 629.

hypothèse, l'instrument optionnel visé gouvernerait automatiquement les contrats sauf en cas de renonciation expresse par les parties, et ce au profit des droits nationaux. À l'inverse, la solution *opt in* propose une application automatique du droit national, sauf aux parties à désigner l'instrument optionnel.

368. Si ce plan de l'instrument optionnel semble avoir les faveurs de la Commission, il suppose au préalable l'élaboration d'un *cadre commun de référence* en matière de droit privé européen, instrument qui permet non seulement d'harmoniser l'acquis existant, mais aussi de renforcer la convergence entre les règles nationales. La Commission précise que ce cadre de référence commun devrait fournir les meilleures solutions en termes de terminologie commune et de règles, notamment, entre autres, la définition de concepts-clé et de termes abstraits tels que « contrat », ou « dommage », et des règles à appliquer, par exemple en cas d'inexécution des contrats¹¹⁶⁷. Ce cadre pourrait, par la suite, former une base pour une réflexion ultérieure sur un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats, selon la Commission. Une première version du cadre commun de référence figure d'ailleurs dans l'annexe I de la communication de la Commission du 11 octobre 2004.

De plus, une directive pourrait être adoptée en matière de droit des contrats. Par ce biais, la méthode choisie tendrait vers la substitution souple du droit européen des contrats aux droits nationaux. Une telle solution conjugue souplesse et contrainte dans la mesure où une marge d'adaptabilité est laissée aux États. Enfin, une méthode plus contraignante, de substitution totale cette fois, pourrait être envisagée. Il n'y aurait alors plus, à terme, de coexistence entre règles nationales et règles communautaires puisque ces dernières primeraient. Tel serait le cas si le droit européen des contrats se voyait imposé au travers d'un traité ou d'un règlement.

369. Quelle que soit la solution mise en place ultérieurement, il semble clair que le droit européen des contrats est encore à l'heure des incertitudes. En cela, il ne peut constituer un facteur d'unité sur lequel le droit civil européen viendrait s'appuyer pour se développer et s'étendre au reste du droit civil. Ce projet aurait pu sans conteste apporter une base solide au droit civil européen car, tout en étant cantonné au droit des contrats, il aurait offert à la matière civile une légitimité, une structure, un point de départ et d'ancrage. Toutefois, il fut présenté de manière confuse et s'est dès lors exposé aux critiques. Ce sont sans cesse les mêmes mots qui entourent la présentation du projet : plusieurs, divers, différents...qu'il

¹¹⁶⁷ Communication (2003) 68 de la Commission au Parlement pour un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, du 12 février 2003, *op. cit.*

s'agisse de voies, de méthodes ou d'interprétations. Ainsi, le projet de droit européen des contrats aboutit au même constat que le droit civil européen lui-même puisqu'on s'y retrouve confronté à l'absence d'homogénéité, à la confusion et à la diversité. Parce que mal maîtrisé et circonscrit par les institutions qui en ont fait le souhait, le droit européen des contrats a généré et génère encore beaucoup de critiques. Il est probable que si la présentation du projet avait été plus encadrée, elle n'aurait pas suscité autant d'inquiétudes et d'interprétations excessives. En définitive, le projet n'aurait pas donné lieu à la polémique que, malgré lui, il a déclenché.

2° Un projet polémique à résonance politique

370. « *La question de la codification dépasse le seul cadre du droit positif : ses enjeux sont également politiques* »¹¹⁶⁸. La polémique générée par le projet de code civil européen puis par le droit européen des contrats a sans nul doute porté atteinte à son évolution. Les auteurs ont très vite lié la question de l'élaboration d'un droit européen des contrats à celle du devenir de l'Europe. Partant, il semble difficile de se départir d'une approche politique donc nécessairement polémique du problème. C'est ce que Y. Lequette relève lorsqu'il affirme à juste titre que la réponse n'appartient pas aux juristes mais aux politiques¹¹⁶⁹. La polémique tourne autour de deux grandes questions : l'opportunité du projet et sa faisabilité.

371. Concernant le premier point c'est-à-dire l'opportunité, il est certain que l'ambition d'un droit européen unifié en matière des contrats rejoint la quête idéologique¹¹⁷⁰ d'un droit universel. En cela, le projet peut être qualifié de politique. Il s'agit de rassembler la société européenne autour d'un même droit des contrats, de lui conférer en quelque sorte un droit privé commun qui fait défaut à ce jour. Le mouvement d'unification juridique tente ainsi, dans une certaine mesure, encore que celle-ci soit indéterminable, de combler le manque d'unification politique.

Toutefois, sur un plan juridique, et en tentant d'ignorer l'aspect politique du projet, une telle unification présente bien d'autres avantages : elle permettrait de supprimer les divergences de

¹¹⁶⁸ R. CABRILLAC, « Les enjeux de la codification en France », *Les Cahiers de Droit* mars-juin 2005, vol. 46, n° 1-2, <http://www.fd.ulaval.ca/cahiers/vol46no1-2.html>

¹¹⁶⁹ Y. LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, D. 2004, éd. Panthéon-Assas, p. 35.

¹¹⁷⁰ Voir en ce sens L. VOGEL (dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon Assas, 2001.

De tout temps, on a estimé que rapprocher le droit des obligations était bénéfique, voir en ce sens G. MARTY, « Les apports du droit comparé au droit civil », dans *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, LGDJ, 1969, p. 95 qui cite le projet de code franco italien de droit des obligations. Ce projet avait été rédigé mais demeura sans lendemain, cf. « L'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations », dans *Journées italiennes de Pavie et Milan*, travaux de l'association H. CAPITANT, t. VIII, Dalloz, 1955.

législations, de faciliter les échanges et de résoudre rapidement et simplement les litiges, tout comme elle mettrait fin aux incohérences découlant d'une approche pour l'heure sectorielle du droit des contrats. En effet, jusqu'à présent, le législateur européen a abordé la question des contrats au sein du marché intérieur en adoptant des mesures relatives à des contrats ou des secteurs spécifiques. Néanmoins, cette approche parcellaire ne permet pas de résoudre certains problèmes, plus généraux, susceptibles d'entraver le bon fonctionnement du marché. D'autre part, la lisibilité du droit communautaire relatif aux contrats ressortirait améliorée de ce projet d'unification. Cohérence et qualité du droit sont donc les arguments avancés par les partisans du projet.

372. Les détracteurs du projet de code civil européen motivent également leur opposition. Le droit européen des contrats, en plus de ne pas être envisageable parce qu'à la croisée des diverses mentalités juridiques des États européens¹¹⁷¹, ne serait pas opportun parce qu'inutile. Au contraire, il empêcherait la concurrence naturelle entre les différents systèmes de droit internes et générerait ainsi une « *glaciation* »¹¹⁷², une « *fossilisation* »¹¹⁷³ du droit. Il favoriserait l'utilisation d'un droit sclérosé. De même, nombreux sont les auteurs qui soulèvent un défaut de compétence de l'Union européenne pour élaborer un tel droit des contrats et qui rappellent alors les principes de subsidiarité et proportionnalité¹¹⁷⁴; ce débat rejoint alors celui, plus général, du défaut de base légale pour construire un droit civil européen. Les critiques s'étendent au choix de la langue susceptible d'être utilisée pour un tel projet ainsi qu'aux soucis de traduction, prétendue source de divergences. La doctrine a également beaucoup insisté sur les arguments extra juridiques et, de façon inévitable, sur les implications politiques du projet. Ainsi, pour certains, le débat porte en réalité sur l'Europe du futur. Les adversaires d'une Europe fédérale, défenseur des souverainetés nationales, ne peuvent ainsi qu'envisager de façon négative ce projet de droit européen des contrats. De tels arguments tendent à simplifier le débat à outrance et n'expliquent aucunement l'assimilation trop rapide entre une fédération d'États et un droit des contrats unique. Les contre-exemples

¹¹⁷¹ S'opposeraient de nouveau ici la *common law* et la *civil law*, voir en ce sens P. LEGRAND, « Against a European Civil Code », *Modern law review* 1997, p. 45. *Contra* H. P. GLENN, « La civilisation de la common law », *RIDC* 1993, p. 559 pour lequel le rapprochement s'est amorcé entre les deux droits.

¹¹⁷² Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron., p. 2202.

¹¹⁷³ J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, p. 20.

¹¹⁷⁴ W. VAN GERVEN, « Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code? », *Revue européenne de droit privé* 1997, p. 465; W. TILMANN, « The legal basis for a European Civil Code », *Revue européenne de droit privé* 1997, p. 471; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron., p. 2210.

comme les États-Unis¹¹⁷⁵ ou le Canada sont lourds de sens. En outre, la doctrine est nombreuse à rappeler que le droit ne peut être que le fruit d'une culture, d'une histoire et d'une identité communes. Pour d'autres encore, le droit est affaire de temps¹¹⁷⁶, seul le second façonne le premier ce qui ne pourrait être le cas pour le droit européen des contrats. Pour toutes ces raisons, le projet apparaîtrait comme inadapté à l'Europe et donc, inopportun.

373. De façon générale, les auteurs s'opposant au projet sur le terrain de l'opportunité le font également sur celui de la faisabilité. Il serait par exemple difficile de coordonner le droit européen des contrats avec d'autres engagements internationaux tels par exemple la Convention de Vienne ou les *Principes Unidroit*. De plus, les auteurs se demandent comment maintenir un droit, ou de simples principes de droit unifiés, alors même que l'interprétation par les droits nationaux risque de réintroduire une certaine diversité. Même si ces arguments sont parfois justifiés, la critique poussée à l'excès nuit à leur valeur. En effet, au travers du droit européen des contrats, c'est souvent l'ensemble du droit communautaire qui se trouve visé et mis en cause¹¹⁷⁷. Ce phénomène fut particulièrement flagrant concernant la codification européenne. Alors que la codification apparaît en France comme une des réussites du XIX^{ème} siècle, transposer ce procédé au niveau européen apparaît impensable. Pourtant, il est difficile de voir en quoi la diversité actuelle de l'Europe constituerait un obstacle plus important que celle régnant en France au XIX^{ème} siècle, tant d'un point de vue juridique que linguistique. La diversité était, sans aucun doute, beaucoup plus prononcée à l'époque en France qu'aujourd'hui en Europe. Les auteurs s'insurgent contre la codification dès lors que lui est adjoint l'adjectif « européenne ». La codification nationale passe pour une véritable œuvre, une réussite, alors que la codification européenne ne pourrait aboutir qu'à un échec. Il semble que ce soit bien davantage la peur de la disparition de notre propre code, ainsi qu'à terme, de notre droit civil et de nos spécificités nationales qui angoisse les auteurs, plutôt que la menace d'une codification européenne délicate et technique. Le Code civil français fut le résultat d'un projet mûri tout au long du XVIII^{ème} siècle, les juristes français

¹¹⁷⁵ Pour un descriptif voir notamment J. LIMPENS, « Les constantes de l'unification du droit privé », *RIDC* 1958, p. 283 ; L. MOCCIA, « Du marché à la citoyenneté : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *RIDC* 2004, p. 307, note 14.

¹¹⁷⁶ Il faut citer en ce sens la phrase connue de PORTALIS, prononcée dans son discours préliminaire lors de la présentation du premier projet de Code civil, le 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801). : « *Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas* », <http://www.justicecanada.ca/fr/ps/inter/code/index.html>

¹¹⁷⁷ Constatation qui se trouve renforcée par « *l'image dégradée de l'Union européenne que renvoient les résultats du référendum organisé en France comme aux Pays-Bas sur la « Constitution » européenne* » (V. HEUZÉ, « L'Europe désenchantée », *JCP* 2005, éd. G., I, 157).

le savent bien. Cela n'empêche pourtant pas la doctrine de condamner d'emblée le projet européen, sans lui laisser la moindre chance d'évolution ni d'amélioration. Rares sont les auteurs qui ont manifesté leur enthousiasme à l'égard de ce projet¹¹⁷⁸, encore plus rares sont ceux ayant émis des idées favorisant sa réalisation¹¹⁷⁹. C'est plutôt un véritable réquisitoire¹¹⁸⁰ contre l'idée d'un code qui s'est manifesté. Or, l'influence de la doctrine a été décisive concernant ce projet¹¹⁸¹. Reste à déterminer si ce projet méritait autant d'hostilité¹¹⁸² et s'il était à ce point inconcevable.

374. En ce qui concerne le projet de code européen des contrats, le sujet s'avère encore plus politique qu'un éventuel droit européen des contrats en ce sens que la codification renvoie en France à l'image du rassemblement d'un peuple autour d'une même loi civile. Cela explique la virulence des critiques. Le désordre doctrinal généré en France par l'ambition d'un code civil européen vint surtout d'une vision singulière de la codification, vision dont il faut se départir afin de délester une fois pour toutes la codification de son poids symbolique. Si codifier revint en 1804 à rassembler un pays, à élaborer une véritable constitution civile¹¹⁸³, il faut l'envisager différemment aujourd'hui et dédramatiser ce projet¹¹⁸⁴.

375. Les juristes français ont une vision quelque peu faussée de la codification eu égard non seulement à ce que le Code civil représente en France, mais également du fait de son rayonnement à l'étranger¹¹⁸⁵. Il n'y aurait plus guère de ressemblances aujourd'hui entre le

¹¹⁷⁸ Le code civil européen trouva notamment en C. WITZ un fervent défenseur. Voir entre autres de cet auteur, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79 ; *id.* « La longue gestation d'un code européen des contrats », *RTD civ* 2003, p. 447.

¹¹⁷⁹ S. VALORY, *RJPF* Janvier 2004, p. 1.

¹¹⁸⁰ L'expression est de A. CHAMBOREDON, « La "texture ouverte" d'un code européen du droit des contrats », *JDI* 2001, I, p. 10.

¹¹⁸¹ M. BILLIAU estime que l'influence de la doctrine est de façon générale décisive en matière de codification (M. BILLIAU, « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », *Les Cahiers de Droit* mars-juin 2005, vol. 46, n° 1-2, <http://www.fd.ulaval.ca/cahiers/vol46no1-2.html>).

¹¹⁸² P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779 ; Y. LEQUETTE, - « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9 ; - « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron., p. 2202 ; G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron., p. 351.

¹¹⁸³ X. MARTIN, « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ* 2003, p. 247 ; Y. GAUDEMET, « Le Code civil, "Constitution civile de la France" », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 297.

¹¹⁸⁴ « Un abîme sépare la compilation à droit dit constant de l'œuvre de transaction réalisée en 1804. (...) », selon F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, « L'année d'un bicentenaire », *D.* 2004, chron., p. 12. En ce sens voir également F. OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 7.

¹¹⁸⁵ Lire à ce propos l'article de J. CARBONNIER, « Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ? », *D.* 1975, chron. p. 171.

Code Napoléon et un code européen. Le projet de code civil européen ne manifestait en aucun cas la volonté d'organiser l'ensemble de la société civile européenne, sous tous ses aspects. Si la codification française a permis la cohésion géographique et sociologique d'une nation¹¹⁸⁶, elle ne peut avoir la même ambition en droit européen, puisque justement, il ne s'agit pas d'une nation. La nuance est de taille. Dès lors, les deux codes : le Code civil français et le projet européen ne peuvent être comparés. Le premier constitue une œuvre issue d'une réunion concomitante de forces et celle-ci ne saurait se reproduire au niveau supranational. Les ambitions des deux codes ne peuvent pas davantage être rapprochées. Le Code Napoléon fut élaboré afin de construire une société nouvelle, donc il nécessitait un projet politique très fort¹¹⁸⁷. Le code européen ne pourrait en aucun cas être envisagé comme la constitution civile de l'Europe puisqu'il demeure limité au droit des contrats. Ce qui a favorisé à une époque une unification au niveau national ne saurait être déplacé au niveau supranational et la codification nationale ne peut s'identifier à la codification internationale. La première se trouve incontestablement favorisée par un pouvoir judiciaire centralisé alors que la seconde subit l'impact de l'absence de cohésion politique sur les forces unificatrices¹¹⁸⁸ ; la comparaison entre un code européen et un code national n'a donc pas lieu d'être¹¹⁸⁹. Ce sont deux instruments distincts qui ne disposent pas du tout de la même force symbolique. Un code européen comporte un intérêt politique évident : tout code inscrit la loi dans un ordre juridique, il l'enregistre, la grave, mais il faut aujourd'hui envisager la codification pour ce qu'elle est : l'instrument privilégié du droit¹¹⁹⁰.

376. L'engouement actuel pour la codification et l'importante quantité de codes retire à la codification la symbolique qui la caractérisait au XIX^{ème} siècle et, si l'élaboration d'un code comporte un objectif de rassemblement autour d'un droit commun, la symbolique de l'identité commune ne s'y trouve désormais plus¹¹⁹¹. Partant, les arguments relatifs au fait que l'Europe

¹¹⁸⁶ Selon la formule empruntée à R. CABRILLAC, « Les enjeux de la codification en France », *Les Cahiers de Droit* mars-juin 2005, vol. 46, n° 1-2, <http://www.fd.ulaval.ca/cahiers/vol46no1-2.html>

¹¹⁸⁷ C. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », dans P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le droit privé européen*, Economica, coll. Études juridiques, n° 1, 1998, p. 57.

¹¹⁸⁸ J. LIMPENS, « Les constantes de l'unification du droit privé », *RIDC* 1958, p. 286.

¹¹⁸⁹ Une telle comparaison a été faite également avec le BCG allemand : B. DAUNER-LIEB, « Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations », *RIDC* 2004, p. 559.

¹¹⁹⁰ F. MODERNE, « Pierre BOURDIEU et la codification : regards d'un juriste de droit public », *RFDA* 2004, p. 1062.

¹¹⁹¹ Il suffit pour s'en convaincre de constater à quel point le Code Napoléon est devenu un mélange de règles de date et d'inspiration différentes, à tel point que D. TALLON parle d'« un ensemble déconcertant » (L'avenir du Code en présence des projets d'unification européenne du droit civil », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, op. cit., p. 999. Contra M. VAN HOECKE pour qui « l'idée d'un Code civil européen, tout comme

n'est pas encore prête à élaborer un code autour duquel la société civile se réunirait ne tiennent plus car tel n'est plus l'objet de la codification¹¹⁹². Qu'on l'approuve ou non, codifier relève aujourd'hui d'une activité bureaucratique¹¹⁹³, visant à la compréhension et mise en ordre du droit. R. Cabrillac définit ainsi la codification comme une simple « *opération de mise en forme des règles juridiques en un ensemble* »¹¹⁹⁴. La codification favorise la lisibilité, l'accessibilité et la simplification du droit¹¹⁹⁵. Si la mondialisation, et au travers d'elle l'Europe, entraîne une métamorphose du droit¹¹⁹⁶, elle modifie également l'esprit des codes, elle « *nous oblige à repenser la légitimité de la codification telle qu'elle a été conçue au XIXème siècle à tel point que celle –ci peut paraître désormais inadaptée aux besoins de droit de la modernité du XXIème siècle* »¹¹⁹⁷.

377. De surcroît, en raison de la vivacité des critiques, le projet de code n'a guère eu le temps d'être approfondi, même si l'idée même d'un code européen est apparue il y a longtemps¹¹⁹⁸. Ainsi, nombre d'objections ne visaient en réalité qu'un projet encore non abouti et soulevèrent davantage de simples lacunes qu'une impossibilité au fond. La crainte des auteurs de devoir abandonner le Code Napoléon¹¹⁹⁹ n'est pas fondée ; d'une part le code européen ne sera jamais porteur de la même symbolique que le Code Napoléon et en ce sens il ne le remplacera pas. D'autre part, il ne faut pas omettre l'idée que le droit civil européen est national avant d'être européen. Ce n'est pas un « *droit venu d'ailleurs* »¹²⁰⁰, c'est un droit qui initialement provient des droits nationaux mais qui se trouve reformulé par les institutions européennes. Les fondements, les soubassements de ce droit et donc du code qui en résulterait

celle d'une Constitution européenne, a une haute valeur symbolique », M. VAN HOECKE, « L'idéologie d'un code civil européen », dans *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 467.

¹¹⁹² Pour une critique touchant à la codification actuelle, dite à droit constant, H. MOYSAN, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *D.A.* 2002, chron. n° 7.

¹¹⁹³ Y. GAUDEMET, « Le Code civil, "Constitution civile de la France" », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 306.

¹¹⁹⁴ R. CABRILLAC, *Les codifications*, Presses universitaires de France, 2002, p. 136.

¹¹⁹⁵ Cf. en ce sens, S. BESLIER et P. LAVAGGI, « Les procédures de codification et de refonte du droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire », *RDUE* 2006, 2, p. 313.

¹¹⁹⁶ Entre autres du droit civil, J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale », *Pouvoirs* 2003, n° 107.

¹¹⁹⁷ En ce sens voir C. KESSEDJIAN, « La mondialisation du droit : défi pour la codification », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 919.

¹¹⁹⁸ C. WITZ, « La longue gestation d'un code européen des contrats », *RTD civ* 2003, p. 447. L'auteur fait remonter les premiers projets de code européen à 1927.

¹¹⁹⁹ Y. LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 31.

¹²⁰⁰ J. CARBONNIER, *Introduction*, Thémis droit privé, Presses universitaires de France, 27ème éd., 2002, p. 270.

n'auraient donc rien d'inconnu puisque puisés dans nos droits internes. Il est alors difficile de comprendre ce que redoutent les auteurs.

378. Par ailleurs il faut s'interroger sur ce que la doctrine propose à l'instar de la commission qui, en 2003, a proposé quatre options. Il a certes été question de code optionnel¹²⁰¹. L'adhésion des acteurs est dans cette hypothèse primordiale. Sans elle, les règles formulées restent lettre morte. L'exemple type découle des *Principes Unidroit*¹²⁰², *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, publiés en 1994 et réédités en 2004 par l'Institut international pour l'unification du droit privé. Il se révèle particulièrement difficile de mesurer l'influence et l'utilisation de ces instruments non contraignants¹²⁰³. Pour ce qui est des *Principes Unidroit*, la pratique y fait peu de référence explicite mais ces textes semblent tout de même utilisés, par la pratique¹²⁰⁴, les arbitres internationaux et les juges étatiques¹²⁰⁵. Cela leur permet d'acquérir un véritable statut de règles de droit¹²⁰⁶. Dès lors, un tel instrument juridique optionnel n'existe que par l'usage qui en est fait. Réclamer un code civil européen optionnel revient en réalité de la part de la doctrine à ne rien vouloir imposer aux États. La comparaison avec le Code Napoléon mérite alors d'être poursuivie en ce qui concerne la force du droit. Il n'existe pas aujourd'hui encore d'unification totale du droit civil¹²⁰⁷ en France, bien que le Code et l'unification aient été imposés et que ce projet ait mûri tout au long du XVIIIème siècle. De la sorte, une codification civile européenne sans force contraignante n'a aucune chance de s'imposer ou d'avoir un impact quelconque en tant que simple instrument optionnel, qui plus est sans soutien de la doctrine.

¹²⁰¹ En cela, la doctrine (cf. V. HEUZÉ, « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, éd. G, I, 152, p. 1343 ; D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats ? », *RTD civ* 2003, p. 629) a repris l'idée des institutions européennes. « *Il conviendrait de procéder prioritairement à la mise en place d'un instrument facultatif dans certains secteurs, notamment ceux des contrats de consommation et des contrats d'assurance, et invite, par conséquent, la Commission à élaborer d'urgence, tout en tenant compte d'un degré élevé de protection des consommateurs et de l'inclusion des prescriptions obligatoires appropriées, un instrument facultatif dans le domaine des contrats de consommation et des contrats d'assurance* » (résolution 2003/2093 du Parlement européen sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée: « Un droit européen des contrats plus cohérent - un plan d'action », du 2 septembre 2003, point 14) ; voir aussi les propositions de la Commission dans sa Communication COM/2003/0068 final au Parlement européen et au Conseil - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action, du 12 février 2003, *op. cit.*

¹²⁰² L'institut international pour l'unification du droit privé a rédigé des « principes relatifs aux contrats du commerce international » en 1994. Ces principes sont disponibles à <http://www.unidroit.org/french/principles>.

¹²⁰³ F. M BANNES, « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international: réalité ou utopie? », *RRJ* 1996, p. 933.

¹²⁰⁴ Il semble ainsi erroné de croire que la pratique rejette d'emblée le droit théorique de la doctrine, aucun antagonisme systématique n'existe à ce niveau.

¹²⁰⁵ Pour une liste des affaires : <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13617>.

¹²⁰⁶ E. S. DARANKOUM, « L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques » *Revue Juridique Thémis*, vol. 36, no.2 (2002), p. 421.

¹²⁰⁷ Cf. les particularités du droit d'Alsace Moselle ou du Pays Basque.

379. Une seconde possibilité semble satisfaire la doctrine et revient à ne rien faire du tout. Ainsi, éviter les harmonisations superflues permettrait d'éviter des tensions politiques inutiles. Dès lors, il n'y aurait plus lieu de se demander si la codification européenne doit s'étendre à certains domaines sensiblement nationaux comme par exemple le droit de la famille ou les successions. Ces arguments rejoignent ceux selon lesquels aucun intérêt ne résulterait de la promulgation d'un code instrument du droit communautaire. En effet ce droit, par essence fondé sur une vision économique de l'individu, risquerait de se révéler moins protecteur que les droits internes. La doctrine en déduit alors qu'il faut s'abstenir de toute intervention, qu'il s'agisse d'ailleurs du code civil européen ou du droit européen des contrats. La réelle difficulté est alors de déterminer si la réalisation complète du marché intérieur requiert la promulgation d'une loi commune aux États membres¹²⁰⁸ dans le domaine contractuel. Or, il paraît improbable de favoriser la réalisation du marché intérieur et de supprimer les distorsions de concurrence sans intervention en matière contractuelle. Il est une évidence : le droit des contrats est un élément constitutif pour la réalisation du marché. Il n'existe certes aucune preuve pratique qu'un marché unique appelle un instrument contractuel unique¹²⁰⁹ et que la diversité des droits constitue une entrave à la libre circulation. Rien n'établit à l'inverse que la diversité favorise cette libre circulation. Pour certains, laisser le marché se réguler seul, sans intervention dans le domaine contractuel s'avérerait stimulant dans la mesure où les parties favoriseraient alors les systèmes les plus performants¹²¹⁰. Une telle concurrence entre les diverses législations nationales n'est pas nécessairement productive de même qu'il n'est pas établi qu'un seul texte uniforme constitue un appauvrissement du droit. De tels arguments ne sont, dans un sens comme dans l'autre, que des suppositions.

380. Pour J. Basedow¹²¹¹, il faut éviter de surestimer les avantages de la concurrence entre les droits nationaux. En effet, si certaines règles en matière de contrats ont été élaborées jusqu'à présent au niveau communautaire, c'est qu'elles ont été jugées nécessaires et cela atteste que le marché, seul, ne parvient pas à se réguler complètement. Une fois acquise la nécessité d'une intervention, il ne reste qu'à en déterminer la forme. L'avantage du code est

¹²⁰⁸ Pour N. CHARBIT, « L'Esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP* 2002, éd. G., I, 100. *Contra* voir P. MALINVAUD, « Réponse –hors délai– à la Commission européenne à propos d'un Code européen des contrats », *op. cit.*, p. 2545.

¹²⁰⁹ D. TALLON, « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Def.* 2000, p. 683.

¹²¹⁰ Y. LEQUETTE envisage cette possibilité, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron., p. 2204.

¹²¹¹ J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *op. cit.*, p. 20.

qu'il comporte un travail d'ordonnement et de mise en forme. En cela, il ne représentait pas une idée saugrenue, impossible, infaisable ou inadaptée. Il aurait contraint les institutions communautaires à la clarté de leurs dispositions, à leur mise en ordre. Un tel instrument permettrait, sans aucun doute, la lisibilité du droit européen des contrats. Seulement, l'aspect polémique de la controverse a pris le pas sur l'aspect technique et a paré le débat de subjectivité¹²¹².

381. En comparant les diverses manifestations de l'unification, J. Limpens affirme que ce phénomène est presque toujours déclenché par le passage d'une civilisation à son apogée. L'Europe ne semble pas encore y être parvenue, si bien que la codification ne s'est pas imposée comme un corollaire nécessaire, ni d'une manière plus générale, l'unification du droit des contrats.

382. Enfin, il semble que la polémique ait eu raison des objectifs des institutions communautaires qui ont rapidement retiré le projet du code civil. Il n'est plus question aujourd'hui que du cadre commun de référence. La critique à l'égard du code civil a poussé la Commission à le mettre de côté. Or, arrêter ce projet lui retire finalement toute crédibilité et révèle un manque de conviction certain. Si un projet apparaît essentiel, les heurts et hésitations doivent pouvoir être dépassés, d'autant qu'ils n'ont rien d'exceptionnel ou de surprenant. C'est d'autant plus regrettable que le rejet doctrinal semblait bien plus « épidermique » que raisonné et logique. Tout projet suscite de la perplexité. Les questions et problèmes soulevés par un projet d'une telle envergure sont nombreux, cependant, les auteurs paraissent avoir passé davantage de temps à déceler les problèmes éventuels qu'à tenter de les résoudre. Tel est le cas notamment des soits-disants problèmes liés à la langue¹²¹³. Cet argument, quelque peu fallacieux¹²¹⁴, passe sous silence les possibilités de co-rédaction, notamment au sein d'organisation telle que les institutions communautaires où la seule

¹²¹² Voir par exemple D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », dans *De tous horizons, Mélanges X. BLANC-JOUVAN*, Société de législation comparée, 2005, p. 309.

¹²¹³ Voir entre autres H. J. SONNENBERGER, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, p. 413.

¹²¹⁴ En effet, en quoi cet argument serait applicable à un code et non à une directive ou à un règlement ? C'est alors à l'intégralité du droit européen que cette critique peut être adressée. Le principe même de l'Union européenne devrait être remis en cause...

Commission européenne possède le plus grand service de traduction au monde¹²¹⁵. L'Europe se fragilise dans l'attente d'un assentiment complet. La modification du projet, son adaptation, auraient au moins dû devancer son retrait. Or le projet de code n'a pas été corrigé mais écarté. C. Jamin s'interroge toutefois sur la réalité de l'inflexion de la politique communautaire. Pour lui, ce peut être un choix stratégique destiné à vaincre les réticences¹²¹⁶. Qu'il soit écarté ou dissimulé, la stratégie adoptée par les institutions communautaires ne paraît pas être la bonne. La seule alternative est d'affronter et de vaincre les réticences en convaincant à la fois les praticiens et la doctrine.

383. L'Europe a certainement besoin d'être construite sur des bases de consentement, de participation et de représentativité¹²¹⁷. En cela, un débat vif était logique mais n'imposait pas le retrait du projet, plutôt une évolution. Un retrait si rapide fait perdre aux institutions communautaires dirigeantes une part de crédibilité et dessert l'objectif initial en le présentant comme une sorte de tocade. Cela n'en rendra que plus difficile le moment où le projet va réapparaître.

384. Le projet de code civil aujourd'hui mis de côté, seul le projet d'un droit européen des contrats demeure, édulcoré sous la forme du cadre commun de référence. Les résultats de ce cadre commun sont attendus pour 2009¹²¹⁸. D'ici là, des principes et des règles types vont pouvoir y être intégrés, le but étant de parvenir à une terminologie et des principes communs. Néanmoins, ce projet est en quête, à ce jour, tout à la fois de légitimité et de concrétisation. Il n'est pour l'instant qu'un travail de réflexion, c'est ce qui ressort du Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis¹²¹⁹. La définition des termes juridiques abstraits constitue par exemple un objectif essentiel de la première phase d'élaboration du Cadre commun de référence¹²²⁰.

¹²¹⁵ La Commission dispose d'un effectif permanent de quelque mille six cent cinquante linguistes et cinq cent cinquante secrétaires et administratifs. Il existe même une direction générale de la traduction de la Commission européenne (DGT), sur ce sujet, voir le site http://ec.europa.eu/dgs/translation/index_fr.htm.

¹²¹⁶ Voir C. JAMIN, « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », *RJCom* 2006, n° 2, p. 100.

¹²¹⁷ L. MOCCIA, « Du marché à la citoyenneté : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *RIDC* 2004, p. 293.

¹²¹⁸ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, p. 609.

¹²¹⁹ COM (2005) 456 final, du 23 septembre 2005. Sur ce rapport, voir A. MARAIS, « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats : note sous premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis (COM [2005] 456 final, 23 septembre 2005) », *RDC* 2006, 2, p. 523.

¹²²⁰ Cf § 2. 6. 3 du rapport.

Partant, on ne saurait présenter le projet actuel comme pouvant servir l'unité du droit civil européen. Au contraire, il semblerait davantage participer, tout au moins jusqu'à présent, à son désordre. L'unité politique est une prémisse indispensable à l'unification juridique, et non l'inverse¹²²¹. Cette unité politique a quant à elle été sans nul doute entamé par la remise en cause du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

B / Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe

385. À l'instar du code civil européen, ce traité représente un symbole fort puisqu'il s'agit, au regard de son contenu, d'une réelle Constitution européenne. Or, l'ambition constituante communautaire¹²²² déchaîne probablement autant les passions que le projet de code civil européen¹²²³. Là encore, les débats empiriques dissimulent un conflit essentiellement politique. Ce traité établissant une Constitution pour l'Europe¹²²⁴, signé par les États membres le 29 octobre 2004, ne peut s'envisager comme un facteur d'unité du droit civil européen dans la mesure où il ne modifie guère les données en matière de rapport entre le droit communautaire et le droit civil. S'il précise les compétences respectives de l'Union et des États, ce texte ne saurait servir de base à un droit civil européen car, fruit d'un compromis, il ne comporte pas d'avancée significative en matière civile. De plus, puisque ce traité a été rejeté à une nette majorité dans deux des États fondateurs de l'Union¹²²⁵, son devenir semble incertain. En France, les résultats du référendum du 29 mai 2005 ont altéré la construction européenne si bien que l'on ignore encore comment les institutions européennes vont prendre acte de ce mécontentement avéré.

L'étude de ce traité sous l'angle de son apport en matière civile soulève deux interrogations, la première relative au contenu des dispositions touchant à la matière civile¹²²⁶ (1°), la seconde sur l'impact qu'elles peuvent avoir sur la matière (2°)

¹²²¹ J. LIMPENS, « Les constantes de l'unification du droit privé », *RIDC* 1958, p. 278.

¹²²² D. SIMON, « " Constitution européenne" – Constitution française : la guerre des droits n'aura pas lieu », *Revue Lamy droit des affaires*, février 2005, p. 6.

¹²²³ Pour une liste des ouvrages et articles parus sur la Constitution européenne, voir la liste établie par F. MARIATTE, « La Constitution best seller », *Europe* 2005, alertes 45.

¹²²⁴ Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *JO C* 310, 16/12/2004, p. 1.

¹²²⁵ Cf. V. HEUZÉ, « L'Europe désenchantée », *JCP* 2005, éd. G., I, 157. Sur ce sujet voir également D. SIMON, « Joyeux anniversaire et bonnes vacances », *Europe* 2006, n° 7, repère 7.

¹²²⁶ Il faut rappeler que matière civile et droit civil se rejoignent. Seule la matière civile telle qu'envisagée par l'article 6 § 1 de la Conv EDH ne s'identifie pas complètement au droit civil. Lorsque cet article n'est pas explicitement mentionné, les concepts de matière civile et de droit civil sont équivalents.

1° Le contenu des dispositions touchant à la matière civile

386. Le texte, comprenant au total quatre cent quarante-huit articles, mérite d'être brièvement présenté¹²²⁷. Il se divise en quatre parties :

- La partie I définit les principes de fonctionnement des institutions européennes et leur champ de compétences. En d'autres termes il s'agit de l'architecture constitutionnelle de l'Union.
- La partie II reprend la Charte des droits fondamentaux rédigée par des représentants de groupes divers et variés, et signée il y a cinq ans, à Nice,
- La partie III reprend les traités précédents (Rome, Acte unique, Maastricht, Amsterdam,...) tout en clarifiant certains points,
- La partie IV (dispositions générales et finales) précise en particulier le mode de révision de la Constitution.

387. Le grand apport de ce texte réside dans la clarification des compétences respectives de l'Union et des États membres, entre autres en matière civile. Ainsi, la Constitution distingue les domaines de compétence exclusive de l'Union (article I- 13) : règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, union douanière, politique monétaire, politique commerciale ; les domaines de compétence partagée entre l'Union et les États, sur lesquelles l'Union se réserve le droit d'intervenir de toutes les façons possibles (article I- 14) : marché intérieur, politique sociale, environnement, protection des consommateurs, l'espace de liberté, sécurité et justice,... ; et enfin les domaines de compétence d'appui de l'Union : en dehors de toute tentative d'harmonisation, l'Union peut néanmoins compléter l'action des États membres dans des domaines tels que la culture, la protection de la santé humaine, la protection civile, l'éducation, la jeunesse, le sport et la formation professionnelle.

388. À chaque niveau de compétence apparaît un thème pouvant avoir trait au droit civil. Les règles de concurrence touchent le droit civil, par exemple en ce qui concerne l'égalité homme/femme ou le droit des obligations. Il en va de même pour la protection des

¹²²⁷ Pour plus de détails, voir B. MATHIEU, M. VERPEAUX et F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Constitution et construction européenne*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006 ; V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER et V. MICHEL (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2005 ; M. DONY et E. BRIBOSIA, *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2005.

consommateurs qui passe nécessairement par des dispositions relatives à certains contrats précis, comme c'est le cas pour le contrat de vente.

389. Concernant les compétences partagées, le traité attribue à l'Union des compétences dans une matière nouvelle : la coopération judiciaire en matière civile, ceci dans le but que l'Union constitue un espace de liberté, sécurité et justice. Cette coopération se manifeste tout d'abord au travers de la reconnaissance mutuelle des décisions civiles¹²²⁸ et peut justifier l'adoption de mesures de rapprochement des législations nationales. La réglementation européenne sera ainsi apte à légiférer dans différents domaines : la signification et notification transfrontières des actes, la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence, la coopération en matière d'obtention des preuves, l'accès effectif à la justice, l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles et le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges. Sur ces questions touchant au droit civil, la Constitution précise que la loi ou la loi cadre est adoptée selon le droit commun, c'est-à-dire selon la procédure de codécision avec adoption à la majorité qualifiée. Il s'agit là de la procédure législative dite ordinaire. En revanche, les mesures relatives au droit de la famille, même ayant une incidence transfrontière, ne peuvent être établies qu'après que le Conseil ait statué à l'unanimité¹²²⁹, même si l'article III- 269 § 3 prévoit une clause passerelle vers la procédure de droit commun. Dans cette branche du droit civil que touche nécessairement la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, les compétences sont donc expressément partagées puisque relevant de l'article I- 14, § 2, j. Le droit civil, plus précisément la protection du droit civil se trouve également visée par les actions dites d'appui¹²³⁰. Il restera à s'entendre sur le sens de ce terme.

390. Enfin, de façon plus indirecte, le traité aborde aussi le droit civil en constitutionnalisant la Charte des droits fondamentaux. C'est, de façon tout à fait insolite pour une Union originellement économique, mettre l'individu et la personne au centre des préoccupations. En protégeant des droits tels le respect de la vie privée et familiale, la protection des données à caractère personnel, le droit de se marier et de fonder une famille, les droits de l'enfant et, entre autres, le droit de propriété, il est évident que le Traité touche au droit civil, dans ses nombreux aspects : droit de la famille, droit des personnes, droit de

¹²²⁸ Article III- 257, § 4 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹²²⁹ Article III- 269, § 3 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹²³⁰ Article I- 17, f du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

propriété, droit des obligations. En ce sens, il faut remarquer que la lutte contre les discriminations, la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que la protection des droits de l'enfant apparaissent en qualité d'objectifs de l'Union, au même titre que le marché intérieur dans lequel la concurrence ne doit pas être faussée¹²³¹.

391. L'apport indéniable de la Constitution à la matière civile provient de la reconnaissance certaine d'un espace de justice en matière civile. Cet instrument ne permet plus de douter, au niveau communautaire, de son existence. Toutefois, si le traité aborde le droit civil à maintes reprises, il n'est pas certain que ce texte, tout en constituant une avancée indéniable, ne permette réellement à la matière civile de se construire.

2° L'impact limité sur le droit civil européen

392. Les dispositions envisagées n'offrent apparemment pas au droit civil européen une architecture et une structure uniques. Le traité constitue certes une avancée en matière de droit civil : le texte démontre une prise de conscience. Nul ne saurait avancer que l'Union peut se faire à ce jour en dehors de toute législation civile. À ce titre, la notion de droit de la famille a d'ailleurs été insérée dans le texte de la Constitution¹²³², ce qui démontre l'existence irréfutable d'un droit civil communautaire. Cependant, les avancées semblent limitées car la matière n'est toujours pas envisagée dans son ensemble.

393. Que la Constitution aille dans le sens de la supranationalité pourrait sembler bénéfique au droit civil. Ce droit viendrait alors d'en haut, et ne dépendrait plus d'un compromis délicat à établir entre les États membres. Dès lors qu'une entité supranationale supplante ces derniers, les conflits se modifient car l'essentiel n'est plus de préserver sa souveraineté mais d'avancer ensemble, dans la même direction. La politique de crainte et de repli semble désormais dépassée. Si l'on ajoute à cette avancée le principe mentionné par l'article III- 257 rappelant le respect des identités nationales, une interprétation euphorique peut s'ensuivre : *« loin de laminer le droit civil des États membres, la construction à venir de l'Union pourrait en être le formidable adjuvant, en enclenchant une véritable concurrence des droits nationaux entre eux, source d'émulation incontestable si l'on suit les*

¹²³¹ Article I- 3 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹²³² C. NOURRISAT précise que cette notion apparaissait déjà dans le TCE tel que modifié par le traité de Nice, mais uniquement à propos de la procédure de codécision, C. NOURRISAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », D. 2005, p. 611.

enseignements de l'économie politique libérale »¹²³³. Aussi, l'harmonisation découlerait davantage de la circulation des modèles que d'une démarche imposée par l'Union. En réalité, la richesse de la supranationalité à l'égard du droit civil, qui peut être rapprochée de la primauté, paraît limitée. Il est tout à fait possible de procéder à une lecture minimaliste¹²³⁴ de ce principe. Cette alternative trouve d'ailleurs une confirmation dans le cantonnement de la disposition 1 jointe au Traité. Pas plus qu'avant l'adoption de ce texte, la supranationalité et la primauté ne supplantent les dispositions constitutionnelles expresses, spécifiques et directement contraires. Les principes ont donc la même portée. En revanche, il semblerait que pour contrebalancer la symbolique extrêmement forte d'une telle Constitution, les principes de subsidiarité et de proportionnalité aient, pour leur part, été renforcés¹²³⁵. Par ailleurs, le principe d'attribution demeure : l'Union ne doit agir que dans la stricte limite de ses compétences et seulement si les objectifs envisagés ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États. Il ne se dégage pas du texte de la Constitution une image du droit civil véritablement renforcée ou unifiée. Au contraire, cette matière relève à la fois d'un domaine de compétence exclusive, partagée et d'appui suivant qu'il est envisagé sous son aspect droit concurrentiel, contractuel ou familial. Le traité ne lui apporte par conséquent toujours pas de fondement unique. Le droit civil se trouve ainsi dépendant d'une liste de domaines d'action qui l'encadre de façon rigide et artificielle tout en l'empêchant de se développer dans sa globalité, en tant que matière à part entière.

394. Il faut également constater que la procédure décisionnelle en matière civile n'est elle-même pas unifiée. La plupart des questions de droit civil relèvent de la procédure de droit commun, soit la majorité qualifiée, alors que d'autres sont soumises à la règle de l'unanimité. C'est le cas notamment, comme le précise l'article III- 269 § 3, pour les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière. Le risque de « *saucissonage* »¹²³⁶ apparaît alors : l'alinéa 2 du paragraphe 3 ajoute à ce propos que « *le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision européenne déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire* », ce qui, en fin de

¹²³³ C. NOURRISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, p. 609.

¹²³⁴ Voir par exemple l'article de P. CASSIA, « L'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, 2004, chron. n° 12.

¹²³⁵ L'article I-11 est en ce sens éloquent : il y est fait référence cinq fois au principe de subsidiarité.

¹²³⁶ C. NOURRISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, p. 611.

compte, revient à limiter l'exception et le régime dérogatoire¹²³⁷. Mais comment déterminer, sans porter atteinte à l'exigence d'uniformité imposé par la matière, ce qui relève précisément du droit de la famille transfrontière et ce qui n'en relève pas ? Là encore, le traité ne favorise nullement une structure unique pour le droit civil européen.

395. L'inclusion de la Charte DFUE dans le Traité a été envisagée comme pouvant concerner le droit civil. En tant que tel, le fait d'attribuer une force contraignante à la charte des droits fondamentaux ne saurait avoir d'impact direct sur la structure du droit civil européen. Cela vient simplement, de façon générale, confirmer la mutation d'une communauté économique en une union éthique plus encore que politique¹²³⁸.

396. L'impact du Traité établissant une Constitution pour l'Europe est d'autant plus limité que le texte est à ce jour encore en suspens. Certes, une « période de réflexion » destinée à surmonter les votes négatifs des citoyens français et néerlandais sur la Constitution s'est ouverte¹²³⁹. Le Conseil s'est penché sur la « suite du processus », lors de sa réunion des 15 et 16 juin 2006¹²⁴⁰, dont on ignore si elle va consister en une modification du Traité, une renégociation ou une ratification d'une autre forme. Les conclusions de la Présidence s'ordonnent autour d'un renforcement des acquis, en particulier la coopération en matière civile pour ce qui nous intéresse. Le renforcement, l'amélioration, sont les maîtres mots de ces conclusions qui de ce fait n'énoncent aucune avancée notoire. Il est clair pourtant que citoyens et États membres attendent de l'Europe une réponse engagée et adéquate, qui, elle ne doit pas l'oublier, ne pourra résulter que d'un dialogue entre tous ces protagonistes.

397. Pour l'heure, aucun des deux projets envisagés, le droit européen des contrats et le Traité établissant une Constitution, ne permet d'offrir un cadre au droit civil européen. Il

¹²³⁷ Mais il faut relever que le Conseil constitutionnel a décidé (Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505) qu'appelle une révision de la Constitution française, « toute disposition du traité, dénommée "clause-passerelle" par les négociateurs qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale permet, même en subordonnant un tel changement à une décision unanime du Conseil européen ou du Conseil des ministres, de substituer un mode de décision majoritaire à la règle de l'unanimité, alors que de telles modifications ne nécessiteront, le moment venu aucun acte de ratification ou d'approbation nationale de nature à permettre un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Tel est le cas en particulier des mesures relatives au droit de la famille prévues par l'article III-269, § 3 ». Sur cette décision voir V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le Conseil constitutionnel subordonne la « clause passerelle » prévue par la Constitution européenne pour les décisions communautaires relatives au droit de la famille, à une révision de la Constitution française », *Dr. fam.* 2005, alerte 3.

¹²³⁸ R. TOULEMON, « La Constitution européenne, ses origines ses vertus, ses faiblesses », *RMCUE* avril 2005, p. 215.

¹²³⁹ Selon les termes de D. SIMON, « Joyeux anniversaire et bonnes vacances », *Europe* 2006, n° 7, repère 7.

¹²⁴⁰ Selon les termes de D. SIMON, « Joyeux anniversaire et bonnes vacances », *Europe* 2006, n° 7, repère 7.

apparaît ainsi sans structure et donc en quête d'homogénéité, que cette dernière concerne l'organe producteur de normes ou leur procédure d'élaboration. Cela lui est d'autant plus préjudiciable que l'unité ne provient pas davantage du contenu des règles, à son tour révélateur d'un ensemble normatif désordonné et confus.

Section II : Un contenu imprécis

398. L'unité constitue un critère essentiel de la construction d'un système juridique. Celui-ci se compose de normes révélant une cohésion, une unité qui fait précisément défaut au droit civil européen. Les résultats obtenus à l'intérieur même de ce cadre méritent à présent d'être envisagés, c'est-à-dire non le contenant des normes mais leur contenu. Le manque d'harmonie et l'hétérogénéité ne peuvent être, à leur tour, que constatés tant la teneur de l'ensemble normatif civil apparaît approximative et laisse place aux incertitudes. Cette affirmation ne surprend pas : il ne peut guère en aller autrement alors que les actions concernant la matière ne sont pas coordonnées. L'imprécision et les incohérences ne sont que le corollaire du manque de logique globale affectant l'approche européenne dans le domaine civil. Il faut à présent tenter de relever et de catégoriser ces imprécisions, sans toutefois empiéter sur les caractères du droit civil européen¹²⁴¹, c'est-à-dire en s'efforçant de rester au niveau de sa viabilité et de sa formation. Cette dernière étape connaît elle-même plusieurs stades au cours desquels l'imprécision va inmanquablement se retrouver : la formulation des normes civiles (§ I) et leur mise en œuvre (§ II).

§ I - Imprécisions au stade de la formulation des normes civiles européennes

399. La distinction n'est pas toujours aisée entre la formulation des normes et leur mise en œuvre. Il arrive qu'une incohérence perceptible au stade de la mise en œuvre provienne en réalité d'une formulation défailante ou peu claire dès l'origine. Où situer alors l'incohérence de la norme en cause ? Faut-il remonter jusqu'à sa formulation ou se contenter de la mise en œuvre permettant de déceler l'incohérence ? Le problème se résout par la recherche du moment où l'incohérence est simplement la plus visible, c'est-à-dire lorsque la norme est promulguée ou lorsqu'elle est appliquée.

¹²⁴¹ Qui fera l'objet d'une seconde partie de ce travail, cf. partie II.

400. Formuler revient, pour les institutions européennes chargées de l'élaboration des normes, à déterminer les termes et expressions les plus adaptés au sens qu'elles souhaitent attribuer à la norme. En cela, les mots choisis doivent se rapprocher autant que faire se peut du projet de départ et correspondre au sens initialement voulu. C'est à ce stade que les organes producteurs de normes, législateurs et cours de justice, doivent éviter les répétitions et contradictions éventuelles, tout autant que les lacunes ou silences laissant place à une confusion éventuelle. Or, il apparaît que la législation européenne comporte nombre de ces imperfections et autres incohérences. L'expression même d'incohérence ne doit pas induire en erreur : elle n'est pas utilisée au titre de jugement de valeur soit de façon subjective. Le simple manque d'innovation ou la non-conformité avec les droits nationaux ne peuvent être qualifiés d'incohérence. Elle est bien plus que cela et représente, de façon objective, un illogisme, une erreur, une mesure manquant de justesse et ne pouvant s'intégrer sans heurt au reste du système.

401. La commission soulève elle-même l'existence de nombreuses incohérences en droit communautaire dans son plan d'action de 2003¹²⁴². Elle se propose de reformuler certains textes¹²⁴³ et admet qu'une démarche ponctuelle n'est pas en mesure de résoudre les difficultés pouvant apparaître. De telles affirmations, qui plus est lorsqu'elles proviennent des institutions, manifestent la volonté et la nécessité d'améliorer le droit civil communautaire. Pour cela, le plan propose de renforcer l'acquis et d'éviter les confusions. Ces dernières sont dès lors considérées comme un risque avéré. En réalité, des imprécisions devaient inmanquablement apparaître au sein des normes civiles européennes puisque ces normes, issues du droit communautaire et du Conseil de l'Europe, résultent de compromis et sont élaborées de façon parcellaire. La production normative civile européenne s'avère en effet compartimentée et sectorielle. Elle ne fait pour l'instant que répondre à des besoins ponctuels : certains contrats, la protection des consommateurs ou encore des mesures protectrices de la famille. Pourtant, ces domaines concernés s'interpénètrent. Par conséquent, les normes se regroupent par blocs et sous-blocs autonomes, sans lien entre elles. De cette parcellisation, de

¹²⁴² Communication (2003) 68 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent du 12 février 2003, *JO* C 63 du 15/03/2003, p. 38.

¹²⁴³ Voir la Communication de la commission du 11/07/2001, *JO* 255 du 13/09/2001, p. 1, ainsi qu'à titre d'exemple de refonte d'un texte la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs COM/2002/0443 final du 11 septembre 2002, *JO* C 331 E, 31/12/2002, p. 200.

ce morcellement du droit civil européen¹²⁴⁴, découlent des normes civiles sectorielles comportant en elle-même le risque de formulation divergente (B). Il faut au préalable préciser que le droit européen, en tant que droit de compromis, se contente souvent d'une formulation générale, pour ne pas dire imprécise et évasive, en particulier en droit civil. Ainsi, le manque de cohésion, d'unité et donc de fixité de la matière civile européenne se trouve être à l'origine de normes floues (A).

A / Des normes de compromis ou le risque d'une formulation floue

402. Le compromis appelle l'ambiguïté des normes : pour ne pas aller à l'encontre des États de manière trop radicale, les institutions prennent des mesures susceptibles de contenter l'ensemble des États membres. Le problème se pose notamment en droit civil, où les États demeurent attachés à leurs prérogatives. La compétence en matière civile n'a jamais été explicitement dévolue aux institutions européennes, faut-il le rappeler. Or, si l'influence des États est suivie d'une appropriation des normes par les institutions européennes, l'ensemble du processus révèle un profond respect du droit européen à l'égard des droits internes. À ne pas vouloir brusquer les États membres en matière civile¹²⁴⁵, le droit européen tente de concilier les exigences de chacun. Il en résulte un haut degré de généralité des normes, avec des définitions passées sous silence (1°) ou évasives (2°).

1° Des définitions passées sous silence

403. Lorsqu'il n'est pas possible de dégager un accord, le droit européen préfère le silence au risque de contrarier les États en imposant des définitions. En effet, l'action de l'Union ne peut être efficace si elle n'est pas relayée, dans les États membres, par une volonté politique affirmée d'assurer aux décisions européennes une réelle effectivité¹²⁴⁶. Ainsi, quoique largement utilisées, certaines notions ne sont parfois ni définies, ni précisées. Il s'agit, comme il est aisé de l'imaginer, de notions délicates parce que relevant de politiques placées au cœur de la souveraineté et dans une large mesure soumises à la règle de l'unanimité. L'absence de consensus entre les États peut ainsi empêcher de poser la définition d'une notion ou d'un

¹²⁴⁴ Selon les termes de M. DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation – l'expérience contemporaine », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 25.

¹²⁴⁵ Et cela s'explique et se comprend aisément eu égard à l'absence de compétence explicite de l'Union en matière civile.

¹²⁴⁶ Voir notamment la communication de la commission au conseil et au Parlement européen relatif à l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : le bilan du programme de Tampere et futures orientations, du 2 juin 2004, COM (2004) 401 final.

concept clé. Garder le silence a alors le mérite stratégique de ne rien imposer en apparence et d'adhérer à la politique des petits pas.

404. À ce titre, il est difficile de trouver trace en droit communautaire de la notion de contrat, pourtant largement utilisée. Seule la directive 90/314 concernant les voyages à forfait donne une définition juridique du terme « contrat », à savoir « *l'accord qui lie le consommateur à l'organisateur et/ou au détaillant* », mais c'est alors bien peu. Pourtant, il fut largement question d'élaborer un code européen des contrats, et le projet de droit européen des contrats, au travers du cadre commun de référence, est encore d'actualité. De plus, le législateur communautaire s'intéresse de près à certains types de contrat, dont le contenu même se trouve élaboré par Luxembourg¹²⁴⁷. Le fait que, dans un certain nombre de directives, le terme « contrat » soit employé sans qu'il en existe une définition générale communautaire est porteur d'incertitudes. Quel va être, en droit européen, le type d'accord constituant un contrat valable ? Comment délimiter le concept afin de parvenir à déterminer ce qui est précontractuel de ce qui ne l'est pas ? Comment distinguer un nouveau contrat et une simple reconduction ? L'absence de définition est d'autant plus étonnante que, bien qu'elle puisse se comprendre par l'idée de compromis, ces questions font souvent l'objet de litiges devant la CJCE¹²⁴⁸.

405. Une autre définition passée sous silence et non moins utilisée en droit communautaire est celle d'enfant, dont la protection apparaît pourtant au rang des objectifs essentiels de l'Union dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe¹²⁴⁹. Comme s'interroge à juste titre C. Nourissat, l'enfant doit-il être assimilé au mineur¹²⁵⁰? Si tel est le cas, la minorité serait alors examinée en fonction de chaque législation nationale. Cela signifierait alors qu'un individu pourrait être considéré comme un enfant et traité comme tel en fonction de certains droits internes alors que pour d'autres, il serait un adulte. Le peu d'autonomie de la notion n'apparaît en ce cas guère satisfaisant. Il faut alors sans doute s'appuyer sur la définition donnée par le Conseil dans une décision du 22 décembre 2003 : est

¹²⁴⁷ Selon l'expression de J. MESTRE et B. FAGES, note sous CJCE 7 septembre 2004 affaire C- 347/02 et CJCE 5 octobre 2004 affaire C- 442/02, *RTD civ* 2004, p. 726.

¹²⁴⁸ Voir encore récemment l'arrêt CJCE 4 mars 2004 affaire C- 264/02, Société Cofinoga Mérignac, *D.* 2005, p. 609, note C. NOURISSAT.

¹²⁴⁹ Article I- 3 du texte.

¹²⁵⁰ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003) », *D.* 2004, p. 1325.

un enfant toute personne âgée de moins de dix huit ans¹²⁵¹. Néanmoins, étendre le champ d'application d'un tel texte ne semble guère opportun : il ne vient que compléter la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfant. Or, le champ d'application de ce dernier texte se trouve justement limité par l'âge de l'enfant qui ne doit pas avoir atteint les seize ans¹²⁵². Aussi, cette question n'apparaît pas résolue.

406. Le fait que le droit européen n'ait pas posé de définition claire pour les notions de contrat et de mineur provient du manque de cohésion de la matière civile. Sans approche globale, il n'est pas possible au droit communautaire de définir de tels concepts, dont les contours ne peuvent être envisagés avec précision. Un exemple de définition passée sous silence peut également être tiré de l'arrêt *Vo contre la France* rendu par la Cour EDH¹²⁵³. L'affaire, dont les faits ont déjà été mentionnés, posait le problème de l'extension du champ d'application de l'article 2 de la Conv EDH à l'enfant à naître. Pour répondre à cette question, la Cour se trouvait dans l'obligation de fixer le point de départ du droit à la vie. Elle s'abstint cependant d'apporter une réponse en se réfugiant derrière la marge d'appréciation laissée aux États¹²⁵⁴ et refusa ainsi de définir les frontières du droit à la vie. Arguant de l'absence de consensus, la Cour demeure silencieuse sur la nature et le statut de l'embryon et/ou du fœtus. Dans certaines hypothèses toutefois, le droit européen énonce une définition. Cela ne signifie pas pour autant que le contenu du droit européen se précise car fréquemment, la signification est équivoque.

2° Des définitions évasives

407. À la différence des définitions envisagées précédemment, les définitions évasives n'ont pas été esquivées par le droit européen. Dans cette hypothèse, il a accepté de répondre à certaines interrogations. Cependant, la prudence du compromis lui a imposé de ne pas s'appesantir sur certains éléments de la définition qui demeure, de ce fait, approximative. Les exemples ne manquent pas et parfois l'ambiguïté se retrouve dans l'intitulé même d'un instrument. La directive 1999/44 comporte ainsi un titre très vague puisqu'elle est relative à

¹²⁵¹ Article 1^{er} de la décision cadre 2004/68/JAI du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, du 22 décembre 2003, JO L 13 du 20/01/2004, p. 44.

¹²⁵² « La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans » (article 4 de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants).

¹²⁵³ CEDH Gr. Ch. 8 juillet 2004 requête n° 53924/00, *Vo c/ France*, JCP 2004, éd. G, II, 10158, note M. LEVINET ; *RTD civ* 2004, p. 799, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹²⁵⁴ « Le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États », CEDH 8 juillet 2004 requête n° 53924/00, *Vo c/ France*, point 82 de l'arrêt, *op. cit.*

« certains » aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹²⁵⁵, sans qu'il soit possible de clairement définir son champ d'application. Le terme « certains » implique une idée de flou ne serait-ce qu'au stade de l'appellation de l'instrument. De manière analogue, on retrouve ce procédé dans l'intitulé de la directive concernant la protection des acquéreurs pour « certains » aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers¹²⁵⁶.

408. Les termes abstraits ont la faveur du droit européen. Les critères du raisonnable, de confiance et d'espérance légitime sont autant de notions à contenu imprécis. Pourtant, les Principes du droit européen des contrats font une intense utilisation de ces concepts. Quelques éléments de définition sont apportés, par exemple, pour le critère du raisonnable : « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* »¹²⁵⁷. Il n'en demeure pas moins que la notion reste vague, sans précisions à l'égard de ce qui pourrait être considéré comme raisonnable, ou au contraire comme déraisonnable puisque ce dernier terme est également employé dans les *Principes*. Il s'agit d'obligations, de délais, d'attentes à l'intensité variable¹²⁵⁸ dont le contenu dépend dans une très large mesure de l'interprétation, par essence subjective.

409. Il est également une notion essentielle en droit communautaire qui ne se trouve définie qu'approximativement et qui, du fait d'un large compromis, se trouve pour l'heure peu précisée, il s'agit de la notion de consommateur. Bien qu'européanisée, la définition demeure évasive. Alors même qu'il existe de nombreuses dispositions protectrices du consommateur, ce dernier n'est pas clairement défini par le droit communautaire. Il n'en ressort aucun concept homogène¹²⁵⁹ de la notion, puisqu'elle n'est pas envisagée à l'identique dans les divers textes communautaires¹²⁶⁰. Le droit de la consommation est l'exemple le plus

¹²⁵⁵ Directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *JO L* 171 du 07/07/1999, p.12.

¹²⁵⁶ Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JO L* 280 du 29/10/1994, p. 83.

¹²⁵⁷ Article 1- 302 des *Principes de droit européen des contrats*. Pour un commentaire voir le dossier spécial consacré aux *Principes de droit européen des contrats*, *Dr. et patr.* avril 2003, n° 114.

¹²⁵⁸ Voir en ce sens B. FAGES, *Dr. et patr.* avril 2003, n° 114., p. 44.

¹²⁵⁹ Selon les propos de P.-C. MULLER-GRAFF, « Les perspectives d'un droit privé européen », *RAE* 1998, p. 246.

¹²⁶⁰ Voir encore dernièrement l'ajout du critère visant le « consommateur moyen » dans la directive relative aux pratiques déloyales (considérant 18), qui n'apparaît pas dans les autres textes.

topique des effets du compromis freinant le droit communautaire : il s'agit d'un droit dérogatoire, spécial, dont l'étendue doit être limitée par rapport au droit commun. Néanmoins, c'est un droit de protection, qui favorise la justice sociale et en cela il mérite d'être étendu. Le problème de la définition du consommateur est qu'elle a longtemps varié en fonction des textes dans lesquels elle se trouve employée¹²⁶¹. Deux certitudes découlent des instruments normatifs. La première est que le consommateur est nécessairement une personne physique¹²⁶². La seconde indique que la notion se construit par opposition à « l'activité professionnelle »¹²⁶³ du contractant, tout au moins jusqu'à la directive de 1993 relative aux clauses abusives¹²⁶⁴. À compter de ce texte, d'autres éléments sont pris en considération, notamment le « cadre de l'activité professionnelle »¹²⁶⁵. C'est à ce niveau que la définition du consommateur semble incertaine. En effet, tant que le contractant agit pour ses besoins personnels, il est évident qu'il peut être considéré comme un consommateur. Toute la difficulté est de savoir si cette qualité peut être maintenue, et surtout dans quelles limites, lorsque le contractant agit dans le cadre de son activité professionnelle. Car le critère du « cadre de l'activité professionnelle » demeure peu précis. On ne sait que décider en effet lorsque le contrat est conclu à la fois dans le cadre de l'activité professionnelle et dans celui des besoins personnels. La CJCE a affirmé dans une espèce relative à un contrat sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à l'activité professionnelle que le contractant ne pouvait être considéré comme un consommateur¹²⁶⁶. Ainsi, pour ce qui est de l'acquisition d'un bien destiné à un usage mixte, la Cour de justice affirme que le contractant n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice de la protection accordée aux consommateurs. Le contraire serait possible si l'usage professionnel s'avérait marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause. Le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine n'emporte aucune incidence à cet égard. L'arrêt visé ne précise pas la notion de consommateur ; en effet, la CJCE affirme qu' « *il appartient à la*

¹²⁶¹ Voir en ce sens l'étude complète faite par H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, *op. cit.*, p. 50 et s. ; M. LUBY, « La notion de consommateur en droit communautaire : une comode inconstance », *CCC* 2000, 1, p. 4.

¹²⁶² CJCE 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, *Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice*, *op. cit.*

¹²⁶³ Voir, entre autres, l'article 13 alinéa 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et l'article 2 de la directive du 20 décembre 1985. Une exception cependant : la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait dans laquelle, à l'article 2. 4, le consommateur n'est pas défini en opposition avec une activité professionnelle.

¹²⁶⁴ Directive 93/13 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, du 5 avril 1993, *JO* L 095 du 21/04/1993, p. 29.

¹²⁶⁵ Article 2 de la directive 93/13, *op. cit.*

¹²⁶⁶ CJCE 20 janvier 2005 affaire C- 464/01, *Johann Gruber c/ Bay Wa AG*, *Rec.* p. 439 ; *Revue Lamy Droit des affaires* 2005, n° 81, 5097, obs. L. COSTES.

juridiction saisie de décider si le contrat en cause a été conclu pour couvrir, dans une mesure non négligeable, des besoins relevant de l'activité professionnelle de la personne concernée ou si, au contraire, l'usage professionnel ne revêtait qu'un rôle insignifiant »¹²⁶⁷. Encore faut-il quantifier l'expression « *dans une mesure non négligeable* » utilisée par la Cour. Une fois encore, on ne peut que constater l'utilisation d'un concept approximatif, à contenu variable, due au manque de cohésion et d'action d'ensemble en matière civile.

410. Les définitions évasives ne manquent pas non plus en ce qui concerne le droit européen des droits de l'homme. La seule notion de vie familiale, déterminant l'application de l'article 8 de la Convention, est une notion floue aux contours mouvants. La Cour n'a jamais défini cette notion précisément pour qu'elle puisse être étendue à des cas non encore envisagés. De ce fait, elle avance prudemment dans ce qu'elle impose aux États et se conserve une possibilité de retour en arrière puisque la notion n'est pas figée. La Cour a ainsi défini des situations qui peuvent être constitutives d'une « vie familiale » ou encore précisé les éléments qui, en se combinant¹²⁶⁸, composent la vie familiale, sans jamais définir précisément ce qu'elle entend par « famille ».

En définitive, la formulation floue des normes civiles européennes atteste l'imprécision qui entoure la création du droit civil, involontaire et désorganisée. Les difficultés rencontrées au stade de la formulation des normes s'accroissent encore en raison de l'aspect sectoriel des dispositions civiles.

B / Des normes sectorielles ou le risque d'une formulation divergente

411. L'incohérence se révèle de façon encore plus flagrante en cas de formulation divergente que lorsqu'il s'agit de formulation floue. Or, l'absence d'unité de la matière civile génère, au delà des seules imprécisions, de véritables incohérences lorsque le droit européen promulgue des normes cette fois très précises, dans des domaines ciblés. Le risque qui découle d'une élaboration pointilleuse de normes provient d'une éventuelle divergence entre les textes alors même qu'il n'existe, en matière civile européenne, aucune cohésion d'ensemble ou approche globale des textes préexistants. Il semble alors difficile d'éviter les contradictions. Celles-ci apparaissent inévitablement au fur et à mesure de la superposition des textes. Il pourra s'agir de définitions à ce point différentes qu'elles s'opposent (1°) ou, dans une autre perspective, de divergences dans le traitement d'une situation identique (2°).

¹²⁶⁷ CJCE 20 janvier 2005 affaire C- 464/01, Johann Gruber c/ Bay Wa AG, *op. cit.*, point 47 de l'arrêt.

¹²⁶⁸ Voir à ce sujet le dossier « Famille et droits de l'homme », *AJfam* 2004, n° 11, p. 380.

1° Des définitions divergentes

412. Dans cette hypothèse, une définition est donnée par les organes chargés de produire les normes. Elle n'est ni passée sous silence, ni envisagée de façon évasive. Seulement, en l'absence de cohésion d'ensemble, une même définition peut être formulée à plusieurs reprises, dans des instruments distincts, surtout lorsque la matière dont elle émane n'est pas unifiée. Un exemple peut être trouvé dans le sens attribué au « dommage ». Ce dernier est défini dans la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux et le texte dispose que le dommage se limite au préjudice physique et au dommage aux biens personnels¹²⁶⁹. Deux autres termes, ceux d'« indemnité » et de « réparation » du préjudice sont employés dans la directive relative aux agents commerciaux indépendants¹²⁷⁰. La confusion s'accroît avec une nouvelle utilisation du terme « dommage » dans la directive relative aux voyages, vacances et circuits à forfait¹²⁷¹. Ce texte, à la différence de celui de 1985, ne laisse pas de côté les « dommages immatériels » que de surcroît il qualifie de « dommages autres que corporels ». Là se perçoit une première différence. Ensuite, il convient de relever que si, en 1985, la directive ne prend pas en compte les dommages autres que corporels et qu'elle s'en remet aux législations nationales, tel n'est pas le cas pour la directive de 1990 qui part du principe que ces dommages existent. Elle énonce en ce sens que les États membres peuvent admettre que l'indemnisation de ces dommages autres que corporels soit limitée en vertu du contrat, à condition que cette limitation ne soit pas déraisonnable¹²⁷². Envisager que le dédommagement puisse être limité, c'est partir du postulat que le dommage immatériel existe, alors même qu'en 1985 le texte ne l'incluait pas dans la définition formulée. Une telle divergence, étudiée à ce stade au niveau de la seule formulation, pourrait se retrouver au stade de la mise en œuvre. En effet, le problème s'est posé, à propos de la notion de dommage, de savoir si la définition donnée dans une directive peut également être utilisée pour l'interprétation d'autres directives. La CJCE dut déterminer si le terme abstrait en question pouvait être interprété à la lumière de l'ensemble des normes communautaires¹²⁷³. Elle a interprété le terme général « dommage » uniquement à la lumière du texte invoqué dans les

¹²⁶⁹ Article 9 de la directive 85/374 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux du 25/07/1985, *JO* L 210 du 7 août 1985, p. 29.

¹²⁷⁰ Article 17 de la directive 86/653 du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants du 18/12/1986, *JO* L 382 du 31/12/1986, p. 17.

¹²⁷¹ Article 5 de la directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait du 13/06/1990, *JO* 158 du 23/06/1990, p. 59.

¹²⁷² Article 5. 2 de la directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait du 13/06/1990, *JO* 158 du 23/06/1990, p. 59.

¹²⁷³ CJCE 12 mars 2002 affaire C- 168/00, Simone Leitner c/ TUI Deutschland GmbH & Co. KG, *Rec.* p. 2631.

faits de l'espèce c'est-à-dire la directive sur les voyages à forfait. Comme le précise la Commission dans son plan d'action de 2003¹²⁷⁴, une telle décision renforce les divergences dans les définitions et conduit à une fragmentation de la législation non seulement communautaire mais aussi nationale.

413. Le rapport du Conseil de l'Union européenne, du 29 octobre 2001, en réaction à la communication de la Commission sur la nécessité de rapprocher les législations des États membres en matière civile¹²⁷⁵ apporte un autre exemple d'incohérence relatif cette fois à la renonciation. La directive de 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et celle de 1997 sur les contrats à distance accordent toutes deux au consommateur, sous certaines conditions, le droit de renoncer au contrat conclu et obligent le vendeur à l'informer de l'existence de ce droit. La situation est identique puisque dans les deux cas, il s'agit du droit de renonciation accordé au consommateur. Seule la nature du contrat est différente. Toutefois, si la première directive mentionne un droit de « résiliation »¹²⁷⁶, celle sur les contrats à distance désigne ce même droit par le mot « rétractation »¹²⁷⁷. Il y a là encore une divergence dans la formulation des normes, plus précisément au stade de leur définition.

414. Diverses conditions d'applicabilité fixées par la Cour européenne peuvent à leur tour offrir des exemples de divergences dans les définitions. Bien entendu, il ne s'agit ici que de définitions jurisprudentielles, mais il n'en demeure pas moins que l'organe producteur de normes, qu'il soit juge ou législateur, doit limiter autant que possible ce genre d'incohérences. L'arrêt *Pla et Puncerneau contre l'Andorre*¹²⁷⁸ concerne l'interprétation d'une disposition testamentaire par les tribunaux nationaux. Cette clause, rédigée en 1939, exécutée en 1995, prévoyait que l'héritage litigieux devait être recueilli par le petit fils du *de cuius*, petit-fils issu d'un mariage légitime. Or, il s'avère que le petit fils en question avait été adopté. Les

¹²⁷⁴ Communication (2003) 68 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent du 12 février 2003, point 21, *op. cit.*

¹²⁷⁵ Rapport du Conseil de l'Union européenne sur la nécessité de rapprocher les législations des États membres en matière civile du 29 octobre 2001, document 13017, Justciv 29.

¹²⁷⁶ « Considérant qu'il y a lieu d'accorder au consommateur un droit de résiliation pendant une durée de sept jours au moins, afin de lui donner la possibilité d'apprécier les obligations qui découlent du contrat » (cf. directive 85/577 du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux du 20 décembre 1985, JO L 372 du 31/12/1985, p. 31).

¹²⁷⁷ Considérant 14, articles 5, 6 et 7 de la directive 97/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *op. cit.*

¹²⁷⁸ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, RTD civ 2004, p. 804, note J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP 2005, éd. G, I, 103, n° 15, p. 83, note F. SUDRE ; JCP 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; D. 2005, juris. p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT.

tribunaux andorrans ont estimé qu'à l'époque de rédaction de la clause, le testateur ne pouvait envisager le principe d'égalité des filiations. Ils ont donc appliqué strictement la clause et écarté l'enfant adopté de la succession. Le petit fils adopté porta sa requête devant la Cour EDH, se prétendant victime d'une discrimination. La Cour conclut à une violation de la Convention. L'essentiel de cet arrêt tient au fondement sur lequel la Cour va condamner l'interprétation des juridictions andorranes. La Cour affirme en effet que les discriminations successorales relèvent de l'article 8 de la Conv EDH relatif à la vie familiale combiné avec l'article 14. C'est donc un droit qui entre dans le champ d'application de la protection garantie par l'article 8, ce dernier englobant des intérêts matériels. Le choix de ce fondement, faisant suite à l'arrêt *Camp et Bourimi contre les Pays-Bas*¹²⁷⁹, semblait rompre définitivement avec les solutions antérieures qui se prononçaient elles sur l'article 1 du protocole 1 associé à l'article 14, c'est-à-dire sur une discrimination relative au droit des biens. L'arrêt *Mazureck contre la France*, par exemple, se fonde sur une atteinte au droit de propriété et le problème, à l'époque, et bien que cela ait été critiqué, n'avait pas été examiné sous l'angle de la vie familiale. Or, entre la discrimination successorale se rapportant à une question pécuniaire ou la discrimination successorale se rapportant à une question de principe¹²⁸⁰, la Cour, au travers de la solution de l'arrêt *Pla et Puncernau*, semble avoir choisi.

415. Alors que la solution paraît acquise, la Cour doit de nouveau statuer sur un problème de discrimination successorale, quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Merger et Cros contre la France*¹²⁸¹. Les faits de l'espèce sont semblables à ceux de l'arrêt *Mazureck* puisque les requérantes se plaignaient également d'une discrimination dans la situation successorale de l'une d'elles, enfant adultérin. Contre toute attente, la Cour examine ces faits sous l'angle de l'article 1 du premier protocole, c'est-à-dire sous l'angle du droit à la propriété et non sous celui du droit au respect de la vie familiale. L'examen de la violation alléguée des articles 8 et 14 ne survient qu'après l'utilisation des articles 1 du protocole 1 et 14. Qui plus est, la Cour n'estime pas utile d'examiner ce grief puisque les arguments sont les mêmes. Dès lors, la cohérence aurait voulu qu'entre les deux fondements, la Cour choisisse le fondement de l'article 8, dans la continuité de l'arrêt *Pla et Puncernau*. Il est déroutant que, dans une affaire, la Cour intègre la vocation successorale dans le champ d'application de la vie

¹²⁷⁹ CEDH 3 octobre 2000 requête n° 28369/95, *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas*.

¹²⁸⁰ Selon J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ* 2004, p. 806.

¹²⁸¹ CEDH 22 décembre 2004 requête n° 68864/01, *Merger et Cros c/ France*, *Europe* 2005, n° 3, comm n° 107, p. 29, note V. LE CHEVALLIER ; *JCP*, 2005, éd. G, I, 103, n° 16, p. 83, obs. F. SUDRE qui qualifie l'arrêt de « classique », notamment au regard de son fondement sur les articles 8 et 14 de la Convention, alors pourtant que toute l'originalité de l'arrêt est de se situer sur le terrain de l'article 1 du protocole 1.

familiale et que, à quelques mois d'intervalle, elle envisage dans une autre espèce cette même vocation sous l'angle du droit de propriété. Ce sont là deux approches divergentes de l'article 8 de la Convention, sauf à considérer que les faits diffèrent compte tenu des filiations : adoptive dans un cas, adultérine dans l'autre, ce qu'il est extrêmement difficile de croire, la Cour se présentant comme la première défenderesse de l'égalité des filiations.

416. De même, concernant la protection de la vie familiale, les arrêts *Fretté contre la France*¹²⁸² et *Pini et Bertrani contre la Roumanie*¹²⁸³ ne semblent guère compatibles. Il est précisé dans le premier de ces arrêts que le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et qu'il ne protège pas le simple désir de fonder une famille. Dans la seconde affaire, la Cour reconnaît l'existence d'une vie familiale en se fondant sur le seul lien d'adoption, alors même que les parents et les enfants ne cohabitent pas encore et qu'il n'y a pas entre eux de liens *de facto*. Pour justifier l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, la Cour met en avant la « *vie familiale projetée* » et les « *aspirations légitimes des requérants de vouloir fonder une famille* »¹²⁸⁴. Il est difficilement compréhensible que la vie familiale projetée ne permette pas l'application de l'article 8 dans un cas alors qu'elle le permet dans l'autre. Les attentes des parents peuvent ainsi à la fois légitimer la « *fiction* »¹²⁸⁵ du lien familial ou au contraire constituer le facteur d'inexistence de cette vie familiale. Le domaine de la vie familiale à cet égard manque pour le moins d'homogénéité. Là encore, il s'agit des conséquences d'une approche fragmentaire de la matière et plus précisément des filiations. Une autre forme d'incohérence doit être soulignée, à distinguer des notions à contenu variables envisagées précédemment, il s'agit des différences de traitement.

2° Des différences de traitement

417. Il s'agit de traitements juridiques différents pour des situations identiques, sans que la différence ne soit justifiée. De telles incohérences s'expliquent par la production parcellaire du droit civil. Cette méthode ne permet pas de prendre en compte l'ensemble des dispositions civiles sur une question donnée si bien que l'émetteur de la norme ignore qu'il en existe déjà

¹²⁸² CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, D. 2002, IR p. 935 ; *RTD civ* 2002, p. 389, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2002, éd. G, n° 29, p. 1348, 6, note A. MARMISSE ; *JCP* 2002, éd. G, 10074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; « La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption », *Dr. fam.* 2002, n° 9, p. 8, note A. DEBET.

¹²⁸³ CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01 *Pini et Bertani c/ Roumanie*, point 143 de l'arrêt, *op. cit.*

¹²⁸⁴ CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01 *Pini et Bertani c/ Roumanie*, point 165 de l'arrêt, *op. cit.*

¹²⁸⁵ Comme la nomme F. SUDRE, note sous CEDH 22 juin 2004 requête n° 78028/01, *Pini et Bertani c/ Roumanie*, *JCP* 2004, éd. G., I, 161, p. 1579, n° 9.

une, qui va dans un sens divergent. Un exemple peut être tiré de la charge de la preuve en droit de la consommation. Sur cette question, les directives n'offrent pas le même traitement au consommateur. Alors qu'un texte offre un choix étendu de dispositions, un autre régit une question analogue de manière contraignante. La directive 97/7¹²⁸⁶ sur les contrats à distance en son article 11. 3. a) 3, prévoit que « *les États membres peuvent établir que la production de la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou du respect des délais et du consentement du consommateur peut être à la charge du fournisseur* ». Le renversement de la charge de la preuve n'est alors qu'une simple possibilité offerte aux États. La directive 99/44¹²⁸⁷ sur la vente des biens de consommation, pour sa part, affirme que « *sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité* ». Le texte présume alors que le défaut de conformité apparaissant dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien est censé exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Partant, pendant cette période de six mois, la charge de la preuve repose sur le vendeur et non sur le consommateur et il ne s'agit pas ici d'une simple possibilité. Le consommateur n'est donc pas soumis au même traitement : dans ce dernier cas, la charge de la preuve se trouve facilitée. Ce cantonnement de l'avantage conféré au consommateur n'apparaît pas logique : soit cette mesure n'apparaît pas nécessaire et ne mérite pas alors d'être imposée aux États, soit elle semble au contraire nécessaire et impose alors d'être généralisée, en contrepartie de quoi elle pourrait, au risque d'être trop sévère à l'égard du professionnel, être limitée dans le temps.

418. Un autre problème doit être présenté tant il paraît révélateur des incohérences déjà perceptibles au stade de la formulation ainsi que, plus généralement, du manque de concordance de la législation civile européenne. Relevé par C. Nourissat¹²⁸⁸, il concerne la proposition de directive « services »¹²⁸⁹, texte qui a donné lieu à un vif débat¹²⁹⁰. Cette

¹²⁸⁶ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance du 20 mai 1997, *op. cit.*

¹²⁸⁷ Article 5.3 de la directive 99/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.*

¹²⁸⁸ Révélé par C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *op. cit.*, p. 611.

¹²⁸⁹ Pour un commentaire, voir notamment D. D'ACUNTO, « La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2004, 2, p. 201.

¹²⁹⁰ L. IDOT, « Marché européen des services, directive "Bolkestein" ou "Frankenstein" ? Le mythe de la loi d'origine », *Europe* 2005, n° 3, p. 3. L'auteur estime qu'il est aberrant de mettre sur le même plan des réglementations administratives, qui portent effectivement sur l'accès et l'exercice des activités, et les instruments juridiques de droit privé que va utiliser le prestataire dans son activité comme les contrats.

directive ne concerne pas à première vue le droit civil. Pourtant, la mesure en cause est directement liée à la matière civile car elle relève du droit de la responsabilité contractuelle. L'article 16. 1 de cette proposition énonce le principe suivant : « *les États membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur État membre d'origine relevant du domaine coordonné.* »

Le premier alinéa vise les dispositions nationales relatives à l'accès à l'activité d'un service et à son exercice, et notamment celles régissant le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, la publicité, les contrats et la responsabilité du prestataire ».

Le traitement à envisager ici est celui du prestataire qui, au regard de l'article cité, va voir sa responsabilité engagée selon le droit d'origine de la personne réalisant le service. Toutefois, deux autres textes, la Convention de Rome dite Rome I¹²⁹¹ et la proposition de règlement dite Rome II¹²⁹², étaient susceptibles de régir la situation dans laquelle la responsabilité du prestataire se trouvait engagée. Or, ces textes posaient des règles de conflit en contradiction avec la directive services. En effet, l'article 3 de la proposition de règlement énonçait que « *la loi applicable est la loi du pays où le dommage direct s'est produit ou risque de se produire* ». Cette disposition entrainait en contradiction avec le principe d'origine prévalant dans la directive services. Certes, pour l'heure, la proposition de règlement Rome II a été modifiée¹²⁹³, ainsi d'ailleurs que la proposition de directive. En effet, lors du sommet européen de Bruxelles du 22 mars 2005, le Conseil a demandé la réécriture par la Commission de la directive, notamment les conditions d'application du principe du pays d'origine. Peu important en réalité ces modifications, le plus surprenant étant qu'il ait été possible d'émettre cette proposition, pourtant à l'opposé du futur règlement Rome II dont les principes sont connus. Le manque de cohésion en matière civile fait ainsi perdre un temps considérable au droit communautaire car il n'offre pas de perspective globale permettant de limiter de telles contradictions.

419. Un dernier exemple puisé en droit communautaire révèle à nouveau l'absence de vision juridique d'ensemble de la matière civile et touche aux exigences d'information. La directive sur les ventes à distance¹²⁹⁴ de 1997 est moins exigeante que celle sur les services

¹²⁹¹ Convention 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, JO L 266 du 09/10/1980, p. 1.

¹²⁹² Proposition de règlement (2003) 427final du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, du 22 juillet 2003.

¹²⁹³ Proposition modifiée de règlement (2006) 83final, du Parlement et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), du 21 février 2006.

¹²⁹⁴ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *op. cit.*

financiers¹²⁹⁵ ou sur le commerce électronique¹²⁹⁶ quant à la qualité du fournisseur. Ces deux derniers textes exigent en effet du fournisseur qu'il transmette au consommateur son numéro d'immatriculation¹²⁹⁷. En revanche, la directive de 1997 sur la vente à distance ajoute une condition et exige du fournisseur qu'il communique au moins une partie des informations le concernant par écrit¹²⁹⁸. Une fois encore, le traitement n'est pas identique et les exigences varient.

420. Pour conclure quant aux incohérences relevant de la formulation des normes, il convient de mettre en parallèle les arrêts *Mikulic contre la Croatie*¹²⁹⁹, *Odièvre contre la France*¹³⁰⁰ et *Jäggi contre la Suisse*¹³⁰¹, avec pour ambition de prouver que les arrêts de la Cour européenne soumettent également à des traitements juridiques divergents des situations pourtant analogues. Aucune définition n'est en jeu comme ce fut le cas en matière de vie familiale, si bien que cette comparaison doit être distinguée de celle effectuée entre les arrêts *Pla et Puncernau contre l'Andorre* et *Merger et Cros contre la France*. La divergence relevée entre les affaires *Odièvre*, *Mikulic* et *Jäggi* résulte bien d'une différence de traitement. Le problème analogue abordé dans ces deux affaires visait la connaissance des origines personnelles des requérants, c'est-à-dire l'identité de leurs parents. La distinction entre origines paternelles - pour les arrêts de 2002 et 2006 - et maternelles - pour celui de 2003- ne peut justifier la divergence de solutions. Dans l'arrêt le plus ancien, la Cour met en

¹²⁹⁵ Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, du 23 septembre 2002, *JO L* 271 du 9/19/2002, p. 16.

¹²⁹⁶ Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), du 8 juin 2000, *JO L* 178 du 17/07/2000, p. 1.

¹²⁹⁷ Cf. directive 2002/65, préc., article 3 intitulé « Information du consommateur préalable à la conclusion du contrat à distance » : « 1. *En temps utile avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre, il reçoit les informations concernant : 1) le fournisseur : (...) d) lorsque le fournisseur est inscrit sur un registre commercial ou un registre public similaire, le registre du commerce sur lequel le fournisseur est inscrit et son numéro d'enregistrement ou un moyen équivalent d'identification dans ce registre* »; directive 2000/31, préc., article 5 intitulé « Informations générales à fournir » : « 1. *Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes: (...) d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre* ».

¹²⁹⁸ Article 5 de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *op. cit.*

¹²⁹⁹ CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, *op. cit.*

¹³⁰⁰ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 561, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 545, note P. MALAURIE ; *RTD civ* 2003, p. 375, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 2004, p. 405, note V. BONNET ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT.

¹³⁰¹ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*.

balance¹³⁰² les intérêts d'un enfant à connaître ses origines et, par voie de conséquence, à mettre fin aux incertitudes relatives à son identité face à ceux de son père, refusant de se soumettre aux tests ADN. La Cour réaffirme le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pour conclure à une violation de l'article 8, envisagé sous son versant vie privée. Les juges de Strasbourg ne procèdent pas du tout de même dans l'arrêt *Odièvre contre la France*. Le stade de l'applicabilité de l'article 8 ne pose certes aucun problème. En revanche, la Cour refuse de considérer les deux affaires sous le même angle, alors pourtant que l'état d'incertitude dans lequel les autorités nationales laissent les requérants respectifs est similaire. Violant le respect de la vie privée dans le premier cas, cet état ne semble plus nuire autant à ce dernier droit dans le second. La Cour ne fait d'ailleurs même pas allusion à l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'arrêt *Odièvre*. Le fait que se dresse face au désir d'un enfant de connaître sa vérité biologique la volonté d'une mère de garder l'anonymat modifie le jugement de la Cour. Pourtant, initialement, les deux situations sont identiques. La divergence provient de ce que la Cour respecte sensiblement plus le désir d'une mère de préserver son identité que la volonté d'un père de ne pas se soumettre à des tests ADN. La confusion s'amplifie à la lecture de l'arrêt *Jäggi* qui oppose la Suisse au requérant désireux d'obtenir une analyse ADN de la dépouille de son père biologique présumé. La Cour revient à la solution de 2002 et statue en faveur du requérant. Elle fait ainsi primer le droit du requérant à connaître son ascendance sur divers autres intérêts, en particulier celui des tiers à l'intangibilité du corps du défunt et celui de la population à la protection de la sécurité juridique¹³⁰³. Il ne faut pas déduire de ces nombreux exemples que l'imprécision n'existe qu'au stade de la formulation des normes civiles européennes. En effet, leur application réserve également quelques approximations et contradictions.

§ II - Imprécisions au stade de l'application des normes civiles européennes

421. L'étape de l'application des normes s'entend de leur mise en pratique, de leur utilisation. Deux précisions doivent être apportées. D'une part, il ne faut pas oublier que l'incohérence provient du manque d'unité de la matière, y compris au stade de l'application. D'autre part, si l'imprécision d'une norme se perçoit au stade de sa mise en œuvre, cela ne signifie pas que le défaut ne provient pas de sa formulation. C'est alors simplement sa mise en application qui révèle l'incohérence. Les normes européennes nécessitent, comme toutes les

¹³⁰² CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, point 65 de l'arrêt, *op. cit.*

¹³⁰³ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*, point 39 de l'arrêt.

autres normes, une mise en œuvre homogène et cohérente. Or, c'est l'inverse qui se produit en matière civile européenne car l'application des normes ne se présente, pour l'heure et tant qu'une vision d'ensemble n'existera pas, que de façon irrégulière (A) et incohérente (B).

A / Une mise en œuvre irrégulière des normes

422. La mise en œuvre des normes doit être régulière en ce sens que les parties doivent pouvoir l'anticiper, qu'elle doit être la même pour tous et qu'une certaine homogénéité doit précéder des solutions rendues par le juge. L'application irrégulière, c'est-à-dire disparate, génère imprécisions et incertitudes. Or, le droit civil, qui se trouve en majorité abordé de manière indirecte par les institutions européennes, ne se compose pas de solutions juridiques prévisibles et uniformes. À ce stade, de la même façon qu'à celui de la formulation, l'absence de vision d'ensemble provoque une mise en œuvre parcellaire des normes (1°). De plus, pour que l'application de normes soit réputée régulière, les solutions doivent être prévisibles, ce qui n'est guère le cas lorsque les normes aboutissent à des résultats opposés de ceux envisagés initialement (2°).

1° Une application parcellaire des normes

423. Le fait que la mise en œuvre des normes civiles européennes soit parcellaire¹³⁰⁴, sectorielle pour reprendre le terme employé précédemment au stade de la formulation, s'explique par les domaines d'application très limités de certaines directives. Une application heurtée des normes civiles européennes peut être constatée. En cela, étendre les champs d'application permettrait une plus grande cohérence dans un secteur d'activité donné. En effet, il existe par exemple des règles sur le crédit à la consommation mais rien sur le crédit immobilier¹³⁰⁵, qui n'a fait l'objet d'aucune directive. Dès lors, l'emprunteur d'un crédit immobilier ne peut bénéficier des dispositions mises en place pour une autre forme de crédit, même pour des règles incontournables telles l'information de l'emprunteur ou la nécessité d'un écrit. En conséquence, l'arsenal législatif mis en place pour un domaine est seulement valable pour un secteur très précis et les exigences ne sont pas transposables.

¹³⁰⁴ J.-S. BERGÉ parle de « mouvement plus général de parcellisation du droit » (« La protection du droit d'auteur et des données à caractère personnel : étude d'un phénomène de communautarisation du droit des conflits de lois », dans A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, op. cit., p. 237).

¹³⁰⁵ Voir en ce sens l'entretien avec F. BRULE-GADIOUX et E. LAMOTHE, *LPA* 2005, 14 avril 2005, n° 74, p. 13.

424. Aucune généralisation n'étant possible, la mise en œuvre du droit communautaire en matière civile n'est constituée que de multiples applications ayant chacune un objet finalement assez étroit. Il faut citer à titre d'exemple la directive 97/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Ce texte vise les principales dispositions applicables aux contrats à distance mais ne vise pas les services financiers qui sont eux envisagés dans un autre instrument¹³⁰⁶. Celui-ci, consacré à la commercialisation à distance des services financiers énonce en son quatorzième considérant que s'il couvre tous les services financiers qui peuvent être fournis à distance, certains services financiers sont cependant régis par des dispositions spécifiques de la législation communautaire, qui continuent à s'appliquer à ces services particuliers. Cet exemple est révélateur : de nombreux textes communautaires ont un domaine d'application extrêmement réduit si bien qu'un seul ne saurait suffire à régler une situation donnée. Il faut donc parvenir à déterminer l'ensemble de la législation parcellaire applicable à un problème donné. Pour éviter cela, la matière devrait être appréhendée de manière plus globale. On voit mal, sinon, comment les parties pourraient être en mesure d'utiliser à bon escient cette législation et de la mettre valablement en application.

425. Un arrêt rendu par la CJCE vient illustrer cette mise en œuvre dite parcellaire des normes civiles européennes. Il s'agit de l'arrêt *Commission contre la République française* en date du 25 avril 2002 et dans lequel la Cour de justice condamne la France en raison de sa loi de transposition de la directive du 25 juillet 1985¹³⁰⁷. Déjà abordé au titre de l'eupéanisation partielle des normes civiles, cet arrêt illustre également leur application parcellaire. La CJCE censure une mention de transposition française qui obligeait le producteur à prouver qu'il avait pris les dispositions propres à prévenir les conséquences d'un produit défectueux afin de pouvoir se prévaloir des causes d'exonération. Ce faisant, la transposition française imposait le respect d'une « obligation de suivi des produits ». Une telle obligation avait déjà été imposée par deux directives, celle de 1992 sur la sécurité générale des produits et celle de 2001 sur la sécurité générale des consommateurs. Se bornant à constater qu'une telle obligation n'apparaissait pas explicitement dans la directive de 1985, la CJCE reproche à la France d'avoir repris une règle issue d'autres textes et de s'être inspirée de directives

¹³⁰⁶ Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 09/10/2002, p. 16.

¹³⁰⁷ CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, *Commission c/ La République française*, JCP 2002, éd. G, I, 177, note G. VINEY ; D. 2002, chron. p. 2458, note J. CALAIS-AULOY ; JCP 2002, éd. G., I, 153, obs. M. LUBY ; JCP 2002, éd. G., I, 177, note G. VINEY.

communautaires ultérieures. Or, pour le juge, ces textes n'ont pas à éclairer la lecture du texte de 1985. Même si des dispositions d'autres directives autorisent les États à adopter des mesures plus favorables aux consommateurs, comme par exemple les directives du 5 avril 1993 et du 25 mai 1999, aucune disposition de cet ordre n'est mentionnée dans la directive de 1985. Aussi, le juge communautaire isole ce dernier texte et l'interprète de manière rigide¹³⁰⁸, en ne s'imprégnant pas des normes édictées ultérieurement.

426. De manière analogue, la directive sur les pratiques déloyales¹³⁰⁹ compartimente le domaine juridique auquel elle s'applique. L'objet de ce texte est dans un premier temps défini : « *La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes* »¹³¹⁰. Puis le texte prévoit qu'il protège les consommateurs des conséquences de ces pratiques commerciales déloyales dès lors qu'elles sont substantielles, tout en reconnaissant que, dans certains cas, ces conséquences sont négligeables. Il semble alors que la portée du texte ne s'étende pas aux cas dans lesquels les dommages sont minimes. Dans un second temps, la directive exclut de son champ d'application « *les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels* » ainsi que d'autres dispositions, par exemple relatives à la publicité trompeuse. La liste figurant dans cet instrument communautaire, composée d'inclusions et d'exclusions¹³¹¹ génère une application parcellaire et de ce fait complexe du droit communautaire. Le cloisonnement se révèle de ce fait important entre les normes civiles et empêche la formation du ciment nécessaire à l'harmonie générale de la matière.

La mise en œuvre irrégulière des normes civiles européennes ne peut se circonscrire à leur seule application parcellaire. Ces dispositions sont également utilisées de façon imprévisible.

2° Une application imprévisible des normes

¹³⁰⁸ Selon l'expression de G. VINEY, note sous CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, Commission c/ La République française *JCP* 2002, éd. G., I, 177.

¹³⁰⁹ Directive 2005/29 relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, du 11 mai 2005, *JO L* 149 du 11/06/2005, p. 22.

¹³¹⁰ Considérant 6 de la directive 2005/29 relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, du 11 mai 2005, *JO L* 149 du 11/06/2005, p. 22.

¹³¹¹ Selon l'expression de C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, p. 1261.

427. Pour que l'application des normes soit régulière, elle doit être constante et donc prévisible. Si elle aboutit à des résultats inattendus alors elle ne pourra être qualifiée de régulière. Or, la mise en œuvre des normes civiles s'avère bien souvent incertaine en ce sens que le résultat atteint se situe parfois à l'opposé de l'objectif initial des normes. L'exemple du droit de la consommation est éloquent. Ce droit, par définition, passe pour être un droit de protection d'une partie réputée faible. Tel est son objet prévisible¹³¹². Or, les normes communautaires en matière consumériste aboutissent parfois à une absence de protection du consommateur, ce qui révèle une incohérence évidente puisqu'alors, des normes prétendument protectrices ne le sont plus. Plusieurs exemples sont susceptibles d'illustrer cette affirmation. La directive relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation enferme les actions du consommateur dans des brefs délais. Elle subordonne notamment la responsabilité du vendeur à l'apparition du défaut de conformité dans un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien ; il s'agit d'un des apports essentiels du texte de 1999¹³¹³. Le Code civil, lui, n'enferme la garantie des vices cachés dans aucun délai particulier de ce type. Le délai de dénonciation du défaut est lui de deux mois, ce qui est très court par rapport à l'action en bref délai prévue par l'article 1648 du Code civil. Le délai pour introduire l'action en justice se trouve lui aussi réduit à deux ans. Cette tendance au raccourcissement de l'action de l'acquéreur¹³¹⁴ ne va pas dans le sens d'une plus grande protection, ni même de la sauvegarde de cette dernière, au contraire.

428. Ces règles ayant été posées et révélant une dérive défavorable au consommateur, l'application qui va en être faite reste à déterminer, notamment par la Cour de Justice. Ses décisions ne rattrapent guère la tendance évoquée : elle refuse par exemple d'étendre la notion de consommateur aux personnes morales¹³¹⁵ et en donne donc une interprétation restrictive alors même que les textes n'impliquaient pas une telle restriction. De même, la CJCE, par ses

¹³¹² Voir notamment l'article 153. 1 TCE qui précise que la Communauté doit, entre autres, promouvoir les intérêts des consommateurs et leur assurer un niveau élevé de protection, contribuer à la protection de leur santé, sécurité et de leurs intérêts économiques.

¹³¹³ Article 5 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *op. cit.*

¹³¹⁴ Selon les propos d'O. TOURNAFOND, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *op. cit.*, n° 8, p. 161. Il ne s'agit en effet que d'une simple tendance dans la mesure où les pays peuvent, concernant les délais, conserver un niveau de protection plus élevé.

¹³¹⁵ CJCE, 22 novembre 2001 affaires C-541/99 et C-542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice JCP 2002, éd. G, 10047, note G. PAISANT.

arrêts déjà mentionnés du 25 juillet 2002¹³¹⁶, refuse que les lois de transposition s'écartent du texte européen alors même qu'elles garantissent un niveau de protection plus large, à savoir la non imposition d'une franchise et l'extension à tous les vendeurs professionnels du régime de responsabilité prévu, selon la Cour, seulement pour les producteurs et certains importateurs. Quel est donc ce droit de la consommation qui refuse des normes garantissant un degré de protection supérieur et qui, ainsi, fait régresser les droits des consommateurs ? Pour reprendre les termes de G. Viney, il s'agit là, d'une façon bien inattendue, d'un droit de la consommation imperméable aux préoccupations consuméristes¹³¹⁷. Le dernier exemple résulte d'un arrêt de 2005¹³¹⁸ dans lequel la Cour refuse la qualification de consommateur à une personne ayant conclu un contrat certes en rapport avec son activité professionnelle mais également avec sa vie personnelle. La part privée prenait d'ailleurs le pas sur la part professionnelle puisque le contrat la concernait à 60 %. Face à une telle répartition des finalités du contrat, la Cour aurait tout à fait pu opter pour la qualification de consommateur, ce qu'elle n'a pas fait, conservant une interprétation limitée de la notion. Cela revient à affirmer que les règles protectrices ne s'appliquent qu'en cas de contrat à visée professionnelle extrêmement réduite. Si l'application des normes consuméristes entraîne une dégradation du statut du consommateur, le droit communautaire ne peut passer pour cohérent. En effet, des consommateurs qui ne sont pas rassurés quant à la protection de leurs droits sont des consommateurs qui ne feront guère d'achats au-delà des frontières nationales et alors, le droit communautaire en vient à contrer ses propres objectifs.

429. La même application imprévisible se retrouve en droit européen des droits de l'homme. Par exemple, la Cour européenne, par l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta*¹³¹⁹, rendu contre le Portugal en 1999, fait preuve d'une certaine audace en affirmant que le refus d'attribuer l'autorité parentale à un père homosexuel pour des considérations relatives à son orientation sexuelle constituait une violation de l'article 8 en son versant vie familiale. En 2002, la Cour rend son arrêt *Fretté contre la France*¹³²⁰, dont la solution se combine difficilement avec l'arrêt de 1999 dans la mesure où la Cour opte pour une solution inverse,

¹³¹⁶ CJCE 25 avril 2002 affaires jointes C-154/00, C-52/00 et C-183/00, Commission c/ la République française, *op. cit.*

¹³¹⁷ G. VINEY, note sous CJCE 25 avril 2002 affaires jointes C-154/00, C-52/00 et C-183/00, Commission c/ la République française, *op. cit.*, p. 1947.

¹³¹⁸ CJCE 20 janvier 2005 affaire C- 464/01, Johann Gruber c/ Bay Wa AG, *Revue Lamy Droit des affaires* 2005, n° 81, 5097, obs. L. COSTES.

¹³¹⁹ CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal, *RTD civ* 2000, p. 433, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹³²⁰ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, Fretté c/ France, *op. cit.*

concernant l'obtention de l'agrément par un homosexuel afin de pouvoir adopter un enfant. La Cour tolère dans le second arrêt une « *distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant qu'elle fustige et condamne dans le premier* »¹³²¹. Ce changement d'attitude incontestable et inattendu à l'égard des homosexuels, quelle qu'en soit la cause, démontre que l'application des normes civiles ne se caractérise pas non plus par sa régularité dans le système du Conseil de l'Europe. Là encore, la protection attribuée s'amenuise vis-à-vis de celle accordée quelques années plus tôt et révèle l'inconstance et l'imprécision de la matière civile, toutes deux suscitées par son absence d'unité.

Si la constance et l'harmonie des normes font la régularité d'un droit, et garantissent ainsi sa prévisibilité et son équité, sa cohérence provient essentiellement de la façon dont les normes s'articulent entre elles.

B / Une articulation aléatoire des normes

430. Afin qu'un droit puisse être organisé sous forme de système, les normes le composant ne peuvent se superposer, ni empiéter les unes sur les autres. Elles doivent, en revanche, se compléter et s'assembler. L'articulation des normes revient en réalité à leur juste répartition, au fait de les percevoir chacune distinctement tout en pouvant les insérer dans un ensemble. Chaque norme représente la pièce d'un puzzle, répondant à une situation donnée, distincte de la norme voisine mais avec laquelle elle s'emboîte et se complète. Or, les textes de droit civil européen semblent bien davantage se juxtaposer que se compléter et s'articuler entre eux. Cela étant, le contraire eut été improbable en considération des champs d'application étroits des textes et des définitions incomplètes ou opposées.

L'incertitude qui résulte de l'articulation des normes civiles européennes se constate à deux niveaux. Tout d'abord, les champs d'application des textes peuvent être malaisés à déterminer (1°). Ensuite, en raison des domaines d'intervention mal délimités, certaines règles peuvent être amenées à s'appliquer simultanément (2°).

1° Une délimitation malaisée des champs d'application

431. L'étroitesse des champs d'application des normes civiles européennes a déjà été évoquée. Il s'agit ici d'envisager les empiètements possibles des champs d'application les uns sur les autres. Il n'est en effet pas toujours aisé de déterminer quelle règle régit une situation

¹³²¹ CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal, point 36 de l'arrêt ; voir en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ* 2002, p. 392.

donnée. De nombreux textes issus de la mise en place d'un espace de liberté, sécurité et justice en font la démonstration¹³²². L'examen du règlement Bruxelles I et sa mise en œuvre révèlent que les créances alimentaires se trouvent rattachées à la matière civile et commerciale. Toutefois, il existe un texte particulier pour les décisions en matière de divorce et de responsabilité parentale qui est le règlement 2201/2003¹³²³, dit Bruxelles II bis. Il apparaît illogique que ce texte, touchant à la désunion, puisse exclure les obligations alimentaires de son domaine d'application¹³²⁴. Ce même règlement prétend viser toutes les mesures de protection de l'enfant dans le cadre des décisions relatives à la responsabilité parentale. Ses règles devraient ainsi s'appliquer entre autres à la désignation d'une personne chargée de gérer les biens de l'enfant ou à toute mesure d'administration, de conservation ou de disposition des biens de l'enfant. Néanmoins, le règlement précise que n'entrent pas dans son champ d'application les mesures relatives aux biens de l'enfant qui ne concernent pas directement sa protection, comme ce peut être le cas lors de l'acceptation d'une succession. Cette dernière hypothèse reste régie par le règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹³²⁵. En conséquence, les domaines des différents textes se recourent et n'apparaissent pas faciles à délimiter tant les frontières semblent délicates et les différences ténues. A peine Bruxelles II est-il en place qu'il se voit remplacé par Bruxelles II bis, celui-ci reprenant l'essentiel de celui là, tout en y intégrant des mesures reprises de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants. Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'il soit question, à l'égard de ces textes, de nœud normatif européen ou de « millefeuille » institutionnel¹³²⁶.

432. L'articulation ne s'avère pas aisée non plus lorsque certaines règles de conflit spéciales figurent dans des directives qui font céder des instruments plus généraux tels que la

¹³²² Voir à ce sujet l'ouvrage de A.-M. LEROYER et E. JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.

¹³²³ Règlement 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, du 27 novembre 2003, *JO L 338* du 23/12/2003 p. 1.

¹³²⁴ « Les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement car elles sont déjà régies par le règlement (CE) n° 44/2001. Les juridictions compétentes en vertu du présent règlement seront généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires par application de l'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 44/2001 » (considérant 11 du règlement 2201/2003, *op. cit.*)

Dans le même sens, voir également article 1.3. e) de ce règlement qui exclut expressément du champ d'application de ce texte les obligations alimentaires.

¹³²⁵ Voir sur ces questions J.-F. GOJON, « Frontières en Europe – mythe ou réalité ? », *LPA* 2005, 14 avril 2005, n° 74, p. 10 ; C. NOURRISAT, « Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003), *op. cit.*, p. 1328.

¹³²⁶ S. GRATALOU, « L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants », *Droit Fam* 2002, chron. n° 2, p. 11.

Convention de Rome de 1980. C'est par exemple le cas des directives en matière d'assurance directe autre que l'assurance-vie¹³²⁷ ainsi que des directives en matière d'assurance-vie¹³²⁸ qui contiennent des règles de conflit partiellement non conformes aux dispositions de la convention de Rome.

433. L'affaire *Slimani contre la France*¹³²⁹ prouve que l'articulation des droits conférés par la Convention européenne ne s'avère pas plus facile que celle des normes communautaires. Cette affaire pose la question de la responsabilité de l'État sous l'angle des articles 2 et 3 de la Convention dans une espèce relative à un décès lors d'une rétention administrative. La Cour strasbourgeoise, retenant l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, n'examine pas au fond le grief soulevé par la concubine du défunt, fondé sur les articles 2 et 3 de la Convention. En revanche, la Cour va tout de même condamner l'État défendeur, non pour une violation des droits substantiels mais pour un manquement aux obligations procédurales découlant de ces mêmes articles. En effet, lorsqu'une personne décède entre les mains des pouvoirs publics de manière suspecte ou allègue de façon défendable des mauvais traitements, l'État se trouve contraint de mener une enquête effective et officielle afin d'identifier et sanctionner les responsables¹³³⁰. Or, en l'espèce, la Cour estime que l'enquête menée n'était pas effective, l'article subit donc une atteinte sous son angle procédural. Pourtant, si un article comporte des obligations substantielles et procédurales, les deux ont un but commun et les secondes apparaissent comme étant au service des premières : elles sont censées permettre et favoriser le respect des droits principaux. Comment, dès lors, pourrait exister, de façon autonome, la protection procédurale ? Il y a bien ici un problème d'articulation des droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, problème sur lequel la Cour ne s'explique pas. Il semble peu cohérent que d'un côté le droit à la vie ne soit pas violé en sa substance, mais que l'ineffectivité de l'enquête des services publics seule aboutisse à un constat de violation de cet article, alors même que cette obligation n'existe que pour préserver le droit à la vie. Traitée de façon autonome, l'obligation procédurale n'a plus guère de sens. En plus de rendre malaisée la

¹³²⁷ Directives du Conseil, 88/357 du 22 juin 1988, *JO* 1988, L 172, p. 1, et 92/49, du 18 juin 1992, *JO* 1992, L 288, p. 1.

¹³²⁸ Directives du Conseil, 90/619, du 8 novembre 1990, *JO* 1990, L 330, p. 50, et 92/96, du 10 novembre 1992, *JO* 1992, L 360, p. 1.

¹³²⁹ CEDH 27 juillet 2004 requête n° 57671/00, *Slimani c/ France*, *JCP* 2005, éd. G., I, 103, n° 2, p. 79, obs. F. SUDRE.

¹³³⁰ F. SUDRE, obs. sous CEDH 27 juillet 2004 requête n° 57671/00, *Slimani c/ France*, *JCP* 2005, éd. G., I, 103, n° 2, p. 79.

détermination des champs d'application des normes civiles européennes, leur articulation aléatoire se répercute également sur leur utilisation, qui peut parfois s'avérer concomitante.

2° Une application simultanée des normes de droit civil

434. Si plusieurs textes s'avèrent applicables à une même situation, l'articulation entre ces textes peut difficilement être qualifiée de cohérente. Ce problème peut se présenter au stade de la formulation comme il peut se manifester lors de la mise en œuvre des normes devant une institution judiciaire. Les modalités applicables au droit de rétractation - en particulier les différences au niveau des délais et méthodes de calcul des délais de rétractation - diffèrent suivant le texte qui les envisage : directive sur le démarchage à domicile¹³³¹, sur l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, dite *time-share*¹³³², relative aux ventes à distance¹³³³ et concernant les ventes à distance de services financiers¹³³⁴. Cette dernière prévoit un délai de rétractation minimum de « quatorze jours calendrier »¹³³⁵ alors qu'il est de « dix jours de calendrier »¹³³⁶ dans la directive *time-share*, « d'au moins sept jours ouvrables »¹³³⁷ en matière de vente à distance et enfin « d'au moins sept jours »¹³³⁸ tout court pour ce qui relève du démarchage à domicile. Si plusieurs directives venaient à s'appliquer simultanément, déterminer le délai applicable relèverait alors d'une mission bien hasardeuse.

435. Cette hypothèse, qui n'aurait pu révéler qu'une simple incohérence de formulation, va pourtant donner lieu à une application concrète devant la CJCE, dans l'affaire *Travel Vac* de 1999¹³³⁹. Deux instruments communautaires se trouvaient applicables à un contrat conclu entre la société Travel et un consommateur qui, après avoir acheté un appartement en multipropriété en Espagne en 1996 y avait renoncé oralement au bout de trois jours. Le contrat portait notamment sur des droits d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier. En

¹³³¹ Directive 85/577 du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, du 20 décembre 1985, *op. cit.*

¹³³² Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, du 26 octobre 1994, *JO L 280* du 29/10/1994, p. 83.

¹³³³ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *op. cit.*

¹³³⁴ Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, du 23 septembre 2002, *JO L 271* du 9/10/2002, p. 16.

¹³³⁵ Article 6 de la directive 2002/65

¹³³⁶ Article 5 de la directive 94/47

¹³³⁷ Article 6 de la directive 97/7

¹³³⁸ Article 5 de la directive 85/577

¹³³⁹ CJCE 22 avril 1999 affaire C- 423/97, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*, *Rec.* p. 2216. Cette affaire se voit citée par la Commission dans sa communication (2003)68 final sur un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, *op. cit.*, point 17.

cela, la directive 94/47 trouvait à s'appliquer. Le contrat avait toutefois été conclu en dehors du lieu d'habitation du consommateur et du siège de l'entreprise et il portait également sur une fourniture de services, ce qui rendait également possible l'application de la directive 85/577 relative à la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Cependant, les délais ainsi que les modalités de rétractation divergent dans ces deux textes. Dès lors, comment articuler ces normes et laquelle faire prévaloir sur l'autre ? La CJCE opte pour l'application de la directive de 1985, ce pour des raisons d'opportunité. Il se trouve en effet que ce dernier texte n'impose aucun formalisme pour se rétracter et semble ainsi plus favorable au consommateur. Etant donné qu'aucune des deux directives ne comporte de dispositions excluant l'utilisation de l'autre¹³⁴⁰, les deux textes trouvent à s'appliquer, ce qui révèle fort bien les imprécisions générées par l'absence d'unité du droit civil européen.

¹³⁴⁰ CJCE 22 avril 1999 affaire C- 423/97, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*, *op. cit.*, point 23 de l'arrêt.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

436. Quelle que soit l'approche choisie, l'examen du droit civil européen n'offre aucune perspective unitaire. Ainsi, qu'il s'agisse de son cadre ou de son contenu, la matière civile européenne semble trop empreinte d'incertitudes pour révéler un système et convaincre ainsi de l'existence d'un droit civil européen.

Il paraît en effet improbable qu'un tel droit puisse se constituer sans disposer ni d'une structure unique, ni même d'une volonté de le voir émerger en tant que branche du droit européen. Il semble s'élaborer de façon clandestine et désordonnée, sans réelle architecture ni cohésion d'ensemble. Aussi, le défaut d'unité de la matière est flagrant : il se constate dès l'origine au travers de la bipolarité européenne et réapparaît dans les normes civiles qui en découlent. Pour ne citer qu'un exemple, le projet de code civil européen a clairement démontré l'imprécision de la matière et les insuffisances d'un ensemble normatif qui avance à l'aveuglette, sans réel fondement ni but établi.

Face à l'impossibilité d'envisager la matière dans son intégralité, il est délicat de déterminer précisément quelles normes existent déjà, leurs domaines d'intervention, leurs définitions ou leurs conditions. Il ne manque qu'un pas au défaut d'unité pour devenir incohérence. De ce fait, les normes civiles européennes en viennent à se contredire, se répéter ou empiéter les unes sur les autres. Ces lacunes, contradictions et répétitions attestent du manque réel d'unité qui persistera tant que le droit civil européen sera issu de voies de droit dont il n'est pas l'objet spécifique. Les normes civiles s'imposent comme une composante à la fois du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme, mais d'une façon indirecte et qui manque de globalité dans la mesure où aucune institution, aucune structure ou homogénéité des normes ne lui assure une cohérence et une unité suffisantes pour faire de lui un système normatif existant.

Cela étant, le droit européen impose une redéfinition de la notion de système susceptible de modifier cette assertion.

Chapitre II - L'édification d'un système de droit civil européen

437. Objet de réprobations et d'incertitudes, le droit civil européen se présente comme une matière controversée. Il manque visiblement de cohérence et de logique de fonctionnement, ce qui revient à constater l'absence de facteur d'unification, sans lequel le droit civil européen ne peut pas se révéler sous la forme d'un système. Or, traditionnellement, aucun droit n'existe sans système puisqu'il est supposé être un ensemble organisé de normes. Dès lors, le défaut de système revient à nier l'existence du droit civil européen.

438. On pressent néanmoins que l'ensemble normatif civil européen possède toutes les qualités d'un droit. Si tel est le cas, un rapprochement entre l'intégralité des normes civiles européennes et les diverses définitions du droit devrait démontrer qu'il s'agit bien d'un droit. Il apparaît que le droit civil européen présente les caractéristiques d'un véritable droit. Ainsi, le défaut d'unité ne l'empêche pas de répondre aux conditions d'existence de la matière juridique. Dès lors que le droit civil européen existe, il est lié à un système. Il semble alors nécessaire de revenir sur la notion même de système juridique. L'émergence d'un droit civil européen laisse présager l'apparition de systèmes juridiques inédits, exclus du cadre d'analyse classique. De façon plus générale, il semble que la refonte de la notion de système juridique soit imposée par le droit européen qui donne naissance à des branches de droit dépourvues d'unité. Nonobstant cette carence, les normes de droit civil européen partagent malgré tout des objectifs communs et le critère essentiel du système réside alors dans cette fin commune¹³⁴¹. Si le système de droit civil européen n'est pas facilement perceptible, c'est parce ce qu'il ne correspond pas à la vision classique du système juridique. Il est néanmoins bien présent même s'il reste à identifier au travers de sa structure singulière.

L'édification du système de droit civil européen repose tout d'abord sur l'assimilation de l'ensemble normatif civil examiné jusqu'à présent aux définitions classiques du droit. Une fois le droit civil européen révélé¹³⁴² (section I), il mènera à un système de droit civil européen, qu'il faudra alors identifier (section II).

¹³⁴¹ P. PONCELA, « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », *op. cit.*

¹³⁴² La notion de révélation ne rejoint pas ici le sens que lui confère P. JESTAZ dans son ouvrage sur les sources du droit (*Les sources du droit, op. cit.*). L'auteur attribue à ce terme une forme de don sacré, la notion prend chez lui une coloration mystique. Révéler le droit civil européen consiste de façon plus simple à découvrir un droit, qui jusqu'à présent n'était pas visible.

Section I : Un droit civil européen à révéler

439. Il faut déterminer si la matière civile européenne mérite la qualification de droit civil européen. La discussion n'est pas empirique ni dépourvue d'utilité, au contraire, l'enjeu apparaît considérable : si l'ensemble normatif visé ne constitue pas un droit, alors il n'est qu'une juxtaposition de dispositions éparses, auxquelles il est possible de se soustraire sans que cela n'entraîne de conséquence assimilable à une sanction. Rechercher si les normes civiles forment un droit revient à faire appel au droit objectif¹³⁴³. C'est lui qui est sollicité ici, à la différence du droit subjectif.

440. Deux voies doivent être explorées afin de vérifier le caractère réellement juridique du droit civil européen : la voie de la différenciation et celle de la spécification. Le but est d'enserrer l'ensemble civil normatif européen dans des cercles de plus en plus étroits. Le champ de comparaison, à l'origine très large, devra au fur et à mesure¹³⁴⁴ se rapprocher d'une définition précise du droit. Le premier cercle permet la confrontation entre le droit civil et les notions voisines, le second se focalise sur le droit civil en tant que droit. La première de ces voies tend à confronter l'ensemble normatif en cause à des notions théoriques voisines afin de déterminer à quelle catégorie de notions il appartient. S'il n'est qu'un simple concept, le droit civil ne mérite alors pas la qualification de droit et n'a dans ce cas qu'une simple portée doctrinale. Procéder ainsi à la confrontation du droit civil avec les notions théoriques habituellement rencontrées en matière de droit présente l'intérêt de clarifier la notion visée. Une fois cette différenciation établie, on saura ce qu'est ou n'est pas (ou plus) le droit civil européen. Il faudra ensuite le confronter aux définitions du droit afin d'examiner plus précisément sa qualification de droit objectif. Ce raisonnement impose de commencer par la phase de différenciation (§ I) avant de s'attacher à examiner la spécification (§ II).

§ I - La confrontation entre le droit civil européen et les notions voisines

441. Il faut déterminer ce qu'est le droit civil européen : est-il un droit au sens de discipline, de système ordonné ou n'est-il qu'un concept ? Condamné à l'abstraction, le juriste ne peut échapper à la notion et au conceptualisme¹³⁴⁵. Les notions voisines qui vont

¹³⁴³ Il faut donc déterminer si les normes civiles européennes forment un ensemble de règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique (R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} éd., 2005).

¹³⁴⁴ Si tant est que l'ensemble de normes civiles corresponde aux définitions envisagées.

¹³⁴⁵ J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *op. cit.*

être confrontées au droit civil européen se présentent sous une forme abstraite et théorique. Puisqu'il s'agit de rechercher ce qu'il est, il faut entamer ce travail avec des notions conceptuelles larges avant de se rapprocher peu à peu de l'objet étudié.

442. Les notions traditionnellement rencontrées en droit permettant de mesurer la portée théorique d'une question peuvent être scindées en deux groupes. Les premières pourraient être qualifiées de notions théoriques, abstraites, en ce qu'elles résultent de constructions de l'esprit. Le droit civil européen ne représente peut-être pour l'heure qu'un produit de la doctrine, qu'une création intellectuelle, sans réalité matérielle. En ce sens, avant d'être formellement un droit dans la pratique, le droit peut n'être qu'un concept, une simple théorie doctrinale, manquant encore d'éléments concrets pour caractériser un véritable droit. Les notions du second groupe pourraient être qualifiées de chronologiques. En effet, le droit évolue par phases ou encore par périodes¹³⁴⁶. Il peut ne pas constituer encore un droit pleinement abouti mais se trouver néanmoins dans une phase qu'il serait permis d'appeler un pré-droit. C'est alors à une approche chronologique du droit qu'il faut se soumettre puisque l'étape considérée est celle précédant la reconnaissance pleine et entière d'un droit.

Ainsi, le droit civil européen devra être confronté à des notions voisines d'ordre théorique (A) mais également chronologique (B).

A / Le droit civil européen confronté aux notions théoriques

443. Envisager le droit civil européen au travers des constructions de l'esprit permet de mieux le comprendre et semble indispensable afin de décider de son existence. La conceptualisation semble alors nécessaire en ce qu'elle implique un mouvement ascendant et descendant qui mène tout d'abord à la réalité du concept, puis du concept à la réalité¹³⁴⁷. Aussi faut-il envisager le droit civil européen dans une perspective abstraite afin d'en percevoir la réalité.

¹³⁴⁶ Par exemple J. PRADEL et G. CORSTENS évoquent le fait que l'on utilise l'expression droit pénal européen alors qu'il n'existe pas encore, à l'heure actuelle, de théorie générale de la matière. Ils estiment donc que cette théorie va être élaborée. Lorsqu'ils s'interrogent à propos de l'édification d'un droit pénal européen, se demandant si cette tâche est possible, ils sous-entendent que la phase de construction n'est pas encore terminée, nonobstant les multiples interventions pénales qui existent déjà en droit européen (J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. 3 et s.). Voir encore M. PRIEUR qui prétend que le droit de l'environnement est aujourd'hui un droit adulte (M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004, p. 9). Pour un autre exemple, lire l'article de J. LIMPENS, « Les constantes de l'unification du droit privé », *RIDC* 1958, p. 278.

¹³⁴⁷ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 455.

444. L'objectif est d'établir à quelle catégorie de notions appartient celle de droit civil européen. Les notions théoriques susceptibles d'être rencontrées en droit doivent être présentées (1°) afin de pouvoir opérer un rapprochement avec le droit civil européen (2°).

1° La présentation des notions voisines d'ordre théorique

445. Les notions susceptibles d'être rencontrées en matière de droit ne semblent pas plus aisées à maîtriser. Le concept peut être cité en premier lieu. Il s'agit d'une représentation de l'esprit qui résume une multiplicité d'objets par abstraction et généralisation de traits communs identifiables¹³⁴⁸. La conceptualisation d'un objet d'étude suppose qu'il puisse être envisagé dans sa globalité, que les éléments le composant ne soient pas dispersés au point d'empêcher une vision d'ensemble. Le concept est une chose, chose (un signe) qui représente une autre chose (son objet)¹³⁴⁹. Autrement dit, il est une représentation mentale et abstraite d'un objet. Il existe diverses sortes de concepts ou de notions¹³⁵⁰ en droit, parmi lesquels il faut situer le droit civil européen. La « notion cadre » est vague et floue. Il est impossible d'en donner une définition figée dans la mesure où, précisément, sa particularité est de comporter des frontières mouvantes. Tel est le cas de la « bonne foi » par exemple. Il faut également présenter la « notion à contenu variable » : celle-ci, comme son nom l'indique, recouvre des réalités différentes sous un même vocable, à titre d'exemple, la notion de « famille » peut être citée. Restent les « notions sans critère » : face à une multiplicité de critères permettant de reconnaître la notion, aucun ne prévaut sur les autres. C'est notamment ce que craignait H. Lécuyer à l'égard de la notion de « couple »¹³⁵¹. Ainsi, « *une notion sans critère n'est pas une notion dépourvue de tout trait caractéristique permettant de l'isoler des notions voisines, mais le critère utilisé est différent selon les espèces et selon les notions voisines considérées* »¹³⁵². Les « notions fonctionnelles » méritent à leur tour une présentation, qui doit se fonder sur leur opposition avec les « notions conceptuelles »¹³⁵³. Ces dernières se trouvent définies et ont un contenu abstraitement déterminé une fois pour toutes alors que les notions fonctionnelles ne peuvent être délimitées qu'au travers de ce à quoi elles servent, c'est-à-dire

¹³⁴⁸ Cette notion est souvent utilisée mais peu définie, pour un exemple, voir notamment E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ* 2005, p. 19.

¹³⁴⁹ E. R. GRAU, « Notes sur les concepts juridiques », *RRJ* 1994, 3, p. 769.

¹³⁵⁰ Une doctrine importante admet la synonymie des termes « notion » et « concept », ce qu'il convient d'admettre ici.

¹³⁵¹ H. LÉCUYER, « La notion juridique de couple », *op. cit.*

¹³⁵² *Ibid.*, p. 65, H. LÉCUYER qui cite C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 465.

¹³⁵³ V. Le Doyen G. VEDEL « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, n° 4, qui affirme que « *la notion conceptuelle peut recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels, son contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes* », repris par N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, 3, p. 429.

de leur fonction¹³⁵⁴, par exemple la causalité¹³⁵⁵. Il en résulte une certaine mobilité propre aux notions fonctionnelles¹³⁵⁶. Il ne faut pas passer sous silence la « notion de théorie juridique ». Ce terme recouvre une « *activité doctrinale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du droit, en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de droit. Elle est une réflexion spéculative qui tend à découvrir la rationalité du droit sous son historicité* »¹³⁵⁷.

446. D'autres notions peuvent être encore extraites du domaine juridique, notions auxquelles il faudra confronter le droit civil européen. Ces notions relèvent, moins que les précédentes, d'une construction de l'esprit et s'imposent davantage qu'elles ne s'élaborent. Le droit civil européen peut être, à ce titre, confronté à la notion de branche du droit. Ce qu'il est convenu de nommer « branches de droit » se définit en fonction du contenu que ces dites branches sont appelées à régir. Les règles civiles européennes se trouveraient ainsi rapprochées parce qu'elles s'appliquent à un objet déterminé : le droit civil. Trois données font d'un ensemble normatif une branche de droit : des sources créatrices particulières, des organes spéciaux d'application et des tribunaux spécialisés¹³⁵⁸. Pour G. Cornu, la branche du droit constitue une division ou subdivision du droit objectif¹³⁵⁹. La notion de branche du droit rejoint celles de « discipline »¹³⁶⁰ et de « matière », quoique ces dernières renvoient au domaine plus général des connaissances. La discipline se distingue de la matière en ce sens qu'elle recouvre un domaine de spécialité et s'envisage comme « *une catégorie organisationnelle au sein de la connaissance scientifique* »¹³⁶¹. Ainsi, plusieurs matières semblent pouvoir composer une discipline. La question est à présent de savoir si le droit civil européen peut être considéré comme une nouvelle matière ou, plus largement, une nouvelle discipline.

¹³⁵⁴ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, n° 4.

¹³⁵⁵ P. JESTAZ, « Une question d'épistémologie », *RTD civ.* 2001, p. 547.

¹³⁵⁶ V. T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, note de bas de page n° 426, p. 318, cité par N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *op. cit.*

¹³⁵⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd., 2005, p. 863.

¹³⁵⁸ Voir R. MALEZIEUX et R. RANDIER, *Traité de droit rural*, LGDJ, 1972, p. 10.

¹³⁵⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 115.

¹³⁶⁰ F. CADET, « Les prises de décision dans les disciplines juridiques », *RRJ* 2005, p. 45.

¹³⁶¹ E. MORIN, « Sur l'interdisciplinarité », *Bulletin Interactif du Centre International de Recherches et Études transdisciplinaires*, n° 2, juin 1994.

2° Le rapprochement entre le droit civil européen et les notions théoriques

447. Le but est ici de discerner le droit civil européen parmi les nombreuses notions théoriques proches du droit. Il n'a jamais encore été défini ni rapproché de notions théoriques fréquemment rencontrées dans le domaine juridique. Il ne peut tout d'abord être un simple concept dans la mesure où, le concept se présentant comme étant la représentation mentale d'une chose, le droit civil constitue cette chose en elle-même et non l'idée qu'il est possible de s'en faire. À ce titre, lorsqu'il est question de « *la naissance du concept de droit social* »¹³⁶², il ne s'agit pas du droit social tel qu'il est perçu au travers des lois sociales mais de l'acception sociale de ce droit. En d'autres termes, le concept est une façon de percevoir un objet d'étude. Le droit civil européen, pour l'heure, n'en est plus au stade du simple concept, il n'est plus le fruit d'une représentation abstraite mais au contraire la manifestation de lois existantes et concrètes. En ce sens, il est bien moins abstrait que ne le suggère la notion de concept.

448. Le droit civil européen n'appartient pas davantage à la catégorie des théories. Il n'est pas une activité doctrinale aidant à l'élaboration du droit puisqu'il est lui-même un droit, ou tout au moins présumé tel pour l'instant. Il pourra être ainsi certainement objet de théorie mais pas théorie seule.

449. En aucun cas, il ne peut être qualifié de notion cadre puisque les contours du droit civil européen ne varient pas en fonction de l'utilisation de son contenu, il n'est pas un standard qui imposerait d'être adapté et précisé au cas par cas.

Il n'est pas plus une notion polymorphe et ne peut donc répondre à la qualification de notion à contenu variable. Son contenu apparaît au contraire très précis, tout en étant large et parcellaire. Dès lors, s'il fallait rapprocher le droit civil européen d'une notion, il se présenterait comme une notion conceptuelle¹³⁶³, c'est-à-dire au contenu déterminé. Il ne comporte pas plusieurs visages ni diverses acceptions, il apparaît à l'inverse comme une notion unitaire.

¹³⁶² J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ* 1994, 3, p. 773.

¹³⁶³ Dès lors, le droit civil européen ne se présente pas comme une notion fonctionnelle : il ne se définit pas qu'au travers de sa seule fonction, sa définition risquant ainsi de modifier puisque la notion fonctionnelle est une notion mobile (T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, 1987, note de bas de page n° 426, p. 318, cité par N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *op. cit.*, p. 429).

450. Concernant sa résonance doctrinale, le droit civil européen n'a jamais été clairement défini : il s'impose comme un droit encore inconnu à la fois des droits nationaux et du droit européen. Cela ne peut d'ailleurs pas lui être reproché : il n'existe pour l'heure aucune volonté explicite d'élaborer un droit civil européen à proprement parler, aucune compétence n'est d'ailleurs attribuée aux institutions en ce sens. Le droit civil européen n'existe pas encore de façon reconnue, c'est-à-dire en tant qu'entité regroupant le droit civil communautaire et le droit civil du Conseil de l'Europe. Ces droits civils ont chacun respectivement une existence doctrinale mais le brassage des deux n'a pas encore été effectué pour aboutir au droit civil européen. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une nouvelle matière, d'une nouvelle branche du droit qui a émergé. Il ne paraît pas adapté de parler de discipline le concernant, eu égard à la présentation qui a été faite de cette notion : le droit privé et le droit public sont tous deux des disciplines, ainsi que l'histoire du droit ou encore, à titre d'exemple, l'épistémologie juridique. Le droit civil européen n'est pas en réalité un domaine de spécialité aussi vaste et large que le droit privé ou le droit public. Il n'est qu'un sous ensemble s'insérant dans la discipline qu'est le droit privé et en cela il constitue une nouvelle branche du droit européen, une nouvelle matière juridique. Le droit est également proche de notions dites chronologiques, moins théoriques que les précédentes dès lors qu'elles se rattachent à une donnée temporelle.

B / Le droit civil européen confronté aux notions chronologiques

451. Confronter le droit civil européen aux notions chronologiques permet de le saisir plus globalement, de connaître plus précisément sa portée théorique et d'anticiper la place que pourrait lui accorder la doctrine. L'ordre du raisonnement doit être ici conservé, à savoir l'identification des notions dans un premier temps (1°) et le rapprochement entre elles et le droit civil européen dans un second (2°).

1° La présentation des notions voisines d'ordre chronologique

452. Le droit paraît fonctionner par étapes¹³⁶⁴. Avant d'être un droit à part entière, un droit suit un processus de formation progressif. Il passe inévitablement par le stade où il n'est qu'un avant droit : il lui manque alors un ou plusieurs éléments indispensables à la reconnaissance d'un droit. De la même manière, un droit peut n'être qu'un après droit, un *post* droit, c'est-à-dire un droit qui a existé mais à qui il manque désormais un élément constitutif.

¹³⁶⁴ Cf. les exemples du droit rural, du droit de l'environnement et du droit pénal européen cités *infra* n° 455 et s.

Le premier n'est pas encore un droit mais ne saurait tarder à le devenir, le second l'a été mais a cessé de l'être.

453. Il est entendu que le problème relatif au droit civil européen ne se pose qu'en terme de pré ou d'avant droit. Etant donné qu'il n'est déjà pas certain que ce droit existe, on perçoit mal comment il pourrait être question le concernant d'un *post* droit. Seule la phase d'émergence du droit mérite ainsi d'être envisagée dans le cadre du droit civil européen. Tout l'intérêt réside dans l'étude de l'avant droit. Le droit civil européen semble se situer dans cette phase qui précède l'existence claire et avérée d'un droit. Dans ce cas, peut-être est-il seulement un avant droit. La réponse impose un travail de définition chronologique du droit. Il faut déterminer à partir de quand un ensemble de règles peut être considéré comme un droit. Il est évident qu'il ne peut y avoir de réponse établie au regard d'un seul critère. Un droit ne devient pas droit parce que précisément deux cent cinquante personnes l'appliquent. De la même manière, un ensemble normatif n'a pas besoin d'exister pendant deux ans avant d'être érigé au titre de droit. Ainsi, H. L. A. Hart affirme que « *la question de savoir combien de personnes doivent obéir à combien d'ordres généraux et pendant combien de temps, pour qu'il y ait du droit, n'admet pas davantage de réponse précise que la question de savoir à partir de quelle quantité de cheveux un homme cesse d'être chauve* »¹³⁶⁵. Dès lors, il est probable que les critères se cumulent mais quels sont-ils ? La question s'est posée pour tous les droits : chacun d'entre eux a commencé par exister au travers d'une seule règle, puis d'une deuxième et ainsi de suite jusqu'à devenir un ensemble de règles puis incontestablement un droit. Quand l'émergence d'un droit douanier a-t-elle pu être constatée ? À quel moment les quelques règles existant en matière rurale se sont transformées en droit rural ? De façon évidente, une seule règle ne constitue pas un droit, dont l'existence suppose une pluralité de dispositions. Cependant, si ces règles apparaissent, c'est parce qu'aucune réponse adéquate ne peut être trouvée dans le droit déjà existant. La création de nouvelles règles, spécifiques, s'avère ainsi nécessaire mais ces outils demeurent épars et répondent dans un premier temps à des besoins ponctuels.

454. Par la suite, l'insuffisance des règles parcellaires appelle nécessairement un outil plus complet. Une législation spécifique se met alors en place, impliquant un processus maîtrisé et cohérent. Néanmoins, cette législation doit être effective. Son respect doit pouvoir être assuré

¹³⁶⁵ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 39.

soit par la création d'une institution quelconque, susceptible également de coordonner l'ensemble de la législation, soit par une autorité juridictionnelle. Dans tous les cas, un organe spécifique régulateur doit être créé, qu'il dispose ou soit dépourvu de la fonction juridictionnelle. Les règles à elles seules ne suffisent donc pas. Elles ne sont que les composantes d'un ensemble plus global constitué par le droit, comprenant des principes généraux et un organe ayant autorité, en sorte que la règle n'est que l'aspect matériel du droit, les principes généraux, son aspect philosophique et l'organe institutionnel, le lien coordonnant les deux. Ces trois étapes composent l'émergence d'un droit¹³⁶⁶. Tel a par exemple été le cas en matière de droit de l'urbanisme, l'émergence se concluant par la création d'une administration de l'urbanisme en 1943¹³⁶⁷.

455. Le droit rural a connu ces mêmes phases : la spécificité du monde rural a eu besoin de la création de règles particulières. Ces règles ont d'abord été élaborées de façon désordonnée, puis un organe a été créé, indispensable à la coordination des mesures. L'organe en question, pour le droit rural, a été le ministère de l'agriculture¹³⁶⁸. M. Prieur, en retraçant l'évolution du droit de l'environnement, relève également ces phases¹³⁶⁹. Il explique ainsi que, si en 1976 ce dernier droit était un droit de regroupement sans spécificité, il est aujourd'hui un droit adulte dont on peut rechercher les traits particuliers. L'auteur cite R. Drago pour lequel il semblait absurde, en 1976, de penser que le droit de l'environnement fut une discipline juridique nouvelle¹³⁷⁰. Son existence ne fait pourtant aujourd'hui plus aucun doute et cette émergence va de pair avec la création d'une structure adaptée, le ministère de l'environnement, qui dispose d'une vocation générale de coordination et qui a indéniablement permis la stabilisation du droit de l'environnement. Il semble à présent indispensable de situer le droit civil européen par rapport aux notions chronologiques qui viennent d'être présentées, afin de déterminer si il n'est pas prématuré de parler de droit civil européen.

¹³⁶⁶ Bien entendu, ce processus menant à l'émergence du droit n'est pas immuable et coïncide avec le droit tel qu'il est connu dans les pays d'Europe. Il ne peut être étendu à tous les droits et doit être cantonné aux sociétés occidentales et modernes.

¹³⁶⁷ Voir J.-H. DRIARD, « Essai sur l'évolution historique du droit de l'urbanisme », <http://coin-urbanisme.org/index.html>.

¹³⁶⁸ Voir R. MALEZIEUX et R. RANDIER, *Traité de droit rural*, op. cit. ; J. AUDIER, *Droit rural, droit forestier*, Economica, 3^{ème} éd., 1996.

¹³⁶⁹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2004, p. 9 et s..

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 10.

2° Le rapprochement entre le droit civil européen et les notions chronologiques

456. L'examen de l'étape à laquelle se trouve le droit civil européen va permettre de déterminer s'il s'agit d'un droit adulte, à l'instar du droit de l'environnement¹³⁷¹, ou si au contraire il se situe dans une phase d'adolescence. Cela étant, si des doutes surviennent, ils ne concernent que le stade de formation dans lequel le droit civil européen se trouve. Il n'est plus temps en effet de se demander si ce processus de formation est entamé, tant les doutes relatifs à l'émergence du droit civil européen ne se justifient plus. Il reste cependant à déterminer à quelle étape se trouve sa formation.

457. Il existe une législation spécifique rendue effective par les juridictions européennes. Afin que le droit civil européen franchisse la phase de l'avant droit et accède au rang de droit, tout au moins d'un point de vue chronologique, la création d'un organe régulateur, spécifique lui aussi, est indispensable. Toute la spécificité actuelle du droit civil européen est d'avoir institué plusieurs organes aptes à coordonner cette branche spécifique du droit européen. La Direction générale des affaires juridiques, au sein du conseil de l'Europe, contribue de façon essentielle au développement d'un espace juridique européen. Au sein de cet organe se trouve la Direction de la coopération juridique, œuvrant précisément pour l'harmonisation des législations nationales. Le droit civil est visé par cette mission puisqu'un service lui est expressément consacré : il s'agit du service de droit privé régissant les domaines du droit civil et de la procédure civile, la nationalité et la famille. De plus, un Comité européen pour la coopération juridique a été constitué sous l'autorité directe du Comité des Ministres. Ses deux priorités sont le renforcement de la protection juridique de l'enfant et la promotion d'un espace de normes juridiques en matière familiale. À ce titre, le Comité européen pour la coopération juridique a mis en place un comité d'experts sur le droit de la famille.

458. Assurément, ces institutions œuvrent pour la coordination et l'harmonisation des mesures spécifiques au droit civil et servent d'organe régulateur, favorisant tout à la fois l'impulsion et la coordination des dispositions civiles. Le problème découle justement de cette pluralité car l'ensemble de la législation civile ne doit être régulé que par un seul organe. Ce rôle ne peut être attribué à plusieurs institutions. Le phénomène s'amplifie avec les divers organes régulateurs du droit communautaire. Il convient de songer tout d'abord aux commissions créées par des groupes d'universitaires. Sujets de controverse doctrinale, en

¹³⁷¹ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 9 et s..

particulier dans le domaine du droit contractuel¹³⁷², ces groupes de travail existent aussi en matière de droit familial. L'objet de la Commission de droit européen de la famille¹³⁷³ est de rechercher les prescriptions les plus opportunes parmi un ensemble de législations nationales. Le noyau dur ainsi élu sera publié sous la forme des *Principes* qui, s'ils ne sont pas obligatoires, sont susceptibles de servir de base à une harmonisation européenne. En matière de droit des contrats, voulant en finir avec l'approche sectorielle, le législateur européen a mis en place un organe nommé réseau d'experts afin d'élaborer le cadre commun de référence, précédemment envisagé. Dans ce contexte, il n'est pas possible d'affirmer que le droit civil européen se trouve dans une période d'avant droit. En effet, les organes régulateurs existent même si leur quantité restreint sensiblement leur efficacité¹³⁷⁴.

459. Le droit civil européen se présente ainsi comme un droit adulte, une nouvelle branche du droit. Cependant, il existe nécessairement une période de flottement durant laquelle, bien qu'il soit adulte, un droit n'est pas encore nommé et, de la sorte, n'est pas encore unanimement reconnu. Or, il ne suffit pas d'un seul jour pour passer des lois au droit. Le droit civil a besoin d'être nommé et désigné comme tel. La qualification mène elle aussi à l'existence et à la reconnaissance. Cet acte de dénomination revient d'ailleurs à la doctrine. Dans les premiers temps, une nouvelle dénomination semble toujours insensée, utopiste ou irréalisable. Cependant, toutes les notions ont un jour été qualifiées et si par exemple celle d'inconscient a pu sembler originale à ses prémices, cette appellation est aujourd'hui ordinaire, d'où l'importance du phénomène de désignation. Le droit civil européen ne correspond pas, pour l'instant, aux schémas pré-donnés¹³⁷⁵ par le droit, qu'il soit national ou européen. L'enjeu de la qualification se présente ici comme essentiel mais celui de la définition ne l'est pas moins. Situer le droit civil européen au sein des notions intéressant le droit n'est pas tout, il faut qu'il réponde précisément aux définitions du droit pour que son existence et sa dénomination ne soient plus contestables.

¹³⁷² Tels les groupes VON BAR ou LANDO pour ne citer que les plus connus.

¹³⁷³ Voir à ce sujet F. FERRAND, « Les Principes de droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », *op. cit.*

¹³⁷⁴ Il faut encore citer la proposition de création d'un organisme de liaison entre les deux Europe à savoir l'agence européenne des droits fondamentaux. Certes, un tel organe serait élaboré essentiellement pour la coordination des droits fondamentaux, cela étant, cette mission engloberait une large part de droit civil, notamment l'ensemble du droit des personnes et de la famille. Voir en ce sens la proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2005) 280 final, du 30 juin 2005.

¹³⁷⁵ P. BERGER et T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, coll. Sociétés, Meridiens Klincksieck, Paris, 1989, p. 47.

§ II - La confrontation entre le droit civil européen et les définitions du droit

460. La confrontation ne peut se faire qu'entre le droit civil et les diverses définitions du droit tant, sur cette question, il n'est possible que d'élucider¹³⁷⁶ la notion de droit à défaut de la définir de façon unanime¹³⁷⁷. La conclusion de la démonstration suivant laquelle l'ensemble normatif civil européen est bien un droit dépend en grande mesure de la définition du droit visée au départ. Si le droit se résume à « *l'ensemble des règles se rapportant à un même objet* »¹³⁷⁸, le droit civil existe indéniablement puisqu'il se compose d'une pluralité de règles procédant des différentes institutions européennes et concernant les relations des particuliers entre eux. En revanche, au regard d'une définition plus restrictive n'attribuant la qualification de droit qu'à une réglementation systématique, l'assimilation de l'ensemble normatif civil européen au droit semble plus difficile. Par conséquent, afin que la démonstration soit la plus objective et complète possible, il convient de partir de plusieurs définitions¹³⁷⁹ du droit existantes, notamment les définitions les plus classiques issues de doctrine divergentes. Il n'aurait pas été opportun de superposer ces définitions et d'en prélever un noyau dur offrant au terme droit un sens commun minimal.

461. Le but n'est pas de revenir sur la théorie générale du droit ni de suggérer une nouvelle définition du droit. Il ne s'agit pas d'une contribution à la théorie générale mais, plus simplement, de déterminer si le droit civil européen peut être regardé comme un véritable droit. Il ne mérite l'appellation de droit que si, confronté à de nombreuses définitions du droit objectif, ses éléments répondent aux éléments constitutifs nécessaires à l'existence d'un droit. Le comparer à un standard minimum de droit ne présente ainsi guère d'intérêt. En outre, il semble peu probable de parvenir à trouver un noyau commun à l'ensemble des définitions : d'une part parce qu'elles sont trop nombreuses, d'autre part parce qu'elles sont à ce point diverses que chacune rencontre forcément son contraire en s'annihilant réciproquement¹³⁸⁰. Les définitions peuvent donc être divisées en deux catégories en fonction des éléments qui conditionnent l'existence d'un droit. En aucun cas il ne s'agit ici de s'attarder sur la valeur

¹³⁷⁶ H. L. A. HART parle ainsi d'élucidation du concept de droit, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁷⁷ Ibid., p. 13, H. L. A. HART écrit ainsi « *Il est peu de questions relatives à la société humaine qui aient été posées avec autant de persistance et qui aient fait l'objet, de la part de théoriciens réputés, de réponses aussi différentes, étranges et même paradoxales que la question "Qu'est ce que le droit ?"* ».

¹³⁷⁸ Pour reprendre les termes de T. REVET, « Un droit européen du travail ? », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 110.

¹³⁷⁹ Seules les définitions juridiques du droit seront prises en considération ici, à la différence des définitions anthropologiques ou sociologiques du droit.

¹³⁸⁰ J. JIANG, « *Quid Jus ?* Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, 2, p. 627.

des définitions traditionnelles du droit puisque chaque élément constitutif du droit avancé par une théorie peut en effet être contredit par des arguments contraires. Il s'agit essentiellement de considérer ces définitions comme acquises et, sans les rediscuter, les comparer au droit civil européen afin de voir si, majoritairement, les définitions lui confèrent la qualité de droit. En ce sens, il convient de distinguer les définitions fonctionnelles du droit (A) des définitions substantielles (B).

A / Les définitions fonctionnelles

462. Il s'agit ici de montrer que le droit civil européen répond aux définitions fonctionnelles du droit. Ces définitions apparaissent plus techniques, procédurales et de façon générale plus restrictives que les définitions substantielles. Si les premières s'attachent à la forme de ce qu'il est convenu d'appeler « droit », les secondes se concentrent sur son contenu. Cela étant, la forme, c'est-à-dire la manière dont se présente le droit, peut elle-même se décliner sous différentes perspectives. Ainsi, ces définitions insistent à la fois sur la forme du droit en tant qu'ensemble de règles (1°) et sur sa forme en tant qu'ordre de contrainte, composé de règles dont le non respect entraîne impérativement une sanction (2°).

1° Un ensemble de règles de conduite

463. De nombreux auteurs définissent le droit comme un ensemble de règles destiné à organiser la vie en société¹³⁸¹. Le droit se perçoit alors comme un ordre de contrainte, qui doit être suivi, sans déviance ; c'est alors que se retrouve le sens de « droit » entendu géométriquement comme non « courbé » ou non « brisé ». Dans cette hypothèse, le droit n'apparaît pas comme l'expression d'une liberté, mais comme un outil de direction des conduites humaines, indispensable à toute vie en société. Percevoir le droit comme un facteur de régulation sociale, composé de prescriptions relatives aux comportements des individus, revient à s'intéresser spécialement à sa forme. En ce sens, il est droit parce qu'il régent un groupe de personnes et parce qu'il est élaboré dans ce but. Peu importe alors la qualité de la règle, son éthique ou le fait qu'elle puisse être juste ou injuste. Dans cette hypothèse, le droit est droit parce qu'il est commandement. Cette notion de droit-contrainte se retrouve dans de nombreuses définitions du droit et il s'agit là d'un de ses traits caractéristiques, auquel les auteurs reviennent souvent, même de façon détournée ou inconsciente. Quand, dans sa définition du droit, J. Combacau désigne les juristes qui définissent le droit comme constitué

¹³⁸¹ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, p. 3 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, op. cit., p. 3 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} éd. 2005, p. 3 ; G. CORNU, *Droit civil les personnes*, op. cit., p. 16.

de normes de conduite et manifeste le désir de s'en écarter, il ne fait finalement que déplacer ce critère¹³⁸². En effet pour lui, le droit permet l'institution d'êtres légaux, c'est-à-dire l'attribution à des êtres ou des situations de fait de la règle de droit correspondante permettant d'accéder à l'existence légale. Si, à première vue, la contrainte semble avoir disparu de cette définition, elle n'en est en réalité pas absente. La situation légale qui découle de l'application de la règle de droit, s'impose en effet de façon obligatoire, par exemple dès lors que tous les éléments constitutifs de l'octroi d'un certain statut légal sont réunis, il n'est plus possible d'y échapper. Un enfant adultérin ne pouvait, une fois démontré le fait que l'un de ses auteurs se trouvait marié à un tiers lors de sa conception, décliner le statut d'enfant adultérin et les effets qui en découlaient.

464. Le droit civil européen est-il en mesure de répondre à ce critère de contrainte ? Il tend à rendre certains types de conduite humaine¹³⁸³, non plus facultatifs, mais obligatoires. En cela, il se compose d'un ensemble de règles de conduite. Par exemple, ne pas abuser le consommateur notamment en insérant dans un contrat une clause créant un déséquilibre significatif, réparer un dommage causé par son produit, respecter le nom, la vie privée et familiale d'autrui sont autant de prescriptions et de commandements. Ces règles comportent une idée de contrainte en imposant une conduite aux individus qui y sont soumis. Ainsi, il est possible de constater, d'une part, que le droit civil ne s'adresse pas à une personne en particulier mais s'applique aux membres d'une société donnée à savoir les justiciables européens. En cela, ce droit répond au critère de généralité des règles de conduite qui doivent organiser la vie d'une société, c'est-à-dire d'un groupement d'individus, et non d'un seul individu. Concernant le droit civil européen, il est clair qu'il s'adresse à un groupe social déterminé c'est-à-dire à tous les sujets de l'ordre juridique européen. D'autre part, ces règles de conduite ne doivent pas être confondues avec une simple convergence de comportement entre membres de ce groupe¹³⁸⁴. Un groupe social peut opter pour tel ou tel comportement alors même qu'aucune règle ne l'exige. Il en résulte une règle dite de conduite alors même qu'il ne s'agira pas formellement de droit. Les mots « il faut », « devrait » et « doit »¹³⁸⁵ sont généralement employés dans l'énoncé d'une règle de droit alors que ces expressions ne correspondent pas à l'absence de devoir caractérisant le comportement simplement convergent. Les règles civiles européennes appartiennent-elles au domaine juridique ou

¹³⁸² J. COMBACAU, « Une manière d'être des choses », *Droits* 1990, p.11.

¹³⁸³ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome I. Introduction, op. cit.*, p. 27 et s..

¹³⁸⁴ Voir en ce sens la distinction faite par H. L. A. HART *Le concept de droit, op. cit.*, p. 23.

¹³⁸⁵ *Ibidem*.

peuvent-elles n'être que des habitudes de groupe ? La distinction entre les deux notions se fait essentiellement au regard de la sanction : la conséquence d'une violation d'une règle de droit est déterminée et officiellement organisée alors que, si le non respect d'une habitude entraîne certes une réprobation au titre de sanction, celle-ci n'est pas définie. Or, il est clair que les règles civiles européennes relèvent du domaine du « il faut », « devrait » et « doit » et que, par conséquent, leur violation se trouve clairement définie : une clause abusive sera réputée non écrite¹³⁸⁶, un comportement portant atteinte à la vie privée d'une personne pourra être condamné soit directement, si le responsable est l'État, soit indirectement si la violation émane d'un particulier. En conséquence, le droit européen répond à ces définitions du droit et il n'est plus guère permis de douter de l'existence matérielle d'un ensemble normatif. Au travers de cette définition, le droit civil européen existe bel et bien. Le second critère très usité dans les définitions formelles est celui de l'existence d'une sanction en cas de violation de la règle.

2° Un ensemble de règles coercitif

465. Le critère de l'existence d'une sanction complète le premier critère de la contrainte. Dès lors que le droit se présente comme un ensemble de prescriptions, il doit également comporter des sanctions puisqu'une prescription prévoit impérativement le principe d'une interdiction. L'obligatorité de la règle impose qu'elle soit associée à une sanction en cas de violation. La sanction correspond à une peine, une réprimande. Elle peut être définie comme une peine établie par la loi pour réprimer une infraction ou une mesure répressive attachée à un ordre non exécuté¹³⁸⁷. A présent loin du châtiement corporel, la sanction peut désormais être physique mais également économique ou politique.

466. La sanction représente, pour de nombreux auteurs, l'élément caractéristique de la juridicité, son critère essentiel¹³⁸⁸. Dans ce courant de pensée, le droit est perçu comme un ordre de contrainte et renvoie à l'idée de force, de justice. La sanction autorise la force exécutoire qui caractérise le droit¹³⁸⁹. Ce critère permet en sus de distinguer le droit d'autres règles sociales qui peuvent certes être sanctionnées, mais qui ne le sont pas par l'autorité

¹³⁸⁶ Article 6 de la directive 93/13 du Conseil, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, du 5 avril 1993, *op. cit.*

¹³⁸⁷ J. REY-DEBOVE, A. REY, S. CHANTREAU et M.-H. DRIVAUD, *Le petit Robert*, *op. cit.*

¹³⁸⁸ Le droit serait ainsi un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société » dans G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 290 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, p. 32, cité dans B. OPPETIT, *La philosophie du droit*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1999, p. 59, n° 37.

¹³⁸⁹ J. CARBONNIER, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, p. 5.

publique. Le droit, quant à lui, contient par définition les prescriptions et leurs sanctions, prévues et organisées. Pour cela, si des règles ne se trouvent pas associées à un appareil de sanction, lui-même investi par l'autorité centrale, alors il ne s'agit pas de droit. Néanmoins, si la sanction envisagée comme critère dispose d'une place prépondérante dans les définitions formelles du droit, elle n'est par principe que peu mise en pratique. En effet, elle n'est instaurée que dans le but d'inciter à l'obéissance. C'est pourquoi la majorité du groupe social soumis au droit en cause obéit par crainte de ce droit. Il apparaît alors que le droit ne peut exister que s'il est, de façon générale, obéi. Ainsi, l'habitude générale d'obéissance¹³⁹⁰ caractérise également l'existence du droit et écarte de cette qualification les règles de contrainte exercées momentanément par une personne sur une autre, y compris sous la menace d'une sanction.

467. Le droit civil européen comporte-t-il des sanctions ? La sanction dans l'ordre juridique européen ne saurait être contestée, que ce soit au regard du versant communautaire ou du versant Conseil de l'Europe du droit civil européen. La condamnation d'un État par la Cour EDH correspond sans aucun doute à une sanction, même s'il n'est pas obligé de verser une satisfaction équitable à titre de réparation. De la même manière, le droit communautaire comporte un véritable système répressif¹³⁹¹ et le régime juridique de la sanction communautaire peut être cerné¹³⁹². Capable d'envisager des sanctions¹³⁹³, le droit civil européen répond par conséquent à la seconde définition formelle du droit. Il constitue un ensemble de règles de conduite susceptibles d'être amenées à exécution par la contrainte, quelle qu'elle soit, cette dernière émanant d'un pouvoir organisé spécialement à cette fin¹³⁹⁴.

468. Toutefois, ce lien entre droit civil européen et définition du droit par la sanction doit être relativisé. En effet, la plupart des définitions du droit fondées sur le critère de la sanction

¹³⁹⁰ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁹¹ H. LABAYLE et A. WEYEMBERGH, *Code de droit pénal de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

¹³⁹² M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruylant, LGDJ, 2004.

¹³⁹³ Par exemple la législation communautaire prévoit des mesures imposant le retrait d'un produit ou son rappel en cas de produits non sûrs (cf. directive 2001/95 du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité générale des produits, du 3 décembre 2001, *JO L 011* du 15/01/2002, p. 4). Des sanctions sont de la sorte envisagées même si le droit communautaire renvoie en ce qui concerne les modalités aux législations nationales. De même, qu'une clause abusive doive être réputée non écrite constitue une sanction (cf. en ce sens la directive 93/13 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, du 5 avril 1993, *op. cit.*), tout comme la réparation imposée aux producteurs des dommages causés aux consommateurs du fait de leurs produits.

¹³⁹⁴ J. CARBONNIER, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *op. cit.*

estiment que cette dernière est étatique et associe ainsi le droit à l'État¹³⁹⁵. Cette assimilation est sans doute liée à une approche étatique et nationale du droit : l'État étant souverain, les limites de l'application de ses règles de droit se situent là où les règles d'un autre État, également souverain, commencent. Ainsi, le droit paraît étroitement lié à un État, un territoire et un groupement d'individus. Cet élément ne peut être transposé au droit européen dans la mesure où la sanction n'a pas un caractère étatique. Toutefois, le fait que la sanction ne soit pas organisée par un État souverain n'empêche en aucun cas l'existence du droit civil. L'importance accordée à l'État s'explique par le fait que, de manière générale, il est l'organe producteur de normes. De ce fait, l'essentiel ne réside pas dans l'existence d'un État en tant que tel mais bien dans l'identité des organes producteurs à la fois des normes et des sanctions. Or, en droit européen, à défaut d'État, cette identité se vérifie. Certes, ce n'est pas un État qui sanctionne puisque le droit civil européen est supranational mais il n'en demeure pas moins que la sanction est établie par l'organe producteur de normes. Aussi, le droit civil européen ne peut subir la même critique que celle qui fut longtemps adressée au droit international selon laquelle ce dernier ne constituerait pas un droit faute de règles réellement obligatoires. Le droit civil européen se compose de normes mais également de sanctions, dont la nature est définie, qui sont organisées et qui permettent de le rendre exécutoire. Il mérite donc la dénomination de droit, tout au moins au regard des définitions fonctionnelles. La même démarche doit à présent être adoptée pour les définitions substantielles.

B / Les définitions substantielles

469. Les définitions substantielles portent une attention primordiale au contenu du droit. Elles sont moins pragmatiques et appartiennent à un courant idéaliste¹³⁹⁶ étranger aux définitions fonctionnelles. De ce fait, les premières sont plus larges que les secondes et n'envisagent pas le droit comme un simple ordre de contrainte. Au contraire, il n'est plus perçu comme une limite mais comme un avoir supplémentaire, une liberté, en particulier pour les définitions fondées sur le contenu du droit (1°) qui recouvrent notamment la théorie du droit naturel. Il est nécessaire de se demander également si les définitions fondées sur les finalités du droit (2°) permettent au droit civil européen de revêtir une telle qualification.

¹³⁹⁵ B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER intitulent ainsi l'un de leur paragraphe : « *La contrainte étatique, critère de la règle de droit* » (B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 32) ; J.-L. AUBERT, lui aussi, titre l'un de ses paragraphes « *le caractère spécifique de la règle de droit : la coercition étatique* » (J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, 9^{ème} éd., 2002, p. 16).

¹³⁹⁶ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 35.

1° Les définitions fondées sur le contenu du droit

470. Largement exposées par la doctrine, il semble inutile de reprendre en détail ces définitions. Nonobstant quelques divergences, le socle commun repose sur l'idée que le droit se conforme à un idéal de justice. Si tel n'est pas le cas, le droit ne peut être obligatoire et il apparaît légitime d'y résister. Ainsi, le droit qui n'est pas conforme au droit naturel n'est pas du droit puisqu'il n'est pas obligatoire. Le problème est alors de déterminer ce qui relève de la justice et où cette dernière trouve sa source. Un courant de pensée¹³⁹⁷ a certes estimé que la justice était nécessairement d'origine divine mais il convient d'en faire abstraction tant il semble peu révélateur d'une définition actuelle du droit. Pour la théorie du droit naturel moderne, qui a laïcisé la notion d'idéal de justice, ce droit est un droit supérieur d'où le droit positif tire sa validité¹³⁹⁸. Il serait ainsi soit le prolongement du droit subjectif de la personne, soit, dans une autre théorie, l'expression d'une idée de justice universelle.

471. Cette doctrine s'avère difficilement applicable au droit civil européen. Puisqu'elle revient à affirmer que seul le droit immuable et universel constitue du droit, il semble à première vue douteux que cela corresponde au droit civil européen. Toutefois, le droit civil européen repose essentiellement sur des droits prétendus inaliénables et sacrés, tels que les réclament la théorie du droit naturel. Les droits de l'homme, préceptes permanents répondant à cette définition idéaliste du droit, paraissent constituer le fondement même du droit civil européen. Les systèmes européens ont pour principe de base le respect des droits fondamentaux. Les normes civiles produites ne sauraient porter atteinte à ces droits considérés comme essentiels mais doivent au contraire y être conformes. En cela, le droit civil découle des droits fondamentaux : le regroupement familial provient par exemple du droit au respect de la vie familiale, la réparation du préjudice corporel lié à un produit s'impose au regard du droit au respect de la vie privée, comprenant lui-même le droit au respect de l'intégrité physique. Ainsi, tant que les normes civiles peuvent être rattachées à un droit fondamental, elles peuvent être considérées comme du droit. Que dire cependant de la protection contre les clauses abusives ? Des mesures relatives au démarchage à domicile ?

¹³⁹⁷ L'augustinisme et le thomisme estiment ainsi que le droit trouve son origine dans la religion chrétienne, voir également à ce propos B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 41.

¹³⁹⁸ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 46.

Des mesures communautaires touchant aux congés parentaux ? Les droits fondamentaux et l'idéal de justice semblent éloignés des préoccupations de normes aussi précises. Pourtant il n'en est rien : les normes ainsi élaborées répondent au refus de discrimination, à la protection d'une partie plus faible et de façon générale, au souci d'égalité¹³⁹⁹. Dans la mesure où les règles civiles peuvent être rattachées à des droits naturels et inaltérables, elles peuvent être appréciées pour leur caractère « juste ». En cela, la qualification de droit résultant des définitions fondées sur le contenu du droit peut être attribuée au droit civil européen. Il convient également d'examiner le droit civil européen au regard des définitions fondées sur les finalités du droit.

2° Les définitions fondées sur les finalités du droit

472. Elles partent du postulat que le droit est élaboré dans le but d'obtenir certains résultats. À l'instar des définitions précédentes, il faut déterminer le critère autour duquel elles se concentrent. Cependant, dans le cas de la finalité, cette démarche s'avère délicate. En effet, définir le droit par sa finalité apparaît difficile dans la mesure où il est susceptible de poursuivre plusieurs buts. La notion de justice apparaît chez de nombreux auteurs comme le l'objectif premier du droit¹⁴⁰⁰. Or, si le droit est élaboré dans le but de faire régner la justice, encore faut-il s'entendre sur ce que ce terme recouvre. La justice serait peut être le versant subjectif de l'ordre. Dans ce cas, si le dessein du droit était l'ordre, la définition substantielle rejoindrait alors la définition fonctionnelle : des règles de conduites ne sont pas instituées dans un but uniquement coercitif (critères des définitions fonctionnelles) mais parce que ces règles permettent de faire régner l'ordre (critère des définitions substantielles). Les deux définitions en viendraient alors à se recouper alors qu'elles régissent pourtant des domaines distincts. La distinction vient du fait que les définitions fonctionnelles s'intéressent au but immédiat de la règle alors que la définition substantielle s'en éloigne afin de s'intéresser aux fins générales. La notion de justice est ainsi bien plus large que celle d'ordre et comprend en plus, notamment, des notions d'intégrité et de légitimité¹⁴⁰¹. Par conséquent, au-delà de l'ordre, le droit a pour but de faire régner l'équité et l'harmonie, indispensable au regard de l'exigence de sociabilité des hommes¹⁴⁰².

¹³⁹⁹ Pour davantage de détail sur cette idée de fondement, voir supra.

¹⁴⁰⁰ C. LEBEN, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, 1990, t.2, p. 35 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, « Une définition normative du droit », *Droits*, 1990, t.2, p. 53.

¹⁴⁰¹ G. PECES-BARBA MARTINEZ estime qu'un système juste est un système appuyé sur un pouvoir démocratique, dans « Une définition normative du droit », *op. cit.*

¹⁴⁰² B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 24.

473. Si la notion de justice comme finalité du droit semble correspondre à un point d'accord des auteurs, les autres finalités mentionnées sont diverses. À ce titre, il convient de suivre les choix opérés par B. Oppetit¹⁴⁰³ proposant une synthèse claire et apparemment complète de ces théories. L'auteur met en avant deux écoles de pensée. La première estime que la finalité du droit réside dans la protection de l'individu. Le droit est ainsi garant des libertés individuelles et tend à l'épanouissement et la sauvegarde de la libre volonté de l'homme. À cette vocation individualiste du droit répond le second courant de pensée, pour lequel au contraire le droit doit être élaboré en vue d'un intérêt collectif et doit avant tout œuvrer pour la communauté.

474. Il faut à présent confronter ces définitions à la matière civile européenne, afin de déterminer si cette dernière satisfait aux définitions du droit par ses finalités. Qu'inscrire au titre des finalités du droit civil européen ? Est-il élaboré dans une optique de justice ? Au regard du sens retenu pour ce terme, il semble que ce soit le cas : ce droit régit les rapports entre particuliers au niveau européen et veille à ce que les droits de tous soient appréciés, reconnus et respectés en fonction du mérite de leur titulaire. En ce sens, le droit est juste puisqu'il reconnaît légalement ce qui doit « être », ce qui est conforme à l'équité. Par exemple, le démarché nécessite une protection, un Cadre commun de référence en matière contractuelle permet d'aplanir les différences de traitement comme il semble équitable de traiter à l'identique les enfants légitimes, naturels ou adoptifs. De même, il semble « juste » que les décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage et des décisions en matière de responsabilité parentale puissent être reconnues dans un État membre distinct de celui dans lequel la décision a été rendue, autant que la protection de l'unité familiale semble permettre l'harmonie de la société. L'optique de justice apparaît dès lors bien présente. Les autres finalités, quant à elles, sont plus délicates à observer en matière civile européenne. Il est entendu que le droit civil européen vise la protection de l'individu, en particulier si l'on admet que son fondement réside dans les droits de l'homme. Pour autant, il ne se désintéresse aucunement de l'intérêt collectif. Le but du droit civil communautaire réside dans l'instauration d'un marché unique, utile à la collectivité. De plus, la protection consumériste peut être présentée comme une protection collective. En outre, la sauvegarde des minorités, au travers du respect de la vie privée et familiale ou du respect du domicile,

¹⁴⁰³ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*

droit individuel, résulte également d'une démarche favorable à l'intérêt collectif. Le droit civil paraît certes avoir une finalité individuelle mais il n'en laisse pas de côté pour autant l'intérêt de la collectivité. Dès lors, il serait erroné de voir dans le droit civil européen une seule finalité individuelle. En réalité, il semble difficile de percevoir la finalité d'un droit, celle qui prime sur les autres et qui préside, avant toute chose, à l'élaboration des règles. Un droit se compose de règles prises à des moments différents, sous des influences diverses et, de surcroît, ces règles évoluent. Pour cette raison, il semble délicat d'affirmer avec certitude que le droit visé n'est élaboré qu'à telle ou telle fin, ou dans un but unique. Comment enfin être certain que les objectifs ne se combinent pas et, si tel est le cas, comment parvenir à déterminer l'ordre de priorité ? En ce sens, la confrontation entre le droit civil européen et les définitions du droit par ses finalités n'apparaît guère concluante. Elle ne permet pas de conclure incontestablement que le droit civil mérite la qualification de droit, même si, à l'inverse, elle ne l'empêche pas.

475. En dépit de ce dernier constat réservé, l'ensemble normatif européen qualifié de droit civil européen satisfait à la majorité des définitions du droit. Une telle affirmation peut sembler contradictoire : comment un droit peut-il à la fois répondre aux définitions fonctionnelles et substantielles ? Un doute serait permis si les théories exposées ici s'opposaient ou semblaient exclusives l'une de l'autre. Or, mise à part la théorie de la finalité individualiste, qui exclut la théorie du droit à visée collective, les courants doctrinaux définissant le droit n'entrent pas nécessairement en contradiction. Les théories semblent simplement aborder le droit sous des angles différents. Or, les facettes du droit se révélant multiples, il peut satisfaire à des définitions divergentes en fonction de l'angle d'étude. Ce panel de définitions du droit répond à son ambivalence puisque avant tout, le droit est médiation¹⁴⁰⁴. Dès lors, le fait que le droit civil européen satisfasse aux diverses définitions du droit renforce l'exactitude de l'assertion selon laquelle il constitue un droit, puisque cela démontre son ambivalence, trait saillant de ce dernier¹⁴⁰⁵.

476. Quoi qu'il en soit, ces définitions ne permettent qu'une élucidation de la notion de droit. Une définition plus détaillée permet de déterminer avec davantage de précision ce qu'il

¹⁴⁰⁴ F. TERRÉ, « Une pyramide », *Droits*, 1990, t. 2, p. 65 ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁰⁵ H. L. A. HART *Le concept de droit, op. cit.*, p. 15.

est possible d'attendre d'un droit¹⁴⁰⁶. H. L. A. Hart envisage le droit comme un système qui comprend

- 1- des règles qui interdisent ou prescrivent certains types de comportement dont la violation entraîne une sanction
- 2- des règles qui exigent que des gens indemnisent ceux auxquels ils font du tort d'une façon ou d'une autre
- 3- des règles qui déterminent ce qu'on doit accomplir pour faire des testaments, ou conclure des contrats et autres accords qui confèrent des droits et engendrent des obligations
- 4- des tribunaux pour déterminer quelles sont les règles et quand elles ont été violées, et pour fixer la peine ou l'indemnité à payer
- 5- un corps législatif pour édicter de nouvelles règles et abroger les anciennes

477. Ces cinq points appellent des commentaires.

En premier lieu, l'existence des règles visées au 1- ne soulève pas de problème et a d'ailleurs été démontrée lors de la confrontation entre le droit civil et les définitions percevant le droit comme un ensemble de règles de conduite.

En deuxième lieu, le droit civil européen comprend indéniablement des règles d'indemnisation, que ce soit le droit communautaire ou le droit européen du Conseil de l'Europe. Pour ne citer qu'un exemple parmi d'autres, les règles issues de la directive concernant les clauses abusives peuvent être mentionnées puisqu'elles font référence à l'indemnité que pourrait percevoir le consommateur de la part du professionnel¹⁴⁰⁷.

En troisième lieu, la preuve de l'existence de règles touchant au droit des obligations n'est plus à faire : elles constituent un des pans les plus élaborés du droit civil européen,

En quatrième lieu, les tribunaux existent également de façon certaine. L'utilisation du pluriel peut d'ailleurs se révéler rassurante pour ce qui est du droit civil européen. Ce critère n'impose pas une juridiction unique et autorise une pluralité de juridictions, ce qui se trouve être précisément le cas du droit civil européen.

En dernier lieu, le droit européen comporte bien un corps législatif capable d'édicter des règles et d'abroger les anciennes. Plus précisément, il se compose de deux corps législatifs

¹⁴⁰⁶ Une autre approche aurait été de commencer la démonstration à partir de cette définition détaillée. Cela étant, c'est le choix d'une démonstration décroissante qui a été fait ici. Le champ de comparaison, très large initialement puisqu'il comprend les notions voisines du droit, diminue et se resserre autour d'une définition précise du droit.

¹⁴⁰⁷ Annexe de la directive 93/13 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, du 5 avril 1993, *op. cit.*

qui, s'ils empêchent l'apparition manifeste d'un système de droit unifié, n'en forment pas moins un élément de la définition du droit auquel répond, une fois de plus, le droit civil européen. En conséquence, même l'utilisation d'une définition étroite traduit la juridicité de l'ensemble normatif civil européen. Dès lors, l'existence du droit civil européen ne paraît guère plus improbable. Le droit civil européen constitue une nouvelle branche de droit dans l'ordre juridique européen et mérite sa qualification de droit. L'originalité réside dans le fait qu'il existe bien un droit alors même qu'il ne relève d'aucune construction systématique, tout au moins au regard de l'acceptation actuelle du système. Il manque donc à ce droit, ce qui semblait d'ailleurs insurmontable en vue de son existence, un cadre juridique préformé apte à l'accueillir, le reconnaître et ainsi le rendre pleinement effectif.

Section II : Un système de droit civil européen à identifier

478. L'existence du droit civil européen acquise, elle implique la présence d'un système sous-jacent¹⁴⁰⁸, nonobstant l'absence d'unité laissant croire à son impossibilité. Puisqu'à première vue aucun système juridique n'a pu être décelé, c'est la notion même de système qui fait défaut et qui ne permet plus, en son sens traditionnel, d'appréhender les nouvelles branches du droit, en particulier celles issues du droit européen. Ce dernier oblige à faire évoluer la notion de système, aujourd'hui inadaptée. Il semble ainsi que le système sous-jacent au droit civil européen se trouve lié à la spécificité du droit européen. Toute la difficulté réside alors dans son admission. Cependant, si le défaut d'unité peut être dépassé concernant la reconnaissance du système, il entraîne l'incohérence du droit civil européen et doit donc être atténué. Pour ce faire, diverses voies de mise en cohérence sont envisageables. Le système de droit civil européen nécessite ainsi deux éléments liés respectivement à son existence et à sa stabilité. En ce sens, il est à la fois en quête de reconnaissance (§ I) et de cohérence (§ II).

§ I - Un système en quête de reconnaissance

479. Si le système de droit civil européen n'est pas encore reconnu et de ce fait identifié, c'est en raison de sa forme inédite. Il n'est pas facile de percevoir un système à travers cette dernière, car elle ne ressemble pas à la structure habituelle des systèmes juridiques. L'aspect atypique de la structure du droit civil européen doit ainsi être présenté (A). Ce dernier tire

¹⁴⁰⁸ R. GASSIN affirme ainsi que tout droit suppose l'existence d'un système sous-jacent (R. GASSIN, « Système et droit », *RRJ* 1981, p. 355).

cette singularité de son appartenance au droit européen (B) sur lequel il s'est aligné et dont il a hérité certaines caractéristiques.

A / Un système atypique

480. L'intérêt de la présentation sous forme systémique n'est pas négligeable. Elle permet tout d'abord l'identification¹⁴⁰⁹ des normes juridiques appartenant au système étudié et autorise dès lors l'insertion ou l'exclusion de certaines d'entre elles. Par ailleurs, dès lors que les normes ne sont plus isolées, les liens qu'elles entretiennent peuvent faire l'objet d'une analyse. Une telle mise en forme permet également de déduire des règles éparses et fragmentaires telles qu'elles se présentent en matière civile, des principes de base que l'on pourrait encore qualifier de principes directeurs. Cela semble d'autant plus nécessaire dans l'espace civil européen, composé d'une multitude de textes touchant à des domaines très variés. « *Il faut que le droit soit connu par un acte de la pensée, il faut qu'il soit un système en lui même et ce n'est que sous cette forme qu'il peut jouer un rôle déterminant dans les nations civilisées* »¹⁴¹⁰. Il faut donc parvenir à identifier le système de droit civil européen, même s'il apparaît sous une forme atypique dans sa définition et son fonctionnement. Il se présente sous une forme de réseau (1°), ce que permettra d'attester une brève tentative d'analyse systémique du droit civil européen (2°).

1° Le système en réseau du droit civil européen

481. Le but n'est pas de forcer la réalité ou les traits de la notion de système et d'inventer à tout prix un système là où il n'en existe pas. Une construction artificielle résulterait d'un tel cheminement. L'objectif de la démonstration est différent. Il s'agit de révéler la forme en réseau du système de droit civil européen et de remettre en cause l'unité du système comme élément présupposé. Il ne s'agit pas de nier complètement la notion de système mais de procéder à un remaniement, à une adaptation de la notion aux évolutions récentes. L'essentiel, afin de déterminer son existence, ne réside plus dans l'unité mais dans la possibilité de percevoir une construction d'ensemble à défaut de cohésion. Or, cette construction d'ensemble existe en droit civil européen. Il est impossible d'affirmer que le droit civil européen fonctionne en « non-système ». Un non-système est un ensemble de modèles de comportement indépendants dépourvus de tout caractère commun permettant de les

¹⁴⁰⁹ M. TROPER, « Système juridique et État », dans *Le système juridique*, APD 1986, t. 31, p. 30.

¹⁴¹⁰ HEGEL, cité par R. SEVE, « Système et code », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 81.

identifier¹⁴¹¹. Une telle description ne correspond pas à la description faite jusqu'à présent du droit civil européen : les normes ne sont pas indépendantes les unes par rapport aux autres et il existe entre elle un caractère commun, malgré le défaut d'unité.

482. La difficulté de trouver une définition arrêtée du système n'empêche pas la détermination de ses éléments constitutifs. Le système se constitue ainsi d'un ensemble d'éléments en interaction les uns avec les autres, c'est-à-dire entretenant entre eux des relations spécifiques, ou encore de divers facteurs d'un phénomène qui sont en interaction les uns avec les autres et qui subissent eux-mêmes, à leur tour, l'effet du phénomène qu'ils ont d'abord engendré¹⁴¹². Les deux premiers éléments ne posent guère de problème : le droit civil européen se compose d'un ensemble d'éléments ou de composants qui entretiennent des relations spécifiques et tous les éléments sont en interaction. Cela étant, le critère de l'ensemble formant un tout ordonné ne se vérifie pas dans le domaine du droit civil européen, car cet élément s'adresse à la structure du droit et il est à présent acquis que la structure du droit civil européen est double. Il est ainsi difficile de déterminer de façon unitaire ce qui appartient au système dans la mesure où ce dernier se compose de deux sous-systèmes et qu'il n'a pas de structure unique. Ainsi, l'essentiel du système ne réside plus dans l'unité mais dans les interactions entre les éléments appartenant aux deux sous-systèmes. Pour cette raison, il semble nécessaire de remanier la notion de système.

483. N'étant ni un « non-système », ni une simple compilation de normes, ni un système unitaire, le droit civil européen ne peut être révélé par le concept de système dont l'acception traditionnelle démontre ici ses limites. L'appellation « système » devrait pouvoir être employée pour déterminer tout ensemble composé d'éléments en interaction dès lors que ces relations ne se résument pas à une juxtaposition. Que l'ensemble forme un tout ordonné ne semble plus indispensable au système de droit. L'assemblage d'organisations ayant des buts différents, à court terme¹⁴¹³, et donc générant une certaine discontinuité¹⁴¹⁴ ne doit plus empêcher la qualification de système. La seule qualification mise à mal par un tel assemblage serait celle de système pyramidal, mais il existe d'autres formes de système envisageables en droit, dont le système en réseau, qui révèle de façon exacte la forme du droit civil

¹⁴¹¹ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴¹² R. GASSIN, « Système et droit », *op. cit.*, p. 356 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴¹³ Telle la protection des droits fondamentaux et le fonctionnement du marché intérieur.

¹⁴¹⁴ P. PONCELA, « Analyses systématiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 126.

européen¹⁴¹⁵. Considérer que l'unité, ou le tout ordonné, ne se présente plus comme un élément caractéristique du système revient à admettre la présence de conflits et de contradictions¹⁴¹⁶ au sein d'un même système alors que la théorie originelle les réfute¹⁴¹⁷. Par conséquent, ces conflits et contradictions présents en droit civil européen ne s'opposent pas à sa forme systémique.

484. Repenser le système en dehors de l'unité, c'est non seulement lui offrir une nouvelle structure en réseau, mais également admettre que les mécanismes d'élaboration du droit ou de fonctionnement puissent être différents au sein d'un même système qui ne se fonde plus alors sur la présence d'objectifs communs mais d'objectifs partagés¹⁴¹⁸. C'est précisément ce qui se passe pour le droit civil européen : il n'est pas de fonctionnement commun ou encore d'objectif commun propre à cette matière. En revanche, les objectifs sont partagés entre les deux ordres juridiques européens si bien qu'ils se complètent et régissent en matière civile la totalité de l'espace européen. En d'autres termes, le droit civil européen existe bien sous une forme d'ensemble, sans toutefois être unitaire. Il faut donc accepter ce système dans sa dualité et ne plus voir au travers de l'unité ou du « méthodiquement ordonné » le présupposé d'un système de droit.

2° Une tentative d'analyse systémique du droit civil européen

485. Une véritable analyse « systémique » suppose une connaissance approfondie des théories mathématiques indispensables au traitement des systèmes, ainsi qu'une parfaite maîtrise de la théorie des systèmes elle-même¹⁴¹⁹. Cette étude ne saurait avoir cette prétention, pas plus que celle d'appréhender de façon complète les interactions entre les éléments d'un droit aussi récent que le droit civil européen et sur lequel, pour l'heure, la doctrine ne s'est pas encore penchée.

¹⁴¹⁵ Ainsi, les auteurs pour lesquels le système ne peut être qu'unité opposent système et réseau. Toutefois, si l'on envisage une nouvelle notion de système, il n'est alors pas besoin d'opposer le système au réseau. Au contraire, il existera des systèmes en réseau et le réseau ne passera alors que pour une nouvelle structure offerte au système.

¹⁴¹⁶ P. PONCELA, « Analyses systématiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴¹⁷ « La notion de système suppose en effet un réseau de relations entre les éléments qui le composent et précisément les lacunes et incohérences sont la négation même de ces relations tandis que les contradictions constituent à leur tour un défi à la logique systémique », R. GASSIN, « Système et droit », *op. cit.*, p. 363.

¹⁴¹⁸ P. PONCELA, « Analyses systématiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴¹⁹ R. GASSIN, « Système et droit », *op. cit.*, p. 364. Voir également R. SEVE, « Système et Code », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 78 qui évoque la prédominance de la perspective mathématique.

486. Il est en revanche possible de présenter et d'accéder à une certaine connaissance du système de droit civil européen, à la dualité à présent reconnue. Cette dernière suppose d'ailleurs une dualité à tous les niveaux de l'appareil civil : élaboration des normes, processus dans lesquels les éléments se combinent, fonctionnement et structure. En revanche, les ressorts de ce système¹⁴²⁰ seront abordés dans la deuxième partie, consacrée à la description du droit civil européen. L'analyse systémique suppose trois séries d'opérations¹⁴²¹.

487. La première, réside dans l'identification et le dénombrement des éléments du système. Concernant le droit civil européen, ces éléments constituent les règles de droit envisagées jusqu'à présent au sein du double espace européen. Elles comprennent les règles de droit, et les prescriptions émanant des institutions communautaires comme du Conseil de l'Europe, tant en matière de famille, que de contrats ou de vie privée. Il faut ajouter à ces règles, plus ou moins contraignantes il est vrai, l'ensemble de la jurisprudence ayant une incidence en matière civile. Cette première étape de l'analyse systémique ne pose guère de problème en ce que les règles ont déjà été identifiées depuis le début de cette étude.

488. La deuxième étape se concentre sur la recherche de relations spécifiques susceptibles d'exister dans l'ensemble formé par ces éléments que sont ici les règles de droit. Dans un premier temps, il convient de se demander si ces règles se présentent comme un ensemble. Elles ne présentent pas de propriété commune dans la mesure où elles n'appartiennent pas toutes au même ordre. En cela, elles ne peuvent former une entité composée de parties intégrantes et susceptible d'être qualifiée d'ensemble. En revanche, étant faciles à identifier, elles peuvent tout à fait constituer un ensemble par simple énumération¹⁴²². Il est d'ailleurs procédé de la sorte depuis le début de cette étude ; les règles y sont énumérées : la directive 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ou encore la directive relative au droit au regroupement familial du 22 septembre 2003¹⁴²³. Dans un second temps, et pour ce qui relève des relations existant entre les éléments de l'ensemble, il est bien sûr impossible de les envisager toutes dans le détail. Une approche globale laisse en revanche entrevoir les deux sous-systèmes que sont le droit du

¹⁴²⁰ Selon l'expression utilisée par J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴²¹ En s'inspirant de la méthode suivie par R. GASSIN, « Système et droit », *op. cit.*, p. 360.

¹⁴²² K. PLESZKA et T. GIZBERT-STUDNICKI, « Le système du droit dans la dogmatique juridique », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁴²³ Directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*

Conseil de l'Europe et le droit communautaire. C'est donc aux relations entretenues par les deux sous-systèmes qu'il faut s'intéresser, sachant qu'il faut entendre par « relation » l'effet que l'un des deux systèmes est amené à donner aux normes de l'autre, comme par exemple lorsque la cour de Strasbourg cite un arrêt de la Cour de Luxembourg et réciproquement. Les relations, d'ailleurs multiples, entre les deux sous systèmes ne peuvent révéler une application d'exclusion ou de substitution. Pas davantage, le mode d'agencement entre les deux systèmes ne correspond à une relation principe/exception, soit une application dérogatoire. Au contraire, il s'agit en matière civile d'une application cumulative, ce qui semble logique puisqu'il n'est pas de choix à faire entre l'application des règles de l'un ou de l'autre : le but n'est pas commun et les compétences sont partagées. Il n'est donc pas d'empiétement du domaine d'un sous-système sur l'autre et par conséquent pas de substitution, mais au contraire une addition des règles. Les règles de l'un viennent étayer ou combler les lacunes des règles de l'autre et en cela s'ajoutent à elles. Il est toutefois possible de constater que le sous-système du Conseil de l'Europe s'en tient souvent à des questions importantes d'intérêt général¹⁴²⁴ et qu'il développe des standards et des principes directeurs qui vont être repris par le sous-système communautaire. Pour autant, il n'est pas envisageable de parler de relation de subordination.

489. Enfin, la troisième étape est la mise en évidence de la structure du système. Jusqu'à présent le système de droit civil européen se prêtait à une analyse systémique classique et rien ne révélait sa particularité par rapport à la définition traditionnelle du système. C'est précisément au travers de cette troisième étape que la distinction s'opère. Il n'est pas possible de mettre en évidence la structure supposée classique et unitaire du droit civil européen. En revanche, la structure en réseau de ce système, qui n'a pas de sommet¹⁴²⁵ ni d'élément premier, peut quant à elle être présentée. La structure en réseau s'oppose à la structure hiérarchique ou pyramidale, habituellement rencontrée en droit et qui n'est pas applicable au droit civil européen. Caractérisé par l'absence de régulateur central, le droit en réseau semble avant tout connaître des difficultés en terme d'action collective dotée d'un minimum d'institutionnalisation et de cohérence¹⁴²⁶. À défaut de celle-ci, il ne se présente pas comme un droit linéaire, c'est-à-dire à sens unique et sans rétroaction entre ses composants. Or, c'est précisément ce qui se passe en droit civil européen, caractérisé par les emprunts puis par la

¹⁴²⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ.* 2003, p. 766.

¹⁴²⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴²⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 31.

réappropriation de ces emprunts. En somme, le droit en réseau constitue un nouveau mode de production du droit¹⁴²⁷, dans lequel les systèmes juridiques sont imbriqués et les États en quête de rôle, ce qui remet en chantier la théorie générale et offre de nouvelles perspectives en matière de régulation et de gouvernance.

490. La forme du droit civil européen s'aligne sur la forme du droit en réseau. Il se compose d'une trame ou d'une structure, qui n'est pas unique mais composée de plusieurs éléments ou de points, souvent qualifiés de nœuds ou de sommets, reliés entre eux par des liens ou liaisons, assurant leur interconnexion ou leur interaction et dont les variations obéissent à certaines règles de fonctionnement¹⁴²⁸. Il ne connaît pas d'organisation centralisée, dans la mesure où l'organisation découle d'un fait de volonté et que cette volonté de créer un droit civil européen n'existe pas. Les éléments inférieurs de cette double structure sont constitués des droits nationaux. Ils contribuent à déterminer les éléments supérieurs¹⁴²⁹ c'est-à-dire les éléments du système - soient les règles de droit - et réciproquement. Ces éléments auront à leur tour une incidence sur les droits internes. De même, l'influence du droit international fait du droit civil européen un système ouvert¹⁴³⁰, perméable, réceptif à son environnement, auquel il emprunte et à l'inverse sur lequel il peut avoir également une incidence. Ce faisant, le système de droit civil européen se présente comme un système atypique eu égard au sens traditionnellement conféré à ce terme.

De telles particularités s'expliquent par l'origine de cette nouvelle branche de droit et son appartenance au droit européen.

B / Une singularité déduite de la bipolarité européenne

491. Les particularités du système de droit civil européen s'expliquent par le droit européen lui-même, dont la nature a imprégné la création civile. Aussi, le système de droit civil européen subit les incidences de la bipolarité européenne qui met à mal la structure classique pyramidale. De manière plus générale, l'aspect déstructurant du droit européen oblige à se détacher du sens traditionnel conférés à certaines notions, dont celle de système. Aussi faudra t'il s'arrêter successivement sur ces deux conséquences de la bipolarité que sont la mise à l'écart de la structure pyramidale (1°) et l'aspect déstructurant du droit européen (2).

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴²⁸ *Ibidem.*

¹⁴²⁹ Cf. *supra* chapitre I consacré à l'influence des droits nationaux sur les normes civiles européennes.

¹⁴³⁰ G. CANIVET parle ainsi de droit extraverti, susceptible d'être « ouvert aux échanges, influencé par les statuts, les procédures, les pratiques et la jurisprudence d'autres juridictions » (G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la "bénévolence" des juges », *op. cit.*, p. 800).

1° La mise à l'écart de la structure pyramidale

492. La dualité et, par là-même, la complexité structurelle du système civil européen n'ont en réalité rien de surprenant. Le droit civil européen ne peut se présenter comme un ensemble organisé et unifié de normes dans la mesure où le droit européen qui se trouve à sa source n'est pas lui-même ordonné et présente également une structure complexe¹⁴³¹. Le seul terme « droit européen » recouvre, en fonction des auteurs, diverses réalités. Ce simple problème de terminologie¹⁴³² est révélateur de la difficulté d'aborder ce droit dans une perspective unitaire. Sans unité dans la structure même du droit européen, le droit qui en découle est élaboré de la même façon. Dès lors, la double réglementation européenne a des répercussions sur le droit civil européen. L'absence d'unité est l'apanage du droit européen puisque ce dernier provient de deux branches distinctes que sont le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme. Par conséquent, tout droit résultant de cet assemblage d'institutions à but et fonctionnement divergents porte l'empreinte de cette discontinuité.

493. À moins d'un changement radical dans l'organisation du droit européen, cette bipolarité s'imposera encore longtemps comme caractéristique du droit européen et se retrouvera dans les droits élaborés au sein de ce système original. D'ailleurs, le droit social européen ou le droit pénal européen connaissent exactement le même défaut d'unité que le droit civil européen. Tous deux s'élaborent de manière analogue en dehors d'une structure pyramidale puisqu'ils ne découlent pas d'une norme supérieure unique. À l'instar du droit civil européen, ces droits ne forment pas un tout ordonné. Ils n'en constituent pas moins de vrais droits, à cette différence près que leur forme systémique porte l'empreinte de la bipolarité européenne. Il est ainsi possible de transposer le raisonnement relatif au droit civil européen aux autres branches du droit européen, dans la mesure où leur existence ne s'impose pas davantage que celle du droit civil européen. Confrontés aux mêmes écueils, ils mériteraient de faire l'objet d'une réelle démonstration menant à la qualification de droit et de système de droit. Pourtant, les auteurs ne semblent pas soucieux d'une telle vérification et prennent pour acquise la qualification de droit¹⁴³³ sans autre précision. Qu'il nous soit pourtant permis de douter, en matière sociale notamment, du fait que le droit européen se présente comme une réelle source de droit au sens « créateur » du terme. À l'identique, en

¹⁴³¹ Voir en ce sens V. LASSERRE-KIESOW (« L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279) qui évoque la mise à mal de l'unité propre au système juridique, de la pyramide des normes et de l'ordonnement des sources.

¹⁴³² Le droit européen signifie-t-il droit du Conseil de l'Europe, droit communautaire, les deux ?

¹⁴³³ Toujours envisagé comme le droit objectif.

matière pénale, il reste à savoir s'il existe seulement un ensemble de règles ou si cet ensemble constitue un droit. Par conséquent, il est surprenant de constater l'utilisation des termes « *droit pénal européen* », « *droit européen du travail* »¹⁴³⁴, « *droit administratif européen* »¹⁴³⁵, parfois même en guise d'intitulé de manuel¹⁴³⁶, sans justification propre à l'existence de tels droits¹⁴³⁷. Parfois encore, certains auteurs s'appliquent à démontrer l'existence d'une branche supposée de droit européen en ne prenant en considération dans leur étude qu'un seul des ordres européens, c'est-à-dire soit le droit communautaire soit le droit du Conseil de l'Europe. Ainsi, une étude a pu être consacrée au droit européen des sociétés alors même qu'elle ne traitait que du droit communautaire¹⁴³⁸. Évoquer le droit pénal européen ou le droit européen du travail nécessite de démontrer leur existence. Cela étant, au même titre que le droit civil européen, ils constituent des droits et tendent par la même à modifier l'acception classique du système de droit : ils ne sont pas plus unifiés que le droit civil européen. En fait, il s'agit là d'une caractéristique de tous les systèmes de droit qui se forment dans le giron du droit européen.

494. La mise à l'écart de la structure hiérarchique ou pyramidale¹⁴³⁹ n'est toutefois pas néfaste. Idéalement, droit communautaire et droit du Conseil de l'Europe sont différents par leur nature, leurs missions et leurs moyens. En cela, ils se complètent. Dès lors, les deux sous systèmes se présentent comme nécessaires, chacun ayant sa propre approche du droit créée pour aboutir à une matière globale, que ce soit du droit civil ou du droit pénal européen. En

¹⁴³⁴ L. LEVENEUR, « Le Code civil et le droit communautaire », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 931.

¹⁴³⁵ G. MARCOU, « L'avenir des États dans l'Union européenne : une approche par le droit et les institutions », dans M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 174.

¹⁴³⁶ J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen, op. cit.* Dans cet ouvrage ; les auteurs donnent une définition du droit pénal européen mais ne semblent pas s'étonner outre mesure de l'existence d'un droit à cheval sur deux ordres juridiques ni s'interroger sur sa cohérence. Il y est juste question de la « diversité » (p. 8) du droit pénal européen, sans autre démonstration quant à son existence.

¹⁴³⁷ *Contra* V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés, op. cit.*, dans lequel l'auteur veille à justifier l'emploi du terme « droit européen des sociétés » alors même qu'il ne vise que le droit communautaire.

¹⁴³⁸ H. LE NABASQUE, « Un droit européen des sociétés ? » dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 78 ; de même cf. T. REVET, « Un droit européen du travail ? », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen, op. cit.*

¹⁴³⁹ Sur la pyramide de l'ordre juridique (que l'auteur tient pour synonyme de système), cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 224 : « Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport de supériorité-subordination. La norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments, qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ».

théorie, l'hypothèse d'affrontements entre les architectes du droit ne se présente pas dans le système pyramidal. La bipolarité ne l'autorise pas davantage. Elle ne dessert pas le contenu et l'efficacité du droit en cause, à condition bien sûr qu'une coopération soit mise en place, ce qui pour l'heure manque encore au droit civil européen¹⁴⁴⁰, à l'instar de la coopération mise en place en matière pénale. De façon générale, la singularité résultant de la bipolarité européenne confère au droit européen un aspect déstructurant qui ne se limite pas à la seule forme du système de droit.

2° L'aspect déstructurant du droit européen

495. Le remaniement imposé de la notion de système s'explique par la singularité du droit européen. Le droit civil européen a hérité d'autres traits du droit européen qui ne facilite pas sa reconnaissance. Il ne faut pas oublier, à l'examen du droit européen ou d'un élément en résultant que ce droit se situe à mi-chemin entre droit national et droit international, sans être clairement l'un ou l'autre, mais en empruntant aux deux à la fois. Cette nature hybride marque singulièrement à la fois son fonctionnement et son contenu et justifie le renoncement de certains à aborder le droit européen de manière systémique. Certains auteurs affirment ainsi que le droit européen semble offrir peu de prise à des études théoriques en ce qu'il serait trop spécifique ou singulier¹⁴⁴¹. En ce sens, le droit de l'Union européenne a pu être comparé à une énigme¹⁴⁴². En réalité, ce n'est pas que le droit européen ne se laisse pas théoriser, c'est surtout qu'il remanie des concepts élémentaires qu'il oblige à repenser. Il est le résultat concentré d'évolutions actuelles qui ne se perçoivent qu'en pointillés à l'échelon national tel le droit en réseau ou le droit mou. En cela, le droit civil européen manifeste l'expression de ces évolutions. Puisque l'Union européenne institue une nouvelle forme d'organisation politique, il est envisageable qu'elle génère un système tout aussi particulier¹⁴⁴³. Initialement, le droit communautaire ressemblait si peu à la vision classique du droit qu'il se trouvait comparé à de l'infra droit. Ainsi était-il question de « *l'utopie communautaire* »¹⁴⁴⁴. Il ne

¹⁴⁴⁰ Même si l'objectif de coopération judiciaire civile est mentionné aux articles 61 et 65 TCE, ce n'est pas la coopération conseil de l'Europe / Europe communautaire qui se trouve visée.

¹⁴⁴¹ V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁴² O. DUBOS, « L'Union européenne : sphinx ou énigme ? », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.* De même, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA reconnaît le caractère inédit de l'ordre juridique communautaire et de la construction communautaire, (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE* 2004, n° 1, p. 72).

¹⁴⁴³ Voir O. DUBOS, « L'Union européenne : sphinx ou énigme ? », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁴⁴ Expression attribuée à A.-J. ARNAUD, citée dans F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 168.

viendrait pourtant à l'idée de personne aujourd'hui de contester sa nature juridique et s'il fait parfois l'objet de critiques virulentes¹⁴⁴⁵, c'est toujours en tant que droit.

496. Le droit européen, dans sa branche du Conseil de l'Europe ou communautaire, présente un caractère collectif et multilatéral¹⁴⁴⁶ qui bouscule certains présupposés à l'égard du droit, ce dernier présentant en général les caractères inverses. Par conséquent, le droit européen possède un effet déstructurant sur des notions pourtant acquises et entraîne la rupture de schémas perçus comme monolithiques¹⁴⁴⁷. « *L'Europe a vocation à produire des hybrides, des textes hétérogènes, inspirés par différentes traditions juridiques, "bricolant" des concepts afin de construire une norme commune sans sacrifier à l'une ou à l'autre* » explique M. Delmas-Marty¹⁴⁴⁸. Il est bien évidemment impossible de dresser une liste exhaustive de toutes les mutations engendrées par le droit européen. Les notions de droit, de système, de code et de droit civil, rencontrées dans cette étude, en constituent des exemples et viennent illustrer ces changements.

497. Le droit européen n'a rien de commun avec la notion de droit telle que l'entend un juriste français. « *Il est vrai aussi que nous n'aboutirons peut être pas à un droit tel que nombre de juristes français l'affectionnent : rationnel, cohérent et systématisé, en un mot dogmatique(...) certains refuseront alors de parler de "droit" européen à propos de ce droit pluraliste...* »¹⁴⁴⁹. Aussi, le droit européen a permis à la notion de droit d'évoluer et de s'éloigner de la vision restrictive du droit unifié. Cette approche, très centralisée, répond à une problématique nationale mais pas à la perspective européenne. La notion de droit s'est ainsi trouvée enrichie par le droit européen, droit ni unifié, ni entièrement diversifié. Pour qualifier le droit européen de droit, il a été nécessaire de se départir de son acception traditionnelle.

498. La notion de système se trouve elle aussi adaptée au droit européen. Il met un terme à son acception essentiellement interniste. Le défaut d'unité en droit européen, et par

¹⁴⁴⁵ Pour la plus célèbre voir B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, chron., p. 73.

¹⁴⁴⁶ Selon l'expression de L. CONSTANTINESCO, qui concerne en particulier le droit communautaire (L. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *op. cit.*, p. 15).

¹⁴⁴⁷ L. MOCCIA, « Du "marché" à la "citoyenneté" : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *op. cit.*, p. 302.

¹⁴⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, « Quand le Traité constitutionnel renvoie au « flou » du droit », dans E. COSSE et O. DOUBRE, *op. cit.*

¹⁴⁴⁹ C. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, *op. cit.*, p. 60.

conséquent dans les branches du droit qui en découlent, résulte simplement du manque de souveraineté autour duquel se construit ce droit. Il paraît ainsi extrêmement délicat de déplacer une définition élaborée dans un contexte particulier dans un autre environnement. La notion de système est fréquemment liée à l'État¹⁴⁵⁰ si bien que transposée en droit européen, soit elle amène à constater l'impossibilité de tout système, soit elle implique d'être adaptée au contexte et se trouve amputée d'un de ses éléments constitutifs, à savoir l'unité. Le droit international est un droit alors même qu'il n'est pas de législateur unique, tout comme le système de droit civil européen peut exister sans unité. De ce fait, la notion de système s'adapte au phénomène actuel d'altération de la souveraineté des États et de confusion des normes¹⁴⁵¹. L'affaiblissement des États¹⁴⁵² ne doit pas faire disparaître la notion de système qui doit évoluer et s'adapter aux nouveaux droits auxquels elle est susceptible de s'appliquer. Il convient donc de se défaire de l'association système de droit – unité lorsque cette notion se trouve appliquée au droit européen ou à ses composants. Certes, cette redéfinition relève d'une démarche complexe dans la mesure où elle impose d'adapter les notions à l'objet qu'elles qualifient. Cette prudence paraît néanmoins indispensable et représente la contrepartie de la liberté prise de faire des comparaisons qui n'ont pas toujours lieu d'être. Il n'est rien de naturel à vouloir trouver dans le droit civil européen une structure similaire à celle d'un droit civil national. Pas davantage, sa cohérence ne doit être comparée avec celle des droits positifs internes. Le droit civil européen constitue donc un système atypique qui ne pourra être reconnu qu'au prix de la remise en cause des catégories habituelles. Il est certes possible qu'au même titre que le droit européen, il soit à la recherche d'un ordre¹⁴⁵³, mais cela ne doit pas empêcher sa qualification de système.

499. S'il est besoin d'un autre exemple révélant le caractère déstructurant du droit européen, il peut être également nécessaire de parler du rôle minimisé de la codification. L'idée même d'élaborer un code n'a pas du tout les mêmes implications qu'il s'agisse d'une approche interne ou européenne. D'une valeur quasi sacramentale en droit national, français tout au moins, le code peut ne constituer que le socle d'un droit en cours d'élaboration en

¹⁴⁵⁰ Cf. M. TROPER, « Système juridique et État », dans *Le système juridique*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁵¹ M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Affaiblissement des États, confusion des normes », dans M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 163.

¹⁴⁵² Soit ce que O. DE SCHUTTER nomme « le dépassement du paradigme de la souveraineté étatique » (O. DE SCHUTTER, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des États au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », dans G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2002, p. 223).

¹⁴⁵³ P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la notion de hiérarchie des normes en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 88.

droit européen¹⁴⁵⁴. Ainsi, l'approche nationale de la codification ne peut être transposée en droit européen puisqu'elle est censée rendre possible un contrôle logique de la cohérence des règles¹⁴⁵⁵ alors précisément que les règles de droit civil européen ne le sont pas pour l'instant. F. Ost et M. Van de Kerchove se demandent ainsi si les quatre paradigmes sur lesquels reposait l'entreprise de codification à l'époque où elle triomphait à savoir, monisme juridique, monisme politique, rationalité déductive et linéaire, temporalité prométhéenne, ne sont pas profondément altérés aujourd'hui¹⁴⁵⁶. Il est évident que la qualification de code apparaît plus restreinte en droit communautaire qu'en droit national. Le même mot ne connaît pas la même portée suivant le système dans lequel il est employé et il n'a pas, en droit européen, cette fonction de pilier que certains ont voulu lui attribuer en droit interne¹⁴⁵⁷.

500. Enfin, c'est l'acception même du droit civil que le droit européen impose de repenser. Elle n'est pas identique selon qu'elle est invoquée dans le cadre national d'un État souverain ou dans un cadre international régional, car c'est bien de cela qu'il s'agit en droit européen : un droit civil régional. Dans une telle perspective, le rôle et l'importance du droit civil correspondent à des besoins ciblés qui ne sont pas les mêmes que ceux d'un État, à la fois spatialement et temporellement. Il s'avère en effet que les droits civils nationaux sont pour la plupart des droits assez anciens. Si le terme de futur ordre juridique civil européen est employé¹⁴⁵⁸, il ne recouvre pas les mêmes réalités que le droit civil national, droit commun par excellence et référence centrale du droit privé. Ainsi, de toute évidence, le droit civil ne constitue plus une « *référence identifiée en tant que telle dans la société française* »¹⁴⁵⁹. En droit européen, il ne constitue pas le droit commun, il n'est qu'une branche du droit. Ni plus complet, ni plus ancien que les autres droits que sont le droit pénal et le droit du travail européen, il ne bénéficie d'aucune supériorité ni prévalence sur ces derniers. Le droit européen oblige à appréhender d'une nouvelle façon la notion de droit civil et c'est en cela qu'il est évidemment déstructurant.

¹⁴⁵⁴ Qu'il s'agisse du code européen de la consommation ou du code des obligations, aucun des deux droits ne répondait à la maturité du droit civil français lorsque le code Napoléon a été envisagé.

¹⁴⁵⁵ F. MODERNE, « P. BOURDIEU et la codification : regards d'un juriste de droit public », *op. cit.*, p. 1065.

¹⁴⁵⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁵⁷ H. J. SONNENBERGER, « Code civil et bürgerliches Gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, *op. cit.*, p. 1011.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 1012.

¹⁴⁵⁹ Cf. J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « Le droit civil de la volonté politique à la demande sociale », *op. cit.*

501. En définitive, quelle est la singularité du système de droit civil ? Elle correspond exactement à la singularité du droit européen lui-même : construit autour d'une ambition idéaliste qui est celle de l'harmonisation des droits matériels des États membres de l'Union, la devise du droit européen pourrait être « l'entre-deux » : entre deux ordres juridiques européens, entre diversité et unité. Si, comme il a pu être affirmé, l'Union européenne n'a pas à être l'unité européenne¹⁴⁶⁰, pas plus qu'il n'est possible de prétendre ramener la diversité à l'absolue unité¹⁴⁶¹, le droit européen n'est pas à la recherche d'une unité qui ne lui siérait pas. Il faut donc accepter les conséquences que cette quête d'équilibre et cet entre-deux permanent entraînent sur certaines notions du droit. Alors, il sera permis d'accepter le nouveau visage du « système » amené par le droit européen et c'est seulement à cette condition que le droit civil européen pourra être reconnu. Il est donc possible de se passer de l'unité du système de droit civil européen et d'accepter le fait qu'elle ne soit plus indispensable à l'élaboration d'un système puisque la structure se forme en réseau. Une autre caractéristique du système de droit civil européen appelle en revanche une amélioration, il s'agit de son incohérence.

§ II - Un système en quête de cohérence

502. L'incohérence n'empêche pas l'existence d'un système juridique. Elle limite toutefois son efficacité en le privant de rigueur et, à terme, le condamne à se dégrader. Par conséquent, l'espace civil européen nécessite d'être amélioré. Il apparaît ainsi opportun d'examiner les diverses voies susceptibles de favoriser la cohérence de ce système. Composé de diverses institutions, méthodes, objectifs et instruments, la recherche de cohérence devra être envisagée alternativement au niveau de la construction théorique (A) du droit civil européen, puis au niveau de son exécution pratique (B).

A / Une recherche de cohérence dans la construction théorique du droit civil européen

503. Vouloir rendre plus cohérente la construction théorique du droit civil européen revient à s'intéresser à sa structure. À ce titre, il faut préciser que l'évolution et l'aménagement d'un droit se trouvent toujours liés à une orientation politique. Il apparaît donc nécessaire de favoriser l'éclosion d'une nouvelle politique civile, moins aléatoire et plus cohérente que celle qui existe à ce jour. Dans cette perspective, diverses possibilités doivent

¹⁴⁶⁰ P. LEGRAND, « Le primat de la culture », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Économica, 1998, p. 19.

¹⁴⁶¹ J. CARBONNIER, « Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804 », *op. cit.*

être envisagées. De prime abord, la construction théorique d'un droit civil plus cohérent passe par l'existence d'une base juridique explicite (1°). Par ailleurs, seul un fondement juridique unique conférerait au droit civil européen l'impulsion nécessaire à sa cohérence (2°).

1° La nécessité d'une base juridique

504. Trouver une base juridique à cette matière émergente qu'est le droit civil européen revient à réclamer un accord politique préalable. Cette démarche suppose à l'origine une prise de conscience quant à l'existence d'un droit civil européen. Là se situe la première étape essentielle de la création d'un espace civil européen cohérent. Les différents organes de production du droit au niveau européen doivent prendre conscience qu'une nouvelle branche du droit est apparue. Alors seulement, ils pourront envisager ce droit de façon globale, sur le long terme, et faire cesser les mesures ponctuelles qui génèrent répétitions et contradictions. L'absence de réflexion approfondie relative au droit civil européen empêche de mettre fin aux incohérences. Comprendre que cette matière existe permet de réaliser que le droit civil n'appelle plus seulement une gestion nationale mais également européenne. Seule une volonté politique affirmée assurera aux décisions européennes une réelle effectivité. Sans cette volonté, il n'y aura guère de coopération entre les États et il sera alors difficile d'assurer le respect d'un principe tel que celui, entre autres, de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice. Certes, reconnaître une base juridique au droit civil européen nécessite quelques agencements au regard des Traités. Des problèmes de compatibilité entre ce droit et les principes de subsidiarité et de proportionnalité peuvent notamment se poser. Toutefois cette voie de mise en cohérence paraît possible si une volonté politique en ce sens émane des autorités européennes.

505. Clarifier le rapport entre le droit communautaire et le droit civil semble indispensable. Il est nécessaire d'attribuer à l'Union une compétence explicite en matière civile, sans pour autant qu'il s'agisse de lui conférer des pouvoirs supplémentaires. Il suffit de légitimer une situation de fait au regard de laquelle l'Union intervient déjà en matière civile mais sur des bases contestables et incertaines. Établir l'existence d'une compétence communautaire spécifique pour agir dans le domaine civil, tout en encadrant cette nouvelle attribution, paraît ainsi une voie appropriée. Or, une compétence spécifique réclame un texte particulier, ce que ne sont pas pour l'instant les prétendues bases juridiques des normes civiles.

506. L'article 95 TCE ne vise pas spécifiquement le droit civil mais le fonctionnement du marché intérieur. La question reste entière de savoir si, comme cela a déjà été évoqué, la diversité des droits civils constitue un obstacle à la libre circulation et porte atteinte à la libre concurrence¹⁴⁶². Si ce texte justifie une compétence en matière de droit de la consommation et éventuellement en droit des contrats, il ne permet pas l'édiction de normes en matière de droit des personnes ou de la famille¹⁴⁶³. L'article 95 ne peut donc pas servir de base juridique à l'élaboration d'un droit civil européen. L'article 65 TCE, quant à lui, ne concerne que les mesures de coopération judiciaire transfrontalière. Enfin, L'article 308 du même Traité ne peut constituer le texte spécifique envisagé pour le droit civil dans la mesure où, justement, il intervient lorsque le Traité ne prévoit aucune compétence spécifique. La clause d'adaptation qui permet au Conseil, à l'unanimité, de prendre toute disposition pour réaliser l'un ou l'autre des objets de la Communauté dans le cas où le traité n'aurait pas prévu de pouvoirs d'action spécifiques, ne peut fonder l'intégralité du droit civil européen. Il conviendrait donc d'élaborer une disposition relative au droit civil¹⁴⁶⁴ et le plus logique, eu égard aux objectifs, actions et fonctions de l'Union, serait sans doute de faire entrer l'instauration d'une société civile dans les objectifs à atteindre, c'est-à-dire de compléter l'article 2 du Traité. L'avantage résultant de l'ajout d'un objectif serait de déterminer la procédure législative à suivre dans le domaine civil. En effet, à ce jour, les procédures sont diverses et l'unanimité, qui demeure dans une large mesure la règle, constitue une contrainte importante puisqu'elle revient à accorder un droit de veto à chaque État. Faire entrer la protection de nature civile dans les objectifs de l'Union permettrait ainsi de clarifier les dispositions procédurales. Le droit civil européen gagnerait également en cohérence à jouir d'un fondement juridique unique.

¹⁴⁶² N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *op. cit.*, p. 12 ; *id.*, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, à propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats » *LPA*, n° 235, 26 novembre 2001 et n° 236, 27 novembre 2001, p. 4. Voir aussi la Communication 2001/398 final de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, du 11 juillet 2001, *JO C* 255 du 13/09/2001, p. 1.

¹⁴⁶³ D'autant plus au regard de l'arrêt rendu par la CJCE 5 octobre 2000 affaire C- 376/98, République fédérale d'Allemagne c/ Parlement et Conseil, *op. cit.*

¹⁴⁶⁴ Même si l'on sait que la CJCE est susceptible de contourner les compétences explicites comme elle a pu le faire en matière pénale dans l'arrêt Commission contre le Conseil du 13 septembre 2005 (CJCE 13 septembre 2005 affaire C- 176/03, Commission c/ Conseil, *D.* 2006, n° 19, p. 1259, note C. NOURISSAT; *Europe* 2005, comm. 369, note D. SIMON) la matière civile gagnerait en légitimité à posséder une base textuelle.

2° La nécessité d'un fondement juridique unique

507. Ce fondement pourrait être découvert dans les droits fondamentaux. Si le droit civil était fondé, de façon reconnue, sur ces dispositions primordiales, elles pourraient lui servir de ligne directrice, de matrice commune. L'espace civil européen puiserait alors ses principes généraux au sein du même noyau dur et les incohérences s'en trouveraient limitées. La mise en ordre se renforcerait si l'adhésion de l'Union à la Conv EDH venait s'ajouter à ce fondement. Elle permettrait de garantir l'entente des deux ordres européens en matière de droits de l'homme. Ainsi faudra-t-il aborder tout d'abord le fondement des droits fondamentaux (a) avant de l'assortir d'une adhésion de l'Union à la Conv EDH (b).

a. Le fondement des droits de l'homme

508. P. Glaudet mentionne ce fondement lorsqu'il affirme que « *le Code européen des contrats n'est pas une utopie ; le Code civil européen le reste, à moins que les droits fondamentaux ne préparent son avènement* »¹⁴⁶⁵. Une relation s'est établie entre le droit civil européen et les droits fondamentaux, même si elle n'est pour l'heure qu'implicite. Les droits fondamentaux constituent la plus value essentielle du droit européen et c'est dans leur protection que s'inscrit la seule légitimité possible du droit civil européen¹⁴⁶⁶. Leur relation est double : le droit civil permet aux droits fondamentaux de trouver des applications concrètes entre particuliers mais également entre État et ressortissant. Le droit civil, pour sa part, a pu se développer en droit européen grâce aux droits fondamentaux, parce qu'il était conforme à leurs exigences primordiales. Les droits fondamentaux offrent un mode de pensée commun et pourraient constituer la jonction entre des droits nationaux nécessairement différents. À l'inverse, respectueux des traditions nationales, ils n'imposeraient pas non plus une uniformisation complète. Si les droits fondamentaux pouvaient constituer les principes sous-tendant l'élaboration et l'interprétation du droit civil européen, bon nombre de contradictions et de lacunes disparaîtraient. Ainsi, les concepts de bonne foi, de dommage, de réparation, de mariage, de famille, seraient interprétés en fonction des traités relatifs aux droits fondamentaux et des principes en découlant. Les droits fondamentaux insufflent aux États européens une orientation commune, un esprit, un système de valeurs susceptible de fonder le droit civil européen.

¹⁴⁶⁵ P. GLAUDET, « Le Code civil européen : une utopie ? », *op. cit.*, p. 38.

¹⁴⁶⁶ Comme cela a pu être envisagé pour le droit pénal européen, cf. G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2002, p. 176.

509. La reconnaissance et le renforcement des principes fondamentaux communs aux États membres comme soubassement du droit civil européen favorisent déjà les rapprochements¹⁴⁶⁷, en particulier au sein des jurisprudences des deux Cours européennes. L'entente entre la CJCE et la Cour EDH se déduit des nombreuses références réciproques mentionnées dans les arrêts. En premier lieu, la CJCE s'inspire explicitement de la Conv EDH et des arrêts de la Cour de Strasbourg¹⁴⁶⁸. Le fait que le droit communautaire se dote de son propre instrument de garantie des droits fondamentaux¹⁴⁶⁹, à savoir la Charte des droits fondamentaux, ne semble pas avoir entamé le rayonnement de la Conv EDH sur le droit communautaire¹⁴⁷⁰. De nombreuses affaires illustrent la proximité entre les deux juridictions. Il faut citer l'arrêt *Grant*¹⁴⁷¹ dans lequel la CJCE ne considère pas comme une discrimination le refus d'octroyer des droits identiques à un couple marié ou à un couple non marié mais de

¹⁴⁶⁷ C'est également ce qu'affirme H. BOSSE PLATIÈRE, « Le droit de la famille et la construction d'un espace judiciaire européen », dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001. L'auteur admet notamment que cette cohésion puisse provenir des droits fondamentaux dans le domaine du droit de la famille. En ce sens voir aussi S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, *op. cit.*, p. 524.

¹⁴⁶⁸ Cette influence de la Conv EDH ressort explicitement de l'arrêt *Ert* qui ne concerne toutefois pas le droit civil mais qui apparaît ici comme l'arrêt de référence. Dans cet arrêt, le juge communautaire affirme que « selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. (...) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme revêt, à cet égard une signification particulière » (CJCE 18 juin 1991 affaire C- 260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, *Rec.* p. 2925, point 41 de l'arrêt).

¹⁴⁶⁹ Instrument que la CJCE utilise considérablement : CJCE 27 juin 2006 affaire C- 540/03, *Parlement c/ Conseil*, points 38 et 58 de l'arrêt, *Europe* 2006, n° 8, comm. 236, note F. KAUFF-GAZIN.

¹⁴⁷⁰ F. SUDRE affirme à propos de l'influence de la Conv EDH sur le droit communautaire que « la Convention fait bien office de source de la légalité communautaire » (F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 9). Ses propos se trouvent confirmés par de nombreux arrêts de la CJCE, qui viennent illustrer le rôle et l'influence de la Cour EDH. Déjà, lors de l'arrêt *Nold contre la Commission*, en matière de droit de propriété, l'influence de la Conv EDH était clairement perceptible. La Cour y précise que « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire » (CJCE 14 mai 1974 affaire C- 4/73, *J. Nold c/ Commission*, point 13 de l'arrêt, *Rec.* p. 491). Elle cite d'ailleurs précisément la Conv EDH parmi les instruments dont elle doit tenir compte.

Encore en matière de droit de propriété, l'arrêt *Hauer* du 13 décembre 1979 démontre l'influence de la Conv EDH sur le droit communautaire. La CJCE s'inspire directement de l'article 1 du protocole 1 de la Conv EDH relatif à la protection de la propriété. Cet article est expressément reproduit, et ce dans son intégralité c'est-à-dire y compris le paragraphe second mentionnant les restrictions et les formes d'atteintes possibles au droit de propriété (CJCE 13 décembre 1979 affaire C- 44/79, *L. Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, point 19 de l'arrêt, *Rec.* p. 3727). La Cour précise que « le deuxième alinéa de l'article 1 du protocole contient à cet égard une indication importante en ce sens qu'elle reconnaît aux États le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Ainsi le protocole admet dans son principe le caractère licite de restrictions apportées à l'usage de la propriété » (CJCE 13 décembre 1979 affaire C- 44/79, *L. Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, point 19 de l'arrêt, *op. cit.*). La CJCE, dans cet arrêt, s'est donc appuyée sur la Conv EDH afin de parvenir à la conclusion que les restrictions à la plantation nouvelle de vignes constituaient un type de restriction connu et admis comme légitime au droit de propriété (CJCE 13 décembre 1979 affaire C- 44/79, *L. Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, point 22 de l'arrêt, *op. cit.*).

¹⁴⁷¹ CJCE 17 février 1998 affaire C- 249/96, *Grant c/ South-West trains Ltd*, *Rec.* p. 621; *RTDH* 1999, p. 399, note P. LENOIR.

sexe différent et à un couple composé de deux personnes de même sexe. Dans cet arrêt, la Cour de justice examine largement la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme ainsi que l'interprétation donnée par la Cour EDH du droit de se marier qui, rappelle la CJCE, « *ne vise que le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent* »¹⁴⁷². Le juge communautaire fait ainsi appel à la jurisprudence de la Cour EDH afin de rendre sa décision. Un tel procédé se trouve également utilisé dans un arrêt rendu le 27 juin 2006¹⁴⁷³. Afin d'interpréter la directive 2003/86 relative au regroupement familial, la Cour de justice prend largement en compte la Cour EDH et fait référence à pas moins de quatre arrêts rendus de la juridiction strasbourgeoise. L'arrêt *Sen contre les Pays Bas* est particulièrement examiné par la Cour de justice qui s'en inspire largement et reprend d'ailleurs *in extenso* une partie de ses développements¹⁴⁷⁴.

510. Le juge communautaire reprend également, dans l'arrêt *X contre la Commission* du 5 octobre 1994¹⁴⁷⁵, un raisonnement découlant de l'interprétation de l'article 8 de la Conv EDH¹⁴⁷⁶. Après avoir fait référence à cette disposition¹⁴⁷⁷, la Cour de justice affirme que « *toutefois, selon la jurisprudence de la Cour, des restrictions peuvent être apportées aux droits fondamentaux, à condition qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit protégé* »¹⁴⁷⁸. La Cour fait ici application, presque explicitement, du paragraphe 2 de l'article 8 de la Conv EDH. Cette tendance de la CJCE permet d'affirmer qu'elle procède réellement à une « exploitation littérale »¹⁴⁷⁹ de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il en a encore été de même dans l'arrêt *Konstantinidis*, rendu par la Cour de justice le 30 mars 1993¹⁴⁸⁰, s'agissant cette fois de la protection du nom en droit communautaire. Dans cet arrêt, le juge communautaire se fonde

¹⁴⁷² CJCE 17 février 1998 affaire C- 249/96, *Grant c/ South-West trains Ltd*, points 33 et 34 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁴⁷³ CJCE 27 juin 2006 affaire C- 540/03, *Parlement c/ Conseil*, *op. cit.*

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, points 54 et 55 de l'arrêt.

¹⁴⁷⁵ CJCE 5 octobre 1994 affaire C- 904/92, *X c/ Commission*, *Rec.* p. 1214 ; *RUDH* 1994, p. 424.

¹⁴⁷⁶ La CJCE statuait alors sur une question d'atteinte au droit au respect de la vie privée par une visite médicale d'embauche. Or, l'article 8 de la Conv EDH garantit dans un premier paragraphe le droit au respect de la vie privée et familiale et envisage dans un second les restrictions à ce droit. Ainsi, « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi, et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁴⁷⁷ CJCE 5 octobre 1994 affaire C- 904/92, *X c/ Commission*, point 17 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁴⁷⁸ CJCE 5 octobre 1994 affaire C- 904/92, *X c/ Commission*, point 18 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁴⁷⁹ Selon l'expression employée par C. PICHERAL dans C. PICHERAL et H. SURREL (dir.) « Droit communautaire des droits fondamentaux », *RTDH* 2004, p. 723.

¹⁴⁸⁰ CJCE 30 mars 1993, affaire C- 168/91, *Konstantinidis*, *Rec.* p. 1191 ; *RTDH* 1994, p. 455, note J.-F. FLAUSS.

sur l'article 8 de la Conv EDH afin de reconnaître le droit au respect de l'intégrité du nom en tant que droit fondamental. La Cour de justice anticipe sur les solutions de la Cour européenne en se ralliant à des décisions favorables au droit au nom, déjà rendues par la Commission. Il s'agissait des avis relatifs aux affaires *Burghartz contre la Suisse* et *Stjerna contre la Finlande*. Comme l'avance J. Raynard, « les arrêts de la CJCE ne se réfèrent plus aux principes généraux du droit communautaire mais à la Convention elle-même »¹⁴⁸¹ et c'est précisément à ce moment qu'on mesure l'effet harmonisateur des droits fondamentaux¹⁴⁸².

511. On constate également une large imprégnation de la jurisprudence de la CJCE par la Cour EDH, ce qui confirme que le rapprochement favorisé par les droits fondamentaux ne s'effectue pas à sens unique. Dans l'arrêt *Stec et autres contre le Royaume-Uni*¹⁴⁸³, la Cour de Strasbourg rejette une demande tenant à constater une discrimination dans le cadre d'allocation de retraite. Pour ce faire, elle fait explicitement référence à une directive communautaire, en l'espèce la directive 79/7 qui concerne la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸¹ J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 1999, p. 921.

¹⁴⁸² Le dernier exemple illustrant cette entente doit être tiré de l'arrêt *Krombach contre Bamberski* de la CJCE du 28 mars 2000 (CJCE 28 mars 2000 affaire C- 7/98, *Krombach c/ Bamberski*, Rec. p. 1935 ; Europe 2000, comm. n° 157, note L. IDOT ; RCDIP 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; JCP 2001, éd. G, II, 10607, note C. NOURISSAT ; RTD civ 2000 p. 944, obs. J. RAYNARD). La présente affaire concernait un ressortissant allemand condamné par contumace en France pour l'homicide involontaire de sa belle fille, ressortissante française, décédée au domicile du requérant en Allemagne. Le requérant fut également condamné par contumace à verser 350000F au père de la victime, partie civile dans la procédure française. Une question préjudicielle était posée à la CJCE relative à l'interprétation de l'article 27. 1 de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Les décisions ne sont pas reconnues : 1. si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis (...) »). M. Krombach ayant refusé de comparaître, et s'agissant d'une infraction volontaire, la juridiction française avait refusé sa défense par un avocat. Une telle hypothèse empêchait-elle la reconnaissance et l'exécution du jugement français par les autorités allemandes eu égard à la clause d'ordre public insérée à l'article 27 de la Convention ? Pour J. Raynard, l'article II du premier protocole ajouté à la Convention, aurait pu conduire à la reconnaissance et l'exécution en Allemagne du jugement rendu en France. Contre toute attente, la CJCE estime que « le juge national d'un État contractant est en droit de considérer que le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats constitue une violation manifeste d'un droit fondamental et justifie que le juge de l'État requis puisse de ce fait refuser l'exécution de cette décision » (Selon J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, p. 945). La CJCE se réfère expressément à la Cour EDH qui affirme que tout accusé a droit d'être effectivement défendu par un avocat et qu'il ne perd pas le bénéfice d'un tel droit du seul fait de son absence aux débats (CJCE 28 mars 2000 affaire C- 7/98, *Krombach c/ Bamberski*, point 39 de l'arrêt, *op. cit.*, se référant aux arrêts CEDH 23 novembre 1993 requête n° 14032/88, *Poitrinol c/ France* (*GACEDH* n° 31), CEDH 22 septembre 1994, requête n° 16737/90, *Pelladoah c/ Pays-Bas* et CEDH 21 janvier 1999, requête n° 26103/95, *Van Geyselghem c/ Belgique*). Bien qu'ayant la possibilité d'interpréter la Convention de Bruxelles dans un sens favorable à l'exécution européenne du jugement français, la CJCE va, quant à l'action indemnitaire, opter pour une interprétation contraire, en empruntant le raisonnement suivi par la Cour EDH en matière de droit de la défense.

¹⁴⁸³ CEDH 12 avril 2006 requêtes n° 65731/01 et 65900/01, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2006, éd. G., I, 164, n° 12, p. 1591, obs. F. SUDRE.

¹⁴⁸⁴ CEDH 12 avril 2006 requêtes n° 65731/01 et 65900/01, *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, point 38 de l'arrêt, *op. cit.*

La Cour prend également en considération trois arrêts rendus par la CJCE¹⁴⁸⁵ puis affirme, avant d'aboutir au constat de l'absence de violation, qu' « *il y a lieu d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la CJCE* »¹⁴⁸⁶. Aucune autre affirmation n'aurait pu, mieux que celle-ci, révéler l'harmonie entre les deux juridictions. Par ailleurs, dans l'arrêt *Aristimuño Mendizabal contre la France*¹⁴⁸⁷, la Cour estime que « *l'article 8 doit être interprété en l'espèce à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux États membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires* »¹⁴⁸⁸. Cet arrêt concernait l'absence de délivrance d'un titre de séjour par les autorités françaises à une ressortissante espagnole installée depuis plus de quatorze ans sur le territoire français. L'arrêt est ponctué de références au droit communautaire ainsi qu'à la jurisprudence de la CJCE, ce qui démontre que les normes civiles du Conseil de l'Europe rejoignent, grâce aux droits fondamentaux, celles du droit communautaire. En ce sens¹⁴⁸⁹, l'arrêt *C. Goodwin contre le Royaume-Uni*¹⁴⁹⁰,

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, point 39 de l'arrêt.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, point 58 de l'arrêt.

¹⁴⁸⁷ CEDH 17 janvier 2006 requête n° 51431/99, *Aristimuño Mendizabal c/ France*, *JCP* 2006, éd. G. I, 1164, p. 1590, obs. F. SUDRE.

¹⁴⁸⁸ CEDH 17 janvier 2006 requête n° 51431/99, *Aristimuño Mendizabal c/ France*, point 69 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁴⁸⁹ Voir également l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta contre le Portugal* du 21 décembre 1999 (CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, *RTD civ* 2000, p. 313, note J. HAUSER; *RTD civ* 2000, p. 433, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2000, éd. G, I, 203, p. 200, n° 37, obs. F. SUDRE). Dans cette affaire, la Cour devait statuer sur un refus d'attribuer l'autorité parentale à un père homosexuel, le requérant. Ce dernier reprochait aux autorités portugaises d'avoir attribué l'autorité parentale sur leur enfant à son ex-épouse en se fondant exclusivement sur son orientation sexuelle. S'estimant victime d'une discrimination, il invoquait une violation de l'article 8 combinée avec l'article 14 (CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, point 21 de l'arrêt, *op. cit.*) de la Conv EDH. Pour J.-P. MARGUÉNAUD, les juges de Strasbourg ont utilisé dans cet arrêt l'article 14 de façon inédite car si cet article prohibe la discrimination, il ne vise nullement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cette dernière ne figure pas dans la liste de l'article 14. La Cour va pourtant conclure qu'il y a eu une différence de traitement entre le requérant et la mère de l'enfant dont l'autorité parentale était disputée, et que, pour elle, cette différence repose sur l'orientation sexuelle du requérant (CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, point 28 de l'arrêt, *op. cit.*). Or, l'orientation sexuelle est une notion qui est couverte, à n'en pas douter, précise la Cour, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste renfermée par cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « *notamment* » (CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, point 28 de l'arrêt, *op. cit.*). L'affirmation de la Cour européenne selon laquelle la liste des motifs de discrimination de l'article 14 n'est qu'indicative permet ainsi d'y faire entrer le motif de l'orientation sexuelle. On ne saurait alors s'empêcher de voir dans cette extension de l'article 14 un emprunt à l'article 13 du Traité de Rome ajouté par le Traité d'Amsterdam interdisant « *toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Le principe de non-discrimination reconnu en droit européen des droits de l'homme s'aligne ainsi sur celui existant en droit communautaire. L'influence est d'autant plus avérée que le nouvel article 13 TCE dans lequel la Cour européenne a puisé un nouveau motif de discrimination pour élargir le champ d'application de l'article 14 Conv EDH, a été introduit par le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, c'est-à-dire quelques mois seulement avant l'arrêt *Salgueiro*. Or, dans l'arrêt *Hoffmann contre l'Autriche* du 23 juin 1993 (CEDH 23 juin 1993, requête n° 12875/87, *Hoffmann c/ Autriche*, *D.* 1994, p. 326, note J. HAUSER; *RTD civ* 1993, p. 817, note J. HAUSER; *RTDH* 1994, p. 405, note J. MORANGE; *JCP* 1994, éd. G, I, 3742, p. 113, n° 38, obs. F. SUDRE), il s'agissait également d'un refus de garde des enfants prononcé par les autorités autrichiennes en raison de l'appartenance de la mère à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah. Tout comme M.

déjà évoqué, est également révélateur. Ce revirement de jurisprudence concerne tant le droit au respect de la vie privée des transsexuels que celui du droit de se marier, mais c'est sous l'angle de ce dernier droit qu'un emprunt peut être décelé. Le droit des transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe s'est toujours, jusqu'à l'affaire *C. Goodwin*, opposé à un refus de consécration par la Cour européenne. Pour cette dernière, en effet, le droit au mariage, garanti par l'article 12 de la Convention, ne s'entend que du mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Cette interprétation a été des plus explicites dans les arrêts *Rees*¹⁴⁹¹, *Cossey*¹⁴⁹² ou encore *Sheffield et Horsham*¹⁴⁹³, rendus tous trois contre le Royaume-Uni. En conséquence, l'impossibilité, pour les requérants transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe n'a jamais été jugée contraire à l'article 12 de la Convention. Or, dans l'arrêt *C. Goodwin*, la Cour revient clairement sur l'attachement aux critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne. Elle précise qu'elle « *n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques* »¹⁴⁹⁴. Elle ajoute que d'autres facteurs doivent être pris en compte afin de déterminer le sexe d'une personne, notamment les interventions chirurgicales et le rôle social tenu par cette personne. Comment expliquer ce changement radical d'interprétation si ce n'est par la référence à la Charte DFUE ? Cette dernière consacre en effet, en son article 9, le droit

Salgueiro, la requérante s'estimait victime d'une discrimination, fondée non sur l'orientation sexuelle mais sur la religion. Elle invoqua aussi la violation des articles 8 combiné avec 14 de la Convention européenne. La Cour examina en premier lieu l'existence d'une différence de traitement (CEDH 23 juin 1993, requête n° 12875/87, *Hoffmann c/ Autriche*, point 31 de l'arrêt, *op. cit.*) puis constata que cette différence de traitement reposait sur la religion de la requérante : « *dès lors, il y a eu différence de traitement et elle reposait sur la religion* » (CEDH 23 juin 1993, requête n° 12875/87, *Hoffmann c/ Autriche*, point 33 de l'arrêt, *op. cit.*). Cette différence se révélait discriminatoire en l'absence de « *justification objective et raisonnable* ». La Cour dans cet arrêt a comparé le motif de la discrimination dont était victime la requérante à la liste énoncée dans l'article 14. Or, la religion est expressément citée dans cet article et la Cour peut alors conclure à sa violation. Pas une fois, la Cour n'énonce, comme elle le fait dans l'arrêt *Salgueiro*, que la liste de l'article 14 n'est qu'indicative et bien plus, elle s'y réfère dans l'arrêt *Hoffman*. En effet, il semble que la seule différence de traitement ne suffise pas, la Cour ajoute une condition cumulative de par l'emploi du terme « *et* », afin d'examiner si la discrimination en cause était visée par la liste énoncée dans l'article 14. Quel changement en matière de discrimination s'est opéré entre les arrêts *Hoffman* et *Salgueiro* permettant ainsi à la Cour de ne plus faire référence à la liste des motifs de discrimination de l'article 14 ? Le nouvel article 13 TCE, inexistant au moment de l'arrêt *Hoffman*, semble être, et de loin, l'explication la plus plausible.

¹⁴⁹⁰ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, D. 2003, p. 525, obs.

C. BIRSAN; *JCP* 2002, éd. G, I, 109, p. 234 et 235, n° 16 et 22, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 2002, p. 862, note J.-P. MARGUÉNAUD; *GACEDH* n° 38.

¹⁴⁹¹ CEDH 17 octobre 1986 requête n° 9532/81, *Rees c/ Royaume Uni*, *CDE* 1988, p. 462 et 473, note G. COHEN-JONATHAN.

¹⁴⁹² CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84, *Cossey c/ Royaume Uni*, *JDI* 1991, p. 806, note E. DECAUX et P. TAVERNIER.

¹⁴⁹³ CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, *JCP* 1999, éd. G, I, 105, p. 141, n° 42, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 1998, p. 1001, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁴⁹⁴ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *C. Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 100 de l'arrêt, *op. cit.*

de se marier et de fonder une famille, tout comme le fait la Convention européenne. En revanche, ces textes se différencient en ce que l'article 9 exclut dans sa lettre toute référence explicite à l'homme et la femme, alors qu'elle apparaît à l'article 12 de la Conv EDH. Ce qui ne saurait passer pour un oubli sans aucun doute marqué la Cour européenne, qui utilise ainsi l'article 9 de la Charte¹⁴⁹⁵. « *La Cour constate également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme* »¹⁴⁹⁶. La Cour précise ainsi que ce sont les dispositions de la Charte communautaire qui lui ont permis de porter un nouveau regard sur l'interprétation de l'article 12 de la Conv EDH. Nul doute que les droits fondamentaux pourraient favoriser de nombreux autres rapprochements, y compris au-delà de la seule conciliation jurisprudentielle.

512. Envisagés comme base générale, les droits fondamentaux comportent un avantage : ils n'imposent pas une uniformisation mais veillent au contraire au respect des particularités de chaque État. De ce fait, le système de droit civil européen reposerait sur des principes directeurs puisés dans les droits fondamentaux et ces derniers en constitueraient en quelque sorte le ciment. Les droits de l'homme permettraient à l'Europe civile de se construire sur la base d'une culture commune et leur effet de rayonnement¹⁴⁹⁷ sur les lois permettrait une harmonisation d'ensemble atténuant les incohérences actuelles. Bien entendu, les droits fondamentaux ne mettraient pas fin immédiatement aux incohérences existant dans certaines normes détaillées du droit civil européen. Caractérisés par un haut degré de généralité, ces droits permettent d'envisager une fondation ou un soubassement commun mais ne règlent en aucun cas le droit civil européen dans le détail. Ils offrent des principes fédérateurs communs dont l'absence constitue la cause des incohérences actuelles. Pour autant, ils ne sont pas à même de répondre directement aux contradictions relatives, par exemple, à la double application possible de la directive sur le démarchage et de celle sur l'utilisation à temps partiel des biens immobiliers. Toutefois, pour que les droits fondamentaux constituent un facteur de cohérence du droit civil européen, il paraît nécessaire qu'eux même soient harmonisés entre les deux Europes.

¹⁴⁹⁵ CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, C. Goodwin c/ Royaume-Uni, point 100 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁴⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁴⁹⁷ M. FROMONT, « La cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits*, 1990, p. 126.

b. L'adhésion de l'Union à la Conv EDH

513. Prétendre mettre en place un fondement juridique unique impose de créer un lien de rattachement entre les deux ordres européens. Ce rapport entre les deux sous-systèmes permettrait d'élaborer des standards identiques en termes de droits fondamentaux. Dans cette perspective, l'adhésion de l'Union à la Conv EDH pourrait s'avérer d'une grande utilité¹⁴⁹⁸. Il serait opportun que l'Union, une fois la personnalité juridique acquise, devienne sujet de droit international¹⁴⁹⁹ et puisse ainsi adhérer à la Conv EDH. L'article I- 9 § 2 du Traité constitutif envisage ainsi que « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés Fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution* ». Le Protocole 32, s'expliquant sur cette adhésion, met en garde contre la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union c'est-à-dire qu'elle ne disposerait pas pour autant de compétence normative générale en matière de droits de l'homme. Cette limite favorise assurément la cohésion d'ensemble puisqu'elle contraint l'Union à ne pas entraver la portée de la Conv EDH. Les compétences sont ainsi explicitement réparties entre chaque sous-système en matière de droits fondamentaux ce qui peut constituer une source de cohérence pour le droit civil. Certes, on ignore quand le Traité constitutionnel entrera en vigueur de même qu'il n'est pas certain que l'article I- 9 soit conservé. Néanmoins, la reprise d'une réflexion relative au Traité ainsi que la publication du rapport Junker¹⁵⁰⁰ favorable à l'adhésion de l'Union à la Conv EDH laissent à penser que l'Union disposera bientôt explicitement de la personnalité juridique et qu'elle adhérera au texte du Conseil de l'Europe¹⁵⁰¹.

514. L'adhésion de l'Union à la Conv EDH se comprendrait d'autant plus qu'elle viendrait compléter l'entente qui existe déjà entre les deux juridictions européennes. Pour cette raison, la critique de D. Boccara à l'égard des effets de l'adhésion n'est pas justifiée.

¹⁴⁹⁸ Sur ce sujet déjà largement traité voir parmi de nombreuses autres références R. BONTEMPI, « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », dans R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 68. Voir également le rapport du juge J.-P. COSTA, *La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention*, European University Institute, working paper law 2004/05, <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/1901/1/law04-5.pdf>.

¹⁴⁹⁹ M. CLAPIE, « Traité ou Constitution ? A propos du projet de Constitution de l'Union européenne », *D.* 2004, chron. p. 1176.

¹⁵⁰⁰ « Longtemps débattue, cette adhésion est aujourd'hui au niveau politique une chose entendue » cf. rapport de J.-C. Junker, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, p. 7.

¹⁵⁰¹ Le rapport JUNKER envisage également la possibilité d'une adhésion de l'Union à la Conv EDH indépendamment du projet de Traité constitutionnel afin d'accélérer le processus de rapprochement entre les deux organisations européennes.

L'auteur explique que la Cour EDH ne préfigure pas un modèle juridictionnel enviable, qu'elle n'est qu'un goulet d'étranglement, « *voire un cul-de-sac d'où sortent une majorité de décisions stéréotypées identiques non motivées (...) sans exposer le moindre embryon d'un raisonnement* »¹⁵⁰². L'influence de la Cour EDH sur la CJCE semble ainsi redoutée, mais l'adhésion ne changera rien au fait que cette influence existe déjà ; il s'agira tout au plus d'une confirmation. Ainsi, les craintes de l'auteur sont sans rapport avec une éventuelle adhésion de l'Union à la Conv EDH.

515. Au-delà de l'aspect juridictionnel, il semble que l'adhésion représente la passerelle nécessaire entre les deux ensembles normatifs. Bien que ne concernant pas directement le droit civil, l'entrée de l'Union au Conseil de l'Europe aurait un impact sur la stabilité des droits fondamentaux, stabilité idéale pour faire de ces droits les principes généraux d'un droit civil en quête de cohérence. En outre, la Constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux complète la construction européenne relative aux droits fondamentaux. Le Traité règle ainsi l'ensemble des compétences et des droits découlant de chaque sous-système. Il détermine également la place de chacun et les relations susceptibles de s'établir entre les eux. Le système européen de protection des droits de l'homme lui-même s'en trouve plus cohérent. Ce saut qualitatif considérable pourrait bénéficier à d'autres secteurs¹⁵⁰³ que les droits fondamentaux, en particulier le secteur civil si l'on admet que ceux-là peuvent fonder celui-ci.

516. En 1996, la CJCE a rendu un avis défavorable concernant l'adhésion de la Communauté à la Conv EDH¹⁵⁰⁴, en raison de ce qu'elle risquait d'entraîner « *un changement substantiel du régime actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre*

¹⁵⁰² D. BOCCARA, « Faut-il que l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme ? Mal étreint qui trop embrasse... », *D.* 2006, chron. p. 1345.

¹⁵⁰³ « *Le Sommet devrait clairement appeler les parties concernées par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme à entamer les préliminaires aux négociations en vue d'une telle adhésion. Il s'agit d'un projet à haute valeur symbolique, un saut qualitatif, non seulement pour le système de la Convention mais certainement aussi pour le Conseil de l'Europe tout entier, dont d'autres secteurs pourraient bénéficier à sa suite. Il serait donc très décevant que le Sommet ne lui donne pas un soutien explicite, surtout politiquement, l'adhésion ayant déjà été approuvée à Bruxelles dans le traité constitutionnel et à Strasbourg dans le protocole numéro 14 (...)* » (Interview de L. WILDHABER, Président de la Cour européenne des droits de l'homme en vue du sommet de Varsovie, 25 février 2005, <http://www.coe.int>)

¹⁵⁰⁴ CJCE 28 mars 1996, avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.* p. 1759.

juridique communautaire ». La Cour semblait avant tout désapprouver le fondement alors proposé qui était l'article 235 du Traité. Or, ces arguments n'ont plus lieu d'être aujourd'hui. Un recours au TCE n'est plus utile puisque l'adhésion se trouve à présent envisagée dans le Traité constitutionnel. Hormis un éclaircissement bénéfique des compétences, elle n'entraîne donc pas de changement substantiel dans la protection des droits de l'homme puisque leur prescription n'est pas un objet de l'Union. L'essor des deux Europes n'était certes pas envisageable en 1996. Cela étant, elles se sont à ce jour tellement développées qu'un élément harmonisateur¹⁵⁰⁵ est nécessaire afin de permettre une évolution convergente et d'éviter les éventuelles disparités et oppositions.

517. Les avantages et les inconvénients de l'adhésion ont été largement débattus par la doctrine¹⁵⁰⁶ si bien qu'il n'apparaît pas nécessaire de les reprendre ici. L'un d'eux mérite toutefois d'être évoqué. Il est soulevé par J.-F. Flauss qui redoute l'interprétation large de la Conv EDH réalisée par la Cour de Strasbourg, en particulier la prise en compte des normes extra-européennes¹⁵⁰⁷. Pour lui, l'Union n'est pas à même de maîtriser ces influences. Cet argument est intéressant pour plusieurs raisons. Il confirme, d'une part, l'influence des normes internationales préexistantes sur la jurisprudence de la Cour EDH, qui se manifestent notoirement en matière civile. D'autre part, il démontre à quel point la doctrine n'a pas encore pris conscience du développement du droit civil communautaire. À l'instar du droit civil qui résulte du Conseil de l'Europe, le droit civil communautaire subit les influences internationales dont les manifestations ont été amplement évoquées, notamment au travers de la notion d'emprunt. Ainsi, le phénomène décrit par J.-F. Flauss se réalise déjà et ne constitue dès lors plus une menace. Qui plus est, l'Union a démontré qu'elle était à même de maîtriser l'incidence des normes internationales. En ce sens, l'adhésion n'entraîne pas les conséquences négatives qu'on lui attribue, tout au moins sur ce point.

¹⁵⁰⁵ Voir en ce sens F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de L'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵⁰⁶ Ils sont notamment repris dans les commentaires relatifs à la Constitution. Voir par exemple V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER et V. MICHEL (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, *op. cit.*, p. 358 ; M. DONY et E. BRIBOSIA (dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 129 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Constitution et construction européenne*, *op. cit.*, p. 104. Voir également l'article particulièrement opposé à l'adhésion de D. BOCCARA, « Faut-il que l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme ? Mal étreint qui trop embrasse... », *D.* 2006, chron. p. 1343.

¹⁵⁰⁷ J.-F. FLAUSS, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne : la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux », dans B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Constitution et construction européenne*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 105.

518. À défaut d'adhésion, un rapprochement des deux organisations pourrait découler de nombreux autres mécanismes, à l'exemple de ceux envisagés dans le rapport Junker. Si certains ne paraissent organiser qu'une coordination lointaine entre les deux organisations européennes, d'autres au contraire offrent la perspective d'une association effective. Tel est le cas du « *partenariat d'associés entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne* »¹⁵⁰⁸, dont la réalisation dépendrait en grande partie de la future agence européenne des droits fondamentaux¹⁵⁰⁹. Cette base serait certes moins contraignante qu'en cas d'adhésion mais constituerait toutefois un facteur de coordination entre les deux ordres européens en matière de droits fondamentaux et par là même une source d'inspiration profitable au droit civil européen¹⁵¹⁰. D'autres options, plus pratiques, et visant directement l'exécution du droit civil doivent être à présent envisagées.

B / Une recherche de cohérence dans l'exécution pratique du droit civil européen

519. La cohérence théorique d'un droit ne suffit pas, encore faut-il que cette cohérence se retrouve au stade de l'application, à savoir la mise en pratique de ce droit. De façon générale, il appartient aux justiciables de mettre le droit en pratique. Pourtant, en ce qui concerne le droit civil européen, ils sont d'une quelconque utilité, car il s'agit ici d'organiser le droit, de le mettre en cohérence. Or, une telle mission n'incombe pas aux particuliers. La cohérence en matière de l'application du droit ne peut provenir que d'institutions, qu'elles soient juridictionnelles ou non. Cet objectif semble d'autant plus atteignable que l'Union et le Conseil de l'Europe partagent les mêmes valeurs et qu'il existe une forme de complémentarité

¹⁵⁰⁸ Le contrôle étant assuré, en dernier ressort, par la Cour EDH. Voir en ce sens F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de L'Europe, op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁰⁹ Cf. J.-C. JUNKER, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, *op. cit.*, p. 8 ; voir en ce sens la proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2005) 280 final, du 30 juin 2005. L'Union participerait aux activités du Conseil de l'Europe et représenterait les États dans ses domaines de compétence. Il en résulterait un fonds commun européen, une « *vision européenne commune* » soulignent F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES (F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de L'Europe, op. cit.*, p. 154).

¹⁵¹⁰ De même, le rapport Junker suggère la mise en place d'une plate-forme conjointe d'évaluation des normes. Cette organisation apprécierait la possibilité d'une reprise par l'Union européenne de normes du Conseil de l'Europe et inversement. Le rapport poursuit en expliquant que cette plate-forme serait à la fois un complément à la consultation en amont en cas d'initiative législative et un gage supplémentaire de la cohérence juridique sur le continent¹⁵¹⁰. En aval de l'adoption de textes, cette mesure doit être assimilée, à l'instar des autres propositions la précédant, comme une mesure théorique dans la perspective de mise en cohérence du droit civil. En effet, le but initial est de suggérer un fondement unique au droit civil européen, proposition indéniablement théorique. De l'adhésion de l'Union à la Conv EDH à la plate-forme conjointe, les mesures suggérées ne tendent qu'à harmoniser ce fondement.

entre les deux, génératrice de « *synergies fructueuses* »¹⁵¹¹. Aussi paraît-il nécessaire de créer des passerelles, des points de rencontre entre les deux Europes pour ce qui concerne la mise en pratique du droit civil européen. À titre comparatif, le droit pénal européen a suivi une telle méthode et a acquis une cohérence certaine grâce à l'apparition de nouveaux procédés ou acteurs favorisant sa coordination : europol, eurojust, le parquet européen ou encore le casier judiciaire européen¹⁵¹². En droit civil, ces nouveaux acteurs pourront favoriser l'organisation judiciaire qui se doit d'être davantage harmonisée (1°), ou encore prendre la forme d'institutions mises en place pour renforcer la coopération entre les deux Europes, particulièrement dans le cadre du droit civil (2°).

1° Une organisation judiciaire harmonisée

520. L'existence d'une seule Cour de justice peut passer pour bénéfique dans la recherche de cohérence d'un droit car l'unicité fait d'elle une cour régulatrice. Or, le droit civil européen s'est élaboré à cheval sur deux ordres juridiques, chacun comportant sa propre juridiction. Il ne bénéficie donc pas de l'aspect fédérateur de l'unité juridictionnelle. Certes, à ce jour, les deux cours que sont la CJCE et la Cour EDH paraissent s'entendre et s'accorder, mais il est indispensable d'organiser leurs rapports. Personne ne peut garantir que l'entente persistera. Dans le cas inverse, les relations ressembleraient alors à une concurrence, une fusion ou un duopole¹⁵¹³. Le manque de précision quant à l'organisation des liens entre les deux Cours participe de la confusion entourant le droit civil européen. Rien ne contraint les juridictions européennes à envisager à l'identique les notions civiles utilisées. Cette situation caractérise fort bien le droit civil « à deux têtes » même si, il faut le répéter, elle n'a généré aucune réelle opposition à ce jour entre les deux juridictions¹⁵¹⁴. Il est donc primordial de clarifier ces rapports avant qu'une telle mésentente n'apparaisse. Plusieurs moyens pourraient favoriser l'harmonie judiciaire entre les deux institutions dans le cadre civil.

¹⁵¹¹ Propos tenus par P. COX, alors Président du Parlement européen, lors de l'ouverture de la session d'automne de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui a commencé avec un débat commun avec le Parlement européen (P. COX cité dans « Union et Conseil partageant les mêmes valeurs », *op. cit.*, p. 6).

¹⁵¹² Voir sur ce thème le dossier sur « La coopération pénale dans l'Union européenne », *RAE* 2004, 3, p. 333 et notamment sur Eurojust, O. DE BAYNAST, « Eurojust : lot de consolation pour les tenants du parquet ou socle pour la construction d'une action publique européenne ? », *RAE* 2004, 3, p. 335.

¹⁵¹³ D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », dans *Les Cours européennes, Luxembourg et Strasbourg, op. cit.*, p. 47.

¹⁵¹⁴ La seule opposition réelle visait la protection des locaux professionnels, mais l'arrêt *Roquette*, par lequel la CJCE s'est ralliée à la Cour EDH, y a mis fin (CJCE, 22 octobre 2002 affaire C-94/00, *Roquette Frères SA, Europe* 2002, n° 12, p. 6, note E. MEISSE).

521. Si le vœu de la création d'une cour suprême européenne a pu être formulé¹⁵¹⁵, il ne semble pas des plus opportuns en ce qu'il appelle davantage de questions qu'il n'apporte de réponses. En effet, cette cour serait-elle une voie de recours à la fois pour les décisions de la CJCE et de la Cour EDH ? Serait-elle compétente pour toutes les branches du droit européen : droit commercial, pénal, social, civil ? Réformerait-elle les décisions ou les renverrait-elle simplement devant les juridictions censurées ? En raison des nombreuses interrogations et modifications des systèmes en place qu'elle suppose, l'existence d'une telle « cour suprême européenne » semble difficile à envisager, même s'il ne fait guère de doute qu'elle favoriserait la cohérence de la matière de droit civil. Cela étant, comment imaginer qu'une telle cour de justice puisse devenir une priorité du simple fait qu'elle favorise la cohérence d'une matière dont les institutions européennes n'ont encore pas conscience ? Ce projet se révèle aussi peu réaliste que celui inverse qui consisterait à supprimer l'une des deux Cours européennes. Il convient donc d'envisager une harmonisation judiciaire davantage probable, relevant d'un processus plus évolutif. Une réforme progressive prescrit de conserver les deux juridictions existantes et notamment le modèle imposant¹⁵¹⁶ que constitue la Cour EDH dans la mesure où la CJCE n'offre pas un système de protection des droits fondamentaux aussi satisfaisant¹⁵¹⁷.

522. L'harmonisation judiciaire passe nécessairement par la création de passerelles entre les deux juridictions, spécifiques au droit civil. Cette nécessité de passerelles acquise, plusieurs possibilités sont envisageables. Il est possible de créer une section, ou une chambre, civile au sein même de la CJCE. Cette section aurait à connaître de la jurisprudence des deux Cours et pourrait, au même titre que les avocats généraux, sans toutefois poursuivre le même objectif, renseigner la Cour par le biais de mémoire ou de conclusions, avant que cette dernière ne statue dans des affaires susceptibles de concerner le droit civil. Au fait des deux jurisprudences, cette section doit pourtant être rattachée à la CJCE puisque c'est pour les États

¹⁵¹⁵ Ainsi G. GANDOLFI reprend l'idée de J. CARBONNIER suivant laquelle la mise en place d'une cour européenne de cassation permettrait d'éviter toute dissidence jurisprudentielle des juridictions nationales afin d'éviter une certaine forme de chauvinisme, dans « Pour un code européen des contrats », *op. cit.*, p. 725. B. FAUVARQUE-COSSON émet également l'idée d'une Cour européenne de droit civil (B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *op. cit.*, p. 472).

¹⁵¹⁶ Suivant P. WACHSMANN, « Les droits civils et politiques », *RUDH* 2000, p. 15 ; E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Journal des tribunaux* 2001, p. 284.

¹⁵¹⁷ E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 286. Il peut en effet être reproché au système de la CJCE un défaut quant à l'ouverture aux particuliers d'une voie de recours ainsi que des limites de compétence dans certains domaines, notamment ceux ayant trait à la justice et aux affaires intérieures.

membres de l'Union que le risque d'incohérence ou de confusion dans le domaine civil est le plus grand. Ces derniers sont en effet obligatoirement soumis aux deux jurisprudences alors que, située au sein de la Cour EDH, l'intérêt de cette section pourrait se voir limité par le fait que certains États parties à la Convention ne sont soumis qu'au droit du Conseil de l'Europe. La mission de coordination semble alors réduite à l'égard de certains pays.

523. L'harmonisation judiciaire diffère, et se renforce assurément, si elle est examinée dans la perspective d'une adhésion de l'Union à la Conv EDH. L'adhésion permettrait à l'Union européenne de se constituer partie aux litiges devant la Cour EDH qui toucheraient le droit communautaire¹⁵¹⁸. L'intervention de l'Union européenne devant la Cour européenne renforcerait l'opposabilité des arrêts rendus à son encontre et elle se verrait dans l'obligation de les exécuter¹⁵¹⁹.

524. Pour favoriser le dialogue entre les deux Cours, en dehors de toute adhésion, il est également envisageable d'ouvrir chacune des juridictions à un ou plusieurs représentant(s) de l'autre Cour qui, statuant au même titre que les juges, aurait pour mission de les informer de l'état de la jurisprudence actuelle de la juridiction qu'il représente, de les diriger vers une interprétation concordante et de les mettre en garde contre de potentielles contradictions. Son rôle serait ainsi uniquement consultatif mais non moins utile : le droit civil pourrait de la sorte ne plus être produit au cas par cas par les juridictions, mais être traité dans une optique plus globale et par là même plus cohérente. Cette option d'ouverture réciproque des Cours permettrait un dialogue constant et constituerait la passerelle nécessaire entre les deux espaces juridictionnels. Nonobstant l'absence de heurts, la jurisprudence européenne gagnerait à bénéficier d'une entente plus poussée et mettrait définitivement un terme à tout risque de rivalité. Un échange pourrait s'établir sur les buts et le langage communs : la jurisprudence civile s'enrichirait d'apports mutuels. Cela étant, l'approche judiciaire ne peut être qu'une première étape dans la mise en cohérence du droit civil européen dans la mesure où il ne s'agit pas de « législation » civile. Cette harmonisation judiciaire devra ainsi nécessairement être complétée puisqu'elle ne constitue qu'une mise en cohérence a posteriori.

¹⁵¹⁸ En ce sens voir le rapport de J.-C. JUNKER, *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵¹⁹ *Ibidem*.

2° La création d'un comité civil

525. Au sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe, dit sommet de Varsovie, tenu les 16 et 17 mai 2005, le besoin de renforcer les liens et la coopération avec l'Union européenne a de nouveau été rappelé. Or, la coopération entre le Conseil et l'Union ne doit pas se manifester qu'en théorie mais également dans la mise en œuvre du droit européen. En outre, la pratique révèle clairement, tout au moins en ce qui concerne le droit civil européen, le besoin d'une matrice commune, d'une autorité européenne susceptible de coordonner l'élaboration et l'interprétation des normes civiles soit, en d'autres termes, d'améliorer la législation européenne dans ce domaine. À la différence d'une simple coopération judiciaire, une telle institution offrirait au droit civil une structure dès son élaboration, c'est-à-dire lors de la préparation de la législation¹⁵²⁰. La vocation de cette institution ne serait pas uniquement scientifique ; il s'agirait d'un organisme consultatif, au même titre que le comité des régions ou le comité économique et social. La consultation serait obligatoire dans certains domaines, notamment par la Commission, le Conseil et le Parlement, mais également par le Conseil de l'Europe. Ainsi, ce comité serait consulté en matière de rédaction des textes et son champ de compétence matérielle s'étendrait à l'ensemble du droit civil. Une telle création permettrait sans nul doute une mise en cohérence de ce droit : l'objectif essentiel de cet organe résiderait dans la coordination et les relations entre les différents domaines du droit civil, par exemple les interférences entre la responsabilité civile et la responsabilité contractuelle. C'est pour cela que des liens devront également exister entre cet organe et les Cours de justice européennes. Ces dernières pourraient avoir l'opportunité de poser des questions au comité de droit civil, comme il pourrait s'adresser aux juges avant qu'ils ne statuent en matière civile. Bien entendu, il ne s'agit pas d'influencer les juridictions quant au fond des décisions mais simplement de leur permettre d'avoir des jurisprudences harmonisées entre elles, ainsi qu'au regard des textes. De la sorte, le comité interviendrait, dans un premier temps à titre facultatif, quel que soit le processus décisionnel, législatif ou jurisprudentiel.

¹⁵²⁰ La doctrine a déjà envisagé la création d'un « institut » européen du droit, seulement le rôle de ce dernier est clairement différent de l'organe étudié ici. L'institut offrirait en réalité une structure aux différents groupes d'études (LANDO, VON BAR, Groupe de Pavie,...) mais ne détiendrait aucun pouvoir décisionnel, l'objectif étant ainsi essentiellement scientifique. Voir A. CHAMBOREDON et C. U. SCHMID, « Pour la création d'un "institut européen du droit", entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », *op. cit.*, p. 706.

526. Composée de membres ayant une connaissance du droit communautaire civil et du droit civil du Conseil de l'Europe, cette institution émanerait des deux Europes tout en se limitant aux vingt-cinq membres de l'Union. De ce fait, elle serait à proprement parler une institution communautaire, comprenant dans sa composition toutefois plusieurs représentants du Conseil de l'Europe. Le fait de créer un organe tout entier consacré au droit civil lui apporterait indéniablement de la cohérence : la matière, pour une fois, pourrait être envisagée dans son ensemble, dès l'origine. Il ne s'agirait plus alors de droit élaboré de façon accessoire et de ce fait souvent inadéquate. Au centre des préoccupations civiles, cette institution pourrait également recueillir les attentes des États membres, comme par exemple la volonté de création actuelle d'un système unifié de garanties pour les établissements prêteurs de crédit¹⁵²¹.

527. Un organigramme axé autour des domaines d'action prioritaires du droit civil européen peut être rapidement envisagé : le comité civil se composerait de commissions thématiques de droit civil. Celles-ci se verraient attribuer les demandes et les propositions provenant des autres organes européens. La procédure consultative se conclurait par un rapport ou avis. De même, ces commissions seraient aptes à rédiger des études, anticipant ainsi sur les thèmes soumis à consultation.

Les commissions se répartiraient de la façon suivante :

- La commission « droit des contrats » comprendrait deux sous-commissions : celle du droit de la consommation et celle du droit de la responsabilité.
- La commission « droit des personnes » se répartirait entre les sous-commissions vie privée et droit de propriété.
- Une troisième commission viserait, quant à elle, le droit extra patrimonial de la famille avec les sous-commissions droit du couple, droit des enfants et vie familiale.
- La dernière commission serait relative au droit patrimonial de la famille et comprendrait une sous-commission touchant aux obligations alimentaires, une autre propre au droit des successions.

Au sein de chaque commission existerait une sous-commission relative à la coopération judiciaire en matière civile, à savoir le droit international privé communautaire. En ce sens, la création d'un comité de droit civil paraît être une voie opportune de mise en cohérence du

¹⁵²¹ Idée envisagée par F. BRULE-GADIOUX et E. LAMOTHE, « L'état des personnes au plan international : de la reconnaissance à la connaissance », *LPA* 2005, n° 74, p. 21.

droit civil européen, sans pour autant qu'il implique de lourdes modifications au sein des institutions européennes.

528. Parmi les voies évoquées, quelle pourrait être la meilleure solution pour le droit civil européen ? Il est évident que l'adhésion de l'Union à la Conv EDH simplifierait considérablement les rapports entre les deux ordres et que les droits en découlant, souvent désordonnés, y gagneraient en cohérence. Toutefois, l'alternative du comité de droit civil a l'avantage d'une création spécifiquement consacrée au droit civil et soucieuse de sa cohérence en tant que telle. L'adhésion n'implique que des « retombées » sur le droit civil qui ne serait pas, dès lors, abordé de façon directe. Une préférence pourrait ainsi aller à la création du comité dans la mesure où il s'agirait enfin d'admettre l'existence du droit civil et de s'en préoccuper au titre de branche du droit européen. Cela étant, ces deux dispositifs ne sont pas incompatibles et leur complémentarité permettrait une mise en cohérence globale et approfondie du droit civil européen. De même, il est évident que l'idéal concernant la cohérence du droit civil européen, mais pas nécessairement le plus probable, serait que ces quatre voies se cumulent : que les traités envisagent l'existence d'une société civile comme un objectif, que le droit civil trouve ses fondements dans les droits fondamentaux, facteurs de simplification, que l'Union adhère à la Conv EDH, que de ce fait le système de coexistence de juridictions soit organisé et qu'enfin un comité ayant pour mission la coordination du droit civil soit mis en place. Un tel cumul des voies de cohérence ne semble toutefois guère réaliste.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

529. Si un système de droit civil européen peut être identifié, il impose au préalable une redéfinition de la notion de système de droit qui ne semble plus adaptée à la construction européenne. En effet, le système de droit ne présente plus cette unité autour de laquelle il s'organisait auparavant et admet à présent une structure en réseau et non linéaire. C'est là que réside toute la difficulté de reconnaissance du système de droit civil européen : il oblige à se défaire d'une représentation classique du droit et force à admettre le dépassement des théories traditionnelles et, finalement, nationales. Tout mène ainsi à l'existence du droit civil européen mais sous une forme atypique.

Confronté à un système aussi original, il est plus facile de conclure à l'impossible existence d'un droit civil européen que de se départir des concepts traditionnels. Force est pourtant de constater les incidences de la construction européenne, profondément originale et inédite, sur la théorie générale de création du droit.

L'originalité ne légitime néanmoins pas le désordre et des ajustements semblent encore nécessaires car, si le système existe, il n'en est pas pour autant cohérent. La présence de deux sous-systèmes, l'ordre communautaire et celui du Conseil de l'Europe, entraîne une application cumulative des normes et pose des problèmes de compatibilité. Une des solutions envisageables afin de rendre le droit civil plus cohérent consiste en ce que l'Union adhère à la Conv EDH. Une telle démarche atténuerait la bipolarité civile européenne et supprimerait sans conteste cette source de complications. Par ailleurs, la création d'un organe apte à coordonner l'élaboration et l'interprétation des normes civiles, c'est-à-dire un comité de droit civil, peut également être envisagé et permettrait de préserver les deux espaces européens tout en coordonnant un droit qui, pour l'heure, nécessite une approche d'ensemble et une cohésion plus soutenues.

CONCLUSION DU TITRE II

530. Un système de droit civil européen existe malgré les nombreuses disparités qui caractérisent cette branche de droit. Une telle existence n'avait pourtant rien d'évident dans la mesure où le droit civil européen ne comporte ni logique de fonctionnement, ni homogénéité et de façon plus générale ne se trouve pas unifié. Pas davantage, il ne possède une structure unique. Si le droit civil européen parvient à se développer au centre de cette bipolarité européenne, qui se répercute d'ailleurs tant institutionnellement que matériellement sur ses normes, c'est parce qu'il existe sans avoir été volontairement créé. En effet, il ne découle pas d'une construction volontaire ; aucun des deux sous-systèmes n'a la volonté d'établir un droit civil européen. Il « résulte de » et se déduit plus qu'il ne se construit. En ce sens, il n'est pas de volonté européenne de faire du droit civil une œuvre commune. Si ce manque de volonté ne constitue pas un empêchement à l'existence du droit civil européen, il n'en représente pas moins un obstacle à la cohérence du droit dans une perspective globale. Sans fil conducteur ou structure centrale, le droit civil européen se révèle extrêmement diversifié, à la fois dans ses objectifs et ses instruments. Toutefois, malgré cette diversité, il faut admettre qu'il représente une nouvelle forme d'existence du droit, tout comme il permet une nouvelle acception du droit civil, loin du droit commun des droits internes. En cela, il dépasse les frontières et les découpages traditionnels ce qui le prive de cohérence. Il ne pourrait en aller autrement car l'Europe n'est ni un super État¹⁵²² ni un simple échelon supérieur aux États membres mais répondant à une logique similaire. Elle est au contraire une construction inédite dont le fonctionnement permet un remodelage de l'approche traditionnelle du droit civil. De même, elle offre à des notions apparemment exclusives l'une de l'autre l'opportunité de se combiner, telle la disparité et l'édification d'un système. Montage atypique, l'Europe ne peut que produire des droits qui le sont également.

¹⁵²² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 65.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

531. La tentative de conceptualisation du droit civil européen a débuté avec un premier objectif : prouver l'existence de ce droit. Au regard de la présentation du système de droit civil européen, cette existence ne peut plus être contestée, même si la construction se révèle inédite. Si singularité il y a, elle ne réside toutefois que dans la forme du droit civil européen, et, éventuellement dans la nouvelle acception en droit européen de ce que l'on nomme « droit civil ». Il se présente en effet comme un droit civil inhabituel dans lequel s'alterne une abondante et minutieuse réglementation et des domaines régentés par de larges principes. Cela étant, le contenu de ce droit n'a, quant à lui, rien de très particulier. Pourquoi alors ce droit paraît-il tant redouté, critiqué, négligé à la fois ? L'existence d'un droit civil européen n'a rien d'inquiétant en ce qui concerne le fond du droit. En effet, il ne faut pas omettre un élément essentiel : les règles de droit civil, qualifiées d'européennes, ne sont justement pas européennes puisqu'elles sont dans une large mesure empruntées aux droits nationaux. Ces règles sont ainsi fondées sur des règles préexistantes dans les États membres et ne proviennent pas originellement du droit européen. Ainsi, le fond et la forme du droit civil européen doivent être distingués : la seconde est atypique, *sui generis*, hybride et se trouve à la limite entre droit international et droit national. En cela, elle appelle au remodelage de certains concepts clés de la théorie générale tels les notions de systèmes juridiques, de codification, de droit civil. Le fond, quant à lui n'impose aucune réécriture ou remaniement. Dès lors que le droit civil européen s'inspire de règles préexistantes nationales, le risque tant redouté de mise en liquidation des droits nationaux n'a plus lieu d'être.

L'établissement de son existence n'est cependant pas tout : sa trame essentielle mérite elle aussi d'être abordée, avec ses principes, ses valeurs, ses notions et ses règles. Seule cette caractérisation permettra de poser les critères de reconnaissance du droit civil européen et d'en établir le canevas. Il nous faut aborder pour cela l'essence du droit civil européen.

SECONDE PARTIE

L'ESSENCE DU DROIT CIVIL EUROPEEN

532. L'existence d'un droit civil européen établie, il paraît nécessaire de rechercher les caractéristiques de ce nouveau droit. En ce sens, l'essence désigne « *ce qu'est une chose* », à savoir « *la manière dont on peut en donner une définition qui la distingue spécifiquement des autres choses en l'identifiant à elle-même* »¹⁵²³. Transposée au droit, cette définition suppose que l'essence recouvre l'ensemble des qualités permettant de définir le droit en question, autrement dit ce qui est constitutif de ses contours et de sa nature.

533. La nouveauté du droit civil européen motive une volonté de le typifier, d'autant qu'il présente une réelle originalité par rapport aux catégories traditionnelles de droit. De ce fait, parvenir à reconnaître les composants du droit civil européen au moyen de traits communs s'avère essentiel afin de savoir ce qui relève du droit civil européen ou à l'inverse ce qui ne s'y intègre pas. Les contours de la matière s'en trouveront de la sorte mieux définis.

534. Révélant à la fois un cadre indéterminé et un contenu imprécis, le droit civil européen ne paraît pas simple à caractériser. Il se manifeste sous une forme abstraite et peu statique et ne s'organise pas autour de principes figés. Toutefois, ces particularités s'expliquent par l'origine du droit civil européen qui provient des droits fondamentaux. Dès lors, les particularités de ces derniers ressurgissent sur la nature du droit civil européen, au même titre que la singularité du droit européen se répercute sur sa forme. L'exploration de l'essence du droit civil européen, c'est-à-dire de ce qui lui est propre, passe par la détermination de ses contours et de sa nature. Elle mène au constat que ce droit tout entier gravite autour des droits fondamentaux si bien qu'une véritable dialectique s'est installée entre les deux corps juridiques. Les droits fondamentaux favorisant une « *relecture*

¹⁵²³ J. BEAUFRET, *Introduction aux philosophies de l'existence, op. cit.*, p. 79.

prospective de tout notre droit »¹⁵²⁴, ils opèrent une véritable fondamentalisation¹⁵²⁵ du droit civil européen. Ce terme signifie tout d'abord que les droits fondamentaux s'intègrent, en tant que normes supérieures, dans les sources du droit civil européen. Cette expression induit encore la généralisation du respect des droits fondamentaux dans les relations individuelles¹⁵²⁶.

535. Par ailleurs, caractériser l'essence du droit civil revient également à déterminer ce qui fait de lui ce qu'il est, en d'autres termes ce qui permet de le reconnaître. Or, assurément marqué par ses affinités avec les droits fondamentaux, le droit civil européen se distingue des autres matières juridiques par la place qu'il accorde au contexte factuel, corollaire de sa substance individualiste¹⁵²⁷.

536. On se doit de distinguer l'individualisme de la fondamentalisation du droit civil européen. Cette dernière suppose une incidence avérée des droits fondamentaux sur la substance du droit civil européen. Or, il n'est pas certain que l'individualisme de cette matière trouve son origine dans les droits fondamentaux. L'individualisme peut s'expliquer par le seul aspect civil du droit. En cela, il n'est pas possible d'envisager ce caractère comme une incidence supplémentaire de la fondamentalisation du droit civil. La définition même du droit civil suppose la prise en considération des relations entre les particuliers si bien que la matière civile européenne peut fort bien se révéler individualiste en dehors de toute influence des droits de l'homme. Dès lors, ces deux caractères dominants du droit civil européen imposent d'être distingués et abordés séparément. Par conséquent, afin de mener la réflexion à son

¹⁵²⁴ P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, chron. p. 2842.

¹⁵²⁵ Ce terme n'apparaît pas dans les dictionnaires classiques (*Larousse, Robert*). Pourtant, il est aujourd'hui largement usité par la doctrine, cf. D. FENOUILLET, « Le droit civil hors le Code civil », *LPA*, 21 septembre 2005, n° 188, p. 16 ; P. STOFFEL-MUNCK évoque le mouvement contemporain de « fondamentalisation » du droit interne (« Le classement d'une oeuvre d'art peut, en l'absence de préjudice actuel, ne donner lieu à aucune indemnisation malgré l'amputation du droit de propriété qu'il emporte », *Comm. com. électr.* 2005, n° 7, comm. 116) ; G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Dr. adm.* 2004, n° 6, étude 11 ; C. BYK, « La responsabilité sociale, fondement d'un droit civil renouvelé ? - Réflexions prospectives d'un civiliste à propos de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme », *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 181, p. 1987 ; P. GLAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension dans droits de l'homme », *LPA*, 31 mars 2004, p. 3 ; J. ROCHFELD parle elle de fondamentalisation des sources du droit des contrats (« Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, p. 17). Voir encore Y. LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.) *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 23.

¹⁵²⁶ Pour reprendre la définition de R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, thèse Limoges, 2005, <http://www.unilim.fr/theses/2005/droit/2005limo0506/html/index-frames.html>, n° 5.

¹⁵²⁷ J. HAUSER exprime de la sorte le lien entre l'importance des faits et l'individualisme : « *La dictature des faits n'est-elle pas une prédestination injustifiable à l'individualisme ?* », dans « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, p. 107.

terme, la fondamentalisation du droit civil européen (titre I) devra être démontrée préalablement à l'examen du caractère individualiste que ce droit revêt (titre II).

TITRE I

LA FONDAMENTALISATION DU DROIT CIVIL EUROPEEN

537. Au titre de l'essence du droit civil européen, révéler sa fondamentalisation revient à présenter ce que les droits fondamentaux lui ont apporté. Dans cette perspective, les droits fondamentaux permettent une lecture éclairée du droit civil européen, ils en constituent la grille de lecture ou encore le lexique. La notion de fondamentalisation signifie tout d'abord que les droits fondamentaux s'intègrent, en tant que normes supérieures, dans les sources du droit civil européen. Cette expression induit encore la généralisation du respect des droits fondamentaux dans les relations individuelles¹⁵²⁸. Elle exprime une idée d'intégration et rejette l'idée de seule superposition. Elle manifeste en cela la considérable influence des droits fondamentaux sur le droit civil européen et révèle à quel point les normes civiles en sont imprégnées¹⁵²⁹. En d'autres termes, les droits fondamentaux se fondent dans la matière civile. Si tel n'était pas le cas, il ne serait question que de « droit civil européen et des droits fondamentaux ». L'expression fondamentalisation du droit civil revient à prélever un terme appartenant au domaine des droits fondamentaux et à l'appliquer à la matière civile. Ce procédé terminologique révèle l'immixtion d'un domaine dans un autre pour finalement aboutir à l'entremêlement des deux. Ainsi, les droits fondamentaux ne transitent pas simplement par le droit civil européen, ils en marquent toutes les normes.

538. Puisque les deux corps juridiques semblent se combiner, la fondamentalisation du droit civil revient à attribuer aux normes civiles européennes le caractère et la force des normes fondamentales. Réciproquement, elle permet aux droits fondamentaux de bénéficier de la positivité du droit civil européen. La conciliation entre les deux matières se constate alors. En outre, de nombreux points les rapprochent : l'existence du droit civil a révélé qu'il provenait de deux sources supranationales, le droit communautaire et le droit du Conseil de l'Europe. Or, ces sources consacrent également les droits fondamentaux. Ainsi, le droit civil

¹⁵²⁸ Pour reprendre la définition de R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, thèse Limoges, 2005, <http://www.unilim.fr/theses/2005/droit/2005limo0506/html/index-frames.html>, n° 5.

¹⁵²⁹ Pour une présentation de l'influence des droits fondamentaux sur le droit privé, voir O. CHEREDNY-CHENKO, « EU fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law », *Rev. Eur. Dr. Privé*. 2006, 1, p. 23.

et les droits de l'homme s'édifient simultanément sur ces deux blocs européens. Il paraît alors logique que des points de contact apparaissent. De même, les deux matières s'accordent naturellement en raison de leur objet : l'être humain. La fondamentalisation du droit civil n'impose pas de procéder à l'exclusion d'une partie des matières afin qu'elles puissent se combiner l'une avec l'autre. Par exemple, la fondamentalisation du droit des affaires contraint à concilier les droits fondamentaux avec le particularisme de l'activité économique¹⁵³⁰ : il faut alors procéder à un certain nombre d'exclusions. « *De la sorte, ne pourront être incorporés au volet substantiel du droit fondamental des affaires les droits de la personnalité dont la finalité protectrice apparaît entièrement dévouée à l'être humain, tels que le droit à la vie, le droit au mariage, ou à la procréation* »¹⁵³¹. De même, seuls certains droits fondamentaux peuvent être pris en considération puisque « *les prérogatives retenues devront être empreintes d'une double coloration fondamentale et patrimoniale* »¹⁵³². On constate dès lors que, si la fondamentalisation du droit des affaires prend effectivement forme, elle n'est pas automatique ni spontanée, à la différence de la fondamentalisation du droit civil. La cause de celle-ci réside dans une véritable dialectique qui s'est instaurée entre le droit civil et les droits fondamentaux (chapitre I). Il semble qu'il faille en revanche rechercher ses incidences au sein de la nature du droit civil européen (chapitre II).

¹⁵³⁰ « *Les droits fondamentaux composant le droit fondamental des affaires doivent être distingués des droits fondamentaux généraux, en ce qu'ils en constituent un prolongement spécial. Dès lors, les droits fondamentaux applicables au monde des affaires doivent être conçus autour de la conciliation des droits fondamentaux généraux avec les particularismes de la vie des affaires* » (cf. R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, *op. cit.*, n° 124).

¹⁵³¹ R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, thèse Limoges, 2005, *op. cit.*, n° 214.

¹⁵³² *Ibidem*.

Chapitre I - La dialectique des droits fondamentaux et du droit civil européen

539. La dialectique entre droits fondamentaux et droit civil européen s'organise autour de deux axes principaux. Dans un premier temps, les droits fondamentaux peuvent être présentés comme caractérisant l'origine du droit civil européen. En effet, toute norme civile paraît découler d'un droit fondamental, comme si ce dernier en était la matrice. Les droits primordiaux sont en mesure d'expliquer l'apparition et justifient l'émergence de cette nouvelle matière. Raison d'être du droit civil européen, les droits fondamentaux représentent l'explication nécessaire à sa compréhension. Se situant à l'origine du processus civil européen, c'est par leur intermédiaire que les ordres communautaire et du Conseil de l'Europe ont été amenés à élaborer des règles civiles. De fait, une règle ou un principe de droit civil découle systématiquement d'une liberté fondamentale et les droits fondamentaux représentent ainsi le centre de gravité du droit civil européen qui s'élabore et se développe grâce à eux. Toutefois, la relation entre droits fondamentaux et droit civil n'est pas à sens unique. Dans un second temps, le droit civil permet aux droits fondamentaux de trouver des applications concrètes entre particuliers et leur offre ainsi une forme d'effectivité. Par l'intermédiaire du droit civil européen, les droits fondamentaux dépassent leur champ d'application traditionnel qui se cantonnait aux relations entre les individus et l'État.

En ce sens, le droit européen des droits de l'homme mérite la qualification de droit matriciel du droit civil européen (section I), tandis que ce dernier constitue un facteur d'effectivité des droits fondamentaux (section II).

Section I : Les droits fondamentaux, droit matriciel du droit civil européen

540. La notion de droits fondamentaux peut être assimilée à celle de droits de l'homme, tels qu'ils sont garantis par la Conv EDH et interprétés par la Cour EDH. Cette assimilation se trouve d'ailleurs confirmée par les institutions européennes qui utilisent, tant sur le mode jurisprudentiel que législatif, les deux vocables, à une nuance près. Les droits fondamentaux tels qu'entendus par les institutions communautaires recouvrent un domaine plus large que celui des droits de l'homme. En effet, cette dernière notion désigne un « *noyau de droits essentiels et inaliénables de la personne humaine, valables en toute circonstance, sans possibilité de dérogation. Dans le contexte communautaire, cette formule (...) couvre une*

gamme plus large de droits, y compris économiques, tels que ceux reconnus par les Constitutions de certains États membres, par des Bill of rights ou par des conventions internationales »¹⁵³³. Les droits fondamentaux envisagés s'entendent des seuls droits de l'homme mentionnés dans la Conv EDH et non de ceux énoncés par la Charte DFUE. Il convient de préciser de plus que les quatre libertés réputées fondamentales du droit communautaire que sont les libertés de circulation, à savoir celles des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, ne relèvent pas des droits fondamentaux mais des libertés communautaires¹⁵³⁴.

541. Cette précision apportée, il convient de démontrer que les droits fondamentaux constituent le droit matriciel du droit civil européen. Dans un sens usuel, la matrice s'entend d'un moule qui reproduit son empreinte sur un objet soumis à son action¹⁵³⁵. Transposée à la matière juridique, un droit peut être qualifié de matriciel, selon B. Mathieu, lorsqu'il engendre d'autres droits de portée et de valeur différentes¹⁵³⁶. Les droits fondamentaux constitueraient ainsi un moule dans lequel s'élabore le droit civil européen. Pour cette raison, le professeur Y. Madiot relève qu'ils « *représentent un extraordinaire facteur de transformation du droit* »¹⁵³⁷. Seulement, si l'idée de matrice est reprise par bon nombre d'auteurs¹⁵³⁸, elle ne se vise pas seulement la consécration d'un droit. Le rôle de la matrice s'étend également à

¹⁵³³ V. DI BUCCI, « Droits fondamentaux », dans A. BARAV et PHILIP C. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, op. cit., p. 412, souligné par G. BOUDOT, *La libre circulation des personnes et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2000, p. 11.

¹⁵³⁴ En outre, l'utilisation du terme « libertés publiques » doit être rejetée. En effet, il s'agit d'une notion à la fois interne et de droit public (J.-J. ISRAEL souligne ainsi que « la notion de libertés publiques est typique du droit français (...) »), dans *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 25 ; G. BOUDOT, *La libre circulation des personnes et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, op. cit., p. 7, note 20) alors même que l'objet de l'étude, le droit civil, s'observe à une échelle européenne et se révèle être une composante du droit privé (O. DORD, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », dans *Les libertés publiques, Les Cahiers français*, mai-juin 2000, n° 296, p. 11 ; M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, p. 13 ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », dans *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* 1998, n° spécial, p. 6).

¹⁵³⁵ Dictionnaire *Le petit Robert*, op. cit.

¹⁵³⁶ Cf. B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. p. 211.

¹⁵³⁷ Y. MADIOT, « La protection internationale de la personne », dans *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René SAVATIER, 25 et 26 mars 1993, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Presses universitaires de France, 1994, p. 174.

¹⁵³⁸ En ce sens L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », op. cit. ; D. BAKOUCHE, « L'inquiétant effacement du droit à l'image face à la liberté de communication des informations », *JCP* 2004, éd. G., II, 10160 qui érige l'article 9 du code civil en matrice des droits de la personnalité. Cependant, il emprunte cette expression à J.-C. SAINT PAU, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, *D.* 1999, p. 541 ; J.-C. ZARKA, « La CJCE estime que le système français de bonus malus des assurances automobiles n'est pas contraire au principe de liberté tarifaire posé par la directive CE n° 92/49 », *JCP* 2004, éd. G., II, 10163 ; R. CABRILLAC, « L'avenir du Code civil », *JCP* 2004, éd. G., I, 121 ; A. BERNARD, « Le patrimoine de l'incapable majeur : une petite histoire », *JCP* 1999, éd. N., n° 20, p. 826 ; H. GAUDIN, « Chronique de jurisprudence communautaire », *RDP* 2000, p. 1033.

l'évolution et au développement du droit. En d'autres termes, elle fait à la fois figure de socle et de moteur. De ce fait, le droit européen des droits de l'homme se trouve non seulement à l'origine du droit civil européen (§ I), mais permet également son évolution (§2).

§ I - Les droits fondamentaux à l'origine du droit civil européen

542. Les droits fondamentaux représentent l'élément générateur¹⁵³⁹ du droit civil européen si bien que chaque norme civile se constitue sur un droit fondamental. Autrement dit, toute disposition civile n'existe que rattachée à l'un de ces droits. L'obligation de respecter les droits primordiaux a conduit le droit européen, pourtant à l'origine loin des considérations civiles, à élargir son champ d'application.

543. Affirmer que le droit européen s'est étendu à la matière civile par le biais des droits fondamentaux se conçoit aisément en droit du Conseil de l'Europe. En effet, certains droits garantis par la Convention recèlent une propension avérée à pénétrer la matière civile. Tel est le cas du droit au respect de la vie familiale, de la vie privée ou encore du droit de propriété. Toutefois, il n'était pas initialement prévu que la simple protection des droits de l'homme laisse place à un ensemble de normes civiles aussi vaste et diffus. Le large pouvoir d'interprétation de la Cour EDH, enrichi par la volonté de protéger des droits « *non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »¹⁵⁴⁰ a entraîné la Cour à appréhender tous les domaines y compris le droit civil. Par ailleurs, autoriser les requêtes individuelles a ouvert la voie à la matière civile en permettant aux particuliers de se plaindre, non seulement des violations directes commises par l'État dont ils sont les ressortissants, mais également des violations commises par d'autres particuliers¹⁵⁴¹. Une telle hypothèse appelait la matière civile puisqu'il s'agissait pour la Cour EDH de statuer dans le cadre de litiges entre particuliers. Dès lors, l'apparition du droit civil au sein du droit du Conseil de l'Europe s'imposait. Il en résulte que la production d'une norme civile passe par un droit fondamental et n'est jamais autonome par rapport aux droits de l'homme. En effet, la Cour européenne n'aborde pas la filiation adoptive en tant que telle, elle ne s'y intéresse que parce que cette filiation relève de l'article 8 de la Conv EDH à savoir le droit au respect de la vie familiale. Ainsi, toute norme civile puise son origine dans un droit fondamental.

¹⁵³⁹ Pour une définition complète voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 128.

¹⁵⁴⁰ CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 Airey c/ Irlande, op. cit., point 24 de l'arrêt, GACEDH n° 2 ; CEDH 15 février 2005 requête n° 68416/01 Steel et Morris c/ Royaume-Uni, § 59.

¹⁵⁴¹ Application singulière de la CEDH qui sera examinée en détail *infra*.

544. Si cette affirmation se perçoit sans peine dans le système du Conseil de l'Europe, elle peut surprendre en droit communautaire. Par conséquent, c'est surtout de ce dernier dont il sera question dans la suite des développements puisqu'il est le seul à comporter un réel intérêt démonstratif. À l'instar du droit du Conseil de l'Europe, rien ne prédestinait le droit communautaire à investir le domaine civil. Qui plus est, sa vocation était essentiellement économique. Il apparaissait alors bien improbable qu'il ait à connaître de questions familiales ou successorales. Ce sont les droits fondamentaux qui ont permis l'extension du champ d'application du droit communautaire, en l'obligeant à prendre en considération des préoccupations autres qu'économiques. Ce faisant, ils ont permis l'élargissement respectif du champ d'application matériel (A) et personnel (B) du droit communautaire.

A / L'extension du champ d'application matériel du droit communautaire

545. Le droit communautaire est initialement un droit à vocation économique, donc au champ d'application matériel limité¹⁵⁴². L'article 2 TCE assigne ainsi à la Communauté la mission de « *promouvoir un développement harmonieux des activités économiques* ». Le champ d'application du Traité paraît donc nécessairement limité aux seules activités économiques ayant un facteur de rattachement au droit communautaire. Or, même si cette notion d'activité économique a fait l'objet d'une interprétation extensive par la CJCE¹⁵⁴³, il n'en demeure pas moins que le champ d'application du traité de Rome se cantonne à toute activité présentant au moins un aspect économique. En ce sens, le droit civil est originellement loin d'entrer dans le champ d'application matériel du droit communautaire, au moins dans sa globalité. Seul le droit des contrats y pénètre légitimement. En outre, les droits fondamentaux ne figuraient pas initialement au centre des préoccupations communautaires. C'est uniquement à compter du traité d'Amsterdam que les rédacteurs « *ont accordé une place de choix à la protection des droits de l'homme* »¹⁵⁴⁴, notamment au travers de l'article 6. Ainsi, le droit communautaire aurait tout à fait pu ne pas considérer le respect de ces

¹⁵⁴² Sur ce thème voir le dossier spécial sur « Les champs d'application en droit communautaire », *RAE* 2004, 1. A l'instar des textes qui semblent confondre les deux notions, il ne sera pas fait ici de distinction majeure entre compétence et champ d'application. Pour cette distinction voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁴³ Encore convient-il de préciser que la Cour a considéré comme prestations de services, au sens de l'article 59 du Traité, des activités qui ne relèvent pas du domaine étroit de l'activité économique, telles les activités artistiques, les activités sportives ou les retransmissions de films par réseau de télédistribution.

¹⁵⁴⁴ J.-F. FLAUSS (dir.), « Les droits de l'homme dans l'Union européenne », *LPA*, 26 juillet 1999, n° 147, p. 10.

dispositions fondamentales comme une priorité¹⁵⁴⁵ et son champ d'application se serait alors limité au marché unique.

546. Toutefois, les institutions communautaires, à commencer par la CJCE, ont rapidement été confrontées à la nécessité de respecter les droits de l'homme. La juridiction a développé les bases de la protection communautaire de ces droits. Elle a été suivie par les textes communautaires¹⁵⁴⁶ et consacrée par la proclamation de la Charte DFUE¹⁵⁴⁷. Par conséquent, ces droits sont devenus un objectif à part entière des institutions communautaires qui doivent en assurer le respect, à l'instar des États membres. Cependant, la progression des droits fondamentaux au sein de l'ordre communautaire présente moins d'intérêt que les perspectives d'élargissement qu'elle a offertes au champ d'application matériel de l'Union européenne¹⁵⁴⁸. En s'imposant comme une exigence communautaire, les droits fondamentaux ont pu jouer le rôle de matrice du droit civil européen. En effet, leur plein respect a justifié que le droit communautaire s'ingère dans les questions civiles. Cette allégation mérite d'être étayée par deux exemples qui permettront un raisonnement par induction, le droit au nom d'une part (1°) et le droit au mariage d'autre part (2°).

1° Le droit au nom en droit communautaire

547. Le droit communautaire garantit la liberté de circulation et de séjour. Dans le cadre de cette liberté, les droits fondamentaux doivent être respectés à la fois par les institutions communautaires et par les États membres. Or, la reconnaissance de l'identité d'une personne s'impose comme l'une des composantes du droit au respect de la vie privée. Si un État porte atteinte à ce droit fondamental par une disposition de droit interne, il entrave par voie de conséquence la liberté communautaire. Il n'est pas possible de jouir pleinement d'une liberté communautaire si dans le cadre de son exercice il est porté atteinte à l'un de ses droits fondamentaux, par exemple le droit au respect de la vie privée. Ainsi, par le biais des droits fondamentaux, les institutions communautaires, entre autres la Cour de justice, peuvent être amenées à statuer sur des problèmes d'identité et donc de nom de famille. Ce sont ainsi les

¹⁵⁴⁵ Ce qui n'aurait toutefois pas libéré les États quant au respect de leurs engagements propres, notamment par le jeu de conventions internationales.

¹⁵⁴⁶ Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, du 5 avril 1977, *JO C* 103 du 27/04/1977, p. 1 ; Traités de Maastricht, du 7 février 1992, *JO C* 191 du 29/07/1992, et d'Amsterdam, du 2 octobre 1997, *JO C* 340 du 10/11/1997.

¹⁵⁴⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, *op. cit.*

¹⁵⁴⁸ Se reporter sur ce sujet : J.-F. FLAUSS (dir.), « Les droits de l'homme dans l'Union européenne », *op. cit.*, n° 147, p. 5 et n° 148, p. 18 ; F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam, vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *op. cit.*

droits fondamentaux qui mènent au droit civil, ce dernier étant abordé de manière indirecte. Puisque le droit communautaire intervient en matière civile, son champ d'application s'en trouve élargi et passe pour obsolète¹⁵⁴⁹ en n'étant perçu que dans sa seule dimension économique.

548. Le nom, pour reprendre l'arrêt *Konstantinidis*¹⁵⁵⁰ de 1993, n'a aucune vocation économique en tant que tel. En revanche, perçu en tant que droit fondamental¹⁵⁵¹, il doit être protégé par le droit communautaire. Si le droit au nom était un droit accessoire ou secondaire, sa violation n'aurait que peu de retombées sur l'individu. De même, elle n'aurait aucun effet sur son droit à la liberté de circulation. De la même manière, si l'Union européenne n'avait pas consacré le respect des droits fondamentaux, une atteinte au nom patronymique¹⁵⁵² par une disposition de droit interne n'entraînerait aucune conséquence en droit communautaire. Toutefois, dans la mesure où le droit au nom est un droit fondamental, dont la protection relève du champ d'application communautaire¹⁵⁵³, son atteinte représente une entrave. Celle-ci porte atteinte premièrement à la citoyenneté et, deuxièmement, à la liberté de circulation et d'établissement. Si le droit au nom n'était pas qualifié de « droit fondamental », son atteinte serait de moindre importance, au point de ne pas constituer une entrave à la liberté d'établissement. C'est donc en raison de l'importance des droits fondamentaux que la Cour de justice est susceptible de statuer dans le domaine civil. Dès lors que leur irrespect peut constituer une entrave aux libertés communautaires, ces droits font l'objet d'une protection par le droit communautaire. Cette protection, si tant est qu'on la conçoive absolue et sans restriction, peut ainsi aboutir à la production de normes civiles. Les droits fondamentaux visent en effet avant tout l'individu et peuvent concerner sa filiation, son domicile ou sa nationalité ou comme dans l'exemple donné son nom. Un changement de patronyme porte atteinte au droit au nom, élément du droit au respect de la vie privée. En cela, la CJCE se prononce sur la notion même de vie privée, notion civile par excellence.

¹⁵⁴⁹ J.-F. FLAUSS (dir.), « Les droits de l'homme dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁵⁰ CJCE 30 mars 1993 affaire C- 168/91, *Konstantinidis*, *Rec.* p. 1214, *RTDH* 1994, p. 446, note J.-F. FLAUSS.

¹⁵⁵¹ Cf. en ce sens les conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS présentées le 9/12/1992, *Rec.* p. 1191, n° 40 : « *Le droit d'une personne à son nom est fondamental dans tous les sens du terme. Après tout, que sommes-nous sans nom ? C'est notre nom qui distingue chacun de nous du reste de l'humanité (...)* ».

¹⁵⁵² Dont la nouvelle terminologie en droit français est nom de famille selon la loi 2002-304 relative au nom de famille, du 04 mars 2002, *op. cit.*

¹⁵⁵³ Voir en ce sens CJCE 2 octobre 2003 affaire C- 148/02, *Carlos Garcia Avello c/ État belge*, point 27 de l'arrêt, *RTDH* 2004, p. 739, note H. SURREL; *Europe* décembre 2003, commentaires, n° 374, p. 5, note Y. GAUTIER ; *JCP* 2004, *éd. G*, I, 111, n° 3, obs. A. MARMISSE. Cf. encore en matière patronymique l'arrêt CJCE 27 avril 2006, affaire C- 96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, *Rec.* p. 3561 (dans lequel la Cour ne s'estime pas compétente par une raison qui n'est pas liée au problème relatif au nom de famille).

549. Toutefois, dans l'arrêt *Konstantinidis*, la Cour ne sanctionne pas directement l'atteinte portée au droit au nom, car cela ne relève pas de son ressort. Elle condamne la discrimination fondée sur la nationalité qui résultait de la législation allemande. Celle-ci imposait en effet la translittération en caractères latins des noms de ressortissants grecs inscrits en caractères grecs dans les registres de l'État civil de ce pays. La Cour précise que si rien, dans le Traité, ne s'oppose à une telle transcription d'un nom grec en caractères latins, c'est à la condition qu'elle n'engendre pas une atteinte au libre exercice du droit d'établissement, incompatible avec l'article 52 du Traité¹⁵⁵⁴. En réglant le litige sous l'angle du principe de non-discrimination, le juge communautaire évite de se prononcer sur les droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins qu'implicitement, le droit à l'identité pénètre ainsi le champ d'application matériel du droit communautaire¹⁵⁵⁵, de ce fait étendu par les droits fondamentaux à des éléments non strictement économiques. Cela permet au professeur J.-F. Flaus de relever que « *la saisie du droit civil des États membres par le droit communautaire semble d'ailleurs constituer un phénomène en développement comme l'atteste la pratique institutionnelle et jurisprudentielle contemporaine* »¹⁵⁵⁶. Pourtant, comme l'auteur le remarque, cette matière échappait de prime abord au champ d'application du Traité¹⁵⁵⁷. L'exemple du droit au mariage permet également de raisonner par induction et de démontrer l'extension du champ d'application du droit communautaire par les droits fondamentaux.

2° Le droit au mariage en droit communautaire

550. La définition du mariage, au même titre que ses conditions, ne relève aucunement des compétences communautaires. Nonobstant cette exclusion du champ d'application matériel fixé par les traités, la CJCE a été amenée à statuer sur la conformité au droit communautaire d'une législation interne relative au lien matrimonial. Ainsi, à l'instar du droit au nom, le droit communautaire est intervenu en droit de la famille de façon indirecte, en visant un droit fondamental, le droit de se marier.

¹⁵⁵⁴ CJCE 30 mars 1993 affaire C- 168/91, *Konstantinidis*, point 15 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁵⁵⁵ Ce qui sera d'ailleurs confirmé par l'arrêt CJCE 2 octobre 2003 affaire C- 148/02, *Carlos Garcia Avello c/ État belge*, point 27 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁵⁵⁶ J.-F. FLAUSS, note sous CJCE 30 mars 1993 affaire C- 168/91, *Konstantinidis*, *op. cit.*, p. 454.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 455. Cette saisie du droit civil des États membres par le droit communautaire paraît d'autant plus inédite que la Cour EDH elle-même hésite parfois à investir ces mêmes domaines, invoquant des particularités nationales. En ce sens concernant le droit au nom cf décision CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01, *Mentzen alias Mencena c/ la Lettonie*, *RTD civ* 2005, p. 738, note J.-P. MARGUÉNAUD.

551. Dans l'arrêt *K. B*¹⁵⁵⁸, la Cour de justice a jugé qu'une personne transsexuelle dispose du droit de se marier. Le problème qui se posait dans l'arrêt était relatif au bénéfice d'une pension de survie, reversée en cas de décès au partenaire marié de l'affilié. Cette possibilité profitait ainsi aux seuls époux. Que l'État réserve certains avantages aux couples mariés ne pouvait fonder une discrimination en raison du sexe. En effet, de telles mesures relèvent du choix du législateur interne¹⁵⁵⁹. En revanche, la possibilité de contracter mariage doit être garantie à tout individu, ce que ne permettait pas le droit interne au Royaume-Uni. Les transsexuels ne pouvaient s'y marier en raison de la législation sur l'État civil. Dès lors que le droit interne ne prenait en considération que le seul sexe biologique, le mariage d'une personne transsexuelle ne répondait pas à la condition d'hétérosexualité. Pour ce faire, il aurait fallu que la législation nationale s'intéresse au sexe social de la personne. Le raisonnement se comprend mais on perçoit mal comment le juge communautaire va remettre en cause la définition du mariage dans un État alors que la Communauté ne dispose pas de compétence touchant au droit de la famille. Sous couvert de la reconnaissance d'une inégalité de traitement dans une condition à l'octroi d'une pension - en l'occurrence la capacité de se marier - le juge communautaire intervient légitimement. Bien que situé au cœur du champ de compétence matériel du droit communautaire, l'arrêt *K. B* donne toutefois force contraignante¹⁵⁶⁰ à l'arrêt *Goodwin contre le Royaume-Uni*, auquel il se réfère. Or, ces arrêts remettent en cause les conditions internes de formation du mariage et contraignent l'État à accepter des mariages qui ne sont hétérosexuels que du seul point de vue social. L'arrêt de la CJCE s'immisce dans le problème des conditions matrimoniales nationales et tend à une redéfinition du mariage¹⁵⁶¹. C'est alors en raison de la protection du droit fondamental au mariage que le droit communautaire pénètre le droit civil. Ainsi, la norme civile se raccroche à un droit fondamental. Ce dernier, quant à lui, garantit le droit à l'égalité de traitement dans le bénéfice d'une réversion de pension, droit dont il est possible de se prévaloir en droit communautaire.

¹⁵⁵⁸ CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, *K. B. c/ National Health Service Pensions Agency*, *Rec* p. 541 ; *JTDE* 2004, p. 81 ; *D.* 2004, juris. p. 979, note P. ICARD ; *RTD civ* 2004, p. 373, note J. RAYNARD ; *RTD civ* 2004, p. 266, note J. HAUSER ; *CDE* 2006, p. 230, note A. BOHLER et Y. MOTTARD.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, point 28 de l'arrêt.

¹⁵⁶⁰ En ce sens, M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH* 2005, n° 64, p. 934.

¹⁵⁶¹ L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *op. cit.*

552. Il est entendu que le droit au mariage des transsexuels ne se rattache par directement aux libertés consacrées par le droit communautaire. Néanmoins, il parvient à être appréhendé par ce dernier, au travers du principe d'égalité des rémunérations. Les droits fondamentaux permettent ainsi à l'ordre juridique communautaire une incursion dans le domaine de l'état des personnes et du droit au mariage¹⁵⁶². Comme l'affirme J. Raynard, « *la décision apporte sa pierre à l'édifice européen-communautaire du droit au mariage, construction qui ne s'intéresse à cette institution qu'à travers le prisme des droits de l'homme et droits fondamentaux* »¹⁵⁶³.

553. Dans le même ordre d'idées, le droit communautaire investit le domaine des conditions de formation du lien matrimonial dans la directive du 29 avril 2004 relative au droit de circulation et de séjour des citoyens européens et de leur famille¹⁵⁶⁴. Le droit communautaire garantit la liberté matrimoniale afin de ne pas entraver la liberté de circulation. Afin de garantir la mobilité des citoyens européens, il convient d'assurer l'accompagnement du conjoint. C'est pourquoi le texte s'intéresse à l'existence d'un lien marital : il faut que le conjoint puisse bénéficier des droits conférés par la directive mais seul ce conjoint peut en bénéficier. En d'autres termes, le problème réside dans la définition du conjoint, que la directive envisage clairement comme le partenaire marié. Dès lors, la notion de conjoint se trouve à nouveau investie par le droit communautaire. Il est même envisageable que la directive aille plus loin. Certes, elle ne précise aucunement que le conjoint peut être une personne de même sexe¹⁵⁶⁵. Cela étant, le considérant 31 rappelle l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et renvoie à l'article 9 de la Charte DFUE. Or, ce dernier article, à la différence de l'article 12 de la Conv EDH, ne réserve pas le droit de se marier aux seuls couples de sexe différent. Ainsi, en mentionnant ce texte, il est possible que la directive reconnaisse implicitement un droit subjectif au mariage pour les partenaires de

¹⁵⁶² L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *op. cit.*

¹⁵⁶³ J. RAYNARD, note sous CJCE 14 janvier 2004 affaire C- 117/01, K. B. c/ National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health, *op. cit.*, p. 373.

¹⁵⁶⁴ Directive 2004/38 du Parlement et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.* Sur ce texte, voir, entre autres M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *op. cit.*, p. 923.

¹⁵⁶⁵ Alors que le Parlement avait proposé l'ajout des termes « *quel que soit leur sexe* » à la notion de conjoint, amendement refusé par la Commission.

même sexe¹⁵⁶⁶. Il serait surprenant que cette avancée se réalise au sein de l'Europe communautaire, qui distancerait ainsi l'Europe des droits de l'homme sur son propre domaine de compétences. Toutefois, la Cour EDH se trouve tenue par la lettre de la Convention, ce qui n'est pas le cas du droit communautaire. Il semble naturel que l'extension du champ d'application matériel du droit communautaire s'accompagne d'une évolution du champ personnel de ce droit car la cause de l'extension, à savoir les droits de l'homme, s'intéressent avant tout à la protection des individus.

B / L'extension du champ d'application personnel du droit communautaire

554. L'intrusion des droits fondamentaux parmi les objectifs du droit communautaire a entraîné une extension du champ personnel¹⁵⁶⁷ du droit communautaire. Or, c'est en raison de cette extension que le droit communautaire a été amené à investir le domaine civil. Il semble que l'évolution du champ d'application personnel ait connu deux phases essentielles. Dans chacune d'elle, la compétence *ratione personae* du droit communautaire a pu être étendue grâce aux droits fondamentaux, que la compétence personnelle du droit communautaire ait été liée à l'activité matérielle d'un individu (1°) ou qu'elle se soit ensuite attachée à sa qualité de citoyen européen (2°).

1° L'attachement à une activité matérielle

555. Classiquement et à l'origine, les personnes visées par le droit communautaire étaient les ressortissants communautaires¹⁵⁶⁸ envisagés en tant qu'acteurs économiques. En cela, les libertés communautaires, comme par exemple le droit de circulation, se trouvaient liées à l'exercice d'une activité économique. Il faut pour l'instant envisager au titre de ressortissant communautaire toute personne ayant la nationalité d'un État membre. Bien que limité, ce champ d'application était susceptible de s'étendre à d'autres personnes. En effet, le droit au regroupement familial permettait aux membres de la famille d'un ressortissant

¹⁵⁶⁶ M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *op. cit.*, p. 939.

¹⁵⁶⁷ S'intéresser au champ d'application personnel d'un droit revient à déterminer les personnes auxquelles il s'étend. Autrement dit, il s'agit de préciser les personnes au profit desquelles un dispositif est instauré, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un droit (pour l'utilisation en ce sens de la notion de champ d'application personnel, voir A. DEVERS, « La solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées », *Dr. fam.* 2004, n° 10, étude 24). Pour une utilisation relative au droit communautaire, voir l'article de V. CHÉTAIL, « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen », *Europe* 2006, n° 8, étude 9 ou encore F. MARIATTE, « Conditions d'octroi aux travailleurs migrants des pensions militaires d'invalidité », *Europe* 2006, n° 8, comm. 241. L'examen du champ d'application personnel d'un texte ou d'un droit est souvent joint à celui du champ d'application matériel.

¹⁵⁶⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*, p. 57.

communautaire de relever du droit communautaire. Le droit fondamental au respect de la vie familiale autorisait l'ouverture du champ d'application au conjoint et autres membres de la famille du ressortissant communautaire. Déjà, la pleine réalisation d'un droit fondamental offrait au droit communautaire la possibilité de s'immiscer en droit de la famille. Cela étant, les droits étaient reconnus aux membres de la famille au travers d'une qualité communautaire économique du bénéficiaire principal du regroupement. Il s'agissait ainsi de la famille du travailleur, de l'étudiant ou du retraité migrant.

556. Puisque la vie familiale constitue un droit fondamental, elle doit bénéficier à d'autres que le seul ressortissant communautaire. C'est afin de garantir son respect et sa mise en œuvre que le droit communautaire se préoccupe des conjoints, enfants et de façon plus générale de la notion de famille. Sans disposition encourageant le regroupement familial, un ressortissant communautaire hésiterait sans doute à utiliser pleinement sa liberté de circulation et d'établissement. En ce sens, l'objectif communautaire de protection de la famille vise à limiter les entraves aux libertés de circulation. Pour autant, c'est parce que le droit au respect de la vie familiale est fondamental qu'il faut le garantir afin de permettre l'exercice des libertés communautaires. A l'instar du droit au nom, c'est avant tout parce qu'on assimile une garantie à un droit fondamental qu'elle doit être protégée. Une fois reconnu, ce droit primordial permet aux ressortissants communautaires d'exercer leurs libertés communautaires sans que cela leur soit défavorable. En d'autres termes, c'est parce que les droits en cause sont fondamentaux qu'il convient de les protéger afin de ne pas entraver le fonctionnement optimum du marché. Cela a conduit le droit communautaire à étendre son champ d'application personnel. Ainsi, par le biais des droits fondamentaux, le législateur communautaire a très tôt considéré qu'avaient le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, son conjoint et leurs descendants et ascendants à charge. Cela étant, malgré l'extension, le facteur de rattachement économique était toujours exigé. L'introduction de la « citoyenneté » européenne par le Traité de Maastricht modifie ce critère de rattachement.

2° L'attachement à la qualité de citoyen

557. La notion de citoyen européen, nouveau critère de rattachement *ratione personae*, n'a toutefois pas modifié la brèche ouverte au profit du droit civil par les droits fondamentaux. Ce nouveau critère a consacré la mise à l'écart du critère économique car il

regroupe toutes les catégories d'acteurs, économiques et non économiques¹⁵⁶⁹. En ce sens, la Cour de justice n'a pas hésité à affirmer que « *le Traité sur l'Union européenne n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union* »¹⁵⁷⁰. Cette évolution est justifiée : elle prend acte du nouvel objectif communautaire que constitue la protection des droits fondamentaux. Dès lors, face à l'universalité des droits de l'homme, il n'était plus envisageable de faire de la qualité d'agent économique le critère d'attribution des dispositions communautaires.

558. Ce champ d'application personnel nouvellement défini a été étendu par les droits fondamentaux. Si la citoyenneté permet de considérer l'individu comme sujet de droit et met par conséquent un terme à l'octroi de droits par répercussion¹⁵⁷¹, elle n'isole pas pour autant l'individu. À l'instar du ressortissant communautaire, le citoyen ne vit pas isolé. Il est susceptible de vivre en famille et dispose du droit au respect de sa vie familiale. Ainsi, l'extension du champ d'application personnel se réitère avec ce nouveau critère puisqu'il s'ouvre aux membres de la famille nucléaire du citoyen : conjoint, descendant direct de moins de vingt et un ans ou à charge, ascendants directs à charge. Les personnes visées par ces mesures vont pouvoir bénéficier du droit communautaire alors même qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de ce droit. Par exemple, le droit au regroupement familial est reconnu aux ressortissants d'États tiers puisque la directive 2003/86 affirme que le citoyen peut être rejoint par sa famille quelle que soit la nationalité de ses membres¹⁵⁷². De nouveau, l'élargissement du champ d'application personnel s'explique par la volonté de garantir les droits fondamentaux.

559. Par voie de conséquence, le droit communautaire pénètre le domaine civil puisqu'il se trouve contraint d'interpréter la notion de membre de la famille, de conjoint ou d'enfant. Le juge communautaire peut être conduit à statuer sur des problèmes de nationalité ou de

¹⁵⁶⁹ Cf. M. CANDELA SORIANO et C. CHENEVIÈRE, « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *op. cit.*, p. 929.

¹⁵⁷⁰ CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 413/99, Baumbast, *Rec.* p. 7091, point 83 de l'arrêt.

¹⁵⁷¹ Cf. H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE* 2004, n° 1, p. 20.

¹⁵⁷² Article 5 de la directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*

filiation, qui constituent des problèmes d'ordre civil¹⁵⁷³. Un droit de séjour étant créé en faveur des membres de la famille, il faut donner un sens à la notion même de famille. Pour cette raison, il est possible d'affirmer que c'est par l'intermédiaire des droits fondamentaux que le droit communautaire se trouve créateur de droit civil.

560. Les droits fondamentaux ne donnent certes pas directement naissance à une compétence en droit civil mais leur garantie entraîne un élargissement du champ d'application de l'ordre juridique communautaire¹⁵⁷⁴. Le droit civil, utilisé pour la garantie des droits fondamentaux, trouve précisément sa place dans cet évasement du droit communautaire. « *Ainsi, on voit que le jeu des libertés fondamentales prévues par le Traité oblige techniquement le droit communautaire à s'aventurer sur des terrains non économiques* »¹⁵⁷⁵. L'idée selon laquelle les droits fondamentaux constituent la matrice du droit civil européen se perçoit plus concrètement à présent. L'invocation d'un droit fondamental constitue un facteur puissant d'extension du champ d'application du droit communautaire. Il permet par répercussion d'une part la mise en place du droit civil européen, ce qui vient d'être démontré, d'autre part son évolution.

§ II - La progression du droit civil européen par les droits fondamentaux

561. Les droits fondamentaux génèrent l'apparition de normes civiles européennes mais ils permettent également l'évolution de cette nouvelle matière que représente le droit civil européen. Les droits de l'homme constituent en d'autres termes le moteur du développement du droit civil européen, après en avoir été à l'origine puisque telles sont les deux fonctions de la matrice. La création des normes civiles aurait pu piétiner ou même s'amenuiser. Au contraire, l'explosion des droits fondamentaux a servi l'expansion du droit civil. Ce phénomène, perceptible dans les deux ensembles européens, est particulièrement surprenant au sein de l'Union européenne¹⁵⁷⁶.

562. Il n'est plus permis aujourd'hui de douter de l'ambition communautaire en matière de droits fondamentaux. Le droit de l'Union se trouve dans l'obligation de concilier deux

¹⁵⁷³ En effet, les modes et effets de l'acquisition ou de la perte de la nationalité française sont abordés aux articles 17 et suivants du code civil.

¹⁵⁷⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁷⁵ Cf. H. GAUDEMET-TALLON, « Droit privé et droit communautaire, quelques réflexions », *op. cit.*, p. 238.

¹⁵⁷⁶ Voir encore dernièrement M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006.

missions qui parfois s'opposent : garantir les libertés communautaires et protéger les droits fondamentaux. Contre toute attente, il lui est arrivé de régler cette opposition en soumettant les objectifs communautaires à la protection des droits de l'homme, ce qui, par répercussion, renforce la progression du droit civil. Par ailleurs, la notion de citoyenneté européenne, qui a déjà permis l'extension du champ personnel du droit communautaire, représente elle aussi à ce jour un facteur de développement du droit civil.

Le changement d'ambition de l'Union, auquel l'introduction des droits fondamentaux a donné lieu, peut aboutir à une primauté des droits fondamentaux sur les objectifs communautaires (A). De même, ce glissement influe sur la notion de citoyenneté européenne qui encourage la diffusion du droit civil européen (B).

A / Le développement du droit civil par la primauté des droits fondamentaux

563. La progression du droit civil européen s'allie à une visibilité croissante des droits fondamentaux¹⁵⁷⁷ dans l'Union, de la Charte DFUE à la Constitution¹⁵⁷⁸. Ce dernier instrument communautaire place les droits de l'homme au sommet de l'ordre juridique de l'Union, en constitutionnalisant la Charte et en envisageant une adhésion à la Conv EDH. Il offre ainsi à l'Union un système complet de protection des droits fondamentaux¹⁵⁷⁹, qui répond au mouvement d'internationalisation des droits de l'homme¹⁵⁸⁰. La primauté de ces droits se déduit dans un premier temps du fait qu'ils apparaissent comme un objectif majeur de l'Union (1°). Dans un second temps, leur primauté résulte également de l'issue de leur confrontation avec les autres objectifs de l'Union, qui les érige en objectif primordial (2°). Dans les deux cas, la primauté des droits fondamentaux bénéficie à la progression du droit civil européen.

¹⁵⁷⁷ E. DECAUX, « Mieux vaut deux fois qu'une », *Rev. droits fondamentaux*, n° 4, janvier-décembre 2004, éditorial.

¹⁵⁷⁸ Malgré les résultats du référendum organisé en France comme aux Pays-Bas sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, ce texte n'est pas mis de côté. Il semble qu'une période de réflexion ait été ouverte afin de parvenir à surmonter les votes négatifs (cf D. SIMON, « Joyeux anniversaire et bonnes vacances, Europe 2006, n° 7, repère 7) mais il n'est pas question pour l'instant que ce texte soit annulé.

¹⁵⁷⁹ Cf. V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, V. MICHEL, *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., p. 360.

¹⁵⁸⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, Coll. Colloques Leradp, 1998; J. YACOUB, *Les droits de l'homme sont-ils exportables ? : géopolitique d'un universalisme*, Ellipses coll. Mondes réels, 2004.

1° Un objectif majeur de l'Union

564. La proposition de la Commission de juin 2005 pour un règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁸¹ démontre que la protection des droits fondamentaux est devenue un objectif capital. Il s'agit, par cette proposition, d'offrir une structure spécialement adaptée au respect et à la promotion des droits fondamentaux dans l'Union. Cette agence se justifie par le fait que la protection des droits fondamentaux « doit être placée au premier plan de l'action européenne »¹⁵⁸². En outre, elle constituerait la face pratique de la Charte DFUE. S'il ne semble pas utile de détailler le texte de la proposition, il convient toutefois de relever que la nature strictement communautaire de l'agence est mise en avant¹⁵⁸³. Certes, elle succède à une autre institution proprement communautaire, à savoir l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes. Pour autant, l'appréhension des droits fondamentaux se veut plus complète par la mise en place de cette agence. En ce sens, l'Union paraît s'émanciper du Conseil de l'Europe alors pourtant qu'il s'agit du domaine de compétence de celui-ci. Elle l'associe certes au projet puisque la proposition envisage, en son article 9, une coopération entre l'Agence et le Conseil de l'Europe. Cela étant, il n'est fait que peu référence à cette institution et la Conv EDH, quant à elle, n'est pas mentionnée. Le droit communautaire, si souvent collaborateur de la protection des droits fondamentaux en Europe, se réclame soudain initiateur d'un projet en ce domaine. L'Union tente ainsi de quitter la trace du Conseil de l'Europe et d'affirmer ses compétences autonomes en matière de droits de l'homme.

565. De manière analogue, les textes communautaires récents tendent à protéger directement les droits fondamentaux. La protection des données personnelles en offre des exemples significatifs. Ainsi, la directive du 12 juillet 2002¹⁵⁸⁴ concernant le traitement des données à caractère personnel vise t-elle la protection de la vie privée. Ce dernier objectif est également énoncé dans la proposition de directive du 21 septembre 2005 relative à la conservation des données¹⁵⁸⁵. Dans ce texte, l'Union européenne entend encadrer les

¹⁵⁸¹ Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2005) 280 final, du 30 juin 2005, *op. cit.*

¹⁵⁸² *Ibid.*, point relatif aux motivations et objectifs des propositions.

¹⁵⁸³ *Ibid.* notamment le considérant 4 de la proposition.

¹⁵⁸⁴ Directive 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), du 12 juillet 2002, JO L 201 du 31/07/2002, p.37.

¹⁵⁸⁵ Proposition de directive du parlement et du Conseil sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58, COM (2005) 438, du 21 septembre 2005, RDUE 2006, n° 1, p. 152.

incidences que la conservation des données est susceptible d'avoir sur la vie privée des citoyens. De ce fait, elle se met en quête d'un équilibre approprié entre tous les intérêts en jeu, comme le contexte social et économique, les exigences en matière de sécurité et les préoccupations concernant la vie privée. « *Le respect des libertés et droits fondamentaux, et notamment du droit à la vie privée, et la limitation stricte de l'ingérence dans la vie privée* »¹⁵⁸⁶ motive ce texte. Mue par un souci de respect du principe de proportionnalité, cette proposition pourrait avoir été élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le législateur communautaire est ainsi largement inspiré par une nouvelle préoccupation majeure, le respect des droits fondamentaux, susceptible de prévaloir sur les autres objectifs.

2° Un objectif primordial de l'Union

566. Un nouvel objectif majeur émergeant en droit communautaire, il est possible de se demander s'il va prévaloir sur les autres. Le droit communautaire est parfois conduit à trancher entre libertés communautaires et droits fondamentaux. La rencontre des deux semblait inéluctable. Si la CJCE est parvenue à les concilier dans un premier temps, c'est en termes de hiérarchie que la confrontation¹⁵⁸⁷ a été résolue dans un second temps. En effet, l'objectif de protection des libertés communautaires a dû se soumettre à celui de garantie des droits fondamentaux. Or, la soumission des premières aux seconds laisse un terrain largement propice au développement du droit civil.

567. Par l'arrêt *Schmidberger*¹⁵⁸⁸, la CJCE a tenté de concilier libertés communautaires et droits fondamentaux. Soucieuse de préserver le droit à la liberté de réunion et d'association, l'Autriche ne s'était pas opposée au déroulement d'une manifestation sur une autoroute. Entraînant une fermeture à la circulation, le rassemblement constituait une entrave aux échanges intracommunautaires. Ainsi, la question était de savoir si le principe de la libre circulation des marchandises garanti par le Traité prévalait sur les droits fondamentaux. La Cour de justice relève que « *le respect des droits fondamentaux (...) constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises* ». Comme le souligne C. Picheral, la Cour

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, point 3, « principe de proportionnalité ».

¹⁵⁸⁷ C'est en ces termes que G. BOUDOT résume une partie de sa thèse (G. BOUDOT, *La libre circulation des personnes et les droits fondamentaux dans l'Union européenne, op. cit.*).

¹⁵⁸⁸ CJCE 12 juin 2003 affaire C- 112/00, *Schmidberger*, *RTDH* 2004, p. 435 note C. VIAL ; *RTDH* 2004, p. 721, obs. C. PICHERAL.

appréhende l'affaire sous l'angle de la conciliation plutôt que celui de la hiérarchie¹⁵⁸⁹. Cette approche se déduit de la mise en balance des droits litigieux qui, finalement, privilégie le droit fondamental à la liberté d'expression et de réunion. Toutefois, s'il met en avant la primauté des droits fondamentaux, l'intérêt de cet arrêt semble limité pour notre étude dans la mesure où il n'est pas relatif à la matière civile.

568. Dans ce domaine, le conflit entre libertés communautaires et droits fondamentaux n'a laissé que peu de place à la conciliation. En l'absence de réponse textuelle¹⁵⁹⁰, c'est le juge communautaire qui a réglé le conflit. Il a fait primer les droits fondamentaux alors que rien ne l'obligeait à admettre leur prévalence. Cette dernière aurait fort bien pu être rejetée en faveur des libertés communautaires¹⁵⁹¹. De ce fait, la solution ne peut être présentée comme immuable. Toutefois, des exemples illustrent la primauté des droits fondamentaux et la voie qu'ils ouvrent au droit civil européen.

569. L'arrêt *Carpenter*¹⁵⁹² consacre ainsi un droit au regroupement familial au bénéfice du conjoint non européen d'un ressortissant communautaire, alors même qu'il n'avait pas la qualité de travailleur migrant. L'affaire à l'origine de cette requête opposait une ressortissante philippine aux autorités britanniques qui avaient pris à son encontre un arrêté d'expulsion. En tant qu'épouse philippine d'un ressortissant britannique, elle se prévalait d'un droit de séjour au Royaume-Uni au motif que son époux exerçait son droit à la libre circulation en tant que prestataire de services. Alors que la situation se rapprochait singulièrement d'une situation purement interne, puisque le mari ne s'établissait pas dans les autres États membres mais n'y faisait que de simples déplacements, la Cour de justice fit prévaloir la protection de la vie familiale. Pour la Cour, l'expulsion de la requérante nuirait à la vie familiale de son époux et par là même à l'exercice de sa libre prestation de services¹⁵⁹³. En admettant l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres afin d'éliminer

¹⁵⁸⁹ *Ibid.* point 77 de l'arrêt : « La présente affaire soulève ainsi la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité ». Sur ce point, C. PICHERAL, obs. sous CJCE 12 juin 2003 affaire C-112/00, Schmidberger, *op. cit.*, p. 722.

¹⁵⁹⁰ Sauf à considérer que la place consacrée à l'espace de liberté de sécurité et de justice, située avant le marché intérieur dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, constitue déjà une réponse, voir C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *op. cit.*

¹⁵⁹¹ Cette théorie, élaborée au 18^{ème} siècle, a déjà été l'objet de violentes attaques, cf. Y. MADIOT, « La protection internationale de la personne », dans *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrième journées René SAVATIER, 25 et 26 mars 1993, *op. cit.*, p. 206.

¹⁵⁹² CJCE 11 juillet 2002 affaire C-60/00, *Carpenter*, *Rec.* p. 6279 ; *Europe* 2002, n° 10, comm. 335, obs. L. IDOT.

¹⁵⁹³ Cf. L. IDOT, obs. sous CJCE 11 juillet 2002 affaire C-60/00, *Carpenter*, *op. cit.*

les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité¹⁵⁹⁴, la CJCE reconnaît la primauté des droits fondamentaux. L'arrêt impose la lecture des dispositions communautaires, en l'occurrence l'article 49 TCE relatif à la libre prestation de services, à la lumière du droit fondamental au respect de la vie familiale¹⁵⁹⁵. En ce sens, la décision semble avant tout s'attacher à la violation du droit au respect de la vie familiale constituée par la mesure d'expulsion, jugée disproportionnée. Cette atteinte paraît avoir joué le rôle de déclencheur du droit communautaire qui dévoile ainsi son nouvel objectif.

570. La prévalence des droits fondamentaux se vérifie encore grâce à l'arrêt *Omega*¹⁵⁹⁶ rendu par la CJCE le 14 octobre 2004. En l'espèce, il s'agissait de l'exploitation commerciale d'un jeu simulant des actes de violences sur des êtres humains ainsi que des mises à mort. Le droit à la libre prestation de services, liberté communautaire, était donc confronté au droit au respect de la dignité humaine, droit fondamental. Le juge communautaire y affirme que la protection des droits fondamentaux « *constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services* »¹⁵⁹⁷. En l'espèce, la protection du droit fondamental a prévalu et a justifié l'atteinte portée à la libre prestation de services, aspiration estimée absolue du droit communautaire.

571. Un troisième exemple peut être trouvé dans l'arrêt *Akrich*¹⁵⁹⁸. Cet arrêt démontre que la primauté des droits fondamentaux vient supplanter la logique communautaire. En l'espèce, M. Akrich, de nationalité marocaine, avait été expulsé à plusieurs reprises du Royaume-Uni, notamment en raison d'infractions qu'il y avait commises. Pénétré illégalement sur le territoire de cet État, il y épouse une ressortissante britannique. Il se voit opposer un nouveau refus de séjour au Royaume-Uni puis est expulsé vers l'Irlande où réside et travaille depuis quelques temps son épouse. Cette dernière, quelques mois plus tard, revient au Royaume-Uni afin d'y travailler. M. Akrich réclame alors une autorisation de séjourner au Royaume-Uni en tant que conjoint d'un ressortissant communautaire établi dans cet État. Dans cette affaire, si l'épouse était restée au Royaume-Uni, son époux, ressortissant d'un État tiers, n'aurait pu

¹⁵⁹⁴ CJCE 11 juillet 2002 affaire C- 60/00, *Carpenter*, *op. cit.*, point 38 de l'arrêt.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, point 46 de l'arrêt.

¹⁵⁹⁶ CJCE 14 octobre 2004 affaire C-36/02, *Omega*, *Rec.* p. 9609 ; *RTDH* 2005, p. 649, note C. PICHERAL ; *Europe des libertés* n° 16, note J.-P. JACQUÉ.

¹⁵⁹⁷ CJCE 14 octobre 2004 affaire C- 36/02, *Omega*, *op. cit.*, point 35 de l'arrêt.

¹⁵⁹⁸ CJCE 23 septembre 2003 affaire C- 109/01, *Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich*, *Rec.* p. 9607 ; *RTDH* 2004, p. 726, note C. MAUBERNARD ; *Europe* 2003, comm. 353, note L. IDOT.

bénéficiaire des règles communautaires. En ce cas, des règles nationales plus strictes en matière d'immigration lui auraient été imposées. Cependant, le fait d'avoir déménagé afin de travailler six mois en Irlande permet aux époux d'avancer un facteur de rattachement communautaire leur permettant de bénéficier du règlement de 1968. Or, ce texte confère à Mme Akrich le droit de bénéficier du regroupement familial garanti au travailleur salarié ressortissant communautaire. Partant, le problème est de savoir si un tel contournement des règles relatives à l'immigration nationale constitue un abus. D'autant que les époux n'ont jamais nié que leur déplacement en Irlande avait été réalisé dans le but de pouvoir tirer parti des règles communautaires. Certes, M. Akrich a séjourné légalement en Irlande, mais à l'origine, il n'était pas admis au Royaume-Uni au regard des dispositions nationales. Ainsi, en dépit d'une entrée illégale dans cet État membre, il voudrait pouvoir bénéficier du droit communautaire. Le facteur de rattachement communautaire se trouve dans cette affaire tout à fait artificiel. La logique communautaire réclamerait que les normes communautaires ne s'appliquent pas à cette situation relevant pour l'essentiel de la compétence nationale, qui plus est en matière d'immigration. Malgré ces observations, le juge fait prévaloir le droit au regroupement familial. Aucun exercice abusif du droit communautaire n'est retenu dans cet arrêt alors même que le fait d'user de son statut de travailleur pour permettre à son mari d'entrer sur le territoire du Royaume-Uni confesse un contournement des règles communautaires. Cette corruption des règles est autorisée afin de permettre l'exercice d'un droit fondamental. C'est parce qu'un droit fondamental est en jeu que le fait de se soustraire de la sorte à la législation britannique n'a pas été reproché aux époux.

572. La primauté des droits fondamentaux doit être constatée. Pourtant, si l'interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme ne fait plus guère de doute¹⁵⁹⁹, la soumission des quatre libertés aux droits fondamentaux ne s'imposait pas avec évidence. Pour autant, ces derniers doivent être avant tout protégés car seule cette protection permettra la poursuite de l'objectif de fluidité du marché. En somme, les droits fondamentaux permettent la réalisation des libertés communautaires mais ils peuvent également les restreindre. L'attention n'est plus focalisée sur la seule protection du marché, même si elle demeure un objectif essentiel.

¹⁵⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. p. 48.

573. Il est toutefois légitime de se demander si l'arrêt *Koua-Poirrez*¹⁶⁰⁰ ne remet pas en cause cette primauté accordée aux droits fondamentaux. Le requérant est un ressortissant ivoirien qui réside en région parisienne. Il souffre d'un grave handicap physique depuis l'âge de sept ans. Confronté au refus des autorités françaises de lui accorder une allocation pour adulte handicapé, il estime que ce refus se fonde sur un critère discriminatoire, à savoir sa condition d'étranger issu d'un pays non membre de l'Union européenne. Pour la CJCE, les dispositions communautaires ne s'opposent pas à ce que le bénéficiaire d'une prestation telle que l'allocation pour adultes handicapés, prévue par la législation d'un État membre, soit refusé à un membre de la famille d'un ressortissant communautaire qui n'a jamais fait usage du droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté. Concernant cette affaire, J. Callewaert soutient que l'exercice d'une liberté fondamentale (la liberté de circulation) a conditionné l'applicabilité du droit communautaire, laquelle a conditionné à son tour l'invocabilité des droits fondamentaux reconnus en droit communautaire. En pareil cas poursuit-il, c'est « l'exercice d'une liberté fondamentale qui constitue le préalable à toute invocation d'un droit fondamental »¹⁶⁰¹. Son propos appelle deux remarques. D'une part, dans la solution de l'arrêt *Koua Poirrez*, ce ne sont pas les libertés communautaires qui l'emportent sur les droits fondamentaux puisque c'est le droit communautaire tout entier qui se trouve précisément inapplicable. La situation est assimilée à une situation interne. Dès lors, cet arrêt ne contredit pas directement l'idée selon laquelle les libertés communautaires se soumettent aux droits fondamentaux. D'autre part, alors même que le droit communautaire était écarté, les droits fondamentaux, eux, ont permis d'apporter une solution au litige dans l'arrêt rendu par la Cour EDH au sujet de la même affaire¹⁶⁰². Certes, il ne s'agissait pas des droits fondamentaux de l'ordre communautaire, mais cela n'a guère d'importance. Cette décision n'empêche pas d'affirmer qu'en matière communautaire, les droits fondamentaux prennent le pas sur les libertés communautaires.

574. D'autres exemples attestent de la prédominance de la perspective humaniste¹⁶⁰³ sur l'économique. L'étranger, ou ressortissant d'un pays tiers, doit par exemple bénéficier des

¹⁶⁰⁰ CJCE 16 décembre 1992 affaire C- 206/91, *Ettien Koua Poirrez c/ Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis*, *Rec.* p. 6685.

¹⁶⁰¹ J. CALLEWAERT, note sous CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, *RTDH* 2005, n° 61, p. 166.

¹⁶⁰² CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, *JCP* 2004, *éd G*, I, 107, p. 185, n° 20, obs. F. SUDRE; *RTDH* 2005, n° 61, p. 166 note J. CALLEWAERT; *Dr. fam.* 2004, n° 5, comm. 91, note S. LE MEUR.

¹⁶⁰³ H. GAUDEMET-TALLON parle ainsi d'une « vision plus humaniste » adoptée par l'Europe, dans « Droit privé et droit communautaire, quelques réflexions », *op. cit.*, p. 230.

droits fondamentaux sans subir de discrimination par rapport aux ressortissants communautaires. Il est ainsi protégé en vertu du principe de non-discrimination du fait de la nationalité¹⁶⁰⁴. Cette protection, mise en place par le droit communautaire, n'a pourtant aucun rapport avec le rôle économique joué par cet étranger. Le droit communautaire n'a donc plus comme seule vocation d'envisager les hommes au seul titre d'agent économique¹⁶⁰⁵. Il est alors possible d'avancer, à l'instar d'A. Touffait, qu'un cadre humaniste s'est formé au dessus des intérêts économiques de l'Union¹⁶⁰⁶. Ce nouvel humanisme s'avère favorable au développement du droit civil puisqu'il s'agit de prendre davantage en considération les droits de la personne.

575. Une telle perspective balaye l'idée selon laquelle l'unification civile qui se met en place ne se justifierait que par l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. En réalité, l'élaboration d'un droit civil européen résulte d'un objectif qui va bien au delà de la simple question économique imposant une intégration du marché aussi complète que possible¹⁶⁰⁷. Le droit civil européen n'a, pour l'heure, plus guère de rapport avec l'activité économique et doit pouvoir être examiné en dehors de tout contexte économique. L'origine fondamentale du droit civil n'est toutefois pas révélée dans la mesure où elle ne repose sur aucune base normative. En effet, seule la compétence de l'Union en matière de droits fondamentaux se trouve explicitement reconnue.

¹⁶⁰⁴ Voir sur ce sujet E. BRIBOSIA, « Les discriminations fondées sur la nationalité », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 192.

¹⁶⁰⁵ « Le droit communautaire a peu à peu élargi ses domaines de compétence et, ce faisant, a tout naturellement été amené à prendre en considération non plus seulement l'« opérateur économique » ou le « travailleur » mais de façon plus globale la personne, son droit à la formation, son droit de mener une vie familiale normale, son droit à prendre sa retraite dans l'État de son choix, son droit à participer à la vie politique locale. De l'acteur économique dans la Communauté économique européenne, on est passé au « citoyen » dans l'Union européenne », cf. H. GAUDEMET-TALLON, « Droit privé et droit communautaire, quelques réflexions », op. cit.

¹⁶⁰⁶ A. TOUFFAIT, « La compétence communautaire est-elle restreinte au seul domaine économique ? Du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes », D. 1976, p. 170.

¹⁶⁰⁷ En ce sens S. ROBIN-OLIVIER et J.-S. BERGÉ, « Chronique de droit européen n° III », *LPA*, 19 mai 2003, p. 12.

576. Certains auteurs font fi du nouvel objectif du droit communautaire¹⁶⁰⁸. L'affirmation selon laquelle le but unique du droit communautaire réside dans la fluidité du marché a encore de longues années devant elle. Pour ces auteurs, il n'est pas d'objectif initial de protection du consommateur ou du travailleur par exemple. Il n'est qu'un but d'obtention de règles communes susceptibles de permettre cette fluidité¹⁶⁰⁹. Or, il est pourtant clair que si le noyau familial se trouve aujourd'hui interprété par les institutions communautaires, c'est au travers avant tout du droit du migrant à mener une vie familiale normale, donc d'un droit fondamental, même s'il n'est pas possible d'écarter tout lien avec la nature d'agent économique du migrant, qu'il soit travailleur, salarié, investisseur ou retraité. Avant tout, un travailleur ou un investisseur existe en tant que personne et c'est cette nature humaine qui impose de consacrer une protection des droits fondamentaux. Dans une optique de progrès social¹⁶¹⁰, il n'est guère possible d'envisager l'inverse, c'est-à-dire la supplantation des libertés communautaires par les droits fondamentaux. Même si l'objectif unique est le marché, il n'est pas concevable d'ignorer ou de négliger les prérogatives essentielles de la personne humaine. Un niveau de protection minimum ne peut qu'être imposé, ne serait-ce que parce que les États membres eux-mêmes se voient enjoindre un seuil minimal de protection des droits fondamentaux, par leurs normes internes ou leurs engagements internationaux. L'Union ne saurait être un moyen pour se soustraire à de telles obligations. Dès lors, l'ensemble des dispositions communautaires doit être interprété à la lumière de ce nouveau système de valeurs¹⁶¹¹ et de protection.

577. De cette nouvelle « donne » communautaire découle le droit civil européen, comme l'illustrent le droit au nom, le droit au mariage, le droit au respect de la vie privée ou familiale. Les droits fondamentaux constituent ainsi la dynamique du droit civil européen, qui se nourrit de ce nouveau système de valeurs. L'harmonisation, voire l'unification, s'en

¹⁶⁰⁸ « La Cour de justice relève de plus en plus souvent la vocation d'abord économique du droit communautaire de la consommation » (M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *op. cit.* ; voir aussi M. LUBY, « Trop ne vaut rien ! », *Contrats, conc. consom.* 2004, chron. 1, et du même auteur « Droit européen des affaires », *RTD com.* 2004, p. 838. Dans ce dernier article toutefois, l'auteur évoque la volonté du droit communautaire de compenser la situation d'infériorité du consommateur. Elle ajoute que la Cour ne se départit pas pour autant des objectifs d'ordre concurrentiel.

¹⁶⁰⁹ Voir notamment E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse Reims, 2004, n° 149, citée par L. GRYNBAUM, « Oui à la constitution ...d'un droit européen des contrats », *Revue des contrats* 2005, p. 916.

¹⁶¹⁰ A. TOUFFAIT, « La compétence communautaire est-elle restreinte au seul domaine économique ? Du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*

¹⁶¹¹ M. FROMONT fait également référence, en visant les droits fondamentaux, à un nouveau « système de valeurs » (M. FROMONT, « La cour constitutionnelle fédérale et le droit », *op. cit.*).

trouvent facilitées¹⁶¹². Le passage de l'économie au droit civil se veut d'ailleurs classique en matière d'unification et incarnerait même une donnée constante. J. Limpens observe ainsi : « *comme on le voit, les matières commerciales se trouvent ici en bonne place. Elles précèdent les matières civiles de plusieurs années, voire de plus d'un siècle. Nous verrons qu'il en sera toujours ainsi, non seulement dans le cycle des unifications nationales mais encore dans le cycle des unifications internationales* »¹⁶¹³. Par conséquent, il existe un « code de valeurs fondamentales » dont le ressortissant communautaire a la garantie de pouvoir bénéficier : « *le ressortissant communautaire qui exerce une liberté de circulation reconnue dans le traité n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'État d'accueil ; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la Convention européenne des droits de l'Homme* »¹⁶¹⁴. De même, selon les propos de W. Van Gerven, l'effectivité de la liberté de prestation des services suppose que toute réglementation nationale qui constitue une entrave à la libre prestation des services voit sa compatibilité évaluée au regard des droits fondamentaux¹⁶¹⁵. Autrement dit, une entrave à la libre prestation de services peut être admise à la condition que les droits fondamentaux, eux, soient respectés. La primauté des droits fondamentaux sur les libertés communautaires ne fait alors plus guère de doute si la condition pour porter atteinte aux secondes est de respecter les premiers. Il en résulte assurément une classification hiérarchique.

578. Ce code de valeurs prévalant, c'est de lui que provient le droit civil européen. Ce n'est donc pas du marché que ce nouveau droit découle pour l'essentiel. La prudence appelle cette dernière nuance. Comment affirmer en effet que l'intégralité du droit civil communautaire résulte, depuis ses premières normes, des droits fondamentaux ? Faut-il ôter tout rôle à l'article 95 TCE ? Une telle affirmation semblerait bien audacieuse. Toutefois, il

¹⁶¹² En ce sens, propre au droit de la famille, C. VON BAR, « Le groupe d'études sur un code civil européen », *op. cit.*, p. 131, note 10 : « *A long terme, les perspectives d'une harmonisation du droit de la famille devraient être moins mauvaises que bien des gens ne le pensent. Car les deux principes étroitement liés aux droits de l'homme, qui sont ceux de l'égalité des sexes et de l'organisation du droit portant sur les relations entre les parents et l'enfant dans l'intérêt de l'enfant, font, aujourd'hui déjà, l'effet d'un immense rabet harmonisant le droit* ».

¹⁶¹³ J. LIMPENS, « Les constantes de l'unification du droit privé », *op. cit.*, p. 279.

¹⁶¹⁴ Voir les conclusions de l'avocat général F. JACOBS au sujet de l'arrêt CJCE 30 mars 1993, affaire C-168/91, Konstantinidis, *Rec.* p. 1191, point 46 des conclusions.

¹⁶¹⁵ Voir les conclusions de l'avocat général W. VAN GERVEN au sujet de l'arrêt CJCE 4 octobre 1991, affaire C-159/90, The Society for the Protection of the Unborn Children Ltd. c/ Stephen Grogan et al., *Rec.* p. 4685, point 31 des conclusions.

n'est pas envisageable¹⁶¹⁶ de légitimer par ce texte l'ensemble des mesures élaborées en matière civile. Éventuellement, ce texte peut venir expliquer la pénétration du domaine de la responsabilité contractuelle, mais surtout, il justifie des mesures touchant au droit commercial. En aucun cas, il ne vient expliquer la compétence communautaire en matière de droit de la responsabilité civile, de droit de la famille ou des successions¹⁶¹⁷. Affirmer la primauté du marché, et par là même des libertés de circulation, ne permettrait nullement d'expliquer les nombreuses interventions du législateur communautaire en dehors de sa sphère de compétence. L'hypothèse de primauté des droits fondamentaux, elle, le permet.

579. Il faut concéder que, de plus en plus, les droits fondamentaux prennent le pas sur les exigences du marché. Il ne peut justifier l'intérêt porté par le droit communautaire à des questions relatives aux testaments ou aux divorces. En cela, il est de plus en plus difficile de légitimer les mesures communautaires prises en matière civile par un rattachement au marché. En outre, de telles justifications se révèlent artificielles. Le fait d'harmoniser les règles en matière de testaments permet-il de favoriser les libertés de circulation ou a-t-il pour effet de protéger un droit fondamental des ressortissants communautaires ? S'il est possible que le but poursuivi soit double et provienne à la fois des libertés communautaires et des droits fondamentaux, la primauté de ces derniers semble prévaloir. Certes, la circulation d'un individu peut se trouver facilitée s'il est averti que les règles régissant son testament se trouvent harmonisées. Toutefois, la justification va au delà du seul objectif économique : en quoi l'harmonisation des règles relatives aux testaments complète-t-elle l'intégration du marché ? Le droit fondamental sous-jacent qui est la liberté de tester démontre que la Communauté entend désormais protéger des droits n'ayant plus guère de rapport avec l'activité économique¹⁶¹⁸. Le marché ne se présente plus comme un seul prolongement fonctionnel des libertés économiques, mais également comme une application en ligne directe du principe d'égalité¹⁶¹⁹, droit fondamental essentiel. Cela se confirme par la protection actuelle réservée au citoyen européen et non plus au seul agent économique¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁶ Cf. *supra* n° 506.

¹⁶¹⁷ A. CHAMBOREDON et C. U. SCHMID, « Pour la création d'un "institut européen du droit", entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », *op. cit.*, p. 690.

¹⁶¹⁸ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 25.

¹⁶¹⁹ *Contra* cf. K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*

¹⁶²⁰ A. ILIOPOULOU, dans « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *op. cit.*, p. 523, intitule ainsi son introduction « De l'agent économique au citoyen ».

B / Le développement du droit civil européen par la notion de citoyenneté

580. La progression du droit civil européen profite largement de la notion de citoyenneté européenne¹⁶²¹ qui, sous l'impulsion du glissement de l'Union vers les droits fondamentaux, devient une donnée essentielle du droit communautaire. La qualité de citoyen européen laisse une place considérable aux droits fondamentaux et, par voie de conséquence, au droit civil européen.

581. On a pu constater que la citoyenneté tient lieu de critère au champ d'application personnel du droit communautaire. Toutefois, les effets liés à l'attribution de la citoyenneté se sont considérablement développés depuis l'apparition de la notion dans le traité de Maastricht. Ainsi, de manière classique, le droit communautaire ne s'applique pas aux situations purement internes. Cette exclusion se comprend dans une perspective mercantile. En revanche, elle ne trouve aucune explication si l'on envisage l'Union comme une institution dont l'objectif primordial est la protection des droits fondamentaux. On voit mal comment il serait possible de ne pas se préoccuper d'une situation contraire aux droits de l'homme simplement parce qu'elle résulterait d'une situation interne. Or, cette exclusion des situations purement internes s'assouplit à mesure de ce que J. Raynard nomme la « *mutation philosophique de l'Union européenne* »¹⁶²². La notion de citoyenneté permet à la jurisprudence de s'assouplir, ce qui atteste du réel souci de protection des droits fondamentaux, qui se concilie mal avec le concept de frontière et de rattachement communautaire. La jurisprudence accepte, s'abritant derrière la notion de citoyenneté, des cas de circulation virtuelle (1°) et même des cas de circulation purement fictive, selon l'expression empruntée à J.-Y. Carlier¹⁶²³ (2°).

1° La circulation virtuelle

582. L'ampleur de la notion de citoyenneté a progressé en amont du droit civil européen. Aujourd'hui, par le simple fait qu'un individu est citoyen européen, la Cour de justice peut le

¹⁶²¹ Le TCE consacre aujourd'hui ce principe en son article 17 : « il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Voir sur ce sujet R. KOVAR et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE* 1993, p. 285 ; A. GRUBER, « La citoyenneté européenne : sa fonction dans le fonctionnement des institutions, *LPA*, 8 juillet 2005, p. 4 ; L. MOCCIA, « Du "marché" à la "citoyenneté" : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *op. cit.* ; C. BLUMANN, « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE* 2004, n° 1, p. 73.

¹⁶²² Cf. J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ.* 1999, *op. cit.*, p. 922.

¹⁶²³ Selon expression empruntée à J.-Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union Européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE* 2006, p. 16.

rattacher au droit communautaire¹⁶²⁴. L'arrêt *Carpenter*, déjà examiné, est souvent cité afin d'illustrer l'assouplissement de la jurisprudence communautaire en matière d'exclusion des situations nationales. Il ne peut toutefois être utilement cité ici dans la mesure où il n'y est pas fait allusion à la notion de citoyenneté¹⁶²⁵.

583. Il est en revanche fait référence à l'article 18 TCE dans l'arrêt *Zhu et Chen*¹⁶²⁶. En l'espèce, le rattachement communautaire se déduit du seul fait de disposer d'une nationalité distincte de l'État où le citoyen séjourne, même s'il n'a jamais mis en œuvre sa liberté de circulation. Les époux Chen ont choisi de faire naître leur deuxième enfant, Catherine Zhu, en Irlande du Nord, afin de contourner la règle chinoise de l'enfant unique. En outre, leur fille bénéficie ainsi, au regard de la législation irlandaise, de la nationalité de cet État. La mère et la fille, résidant à Cardiff, se sont vues opposer un refus de séjour par les autorités britanniques. Le problème principal de l'arrêt provient de la condition de ressources suffisantes imposée par la directive 90/364. Encore faut-il au préalable que la situation comprenne un élément de rattachement communautaire sous peine d'être qualifiée de situation interne. En effet, l'enfant n'a pas fait usage de son droit à la libre circulation d'un État dans un autre. La Cour précise que la situation d'un ressortissant communautaire séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre, même s'il n'a jamais quitté cet État membre d'accueil, comporte un lien de rattachement suffisant pour justifier l'application des règles communautaires de la libre circulation des personnes. En ce sens, la Cour de justice admet que la seule qualité de ressortissante d'un autre État membre suffit à caractériser l'élément d'extranéité. L'enfant bénéficie dès lors des règles communautaires et peut se prévaloir du droit de séjour attaché à la citoyenneté de l'Union. En ce qui concerne la mère, la Cour décide que le refus de reconnaître au parent, qu'il soit ressortissant d'un État membre ou d'un État tiers, un droit de séjour dérivé de celui de son enfant à charge, alors qu'il en assure légalement et effectivement la garde, reviendrait à priver « de tout effet utile » le droit de séjour de l'enfant¹⁶²⁷. Sans droit au respect de la vie familiale garanti, la liberté communautaire n'aurait guère d'intérêt. On perçoit ainsi l'intérêt de la citoyenneté vis-à-vis du droit civil. Cet arrêt se trouve éloigné des considérations purement économiques dans la

¹⁶²⁴ Selon J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*, p. 67.

¹⁶²⁵ À la différence des conclusions de l'Avocat général C. STIX-HACKL, présentées le 13 septembre 2001.

¹⁶²⁶ CJCE 19 octobre 2004 affaire C- 200/02, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, *Rec.* p. 9925 ; *Europe* 2004, comm. n° 401, note D. SIMON ; *LPA*, 12 mai 2005, n° 94, p. 3, note M. LUBY ; J.-P. JACQUÉ, *L'Europe des libertés* 2005, n° 16.

¹⁶²⁷ CJCE 19 octobre 2004 affaire C- 200/02, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, *op. cit.*, point 45 de l'arrêt.

mesure où face à une fillette et sa mère ressortissant d'un État tiers, la protection familiale prévaut. Les plaignantes ne sont pas réduites à un « facteur de production »¹⁶²⁸.

584. L'application du droit communautaire à des situations de circulation virtuelle démontre qu'il s'éloigne d'une approche purement économique. En effet, de nombreux droits se trouvent attachés à cette notion de citoyenneté, sans qu'il soit nécessaire d'adjoindre à la qualité de citoyen celle de travailleur, de consommateur ou d'investisseur. L'europpéen n'est plus seulement un consommateur ou un acteur de la vie économique et sociale. Il est dorénavant un citoyen de l'Union. La notion met ainsi en avant au sein du droit communautaire les droits des personnes, donc les droits fondamentaux et par conséquent le droit civil. En d'autres termes, il s'agit d'un prolongement de la primauté des droits fondamentaux sur les libertés communautaires. Ce constat est encore plus flagrant dans les hypothèses de circulation purement fictive.

2° La circulation purement fictive

585. L'interprétation large de la notion de citoyenneté européenne permet l'application du droit communautaire lorsqu'un citoyen cumule la nationalité de l'État de sa résidence et la nationalité d'un autre État membre. Sous couvert de ce critère de citoyenneté, le droit communautaire peut investir en toute légitimité le domaine civil. L'arrêt *Garcia Avello* en constitue un exemple éloquent. Le problème concernait la dévolution du nom de famille de deux enfants qui disposaient de la double nationalité belge et espagnole. L'interrogation portait sur le système qui devait prévaloir, à savoir le système belge, où résidaient les enfants, ou le système espagnol. Le père des enfants avait demandé aux autorités belges d'appliquer le système espagnol permettant de faire apparaître à la fois son nom et celui de la mère. Les autorités belges ont refusé sa demande et ont appliqué aux enfants la législation belge.

586. À l'instar de l'arrêt *Chen*, la première question à laquelle il faut répondre a trait au facteur de rattachement communautaire. Bien que la Cour de justice ne relève l'exercice d'aucune liberté communautaire, les dispositions du Traité s'appliquent. Ce n'est donc plus sous l'angle de l'activité ou de l'aptitude économique qu'est visé le ressortissant communautaire. La Cour se fonde au contraire sur la combinaison des articles 12 et 17 du

¹⁶²⁸ M. LUBY, note sous CJCE 19 octobre 2004 affaire C- 200/02, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, *op. cit.*, n° 94, p. 11.

Traité¹⁶²⁹ et se prévaut de la citoyenneté européenne des enfants, bien qu'ils n'aient pas franchi une frontière intérieure¹⁶³⁰. Le premier de ces textes énonce le principe de non-discrimination, le second se réfère à la citoyenneté européenne. Ainsi, la citoyenneté européenne confère une garantie de non-discrimination sans même qu'il soit besoin d'exercer son droit de circulation ou, de façon générale, une de ses libertés communautaires. Comme le relève C. Nourissat, la seule double nationalité des enfants les rattache au droit communautaire¹⁶³¹. L'avocat général avait d'ailleurs précisé dans ses conclusions que « *toute discrimination en raison de la nationalité est manifestement interdite dans les situations auxquelles le droit communautaire s'applique et qu'il n'est pas nécessaire d'établir une entrave particulière à une liberté économique donnée* »¹⁶³². Finalement, la Cour décide que les enfants auraient dû bénéficier d'un traitement différent du fait de leur double nationalité et qu'en ce sens, le refus des autorités belges n'était pas justifié.

587. Cet arrêt démontre à quel point la seule notion de citoyenneté permet au droit communautaire de se soustraire à sa finalité purement économique¹⁶³³. C'est en effet, comme le précise la Cour, le statut de citoyen qui déclenche la protection européenne, dans la mesure où il a « *vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* »¹⁶³⁴. Il n'apparaît donc plus nécessaire de passer par l'intermédiaire des libertés communautaires : la circulation apparaît purement fictive ici.

588. Dès lors, la citoyenneté semble à même de conférer directement des droits civils¹⁶³⁵. Ce faisant, elle constitue un facteur considérable de développement du droit civil européen. En parallèle, le facteur de rattachement communautaire s'amenuise, ce qui pourrait permettre une répartition égale des droits fondamentaux, sans avoir à distinguer les individus qui bénéficient du droit communautaire de ceux qui ne peuvent pas en bénéficier faute d'avoir

¹⁶²⁹ CJCE 2 octobre 2003 affaire C- 148/02, Carlos Garcia Avello c/ État belge, points 3 et 4 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁶³⁰ J.-Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union Européenne : regard sur la directive 2004/38 », *op. cit.*

¹⁶³¹ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (2nd semestre 2003) », *op. cit.*, p. 1326.

¹⁶³² Voir les conclusions de l'avocat F. JACOB au sujet de l'arrêt CJCE 2 octobre 2003 affaire C- 148/02, Carlos Garcia Avello c/ État belge.

¹⁶³³ M. LUBY affirme également que la notion de citoyenneté tend à mitiger l'ignorance communautaire des situations purement internes, « *comme si celles-ci devenaient moins susceptibles d'être bannies du droit communautaire alors qu'une certaine étoffe est par ailleurs donnée à la citoyenneté de l'Union* » (M. LUBY, note sous CJCE 19 octobre 2004 affaire C- 200/02, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, *op. cit.*, n° 94, p. 9. L'auteur s'appuie notamment sur les arrêts Zhu et Cheng et Garcia Avello. Cela renforce l'idée selon laquelle la notion de citoyenneté élargit le champ matériel du droit communautaire et lui donne l'occasion d'intervenir en dehors du seul marché.

¹⁶³⁴ CJCE 2 octobre 2003 affaire C- 148/02, Carlos Garcia Avello c/ État belge, point 22 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁶³⁵ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (2nd semestre 2003) », *op. cit.*, p. 1326.

migré d'un État à l'autre¹⁶³⁶. Une telle démarche est de nouveau utilisée dans l'arrêt *Schemmp*¹⁶³⁷ du 12 juillet 2006. La Cour applique l'article 12 TCE en combinaison avec les dispositions relatives à la citoyenneté alors que le requérant n'a pas usé de son droit à la libre circulation.

589. Avant le rayonnement de la citoyenneté européenne, seuls les droits fondamentaux pouvaient légitimer l'élaboration de normes civiles par le droit communautaire. Dorénavant, cette légitimité résulte de la citoyenneté. C'est une façon d'autoriser le droit communautaire à pénétrer la sphère individuelle des individus. De plus, cette notion atteste la suprématie des droits fondamentaux en matière communautaire. Pour autant, il existe toujours un lien entre le droit civil européen et les droits fondamentaux. La notion de citoyenneté, alors même que son contenu demeure imprécis, apparaît comme sous-jacente aux droits fondamentaux. En effet, la reconnaissance et le respect des droits de l'homme demeurent essentiels pour la citoyenneté européenne. C'est là l'une des exigences de la notion de citoyenneté qui constitue le « *socle de l'intégration* »¹⁶³⁸ européenne. L'évolution de la notion de citoyenneté confirme la primauté des droits fondamentaux sur les libertés communautaires. Par ailleurs, facteur de développement du droit civil européen, elle renforce l'idée selon laquelle ce droit trouve non seulement sa source, mais également sa force dans les droits fondamentaux. Puisqu'elle permet l'« *évolution du contentieux communautaire en accordant aux ressortissants européens des droits non directement liés aux échanges économiques* »¹⁶³⁹, la notion de citoyenneté, grâce à sa fonction d'intégration des droits fondamentaux¹⁶⁴⁰, ouvre au droit communautaire le champ de la matière civile. L'apport des droits fondamentaux au droit civil est considérable si on admet l'idée qu'ils se situent au cœur à la fois de sa réalisation et de son développement. Réciproquement, le droit civil européen offre aux droits fondamentaux la possibilité de trouver des applications concrètes entre particuliers.

¹⁶³⁶ En ce sens, voir J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *JTDE* 2005, p. 71.

¹⁶³⁷ CJCE 12 juillet 2006 affaire C – 403/03, *Schemmp*, *RTDH* 2005, p. 629, obs. H. SURREL.

¹⁶³⁸ Communication de la Commission « Un projet pour l'Union européenne », du 22 mai 2002, *op. cit.*, point 1.2.

¹⁶³⁹ M. LUBY, note sous CJCE 19 octobre 2004 affaire C- 200/02, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, *op. cit.*, n° 94, p. 3.

¹⁶⁴⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*, p. 70.

Section II : Le droit civil européen, facteur d'effectivité des droits fondamentaux

590. Envisager que le droit civil européen puisse offrir aux droits fondamentaux la possibilité de trouver des applications concrètes entre particuliers ne limite plus la protection des droits de l'homme aux seules relations État / individu. En réalité, cette opportunité laissée par le droit civil se comprend au regard du nouvel intérêt porté par le droit européen à la personne humaine, dont la prise en considération du citoyen par le droit communautaire n'est qu'une manifestation. Ainsi, l'individu ne bénéficie plus de droits en tant que seul agent économique mais bien en tant que personne humaine. Le souci de garantir les droits fondamentaux entre personnes privées répond à cette préoccupation et permet au système de protection d'être complet. Sans cette extension, la garantie des droits de l'homme serait passée pour relative et incohérente. Il semble en effet difficile de concevoir que la défense d'un droit puisse dépendre de la qualité de l'auteur de la violation.

591. L'effet horizontal des droits de l'homme, c'est-à-dire leur respect dans les rapports interpersonnels, renvoie essentiellement au droit du Conseil de l'Europe. Même s'il est parfois question de l'effet horizontal du droit communautaire¹⁶⁴¹, et par conséquent des droits fondamentaux qu'il garantit, celui-ci se révèle moins probant en ce domaine, certainement en raison de l'absence de recours individuel généralisé¹⁶⁴².

Le droit civil européen, qui se bâtit sur les relations des particuliers entre eux, donne ainsi l'occasion aux droits fondamentaux d'investir les rapports interindividuels (§ I). Dans cette perspective, c'est au tour des droits fondamentaux de se trouver dans la dépendance du droit civil européen (§ II).

§ I - Les droits fondamentaux dans les rapports interindividuels

592. La violation par un État des droits fondamentaux garantis à un individu se trouve sanctionnée au nom de l'effet vertical¹⁶⁴³. Conformément à l'approche classique des droits

¹⁶⁴¹ Sur ce thème voir F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ? », *RTD eur.* 1993, 3, p. 503 ; des mêmes auteurs, « Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE », *RTD eur.* 1995, p. 11.

¹⁶⁴² Ainsi, lorsqu'il fait allusion à l'effet horizontal du droit communautaire, c'est essentiellement d'effet horizontal direct qu'il s'agit, c'est-à-dire lors de l'application directe des normes communautaire aux relations juridiques entre particuliers en droit interne. En ce sens, un individu peut invoquer la plupart des règles communautaires aussi bien dans un litige l'opposant à un État membre que dans un litige l'opposant à un autre individu.

¹⁶⁴³ P. DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », dans *Liber amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 158.

fondamentaux, la relation de protection lie le citoyen créancier de droits à l'État débiteur¹⁶⁴⁴. Toutefois, on ne peut se contenter d'une telle lecture des droits réputés fondamentaux qui ne seraient alors protégés que de manière superficielle. Ces droits ne tendent pas uniquement à garantir à l'individu une sphère de liberté contre toute ingérence étatique¹⁶⁴⁵ mais doivent également le protéger contre d'éventuelles ingérences privées. Ainsi, la protection initiale verticale doit être étendue aux rapports d'individu à individu, autrement dit aux rapports horizontaux. Or, ces rapports se trouvent précisément régis par le droit civil européen. Sans cette matière, un ensemble de relations se trouverait privé de la diffusion des droits fondamentaux. En cela, le droit civil européen offre aux droits fondamentaux un terrain d'application propice. Ce faisant, l'existence avérée de ce droit offrirait à l'effet horizontal la justification qui lui fait défaut. Cette légitimation mérite d'être envisagée (B) non sans avoir, au préalable, présentée la notion d'effet horizontal, précisément envisagée sous l'angle du droit civil européen (A).

A / La notion d'effet horizontal des droits fondamentaux

593. L'effet horizontal des droits fondamentaux garantis en droit européen par la Cour EDH, se définit comme « *l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels* »¹⁶⁴⁶. Il s'agit, pour les individus, de respecter entre eux les droits garantis par le texte européen. Encore appelée effet « réflexe », la diffusion horizontale de la Conv EDH permet la complétude du système de protection des droits de l'homme (1°), ce que les manifestations concrètes des droits de l'homme dans les relations interindividuelles permettront de vérifier (2°).

1° La complétude du système de protection des droits de l'homme

594. Il aurait semblé surprenant que le système mis en place par la Conv EDH se paralyse en franchissant la frontière des litiges privés. Un tel blocage aurait pu être compris si le droit européen ne s'intéressait qu'aux seuls litiges entre États. Toutefois, dans la mesure où le droit européen confère des droits aux particuliers, la cohérence du système impose de protéger ces atteintes, qu'elles soient le fait des autorités étatiques ou le fait d'autres individus. Par

¹⁶⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁵ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 363.

¹⁶⁴⁶ J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, *op. cit.*, p. 77 ; R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Mys & Breesch, Gand, 2000, p. 87.

ailleurs, une fois les premières normes de droit civil élaborées, il aurait été aberrant que le domaine civil ne soit pas couvert par les droits de l'homme. « *Le mécanisme conventionnel européen n'aurait pu être fidèle à son image de modèle de protection juridique des droits fondamentaux s'il ne s'était soucié d'intégrer l'effet horizontal* »¹⁶⁴⁷.

595. Le mécanisme de l'effet horizontal doit être brièvement présenté. Dans un premier temps, le texte de la Convention a été interprété comme n'imposant plus seulement une abstention c'est-à-dire une garantie négative de la part de l'État, mais des actes concrets, autrement dit des obligations positives. L'État, afin de garantir les droits mentionnés dans le texte, a le devoir d'agir¹⁶⁴⁸. Pour autant, la diffusion de la Conv EDH n'en demeure pas moins verticale. Elle s'horizontalise lorsque les autorités publiques sont contraintes d'agir positivement afin d'empêcher la violation d'un droit appartenant à un individu par un autre individu¹⁶⁴⁹. L'effet horizontal prolonge la théorie des obligations positives puisque c'est le plus souvent en vertu d'une obligation positive que l'État aurait dû empêcher l'atteinte d'un droit garanti par un individu. Pour autant, obligations positives et effet horizontal ne doivent pas être confondus¹⁶⁵⁰. Contre toute attente en effet, ce dernier a pu être lié à une ingérence active de l'État¹⁶⁵¹ et ne s'associe ainsi pas toujours à une obligation d'agir des autorités

¹⁶⁴⁷ J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, op. cit., p. 77.

¹⁶⁴⁸ Voir notamment CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique, point 3 de l'arrêt : « *La formulation négative signifie, et les travaux préparatoires le confirment, que les Parties Contractantes ne reconnaissent pas un droit à l'instruction qui les obligerait à organiser à leurs frais, ou à subventionner, un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminés. On ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit (...)* », (GACEDH n° 8) ; CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, Marckx c/ Belgique, point 31 de l'arrêt, AFDI 1980 p. 317, obs. R. PELLOUX; CDE 1980, p. 473, note G. COHEN-JONATHAN; JDI 1982, p. 183, note P. ROLLAND: « *En proclamant par son paragraphe 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8-1) signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2 (art. 8-2). Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, p. 33, par. 7). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* ».

¹⁶⁴⁹ Voir CEDH 26 mars 1985 requête n° 8978/80, X et Y c/ Pays Bas, point 23 : « *La Cour rappelle que si l'article 8 (art. 8) a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* ».

¹⁶⁵⁰ Cf. D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal de la Convention », dans F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 154.

¹⁶⁵¹ Voir par exemple CEDH 28 juin 2001, requête n° 24699/94, VGT c/ Suisse, GACEDH, p. 30. Toutefois, la portée de cet arrêt doit être relativisée. D'une part, elle ne concerne pas le domaine civil puisqu'était en cause la liberté d'expression. D'autre part, même s'il s'agit d'une ingérence dite active, la Cour mentionne tout de même au préalable la théorie des obligations positives (cf. point 45 de l'arrêt). Pourquoi la mentionner si son

publiques. De surcroît, l'effet horizontal peut s'avérer direct ou indirect. Dans le premier cas, les droits fondamentaux, et donc la Conv EDH, s'appliquent directement entre personnes privées. Un particulier peut donc invoquer un droit fondamental à l'encontre d'un autre particulier. Celui-ci pourra être sanctionné en raison de la violation dont il est l'auteur, d'où le terme d'effet horizontal « direct ». En revanche, l'effet n'est qu'indirect lorsque la condamnation vise l'État, dont le fonctionnement a fourni à un individu les moyens ou la possibilité de porter atteinte aux droits d'un autre individu. L'effet horizontal transite alors par l'État qui se trouve condamné du fait de sa défaillance en matière de garantie des droits fondamentaux. L'effet horizontal est direct en droit national et relève, notamment, du droit civil interne. En revanche, dès lors que seul un État peut être attrait devant la Cour EDH, l'effet horizontal des droits fondamentaux au niveau européen ne peut être qu'indirect. Le droit civil européen se compose donc pour partie de litiges interindividuels dans lesquels les droits fondamentaux d'un individu ont été enfreints par un autre. L'autre partie du droit civil européen n'en relève pas moins du domaine civil, à cette différence près le litige n'intervient qu'entre l'État et le requérant, sans autre tiers.

596. Le droit civil européen offre un cadre propice à l'effet horizontal indirect de la Convention. C'est au sein de cette matière, à présent établie, que les incidences de la diffusion horizontale de la Conv EDH doivent prendre place. Toute nouvelle application de la Conv EDH entre particuliers¹⁶⁵² relève ainsi de la matière civile européenne, susceptible de devenir la structure de l'effet horizontal. Les explications théoriques relatives aux obligations positives et à l'effet horizontal peuvent sembler complexes alors pourtant que l'inhérence¹⁶⁵³ démontre qu'elles ne révèlent que les diverses facettes d'un même droit. Les manifestations concrètes de la diffusion horizontale vont permettre de saisir l'appartenance de ce mécanisme au droit civil européen.

raisonnement s'en détache complètement ? En outre, il est possible de se demander si l'arrêt *Odièvre* ne revient pas sur cette possibilité de lier l'effet horizontal à une ingérence active. La Cour choisit en effet de se situer sur le terrain des obligations positives.

¹⁶⁵² En dehors du domaine de la relation de travail.

¹⁶⁵³ Cf. F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 367. L'auteur explique ainsi que l'obligation positive dégagée par le juge est inhérente au droit conventionnel parce que nécessaire à son effectivité. Telle semble être également la position de J. RIVERO pour qui « pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées » (J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans *R. CASSIN Amicorum discipulorumque liber III, la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pédone, 1971, p. 312).

2° Les manifestations en droit civil européen

597. Dresser la liste des cas de diffusion horizontale des droits fondamentaux ne présente guère d'intérêt, d'autant qu'elle ne cesse de s'allonger. En revanche, il semble essentiel de constater que les droits les plus invoqués en matière civile ont bénéficié de cette extension et se trouvent aujourd'hui garantis dans les rapports interpersonnels. Tel est le cas du droit à la vie, au respect de la vie privée et familiale, à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants ou au respect des biens. L'effet horizontal se généralise considérablement et il paraît impossible de ne pas associer ce mouvement à l'émergence d'un droit civil européen. Ainsi, les arrêts les plus déterminants en matière d'effet horizontal indirect composent le droit civil européen. Le droit au respect de la vie privée a pu par exemple être garanti entre personnes privées dans les affaires *Von Hannover contre l'Allemagne*¹⁶⁵⁴ ou *Odièvre contre la France*¹⁶⁵⁵. De la même manière, l'arrêt *M. C contre la Bulgarie*¹⁶⁵⁶ préserve l'individu des mauvais traitements infligés par d'autres particuliers, tels le viol ou la servitude, comme le démontre l'arrêt *Siliadin contre la France*¹⁶⁵⁷. Le principe d'interdiction de discrimination a également été appliqué aux relations individuelles dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre*¹⁶⁵⁸.

598. En général, chacun des arrêts dans lesquels la diffusion horizontale de la Conv EDH est mise en œuvre succède à la reconnaissance d'obligations positives imposées à l'État concernant le même droit. La Cour a par exemple admis que les articles 2¹⁶⁵⁹ et 8¹⁶⁶⁰ de la Conv EDH contenaient des obligations positives à la charge de l'État avant d'en admettre dans un arrêt ultérieur l'effet horizontal¹⁶⁶¹. De même, des obligations positives ont été

¹⁶⁵⁴ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, *RTD civ* 2004, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 8, obs. F. SUDRE.

¹⁶⁵⁵ CEDH Gr. Ch. 13 février 2003, requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*. *RTD civ* 2003 p. 375, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 561, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 545, note P. MALAURIE ; *RTDH* 2004, p. 405, note V. BONNET ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLETT-BRICOUT.

¹⁶⁵⁶ CEDH 4 mars 2004, requête n° 39272/98, *M.C. c/ Bulgarie*

¹⁶⁵⁷ CEDH 26 juillet 2005, requête n° 73316/01, *Siliadin c/ France*, *JCP* 2005, *éd. G.*, II, 10 142, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 2005, p. 740, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁶⁵⁸ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncerneu c/ Andorre*, *RTD civ* 2004, p. 804, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 103, n° 15, p. 83, note F. SUDRE ; *JCP* 2005, *éd. G.*, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 2005, juris. p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; *RDC* 2005, 3, p. 645, note T. REVET et J. ROCHFELD.

¹⁶⁵⁹ CEDH 9 juin 1998 requête n° 23413/94, *LCB c/ Royaume-Uni*.

¹⁶⁶⁰ CEDH 3 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, *op. cit.*

¹⁶⁶¹ Effet horizontal de l'article 2 reconnu par CEDH 28 octobre 1998 requête n° 23452/94 *Osman c/ Royaume-Uni*, *JCP* 1999, *éd. G.*, I, 105, n° 8, obs. F. SUDRE. Effet horizontal de l'article 8 reconnu par CEDH 26 mars 1985 requête n° 8978/80, *X et Y c/ Pays Bas*, *op. cit.*

déduites de l'article 1 du premier protocole dans l'arrêt *Öneryıldız*¹⁶⁶², avant que la Cour ne lui confère un effet horizontal dans l'arrêt *Sovtransavto Holding contre l'Ukraine*¹⁶⁶³.

599. Sans rentrer davantage dans le détail, la chronologie de l'effet horizontal démontre qu'il n'a jamais été aussi utilisé que ces dernières années. Il se diffuse considérablement, prolongeant ainsi les obligations positives. Certes, le droit civil européen s'enrichit de ces arrêts relatifs à l'effet horizontal. Pour autant, cette matière aurait pu s'élaborer à partir du seul effet vertical des droits de l'homme. En d'autres termes, ce n'est pas l'effet horizontal qui permet au droit civil de se construire. La seule relation verticale entre l'État et l'individu aurait suffi à former ce nouveau droit. Ainsi par exemple, lorsque la Cour statue sur la législation relative à la filiation, une disposition civile en résulte. Les mesures découlant de l'effet horizontal ne constituent de ce fait qu'un prolongement de règles déjà envisagées et composant le droit civil européen. L'enrichissement du droit civil est possible parce qu'il propose un terrain propice à l'application des droits fondamentaux aux personnes privées. Les règles de droit civil déjà existantes vont ainsi être étendues aux rapports interindividuels. En ce sens, le droit civil européen constitue un facteur d'enrichissement pour les droits fondamentaux puisqu'il leur permet d'investir un nouveau champ d'application et d'y développer toute leur potentialité. À présent défini, l'effet horizontal n'en manque pas moins de justification. Le droit civil européen peut pallier cette carence.

B / Une justification de l'effet horizontal

600. Un problème se pose à l'étude de l'effet horizontal des droits fondamentaux énoncés dans la Conv EDH. En effet, si l'intrusion de cet instrument dans les rapports interindividuels se conçoit et se comprend, nul texte ne l'autorise explicitement à investir les litiges privés.

Cette affirmation se vérifie moins explicitement dans le cadre de l'article 3 de la CEDH. L'arrêt *HLR contre la France* ne fait référence ni aux obligations positives, ni à la violation du droit par un particulier (CEDH 29 avril 1997 requête n° 24573/94, *HLR c/ France*) alors même que le cas semble relever de la diffusion horizontale de la CEDH. L'arrêt relève simplement que le danger n'émane pas des autorités publiques. L'arrêt *A contre le Royaume-Uni* se fonde assurément sur une diffusion horizontale de la Convention (CEDH 23 septembre 1998, requête n° 25599/94, *A c/ Royaume-Uni*, *RTD civ* 1999, p. 500, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 1999, p. 265, note E. DECAUX et P. TAVERNIER) sans toutefois être précédé par un arrêt imposant à l'État des obligations positives. Cet arrêt est toutefois pratiquement concomitant. Il s'agit de l'arrêt *Assenov contre la Bulgarie* dans lequel la Cour impose à l'État une enquête officielle effective lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables, de graves sévices (CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24760/94, *Assenov et autres c/Bulgarie*, point 102 de l'arrêt).

¹⁶⁶² CEDH 18 juin 2002, requête n° 48939/99, *Öneryıldız c/ Turquie*, déféré à la Grande Chambre, cf CEDH Gr. Ch. 30 novembre 2004 requête n° 48939/99, *Öneryıldız c/ Turquie*, *JCP* 2002, éd. G, I, 157, n° 23, p. 1457, obs. F. SUDRE.

¹⁶⁶³ CEDH 25 juillet 2002 requête n° 48553/99, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, *JCP* 2003, éd. G, I, 103, n° 24, p. 236, obs. F. SUDRE.

Aussi, ce mécanisme de diffusion semble à la recherche d'une justification, textuelle ou jurisprudentielle. Le droit civil peut servir ce dessein et offrir à l'effet réflexe une justification si ce n'est normative, tout au moins théorique (1°). Un tel support permettrait de bâtir une théorie générale et d'autonomiser ainsi la protection offerte aux particuliers dans leurs rapports entre eux (2°).

1° Une justification théorique de l'effet horizontal

601. La théorie de l'effet horizontal doit être construite car pour l'instant, ce processus demeure obscur sur certains points. La doctrine, ou la Cour EDH, lui prêtent différentes justifications. L'article 1^{er} de la Convention a pu être envisagé afin de légitimer l'effet réflexe. La Cour a ainsi affirmé dans l'arrêt *Young, James et Webster contre le Royaume-Uni* que « selon l'article 1 (art. 1), chaque État contractant reconnaît "à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention"; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État. Or, si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail »¹⁶⁶⁴. La Cour suggère par ailleurs que la diffusion de l'effet horizontal découle de la théorie des obligations positives. En effet, elle affirme que les « obligations positives peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »¹⁶⁶⁵. Dans ce cas, l'effet horizontal puiserait son fondement au cœur même de celui des obligations positives, que F. Sudre attribue à l'effectivité du droit¹⁶⁶⁶. Les articles 13 et 17 de la Conv EDH ont également pu être invoqués par la doctrine au titre de justification de la diffusion des droits fondamentaux entre particuliers¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁴ CEDH 13 août 1981 requête n° 7601/76 ; 7806/77, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, point 49 de l'arrêt, *CDE* 1982, p. 226, note G. COHEN-JONATHAN; *JDI* 1982, p. 220, note P. ROLLAND; voir également pour une telle justification CEDH 28 juin 2001, requête n° 24699/94, *VGT c/ Suisse*, *GACEDH*, p. 30

¹⁶⁶⁵ CEDH 26 mars 1985 requête n° 8978/80, *X et Y c/ Pays Bas*, point 23 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁶⁶⁶ Cf. F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 365.

¹⁶⁶⁷ J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, *op. cit.*, p. 81.

602. La discussion sur la valeur respective des fondements prêtés à l'effet horizontal ne sera pas reprise ici. En revanche, il nous faut constater que ce fondement est fluctuant alors que le mécanisme qui en résulte impose aux États des obligations auxquelles ils n'ont pas adhéré en signant le texte de la Convention. Une telle contrainte supposerait pour le moins une justification acquise, même si le mécanisme de l'effet horizontal paraît cohérent et s'intègre aisément à la logique d'interprétation de la Conv EDH.

603. Le droit civil européen pourrait constituer la justification envisagée. En effet, la reconnaissance de cette branche du droit légitimerait la progression des droits de l'homme dans les rapports individuels. Aucune matière résultant à la fois des deux ordres européens ne pourrait se créer dans l'ignorance des droits de l'homme. Le droit pénal européen ou le droit social européen sont indéniablement soumis aux exigences des droits fondamentaux. Il en est de même du droit civil européen. Il n'est pas concevable qu'il s'élabore dans l'ignorance des droits de l'homme. Or, le fait qu'il existe implique que les dispositions civiles sont conformes aux droits fondamentaux, ce qui revient à dire que les droits fondamentaux pénètrent les relations entre personnes privées. Autrement dit, le droit civil européen impose la diffusion horizontale de la Conv EDH. Les droits fondamentaux doivent être observés par chaque matière résultant du droit européen, en fonction de son domaine de compétence et ses particularités. Il se trouve que l'objet du droit civil européen consiste à régler la sphère individuelle et les litiges privés, ce qui amène les droits fondamentaux à pénétrer les relations interpersonnelles. Le code civil européen, par exemple, ne pourrait donner force de loi à un contrat enfreignant les droits fondamentaux d'un individu. Dès lors, l'effet horizontal se déduit logiquement de la matière civile.

604. Ainsi, la justification théorique de l'effet horizontal semble pouvoir résulter du droit civil européen. Il ne s'agit certes pas d'une justification textuelle puisque aucun texte ne reconnaît pour l'instant l'existence de ce droit. Cela étant, cette justification théorique a le mérite d'offrir à la diffusion horizontale de la Conv EDH un très large champ d'application. Elle présente en outre l'avantage d'autonomiser la protection reconnue aux litiges entre particuliers.

2° L'autonomisation de la protection accordée aux rapports interindividuels

605. La jurisprudence européenne ne dissimule pas le lien existant entre l'effet horizontal et les obligations positives puisqu'il semble que le premier se déduise des secondes. Ainsi, la chronologie de tout droit subjectif reconnu paraît être la suivante : protection dans la relation verticale État / individu, protection au titre des obligations positives dans la relation verticale État / individu, enfin protection au titre de l'effet horizontal indirect¹⁶⁶⁸. De ce fait, un droit ne semble pas pouvoir être immédiatement garanti sur le terrain de l'effet horizontal car son élargissement semble devoir être progressif. Il devra, préalablement, être reconnu au regard des obligations positives. Cette reconnaissance en cascade se vérifie dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre* qui poursuit la construction entamée par l'arrêt *Thlimmenos contre la Grèce*¹⁶⁶⁹ dans lequel la Cour avait élargi le champ de protection de l'article 14 en exigeant une mesure positive de protection contre les discriminations. L'arrêt *Pla et Puncernau* ajoute le chaînon manquant de l'effet horizontal.

606. Par conséquent, la protection résultant de la diffusion horizontale semble secondaire et en retrait par rapport à la protection verticale. Si cette protection se trouve consacrée, il faudrait qu'elle le soit alors complètement en sortant du giron de l'effet vertical. Un tel effet pourrait résulter de la justification de l'effet horizontal par le droit civil européen. En effet, le droit civil européen constituerait l'expression privilégiée des droits fondamentaux entre personnes privées. Ce mode de diffusion de la Convention européenne s'alignerait sur les évolutions du droit civil européen et non plus sur les mouvements de la Cour EDH. La protection résultant de l'effet horizontal ne se trouverait donc plus dans la dépendance de la protection verticale.

607. En outre, une telle autonomie justifierait « *l'application atypique du principe de proportionnalité* » mise en œuvre par la Cour de Strasbourg dans le cadre de l'effet

¹⁶⁶⁸ Cela n'empêche pas, une fois admise la diffusion horizontale d'un droit, qu'elle permette de sanctionner une ingérence active de l'État.

¹⁶⁶⁹ CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97, *Thlimmenos c/ Grèce*, point 44 de l'arrêt, *JCP* 2001, éd. G., I, 291, n° 42, p. 194, obs. F. SUDRE. La Cour estime dans cet arrêt que la violation de l'article 14 se justifie lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues. Toutefois, ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. L'État aurait du intervenir de façon positive.

horizontal¹⁶⁷⁰. En effet, dans cette hypothèse, le principe de proportionnalité joue à l'envers. Il ne détermine plus la marge d'appréciation dont disposent les États pour porter une atteinte nécessaire dans une société démocratique aux droits garantis. Il permet au contraire de déterminer si les obligations imposées à l'État ne constituent pas une charge démesurée. En d'autres termes, si dans le premier cas ce principe est censé jouer en faveur de l'individu, il le dessert dans le second. Le contrôle en ressort assoupli lorsqu'il s'agit d'examiner la violation d'un droit diffusé entre personnes privées¹⁶⁷¹. Ce traitement singulier se justifierait si la protection horizontale parvenait à se détacher de la protection verticale, ce qu'autoriserait le droit civil européen. Pour l'heure, les divergences du contrôle se conçoivent d'autant plus mal que les protections sont encore liées l'une à l'autre. Dès lors que le droit civil européen offre aux droits fondamentaux la possibilité d'investir un nouveau champ d'action, il semble naturel qu'il exerce une certaine emprise sur eux.

§ II - Les droits fondamentaux dans la dépendance du droit civil européen

608. Au cœur de la dialectique entre droit civil et droits fondamentaux se trouve un processus d'imprégnation des droits fondamentaux par le droit civil. Le rapport originnaire s'inverse et les droits fondamentaux, considérés comme étant à l'origine du droit civil européen, se trouvent à leur tour dans la dépendance de ce nouveau droit. Cela n'est pas surprenant puisqu'il leur donne l'occasion de pénétrer légitimement le champ des relations individuelles. Le droit civil européen offre ainsi de nouvelles perspectives aux droits fondamentaux au travers desquelles toute sa particularité se révèle, notamment par rapport au droit civil interne. Ce lien confère une part d'effectivité aux droits de l'homme en les concrétisant et en rendant les particuliers débiteurs d'obligations, ce que le simple rapport vertical n'autorise pas. Pour cette raison, le droit civil européen offre aux droits fondamentaux une évolution qui mérite d'être examinée (A). Pour autant, cet apport est largement tempéré par le rôle persistant de l'État (B), y compris dans la diffusion horizontale des droits primordiaux.

A / L'apport du droit civil européen aux droits fondamentaux

609. Le droit civil européen, en accueillant la diffusion horizontale de la Conv EDH, ajoute au titulaire traditionnel qu'est l'État un autre titulaire de l'obligation de respecter les

¹⁶⁷⁰ Cf. J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2002, p. 867.

¹⁶⁷¹ Cf. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, note sous CEDH Gr. Ch. 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *op. cit.*, n° 9 ; sur ce sujet voir encore J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, *op. cit.*, p. 98 et s.

droits fondamentaux : l'individu. Ce faisant, il offre un point de liaison entre le droit civil européen et le droit civil interne. L'apport du droit civil européen doit être considéré dans ses deux aspects : l'ajout d'un titulaire de l'obligation de respect des droits fondamentaux (1°) et la liaison qu'il permet entre les différentes strates de droit civil (2°).

1° Un titulaire supplémentaire de l'obligation de respect des droits fondamentaux

610. Le droit civil européen colorie les droits de l'homme c'est-à-dire que certaines des caractéristiques du droit civil rejaillissent sur les prérogatives fondamentales. De telles retombées permettent d'identifier les traits essentiels du droit civil européen. Il résulte de l'étude des droits fondamentaux qu'en investissant les relations des particuliers entre eux, ils n'obligent plus seulement les États ou autorités publiques. Le respect des droits de l'homme est également exigible des individus¹⁶⁷². De même, ces droits ne constituent plus seulement des prérogatives à l'égard des particuliers mais s'identifient simultanément en droits et en devoirs. Or, la notion de « devoirs » est une composante du droit civil qui se répercute sur les droits fondamentaux. En effet, les droits de l'homme ne semblent pas compatibles avec l'idée de devoir : ils sont universellement reconnus sans qu'il soit nécessaire de fournir une quelconque prestation en échange. Les droits fondamentaux sont, par définition, inconditionnels. Pour cette raison J. Rivero a mis en garde sur la notion de devoir et lui préférerait le terme d'obligation : « *Dans l'ordre juridique, ce n'est pas le devoir qui correspond au droit, c'est l'obligation, et le droit reconnu à l'un engendre, pour les autres, l'obligation de le respecter* »¹⁶⁷³. Pour autant, l'obligation n'est pas courante en matière de droits fondamentaux alors qu'elle s'illustre communément en droit civil. Le droit civil national par exemple repose sur les obligations imposées aux particuliers.

611. Il résulte de l'impact du droit civil européen sur les droits fondamentaux que l'individu demeure créancier mais devient également débiteur d'obligations telles le droit de respecter la vie d'autrui, ne pas le maintenir dans une situation de servitude, de respecter son intégrité physique, de ne pas porter atteinte à sa vie privée, familiale ou à son domicile. L'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre*¹⁶⁷⁴ illustre remarquablement cette idée de titulaire supplémentaire de l'obligation de respect des droits fondamentaux. L'affaire concernait la validité d'un testament qui contenait une clause plaçant les enfants adoptifs dans une situation

¹⁶⁷² E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *Comm. com. électr.* 2005, n° 5, étude 18.

¹⁶⁷³ J. RIVERO, cité par G. COHEN-JONATHAN dans « Hommage à Jean RIVERO », *Rev. dr. fondamentaux*, 2001, n° 1.

¹⁶⁷⁴ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, *op. cit.*

désavantageuse par rapport aux enfants biologiques. À l'évidence, aucune atteinte directe par les juridictions nationales, aux droits des requérants au regard de l'article 8, n'était en cause¹⁶⁷⁵. En condamnant l'Andorre, la Cour EDH interdit implicitement aux particuliers de prendre des mesures portant atteinte aux droits et aux libertés d'autres particuliers. L'obligation relative au principe de non-discrimination entre enfants imposée à l'État se trouve reportée sur l'individu.

612. Une telle transposition conduit à de nouvelles interrogations, en particulier celle de savoir si les obligations imposées à l'État seront imposées aux particuliers, sans modification de contenu. La logique de la diffusion horizontale réclamerait une intensité similaire d'obligation, quel qu'en soit le titulaire. En outre, l'arrêt *Pla et Puncernau* opte pour cette solution puisque la Cour EDH intervient en droit des successions sans tempérer ses exigences, alors pourtant qu'il s'agit d'un domaine réellement privé. Toutefois, une intensité d'obligation similaire entre les titulaires revient à priver l'individu d'une grande part de liberté dans des actes pourtant privés. Le juge Garlicki souligne dans son opinion dissidente qu'un testament est précisément fait pour déroger au système de droit commun. De ce fait, si la Cour régit les relations privées, elle réduit par la même occasion la liberté des individus. Dans l'arrêt visé, l'interdiction concerne des actes qui relèvent du domaine privé et si elle protège les droits de certaines personnes, elle restreint inévitablement ceux d'autres individus¹⁶⁷⁶.

613. À l'inverse, accorder une liberté complète à l'individu dans les actes privés reviendrait à ignorer les infractions et violations à l'encontre de droits reconnus comme fondamentaux. Par conséquent, il paraît inenvisageable de ne soumettre les individus à aucune obligation sous prétexte qu'ils se situent dans un domaine privé. À défaut de vouloir supprimer un titulaire de l'obligation, en l'occurrence l'individu, peut-être faudrait-il nuancer la force de la contrainte, ce qui impose un travail délicat d'aménagement des obligations en fonction de leur titulaire. Un autre apport du droit civil européen aux droits fondamentaux se déduit du lien unissant la matière civile européenne à la matière civile nationale.

¹⁶⁷⁵ *Ibidem*. Cf. l'opinion dissidente de M. le juge GARLICKI, à la suite de l'arrêt.

¹⁶⁷⁶ Cf. l'opinion dissidente de M. le juge GARLICKI, à la suite de l'arrêt CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, *op. cit.*.

2° La liaison entre droit civil interne et droit civil européen

614. L'idée d'imposer des obligations aux individus se rapproche davantage de l'objet du droit civil que de celui des droits fondamentaux. Le droit civil interne, pour reprendre cet exemple, se compose de droits et d'obligations c'est-à-dire que chaque droit garanti à un individu constitue également un devoir à ne pas enfreindre à l'égard des autres. Le droit civil européen associe également droits et obligations et adhère en cela davantage à la logique du droit civil qu'à celle des droits fondamentaux. C'est pour cette raison qu'il peut être question de dépendance : ils en prennent le pli. Toutefois, bien que les individus soient soumis à des obligations civiles du fait de la diffusion horizontale des droits fondamentaux, aucune condamnation individuelle n'est possible en droit européen. Droit civil interne et droit civil européen se rejoignent¹⁶⁷⁷ alors puisque le droit civil national est seul en mesure de sanctionner des individus irrespectueux des droits fondamentaux dans des rapports les liant à d'autres individus. Là se trouve un des points de rencontre entre les deux droits civils, européen et national.

615. Dans cette perspective, un individu qui enfreindrait une règle civile européenne pourrait être condamné par le droit civil national. Le droit civil européen alloue un nouveau titulaire d'obligation aux droits fondamentaux et lui donne également, grâce à la liaison existant entre droit civil européen et droit civil national, la possibilité de le sanctionner en cas d'irrespect. Telle est l'hypothèse du retentissant arrêt *Mel Yedei* rendu le 6 mars 1996 par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation française sur le fondement de l'article 8 de la CEDH¹⁶⁷⁸. L'arrêt *Zéline*¹⁶⁷⁹ confirme que les juridictions internes permettent la sanction d'individus ayant enfreint les droits fondamentaux d'autres personnes. Dans un autre exemple, la Cour de cassation a condamné un journal en estimant qu'il avait porté atteinte au droit au respect de la vie privée d'une princesse célèbre en diffusant des informations sur la relation extra conjugale de son époux¹⁶⁸⁰. Le juge interne s'est fondé pour cela sur l'article 8 de la Conv EDH, qui fait partie du droit civil européen. L'affaire démontre d'autant plus que le droit civil permet la sanction des droits fondamentaux entre personnes privées que le journal se défendait en affirmant que la requérante portait atteinte à son droit à la libre

¹⁶⁷⁷ E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *op. cit.*

¹⁶⁷⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, *Mel Yedei c/ Opac de Paris*, *JCP* 1996, *éd. G.*, I, 3958, obs. C. JAMIN ; *RTD civ* 1996, p. 1024, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁶⁷⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, *Zéline c/ Elisée*, *JCP* 2006, *éd. G.*, IV, 1872 ; *LPA*, 26 juillet 2006, note E. GARAUD.

¹⁶⁸⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2003, *SA Cogedipresse c/ Mme Grimaldi*, *JCP* 2003, *éd. G.*, II, 10085, note J. RAVANAS.

expression. Ainsi, le litige confrontait deux droits fondamentaux diffusés horizontalement, et la solution a été puisée au cœur du droit civil interne. Ce dernier a ainsi pu se rapprocher du droit civil européen, lui offrant une sanction dont le droit supranational ne dispose pas car, si similitudes il y a, c'est à cette différence près que le droit civil européen passe toujours par l'intermédiaire de l'État.

B / Un apport limité par le rôle persistant de l'État

616. Les droits fondamentaux intégrés au droit civil européen s'imprègnent assurément des caractères de ce droit. Toutefois, même si le droit civil offre aux droits fondamentaux un nouveau détenteur de l'obligation de les respecter, l'État n'en demeure pas moins au centre des relations individuelles. En effet, seul l'État peut être condamné en droit européen. Ainsi, l'obligation se trouve imposée aux individus sous peine de faire condamner l'État, à la différence du droit civil interne dans lequel le particulier est lui-même passible de sanction. Le droit civil européen accorde une place primordiale à l'État dans la mesure où celui-ci se présente comme le garant de la Conv EDH, y compris dans les rapports interindividuels. Pour cette raison, l'État fait figure de vecteur naturel de l'application de la Convention, relations interindividuelles incluses¹⁶⁸¹.

617. L'effet horizontal, qui ne met apparemment en présence que des intérêts privés, transite perpétuellement par le vecteur étatique¹⁶⁸² car il révèle sa défaillance. Aussi, les droits fondamentaux s'imprègnent du droit civil et de son domaine d'application privé mais ils préservent la conception de l'État providence si caractéristique des droits de l'homme. Il en résulte une combinaison des deux matières au sein du droit civil européen, droit civil et droits fondamentaux.

618. Finalement, le système de protection mis en place s'avère complet puisque d'après le droit civil interne et le droit civil européen, il existe des sanctions visant l'individu et d'autres visant l'État. Bien entendu, les sanctions ne peuvent se cumuler, mais en théorie, le système apparaît plénier et laisse entrevoir, grâce au droit civil et à la diffusion horizontale des droits fondamentaux, une protection absolue. Une réserve peut néanmoins être évoquée et a été soulevée par P. de Fontbressin. Cet auteur se demande si le rôle persistant de l'État en droit

¹⁶⁸¹ J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, op. cit., p. 85.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 86.

civil européen ne risque pas d'entraîner une certaine déresponsabilisation¹⁶⁸³. En effet, l'absence de responsabilité individuelle peut sembler malavisée dès lors que la responsabilité de l'État émane de la faute initiale d'un particulier. L'intérêt du droit civil européen se perçoit alors puisqu'il constitue un droit civil supranational venant compléter un droit civil préexistant et prévu pour sanctionner les individus. C'est en cas d'insuccès de ce système que le droit civil européen se met en œuvre et s'attaque alors à l'État, responsable de la faiblesse du mécanisme de protection interne.

¹⁶⁸³ P. DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », *op. cit.*, p. 161.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

619. Si les institutions européennes se sont avancées sur la voie de l'élaboration d'un droit civil européen, ce n'est pas tant par volonté commune législative ou politique que par la nécessité imposée par les droits fondamentaux. La progression des droits fondamentaux a permis la naissance du droit civil européen, notamment en humanisant le droit communautaire. Ainsi, les droits fondamentaux apparaissent comme étant la matrice du droit civil européen, de son origine à son développement actuel.

Une fois admise l'idée que le droit civil découle des droits fondamentaux, la primauté de ceux-ci sur les libertés communautaires représente une véritable dynamique pour le droit civil européen. Or, la soumission des principes de libre circulation à la protection des droits fondamentaux se vérifie de plus en plus. Autrement dit, le droit européen développe les droits fondamentaux qui eux génèrent la production de normes civiles. La matière civile résultant des droits de l'homme s'en trouve nécessairement imprégnée.

Toutefois, la réciproque se vérifie dans la mesure où le droit civil européen procure aux droits fondamentaux une part d'effectivité. Il leur offre la possibilité d'intervenir dans le domaine des relations interpersonnelles et procure à l'effet horizontal de la Conv EDH un terrain propice. Les droits fondamentaux se trouvent ainsi dans la mouvance du droit civil européen. À l'instar de ce dernier, ils font de l'individu un débiteur d'obligation, celle de respecter les garanties fondamentales, dont l'État n'est donc plus le seul titulaire. Droits fondamentaux et droit civil européen évoluent donc par un processus dialectique et s'enrichissent réciproquement. L'échange s'impose tant les deux matières s'accordent et se complètent. Gravitant toutes deux autour de l'individu quoique l'envisageant sous une forme différente, elles émanent à l'identique de deux sources supranationales, le droit communautaire et le droit du Conseil de l'Europe. En raison de l'émergence du droit civil européen, la rencontre avec les droits fondamentaux était prévisible et marque assurément la nature du droit civil européen.

Chapitre II - La nature du droit civil européen

620. Lorsqu'un nouveau droit est en marche, droit objectif ou simple prérogative, il faut en explorer la nature¹⁶⁸⁴. Il en va de même pour le droit civil européen. La dialectique envisagée entre les droits fondamentaux et le droit civil européen a démontré une influence réciproque entre les deux matières, sans réellement distinguer lequel, du droit civil européen ou des droits primordiaux, déteint le plus sur l'autre. Nonobstant l'impact du droit civil sur les droits de l'homme, ces derniers ont pris l'ascendant sur le droit civil européen qu'ils marquent assurément de leur sceau. Ainsi, il semble justifié de parler de fondamentalisation du droit civil européen et non, à l'inverse, de « civilisation » ou « privatisation » des droits fondamentaux. Si la fondamentalisation du droit civil européen trouve sa cause dans la dialectique entre les droits fondamentaux et le droit civil, ses conséquences, quant à elles, se perçoivent au travers de la nature de ce droit.

621. La nature d'un droit peut avoir trait à un droit subjectif¹⁶⁸⁵ ou, comme en matière de droit civil européen, à un droit objectif¹⁶⁸⁶. Elle vise l'ensemble des propriétés d'un droit et pour cette raison, elle est souvent liée à l'étude de ses fondements¹⁶⁸⁷. Ceux du droit civil venant d'être exposés au travers de la dialectique, il faut à présent mesurer leurs incidences sur la nature de cette nouvelle branche du droit. De ce fait, il ne faut pas perdre de vue la

¹⁶⁸⁴ Par exemple sur la nature du droit d'auteur cf. S. PFISTER, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *Rev. d'histoire du droit* 2004, vol. 72, p. 1035. Voir encore sur le droit international de l'environnement, l'ouvrage de J.-M. LAVIEILLE dont la première partie est consacrée à la nature du droit visé (J.-M. LAVIEILLE, *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2004). ; B. MATHIEU, *L'Europe des droits : Le droit à la vie - Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles*, éditions du Conseil de l'Europe, 2005 ; S. BERRE, *Du droit de planter de la vigne : contribution à l'étude de sa nature juridique*, thèse Lyon, 2004 ; F. BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, LGDJ, 2003.

¹⁶⁸⁵ Comme par exemple le droit de rétractation (L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble », *JCP* 2002, éd. G., I, 168) ou le droit du titulaire d'une concession funéraire (S. FROMONT, « La nature du droit du titulaire d'une concession funéraire » *JCP* 2003, éd. E., 106).

¹⁶⁸⁶ Comme par exemple le droit communautaire (M. CAGNIART et J.-F. SAGAUT, « Déclinaisons de l'effet direct du droit communautaire sur le droit international privé », *JCP* 2005, éd. N., 1236) ou encore plus général, le droit moderne (M. VIVANT, « Droit de l'internet », *JCP* 2003, éd. E., 106, n° 17).

¹⁶⁸⁷ A. ALVAREZ, *Le Droit international américain, son fondement, sa nature*, Pédone, 1910 ; D. DE BARTHES DE MONTFORT, *Nature et fondement du recours contre le tiers responsable du débiteur de prestations dues à la victime*, LGDJ, 1964 ; J. GUYÉNOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées : considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui*, LGDJ, 1959.

perspective dans laquelle la nature du droit civil européen est abordée, à savoir la fondamentalisation.

622. La nature d'un droit se perçoit d'une part à travers son objet, sa finalité, d'autre part d'après ses propriétés. Dès lors que la nature du droit civil européen est marquée par les droits fondamentaux, ceux-ci marquent à la fois son objet et ses caractères. Il semble qu'en effet, les droits fondamentaux se laissent entrevoir dans toutes les normes civiles, si bien que leur effet sur le droit privé, et sur le droit civil européen en particulier, ne peut plus être contesté¹⁶⁸⁸. Il s'observe autant sur l'objet de la matière civile (section I) que sur ses caractères (section II).

Section I : L'objet du droit civil européen

623. Il faut se demander quel est l'objet du droit civil européen et s'il se trouve marqué par la fondamentalisation de la matière. Pour cela, l'aspect proprement civil du droit européen devra être envisagé. Jusqu'à présent, l'objet civil a certes été défini, mais uniquement en surface, afin de mener à l'existence de ce droit, sans pénétrer sa substance. Une analyse s'impose afin de préciser dans quelle mesure l'influence des droits fondamentaux altère ou modifie l'aspect civil du droit en cause. Or, l'examen des normes de droit civil démontre que l'objet civil est bien présent, même si l'échelon d'observation est devenu européen.

624. Les droits fondamentaux préservent ainsi la substance même du droit civil du point de vue européen, en dépit de leur influence notoire en ce domaine, en particulier celle du principe de non-discrimination. L'analyse du droit civil européen démontre en effet qu'il est l'expression de ce principe, décliné positivement sous l'intitulé de principe d'égalité. Emprunté à la théorie des droits fondamentaux, ce dernier semble également orienter la finalité du droit civil européen. Aussi, pour mener à bien la réflexion relative à l'objet du droit civil européen convient-il d'en distinguer l'aspect effectivement civil (§ I) avant d'en aborder le principe directeur : l'égalité (§ II).

§ I - L'aspect civil du droit envisagé

625. Pour que le droit européen soit une source de droit civil, il faut que les normes qualifiées jusqu'à présent de normes civiles relèvent effectivement du droit civil, malgré

¹⁶⁸⁸ O. CHEREDNYCHENKO, « EU fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law », *Rev. Eur. Dr. Privé*. 2006, 1, p. 23.

l'impact des droits fondamentaux. Il apparaît alors indispensable de vérifier l'aspect civil de cette matière. Les définitions indiscutées du droit civil sont souvent succinctes¹⁶⁸⁹, probablement parce qu'il s'agit d'un terme dont il est inutile de débattre longuement tant il est supposé connu¹⁶⁹⁰. Deux voies peuvent être utilisées pour procéder à la vérification de l'aspect civil du droit envisagé. La première s'attache au contenu de la matière, la seconde à la finalité de ses règles. Il semble qu'aucune de ces deux méthodes n'ait la préférence unanime de la doctrine. Afin de conclure que la fondamentalisation n'altère en rien la nature civile des normes visées, il convient de déterminer l'aspect civil des normes européennes envisagées jusqu'à présent en fonction de leur contenu (A) et de leur finalité (B),

A / Le contenu civil des normes

626. Dans cette optique, il n'est pas inutile de rappeler que le droit civil se définit comme « *la partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes (personnalité, état, capacité, etc.), aux biens (patrimoine en général, propriété et autres droits réels, transmission des biens), à la famille (filiation, mariage, etc, régimes matrimoniaux et successions), aux obligations (sources diverses, transmission, extinction, etc.) plus spécialement aux divers contrats et aux sûretés (théorie générale du crédit hypothèque)* »¹⁶⁹¹. Cette définition fait apparaître le contenu du droit civil et dégage cinq groupes de matières qu'il est possible de regrouper en deux catégories : les personnes (1°) et leurs rapports avec les tiers (2°).

1° Les personnes

627. Le droit des personnes est une branche essentielle du droit civil. La personne est envisagée en tant que sujet de droit et bénéficie de prérogatives découlant du simple fait d'être une personne. Lorsque le droit européen contraint les États à modifier l'état civil des transsexuels, il s'agit certainement de droit des personnes et plus précisément d'une mesure touchant à l'état des personnes. Le nom, la capacité juridique, la majorité et la minorité civiles sont des notions relevant du droit des personnes, que le droit européen régit. Il en va de

¹⁶⁸⁹ Parfois même les auteurs n'estiment pas nécessaire de poser la définition du droit civil. C'est par exemple le cas dans l'ouvrage de J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2002.

¹⁶⁹⁰ P. MALAURIE, « La pensée juridique du droit civil au XX^{ème} siècle », *JCP* 2001, éd. G, I, 283, p. 9.

¹⁶⁹¹ G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd., 2005, p. 147. Voir également G. CORNU pour lequel le droit civil est une partie du droit qui se définit par la matière sur laquelle il porte : les personnes, les biens, les obligations, la famille et les sûretés, dans *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, op. cit.*, p. 25 ou encore P. LEGENDRE qui affirme que le droit civil s'organise autour de la loi des filiations (soit le droit des personnes) et la loi des échanges (soit le droit des obligations), dans « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ* 1990, p. 639.

même pour la protection de la vie privée ou du domicile des personnes : les normes européennes abordent largement ces questions.

628. Il est une autre branche traditionnelle du droit civil qui instaure un régime de protection pour certaines personnes, ne pouvant faire valoir ou exercer leurs droits. Il s'agit du droit des incapacités relatif aux mineurs et autres incapables, aliénés mentaux, personnes internées ou absentes. L'article 1^{er} du règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale fait notamment entrer dans le champ d'application de ce texte « *la tutelle, la curatelle et les institutions analogues* »¹⁶⁹².

629. Enfin, la personne, dès sa naissance, fait partie d'une famille. Le droit de la famille établit les règles de constitution et d'établissement des rapports de famille et les conséquences, patrimoniales ou extra patrimoniales, qu'ils induisent telles l'autorité parentale, les régimes matrimoniaux ou les obligations alimentaires. Le droit des successions, même s'il peut concerner parfois des tiers, relève du droit de la famille. Or, le droit européen aborde cette matière qu'est le droit de la famille, que ce soit au travers de textes édictés ou d'arrêts rendus. Les questions tenant au mariage, au partenariat ou au concubinage sont connues de la Cour européenne et de la CJCE. La dissolution du mariage se trouve également abordée dans ses conséquences sur les liens de famille ou encore ses conséquences pécuniaires. En outre, le remariage est aussi envisagé par le droit européen, tout comme le sont les questions de filiation : filiation légitime, naturelle, adultérine, adoptive, établissement ou contestation du lien de filiation. L'autorité parentale, l'avortement ou la procréation artificielle sont autant de thèmes traités par le droit européen. En ce qui concerne le droit des successions, le droit européen y consacre de nombreuses dispositions, afin, notamment, de limiter les discriminations pouvant apparaître lors du règlement d'une succession. Le droit des personnes, branche essentielle et traditionnelle du droit civil, se retrouve donc en droit civil européen. Les diverses définitions mentionnent également qu'il régit les rapports avec les tiers.

¹⁶⁹² Article 1. 2. b du règlement 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) du 27 novembre 2003, *op. cit.*

2° Les rapports avec les tiers

630. Ces rapports peuvent comprendre en premier lieu la propriété et la transmission des différents droits réels. Il ressort de la jurisprudence européenne que la plupart des questions relatives à cette matière ont été abordées. Elle s'est notamment prononcée sur la notion de bien, les sûretés, l'acquisition de la propriété, la copropriété, l'expropriation, la nationalisation, la privatisation, le droit de préemption, la propriété foncière, la propriété immobilière ainsi que les propriétés privée et publique.

631. En second lieu, les rapports avec les tiers visent le droit des obligations. Ce droit organise les rapports d'ordre patrimonial pouvant être engendrés par des actes ou des faits juridiques. Là encore, le droit européen traite largement la matière. S'il n'est plus à démontrer que le droit européen vise le droit des contrats, y compris les contrats spéciaux¹⁶⁹³, le droit de la responsabilité fait lui aussi l'objet de nombreuses dispositions touchant au dommage et à l'indemnisation. Par conséquent, en partant de la définition du droit civil fondée sur son contenu, il ne peut qu'être constaté que l'ensemble des matières le composant se retrouvent en droit européen. Au regard de cette définition, le droit civil se définit par la matière sur lequel il porte ; l'ensemble normatif envisagé est donc de nature civile puisqu'il recouvre le droit des personnes, de la famille, des successions, des biens et des obligations. La prépondérance des droits fondamentaux ne dissipe pas l'aspect civil du droit envisagé. Sa finalité civile devrait à son tour en attester.

B / La finalité civile des normes

632. La définition du droit civil fondée sur la finalité des normes paraît plus satisfaisante que la précédente dans la mesure où elle ne se résume pas à une simple énumération des matières le composant. Le droit civil serait alors une branche du droit privé fixant les règles de fond régissant les rapports des particuliers entre eux¹⁶⁹⁴. Il fixerait ainsi le cadre juridique des rapports privés entre les hommes. Ces dernières définitions apparaissent cependant très larges¹⁶⁹⁵ et, de ce fait, peu précises : englobant les relations de droit social, elles

¹⁶⁹³ Voir à titre d'exemple la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, JO CE L 171 du 07/07/1999, p. 12.

¹⁶⁹⁴ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, op. cit., p. 43.

¹⁶⁹⁵ Voir également, pour une définition très large, celle proposée par C. B. M. TOULIER : « *Les individus composant une nation ont un supérieur commun, qui a le droit de fixer, d'une manière positive, les préceptes du droit naturel, de leur donner une sanction nouvelle, de suppléer à leur silence ; en un mot, de prescrire des lois et des règles de conduite en tout ce qui concerne le bien général de la société, et les droits respectifs de chacun* ».

correspondent davantage à une définition, plus générale, de ce qu'est le droit privé¹⁶⁹⁶. Une définition plus précise s'impose donc. Les normes de droit civil, dans un sens purement interne, et, qui plus est, français, régleraient ainsi les rapports des particuliers entre eux, en dehors de l'activité professionnelle. Le droit civil « *a pour objet l'ensemble des rapports sociaux que les personnes privées peuvent nouer en dehors de l'exercice de leur profession, encore qu'un certain nombre de rapports professionnels qui supposent la conclusion de contrats ne soient pas suffisamment spécialisés, en tout cas du point de vue juridique, pour être extraits du droit civil* »¹⁶⁹⁷. Encore faut-il que les normes européennes dites de droit civil répondent à cette finalité (1°). Néanmoins, ces règles peuvent naître du rapport entre État et particuliers, rapports dont le droit européen se préoccupe avant tout (2°).

1° Des règles régissant les rapports entre particuliers

633. Les règles civiles ont pour ambition de régler les rapports multiples pouvant s'établir entre particuliers : rapports familiaux, contractuels ou encore délictuels. Un tel objectif se retrouve explicitement dans les normes européennes réputées civiles. En effet, les rapports entre contractants comme la protection du consommateur vis-à-vis d'un professionnel ou d'un producteur sont largement abordés par le droit européen et concernent les rapports entre particuliers. De même la législation relative aux enfants s'attarde sur la garde de ces derniers, sur les relations qu'ils entretiennent avec leurs parents ou encore les protège contre d'éventuelles atteintes au sein de leur famille ou dans leurs rapports avec des tiers. Il en va de même pour le principe d'égalité entre époux ou pour les dispositions patrimoniales les concernant : il s'agit précisément de règles de droit civil puisqu'elles ont pour but un rapport qui a pris naissance entre particuliers.

634. Le fait que certaines règles européennes puissent avoir pour finalité les relations interindividuelles et donc être qualifiées de civiles se trouve confirmé par la diffusion

de ses membres. C'est la collection de ces lois particulières à chaque peuple qu'on appelle droit civil » dans *Le droit civil français*, Warée, 4^{ème} éd., 1824, n° 13, p. 15.

¹⁶⁹⁶ En ce sens, « Le droit civil a pour objet la réglementation des rapports de droit privé, c'est à dire des droits que les particuliers peuvent exercer dans leurs rapports entre eux et des obligations réciproques pesant sur eux. Il détermine quelles sont les personnes qui peuvent être titulaires de ces droits ou sujets de ces obligations, quels sont les droits privés reconnus à ces personnes et les obligations corrélatives, comment ces personnes acquièrent, transmettent ou perdent leurs droits ou leurs obligations, comment sont sanctionnés ces rapports de droit privé » (F. TERRÉ, Introduction générale au droit, *op. cit.*, p. 72).

¹⁶⁹⁷ C. LARROUMET, *Droit civil*, t.1, Introduction à l'étude du droit privé, Économica, 4^{ème} éd., 1998, n° 88, p. 49.

horizontale¹⁶⁹⁸ du droit européen. Il n'apparaît pas utile de revenir sur la notion d'effet horizontal des droits fondamentaux. L'exemple de l'affaire *X et Y contre les Pays-Bas*¹⁶⁹⁹ suffit à démontrer qu'il s'agit bien de droit civil. Les Pays-Bas ont été condamnés en raison de l'impossibilité, pour une victime de violences sexuelles, de faire engager des poursuites contre son auteur. Nul doute que les relations entre individus relèvent dans cette affaire du droit civil, en dehors bien entendu de l'aspect pénal de l'espèce.

635. En matière communautaire, si les dispositions des traités créent des obligations à l'égard des États, certaines d'entre elles créent des obligations à la charge des particuliers¹⁷⁰⁰. Les règlements sont, pour leur part, invocables devant les juridictions nationales, non seulement à l'encontre de l'autorité publique, mais aussi entre particuliers, comme l'exige la définition du droit civil visée. Au regard de cette définition, le droit civil n'est en rien altéré par les droits fondamentaux et se trouve entièrement constitué par le droit européen. La fondamentalisation ajoute cependant un élément de définition à l'aspect civil des normes envisagées.

2° Des règles régissant les rapports entre l'État et les particuliers

636. D'après l'hypothèse de départ, le droit civil régit les rapports des particuliers entre eux. Par conséquent, une règle ne traitant pas d'une relation interindividuelle ne pourrait être qualifiée de civile. Certes, la finalité essentielle du droit civil est de régler les rapports entre particuliers. Cela étant, son domaine d'intervention dépasse largement cette formule. La réglementation civile n'a jamais été abandonnée à l'entière liberté des personnes privées et les droits civils ne constituent pas des prérogatives absolues. L'article 9 du Code civil, par exemple, n'est pas utilisé dans les seuls litiges entre personnes privées mais également dans les litiges entre ces dernières et les pouvoirs publics. Des décisions du Conseil d'État relatives à la vie privée¹⁷⁰¹ et se fondant sur cet article¹⁷⁰² appartiennent tant au droit public qu'au droit civil alors même qu'il ne s'agit pas d'un litige interindividuel. Transposée au droit européen, cette affirmation signifie que les règles civiles n'émanent pas toujours obligatoirement d'une

¹⁶⁹⁸ Il faut bien comprendre que la diffusion horizontale du droit européen ne peut être qualifiée de processus de création de normes civiles. Elle découle d'une méthode d'interprétation du droit européen mais n'est en aucun cas un gage de création de droit civil.

¹⁶⁹⁹ CEDH 26 mars 1985 requête n° 8978/80, *X et Y c/ Pays-Bas*.

¹⁷⁰⁰ Par exemple l'article 12 TCE interdisant les discriminations en fonction de la nationalité : ce texte s'applique dans le cadre des relations contractuelles.

¹⁷⁰¹ CE 28 juillet 2004 requête n° 262851, *Fathy X c/ CNIL*, <http://www.conseil-état.fr>.

¹⁷⁰² CE 30 décembre 2002 requête n° 224721, *M. Marcel A. et Syndicat "Lutte pénitentiaire"*, <http://www.conseil-état.fr>.

diffusion horizontale de ce droit. Des règles civiles peuvent découler d'un litige se posant entre l'État et un individu ou d'exigences imposées aux États concernant leur législation civile. L'intervention de l'État, partie au litige ou destinataire de la règle de droit, n'exclut en aucun cas la qualité civile des règles énoncées. Envisager le contraire, à savoir ne considérer les règles civiles que dans les relations purement individuelles, reviendrait à nier le rôle de l'État dans la formulation du droit, y compris du droit civil : l'État a formulé le Code Napoléon, code de droit civil, comme il le modifie encore aujourd'hui.

637. Le concept d'État se retrouve également dans le sens originaire du droit civil, *civis*, qui signifie citoyen. Ce dernier est le membre d'un État. En cela, l'État se rencontre à la fois dans le terme de « droit » et dans celui de « civil ». Par conséquent, il se trouve sans cesse visé, même dans les rapports entre particuliers. Le droit civil est avant tout le droit de l'État en matière civile et l'État demeure un intermédiaire nécessaire. Faut-il rappeler que lors de la diffusion horizontale de la Convention européenne, seul l'État peut être condamné alors même que le litige se pose entre personnes privées ?

638. Dans une large mesure, le droit européen s'adresse aux États. Tel est le nouvel apport conféré au droit civil européen par les droits fondamentaux. Pour autant, une règle de droit ne sort pas du domaine civil simplement parce qu'elle n'a pas pour seuls destinataires les particuliers. Puisque le droit européen opère un contrôle sur les législations civiles des États membres, des règles civiles peuvent être édictées en dehors de relations interindividuelles. Dans l'arrêt *x contre la Belgique*¹⁷⁰³ par exemple, le litige se pose entre l'État et un particulier. Il n'en découle pas moins une exigence imposée aux États par le droit européen d'établir une législation familiale écartant toute discrimination fondée sur la naissance. L'énoncé de la règle vise l'État et non les particuliers, mais il s'agit de droit civil dans la mesure où la règle finale concerne les relations familiales, relations entre particuliers. Par un constat de violation, la Cour s'adresse à l'État quant à l'application par celui-ci de ses règles de droit civil. Partant, des règles de droit civil peuvent naître alors même qu'elles ne concernent pas directement les particuliers.

639. La définition du droit civil fondée sur la finalité de ses règles ne correspond donc pas pleinement au droit européen. Seule une combinaison des deux définitions, mélangeant le

¹⁷⁰³ CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, *AFDI* 1980 p. 317, obs. R. PELLOUX ; *CDE* 1980, p. 473, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982, p. 183, note P. ROLLAND ; *GACEDH* n° 42.

contenu et l'objet du droit civil permet de rendre compte de l'acception européenne du droit civil. Les règles de droit civil européennes régissent les droits qui appartiennent à tout citoyen pour ce qui concerne sa vie personnelle, dans les relations avec les autres particuliers mais également avec les pouvoirs publics. Bien que largement imprégné par les droits fondamentaux, le droit civil ne ressort que peu modifié de l'approche européenne, tout au moins en ce qui concerne son aspect civil. Il en va autrement du principe directeur que les droits fondamentaux insufflent à cette nouvelle matière.

§ II - Le principe général d'égalité, principe directeur du droit civil européen

640. Le principe directeur du droit civil européen atteste de ce que ce nouveau droit puise son origine au cœur des droits fondamentaux. En effet, l'un d'eux détient un rôle majeur dans l'élaboration de l'ensemble normatif civil autour duquel il semble se construire. Il s'agit du principe d'égalité qui se diffuse ainsi dans toutes les parties du droit civil européen. Bien qu'omniprésent dans cette matière, ce principe ne se laisse pas facilement caractériser. Il se révèle d'ailleurs sous deux dénominations différentes, la première positive – le principe d'égalité – la seconde négative – le principe de non-discrimination. Les deux termes se rejoignent puisque l'interdiction de discrimination constitue une émanation du principe général d'égalité¹⁷⁰⁴. La démonstration de l'importance particulière que revêt cette valeur fondamentale (A) méritera d'être illustrée par ses manifestations au travers des principes sous-jacents du droit civil européen (B).

A / L'importance du principe d'égalité en droit civil européen

641. Le principe d'égalité apparaît comme un principe fondamental qu'il n'est pas aisé de définir. Qu'il soit consacré par les deux ordres européens n'augmente pas la difficulté dans la mesure où chacun des systèmes lui accorde une valeur à la fois particulière et similaire. Ce principe devra néanmoins être présenté (1°) avant de s'intéresser précisément à la place qu'il occupe en matière de droit civil européen (2°).

1° La présentation du principe d'égalité

642. Plus qu'un droit, l'égalité constitue une valeur fondamentale au sein des deux ordres juridiques européens si bien que la réunion des normes peut être opérée en ce domaine. Ce principe relève des garanties accordées aux citoyens de l'Union. Une interdiction de

¹⁷⁰⁴ Cf. K.-D. BORCHARDT, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », dans *L'ABC du droit communautaire*, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr>, p. 15.

discrimination exercée en fonction de la nationalité¹⁷⁰⁵ ou fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle¹⁷⁰⁶ est ainsi proclamée. Elle signifie que des situations comparables ne peuvent être traitées de manière différente, à moins que cette différence ne soit objectivement justifiée¹⁷⁰⁷. En outre, la Charte DFUE y consacre deux articles, le premier proclamant l'égalité de droit, le second posant un principe de non-discrimination¹⁷⁰⁸. Au sein du Conseil de l'Europe, la Conv EDH prévoit également l'interdiction de toute forme de discrimination en son article 14 auquel il faut désormais ajouter le protocole additionnel 12.

643. La législation aborde ainsi le principe d'égalité¹⁷⁰⁹ sous deux perspectives différentes, l'une positive protégeant directement l'égalité, l'autre négative supposant une interdiction : il est interdit de rompre l'égalité en discriminant telle ou telle catégorie de personne. L'égalité se définit ainsi par ce qu'elle n'est pas, à savoir une absence de discrimination. Dès lors, il est possible d'ajouter à la formule de K.-D. Borchardt précédemment mentionnée que le principe de non-discrimination se trouve être le corollaire consubstantiel du principe d'égalité¹⁷¹⁰. Le choix normatif laisse supposer que l'approche à la fois positive et négative du principe d'égalité est nécessaire pour une protection efficace.

644. Initialement, l'interdiction des discriminations, c'est-à-dire des inégalités, permettait d'accéder à l'égalité, ce qui explique que les deux branches de droit européen énoncent cette prohibition. D'ailleurs, la Conv EDH, en dehors de l'égalité entre époux, n'énonce pas de principe général d'égalité. Le protocole 12 ne fait que mentionner le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi. Ces dispositions laissent supposer que la seule interdiction de discrimination semble suffisante. Néanmoins, le respect effectif du principe d'égalité a exigé une interprétation plus approfondie de la notion de discrimination, qui s'est enrichie de nouveaux aspects. Tout d'abord, une discrimination existe lorsqu'une norme s'adresse non pas à l'ensemble des

¹⁷⁰⁵ Article 12 TCE.

¹⁷⁰⁶ Article 13 TCE, voir également les articles 6 TUE, 3. 2 et 141 TCE.

¹⁷⁰⁷ Cf. K.-D. BORCHARDT, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », dans *L'ABC du droit communautaire*, *op. cit.*

¹⁷⁰⁸ Voir respectivement les articles 20 et 21 de la Charte DFUE.

¹⁷⁰⁹ Voir en ce sens l'article explicite de O. DE SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 11.

¹⁷¹⁰ A. GRUBER, « La citoyenneté européenne : sa fonction dans le fonctionnement des institutions », *op. cit.*, p. 7.

individus auquel elle est censée s'appliquer en raison d'une situation comparable mais à un ou plusieurs individus rassemblés autour d'une caractéristique commune : l'orientation sexuelle, la nationalité ou encore le sexe. La norme perd ainsi l'une de ses caractéristiques indispensables, à savoir sa généralité. Dans ce cas, le résultat de la mesure législative importe peu. Qu'elle défavorise le groupe d'individus mentionné, alors ce dernier subira une discrimination. À l'inverse, si elle le favorise, ce sera au tour des autres individus, demeurés à l'extérieur du groupe, d'être victimes d'une discrimination.

645. Cependant, cette notion peut être interprétée différemment. Elle peut être utilisée afin de rééquilibrer une inégalité préexistante. Dans cette hypothèse, la mesure est certes discriminatoire, mais elle a pour but de réparer une inégalité en rétablissant l'égalité. Cette perspective se concentre sur le résultat de la mesure énoncée car c'est lui qui, à défaut d'engendrer une discrimination, va y mettre fin¹⁷¹¹. Une discrimination peut donc résulter d'une conséquence négative comme elle peut constituer un moyen de lutte positif. Dans le premier cas, la discrimination est dite négative, dans le second, elle est qualifiée de positive. Qu'elle soit l'une ou l'autre, l'interdiction de discrimination s'adresse aux États membres mais encore à toute institution ou individu sujet de droit interne. La notion peut donc, d'une part, être envisagée sous des angles différents selon que la discrimination se révèle négative ou positive et d'autre part, elle est susceptible de prendre forme à deux niveaux d'intervention législatifs distincts, national et européen. S'ajoute à cela la possibilité que la discrimination soit ostensible, c'est-à-dire directe, ou dissimulée, c'est-à-dire indirecte¹⁷¹². On pressent dès lors la complexité de la notion¹⁷¹³. Ses interprétations diverses expliquent que la protection de l'égalité puisse prendre plusieurs formes. S'il a pu être question d'abolir les inégalités, il n'est question aujourd'hui que de les réduire dans la mesure où, pouvant être de fait, elles

¹⁷¹¹ C'est en ce sens que K. LENAERTS affirme que « l'interdiction de discrimination peut comporter une obligation de facere à vocation égalisatrice », « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, p. 19.

¹⁷¹² Les discriminations indirectes sont celles qui, sous couvert de critères de distinction autres que ceux habituellement répertoriés en matière de discriminations directes (sexe, nationalité, religion,...) aboutissent en fait au même résultat, cf. K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, p. 5. Il en va ainsi par exemple lorsqu'un employeur prend une mesure en apparence neutre relative aux salariés travaillant à temps partiel. En tant que telle la mesure n'enfreint pas le principe d'égalité. Toutefois, si les employés à temps partiel se révèlent être des femmes, la mesure discriminerait indirectement ce groupe d'individus.

¹⁷¹³ Une discrimination peut encore être « à rebours » lorsque des mesures nationales sont plus sévères à l'égard des ressortissants nationaux que ceux d'autres États membres. Toutefois, cette catégorie n'intervient pas en matière civile.

existeront toujours, sur un plan civil, économique ou social¹⁷¹⁴. De même, l'égalité peut n'être qu'abstraite et érigée en principe formel sans aller pour autant jusqu'à garantir une égalité réelle. Tel est le cas du Code Napoléon qui, formellement, prône l'égalité tout en laissant la femme mariée sous l'autorité de son mari, ou défavorise l'enfant naturel¹⁷¹⁵. Le droit civil européen apporte un nouvel essor au principe d'égalité entendu dans son sens le plus effectif : l'égalité réelle. De ce point de vue, l'égalité se trouve au cœur de la matière civile européenne et imprègne l'ensemble des ramifications de ce droit.

2° L'égalité civile européenne

646. Le rôle des principes d'égalité et de non-discrimination est à ce point substantiel que J. Hauser les a qualifiés d'« *obsessions modernes* »¹⁷¹⁶. Certes, l'auteur ne faisait pas référence au droit civil européen, mais pour autant, ce dernier se trouve assurément marqué par les principes envisagés. L'ensemble de la matière se rattache au principe d'égalité, utilisé à la fois comme levier (a) et comme facteur d'unification civile (b).

a. L'effet de levier

647. Par l'effet de levier, la prohibition des discriminations confère au droit européen la possibilité d'intervenir dans des domaines civils jusque là inatteignables. Au titre des droits fondamentaux, l'égalité de traitement a permis à l'Union européenne d'appréhender des questions sortant du cadre strictement économique¹⁷¹⁷ tels que le nom de famille¹⁷¹⁸ ou la protection de l'intégrité physique¹⁷¹⁹. En ce sens, l'invocation de la clause générale de non-discrimination du TCE revêt un intérêt considérable pour les droits des particuliers, tels que la libre circulation des étudiants pour ne citer que cet exemple¹⁷²⁰. Cette allégation se vérifie

¹⁷¹⁴ C'est pourquoi O. DE SCHUTTER relève le « caractère infini du travail de l'égalité », cf. O. DE SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A.WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, op. cit., p. 25.

¹⁷¹⁵ Cf. P. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », dans *La personne humaine, sujet de droit*, Les quatrième journées R. SAVATIER, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 25 et 26 mars 1993, Presses universitaires de France, 1994, p. 161. L'auteur parle ainsi d'une égalité virtuelle à propos de l'égalité des sexes et des filiations dans le code civil de 1804. Il ajoute « *sans parler de l'esclavage qui a subsisté jusqu'en 1848 dans nos colonies de l'époque* ».

¹⁷¹⁶ J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006, n° 1, étude 1.

¹⁷¹⁷ M. DONY, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A.WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 53.

¹⁷¹⁸ CJCE 30 mars 1993 affaire C- 168/91, Konstantinidis, *Rec.* p. 1191 ; *RTDH* 1994, p. 455, note J.-F. FLAUSS.

¹⁷¹⁹ CJCE 2 janvier 1989 affaire C- 186/87, Cowan, *Rec.* p. 196.

¹⁷²⁰ CJCE 7 juillet 2005 affaire C- 147/03, Commission c/ Autriche, *RTDH* 2006, p. 627, obs. H. SURREL.

d'autant plus lorsque la notion civile en cause constitue un critère de distinction de la discrimination, comme cela a pu se produire en matière de nationalité¹⁷²¹. L'égalité de traitement entre hommes et femmes a également laissé au juge communautaire la possibilité de se prononcer sur le droit au mariage et plus précisément le droit au mariage des transsexuels. En outre, c'est encore la portée extensive du principe de non-discrimination qui a donné au juge communautaire l'occasion de se prononcer sur le refus d'assimiler le conjoint au partenaire non marié¹⁷²², tout comme elle a légitimé, une vingtaine d'années plus tard, la prise en compte par le législateur communautaire des partenariats dans la directive 2004/38¹⁷²³.

648. Enfin, cet élargissement des droits généré par le principe d'égalité peut être associé à la notion de citoyenneté, également facteur d'extension du champ d'application du droit communautaire. La combinaison des deux éléments constitue une source considérable d'amplification des mesures communautaires, y compris civiles¹⁷²⁴.

649. Le principe de non-discrimination est préféré à l'égalité de traitement au sein du Conseil de l'Europe. Toutefois, il engendre un effet de levier similaire, en particulier lorsqu'il se trouve appliqué par la Cour EDH. L'article 14 de la Convention européenne a donné l'occasion aux juges strasbourgeois de statuer sur des questions civiles essentielles grâce au principe d'égalité, comme le droit au nom, la modification d'actes d'état civil des transsexuels, la filiation, l'autorité parentale, le regroupement familial ou encore l'autonomie sexuelle¹⁷²⁵. L'article 14 de la Convention a ainsi permis, sous couvert de défense du principe fondamental de non-discrimination, d'étendre de façon audacieuse le champ d'application de certains droits. L'arrêt *Tanis et autres contre la Turquie*¹⁷²⁶ par exemple, traite sur un pied

¹⁷²¹ CJCE 12 février 1974 affaire C- 152/73, Sotgiu, *Rec.* p. 153 ; voir encore CJCE, 12 septembre 2006, affaire C- 300/04, Eman et Sevinger c/ College van burgemeester en wethouders van Den Haag, à paraître.

¹⁷²² CJCE 17 avril 1986 affaire C- 59/85, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, *Rec.* p. 1283.

¹⁷²³ En effet dans ce texte a été inclus, dans la notion de « membres de la famille », le partenaire enregistré du citoyen migrant, cf. article 2 n° 2b de la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*, p. 77.

¹⁷²⁴ Cf. CJCE 15 mars 2005, affaire C- 209/03, Bidar, *Rec.* p. 2119 ; *Europe* 2005, n° 5, comm. 147, obs. F. KAUFF-GAZIN. Cet arrêt étend le champ d'application du droit communautaire aux aides accordées aux étudiants. La mesure en elle-même ne concerne pas la matière civile mais elle prend appui sur la directive 2004/38 qui elle touche le droit civil en ce qu'elle est relative au droit de circuler des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles.

¹⁷²⁵ Voir à ce sujet J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷²⁶ CEDH 2 août 2005 requête n° 65899/01, Tanis et autres c/ Turquie, *AJDA* 2006, p. 467, obs. J.-F. FLAUSS.

d'égalité l'épouse et la concubine. Nonobstant le fait que l'égalité de traitement à laquelle participe cet arrêt se limite à la réparation, cette décision apparaîtrait novatrice.

650. Cet effet de levier a été facilité par la nécessité de combiner l'article 14 de la Conv EDH à un autre article afin qu'il puisse entrer en application. De fait, le droit à la non-discrimination ne trouve à s'appliquer que si l'objet de la requête relève d'un droit reconnu par la Convention. La combinaison étant indispensable au principe de non-discrimination, elle a favorisé l'effet de levier. Toutefois, ce mouvement semble s'inverser car la Cour confère au principe une autonomie certaine et le rattache à des droits qui ne résultent pas du texte européen. Ce mouvement, qui s'illustre par les arrêts *Fretté*¹⁷²⁷ ou *Koua Poirrez*¹⁷²⁸ rendus contre la France et visant respectivement le droit d'adoption et l'octroi d'une allocation, permet à la protection de jouer pleinement. À ce jour, ce n'est plus l'article 14 qui permet d'étirer l'applicabilité d'un droit mais ce sont les droits, aux domaines élargis, qui permettent à l'article 14 de s'étendre à son tour. Par exemple, dans l'arrêt *Koua Poirrez*, le lien entre la demande du requérant et la disposition substantielle ne relève pas de l'évidence¹⁷²⁹. Ainsi, l'utilisation de l'article 1 du premier protocole fait plutôt office d'alibi afin de justifier l'utilisation de l'article 14. Le peu d'explication de la Cour concernant le lien de rattachement confirme cette allégation. Elle affirme sans explication que l'indemnité en cause constitue un droit patrimonial au regard de l'article 1er du Protocole I¹⁷³⁰. Par l'efficacité qu'elle entend attribuer au principe de non-discrimination, la Cour démontre à quel point cette valeur dispose d'une importance particulière en droit civil européen. Un tel processus d'émancipation de l'article 14¹⁷³¹ a anticipé le protocole 12 de la Conv EDH, en vigueur depuis le 1er avril 2005, qui autonomise l'article 14 en ne le liant plus à un manquement à un droit garanti par la Convention. Même si la France n'a pas ratifié ce texte, il est probable qu'il va entraîner un mouvement général d'autonomisation du principe de non-discrimination, par ailleurs déjà entamé avant son entrée en vigueur. Les répercussions sur la jurisprudence de la Cour se ressentiront sans doute même sur les États qui n'ont pas adhéré à cet instrument. Dans un

¹⁷²⁷ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, D. 2002, IR p. 935 ; *RTD civ* 2002, p. 389, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2002, éd. G, n° 29, p. 1348, 6, note A. MARMISSE ; *JCP* 2002, éd. G, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2002, n°9, p. 8, note A. DEBET.

¹⁷²⁸ CEDH 30 sept. 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, *JCP* 2004, éd. G., I, 107, p. 185, n° 20, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2005, n° 61, p. 166 note J. CALLEWAERT ; *Dr. fam.* 2004, n° 5, comm. 91, note S. LE MEUR.

¹⁷²⁹ S. LE MEUR, note sous CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98 *Koua Poirrez c/ France*, *op. cit.*

¹⁷³⁰ CEDH, 30 sept. 2003, requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, points 38 et 39 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁷³¹ Selon l'expression de S. LE MEUR, note sous CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98 *Koua Poirrez c/ France*, *op. cit.*

second temps, une fois acquise l'extension de l'applicabilité des droits, l'égalité constitue également un facteur d'unification.

b. Un facteur d'unification

651. Lorsqu'il est imposé aux États sans restriction, le principe d'égalité entraîne un rapprochement des droits internes. Par exemple, la jurisprudence de la Cour EDH n'admet de transgression au principe de non-discrimination en matière civile, qu'en présence d'impérieuses nécessités, par ailleurs rarement remplies. D'après l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle « *manque de justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'y a pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹⁷³². Or, la Cour n'admet pratiquement aucune entorse au principe de non-discrimination en matière civile, ce qui révèle la montée en puissance de ce droit¹⁷³³.

652. Dans l'hypothèse d'une discrimination fondée sur la naissance, la Cour a estimé dans l'arrêt *Mazurek contre la France*¹⁷³⁴ que si le but de la discrimination pouvait être considéré comme légitime (la protection de la famille traditionnelle), aucun motif n'était de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. Le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé n'étant pas raisonnable, la Cour conclut à une violation de l'article 14. Une différence de traitement similaire ne trouve pas plus grâce aux yeux de la Cour dans l'arrêt *Merger et Cros contre la France*¹⁷³⁵. Quant à l'affaire *Pla et Puncernau contre l'Andorre*¹⁷³⁶, la juridiction ne décèle même pas le but légitime poursuivi par la décision nationale litigieuse. Elle réaffirme que « *seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage* »¹⁷³⁷. Par cette indication, la Cour avertit les États qu'elle repousse les limites d'acceptation des distinctions. Elle affirme que seules des « *considérations très fortes* » peuvent justifier une différence de traitement fondée

¹⁷³² Voir en ce sens CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, point 48 de l'arrêt, *RTD civ* 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2000, éd. G, 10286, p. 643, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE; *RTD civ* 2000, p. 311, note J. HAUSER; *JCP* 2001, éd. G, I, 293, p. 249, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI; *D.* 2000, chron. p. 626, note B. VAREILLE; *GACEDH* n° 44.

¹⁷³³ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, éd. G., I, 103, p. 79.

¹⁷³⁴ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, *op. cit.*

¹⁷³⁵ CEDH Gr. Ch. 22 mars 2005 requête n° 68864/01, *Merger et Cros c/ France*.

¹⁷³⁶ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *RTD civ* 2004, p. 804, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2005, éd. G, I, 103, n° 15, p. 83, note F. SUDRE; *JCP* 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER; *D.* 2005, juris. p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT; *RDC* 2005, 3, p. 645, note T. REVET et J. ROCHFELD.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, point 61 de l'arrêt.

exclusivement sur le sexe dans l'arrêt Ünal Tekeli contre la Turquie¹⁷³⁸, avant de conclure, dans cette affaire, à la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14.

653. De la même manière, seules de « très fortes raisons » peuvent justifier une distinction fondée sur l'orientation sexuelle¹⁷³⁹. De ce fait, la Cour rend des constats de violation à l'encontre de l'Autriche dans les affaires *L et V.* et *Karner*¹⁷⁴⁰. Ce dernier arrêt mettait en cause un refus de transfert de droit au bail au concubin homosexuel. Il fallait déterminer si la différence de traitement, fondée sur l'orientation sexuelle, pouvait être considérée comme objective et raisonnable. La Cour reprend sa formule habituelle, en la modifiant quelque peu, et énonce qu'à l'instar des « *considérations très fortes* » susceptibles de justifier une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe, seules des « raisons particulièrement graves » peuvent autoriser une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. L'atteinte portée à l'article 8 combiné avec l'article 14 se déduisait du rapport disproportionné entre le but visé et les mesures mises en œuvre.

654. On ne peut que constater la sévérité de la Cour à l'égard des États en matière de discrimination. Si parfois la distinction vise un but légitime, elle échappe rarement au contrôle de proportionnalité. Cette hypothèse est celle de l'affaire *Palau-Martinez contre la France*¹⁷⁴¹. La requérante estimait avoir été victime d'une discrimination dans la mesure où une décision de placement de ses enfants, les confiant à leur père, s'était fondée sur son appartenance religieuse. La Cour, relevant que Mme Palau-Martinez faisait partie des témoins de Jéhovah, considère que la mesure de placement poursuit un but légitime. En revanche, elle souffre d'un défaut de proportionnalité car le juge national n'a fondé sa décision que sur cette appartenance, sans en démontrer les effets concrets. C'est ainsi l'automatisme de la différence de traitement qui se trouve sanctionnée.

655. Enfin, la Cour a affirmé dans l'arrêt *Timishev contre la Russie*¹⁷⁴² qu'une distinction « *fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans la société démocratique contemporaine* »

¹⁷³⁸ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, Ünal Tekeli c/ Turquie, point 53 de l'arrêt, *AJDA* 2005 p. 546 obs. J.-F. FLAUSS ; *RTD civ* 2005, p. 343 obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁷³⁹ CEDH 9 janvier 2003 requêtes n° 39392/98 et 39829/98, L. et V. c/ Autriche, point 45 de l'arrêt, *JCP* 2003, éd. G, I, 160, p. 1573, n° 16, obs. F. SUDRE.

¹⁷⁴⁰ CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98, Karner c/ Autriche.

¹⁷⁴¹ CEDH 16 décembre 2003 requête n° 64927/01, Palau-Martinez c/ France.

¹⁷⁴² CEDH 13 décembre 2005 requêtes n° 35762/00 et 55974/00 Timishev c/ Russie, *AJDA* 2006, p. 470, obs. J.-F. FLAUSS.

fondée sur le respect du pluralisme et la diversité culturelle »¹⁷⁴³. Ce faisant, elle élimine toute éventualité de justification d'une différence de traitement fondée sur l'origine ethnique d'une personne, en particulier dans la jouissance du droit à la libre circulation garanti par l'article 2 du Protocole 4. Elle précise dans cette espèce, visant des requérants d'origine tchétchène, qu'une telle différence de traitement doit être qualifiée de discrimination raciale, « forme de discrimination particulièrement odieuse ».

656. L'énumération des arrêts refusant les justifications avancées pour les différences de traitement pourrait être poursuivie¹⁷⁴⁴ mais elle semble démontrer suffisamment que le principe de non-discrimination joue pleinement en matière civile européenne. Ainsi, pour qu'une distinction ne soit pas assimilée à une discrimination, elle doit être légitimée par des raisons d'impérieuse nécessité, condition qui ne se trouve pas fréquemment remplie en matière civile. Dans l'arrêt *Fretté* par exemple, la différence de traitement à l'égard des parents homosexuels poursuivait pour la Cour un but légitime. Par ailleurs, la décision de rejet d'agrément d'adoption opposée à une personne homosexuelle comporte une justification objective et raisonnable, en particulier au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qu'explique longuement la Cour. Par ailleurs, elle se réfugie derrière la marge d'appréciation laissée aux États en ce domaine sensible.

657. La Cour admet également une différence de traitement dans l'arrêt *Stec contre le Royaume Uni*. Dans cette espèce, la différence de traitement se fondait sur le sexe et concernait les conditions d'attribution d'allocation assimilable à la retraite. Les conditions d'âge n'étaient pas identiques pour les hommes et les femmes. Pourtant la Cour déclare que ces mesures poursuivent un but légitime et sont raisonnablement et objectivement justifiées. Elle affirme que la différence s'expliquait par une volonté originelle, dans les années 1940, d'atténuer une inégalité financière entre les sexes. Puisque, initialement, l'inégalité de traitement visait à corriger le désavantage dont souffraient les femmes sur le plan économique, elle se trouvait raisonnablement et objectivement justifiée. Certes, de nombreux changements sont intervenus qui ont fait disparaître la nécessité d'un traitement spécial des

1743 Ibid., point 58 de l'arrêt.

1744 Voir encore les arrêts *Sahin et Sommerfeld contre l'Allemagne* en matière de droit de visite accordé à un père divorce et à un père naturel (CEDH Gr. Ch. requête 8 juillet 2003 requête no 31871/96, *Sommerfeld c/ Allemagne* ; CEDH Gr. Ch. requête 8 juillet 2003 requête no 30943/96, *Sahin c/ Allemagne*) ; l'arrêt *Sidabras et Dziautas contre la Lituanie* (CEDH 27 juillet 2003 requête n° 55480/00 et n° 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*) en matière de respect de la vie privée; les arrêts *Wessels-Bergervoet contre les Pays-Bas* (CEDH 4 juin 2002 requête n° 34462/97, *Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas*) ou encore l'arrêt *Willis contre le Royaume-Uni* (CEDH 11 juin 2002 requête n° 36042/97, *Willis c/ Royaume-Uni*) en matière de droit au respect de la propriété.

femmes. Les dispositions prises par le gouvernement en matière de retraite ont entamé un processus d'égalisation. En ce sens, les mesures litigieuses ne semblent pas déraisonnables. Les changements complexes qu'impose le régime de retraite justifient aux yeux de la Cour une différence de traitement qui ne constitue pas une discrimination. La Cour laisse supposer que l'État ne disposait guère d'autres choix que de transiter par cette étape renfermant l'inégalité de traitement. La justification rejoint donc la notion d'impérieuse nécessité.

658. On constate que la Cour n'autorise guère de transgression au principe émanant de l'article 14¹⁷⁴⁵. Une telle démarche a pour effet d'imposer aux États un comportement similaire et leur confère une marge de manœuvre réduite. L'égalité se présente ainsi en droit civil comme un élément susceptible de permettre l'harmonisation des droits internes. L'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre* déduit de l'article 14 de la Conv EDH un principe de non-discrimination successorale qui peut être assimilé à une mesure d'ordre public successoral¹⁷⁴⁶, harmonisant les législations nationales.

659. En droit communautaire, l'égalité et la non-discrimination sont à ce point essentielles qu'elles ont été qualifiées de « *matrice de la protection jurisprudentielle communautaire* »¹⁷⁴⁷. Ainsi, l'égalité de traitement fonde par exemple la directive 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁷⁴⁸. En cela, elle démontre que son utilité harmonisatrice ne se limite pas au Conseil de l'Europe. De plus, le droit au regroupement familial existe afin que le migrant ne soit pas dans une situation défavorable par rapport aux nationaux de l'État dans lequel il décide de s'installer. La volonté d'assimilation et donc, d'égalité, ouvre la voie à des mesures civiles comparables puisqu'il est établi que le migrant doit bénéficier des mêmes conditions de vie que les ressortissants nationaux.

¹⁷⁴⁵ A première vue, l'arrêt rendu par la Grande chambre dans l'affaire *Natchova et autres contre la Bulgarie* (CEDH Gr. Ch. 6 juillet 2005 requêtes n° 43577/98 et 43579/98, *Natchova et autres c/ Bulgarie*, *RTDH* 2006, p. 655, note D. ROSENBERG ; *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 109, n° 12, p. 190) pourrait contredire cette allégation. En effet, la Grande chambre conclut, à l'inverse de la chambre, à la non violation de l'article 14 en matière de droit à la vie. Toutefois, la Cour n'aboutit à ce constat que sur l'aspect matériel de l'article 14 combiné avec l'article 2. Pour elle, rien n'établit que l'acte de violence ait été motivé par des considérations raciales. En ce sens, l'examen de l'affaire ne révèle pas une différence de traitement justifiée et n'entame pas la règle suivant laquelle la Cour n'autorise de distinction qu'en cas d'impérieuse nécessité, rarement admise.

¹⁷⁴⁶ En ce sens voir J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *op. cit.*

¹⁷⁴⁷ H. GAUDIN, « Chronique de jurisprudence communautaire 2000 », *RDP* 2001, p. 1033.

¹⁷⁴⁸ Directive 2000/43 du Parlement et du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, du 29 juin 2000, *JO L* 180 du 19/07/2000, p. 22.

660. Le même phénomène se constate en matière contractuelle. Pourtant, à la différence du droit des personnes ou de la famille, le rôle des droits fondamentaux y semble moins marquant : il semble à première vue plus justifié de lier l'unification civile en matière contractuelle aux nécessités du marché qu'à celles des droits fondamentaux. Néanmoins, l'égalité intervient amplement dans le domaine de l'harmonisation du droit des contrats. Elle constitue ainsi une source de rapprochement en droit de la consommation car le consommateur se trouve protégé afin d'éviter les déséquilibres significatifs qu'il pourrait subir en tant que partie jugée plus faible. En cela, la protection du consommateur tend à rééquilibrer le rapport contractuel. Le principe d'égalité ne prévaut pas seulement en droit des personnes et de la famille, et pour cette raison, il peut constituer une source d'harmonisation considérable. Il est d'ailleurs préexistant au marché européen puisque la base même du marché repose sur cette valeur fondamentale qu'est le principe d'égalité. « *Egalité et non-discrimination sont essentielles pour parvenir à un véritable marché commun et garantir des conditions de concurrence exempte de toute falsification* »¹⁷⁴⁹. Certes, il s'agit là du versant économique du principe d'égalité, mais il n'en demeure pas moins qu'il se trouve également à la base d'une harmonisation civile tendant à limiter les disparités, comme cela peut être encore constaté en matière de responsabilité et de dommage subi du fait de produits défectueux. De même, il s'agit de protéger l'égalité de traitement lorsque le droit communautaire légifère en matière de droit international privé et de libre circulation des décisions de justice. Enfin, les principes relatifs au divorce expriment également le souhait de la Commission sur le droit de la famille européen de faciliter la libre circulation des personnes, en équilibrant les intérêts des époux et en favorisant l'égalité des sexes¹⁷⁵⁰. En ce sens, l'égalité semble bien illustrer la finalité de la matière civile européenne, ce que des manifestations concrètes permettront de vérifier.

661. Le programme de la Commission vérifie l'implication de l'Union en matière d'égalité¹⁷⁵¹. Certes, il s'agit d'un programme social et non civil, toutefois, il atteste l'importance du principe d'égalité de traitement. La Commission prévoit, entre autres, l'organisation d'une « année européenne de l'égalité des chances » en 2007. L'importance singulière du principe d'égalité en droit civil européen se perçoit d'ailleurs dans toutes ses

¹⁷⁴⁹ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁵⁰ Cf. F. FERRAND, « Les Principes de droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁵¹ Sur ce programme voir J.-P. LHERNOULD, « Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010 », *Europe* 2006, n° 1, étude 1.

composantes. La Charte DFUE autorise explicitement les « *mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté* », c'est-à-dire, les discriminations positives¹⁷⁵². On pourrait ainsi qualifier le principe d'égalité « d'invariant majeur » du droit civil européen¹⁷⁵³.

662. Ce constat exprime la spécificité de l'objet du droit civil européen. Ce qui se vérifie en matière civile ne s'étend pas aux autres valeurs fondamentales telles la liberté, la dignité, la solidarité ou encore la sécurité¹⁷⁵⁴. Le principe de dignité, par exemple, ne caractérise aucunement l'objet du droit civil européen. Certes, pour certains, « *rien dans l'échelle des valeurs ne se situe au-dessus du principe de dignité de la personne humaine* »¹⁷⁵⁵. De même, il a pu être envisagé que les discriminations soient condamnées au nom de la dignité de la personne humaine¹⁷⁵⁶. Cette théorie semble attractive mais si le principe de dignité peut constituer la finalité des droits de l'homme¹⁷⁵⁷, justifier certains arrêts de la Cour EDH¹⁷⁵⁸ et même de la CJCE¹⁷⁵⁹, il se trouve sans rapport, notamment, avec la matière contractuelle européenne. Il semble bien trop important et puissant pour justifier la simple protection du consommateur ou les mesures de droit international privé communautaire. En cela, la dignité ne peut passer pour la clé de voûte du droit civil européen.

663. Le concept de liberté ne pourrait pas davantage représenter le principe directeur du droit civil européen, ou alors, il ne s'agirait que d'une liberté surveillée¹⁷⁶⁰. Elle n'aurait alors

¹⁷⁵² Article 23 al. 2 de la Charte.

¹⁷⁵³ Selon les termes employés par M. BEDJAOUI, *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 17-19 avril 1989, éd. Conseil de l'Europe, Engel Verlag, 1990, p. 43.

¹⁷⁵⁴ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. Droit et société, n° 38, 2004, p. 98.

¹⁷⁵⁵ G. COHEN-JONATHAN, « Hommage à J. RIVERO », *Rev. dr. fondamentaux* 2001, n° 1.

¹⁷⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁷ Cf. M. BEDJAOUI pour qui la dignité est devenue la base et le fondement de la liberté fondamentale de l'homme, dans *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, *op. cit.*, p. 43. Pour lui, la dignité est devenue la base et le fondement de la liberté fondamentale de l'homme. Voir encore E. DREYER pour lequel la dignité constitue le critère juridique des droits fondamentaux (E. DREYER « Les mutations du concept juridique de dignité », *op. cit.* ; « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748).

¹⁷⁵⁸ Voir récemment l'arrêt CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, Ünal Tekeli c/ Turquie, *op. cit.* .

¹⁷⁵⁹ Par exemple pour justifier que la Cour de justice protège le droit d'accès au mariage, CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, K. B. c/ National Health Service Pensions Agency, *Rec* p. 541 ; *JTDE* 2004, p. 81 ; *D.* 2004, juris. p. 979, note P. ICARD ; *RTD civ* 2004, p. 373, note J. RAYNARD ; *RTD civ* 2004, p. 266, note J. HAUSER ; *CDE* 2006, p. 230, note A. BOHLER et Y. MOTTARD. Voir aussi l'arrêt CJCE 14 octobre 2004 affaire C-36/02, Omega, *Rec.* p. 9609 ; *RTDH* 2005, p. 649, note C. PICHERAL ; *Europe des libertés* n° 16, note J.-P. JACQUÉ, dans lequel la Cour justifie une restriction à la liberté de prestation de services par le droit au respect de la dignité humaine.

¹⁷⁶⁰ Voir les travaux du centre de droit de la famille de l'université Montesquieu Bordeaux IV, « Nouvelle personne, nouvelle famille ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 5, p. 10.

jamais été aussi limitée par les recours à l'ordre public et à l'intérêt général. Bien entendu, ce droit est largement visé par le droit européen en raison des libertés de circulation, mais il n'illustre pas pour autant la nature du droit civil européen¹⁷⁶¹, malgré la montée en puissance de l'autonomie personnelle. La liberté de se marier, par exemple, consacrée à l'article 12 de la Conv EDH, n'est abordée pratiquement que sous l'angle du principe de non-discrimination. Il s'agit alors de déterminer si les personnes de même sexe peuvent contracter mariage au même titre que les personnes de sexe différent. Dès lors, sous l'apparence de la liberté, c'est le principe d'égalité qui joue un rôle prépondérant¹⁷⁶². De surcroît, comment la liberté pourrait-elle servir de principe directeur alors même que le droit de la consommation, par hypothèse contraire à toute liberté contractuelle, représente un large pan du droit civil européen¹⁷⁶³ ? En outre, l'égalité constitue le principe directeur de cette matière car à la différence de la liberté, elle s'emploie dans les rapports des particuliers entre eux¹⁷⁶⁴, ce qui caractérise précisément le droit civil. La liberté, pour sa part, trouve davantage à s'appliquer dans la relation verticale État-particulier d'où sa qualification de « *racine* »¹⁷⁶⁵ des droits fondamentaux. Il en résulte que grâce aux droits fondamentaux, les personnes peuvent librement se marier, librement vivre leur sexualité, librement s'exprimer ou encore librement se réunir¹⁷⁶⁶. Dans le même ordre d'idée, par le droit civil européen, les personnes sont traitées d'égal à égal : égalité dans les rapports entre époux, égalité des filiations, égalité du père et de la mère dans l'attribution du nom de famille, égalité en matière contractuelle. Toutefois, s'il s'avère que seul le principe d'égalité peut être envisagé comme l'invariant majeur du droit civil européen¹⁷⁶⁷. Cela ne signifie pas qu'il prime sans limite¹⁷⁶⁸. À titre d'exemple, l'importance

¹⁷⁶¹ La liberté a pourtant été qualifiée de noyau du fondement des droits de l'homme, voir notamment G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 189. Si la liberté peut apparaître valablement comme l'une des valeurs centrales en matière de droits de l'homme, elle passe derrière l'égalité dès lors qu'il s'agit de droit civil européen.

¹⁷⁶² *Contra* voir G. PECES-BARBA MARTINEZ qui estime que c'est à partir de la liberté qu'est justifiée l'égalité, laquelle ne fait que compléter la notion de liberté, dans *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁷⁶³ Il paraît difficile de soutenir que le droit de la consommation vise à préserver la liberté réelle de la partie faible. Si tel était le cas, cette partie pourrait y renoncer. Or, le droit de la consommation relève de l'ordre public de protection. Il tend ainsi à compenser une inégalité de fait.

¹⁷⁶⁴ P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 417.

¹⁷⁶⁵ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 201, pour des propos similaires.

¹⁷⁶⁷ Toutefois, le droit de propriété semble être le droit le moins marqué par ce dernier principe et constitue en cela une exception à l'égalité perçue comme valeur substantielle du droit civil européen, en particulier au sein du droit communautaire. Toutefois, cette exception trouve rapidement une justification : le droit de propriété relève du domaine civil mais constitue avant tout un droit économique. En cela, il a un lien particulier avec le droit européen et n'a pas besoin, comme le reste du droit civil, de passer par l'intermédiaire des droits fondamentaux afin de trouver une légitimité. Dès lors, il ne subit pas la même influence que le reste du droit civil, même si l'égalité de traitement s'étend à l'accession à la propriété (cf. article 9 § 1 du règlement 1612/68 du Conseil

attribuée à la volonté, et par là même, à la liberté contractuelle, peut venir ponctuellement atténuer l'influence du principe d'égalité. Ces précisions, relatives à l'importance particulière du principe d'égalité en droit civil européen, méritent à présent d'être concrètement illustrées au travers des règles générales du droit civil européen.

B / Le principe d'égalité dans les standards établis du droit civil européen

664. Envisager les principes sous-jacents du droit civil européen permet de constater la place laissée au principe d'égalité au sein de cette matière. Ces principes attestent des effets des droits fondamentaux, et plus particulièrement de l'égalité, sur l'objet du droit civil européen. Présenter la notion d'égalité au titre de valeur fondamentale peut sembler abstrait et ne renseigne pas sur les conséquences concrètes de l'importance accordée à ce principe. La singularité du système de droit civil européen¹⁷⁶⁹ empêche d'établir une liste exhaustive des règles générales de la matière. Toutefois, certaines d'entre elles ont acquis suffisamment d'autorité pour servir de base à une réflexion sur le principe d'égalité et attester, à l'instar de P. Jestaz, que « *l'égalité arrive par l'Europe* »¹⁷⁷⁰, notamment par l'Europe civile, pourrions nous ajouter. La considération des standards établis du droit civil européen impose de distinguer deux domaines civils aux règles propres, le droit des contrats et de la responsabilité (1°) suivi du droit des personnes et de la famille (2°).

relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, du 15 octobre 1968, *op. cit.* : « *Le travailleur ressortissant d'un État membre occupé sur le territoire d'un autre État membre bénéficie de tous les droits et de tous les avantages accordés aux travailleurs nationaux en matière de logement, y compris l'accès à la propriété du logement dont il a besoin* ». Voir également CJCE 14 janvier 1988 affaire C- 63/86, Commission c/ Italie, *Rec.* p. 29 : « *La république italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 52 et 59 du traité CEE en réservant aux seuls ressortissants italiens, par diverses dispositions de sa législation, l'accession à la propriété et à la location de logements construits ou restaurés à l'aide de fonds publics, ainsi que l'accession au crédit foncier à taux réduit* » et CJCE 30 mai 1989 affaire C- 305/87, Commission c/ Grèce, *Rec.* p. 1461) et si, en parallèle, l'article 14 de la Conv EDH a pu, en se combinant avec l'article 1^{er} du Protocole 1, pénétrer le domaine du droit au respect des biens.

¹⁷⁶⁸ Voir par exemple en matière communautaire l'arrêt CJCE, 23 mars 2006, affaire C- 535/03, Unitymark et NSFO, point 74 de l'arrêt, dans lequel la Cour rejette le moyen tiré de la violation du principe de discrimination examiné sous l'angle de la proportionnalité en relevant : « *Qu'il ne ressort pas du dossier produit devant la Cour que les remarques [des associations] relatives à une différence de traitement ente les pêcheurs (...) aient été présentées au législateur communautaire avant l'adoption des mesures contestées (pt 73). Par conséquent (...) il n'apparaît pas manifestement inapproprié, eu égard notamment à l'information dont le législateur a pu disposer à l'époque de l'adoption du règlement (...)* », souligné par A. BOUVERESSE, *Europe* 2006, n° 5, comm. 168.

¹⁷⁶⁹ Il n'est pas encore totalement accompli (J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle, op. cit.*, p. 115), ce qui le rend mouvant. Par ailleurs, il s'agit d'un système en réseau élaboré par un législateur à deux têtes.

¹⁷⁷⁰ Cf. P. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », dans *La personne humaine, sujet de droit, op. cit.*, p. 170.

1° Le droit des contrats et de la responsabilité

665. Que le droit de la consommation ait assurément une vocation égalitaire¹⁷⁷¹ ne saurait surprendre : son objet est la défense des intérêts privés des consommateurs présumés en situation de faiblesse face aux professionnels¹⁷⁷². Pour autant, il paraît intéressant de se demander si le principe d'égalité s'étend plus largement aux règles acquises du droit européen des contrats, et, en présence d'une réponse positive, dans quelle mesure il le fait.

666. En matière contractuelle européenne¹⁷⁷³, le principe d'égalité détient une place primordiale et cette valeur s'est traduite par l'apparition de divers standards sous-jacents. Si le lien entre le principe d'égalité et ces principes sous-jacents est visible dans la plupart des cas (b), il en est un qui mérite une attention particulière : le standard du raisonnable (a)

a. Le standard du raisonnable

667. Le lien existant entre le standard du raisonnable et le principe d'égalité doit être examiné séparément des autres principes sous-jacents du droit des contrats et de la responsabilité. À la différence des autres, une réelle explication s'impose concernant le rapport entre les notions de raisonnable, de légitime et d'égalité.

668. Le lien établi semble identique entre le droit du Conseil de l'Europe et le droit communautaire si bien que l'explication sert les deux droits. Dans sa thèse, H. Aubry avance une définition de ce qu'elle envisage comme une notion cadre¹⁷⁷⁴ du droit communautaire. Elle réunit les notions d'attente légitime et d'attente raisonnable : « *des attentes sont légitimes*

¹⁷⁷¹ Toutefois, la directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur du 11 mai 2005, *op. cit.*, précise que la protection des consommateurs qu'elle met en place se justifie par le risque d'une atteinte à leurs intérêts économiques. Cette atteinte entraînerait à son tour une atteinte indirecte aux intérêts économiques des concurrents légitimes (cf. C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *op. cit.*, p. 1261). Seul le fonctionnement du marché viendrait alors justifier le texte, sans qu'un lien puisse être établi avec le principe d'égalité. Même si « la finalité de réguler le marché intérieur prévaut dans la directive n° 2005/29 » (M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *op. cit.*), la perspective égalitaire prédomine lorsque ce texte énonce qu'il a pour but la sécurité juridique. Par ailleurs, si le marché avait été la seule préoccupation, le texte aurait été étendu à l'ensemble des pratiques déloyales susceptibles de porter atteinte aux concurrents. Or, il ne vise que les pratiques qui portent atteinte aux consommateurs, d'où il résulte une protection moindre du marché. Ainsi, l'objectif semble double dans ce texte.

¹⁷⁷² J.-P. PIZZIO, « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle. Bilan et perspectives », dans *Études de droit de la consommation, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 878.

¹⁷⁷³ Sur ce thème voir C. QUIGLEY, *Droit communautaire des contrats, l'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles*, Bruylant, Kluwer law international, Bruxelles, 1999.

¹⁷⁷⁴ H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, *op. cit.*, p. 250.

ou raisonnables lorsqu'elles sont prises en considération par le droit »¹⁷⁷⁵. Il appartient donc au législateur ou au juge de déterminer les croyances du créancier, ces croyances devant être objectivement justifiées par des éléments matériels entourant la formation ou l'exécution d'un contrat.

669. La Cour européenne utilise la notion d'espérance légitime alors qu'en droit communautaire les notions de croyance, de confiance et d'attentes légitimes prévalent. Il faut déterminer si des divergences existent entre ces notions. Comme le relève J.-P. Marguénaud, la Cour EDH, en utilisant le terme d'espérance légitime, prétend avoir déjà utilisé ce critère dans l'arrêt *Halford contre le Royaume-Uni*¹⁷⁷⁶. Pourtant, à la lecture de ce dernier arrêt et en se référant au paragraphe indiqué, ce sont les notions d'« attente » et de « croyance » raisonnables qui apparaissent. « La Cour estime qu'elle (la requérante) pouvait raisonnablement croire au caractère privé de ce type d'appels, attente qu'un certain nombre de facteurs viennent renforcer »¹⁷⁷⁷. Ainsi, après avoir écarté l'hypothèse d'une erreur commise par la Cour, il faut admettre qu'elle tient pour similaires les notions d'espérance légitime, d'attente et de croyance raisonnables. D'ailleurs, dans la version anglaise, les termes des arrêts se différencient moins : « *legitimate expectation* » dans l'arrêt *Von Hannover* et « *reasonable expectation* » dans l'arrêt *Halford*. La seconde expression est identique à la première, les adjectifs raisonnable et légitime se valent comme cela a été expliqué précédemment.

670. Le caractère raisonnable, tout comme l'attente et la croyance légitimes renvoient à une idée de proportionnalité, de respect, d'équilibre, d'absence d'excès et finalement de justice. Utilisé en matière contractuelle, ce principe se rapproche de la notion d'équilibre contractuel. Le droit européen des contrats tend de la sorte à garantir l'équilibre des échanges. C'est dans ce but qu'il sanctionne le déséquilibre engendré par les clauses abusives. Ces dernières ne sont pas tolérées parce qu'elles empêchent la recherche d'un équilibre entre les parties contractantes et, par voie de conséquence, entre les prestations.

671. Le critère du « raisonnable » ou de « l'attente légitime » se rencontre à maintes reprises dans la législation contractuelle européenne. Leur importance ne peut qu'être

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 258.

¹⁷⁷⁶ CEDH 25 juin 1997 requête n° 20605/92, *Halford c/ Royaume-Uni*.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, point 45 de l'arrêt.

constatée au sein des dispositions civiles et révèle le principe directeur du droit civil européen : le principe d'égalité. Il se trouve par exemple au cœur de la règle relative à la conformité du contrat, dont la transposition en droit français a suscité de nombreux problèmes en raison de l'absence de distinction qu'elle impose entre garantie des vices cachés et obligation de délivrance. Au regard du droit communautaire, le vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente¹⁷⁷⁸, c'est-à-dire un bien conforme aux attentes légitimes de l'acheteur. L'expression de « *conformité aux attentes légitimes* » est d'ailleurs l'expression qui figure dans la proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation¹⁷⁷⁹, ce qui prouve que, même si elle a été écartée eu égard aux souhaits de certains professionnels, les deux notions se rejoignent.

672. Il faut, pour se convaincre de la fréquence avec laquelle le droit européen utilise cette notion d'attente légitime, parcourir les *Principes du droit européen des contrats*. Quoique non contraignants, ces principes représentent la première étape d'une éventuelle codification et sont susceptibles de servir de modèle au développement législatif et jurisprudentiel du droit des contrats¹⁷⁸⁰. Or, ils renvoient à de nombreuses reprises à la notion d'attente raisonnable ou légitime. L'article 1 : 302 précise d'ailleurs le sens à donner à cette notion : « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées* »¹⁷⁸¹. Le besoin de définir le caractère raisonnable résulte sans doute de l'utilisation intensive qui en est faite dans les *Principes*¹⁷⁸². En effet, la commission Lando décompte ainsi respectivement quarante-six fois l'emploi du terme « raisonnable » et huit fois celui de « déraisonnable »¹⁷⁸³. À titre d'exemple, l'article 2 : 104 (1) des principes énonce que « *les clauses d'un contrat qui n'ont*

¹⁷⁷⁸ Article 2 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.* p. 12.

¹⁷⁷⁹ À ce sujet voir H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷⁸⁰ Cf. Commission pour le droit européen du contrat, - *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, La documentation française, 1997, - *Les Principes du droit européen des contrats*, Partie II, Société de législation comparée, coll. Droit privé et européen, 2003, p. 22. Dans le même ordre d'idée, C. WITZ prétend que ces principes constituent une source d'inspiration pour les juridictions, « Force obligatoire et durée du contrat », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 176.

¹⁷⁸¹ Commission pour le droit européen du contrat, *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, *op. cit.*

¹⁷⁸² Sur cette question, voir J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *op. cit.*, p. 1007.

¹⁷⁸³ Selon B. FAGES, « Caractère raisonnable », *Dr. et patr.* 2003, n° 114, p. 44.

pas été l'objet d'une négociation individuelle ne peuvent être invoquées à l'encontre d'une partie qui ne les connaissait pas que si la partie qui les invoque a pris des mesures raisonnables pour attirer sur elles l'attention de l'autre avant la conclusion du contrat ou lors de cette conclusion ». L'utilisation du terme raisonnable se retrouve également, entre autres, en matière d'obligation de conservation d'un bien : « *la partie qui a été laissée en possession d'un meuble corporel (...) doit raisonnablement s'employer à en assurer la protection et la conservation* »¹⁷⁸⁴. En matière d'exécution du contrat par un tiers, la préférence a été donnée au terme légitime. Le créancier ne peut refuser une telle exécution par un tiers lorsque celui-ci a « *un intérêt légitime à l'exécution et que le débiteur n'a pas exécuté ou qu'il est manifeste qu'il n'exécutera pas à l'échéance* »¹⁷⁸⁵.

673. Le domaine de la responsabilité fait également appel à la notion d'attente légitime. Ce faisant, cette dernière dévoile son objectif principal : instiller de l'égalité dans une société de marché libre¹⁷⁸⁶. Un tel dessein se trouve révélé par le « *mécanisme de restauration de l'égalité sociale et économique entre les auteurs et les victimes, injustement rompue par un événement attribué à la responsabilité du premier* »¹⁷⁸⁷. En effet, la réparation revient à restaurer la perte de la victime, injustement gagnée par l'auteur¹⁷⁸⁸, que ce soit intentionnellement ou par imprudence. La victime ne s'attend pas à cette perte injuste. Par exemple, en matière de responsabilité des produits défectueux, le producteur crée un risque de perte qu'il fait peser sur l'acheteur pour un profit relatif à son activité. Il est évident que le désavantage créé par un produit défectueux n'est pas accepté par l'acheteur et se révèle, en ce sens, injuste. De manière analogue, lorsque l'auteur a obtenu de la victime un consentement sans se conformer aux obligations qui lui sont imposées, par exemple en matière de voyages, de vacances ou de circuits à forfait, il cause une perte à la victime, et ce, à son profit. L'avantage est injuste dans la mesure où l'auteur a obtenu un consentement qui n'est pas entièrement éclairé et informé. De même, en cas d'annulation par l'organisateur d'un forfait avant la date de départ convenue, le consommateur a droit soit à un autre forfait, soit au remboursement, dans les meilleurs délais, de toutes les sommes versées par lui en vertu du

¹⁷⁸⁴ Article 7: 110 (1) des Principes du droit européen du contrat.

¹⁷⁸⁵ Article 7: 106 (1). b des *Principes du droit européen du contrat*.

¹⁷⁸⁶ S. BANAKAS, « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ? », *op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁸⁷ S. BANAKAS, « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ? », *op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁸⁸ *Ibidem*. L'auteur ajoute qu'il faut entendre les termes de profit et de perte dans leur sens le plus large c'est-à-dire le profit ou la perte de tout avantage ou bénéfice : l'intégrité physique ou morale, l'agrément, le plaisir ou encore la vie privée.

contrat¹⁷⁸⁹. La réparation recommandée par la directive 90/314 apparaît ainsi équitable puisqu'elle met fin au profit injustifié causé à la victime-consommateur. Or, l'équité peut apparaître comme le pendant judiciaire du principe d'égalité¹⁷⁹⁰. L'attente légitime se perçoit clairement derrière le mécanisme de la réparation : dans tous les cas, la référence est celle de l'attente de la victime, que ce soit l'attente légitime d'un acte positif (une information, un conseil, un produit sûr) ou d'une abstention (une imprudence). Seule cette part de perte injuste, à laquelle ne s'attend pas la victime, doit être réparée, afin de rétablir l'équilibre entre le profit et la perte.

674. Cette limite à la réparation se trouve confirmée par la directive 1999/44 relative à la vente. En effet, en cas de non-conformité, « *le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, dans les deux cas sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné* ». Le texte poursuit : « *un mode de dédommagement est considéré comme disproportionné s'il impose au vendeur des coûts qui, par rapport à l'autre mode, sont déraisonnables* »¹⁷⁹¹. Ainsi, un coût déraisonnable imposé au vendeur ne serait pas en adéquation avec la perte injuste subie par le consommateur et le profit du vendeur. Le fait de ne pas réparer au delà de la part de perte injuste apparaît également dans la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, une règle prévoit que le producteur n'est pas responsable du risque de développement, c'est-à-dire si « *l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* »¹⁷⁹². La réparation prend donc assurément en compte la notion d'attente légitime puisqu'au regard de la directive seul un manquement à « *la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* »¹⁷⁹³, doit être réparé.

¹⁷⁸⁹ Cf. article 4. 6 de la directive 90/314 du Conseil concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *op. cit.*

¹⁷⁹⁰ Cf. en ce sens par le Centre d'études et de recherches administratives et politiques de Villetaneuse, *Égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ?*, actes du colloque, 13 novembre 1997, Economica, 1999 ; G. DA SILVA, *De l'égalité à l'équité*, l'Harmattan, 1995 ; M. BORGETTO souligne les liens étroits unissant les deux concepts (« Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Dr. soc.* 1999, p. 221).

¹⁷⁹¹ Article 3. 3 de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *op. cit.*

¹⁷⁹² Article 7. e de la directive 85/374 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, du 25 juillet 1985, *op. cit.*

¹⁷⁹³ *Ibid.* article 6 § 1.

675. La notion d'attente raisonnable fonde encore un des principes sous-jacents du droit civil : la force obligatoire des déclarations précontractuelles¹⁷⁹⁴. Énoncée dans plusieurs directives¹⁷⁹⁵ ainsi qu'à l'article 6 : 101 des *Principes du droit européen des contrats*, cette règle témoigne de ce que le droit communautaire attache une grande importance aux déclarations précontractuelles, dès lors qu'elles ont influencé le consommateur. Elles peuvent acquérir une force obligatoire sans que le contractant les ait incorporées dans son offre, ni même qu'il en soit clairement conscient au moment de la conclusion du contrat. Ces obligations additionnelles¹⁷⁹⁶ protègent l'autre partie lorsque la déclaration précontractuelle a été réalisée par le contractant mais également lorsqu'elle est le fait d'un tiers¹⁷⁹⁷. Ainsi, la déclaration précontractuelle deviendra source d'obligation si telle a été la perception raisonnable de la partie destinataire.

676. La règle de la confiance légitime découle également de la jurisprudence de la Cour EDH. Dans l'arrêt *Von Hannover contre l'Allemagne*, la Cour a indiqué que toute personne, même publique, dispose d'une « *espérance légitime* » de protection et de respect de sa vie privée. Ainsi, la Cour utilise explicitement cette notion en matière de responsabilité. En effet, cette affaire concernait la réparation d'une atteinte au droit au respect de la vie privée de la requérante. Pour aboutir à un constat de violation, la Cour relève que les autorités allemandes n'ont pas assuré à la requérante une garantie effective de ses droits, alors qu'elle était en mesure d'espérer une protection légitime de sa vie privée¹⁷⁹⁸. Dans son opinion concordante, le juge Barreto concède qu'il ne sera pas facile de concrétiser les situations pouvant caractériser cette « *espérance légitime* », et que, dès lors, une approche au cas par cas se justifie. L'espérance légitime, dans ce cas d'espèce, relève de l'espérance d'être « *à l'abri des médias* »¹⁷⁹⁹. Cela signifie, de façon plus générale, que l'espérance légitime en matière de responsabilité revient, pour la victime, au fait de se croire, à bon droit, à l'abri de toute atteinte ou de toute perte, pour reprendre les termes utilisés par le droit communautaire. En

¹⁷⁹⁴ R. SCHULZE, « Precontractual Duties of Contract in European law », *REDP* 2005, 6, p. 841.

¹⁷⁹⁵ Article 2. 2. d) de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation du 25 mai 1999, *op. cit.* ; article 3. 2 de la directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *op. cit.*

¹⁷⁹⁶ R. SCHULZE, « Precontractual Duties of Contract in European law », *op. cit.*

¹⁷⁹⁷ Articles 2. 2. d) de la directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation du 25 mai 1999, *op. cit.* ; articles 2. 2 et 3. 2 directive 90/314 du Conseil, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *op. cit.*

¹⁷⁹⁸ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, point 78 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 8, obs. F. SUDRE.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.* Cf. l'opinion concordante du juge BARETTO, à l'occasion de l'arrêt.

dehors du standard du raisonnable, d'autres principes sous-jacents du droit des contrats attestent de l'esprit égalitaire du droit civil européen.

b. Les principes sous-jacents

677. L'importance de l'égalité se vérifie encore au travers de l'obligation d'information qui la sauvegarde devant la loi contractuelle¹⁸⁰⁰. Cette dernière obligation, imposée au professionnel, se révèle utile afin de limiter la supériorité de ce dernier sur le consommateur, par essence profane. L'égalité des prestations et l'égalité devant la loi contractuelle sont des composantes du principe d'égalité en matière contractuelle¹⁸⁰¹. Or, le droit de rétractation, standard établi en droit civil européen en vue de la protection du consommateur, tend à rétablir une véritable égalité de fait entre les parties¹⁸⁰².

678. En outre, la révision pour imprévision est un mécanisme qui permet de rétablir l'équilibre initial du contrat ; elle concorde bien avec le principe d'attente légitime. Pour cette raison, les *Principes du droit européen* abordent le problème du changement de circonstances¹⁸⁰³. Sous certaines conditions, spécifiées à l'article 6 : 111, un tel changement oblige les parties soit à engager de nouvelles négociations tenues d'intégrer les nouvelles circonstances, soit à mettre fin au contrat. C. Witz souligne qu'il était prévisible que les *Principes* consacrent la théorie de l'imprévision¹⁸⁰⁴, tant, semble-t-il, pour sauver le contrat, que pour mettre fin à l'injustice résultant d'un déséquilibre initialement imprévisible. La place importante accordée aux standards de l'attente légitime et du raisonnable révèle l'influence sous-jacente des notions de justice et d'équité. Ainsi, « *l'équité est l'art de la justice sociale qui attribue à chacun, sous la forme d'une égalité proportionnelle, ce que la considération des circonstances propres à son cas (...) montre au bon sens du législateur ou du juge comme étant dû* »¹⁸⁰⁵. Or, ce qui est dû correspond précisément à ce qu'il est légitime ou raisonnable

¹⁸⁰⁰ Voir par exemple l'article 3 de la directive 2002/65 du Parlement et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, du 23 septembre 2002, *op. cit.*; ou l'article 4 de la directive 97/7 du Parlement et du conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *op. cit.*

¹⁸⁰¹ Pour cette distinction quant à l'application du principe d'égalité soit aux prestations, soit à la loi contractuelle, voir la thèse de D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, collection bibliothèque de droit privé, tome 320, 2000.

¹⁸⁰² Sur cette question v. L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble », *op. cit.*

¹⁸⁰³ Article 6 :111 des *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*

¹⁸⁰⁴ C. WITZ, « Force obligatoire et durée du contrat », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁰⁵ A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse, imprimerie F. BOISSEAU, 1934, p. 103, cité par D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, *op. cit.*, p. 312.

d'attendre. Lorsqu'une sanction vient satisfaire les besoins raisonnables du créancier, elle semble justement due. Or, l'équité est assurément une composante de l'égalité puisqu'elle est un moyen d'y parvenir.

679. Enfin, il est permis de s'interroger au sujet de l'un des premiers principes du droit des contrats européen, le principe de liberté contractuelle. Par définition, ce principe se concilie difficilement avec l'égalité. Force est en effet de constater que l'égalité limite la liberté et que la liberté, quant à elle, n'aspire pas à l'égalité. Pour autant, il n'est pas certain que la reconnaissance de la liberté contractuelle ébranle le rayonnement du principe d'égalité. En effet, au regard du consensus européen existant à ce sujet, le droit communautaire aurait pu difficilement se soustraire au principe de liberté contractuelle. Par ailleurs, le marché européen vise la libre circulation des activités économiques si bien qu'il semble logique que ce principe constitue un principe général du droit civil européen. Pour autant, il est sujet à d'importantes restrictions comme le prévoit l'article 1 : 102 des *Principes du droit européen des contrats*. La liberté n'existe que dans les limites posées par les règles impératives¹⁸⁰⁶ or la protection de la partie faible, manifestation du principe d'égalité, participe de cet ordre public. En ce cas, la liberté existe à condition de respecter le principe d'égalité. De manière générale, le droit communautaire semble avoir érigé le principe de non-discrimination comme restriction à la liberté contractuelle de façon beaucoup plus efficace que dans la plupart des États membres. Pour cette raison, il est considéré par certains auteurs comme un pionnier¹⁸⁰⁷ et le nombre des directives relatives à l'égalité de traitement semble aller en ce sens¹⁸⁰⁸. Les textes normatifs communautaires offrent à ce principe une protection qui s'étend bien au-delà de celle proposée par les *Principes* déclaratifs. La liberté contractuelle ne paraît dès lors pas en mesure de remettre en cause l'esprit égalitaire du droit européen.

680. Cette hypothèse ne vaut pas que pour le droit communautaire des contrats. La Cour EDH a démontré son inclination à l'égard du principe d'égalité en imposant un principe de proportionnalité entre deux parties liées par un contrat dans l'arrêt *Van Kück contre*

¹⁸⁰⁶ Voir par les Commissions pour le droit européen du contrat, *Les Principes du droit européen des contrats*, Partie II, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁰⁷ R. SCHULZE, « Precontractual Duties of Contract in European law », *op. cit.*, p. 845.

¹⁸⁰⁸ Entre autres la directive 2000/43 du Parlement et du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 2000, *op. cit.*; la directive 2004/113 du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, du 13 décembre 2004, JO L 373 du 21/12/2004, p. 37.

*l'Allemagne*¹⁸⁰⁹. Ce faisant, elle a condamné un déséquilibre contractuel. Un contrat d'assurance maladie avait été conclu entre une entreprise privée et un transsexuel. Ce dernier souhaitait la prise en charge d'une partie des frais de son opération de conversion sexuelle mais la compagnie refusa, prétextant que l'opération ne répondait pas à l'exigence de nécessité médicale stipulée dans le contrat. Les tribunaux allemands ont donné raison à la compagnie d'assurances. Seulement, pour la requérante, le fait que les juridictions allemandes n'aient pas tenu compte de sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance constituait une violation de l'article 8 de la Conv EDH. L'affaire fut portée devant la juridiction européenne et la Cour condamne la décision des tribunaux allemands. En procédant ainsi, elle investit la relation contractuelle liant les parties et leur impose de respecter la vie privée, dans leurs rapports conventionnels et dans tout ce qu'elle implique, à savoir, intégrité physique et morale, identité sociale supposant l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, droit au développement personnel et, de manière générale, droit à l'autodétermination. De ce fait, les juridictions allemandes n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts de la compagnie d'assurances et les intérêts de la requérante, en l'occurrence le respect de sa vie privée.

681. La Cour applique, comme le nomme J.-P. Marguénaud, un principe de proportionnalité privatisée¹⁸¹⁰, c'est à dire un principe de limitation des ingérences d'une partie dans les droits de l'autre. Pourtant, dans cette espèce, les parties se trouvaient liées par un contrat qui, par hypothèse, avait été accepté par la requérante. Le lien juridique qui en résulte n'empêche pas la Cour de constater l'absence d'équilibre entre les intérêts en cause. Ainsi juge-t-elle « *disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée* »¹⁸¹¹. Bien entendu, la Cour n'intervient que dans la mesure où l'un des droits garantis par la Convention se trouve atteint. Néanmoins, elle s'oppose à un déséquilibre généré par un contrat. En cela, elle rejoint le droit civil communautaire et sa quête de raisonnable, d'équilibre et d'équité. Les standards du droit européen de la famille et des personnes témoignent également du lien entre le droit civil européen et le principe d'égalité.

¹⁸⁰⁹ CEDH 12 juin 2003 requête n° 35968/97, Van Kück c/ Allemagne, *RTD civ* 2004, p. 631, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁸¹⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, note sous l'arrêt Van Kück c/ Allemagne, *op. cit.*, p. 364.

¹⁸¹¹ CEDH 12 juin 2003 requête n° 35968/97, Van Kück c/ Allemagne, point 82 de l'arrêt, *op. cit.*

2° Le droit de la famille et des personnes

682. Le respect de la vie privée constitue un droit essentiel garanti par le droit civil européen, abordé à la fois par la CJCE¹⁸¹² et par la Cour EDH. Cette dernière ayant eu plus souvent que son homologue communautaire l'occasion de statuer sur cette question, elle a interprété la notion de vie privée dans un sens extrêmement large en se fondant notamment sur le principe d'autodétermination de l'individu, qu'il est possible d'envisager comme un principe sous-jacent du droit civil européen. « *La garantie de la vie privée garantit, bien plus que simplement la liberté de l'individu, sa capacité d'en faire un exercice effectif et éclairé* »¹⁸¹³. Ainsi, le respect de la vie privée d'un individu implique le respect de son autonomie. La Cour EDH aime d'ailleurs à rappeler ces notions dans ses arrêts¹⁸¹⁴. Tout individu dispose ainsi de la possibilité de « *définir librement les règles qui vont orienter ses choix dans l'existence* »¹⁸¹⁵. Or, en arrière-plan, le principe d'autonomie personnelle et l'interprétation qu'en donne la Cour européenne se trouvent juridiquement justifiés par le principe d'égalité.

683. L'autonomie personnelle est accordée à tout individu : chacun est libre de faire ses propres choix concernant son existence. Cependant, pour être effectif, ce droit doit être appliqué sans aucune discrimination et, en ce sens, il doit bénéficier à tous, quel que soit le mode de vie choisi. L'accorder dans certains cas et le refuser dans d'autres reviendrait à pratiquer une discrimination en raison des conséquences des choix effectués librement au nom de l'autonomie personnelle. À titre d'exemple, chacun dispose du droit de choisir sa sexualité et de vivre selon son orientation sexuelle. La Cour entend rendre effectif ce droit en le reconnaissant aux personnes hétérosexuelles comme homosexuelles, ou encore aux individus pratiquant le sadomasochisme. Au nom de la protection de l'intégrité physique, elle aurait pu

¹⁸¹² Voir notamment CJCE 20 mai 2003 affaires C- 465/00, C- 138 et 139/01, Österreichischer Rundfunk, *Rec.* p. 4989 ; *RTDH* 2004, p. 724, n° 2, note C. MAUBERNARD. La protection de la vie privée découle dans cet arrêt de l'application du principe de l'égalité de traitement à l'égard de la libre circulation des données personnelles. De ce fait, l'arrêt se conforme tout à fait à l'hypothèse selon laquelle l'égalité se présente comme le moteur du droit civil. Néanmoins, l'arrêt de la CJCE moins loin en matière de protection que les arrêts de la CEDH, au regard notamment d'affaires traitées récemment.

¹⁸¹³ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 858.

¹⁸¹⁴ Voir parmi d'autres CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, point 61 de l'arrêt, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1453 et 1455, n° 1 et 13, obs. SUDRE F. ; *RJPF* juillet-août 2002, p. 11, note E. GARAUD ; *JCP* 2003, *éd. G.*, 2003, p. 677, note C. GIRAULT ; *RTD civ* 2002, p. 858, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Def.* 2002, p. 1131, note P. MALAURIE ; voir arrêt CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99 *K. A. et A. D. c/ Belgique*, point 83 de l'arrêt, *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 159, p. 1453, n° 12, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 2005, p. 341, n° 4, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *LPA*, 1^{er} août 2006, p. 6, note P. MALAURIE.

¹⁸¹⁵ O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 859.

limiter cette autonomie personnelle dans des cas de sévices particulièrement violents, comme ceux révélés dans l'affaire *K. A et A. D. contre la Belgique*¹⁸¹⁶. Elle ne l'a pas fait et a, en cela, garanti une autonomie personnelle identique à tout individu. En limitant l'étendue de l'autonomie personnelle dans cette affaire, la Cour aurait limité l'autonomie personnelle des seules personnes sadomasochistes. Elle a estimé, sans conteste en vertu du principe d'égalité, que celles-ci étaient en droit de bénéficier de leur autonomie personnelle, à l'instar des autres individus. C'est ainsi grâce au principe d'égalité et de non-discrimination que la Cour rend effective la notion d'autonomie personnelle. Ce droit, sans la garantie d'être attribué à tous et donc sans appel au principe d'égalité, n'aurait qu'un contenu superficiel.

684. Le même raisonnement peut être repris pour l'arrêt *Sidabras contre la Lituanie* du 27 juillet 2004¹⁸¹⁷. Dans cette affaire, la Cour estime que les demandeurs ont subi une différence de traitement en matière d'emploi par rapport aux autres ressortissants lituaniens qui, eux, n'ont pas travaillé pour le KGB, comme c'était le cas des requérants. Le principe d'égalité va permettre de constater que le droit au respect de la vie privée, qui s'étend par ailleurs, dans cet arrêt, au domaine professionnel, n'est pas garanti de la même façon pour les ex-employés du KGB et pour le reste de la population lituanienne. Il ne s'agit pas d'accorder un droit ou une liberté supplémentaire, mais simplement de répartir de façon égale des droits déjà garantis. Pour cette raison, la situation de quelques individus se trouve comparée à celle de la majorité de la population. En réalité, les personnes ayant travaillé pour le KGB demandaient simplement le même traitement que tout autre lituanien. Ainsi, il ne s'agit pas d'une personne réclamant isolément un droit, il s'agit d'un groupe de personnes souhaitant bénéficier d'un traitement qui s'aligne sur celui du reste de la population. Tout comme en matière sexuelle où les personnes pratiquant le sadomasochisme doivent être traitées comme n'importe quelle autre personne susceptible d'avoir une vie sexuelle, les anciens employés du KGB doivent être traités comme les autres personnes de Lituanie.

685. Il faut alors constater que la matière civile utilise le principe d'égalité en l'étendant considérablement puisqu'il paraît s'appliquer alors même que la situation de base n'est pas identique. Est-ce à dire que le droit civil pervertirait le principe originel d'égalité ? En effet, une différence de traitement se constate quand, à situation identique, s'applique un traitement

¹⁸¹⁶ CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *op. cit.*

¹⁸¹⁷ CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 103, p. 81, n° 13, obs. F. SUDRE; *AJDA* 2005, p. 543, obs. J.-F. FLAUSS.

différent. Pourtant, la volonté d'égalité paraît tellement primordiale en droit civil que les institutions vont jusqu'à l'étendre à des cas où, par définition, ce principe n'aurait pas lieu de s'appliquer. En réalité, la situation de départ est tout à fait comparable : tant pour l'arrêt *K. A contre la Belgique* que pour l'arrêt *Sidabras et Dziautas contre la Lituanie*. À l'origine, toute personne doit bénéficier de la liberté sexuelle comme toute personne bénéficie du droit au respect de sa vie privée. Peu importe qu'il s'agisse d'individus sadomasochistes ou de personnes ayant travaillé au KGB. Ainsi, le point de départ est une égalité qui se veut effective et réelle. Dès lors, dans la garantie des droits, les situations sont pleinement identiques¹⁸¹⁸. Le principe d'égalité se trouve à la fois respecté et utilisé dans toute sa mesure.

686. De la même manière que le droit du Conseil de l'Europe, le droit communautaire utilise largement le principe d'égalité, sans toutefois atteindre la mise en place d'une règle générale aussi aboutie que le droit à l'autodétermination. Ainsi, un arrêt de la CJCE du 22 novembre 2005¹⁸¹⁹ a consacré la non-discrimination en fonction de l'âge comme principe général du droit communautaire, tout en le couplant à une interprétation assez stricte du principe de proportionnalité¹⁸²⁰. Or, l'article 13 TCE mentionne certes l'âge comme critère de distinction, mais il cite également le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap et enfin l'orientation sexuelle. Il semble alors probable que les interdictions de discrimination fondées sur ces caractéristiques sont en passe de devenir à leur tour des principes de droit communautaire.

687. Une autre manifestation du principe d'égalité se découvre dans l'arrêt *Bidar*¹⁸²¹ rendu par la CJCE qui se présente dès lors comme une alliée précieuse de cette valeur fondamentale. Le requérant s'estimait en l'espèce victime d'une violation du principe de non-discrimination à raison de la nationalité, énoncé à l'article 12 TCE. Ressortissant français étudiant au Royaume-Uni, il n'avait pas obtenu d'aide financière destinée à couvrir ses frais d'entretien, sous la forme d'un prêt pour étudiant. Les autorités fondaient leur refus sur le fait que le requérant n'était pas établi au Royaume-Uni. La question était de savoir si les aides

¹⁸¹⁸ *Contra* voir J.-F. FLAUSS qui estime que la Cour verse dans un existentialisme juridique érigeant sa propre subjectivité en critère de comparabilité des situations sujettes à une différence de traitement » (J.-F. FLAUSS, obs. sous CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, *op. cit.*).

¹⁸¹⁹ CJCE, 22 novembre 2005, affaire C- 144/04, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, *Europe* 2006, n° 1, comm. 18, note L. IDOT ; *JIT*, 10 mars 2006, n° 941, p. 109, note D. MARTIN ; *RTDH* 2006, p. 629, obs. H. SURREL.

¹⁸²⁰ Cf. à ce sujet D. MARTIN, note sous CJCE, 22 novembre 2005, affaire C- 144/04, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, *JIT*, 10 mars 2006, n° 941, p. 115.

¹⁸²¹ CJCE, 15 mars 2005, affaire C- 209/03, *Bidar*, *op. cit.*

accordées aux étudiants pour couvrir leurs frais d'entretien entraînent dans le domaine d'application du traité au sens de l'article 12 TCE. Le juge communautaire va raisonner en trois temps. Tout d'abord, il assimile les étudiants à des citoyens de l'Union. Ensuite, il rappelle qu'un ressortissant d'un État membre qui se rend dans un autre État membre, où il suit des études supérieures, fait usage de la liberté de circuler garantie par l'article 18 CE¹⁸²². Enfin, le Traité sur l'Union européenne contient un chapitre 3 consacré notamment à l'éducation et à la formation professionnelle. Dès lors, la Cour conclut que la situation d'un citoyen de l'Union qui séjourne légalement dans un autre État membre entre dans le champ d'application du traité au sens de l'article 12, premier alinéa, TCE en vue de l'obtention d'une aide accordée aux étudiants. En outre, en matière de circulation et de séjour, l'article 24 § 1 de la directive 2004/38 énonce que tout citoyen de l'Union séjournant sur le territoire d'un autre État membre en vertu de cette directive bénéficie de l'égalité de traitement « *dans le domaine d'application du traité* ». Or, comme l'explique la Cour, le législateur communautaire a précisé, dans le paragraphe 2 de l'article 24, le contenu du « *domaine d'application du Traité* ». Se trouve ainsi précisé qu'un État membre peut, s'agissant de certaines personnes, limiter l'octroi des aides d'entretien, sous la forme de bourses ou de prêts. Par conséquent, cette précision implique que l'octroi de telles aides relève du domaine d'application du traité. Cette affaire donne l'occasion à la Cour d'amplifier encore le rayonnement du principe de non-discrimination, et de mettre en lumière les nouveaux instruments allant dans ce sens, en particulier l'article 24 de la directive de 2004. Cette règle d'application du principe de non-discrimination aux aides accordées aux étudiants dispose d'un caractère moins général que le droit à l'autodétermination ou la notion d'espérance légitime. Pour autant, elle s'inscrit dans un mouvement d'expansion du principe d'égalité qui à terme, se caractérisera à son tour par des règles plus générales et transversales, comme l'atteste la règle qui va suivre.

688. En effet, il convient de mentionner un autre principe rémanent en droit civil européen des personnes et de la famille. Il s'agit de l'intérêt supérieur ou primordial¹⁸²³ de l'enfant¹⁸²⁴ dont la Cour de Strasbourg a d'ailleurs précisé le sens, qu'elle envisage sous un double aspect. Il s'agit d'un côté de garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain et

¹⁸²² Fait référence en cela à l'arrêt CJCE 11 juillet 2002 affaire C- 224/98, Marie-Nathalie D'Hoop c/ Office national de l'emploi, *Rec.* p. 6191.

¹⁸²³ Expression utilisée dans les arrêts CEDH 24 octobre 1996 requête n° 22500/93, Guillot c/ France, point 25 de l'arrêt, *JCP* 1997, *éd. G.*, I, 4000, p. 75, n° 32, obs. F. SUDRE et CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98, Gnahoré c/ France, point 56 de l'arrêt, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 291, p. 192, n° 33, ob. F. SUDRE.

¹⁸²⁴ Cf. pour quelques commentaires sur la question S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, *op. cit.*, p. 124 et les nombreuses références citées P. HILT, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ famille* 2004, n° 11, p. 384.

ainsi de défendre à un parent de prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants. D'un autre côté, ce principe suppose le maintien des liens entre l'enfant et sa famille sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne. « *Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille* »¹⁸²⁵.

689. La charte DFUE, en son article 24, énonce également le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et y intègre, de même que le Conseil de l'Europe, les deux aspects santé – bien être et famille. Cette notion est intéressante en ce qu'elle démontre une nouvelle influence du principe d'égalité. Pourquoi vouloir protéger l'enfant si ce n'est pour rétablir une inégalité, certes justifiée, mais qui se présente comme une discrimination en fonction de l'âge de l'individu¹⁸²⁶ ? L'intérêt supérieur de l'enfant doit d'autant mieux être pris en compte et défendu qu'il ne peut le faire lui-même : il ne bénéficie pas des mêmes droits que les personnes capables. Dans une situation de faiblesse en raison de son statut juridique – qui découle elle-même d'une inégalité de fait influant très probablement sur son traitement juridique - le rappel de la nécessaire prise en compte de son intérêt apparaît comme un gage de rééquilibre entre le droit des personnes capables et celui des incapables. Le droit civil européen a par ailleurs consacré un principe d'égalité entre les enfants, bien connu à présent, notamment en matière successorale et qui, cette fois de manière explicite, renvoie également au principe d'égalité.

690. Enfin, il a été observé que le droit européen ne protège la famille que si les liens familiaux se révèlent effectifs. Ainsi, l'effectivité familiale¹⁸²⁷ s'avère indispensable à la mise en œuvre de la protection du droit du Conseil ou du droit communautaire. Cette condition est la conséquence du principe d'égalité. Seule une famille légitimement envisagée comme telle peut bénéficier de mesures favorables. Seul un mariage légalement valable¹⁸²⁸, c'est-à-dire

¹⁸²⁵ CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98, Gnahoré c/ France, point 59 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁸²⁶ *Contra* D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, *op. cit.*, p. 86. L'auteur fait remarquer que la discrimination subie par l'enfant n'existe qu'à l'égard des autres incapables dans la mesure où il n'y a pas d'uniformité en la matière.

¹⁸²⁷ Sur ce critère voir le dossier « Famille et droits de l'homme » *AJ famille* 2004, sp. A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 380.

¹⁸²⁸ Voir à titre d'exemple l'arrêt CJCE 23 septembre 2003 affaire C- 109/01, Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich, *Rec.* p. 9607; *RTDH* 2004, p. 726, note C. MAUBERNARD; *Europe* 2003, comm. 353, note L. IDOT.

basé sur une intention matrimoniale véritable, appellera l'application du droit communautaire. Pour autant, l'effectivité ne résulte pas du seul lien matrimonial puisque la Cour, en matière de réparation, traite de façon identique l'épouse et la concubine¹⁸²⁹. La recherche de l'effectivité s'explique par le principe d'égalité : il ne serait pas légitime de traiter à l'identique une famille aux liens familiaux effectifs et une famille aux liens familiaux seulement abstraits. En revanche, une fois l'effectivité de la relation établie, tous les membres doivent être traités également. La place du principe d'égalité rappelle l'importance des droits fondamentaux dans le processus civil européen et apporte de nombreux éclaircissements sur l'objet de cette matière. Cependant, s'interroger sur la nature du droit civil européen implique également d'en révéler les caractères. Il apparaît que les droits fondamentaux ne peuvent à ce point servir le droit civil sans en marquer également et fortement les caractères.

Section : II Les caractères du droit civil européen

691. D'une branche du droit à une autre, les caractères varient considérablement, aussi convient-il de savoir si le droit civil européen est un droit permissif, discrétionnaire, mou, dérogatoire ou encore négocié. Découvrir les caractères de ce droit permet d'avoir des clés pour l'interprétation de futures normes et, de ce point de vue, paraît primordial. La démonstration de son existence a certes pu nous en révéler certains traits. On sait ainsi qu'il est un droit jeune, qui se présente sous une forme bipolaire et en réseau. En ce qui concerne le fond de la matière, son absence d'autonomie par rapport aux autres droits et son origine prétorienne ont été décelées. Par ailleurs, l'origine « droit de l'hommiste » du droit civil européen a été mise en lumière. Or, il apparaît que la nature singulière des droits fondamentaux rejaillit sur les caractères du droit civil européen. De nombreuses similitudes en découlent. Toutefois, il n'est pas certain que le caractère abstrait et théorique des droits fondamentaux concorde avec le droit civil européen dans la mesure où il constitue un droit applicable entre particuliers, donc nécessairement plus concret. Les traits qui dominent ce droit devront être examinés au regard du contenu évoqué précédemment mais distinctement suivant qu'il s'agit de la substance (§ I) ou de la portée du droit civil européen (§ II).

§ I - Les caractères tenant à la substance du droit civil européen

692. Nul ne saurait nier la haute valeur symbolique des droits fondamentaux et leur nature transcendante n'échappe à personne¹⁸³⁰. De même, le caractère ambivalent des droits

¹⁸²⁹ CEDH 2 août 2005 requête n° 65899/01 Tanis et autres c/ Turquie, *op. cit.*

fondamentaux est couramment évoqué. Il en découle que ces droits sont à la fois des recommandations morales¹⁸³¹ et des prescriptions juridiques¹⁸³². En ce sens, M. Delmas-Marty perçoit en eux une fonction de médiation entre l'éthique et le droit¹⁸³³. Par ailleurs, assez rapidement, la doctrine a remarqué que les droits de l'homme étaient difficilement conciliables entre eux et que leur rencontre se révélait souvent conflictuelle¹⁸³⁴. La substance du droit civil européen combine ces deux caractéristiques, l'une fondée sur son ambivalence (A), l'autre sur son aspect conflictuel (B).

A / Un droit civil européen ambivalent

693. Une matière ambivalente présente un double aspect et dispose de deux significations différentes, éventuellement opposées sans toutefois qu'elles s'excluent l'une l'autre. L'ambivalence des droits de l'homme s'explique par le fait qu'héritiers de la doctrine naturaliste, ils n'en relèvent pas moins du courant positiviste. Ainsi, les droits fondamentaux renvoient d'un côté à une prétention morale¹⁸³⁵, de l'autre à un système de droit positif, d'où les droits tirent leur force. Or, cette forme d'autorité ne résulte pas d'une simple prétention morale¹⁸³⁶. D'un point de vue doctrinal, cette hypothèse est celle de l'opposition jusnaturaliste et positiviste¹⁸³⁷. D'une part, les droits de l'homme renvoient aux droits en ce qu'ils ont de plus naturels ; ils plongent en cela leurs racines dans une école de pensée juridique majeure de

¹⁸³¹ Sur le rapport entre le droit et la morale, voir en particulier J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 83.

¹⁸³² Cf. M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », op. cit., p. 12 ; J. ROBERT affirme ainsi que la détermination d'un critère précis est malaisée car les libertés fondamentales semblent disposer de deux sens différents. Dans un sens étroit, ces libertés seraient les libertés inscrites dans le texte des Déclarations de droits, le but de ces textes étant d'énoncer des droits essentiels. Dans un sens large, serait au contraire considérée comme liberté fondamentale tout droit reconnu par la loi (J. ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Domat droit public, 6^{ème} éd., 1996, p. 20) ; voir également E. DREYER qui évoque ainsi le rapprochement du droit naturel et du droit positif. Il relève toutefois l'apparition d'une scission entre les droits fondamentaux et le droit naturel, ces derniers se banalisant (E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », op. cit.) ; S. BAUZON, « Droits de l'homme : dogmatisme ou réalisme juridique ? », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, L'harmattan, 2003, p. 193.

¹⁸³³ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, coll. voies du droit, 1986, p. 295.

¹⁸³⁴ P. WACHSMANN évoque les « inévitables contradictions que génère la juxtaposition des deux générations de droits de l'homme » (P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, connaissance du droit, 4^{ème} éd., 2002, p. 43).

¹⁸³⁵ Pour M. VILLEY, ils ne résultent que d'une confusion entre la morale subjective et le droit « *Mais fausses promesses, intenables, irréelles, idéologiques* » (M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1983, p. 97).

¹⁸³⁶ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, note 3, op. cit.

¹⁸³⁷ *Ibidem*. D. GUTMANN relève cette dialectique en affirmant tout d'abord que « *les droits de l'homme appellent une réflexion à la fois philosophique et juridique* », puis après avoir relevé l'origine jusnaturaliste des droits de l'homme « *il convient donc, pour créer les droits de l'homme de l'avenir, de raisonner en positivistes* », « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRE*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 329 et 341.

l'histoire moderne, l'école du droit naturel¹⁸³⁸. D'autre part, ils s'adressent aux droits en raison de leur aspect légal. Cette ambivalence, telle qu'exprimée par G. Peces-Barba Martinez¹⁸³⁹, s'explique par le fait que les droits de l'homme, tout en ayant une racine morale, ne pourraient être tels qu'ils sont sans leur appartenance à l'ordre juridique qui les rend efficaces dans la vie sociale¹⁸⁴⁰. Ce « *duo moralité légalité* »¹⁸⁴¹ se répercute sur le droit civil européen si bien qu'une certaine ambivalence se perçoit dans cette matière. Un aspect moral du droit coexiste avec un autre aspect, quant à lui positif.

694. Imprégné de l'idéologie originelle des droits fondamentaux, le droit civil européen relève parfois davantage de l'éthique du droit¹⁸⁴² que du droit lui-même. Tout en se rapprochant du concept de modèle, le droit civil européen ne s'en trouve pas moins positif, à savoir rendu valide et efficace légalement, même si les normes civiles ne disposent pas toutes de la force contraignante. De fait, il s'agit là d'un aspect dominant du droit civil européen, qui se révèle capable de réunir ce qui *a priori* ne peut l'être en conférant à la nature une force normative¹⁸⁴³. Contre toute attente, la distinction entre les prescriptions éthiques et les prescriptions légales ne correspond pas à la division droit civil du Conseil de l'Europe / droit civil communautaire. C'est pourquoi une telle classification s'avère inutilisable en l'espèce. En revanche, la démonstration de l'ambivalence du droit civil européen passera plus logiquement par une réflexion sur son aspect idéaliste (1°) à laquelle succédera la mise en exergue de son caractère positif (2°).

1° Un droit empreint d'idéal

695. L'une des facettes du droit civil européen réside dans son caractère naturaliste. Certains des droits qu'il énonce découlent de la nature humaine et doivent par définition être garantis à tout être humain. Un tel objet leur confère une dimension abstraite et idéale. Le droit à la vie ou l'autodétermination révèlent cet aspect éthique¹⁸⁴⁴ et renvoient à une notion omnisciente d'idéal. Toutefois, il n'est pas étonnant que le droit civil européen évoque une

¹⁸³⁸ Cf. A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Léviathan, Presses universitaires de France, 1991, p. 5.

¹⁸³⁹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁸⁴⁰ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸⁴¹ *Ibidem*.

¹⁸⁴² Expression empruntée à E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 749.

¹⁸⁴³ Cf. D. GUTMANN qui parle de « la force normative de la nature » dans « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁸⁴⁴ Cf. sur l'utilisation de ce terme F. BELLIVIER, « Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne : sous la technique, l'éthique », *RTDH* 2006, p. 667.

idée de morale, de droits naturels préexistants et, finalement, de justice. En effet, dès lors qu'il a pour invariant, c'est-à-dire pour base, le principe d'égalité, il en découle logiquement une forte empreinte idéologique. Il s'agit de la racine morale du droit civil européen, puisée au cœur des droits de l'homme. Les normes civiles européennes prennent parfois l'allure d'un droit naturel en ce qu'elles se préoccupent du sort des hommes des ordres nationaux. Cet objectif est d'ailleurs initialement celui des droits de l'homme lorsqu'il a été constaté que la paix entre les États était sans nul doute liée au sort des hommes de ces États¹⁸⁴⁵. Ultérieurement, le droit civil européen a émergé et pris le relais du système des droits fondamentaux pour ce qui touche au sort des individus entre eux. Ainsi, il s'est construit sur une base d'énoncés abstraits, ce qui explique que quelques résurgences surviennent parfois.

696. L'idéalisme originel du droit civil européen confère à ses prescriptions un aspect éminent. Le droit à l'épanouissement personnel en constitue un exemple significatif¹⁸⁴⁶. Ce droit, qui relève du domaine de l'article 8 de la Conv EDH, renvoie à une idée de justice, de légitimité, mais ne constitue pas à proprement parler un droit opératoire. Cette disposition, au travers de laquelle se perçoit l'idée de créance résultant des droits fondamentaux, relève davantage de l'abstraction que du droit concret. Ces mesures à la frontière du non juridique développent la perspective idéaliste du droit civil européen et le font même parfois basculer dans le moralisme. Tel semble être le cas du jugement prononcé dans l'arrêt *Leyla Sahin contre la Turquie*¹⁸⁴⁷. Sous couvert du principe d'égalité, la Cour porte un jugement qui semble déplacé sur l'accomplissement d'un devoir religieux. Si la solution de l'arrêt paraît opportune, l'argumentation surprend tant son approche s'avère manichéenne. La Cour condamne en effet le port du foulard islamique au regard des principes d'égalité entre les sexes et de protection des droits des femmes. Elle généralise la signification d'un acte individuel et une telle abstraction, bien qu'empreinte d'idéal, se concilie difficilement avec d'autres normes, plus concrètes, telles la protection de l'identité individuelle. Rendre des arrêts à haute portée symbolique, frôlant le paternalisme¹⁸⁴⁸, dessert la conciliation des droits

¹⁸⁴⁵ Cf. P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, op. cit., p. 12.

¹⁸⁴⁶ Cf. CEDH 6 février 2001 requête n° 44599/98, *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, point 47 de l'arrêt, *JCP* 2001, éd. G., I, 342, p. 1560 et 1562, n° 6 et 17, obs. F. SUDRE.

¹⁸⁴⁷ CEDH Gr. Ch. 10 novembre 2005, requête n° 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie*, *Dr. fam.* 2006, n° 4, Etude 19, note S. PLANA. Voir également l'arrêt CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 *Rehfa Partisi c/ Turquie* dans lequel la Cour affirme qu'il existe une « incompatibilité de la *Charia* avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention ». Toutefois, cet arrêt ne touche pas la matière civile.

¹⁸⁴⁸ Voir Opinion dissidente du juge TULKENS, à la suite de l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* (CEDH 10 novembre 2005 requête 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie*, *RTDH* 2006, p. 183, note L. BURGORGUE-

civils entre eux et de ce fait la cohérence de la matière. Il ne faudrait pas que le droit civil, cantonné aux relations des particuliers entre eux, en vienne à juger des débats de société¹⁸⁴⁹.

697. De manière analogue, le respect de l'intégrité physique et morale, la protection de la liberté individuelle, l'égalité homme / femme, l'égalité des enfants, l'égalité des familles, la solidarité familiale¹⁸⁵⁰ constituent des normes largement abstraites, davantage valeurs que droits. Ces mesures se révèlent pour certaines d'entre elles très éloignées des considérations juridiques : sans aucun doute idéalistes, elles n'en représentent pas moins une créance irréalisable¹⁸⁵¹.

698. Ce versant humaniste n'appartient pas qu'aux seules normes du Conseil de l'Europe. Le droit communautaire s'attache de façon idéaliste à la protection du plus faible. C. Nourissat remarque ainsi qu'« *on sait l'attention portée de longue date par les institutions communautaires au sort des parties faibles, qu'elles le soient juridiquement ou économiquement* »¹⁸⁵². Certaines dispositions visent en effet à protéger le consommateur à l'égard du professionnel, le franchisé¹⁸⁵³, les femmes, l'enfant, les incapables. La solidarité familiale, valeur essentielle et préexistant à tout système juridique, national ou européen, se trouve affirmée par l'Union européenne. Au regard du droit communautaire, peuvent bénéficier du regroupement familial d'autres membres de la famille que ceux, proches du migrant, personnellement énumérés par l'article 2 de la directive 2004/38. Cette mesure provient directement de cette valeur morale de solidarité familiale. En effet, la condition posée alors par la directive réside dans le fait que dans le pays de provenance, cette personne se trouve à la charge du migrant¹⁸⁵⁴. Ainsi, c'est afin de préserver cette solidarité qu'une telle mesure a été élaborée.

LARSEN et E. DEBOUT ; *Dr. fam.* 2006, n° 4, Etude 19, note S. PLANA). Également repris par S. PLANA, note sous l'arrêt.

¹⁸⁴⁹ Qui, selon P. JESTAZ, affluent déjà en matière de droits de l'homme (P. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.* p. 67).

¹⁸⁵⁰ Sur ce thème, voir H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Def.* 2005, n° 19, p. 1471.

¹⁸⁵¹ Expression empruntée à G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, note 42 où l'auteur décrit la pensée de M. VILLEY en matière de droits de l'homme.

¹⁸⁵² C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *op. cit.*, p. 1266.

¹⁸⁵³ Voir en ce sens, *Ibid.*, p. 1262. L'auteur fait référence ici au statut dérogatoire du contrat de franchise pour lequel la proposition de règlement Rome I soumet le contrat à la loi de résidence du franchisé et non à la loi dit du pays d'origine.

¹⁸⁵⁴ Cf. article 3. 2. a) de la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

699. Le droit civil européen semble parfois guidé par des considérations humanitaires¹⁸⁵⁵ et idéalistes. Ses dispositions tendent à protéger les personnes vulnérables. Aucune conséquence fâcheuse n'en découle dès lors que l'éthique ne prend pas le pas sur la rigueur. Puisque ces droits dits naturels sont indépendants du temps et du lieu, il est une partie du droit civil qui n'évolue pas et qui demeure intangible, quels que soient l'époque et l'endroit. Telle est l'hypothèse de l'arrêt *Soering contre le Royaume-Uni*¹⁸⁵⁶, visant l'interdiction de la torture et des actes inhumains ou dégradants. La Cour avait déjà précisé que l'article 3 de la Conv EDH édicte une prohibition absolue, qu'il ne prévoit pas de restrictions ni ne tolère aucune dérogation¹⁸⁵⁷. De fait, le recours à des peines contraires à l'article 3 n'est jamais admissible, peu importent les justifications¹⁸⁵⁸, parce qu'elles portent atteinte à la dignité et à l'intégrité physique des personnes, droit naturel par définition. Le fait que cette peine soit en vigueur dans un État non membre du Conseil de l'Europe, en d'autres termes soumis à un cadre moral différent du cadre européen en fonction de l'histoire, de la politique et de l'économie nationales¹⁸⁵⁹ ne modifie pas l'appréciation de la Cour EDH. Dès lors qu'elle juge ce droit au respect de l'intégrité physique et morale intangible, ce droit doit pouvoir être garanti sans considération du lieu de sa réalisation. Partant, un État contractant peut mettre en cause sa responsabilité au titre de l'article 3 pour les mauvais traitements qu'une personne extradée serait amenée à subir dans le pays de destination, en l'occurrence les États-Unis¹⁸⁶⁰. À cet aspect moral du droit civil européen s'ajoute cependant un versant positif, légal. Idéalisme et positivisme se rencontrent donc.

2° Un droit positif

700. Si le droit civil ne se composait que de normes correspondant à des prétentions morales, il n'aurait aucune portée juridique. Or, le droit civil n'est pas uniquement moral ou symbolique. Certes, il est empreint pour une large part de cet idéal provenant des droits

¹⁸⁵⁵ Voir en ce sens J.-F. FLAUSS, obs. sous CEDH 2 juin 2005 requête n° 77785/01, *Znamenskaya c/ Russie*, *AJDA* 2006, p. 470. L'auteur relève également que la Cour se porte au secours, dans l'arrêt *Sidabras et Dziautas contre la Lituanie*, d'anciens membres du KGB. Ainsi, « elle fait preuve, à l'égard d'anciens persécuteurs des droits de l'homme, d'un libéralisme qui confine à la mansuétude » ou encore « d'humanité » (J.-F. FLAUSS, note sous CEDH 17 juin 2004 requête n° 55480/00 et 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, *op. cit.*).

¹⁸⁵⁶ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88, *Soering c/ Royaume-Uni*, *JCP* 1990, 3452, note H. LABAYLE ; *RTDH* 1990, p. 5 note W. J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH.

¹⁸⁵⁷ CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71, *Irlande c/ Royaume-Uni*, point 163 de l'arrêt ; CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 *Tyrer c/ Royaume-Uni*, point 30 de l'arrêt, *CDE* 1979, p. 471, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1980, p. 457, obs. P. ROLLAND.

¹⁸⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁵⁹ Cf. la relativité des idéologies abordée par R. S. PATHAK, *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Institut international des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶⁰ CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88, *Soering c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

fondamentaux. Pour autant, il se présente comme un droit et en dispose des caractères. Même s'adressant à ce qui est essentiel dans l'homme et dans ses rapports avec autrui, le droit civil européen constitue un ensemble juridique et dépend d'un mode d'élaboration institutionnalisé. Seules les institutions européennes compétentes à ce titre attribuent aux normes civiles leur qualité juridique. Sans cette intervention, il n'aurait aucune autorité et resterait à l'état de seule prescription morale, ce qu'il n'est pas.

701. L'ambivalence se révèle alors. Imprégné de la théorie des droits naturels, le droit civil européen est juridiquement traduit en droit positif. À l'instar des droits fondamentaux, l'aspect moral se trouve incorporé au droit positif¹⁸⁶¹ en matière civile. Ainsi, les normes civiles, résultant pourtant de la nature même de l'homme, se trouvent réglementées par un processus précis en dehors de toute appréciation éthique ou morale. Il semble ainsi difficile de reconnaître à certaines normes civiles un quelconque degré d'abstraction. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la directive relative au traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques¹⁸⁶². Qu'il s'agisse de la facturation détaillée ou de la présentation et restriction de l'identification de la ligne appelante et de la ligne connectée¹⁸⁶³, ces mesures semblent éloignées du droit naturel. De manière analogue, un arrêt de la Cour EDH relatif à un procédé de sonorisation d'un appartement permettant de faire progresser une enquête judiciaire ne semble aucunement imprégné d'idéalisme¹⁸⁶⁴. Pourtant, ces dernières normes entrent sous le coup du droit au respect de la vie privée et familiale.

702. Le droit civil européen mêle ces deux traits de caractère, si bien que les droits prétendument intangibles se trouvent dépendants d'une reconnaissance juridique, d'un pouvoir exécutif ou d'une interprétation juridictionnelle. Ils apparaissent comme une « *simple nomenclature contingente toujours révisable* »¹⁸⁶⁵ puisque le processus d'intégration au droit positif varie avec les pays et avec les époques. Le droit positif subit des évolutions, d'ailleurs la Cour européenne n'a eu de cesse de répéter. Elle précise, dans l'arrêt *Tyrer contre le*

¹⁸⁶¹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 93.

¹⁸⁶² Directive 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, du 12 juillet 2002, op. cit.

¹⁸⁶³ *Ibid.* articles 7 et 8 de la directive.

¹⁸⁶⁴ Voir CEDH 31 mai 2005 requête n° 59842/00, *Vetter c/ France*.

¹⁸⁶⁵ Cf. J. ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 20.

Royaume-Uni¹⁸⁶⁶, que « *la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »¹⁸⁶⁷. Or, cette affaire est justement en rapport avec un droit intangible, le respect de la dignité et de l'intégrité physique et morale. En conséquence, au même titre que tout droit positif, le droit civil européen présente un caractère mouvant et n'est pas réfractaire aux modifications et interprétations évolutives, en dépit de ce que son aspect idéaliste pourrait laisser supposer. Cet aspect du droit civil européen n'entre-t-il pas en contradiction avec son versant naturaliste ? Ce dernier en effet sous-entend l'immutabilité des droits naturels c'est-à-dire leur reconnaissance permanente et inflexible. Toutefois, il n'est pas de séparation entre les deux aspects ou si elle existe, elle en vient à s'estomper. Le droit civil européen en appelle précisément à la rencontre de ces deux caractères. Un droit positif peut toujours être rattaché, même indirectement, à une valeur idéale. Ainsi, au côté éthique, moral, vient s'ajouter un côté évolutif, changeant et moderne. S'il n'était que moral, le droit civil européen serait dépourvu de tout lien avec la réalité sociale alors qu'il la prend largement en considération. Il s'étend à des questions de droit nouvelles telles le changement de sexe des transsexuels, la reconnaissance juridique d'unions différentes du mariage, l'adoption par un parent homosexuel ou encore la nécessité d'harmoniser la législation en matière de divorce et de successions.

703. Aussi, précédemment éthique et empreint d'une certaine universalité, le droit civil européen apparaît relatif car tributaire de l'environnement dans lequel il se développe, en l'occurrence l'Europe. Cette double approche positiviste / naturaliste constitue assurément l'une des clés pour la compréhension du droit civil européen : pour une part préexistant à l'espace juridique européen, il ne puise sa force que dans ce dernier. Parvenant à faire se côtoyer des normes éthiques et des règles incarnées par des actes de la législation ou de la jurisprudence¹⁸⁶⁸, il n'est guère surprenant que le droit civil soit la scène de conflits entre les droits qu'il garantit. Il s'agit là d'un autre trait dominant de cette matière.

B / Un droit civil européen conflictuel

704. Le droit civil européen reconnaît des droits qui parfois se contredisent et ne peuvent donc être appliqués en même temps. Cette singularité s'explique tout d'abord par l'origine de la matière, à savoir les droits fondamentaux. On a constaté que l'incidence des droits de l'homme sur le droit civil européen lui confère un aspect éthique et moral. Dès lors, ce droit

¹⁸⁶⁶ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

¹⁸⁶⁷ Parmi de nombreux autres *Ibid.*, point 31 de l'arrêt.

¹⁸⁶⁸ Cf. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, 1996, p. 154.

repose sur des valeurs générales, par définition vastes, qu'il est difficile de parvenir à concilier entre elles, qu'il s'agisse de la branche du Conseil de l'Europe ou de la branche communautaire. La matière civile européenne comporte un versant objectif : les droits qu'il garantit sont attachés à la seule qualité de personne humaine¹⁸⁶⁹. Toutefois, en raison de son objet, le droit civil est source de multiples droits subjectifs, attachés à un statut particulier : vendeur, consommateur, parent.

705. Traitant des rapports entre particuliers, il semble logique qu'il ait à régir de nombreux conflits de droits ainsi que des problèmes de compatibilité. En effet, les droits de certains individus empiètent nécessairement sur ceux accordés à d'autres. La difficulté caractéristique du droit civil consiste à résoudre des conflits mettant en jeu des droits équivalents : les droits individuels ne peuvent être classés hiérarchiquement, sauf lorsqu'ils ne bénéficient pas d'une protection identique et que certains se révèlent intangibles¹⁸⁷⁰. Cependant, lorsque deux droits de même degré s'affrontent, il apparaît bien délicat d'en favoriser un par rapport à l'autre. Par souci de clarté, les conflits se posant au sein du droit du Conseil de l'Europe seront étudiés dans un premier temps (1°). Les conflits posés en droit civil communautaire pourront être abordés dans un second temps (2°).

1° Les conflits de droits en droit civil du Conseil de l'Europe

706. Les intérêts individuels des uns ne peuvent correspondre précisément à ceux des autres. Cela ne signifie pas que le droit civil ne s'élabore qu'au travers de conflits de droits. Lorsque le juge strasbourgeois vient préciser la notion de famille par exemple, ou lorsqu'il s'exprime sur le champ d'application du droit au respect de la vie privée, il ne se trouve pas confronté à un conflit. Néanmoins, la matière se révèle propice à ces affrontements de droits : elle vise avant tout des droits des individus et ces droits sont formulés de façon vague. Ils ne sont dans la plupart des cas que la formulation positive de principes éthiques généraux, qui plus est dans le cadre du Conseil de l'Europe. Or, ces principes, dès l'origine, peuvent ne pas s'accorder. Comment alors pourrait-il en aller autrement s'agissant de droits qui en découlent ?

¹⁸⁶⁹ Voir en ce sens pour un rapprochement avec les droits de l'homme F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 7^{ème} éd. refondue, 2005, p. 58.

¹⁸⁷⁰ Dans l'arrêt *Pretty contre le Royaume-Uni* (CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*), la Cour indique que « Parmi les dispositions de la Convention qu'elle juge primordiales, la Cour, dans sa jurisprudence, accorde la prééminence à l'article 2. L'article 2 protège le droit à la vie, sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire » (point 37 de l'arrêt). Ce faisant, le juge européen instaure une hiérarchie entre les droits.

707. Cette opposition se constate, notamment, entre la liberté, noyau dur des droits de l'homme et l'égalité, valeur substantielle du droit civil européen. Le conflit se pose avec d'autant plus d'acuité que le droit civil européen se trouve sous l'influence des droits de l'homme et donc du principe de liberté. Cependant, il lui préfère dans la plupart des cas l'égalité. Pour G. Peces-Barba, quatre valeurs constituent la base des droits fondamentaux : la liberté, l'égalité, la sécurité et la solidarité¹⁸⁷¹. Chacune ayant ses propres objectifs, elles trouvent respectivement les domaines et matières dans lesquels elles s'expriment le mieux. Tel est le cas pour l'égalité et la matière civile. Cela ne signifie pas que les autres valeurs ne participent pas à la construction de la matière civile, comme c'est le cas par exemple de la liberté, mais qu'il en résulte bien souvent un conflit, né de cette opposition. La question réside dans la résolution du différend ainsi créé. Même si la jurisprudence révèle la prédominance du principe d'égalité, les conflits sont fréquents et aucune donnée ne garantit sa primauté absolue.

708. L'une de ces oppositions, fréquemment abordée par la doctrine¹⁸⁷², concerne l'accouchement sous x. L'affrontement a lieu entre la liberté de garder secrète son identité et le droit qu'a tout enfant de connaître ses origines. L'intérêt de la mère, à savoir sa liberté, s'oppose à l'intérêt de l'enfant, celui de connaître, au même titre que tout autre individu, sa filiation. Dans l'arrêt *Odièvre contre la France*¹⁸⁷³, c'est au seul regard de la réforme législative du 22 janvier 2002, qui précédait l'arrêt, que la Cour EDH ne constate aucune violation par la France de ses obligations. Or, cette loi bénéficie à l'enfant puisqu'elle permet d'une part d'organiser la réversibilité du secret de la mère et d'autre part l'accès des enfants à certaines informations. Ainsi, favorisant le droit de connaître ses origines, ce texte paraît encourager l'égalité. Il semble que ce soit précisément parce que la France a décidé de faire un pas dans cette direction que la Cour de Strasbourg ne la condamne pas. En d'autres termes, elle l'approuve de privilégier l'intérêt de l'enfant, et donc le principe d'égalité, sur celui de la mère, fondé quant à lui sur la liberté. Sans cette réforme, la France aurait sans doute été condamnée. Elle avantagait avant cette loi le seul intérêt de la femme de cacher son identité.

¹⁸⁷¹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁸⁷² B. MALLET-BRICOUT, « Réforme de l'accouchement sous x, quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *op. cit.* ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous x dans la loi du 22 janvier 2002 », *op. cit.* Cf. aussi l'arrêt CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *RTD civ* 2003 p. 375, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 561, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 545, note P. MALAURIE ; *RTDH* 2004, p. 405, note V. BONNET ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT.

¹⁸⁷³ *Ibidem*.

Or, c'est en effet seulement après l'examen de la nouvelle loi que la Cour y décèle un facteur d'équilibre : « *la législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause* »¹⁸⁷⁴. En définitive, dans ce conflit, c'est à l'équilibre que la législation aboutit. L'égalité ne ressort pas de l'arrêt dotée d'une primauté absolue. Seulement, la Cour approuve l'État d'avoir accordé de l'importance à l'intérêt de l'enfant et d'avoir ainsi renforcé le principe d'égalité, valeur essentielle du droit civil européen¹⁸⁷⁵.

709. Partant, l'arrêt *Odièvre contre la France* consacre un droit à la connaissance de ses origines, qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée¹⁸⁷⁶. Il prolonge ainsi l'arrêt *Mikulic contre la Croatie*¹⁸⁷⁷ dans lequel la Cour avait déjà déclaré que l'enfant a le droit d'accéder à sa filiation. Pourtant dans cette espèce, le père refusait de se soumettre à des tests ADN. Etaient donc entrés en conflit l'intérêt des individus à obtenir les informations sur leur identité, vital selon la Cour, et l'intérêt des tiers à refuser d'être contraints de se soumettre à un examen médical. De nouveau, l'égalité s'opposait à la liberté puisque le père, en refusant de se soumettre aux tests ADN, faisait jouer sa liberté individuelle. Face à cette hypothèse de refus, la Cour a considéré que l'État avait l'obligation de mettre en place des moyens alternatifs permettant à une autorité indépendante de trancher la question de la paternité. « *Parmi cet épanouissement, figurent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, soit par exemple l'identité de ses géniteurs* »¹⁸⁷⁸. L'égalité prévaut là encore sur la liberté.

¹⁸⁷⁴ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, point 49 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁸⁷⁵ Voir *contra* l'arrêt CEDH 1^{er} juin 2004 requête n° 45582/99, *Lebbink c/ Pays-Bas*, et la décision d'irrecevabilité CEDH 21 octobre 2004 requête n° 75531/01, *I. et U. c/ Norvège*, dans lesquels la Cour précise qu'une simple parenté biologique ne constitue pas assurément une vie familiale. Ces arrêts sont susceptibles de résoudre l'éventuel conflit entre le droit du père naturel d'un enfant dont la mère a accouché sous X et le droit de cette dernière. Dans cette hypothèse en effet le père se trouve dans l'impossibilité de reconnaître son enfant. Le fait que la Cour ne lie pas de façon irrémédiable la parenté biologique à la vie familiale signifie qu'elle serait susceptible de favoriser le droit de la mère à son anonymat au droit du père à être reconnu comme tel, à l'égal des autres pères de famille. Il s'agit peut être là d'une limite à la faveur de l'égalité par rapport à la liberté puisque l'intérêt de la mère demeure prédominant. Voir en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2005, p. 340. Il n'en demeure pas moins que la Cour ne s'est pas encore prononcée de la sorte.

¹⁸⁷⁶ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, point 44 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁸⁷⁷ CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, points 54 et 64 de l'arrêt, *JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1455, n° 13, obs. F. SUDRE.

¹⁸⁷⁸ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, point 29 de l'arrêt, *op. cit.*

710. Il faut encore citer, à titre d'exemple, le conflit latent entre la protection de la famille légitime et la protection des enfants nés en marge de cette union. Alors même que la Cour EDH assimile la protection de la famille légitime à un but louable, que l'État est en droit de promouvoir, elle n'admet pas qu'un tel but supplante l'égalité des filiations. Ainsi, la liberté laissée à l'État trouve une limite dans le principe d'égalité qui se manifeste en particulier par la protection de l'enfant adultérin.

711. La prédominance de l'égalité se vérifie encore lorsque la Cour limite cette fois la liberté particuliers, et non plus des seuls États. Les individus sont libres de tester et de disposer de leur patrimoine comme ils l'entendent, dans le cadre bien entendu de la législation nationale. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre*¹⁸⁷⁹, cette liberté se trouve supplantée par le principe d'égalité. La testatrice avait souhaité favoriser sa famille légitime et les tribunaux avaient interprété cette clause comme la manifestation de la liberté de son auteur. La Cour, en sanctionnant l'interprétation de la clause par les tribunaux andorrans, limite en réalité la liberté de la testatrice. La garantie du principe de non-discrimination se fait au détriment de la liberté d'exhérédation. L'égalité prime alors assurément.

712. Enfin, il serait permis de penser qu'en matière d'autonomie personnelle, la prédominance du principe d'égalité cède sa place à la liberté. Cependant, l'autonomie personnelle, quoique accordée à chaque individu, n'en vise pas moins la protection de certains groupes d'individus. Ces derniers exigent une protection particulière dans la mesure où leurs droits ne sont pas équivalents à ceux des autres et appellent de ce fait une protection supplémentaire. Ces groupes d'individus réclament un droit ou une liberté que les autres ont déjà. En fin de compte, le droit à l'autonomie personnelle se fonde sur l'égalité. Il s'agit essentiellement de mesures prises pour garantir à tous, et donc à chacun, le droit de mener sa vie comme il l'entend. Il s'agit là de garantir l'égalité véritablement et effectivement à tout individu. Il semble ainsi que l'égalité prédomine dans l'arrêt *K. A et A. D contre la Belgique*¹⁸⁸⁰. Si l'on s'en tient à l'autonomie personnelle, seule une liberté exacerbée transparaît de cet arrêt puisqu'il met en avant la liberté sexuelle¹⁸⁸¹ et évoque le libre arbitre

¹⁸⁷⁹ CEDH, 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*

¹⁸⁸⁰ CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *op. cit.*

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, point 83 de l'arrêt : « Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son

des individus en ce domaine¹⁸⁸². Cependant, il ne faut pas négliger la solution finale de l'arrêt : la Cour aboutit à un constat de non violation. Elle approuve donc la condamnation des requérants par les juridictions nationales. Elle justifie la condamnation pénale précisément parce que cette autonomie dont il est question n'a pas été attribuée à tous avec le même degré, en particulier à la victime dont « *le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti* »¹⁸⁸³. Si la liberté avait primé, l'État aurait été condamné pour y avoir porté atteinte. La sanction pénale litigieuse enfreignait sans conteste la liberté des requérants. Pourtant, la Belgique n'est pas condamnée. Elle n'a pas enfreint les droits des requérants précisément parce qu'en les sanctionnant, elle poursuivait un but d'égalité approuvé par la Cour : accorder à l'ensemble des partenaires la même autonomie et donc la possibilité de mettre un terme aux agissements des demandeurs. En cela, l'autonomie personnelle doit être avant tout celle de chaque individu, c'est donc ainsi l'égalité qui vient limiter la liberté. L'égalité prend donc le pas sur la liberté en droit civil européen, cela étant, il arrive que les deux principes se complètent davantage qu'ils ne s'opposent, comme le montre l'arrêt *K. A et A. D contre la Belgique* : la liberté, attribuée et adaptée à chacun, permet l'égalité. Toutefois, les solutions apportées à ces conflits ne doivent pas dissimuler leur fréquence en droit civil européen. Cette allégation se vérifie également dans le cadre du droit civil communautaire.

2° Les conflits de droits en droit civil communautaire

713. À l'instar du droit civil du Conseil de l'Europe, le droit civil communautaire ne se résume pas uniquement aux seuls conflits de droits. Aucun droit n'entre en opposition avec un autre lorsque la CJCE précise la notion de consommateur ou la nature de l'action en responsabilité dans une chaîne contractuelle. Toutefois, de manière analogue aux conflits découlant du droit civil du Conseil de l'Europe, il arrive fréquemment que les droits s'opposent en matière communautaire, en particulier ceux formulant les principes de liberté et d'égalité. La difficulté vient déjà de ce que l'esprit du droit civil c'est-à-dire l'égalité s'oppose logiquement¹⁸⁸⁴ à un principe sous-jacent du droit des contrats, la liberté contractuelle, énoncée aux articles 1 : 102 et 2 : 301 des *Principes du droit européen du contrat*. Les exemples sont légion dans lesquels l'égalité vient limiter la liberté. Le droit communautaire a

propre corps » ; voir aussi CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, point 66 de l'arrêt *op. cit.*

¹⁸⁸² CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, point 84 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁸⁸³ *Ibid.*, point 85 de l'arrêt.

¹⁸⁸⁴ Logique également constatée par M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *op. cit.*, p. 10.

en effet beaucoup œuvré pour l'égalité de traitement, quitte à ce que celle-ci vienne restreindre des libertés pourtant largement reconnues.

714. À titre d'exemple, un employeur, public ou privé, bénéficie d'une part de liberté en matière d'embauche et de sélection. Toutefois, des limites ont été fixées par le droit communautaire afin d'assurer, primant sur la liberté de l'employeur, l'égalité entre les travailleurs¹⁸⁸⁵. Ainsi, la CJCE a, à plusieurs reprises, fait primer le principe d'égalité sur le principe de liberté. L'hypothèse s'est présentée dans l'arrêt *X contre la Commission*¹⁸⁸⁶, dans lequel la Cour a fait prévaloir l'égalité entre les travailleurs sur la liberté d'embauche de l'employeur. En vue de l'obtention d'un emploi auprès de la Commission, le requérant avait été convoqué à un examen médical. Il avait néanmoins refusé de se soumettre au test VIH. En raison de ce refus, le médecin chargé de la visite procéda à certains tests qui lui permirent de déduire la séropositivité du candidat, puis il fut mis fin à sa procédure de recrutement. La Cour de justice rappelle que si l'examen d'embauche sert l'intérêt légitime de l'employeur, cet intérêt ne justifie pas qu'un test soit réalisé contre la volonté de l'intéressé¹⁸⁸⁷, en étant notamment susceptible de porter atteinte à sa vie privée. Le refus de l'intéressé de se soumettre au premier test VIH aurait dû être respecté et le médecin n'avait pas à le contourner en effectuant d'autres tests parallèles susceptibles de lui révéler s'il était porteur ou non du virus. Les faits doivent être analysés au regard des principes d'égalité et de liberté. La liberté du candidat de dissimuler son état de santé ne se trouve pas en jeu ici. De fait, une telle liberté n'est pas réellement reconnue : si le candidat refuse, il est probable que le recrutement s'arrêtera. La liberté n'est donc que théorique. Le conflit oppose en revanche la liberté d'embauche de l'employeur ainsi que les moyens utilisés afin de mesurer l'aptitude des candidats à l'égalité entre ces mêmes candidats. Le requérant n'a en effet pas été traité comme les autres : son refus a généré des tests plus élaborés, traitement qui n'a pas été imposé de façon générale. La Cour donne ici raison au requérant et c'est alors l'égalité, parce qu'elle a été rompue, qui vient limiter la liberté de l'employeur. Cet exemple intéresse la matière civile

¹⁸⁸⁵ Voir notamment les directives 75/117 du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, du 10 février 1975, *JO L 045* du 19/02/1975 p. 19 et 76/207 du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, du 9 février 1976, *JO L 039* du 14/02/1976 p. 40, récemment modifiées par la directive 2002/73 du Parlement européen et du Conseil concernant la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, du 23 septembre 2002, *JO L 269* du 05/10/2002, p. 15.

¹⁸⁸⁶ CJCE 5 octobre 1994 affaire C- 404/92, X c/ Commission, *Rec.* p. 1214, *RUDH* 1994, p. 424.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, point 20 de l'arrêt.

puisqu'il vise le droit individuel au respect de la vie privée. Néanmoins, il est également relatif au droit du travail européen, matière qui recense de nombreux arrêts révélant la prévalence de l'égalité¹⁸⁸⁸.

715. Dans un autre domaine, toute mesure visant à instaurer ou à renforcer l'efficacité de la protection du consommateur met également à mal le principe de liberté, contractuelle celle-ci, au profit de l'égalité. Il en va ainsi par exemple du célèbre arrêt *Océano*¹⁸⁸⁹ dans lequel la Cour de justice autorise le juge à relever d'office le caractère abusif d'une clause. Il s'agit de favoriser l'égalité des contractants au détriment de leur liberté.

716. Enfin, il convient de citer un arrêt essentiel venu élargir le rôle de l'égalité de traitement, l'arrêt *K. B* du 7 janvier 2004¹⁸⁹⁰. Les faits de l'arrêt ont précédemment été évoqués. La Cour de justice innove en reconnaissant aux personnes transsexuelles le droit au mariage sous leur nouvelle identité sexuelle. Pour aboutir à cette conclusion, la juridiction communautaire rappelle que les autorités nationales sont libres de réserver l'octroi de certains

¹⁸⁸⁸ Voir en particulier l'affaire Commission des Communautés européennes contre la République d'Autriche du 1^{er} février 2005 (CJCE 1^{er} février 2005 affaire C- 203/03, Commission des Communautés européennes c/ République d'Autriche, *Rec.* p. 935). L'arrêt portait sur un décret autrichien de 2001 qui interdisait d'employer des femmes pour effectuer des travaux souterrains dans le secteur minier ainsi que des travaux en plongée. La CJCE a estimé qu'une telle réglementation allait au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la femme au sens de l'article 2, paragraphe 3, de la directive 76/207 *op. cit.*, (CJCE 1^{er} février 2005 affaire C-203/03, Commission des Communautés européennes c/ République d'Autriche, point 49 de l'arrêt, *op. cit.*). Une telle différence de traitement, même dans un souci de protection de la femme au regard de la pénibilité du travail, ne peut être admise par la Cour de Justice. Permettre aux femmes de travailler dans le secteur de l'industrie minière souterraine révèle à quel point l'égalité se présente comme une valeur essentielle du droit civil européen, envisagé ici dans sa branche droit des personnes. Un employeur, même en se justifiant par une volonté de protection accrue des femmes, ne peut porter atteinte au principe d'égalité L'égalité homme femme va même jusqu'à pousser la Cour à s'intéresser au recrutement dans les forces armées, domaine touchant pourtant la sécurité publique intérieure et qui aurait pu, de ce fait, être considéré comme n'entrant pas dans le champ d'application du droit communautaire. Non seulement la Cour refuse, au titre de la sécurité publique, de conférer aux États une réserve générale les exonérant de respecter les principes fondamentaux du droit communautaires dans ce domaine (CJCE 26 octobre 1999 affaire C- 273/97, Sirdar, *Rec.* p. 7403, point 16 de l'arrêt) et décide en cela que les décisions prises par les États membres en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de conditions de travail dans les forces armées dans le but d'assurer l'efficacité au combat ne sont pas, de manière générale, en dehors du champ d'application du droit communautaire. Qui plus est, elle a étendu son emprise jusqu'à décider que des dispositions nationales allemandes qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire enfreignaient la directive 76/207 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, *op. cit.*, (CJCE 11 janvier 2000 affaire C- 285/98, Kreil, point 32 de l'arrêt, *Rec.* p. 69 ; *Europe*, 2000, n° 12, Chron. 11, note J. GERKRATH).

¹⁸⁸⁹ CJCE 27 juin 2000 affaire C- 240/98, Océano Grupo Editorial SA c/ Roció Murciano Quintero, *Rec.* p. 4941 ; *REDC* 2000, p. 261, note L. BERNARDEAU.

¹⁸⁹⁰ CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, K. B. c/ National Health Service Pensions Agency, *Rec.* p. 541 ; *JTDE* 2004, p. 81 ; *D.* 2004, juris. p. 979, note P. ICARD ; *RTD civ* 2004, p. 373, note J. RAYNARD ; *RTD civ* 2004, p. 266, note J. HAUSER ; *CDE* 2006, p. 230, note A. BOHLER et Y. MOTTARD.

avantages aux seuls couples mariés¹⁸⁹¹. En cela, elle reconnaît aux États une certaine liberté. Cette dernière va cependant être rapidement fustigée par l'égalité dans la mesure où l'État se trouve alors mis en cause en raison de sa législation limitant le droit de se marier. Une telle limite constitue une inégalité de traitement se rapportant à la capacité de se marier. L'État est ainsi condamné pour ne pas avoir garanti en toute égalité aux couples le droit de se marier, et ainsi de pouvoir bénéficier d'une pension réservée au seul époux. La prééminence du principe d'égalité, dans le droit à rémunération par l'intermédiaire du droit de se marier se trouve ainsi démontrée. Elle permet de résoudre les conflits qui se posent en droit civil européen entre les divers droits garantis aux individus. Ces conflits apparaissent si prévisibles qu'on comprend mieux pourquoi le caractère conflictuel du droit civil européen passe pour être un trait dominant de la matière. Ce droit est porteur d'inévitables contradictions et ce qui se constate sur sa substance se vérifie également sur sa portée.

§ II - Les caractères relevant de la portée du droit civil européen

717. À l'instar de la substance du droit civil européen, il faut s'attacher à mettre en lumière les caractères de la portée de ce droit. Elle est à son tour marquée par la fondamentalisation de la matière civile. La portée du droit civil témoigne de caractères qui n'appartiennent qu'à lui, toutefois, de nombreuses similitudes se retrouvent entre l'étendue des droits fondamentaux et celle du droit civil européen. Or, les droits fondamentaux ont souvent fait l'objet de critiques de la part de la doctrine. Il a pu leur être reproché, entre autres, une absence de clarté ainsi qu'une forme relativement floue générée par leur nature de préceptes moraux¹⁸⁹². Cet aspect de « *droits flous, à vocation symbolique, se prêtant à toutes les interprétations* »¹⁸⁹³, a déteint sur la portée du droit civil européen, tout d'abord en ce qu'elle révèle un droit essentiellement factuel (A), ensuite en ce qu'elle démontre une grande flexibilité (B).

A / Un droit factuel

718. Le caractère factuel d'un droit se déduit de l'importance qu'il accorde aux faits alors que les principes susceptibles de s'appliquer à ces faits s'avèrent, eux, de moindre intérêt. L'arrêt *Chapman contre le Royaume-Uni* expose ce problème. Il y est affirmé que « *la question que la Cour est appelée à trancher en l'espèce est non pas celle du caractère acceptable ou non d'une situation générale qui existe au Royaume-Uni, aussi regrettable soit-*

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, point 28 de l'arrêt.

¹⁸⁹² D. FENOUILLET, « Droit de la famille et droits de l'homme », dans *Les abus du juridisme*, op. cit., p. 80.

¹⁸⁹³ *Ibid.*, p. 81.

elle, au regard des engagements de ce pays en droit international, mais celle, plus restreinte, de savoir si les circonstances particulières de la cause révèlent une violation du droit de la requérante, *M^{me} Chapman*, au respect de son domicile, droit garanti par l'article 8 de la Convention »¹⁸⁹⁴. Le droit civil européen se trouve ainsi lié à une appréciation *in concreto* (1°), ce qui signifie que les solutions apportées par les juges aux litiges ne sont pas interchangeables. Ce trait du droit civil européen est toutefois en passe d'être corrigé (2°).

1° Un droit lié à une appréciation *in concreto*

719. L'analyse de la substance du droit civil européen a démontré qu'il se construisait dans une large mesure grâce aux conflits entre les dispositions civiles garanties. Dès lors qu'il s'agit de résoudre un litige mettant en présence des intérêts opposés, les faits et particularités d'une affaire vont jouer un rôle décisif dans l'appréciation d'ensemble. Il est ainsi possible de souligner, avec J. Hauser, l'importance des faits dans les décisions rendues par la Cour EDH¹⁸⁹⁵. S'ils sont présentés avec une telle minutie dans la forme, c'est parce qu'ils pèsent considérablement quant au fond de la décision. Or, il semble contestable que de simples faits soient en mesure d'entraîner des perceptions différentes des droits. Il faut comprendre que l'appréciation concrète du droit civil ne contredit pas son caractère abstrait. Le droit civil européen paraît abstrait en raison de son contenu, qui découle d'un droit assurant la protection de valeurs communes et supérieures¹⁸⁹⁶. Toutefois, la formulation des normes ne doit pas être confondue avec leur application. De ce fait, l'équilibre pourrait être atteint si le droit civil était moins abstrait dans ses principes mais davantage dans son application.

720. Un exemple de l'application au cas par cas du droit civil européen et du déséquilibre qu'elle crée peut être tiré de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'intégrité physique et morale des personnes, en particulier des détenus. Dans un arrêt *Farbtuhs contre la Lettonie*¹⁸⁹⁷, du 2 décembre 2004, la Cour eut à apprécier les conditions de détention d'un détenu malade. Elle devait déterminer si son maintien en détention portait atteinte à l'article 3

¹⁸⁹⁴ CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, point 100 de l'arrêt, *RTDH* 2002, p. 999, note F. BENOIT-ROHMER ; *RTDH* 2002, p. 1017, note D. ROSENBERG ; *RTD civ* 2001, p. 448, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *L'Europe des libertés* 2001, p. 2, n° 5, note M. LEVINET ; *JCP* 2001, éd. G., I, 342, p. 1562 et 1563, n° 16 et 20, obs. F. SUDRE ; *GACEDH* n° 39.

¹⁸⁹⁵ L'auteur parle même de « poids des faits », cf. J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, op. cit., p. 107. Pour une étude approfondie sur ce sujet, *id.*, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971.

¹⁸⁹⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 59.

¹⁸⁹⁷ CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbtuhs c/ Lettonie*, *JCP* 2005, I, éd. G., 103, p. 80, n° 4, obs. F. SUDRE.

de la Conv EDH. En fonction de la condition du détenu, de la qualité des soins dispensés et de l'opportunité de maintenir l'emprisonnement au vu de l'état de santé du détenu¹⁸⁹⁸, la Cour conclut que le maintien en détention est inadéquat. Elle se fonde en particulier sur le fait que les sentiments que ce maintien provoque chez le détenu peuvent être assimilés à un traitement dégradant. À quelques jours d'intervalle, la Cour rend un autre arrêt dans une affaire similaire, cette fois contre la France¹⁸⁹⁹. Elle décide alors que le maintien en détention n'enfreint pas l'article 3. Pourtant, dans cette dernière affaire, le requérant était également gravement malade puisqu'il était atteint du SIDA. La détresse de ce dernier n'atteindrait donc pas celle de Monsieur *Farbtuhs* : 84 ans, paraplégique, invalide et atteint de maladies incurables. Les trois critères énoncés dans l'arrêt *Farbtuhs* à savoir la condition du détenu, la qualité des soins dispensés et l'opportunité de maintenir la détention au vu de l'état de santé du détenu ne sont pas mentionnés dans l'arrêt *Gelfmann*.

721. Dès lors, en matière de protection de l'intégrité physique et morale des individus, il semble que l'appréciation de la Cour tienne avant tout compte des faits, à défaut des principes établis par la juridiction. Il aurait semblé moins incertain que la Cour rappelle l'existence de ces critères avant de constater en l'espèce qu'ils n'étaient pas réunis. Par une telle démarche, la Cour aurait eu le mérite de procéder à une réelle application juridique et non factuelle des règles. De plus, la différence de solution aurait pu être justifiée car actuellement, elle ne se comprend pas. En effet, en dehors d'une différence d'âge entre les requérants, les deux hommes rapportaient la preuve d'une souffrance et d'une détresse excédant le « *niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* »¹⁹⁰⁰. Il est vrai que la différence d'âge pouvait justifier l'état de santé plus critique du premier requérant. En réalité, la solution ne repose pas sur le niveau de gravité des souffrances entraînées par les conditions de détention du détenu. Le constat de non violation rendu dans l'arrêt *Gelfmann* semble ne reposer que sur l'opportunité du maintien en détention. De fait, en évoquant la « *dangerosité criminologique* »¹⁹⁰¹ du requérant, soulignée par un expert médical, la Cour laisse à penser que son appréciation est essentiellement factuelle. Le certificat de conventionalité adressé à

¹⁸⁹⁸ Cf. liste énoncée par F. SUDRE, obs. sous l'arrêt CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbtuhs c/ Lettonie*, *op. cit.* Voir aussi CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbtuhs c/ Lettonie*, point 54 de l'arrêt *op. cit.*

¹⁸⁹⁹ CEDH 14 décembre 2004 requête n° 25875/03, *Gelfmann c/ France*, *JCP* 2005, I, éd. G, 103, p. 80, n° 5, obs. F. SUDRE.

¹⁹⁰⁰ D'ailleurs si le juge interne a, dans l'affaire *Gelfmann*, ordonné la remise en liberté conditionnelle du requérant, c'est précisément parce qu'il a pu estimer que les conditions matérielles de détention entraînaient une trop grande souffrance du détenu.

¹⁹⁰¹ CEDH 14 décembre 2004 requête n° 25875/03, *Gelfmann c/ France*, point 52 de l'arrêt, *op. cit.*

l'État français s'avère délicat à justifier dans la mesure où il repose essentiellement sur le contexte de l'affaire. Si, à l'instar de M. Farbthuis, M. Gelfmann avait eu 84 ans, son maintien en détention aurait-il été justifié ? La Cour n'aurait-elle pas pu laisser de côté l'appréciation relative à l'opportunité de la détention et opérer une construction abstraite en lieu et place de ces constatations concrètes¹⁹⁰² ? Cerner la notion de dignité et en préciser à la fois le contenu et les contours pour ce qui relève de la matière carcérale éluderait certaines hésitations et critiques¹⁹⁰³ quant à des décisions susceptibles d'être qualifiées d'hasardeuses.

722. Le fait, pour la matière civile, d'être formellement liée à une appréciation *in concreto* entraîne un manque de clarté des principes et des critères¹⁹⁰⁴. Cette carence provoque de nombreuses incompréhensions. Ainsi, le critère de la « vie familiale » paraît difficilement saisissable en raison de l'appréciation *in concreto* à laquelle il est lié dans les arrêts de la Cour EDH. Parfois, les seuls liens *de facto* apparaissent comme essentiels pour déceler l'effectivité d'une vie familiale. La Cour se contente de simples faits afin d'admettre l'existence d'une réelle vie familiale. L'importance des faits se vérifie alors puisque leur seul examen suffit à constituer une vie familiale. La Cour a ainsi rappelé dans l'arrêt *Keegan contre l'Irlande* que « la notion de "famille" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage »¹⁹⁰⁵. De même, c'est l'importance de la famille *de facto* qui se trouve révélée par l'arrêt *X, Y et Z*¹⁹⁰⁶. Le critère d'effectivité apparaît de la sorte improbable puisqu'il suppose une analyse *in concreto*¹⁹⁰⁷ et ne repose pas sur une appréciation objective.

723. Du moins, par cette appréciation, la Cour se réserve-t-elle une marge de manœuvre puisqu'elle rend des décisions au cas par cas. Toutefois, des risques d'incohérence sont à craindre, en particulier à compter d'un nombre élevé de décisions. Nul ne sait, par exemple, si

¹⁹⁰² Terme emprunté à J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁰³ J.-P. MARGUÉNAUD relève ainsi une « modulation des droits de l'homme en matière civile », note sous CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, *Farbthuis c/ Lettonie*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁹⁰⁴ En droit interne aussi, chaque procès ne vise qu'à résoudre une situation factuelle particulière, en vertu de l'interdiction des arrêts de règlement. Toutefois, la Cour de Cassation sert de Cour régulatrice, procédé qui ne se retrouve pas en droit européen.

¹⁹⁰⁵ CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, *Keegan c/ Irlande*, point 44 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹⁰⁶ CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, point 37 de l'arrêt, *RTD civ* 1997, p. 1011, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 1997, éd. G, I, 4071, note S. EVAÏN ; *JCP* 1998, éd. G, I, 107, p. 182, n° 36, obs. F. SUDRE.

¹⁹⁰⁷ C'est aussi ce que remarque P. HILT, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *op. cit.*, p. 386.

la Cour entend favoriser l'ordre public familial ou au contraire le limiter. L'arrêt *B. et L. contre le Royaume-Uni*¹⁹⁰⁸ porte atteinte aux mesures impératives de droit familial en favorisant la liberté du mariage entre alliés en ligne directe en dépit de ce que l'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre* laisse supposer un renforcement de l'ordre public familial. Dans le premier de ces arrêts, le raisonnement de la Cour fait s'incliner la règle de droit devant la situation de fait¹⁹⁰⁹. En effet, la Cour condamne l'empêchement à mariage car dans ce cas d'espèce, les requérants vivaient ensemble et leur relation était stable et continue¹⁹¹⁰.

724. Le droit civil communautaire peut sembler moins factuel que le droit civil émanant du Conseil de l'Europe. Intervenant sur des questions juridiques précises telles la vente des produits de consommation ou de voyage à forfait, il paraît moins lié à l'appréciation *in concreto* et les arrêts accordent moins d'importance aux faits. Toutefois, l'égalité impose que soit évité tout modèle prédéfini, que ce soit d'organisation familiale ou de principes contractuels, rien ne doit être figé. L'application de certains droits appelle une telle appréciation. C'est le cas notamment pour les normes relatives au regroupement familial ou à la protection du consommateur. Par définition, le droit de la consommation réclame une appréciation *in concreto* puisque ce dernier est individuellement concerné, à l'exception des actions à titre préventif dont le résultat intéresse l'ensemble des consommateurs¹⁹¹¹. Dans ce dernier cas, la méthode objective sera utilisée. Pour le reste, le droit de la consommation invite le juge communautaire à une appréciation au cas par cas. De fait, pour la directive de 2005 relative aux pratiques déloyales, seules certaines pratiques sont « *en toutes circonstances* » jugées déloyales. Les autres devront être évaluées individuellement¹⁹¹².

725. Les différents standards du droit civil communautaire, comme le critère du raisonnable, tant sollicité dans les *Principes du droit européen des contrats*, invitent

¹⁹⁰⁸ CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, B. et L. c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 2005, p. 735, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2006, éd. G., I, 109, n° 11, p. 189, obs. F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. GOUTENOIRE et M. LAMARCHE.

¹⁹⁰⁹ F. SUDRE, obs. sous CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02 B. et L. c/ Royaume-Uni, *op. cit.*, p. 189.

¹⁹¹⁰ CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02 B. et L. c/ Royaume-Uni, point 37 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹¹¹ À titre d'exemple pour l'emploi de cette distinction, voir l'arrêt CJCE 9 septembre 2004 affaire C- 70/03, Commission c/ Espagne, *Rec.* p. 7999, point 16 de l'arrêt. L'article 7 de la directive 93/13 du Conseil, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *op. cit.*, fait allusion à ces actions à titre préventif.

¹⁹¹² Cf. considérant 17 de la Directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, du 11 mai 2005, *op. cit.*, p. 22. sur ce sujet voir M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *op. cit.*

également à ce mode d'appréciation. Ce défaut d'abstraction résulte sans doute du défaut d'accord sur l'abstrait¹⁹¹³ entre les institutions européennes et les États membres, de surcroît en matière civile où les États n'ont guère admis le partage des compétences. Par ailleurs, cette appréciation assure au juge une marge d'appréciation considérable. La portée du droit civil européen s'élabore donc au cas par cas, les pièces venant s'ajouter les unes aux autres sans construction d'ensemble. Il apparaît tout de même indispensable, eu égard à l'ampleur incontestable de la matière, d'opter pour une construction plus abstraite et un mouvement semble s'être amorcé en ce sens.

2° Vers une construction plus abstraite

726. En ce que la méthode concrète vise systématiquement les cas d'espèce, il semblerait judicieux de lui adjoindre une touche de méthode abstraite afin que l'équilibre se crée. Il est nécessaire que le droit civil européen, comme tout droit objectif, se présente sous une forme générale et impersonnelle. Dans le cas contraire, « *tôt ou tard l'argument des faits et de la vie concrète conduira à la disparition de toute norme* »¹⁹¹⁴. Bien que réfractaire à la présentation sous forme de système unitaire, le droit civil européen doit se construire autour de normes sûres et constantes, sans pour autant qu'il soit question de les scléroser. Ce constat rejoint l'observation selon laquelle le droit civil européen ne peut se présenter sous une forme de système au sens classique du terme. Cependant, si le droit civil s'imprègne des caractères des droits de l'homme, il n'en a pas non plus tous les traits. Dès lors, à la différence de ceux-ci, il ne constitue pas une superstructure mais au contraire en découle¹⁹¹⁵. Le droit civil européen paraît davantage de nature à être mis en système que les droits fondamentaux puisqu'il ne supprime pas toutes les matières européennes. Rien ne l'empêche ainsi de recourir davantage que les droits de l'homme aux constructions abstraites et de poser certains principes juridiques, éloignés des seules considérations *de facto*.

727. Il n'existe certes pas, en matière européenne, une Cour de cassation, juge du droit qui se détache des faits et a pour rôle de rendre des décisions pourvues de formules générales. Les

¹⁹¹³ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹¹⁴ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁹¹⁵ Ce sont les droits fondamentaux qui se diffusent dans divers droits de l'individu : droit du travail, droit pénal et concernant la présente étude de droit civil. Il est donc possible de se représenter les droits fondamentaux comme un bloc situé au dessus des systèmes et matières juridiques et se diffusant verticalement au sein de chacun d'entre eux et par le filtre desquels les producteurs de normes doivent passer.

juges européens ne peuvent mettre en œuvre des principes entièrement détachables des faits. Néanmoins, s'accorder sur certains principes de base en matière civile européenne pourrait permettre l'abstraction nécessaire au rééquilibrage. Il est peu probable que, sans ce rééquilibrage, le droit civil parvienne à être considéré comme la construction d'un système de pensée autonome des ordres européens¹⁹¹⁶. Des prémisses d'abstraction apparaissent cependant. L'arrêt *Karner contre l'Autriche*¹⁹¹⁷ dévoile l'un d'eux. On se souvient que la Cour devait examiner, dans cette affaire, la conventionalité d'un refus de transfert de bail au concubin homosexuel. Or, il se trouve que le requérant est décédé en cours d'instance. De ce fait, l'examen de l'affaire aurait dû s'arrêter. Pourtant, en raison de ce que l'objet de la requête concerne une question importante d'intérêt général, la Cour décide de trancher le litige. Ainsi, l'importance générale de l'affaire conduit le juge européen à poursuivre son examen afin de clarifier et de développer les normes de protection. Le contentieux semble donc se déplacer et, de subjectif, devient objectif afin d'établir des standards de la protection européenne¹⁹¹⁸. Cet arrêt s'affranchit d'une approche au cas par cas, soucieuse du contexte factuel.

728. De même, il semblerait que le droit communautaire tende à mettre en place des prérogatives légales plus abstraites. La directive 2005/29 sur les pratiques déloyales atteste de cette orientation nouvelle empruntée par les institutions communautaires, favorisant une harmonisation globale¹⁹¹⁹ du droit de la consommation. Ce texte énonce certaines pratiques qui vont être « *en toutes circonstances* » jugées comme déloyales. En dépit du maintien d'une évaluation au cas par cas de la majorité des pratiques, le texte favorise une approche abstraite en établissant une liste de comportements estimés par principe déloyaux. En outre, cette directive instaure un standard juridique par l'emploi de la notion de consommateur moyen. Ce critère d'évaluation est une référence de comportement et éloigne les juges d'une prise en compte de la seule situation personnelle du consommateur.

729. Une autre forme d'abstraction pourrait résulter de l'admission de l'origine du droit civil européen. Ne pourrait-on pas y puiser l'unité qui fait tant défaut au système ? Une

¹⁹¹⁶ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹¹⁷ CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98 *Karner c/ Autriche*, *RTD civ* 2003, p. 764, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁹¹⁸ Voir en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD, note sous CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98 *Karner c/ Autriche*, *op. cit.*

¹⁹¹⁹ M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *op. cit.*

origine commune permettrait d'élaborer des constructions abstraites puisque l'ensemble de la matière disposerait d'un fondement identique. Aussi, les droits fondamentaux permettraient une construction recentrée autour de notions et d'interprétations communes. Plus précisément, la construction de principes communs pourrait se faire autour du principe d'égalité, qui servirait alors de « *credo commun* »¹⁹²⁰. Admettre explicitement ce fondement fédérateur permettrait sans doute de conférer une orientation au droit civil européen et lui éviterait de se construire au coup par coup. Un tel amarrage lui concèderait une espérance de continuité et de longévité, ce que lui garantit déjà, dans une certaine mesure, son caractère flexible.

B / Un droit flexible

730. L'avantage qui résulte du caractère factuel d'un droit réside indéniablement dans la flexibilité que cela lui confère. Néanmoins, cette flexibilité¹⁹²¹ peut également passer pour un inconvénient en raison de l'apparence aléatoire qu'elle confère aux solutions. En cela, le droit civil européen n'est pas un droit figé et fait preuve à l'inverse d'une grande adaptabilité. Cette qualité donne de la matière civile une impression de droit formellement souple (1°) laissant au juge un pouvoir étendu lui permettant de le moduler et l'adapter (2°).

1° Un droit souple

731. Le droit européen des droits de l'homme se trouve parfois qualifié de droit mou, c'est-à-dire de droit « *peu ou prou non contraignant* »¹⁹²² terme auquel il faut préférer celui, plus global de « droit souple »¹⁹²³, encore connu sous le terme de *soft law*. Le droit civil européen, résultant des droits de l'homme, a hérité de cette caractéristique identificatrice¹⁹²⁴ et apparaît dès lors comme un droit souple. Cette souplesse se manifeste à divers niveaux et pourrait constituer une évolution méthodologique¹⁹²⁵.

732. Le droit civil européen s'exprime tout d'abord au travers d'instruments variés tels les chartes, les recommandations ou résolutions. Ces actes ne sont pas contraignants mais

¹⁹²⁰ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹²¹ Sur la flexibilité du droit, voir l'ouvrage réputé du Doyen CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*

¹⁹²² C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 610 ; voir encore E. CLAUDEL et B. THULLIER, « Regard sur le droit mou », *RJ com* 2006, 2, p. 4.

¹⁹²³ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 610.

¹⁹²⁴ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹²⁵ Cf en ce sens C. JAMIN, « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », *op. cit.*, p. 95. L'auteur ne vise cependant que le droit des contrats. Plus largement, il semble que tous les domaines du droit civil comportent une part de *soft law*.

incitatifs. Par conséquent, une certaine partie du droit civil européen peut être qualifié de droit « doux » puisqu'il n'est pas obligatoire. À cet égard, les *Principes européens* du contrat constituent un exemple révélateur : ils n'ont pas de force obligatoire et ne s'imposent pas de façon contraignante, ils apparaissent comme un instrument de régulation, un droit non imposé, essentiellement recommandatoire¹⁹²⁶.

733. En outre, le droit civil européen se compose d'une partie de normes dépourvues de sanction juridique directe, c'est-à-dire du droit mou¹⁹²⁷. D'une part, la sanction juridique n'existe pas toujours. La condamnation d'un État par la Cour EDH peut être assimilée à une sanction, pour autant, les arrêts strasbourgeois ne sont pas formellement obligatoires et rien, en dehors du discrédit et d'une possible sanction pécuniaire, ne contraint l'État à modifier sa législation critiquable. D'autre part, le droit civil étant par définition un droit applicable entre particuliers, la sanction, lorsqu'elle existe, ne les concerne pas. Elle visera un État et ne s'appliquera pas à l'individu dont le comportement aura entraîné la violation. Ainsi, la sanction n'existe pas nécessairement sur le plan juridique et qui plus est, elle se présente souvent de façon indirecte.

734. Enfin, le droit civil européen constitue sans nul doute un droit flou, c'est-à-dire imprécis et adaptable¹⁹²⁸. Ce dernier aspect du droit souple domine la force du droit civil européen. Or, son adaptabilité s'explique par l'importance qu'il accorde aux circonstances. Ce manque de précision apparaît inévitable dès lors que le droit civil européen se cantonne parfois à l'examen d'autres droits civils. Il est en quelque sorte le droit des droits civils. Il harmonise, assemble, réunit mais n'énonce des règles que ponctuellement. Il tente de concilier des éléments souvent pré-existants, procède à des rajouts mais ne les élabore pas en intégralité. Nul besoin alors pour lui d'entrer dans le détail, d'élaborer des « *notions rigoureuses, définies de façon objective, en des formulations précises, par exemple quantitatives* »¹⁹²⁹, ce qui, finalement, caractérise le droit dur. Le droit civil européen constitue avant tout une sorte de supra droit civil, une base commune dont la mission n'est pas de légiférer dans le détail. On comprend alors pourquoi le droit civil européen peut être qualifié de droit souple. En étant à la fois doux, mou et flou, il réunit les trois formes du droit

¹⁹²⁶ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 612.

¹⁹²⁷ E. CLAUDEL et B. THUILLIER, « Sur le droit mou », *RJ com.* 2006, 2, p. 4.

¹⁹²⁸ *Ibidem*.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, p. 615, C. THIBIERGE donne ainsi des exemples de nombres (par exemple de notaires ou de jurés), de seuils (800 euros pour l'exigence d'une preuve écrite), de fractions (7/12^{ème} pour la lésion d'une vente d'immeuble), de durée (nombre de jours pour interjeter appel ou exercer une faculté de rétractation).

souple. Une norme civile européenne peut ainsi être contraignante et de ce fait ne pas répondre à la définition du droit doux. Pourtant, elle peut se révéler floue. À l'inverse, une mesure civile peut sembler précise mais sans être obligatoire. De fait, le droit civil européen est toujours relié à l'une des facettes du droit souple. Cela n'a toutefois rien de surprenant : il s'agit d'un droit appliqué de manière concrète, fondé sur des mesures idéologiques pour la plupart incitatives. Ainsi, face à tant d'hétérogénéité et de pluralisme, le droit civil européen ne saurait se présenter comme un droit rigoureux. Il ne peut que prendre la forme d'un droit souple auquel s'associent des notions floues. Les normes juridiques qui composent le droit civil européen se réduisent parfois à un cadre vague laissant la solution concrète se construire au jour le jour à l'occasion de chaque litige¹⁹³⁰.

735. En outre, la souplesse du droit civil européen provient du principe de proportionnalité. Ce principe est envisagé ici en son sens de technique de jugement utilisée par la Cour EDH¹⁹³¹. Il introduit une souplesse certaine dans la mesure où il donne l'occasion à la Cour de mettre en relation des intérêts opposés afin de les départager. La mesure ou la pratique étatique incriminée doit être proportionnelle à l'objectif qu'elle souhaite atteindre. Pour examiner cette proportionnalité, la Cour de Strasbourg a recours à la marge d'appréciation de l'État, dont on sait qu'elle n'est pas une notion figée. Par ailleurs, la proportionnalité n'est pas l'égalité : elle n'est qu'un rapport de grandeur entre les parties d'une chose. En cela, elle suppose une combinaison dont le but est de parvenir à un équilibre. D'une part les combinaisons sont plurielles par définition, d'autre part l'équilibre est propre à une affaire mais n'est pas transposable. Ce principe de proportionnalité a ainsi permis à la Cour d'affirmer que « *des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre* »¹⁹³². L'idée de solution élaborée au cas par cas se retrouve alors et rend le rôle du juge primordial.

2° Le rôle du juge

736. Le juge européen participe de la grande flexibilité du droit civil européen. Ce droit a en effet une origine prétorienne puisque l'activité du juge détermine pour une grande part son

¹⁹³⁰ C'est la contrepartie de l'individualisme analysé *infra*.

¹⁹³¹ Pour une analyse approfondie du principe de proportionnalité, cf. P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005. Voir encore L. ADAMOVIČ, « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des restrictions par la loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1991, p. 291

¹⁹³² CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99, *Podkolzina c/ Lettonie*, point 33 de l'arrêt, *JDI* 2003, p. 572, obs. E. DECAUX.

contenu. Le rôle du juge est alors primordial, s'agissant du droit du Conseil de l'Europe comme du droit communautaire. Dans la mesure où il s'agit d'un droit factuel, élaboré au cas par cas, le juge procède aux ajustements nécessaires. Le caractère flou du droit civil européen contraint le juge à intervenir : une large marge de manœuvre lui est laissée pour l'interprétation ou l'appréciation des éléments qui lui sont soumis, faits ou droit. Dès lors que le juge est l'un des architectes du droit civil européen, la forme du droit s'expose à ce que « *l'opportunité de la protection de telle ou telle valeur fondamentale, plus que le souci de la stricte légalité, (...) inspire son action* »¹⁹³³. Il lui appartient de se saisir des grands principes généraux et de les appliquer au cas d'espèce puisque tels quels, ils sont inopérants. Alors, la construction abstraite s'avère impossible : le juge est confronté à un éventail de cas particuliers et n'est pas en mesure de se livrer à une étude systématique permettant une construction d'ensemble.

737. Par ailleurs, le principe prédominant en matière civile à savoir le principe d'égalité exige des juges un examen poussé des faits. En effet, comme l'explique O. De Schutter, la lutte contre la discrimination, en particulier la discrimination indirecte, implique une prise en compte du contexte factuel¹⁹³⁴. Le juge doit examiner si la mesure désavantage un groupe d'individus dans les faits. Il doit anticiper afin de déterminer si une mesure jugée non-discriminatoire au temps A ne risque pas de le devenir au temps A + 1¹⁹³⁵.

738. Dès lors, le droit civil européen se trouve dans une large mesure précisé par le juge, à qui revient le soin de juridiciser les fondements idéologiques et philosophiques sur lesquels il se construit. Le rôle créateur du juge favorise l'apparence concrète des affaires et l'absence de construction abstraite puisque c'est le juge qui, à l'issue d'une affaire, va interpréter, parfois même formuler purement et simplement le droit. Le droit civil européen subit ainsi de façon certaine le phénomène de juridiciarisation du droit¹⁹³⁶.

¹⁹³³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 432.

¹⁹³⁴ O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹³⁵ O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹³⁶ Expression empruntée à D. FENOUILLET, « Le droit civil hors le code civil », *op. cit.*

739. La jurisprudence dispose également d'un rôle important dans la mesure où elle est maîtresse de la qualification des faits de la cause¹⁹³⁷. La Cour européenne, par exemple, n'est liée ni par une qualification des faits ni par l'étude d'un grief sous l'angle précis d'un article, d'où l'importance de l'examen des faits. Pour la Cour, « *un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués* »¹⁹³⁸.

740. Enfin, les propos de la Cour EDH dans l'arrêt *K. A et A. D contre la Belgique* confirment le rôle majeur du juge. La Cour rend, à l'égard de la Belgique, un constat de non violation à l'égard de sanctions pénales prises à l'encontre des requérants, adeptes du sadomasochiste. Pourtant, tout au long de l'arrêt, le juge strasbourgeois n'a eu de cesse de rappeler l'autonomie des individus ainsi que leur liberté sexuelle. Logiquement, la Cour aurait dû examiner si l'ingérence était prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes et « *nécessaire, dans une société démocratique* » à la poursuite de ce ou ces buts. Contre toute attente, la Cour se contente d'affirmer qu' « *en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée* »¹⁹³⁹. Une telle formulation démontre que la gravité des faits justifie à elle seule l'absence de condamnation de la Belgique. La solution ne se fonde donc pas sur un principe de droit établi mais sur des considérations de pur fait et finalement d'opportunité. Pourtant, au préalable, la Cour énonce le principe suivant lequel « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* »¹⁹⁴⁰. Ce principe ayant une portée juridique, seule une exception de même portée pouvait justifier son contournement. Seulement, le juge oppose au principe la nature des incriminations c'est-à-dire un élément de fait. C'est ainsi le contexte factuel qui élude l'application d'un principe de droit. Les « *raisons particulièrement graves* » de nature à justifier les condamnations, au regard de l'article 8 § 2 de la Conv EDH, découlent ainsi de simples circonstances. Il aurait été préférable d'opposer au principe de non-ingérence dans la vie sexuelle des individus un autre argument juridique. Le contraire revient à donner pouvoir

¹⁹³⁷ CEDH 19 février 1998 requête n° 14967/89, *Guerra c/ Italie*, point 44 de l'arrêt, *JCP* 1999, *éd. G.*, I, 105, p. 141, note 40, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 1998, p. 515, note J.-P MARGUÉNAUD ; *GACEDH* n° 46. CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, point 46 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹³⁸ CEDH 19 février 1998 requête n° 14967/89, *Guerra c/ Italie*, point 44 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹³⁹ CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, point 85 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹⁴⁰ CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, point 84 de l'arrêt, *op. cit.*

aux simples faits, par l'intermédiaire des juges et donc d'une appréciation subjective, de renverser des principes de droit pourtant déjà énoncés avec grand peine.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

741. Parce que les droits fondamentaux doivent être considérés comme le centre névralgique du droit civil européen, ils en imprègnent largement la nature. Ainsi, l'objet de l'ensemble normatif civil s'organise autour de la valeur fondamentale d'égalité. Les principes sous-jacents du droit des contrats et du droit de la famille gravitent ainsi autour de ce principe, qui passe dès lors pour le référent central¹⁹⁴¹ de la matière.

À leur tour, les caractères du droit civil européen semblent influencés par la théorie des droits fondamentaux. Découlant d'un droit assurant la protection des individus en raison de valeurs supérieures, le droit civil européen n'a pu récuser une influence idéologique et philosophique. Dès lors, les normes civiles présentent un caractère idéaliste. Pour autant, elles bénéficient d'une véritable effectivité, que leur aspect abstrait n'altère pas. Toutefois, le passage des énoncés abstraits au droit ne se réalise pas sans heurts. La permanence des valeurs de justice, d'égalité et de liberté¹⁹⁴² ne rend pas les règles de droit opératoires. Il découle de la transformation de ces principes en facultés légales des contradictions et conflits entre les droits garantis par le droit civil européen. Or, dans la mesure où, s'agissant de droits individuels, il n'est pas de prérogative plus essentielle qu'une autre, le conflit se résout par la prévalence de l'égalité, esprit du droit civil européen. Toutefois, le caractère symbolique du droit civil présente quelques inconvénients, notamment quant à la portée de ce droit. Les notions floues appellent une interprétation au cas par cas. Certes, le droit civil européen présente une certaine souplesse mais il est alors difficile de dégager une construction abstraite et cohérente de la matière. Le juge ne pourra pas procéder aux généralisations nécessaires tant que les notions floues le contraindront à accorder une trop grande place au contexte factuel. Tel est le problème des normes abstraites : leur application se révèle parfois hasardeuse. Cela ne permet pas à leurs bénéficiaires d'en apprécier précisément l'étendue. Dès lors, objet et caractères du droit civil européen dévoilent un droit civil certes égalitaire, mais qui manque encore de précision.

¹⁹⁴¹ Expression empruntée à G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, note 2.

¹⁹⁴² M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *op. cit.*, p. 10.

CONCLUSION DU TITRE I

742. La relation entre le droit civil européen et les droits fondamentaux apparaît double. D'une part le droit civil permet aux droits fondamentaux de trouver des applications concrètes entre État et individu mais aussi dans les rapports entre particuliers. D'autre part, les droits fondamentaux offrent au droit civil européen la possibilité de se développer. Il semble en effet que l'explosion des droits fondamentaux ait rendu nécessaire l'émergence d'un droit civil européen. Il en résulte un droit civil inédit, qui se construit autour d'un centre de gravité à valeur fondamentale.

L'incidence des droits fondamentaux sur la matière civile européenne ne se cantonne pas à l'origine du droit civil européen. En effet, ce dernier n'a pu se développer qu'en conformité avec les droits fondamentaux. Or, en répondant à leurs exigences, les normes civiles se sont considérablement imprégnées des propriétés des droits fondamentaux. L'ensemble du droit civil se trouve irradié par les droits de l'homme et empreint d'une forte connotation idéologique. La montée en puissance des droits fondamentaux au cœur du droit civil européen se constate d'ailleurs au travers du principe d'égalité qui semble résumer l'esprit de cette nouvelle branche du droit.

On ne peut plus contester alors le processus de fondamentalisation du droit civil européen. Si la dialectique initiale laisse entrevoir des rapports réciproques équilibrés entre le droit civil européen et les droits fondamentaux, l'ascendant pris par les seconds sur le premier se constate rapidement. En ce sens, le droit civil européen s'imprègne davantage des droits fondamentaux que ces derniers ne tirent profit de la matière civile. L'enrichissement du droit civil européen par les droits fondamentaux est tel qu'il opère sur la substance de ce droit et qu'il constitue ainsi l'une des clés de sa compréhension.

TITRE II

L'INDIVIDUALISME DU DROIT CIVIL EUROPEEN

743. Bien que non identifié explicitement jusqu'à présent, l'individualisme du droit civil européen ne peut être ignoré. Ce caractère est en effet perceptible depuis le commencement de l'étude consacrée à l'essence de cette matière puisqu'il apparaît non seulement au cœur du principe fondamental du droit civil européen, à savoir l'égalité, mais également au centre de tous les principes sous-jacents évoqués, qu'il s'agisse du droit des contrats ou du droit de la famille. De plus, l'individualisme s'harmonise avec le fondement « droit de l'homme » du droit civil européen puisque pour ces droits, la personne humaine a un caractère sacré¹⁹⁴³. Par conséquent, il n'est pas de matière qui, plus que le droit civil européen, se construise autour de ce caractère individualiste. Les droits fondamentaux eux-mêmes, tels qu'ils sont énoncés dans les textes, ne présentent pas toujours ce raisonnement protecteur des droits des particuliers propre à l'individualisme. Ils peuvent en effet se contenter d'évoquer la seule relation homme / État et dans ce cas, l'individu ne peut passer pour l'élément central du raisonnement. Le droit du travail européen paraît être un droit raisonnant à partir de l'individu. Toutefois, il limite son approche à l'individu-employeur ou employé. Des réserves identiques pourraient être adressées au droit administratif européen, droit pénal européen ou droit de l'environnement européen qui ne placent pas l'individu au centre de leur agencement.

744. On ignore si l'individualisme du droit civil européen puise son origine dans les droits fondamentaux ou dans sa nature civile. Puisque celle-ci se rapporte aux relations entre les particuliers, elle peut fort bien se révéler individualiste en dehors de toute influence des droits de l'homme. Dès lors, l'individualisme ne peut être regardé comme une incidence supplémentaire de la fondamentalisation du droit civil. De façon analogue, il ne faut pas confondre l'esprit du droit civil, censé résider dans le principe d'égalité qui résulte de la fondamentalisation, et l'individualisme, qui en constitue plus pragmatiquement le soubassement idéologique. Le premier s'avère difficilement quantifiable et illustre l'esprit général de la matière. Le second en constitue la base, le point de départ logique.

¹⁹⁴³ En ce sens voir P. JESTAZ, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 26.

745. On entend par individualisme la philosophie par laquelle les garanties individuelles et donc les prérogatives des individus prévalent par rapport au pouvoir d'État¹⁹⁴⁴. Il existe une foule d'individualismes¹⁹⁴⁵ mais de façon générale, il constitue une idéologie manifestant la valeur en soi de l'individu¹⁹⁴⁶, sans qu'il soit besoin de le rattacher à des ensembles sociaux. De cette valeur accordée à l'individu découle une vision de l'homme libre et autonome. Transposée au droit, cette doctrine envisage les systèmes juridiques comme étant bâtis sur une finalité individuelle¹⁹⁴⁷ et nécessairement respectueux de la personnalité de l'homme. L'individualisme va de pair avec le libéralisme dont il constitue le corollaire pratique¹⁹⁴⁸. Or, le libéralisme apparaît comme un courant focalisé sur l'économie politique et se caractérise notamment par le refus de l'interventionnisme étatique¹⁹⁴⁹.

746. Force est de constater que le droit civil européen se retrouve au carrefour de deux droits individualistes, à savoir les droits de l'homme et le droit civil. Par voie de conséquence, il n'est rien d'étonnant à ce qu'il fasse preuve d'un individualisme renforcé par rapport à la théorie classique. De plus, la rupture avec l'approche traditionnelle s'accroît dans la mesure où le droit civil européen symbolise la fin de l'individualisme libéral. De fait, sa conception moderne appelle une intervention active de l'État, à l'opposé de la tradition libérale¹⁹⁵⁰, ce qui appelle un regard nouveau. Dès lors, l'analyse du droit civil européen indique qu'il s'agit d'un droit étayant la théorie individualiste (chapitre I) alors même qu'il en apporte une vision remaniée (chapitre II).

¹⁹⁴⁴ L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 19.

¹⁹⁴⁵ P. BIRNBAUM et J. LECA (dir.), *Sur l'individualisme*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1986, p. 12.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 181.

¹⁹⁴⁷ J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *op. cit.*, p. 776.

¹⁹⁴⁸ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé*, *op. cit.*, n° 10, p. 11. *Contra* P. BIRNBAUM et J. LECA (dir.), *Sur l'individualisme*, *op. cit.*, p. 15 pour lesquels l'individualisme n'empêche pas obligatoirement l'adhésion au libéralisme économique.

¹⁹⁴⁹ J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *op. cit.*, p. 774.

¹⁹⁵⁰ En ce sens déjà J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans R. CASSIN, *Amicorum discipulorumque liber III, la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, *op. cit.*, sp. p. 315 et 321.

Chapitre I - Un individualisme renforcé

747. Le courant individualiste ne se présente pas sous une forme unique. Il n'est pas un seul individualisme mais des philosophies individualistes. Il ne relève cependant pas du domaine de l'étude du droit civil européen de procéder à une présentation complète et exhaustive de ces différentes tendances¹⁹⁵¹. Du moins ont-elles toutes un point commun en ce qu'elles placent l'individu au centre de leur raisonnement. Cependant, l'intensité de la prise en considération de l'individu peut varier. Pour le droit civil européen, elle semble être élevée. Pour cette raison, le caractère individualiste paraît plus intense et plus fort dans cette matière. Cela étant, l'individualisme ne peut passer pour renforcé¹⁹⁵² qu'au regard d'une théorie individualiste moyenne ou d'autres matières reconnues elles aussi individualistes. Cette comparaison révélera tout l'aspect inédit de l'individualisme civil européen. Dans cette perspective, le droit civil national français constitue une œuvre individualiste et libérale sous la plume de la doctrine¹⁹⁵³. Il apparaît pourtant atténué par rapport au droit civil européen qui met véritablement en avant la sphère privée, à laquelle il porte une attention et une protection considérables, à la limite de la focalisation.

748. L'intérêt réside alors dans les démonstrations et justifications de cet individualisme renforcé. Cet affermissement résulte de deux mouvements complémentaires. Le premier accentue l'individualisme de l'intérieur du droit civil européen. Il met au centre des préoccupations le seul individu devenu élément central de référence, à la différence d'autres formes moins élaborées d'individualismes. À cette intensification s'ajoute un second mouvement, cette fois d'élargissement. L'individualisme ne se renforce plus de l'intérieur mais étend au contraire ses frontières. C'est alors un véritable dépassement de l'individualisme traditionnel qui se produit. On examinera successivement les deux

¹⁹⁵¹ Pour une étude complète, voir G. SOUCHON, *Les grands courants de l'individualisme*, A. Colin, 1998. Pour une analyse de l'individualisme et du droit, cf. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, Domat, 1945.

¹⁹⁵² Terme emprunté à Y. MADIOT, « La protection internationale de la personne », dans *La personne humaine, sujet de droit*, *op. cit.*, p. 191 ; V. HEUZÉ évoque également cet individualisme effréné dans « L'Europe désenchantée », *op. cit.*, p. 1443, n° 30.

¹⁹⁵³ Voir par exemple A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ* 2000, p. 1.

mouvements que sont la personnalisation du droit civil européen (section I) et le dépassement des frontières de l'individualisme classique (section II)

Section I : La personnalisation du droit civil européen

749. En lui-même, l'individualisme suppose déjà l'importance de la personne comme donnée primordiale. Toutefois, le droit civil européen, parce qu'il manifeste un individualisme renforcé, fait de la personne non seulement le point de départ de la matière mais également l'élément central autour duquel elle va se structurer. La personnalisation de la matière civile européenne, qui démontre l'individualisme renforcé, se déduit de deux éléments auxquels F. De Singly attribue la qualité de critères¹⁹⁵⁴. Il associe le renforcement de l'individualisme, qu'il nomme émancipation des individus, à deux facteurs. Le premier résulte de l'accroissement des droits conférés aux personnes et paraît simple à démontrer dans la mesure où il se résume à prouver une multiplication des droits garantis. Le second, quant à lui, tend à révéler une considération accrue de la personne dans son intégralité qui ne peut, dès lors, être réduite à une seule dimension statutaire¹⁹⁵⁵. La personnalisation du droit civil européen devra ainsi être vérifiée en fonction de ces deux éléments à savoir, d'une part, l'enrichissement des droits de la personne (§ I), d'autre part la protection globale qui en découle, regroupant tous les aspects de la personne (§ II).

§ I - L'enrichissement des droits de la personne

750. Si le constat d'un tel enrichissement parvient à être posé, c'est que l'individu constitue un facteur de multiplication des droits garantis. Cela démontre que le droit civil européen s'intéresse en priorité à la personne et que cette dernière se situe au cœur des préoccupations civiles européennes. Toutefois, si de nombreux droits se contentent d'être reconnus aux individus sans réelle garantie, autrement dit, sans effectivité, l'enrichissement des droits relatifs à la personne ne saurait exprimer un individualisme renforcé. Ainsi, une simple multiplication des droits ne témoigne pas à elle seule d'un individualisme croissant. Pour cela, il est nécessaire que les droits proclamés ne soient pas fictifs c'est-à-dire que la multiplication des droits individuels se fasse à la fois quantitativement et qualitativement. Seul un enrichissement tenant à la fois au contenu et à l'effectivité de la protection prouve que

¹⁹⁵⁴ F. DE SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, Nathan, coll. Essais de recherche, 1996, cité par J. COMMAILLE, « La métamorphose de la gestion politique de l'univers privé des individus, du législateur juridique au juriste consultant », dans *Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 20.

¹⁹⁵⁵ C'est-à-dire l'individu envisagé à travers ses divers liens sociaux et professionnels.

la personne se situe au centre des raisonnements. Ainsi, la protection mise en place par le droit civil européen devra être vérifiée à la fois sur le plan quantitatif (A) et qualitatif (B), le deuxième venant renforcer le premier.

A / L'accroissement quantitatif des droits reconnus aux individus

751. L'élargissement de la protection des droits individuels d'un point de vue quantitatif n'est guère contestable. En cela, démontrer que les droits accordés au titre de la protection individuelle sont de plus en plus nombreux et s'établissent en prenant la personne humaine comme référence centrale ne pose guère de difficultés. Il semble en revanche plus ardu de présenter cet enrichissement de droits individuels de manière organisée. Pour cette raison, une distinction entre les droits mis en place par l'Europe communautaire (1°) et ceux élaborés par le Conseil de l'Europe (2°) limite les risques d'une présentation trop désordonnée.

1° Les droits individuels en droit communautaire

752. Établir une liste exhaustive de ces droits ne présente pas d'intérêt. Il suffit, pour attester de cet enrichissement des droits individuels en droit communautaire de citer quelques droits reconnus révélant la situation centrale de l'individu. L'ensemble des mesures communautaires favorables à l'égalité de traitement pourrait être cité à ce titre tant il se présente comme protecteur des individus. L'arrêt *Mangold*¹⁹⁵⁶ consacre par exemple un principe de non-discrimination en fonction de l'âge, critère individuel et essentiellement humain. La notion primordiale de citoyenneté renvoie également sans conteste à un « *credo individualiste* »¹⁹⁵⁷ communautaire. La protection individuelle joue, alors même que les individus n'ont pas usé de leur liberté de circulation comme c'est le cas dans l'arrêt *Schempp*¹⁹⁵⁸. De même, lorsque le droit communautaire protège les personnes les plus vulnérables, il s'oriente également vers une protection individualiste, y compris lorsqu'il pourrait s'adresser à des groupes comme les enfants, des femmes ou les consommateurs¹⁹⁵⁹. L'ensemble des droits garantis par le droit civil communautaire semble avoir pour point de départ l'individu. La protection ne s'intéresse pas aux droits collectifs ou aux institutions

¹⁹⁵⁶ CJCE 22 novembre 2005 affaire C- 144/04, Werner Mangold c/ Rüdiger Helm, *Europe* 2006, n° 1, comm. 18, note L. IDOT ; *JTT*, 10 mars 2006, n° 941, p. 109, note D. MARTIN ; *RTDH* 2006, p. 629, obs. H. SURREL.

¹⁹⁵⁷ Selon l'expression de J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004 – janvier 2005) », *op. cit.*, p. 546.

¹⁹⁵⁸ CJCE 12 juillet 2006 affaire C- 403/03, Schempp, *RTDH* 2006, p. 629, obs. H. SURREL.

¹⁹⁵⁹ Voir en ce sens le considérant 18 de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales (Directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur du 11 mai 2005, *op. cit.*). Le texte de la directive fait expressément référence aux « *consommateurs dont les caractéristiques les rendent particulièrement vulnérables* ».

comme, par exemple, le mariage. Même lorsque le droit communautaire vise une protection plus collective, il ne s'adresse en réalité qu'aux individus formant un groupe, à la différence du droit en lui-même. La protection de la confiance légitime, principe sous-jacent du droit civil européen renvoie également à une approche individualisée des attentes et espérances.

753. Enfin, il convient de citer la Charte DFUE qui a été élaborée dans un but de protection des seules garanties individuelles. De nombreux droits énoncés par ce texte se trouvent garantis à « toute personne ». Bien que ce texte ne soit pas encore entré en vigueur, il confirme à la fois l'approche individualiste et la multiplication des mesures composant le droit civil communautaire. Le constat est identique au sein du système mis en place par le Conseil de l'Europe.

2° Les droits individuels en droit du Conseil de l'Europe

754. En premier lieu, comme son nom l'indique, la Convention européenne des droits de l'homme accorde des droits aux individus. Ainsi, puisque les droits de la personne se situent à l'origine de la question des droits de l'homme¹⁹⁶⁰, la multiplication de ces derniers profite aux individus dès lors qu'ils en sont titulaires. Certes, tous ces droits n'entrent pas dans la catégorie des droits civils. Cela étant, ceux qui relèvent de la matière civile ont sans nul doute un caractère individualiste¹⁹⁶¹.

755. En second lieu, nul ne peut contester l'extension de ces droits. À l'instar du droit communautaire, la seule égalité de traitement, tant plébiscitée en matière civile européenne, constitue un droit individuel¹⁹⁶². Par conséquent, toutes les normes qui favorisent l'égalité sont autant de prérogatives individuelles accordées aux particuliers. L'importance du principe d'égalité témoigne donc de ce raisonnement protecteur des droits des individus.

756. S'il ne fallait citer qu'un texte prompt à illustrer l'enrichissement quantitatif de la protection individuelle, l'article 8 devrait être mentionné. En effet, l'extension considérable de son champ d'application a permis une multiplication des droits accordés, chacun d'eux

¹⁹⁶⁰ G. KOUBI, « Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et "droits de groupe" », dans *Mélanges R. GOY. Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, publication de l'Université de Rouen, 1998, p. 106.

¹⁹⁶¹ En ce sens, voir G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA* 14 septembre 2005, p. 10, qui étudie « la logique individualiste du droit européen » dans un cadre civil.

¹⁹⁶² Voir en cela K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, p. 34.

étant érigé à partir de la notion centrale d'individu. Ce texte ne cesse de consacrer de nouveaux droits individuels, par exemple le droit à la réputation¹⁹⁶³, le respect de la capacité à mener une vie professionnelle normale¹⁹⁶⁴, ou encore le droit à l'image¹⁹⁶⁵. De fait, plusieurs affaires favorisent des droits individuels. Il en est ainsi de l'arrêt *Von Hannover contre l'Allemagne*¹⁹⁶⁶ qui consacre le rattachement de la protection de l'image à celle de la vie privée. Or, le droit à l'image est par définition un droit individuel puisqu'il est le droit reconnu à chaque personne d'interdire la publication d'images qui portent atteinte à sa vie privée¹⁹⁶⁷. Il vise donc à protéger chaque individu et relève de la catégorie des droits de la personnalité. Le droit à l'épanouissement personnel relève également d'une approche individualiste du droit civil européen, se dédoublant en droit à l'autonomie personnelle et droit au développement personnel, qui constituent deux autres droits individuels consacrés récemment. L'article 8 de la Conv EDH a encore permis à la Cour de reconnaître un droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir dans l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni*¹⁹⁶⁸. De même, l'arrêt *Znamenskaya contre la Russie*¹⁹⁶⁹ a accordé à la mère d'un enfant mort né le droit de lui obtenir un statut juridique.

757. Poursuivre l'énumération des nombreux droits accordés aux individus apparaît d'autant moins nécessaire qu'ils sont abordés tout au long de cette étude. L'essentiel réside dans le constat indéniable que les droits individuels se multiplient en droit civil européen et que la personne humaine se trouve au centre de cette évolution. Particulièrement ces dernières années, la protection de l'individu s'est manifestée à travers la notion d'accomplissement personnel. La protection tend à cet accomplissement et supprime les obstacles susceptibles de l'empêcher, comme par exemple le droit de vivre dans un environnement sain, qui constitue un droit civil¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶³ CEDH 30 mars 2004 requête n° 53984/00, *Radio France c/ France*, point 31 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 801, note J.-P. MARGUÉNAUD ; voir encore CEDH déc. 20 octobre 2005 requête n° 4591/04, *Gunnarsson c/ Islande*.

¹⁹⁶⁴ CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, point 49 de l'arrêt, *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 103, p. 81, n° 13, obs. F. SUDRE ; *AJDA* 2005, p. 543, obs. J.-F. FLAUSS.

¹⁹⁶⁵ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, *RTD civ* 2004, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 8, obs. F. SUDRE ; CEDH 11 janvier 2005 requête n° 50774/99 *Sciaccia c/ Italie*, *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 159, p. 1454, n° 13, obs. F. SUDRE.

¹⁹⁶⁶ CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, *op. cit.*

¹⁹⁶⁷ Voir par exemple CA Paris 25 octobre 1982, *D.* 1983, p. 363, note D. LINDON.

¹⁹⁶⁸ CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05 *Evans c/ Royaume-Uni*, *RTD civ* 2006, p. 255, note J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁹⁶⁹ CEDH 2 juin 2005 requête n° 77785/01, *Znamenskaya c/ Russie*, *AJDA* 2006, p. 470, obs. J.-F. FLAUSS.

¹⁹⁷⁰ CEDH 12 juillet 2005 requête n° 36220/97, *Okyay et autres c/ Turquie*, *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 109, p. 187, n° 3, obs. F. SUDRE.

758. Il convient par ailleurs de préciser que même les droits réputés collectifs, susceptibles de faire partie de l'ensemble civil européen ne sont en réalité que des prérogatives individuelles exercées en commun. Les arrêts *Chapman contre le Royaume-Uni* ou *Buckley contre le Royaume-Uni* en constituent des exemples révélateurs. Par ces arrêts, la Cour consacre sans aucun doute le respect de l'identité minoritaire, en l'occurrence tsigane. Par là même, ce droit entre dans le champ de la protection de l'article 8 de la Conv EDH. Toutefois, les textes des arrêts se contentent de viser « *les intérêts de l'individu protégés par l'article 8* », le terme individu y figurant au singulier¹⁹⁷¹. Ainsi, la Cour exprime les limites de l'article 8 qui « *ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général* »¹⁹⁷². Cette dernière formule est d'ailleurs reprise dans l'arrêt *Chapman contre le Royaume-Uni*¹⁹⁷³ et laisse supposer que, bien qu'il s'agisse du respect d'une identité minoritaire, la minorité ne se trouve pas protégée dans son ensemble. Seuls les individus composant cette minorité sont protégés, à titre individuel. En conséquence, la protection des minorités ne constitue qu'une protection individuelle poursuivant le but d'épanouissement de chacun des membres. Le groupe se forme précisément parce que chacune des entités le composant se voit garantir la liberté de s'y rallier.

759. Cette approche individualiste de la protection des groupes minoritaires se retrouve dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen contre le Danemark*¹⁹⁷⁴. En effet, alors qu'il s'agit de liberté syndicale, droit susceptible de jouer de manière collective, la Cour fait appel à la notion « *d'autonomie personnelle* »¹⁹⁷⁵. En vertu de ces constats, l'enrichissement de la protection individuelle semble être acquis en droit civil européen. Toutefois, l'accroissement quantitatif des droits reconnus aux individus est sans doute plus aisé à démontrer que l'accroissement qualitatif : le seul constat de l'élargissement de la palette des droits reconnus est suffisant. L'accroissement qualitatif dépend quant à lui de facteurs plus précis.

¹⁹⁷¹ CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, point 92 de l'arrêt, *RTDH* 2002, p. 999, note F. BENOIT-ROHMER ; *RTDH* 2002, p. 1017, note D. ROSENBERG ; *RTD civ* 2001, p. 448, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *L'Europe des libertés* 2001, p. 2, n° 5, note M. LEVINET ; *JCP* 2001, éd. G., I, 342, p. 1562 et 1563, n° 16 et 20, obs. F. SUDRE ; *GACEDH* n° 39 et CEDH 25 septembre 1996 requête n° 20348/92, *Buckley c/ Royaume-Uni*, point 76 de l'arrêt, *RTDH* 1997, p. 47, note O. DE SCHUTTER ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 75, n° 33, obs. F. SUDRE.

¹⁹⁷² CEDH 25 septembre 1996 requête n° 20348/92, *Buckley c/ Royaume-Uni*, point 81 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹⁷³ CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, point 113 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹⁷⁴ CEDH Gde Ch. 11 janvier 2006 requêtes n° 52562/99 et 52620/99, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, *AJDA* 2006, n° 9, p. 474, obs. J.-F. FLAUSS ; *RTDH* 2006, p. 787, note F. KRENC.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, point 54 de l'arrêt.

B / L'accroissement qualitatif des droits reconnus aux individus

760. Pour que l'enrichissement des droits de la personne puisse être établi, encore faut-il que la qualité de la protection s'améliore à son tour. Or, le droit civil européen tend à une véritable sacralisation de l'individu et de ses droits, si bien que l'accroissement de leur nombre va de pair avec une protection intensifiée. Évoquer l'accroissement qualitatif des droits reconnus aux individus revient à affirmer que ces droits visent de façon pertinente et adéquate la sphère individuelle et que, par ailleurs, ils se trouvent également protégés de façon effective. C'est ainsi la qualité de la protection qui se trouve améliorée par une attention centrée sur l'individu (1°) et qui se révèle de plus en plus efficace (2°).

1° L'individu au cœur de la protection

761. Il s'agit moins de reprendre la liste de droits énumérés précédemment que d'en aborder la substance. En effet, ces droits sont engagés dans un mouvement visant à recentrer la protection autour de l'individu. Dans son opinion séparée relative à l'arrêt *Chassagnou contre la France*¹⁹⁷⁶, le juge Costa soulignait déjà la tendance de la Cour EDH à sacraliser le droit de propriété ce qui, à son sens, caractérisait un courant individualiste. Cette tendance paraît s'être accentuée au point que le droit civil européen se construit sur des droits visant l'accomplissement personnel et le respect de la singularité subjective¹⁹⁷⁷, expressions d'un individualisme marqué. De fait, les droits garantis semblent proclamés à travers le prisme de l'individu, même lorsqu'à l'origine la personne ne semble pas située au cœur du problème.

762. L'affaire *Leyla Sahin contre la Turquie* constitue un exemple révélateur de ce phénomène puisque la Cour EDH aborde le problème du port du voile islamique sous l'angle de la protection de l'égalité entre les hommes et les femmes. Il est certain que la Conv EDH garantit avant tout des droits individuels. Cela étant, l'interprétation des juges de Strasbourg oriente la protection dans un sens collectif ou individuel. Dans l'affaire mentionnée, la Cour aurait pu éviter une approche aussi individualiste en bornant son raisonnement au port du voile et au droit à l'instruction. Entraîner le raisonnement vers l'égalité de traitement revient à situer le problème sur un terrain favorable à la protection des individus.

¹⁹⁷⁶ CEDH 24 avril 1999 requête n° 25088/94, *Chassagnou c/France*, *GACEDH* n° 59.

¹⁹⁷⁷ G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide, essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1983, p. 10.

763. L'affaire *Chauvy contre la France*¹⁹⁷⁸ témoigne également de ce que l'individu se trouve au cœur de la protection offerte par le droit civil européen. Les faits opposaient les deux requérants, en l'occurrence journaliste et éditeur, à l'État français en raison d'une condamnation pénale prononcée à leur encontre pour diffamation. Ils invoquaient, classiquement, une atteinte à leur droit à la liberté d'expression, se fondant sur l'article 10 de la Conv EDH. La Cour, tout en statuant sur le terrain de cet article, confronte les intérêts en présence. Elle met ainsi en présence la liberté d'expression reconnue par l'article 10 et le droit à la réputation des personnes mises en cause dans l'ouvrage litigieux. Or, poursuit la Cour, ce droit relève, en tant qu'élément de la vie privée, de l'article 8 de la Convention¹⁹⁷⁹. Pourtant, une telle pesée des intérêts ne semblait pas nécessaire. Afin de délivrer son brevet de conventionalité à l'État défendeur, il suffisait à la Cour de constater que son ingérence était justifiée dès lors qu'elle était prévue par la loi et qu'elle s'avérait nécessaire au titre de la protection et de la réputation des droits d'autrui, ici les époux Aubrac, victimes de la diffamation. L'insertion de l'article 8 dans le raisonnement de la Cour semble avoir pour but de renforcer les droits des victimes diffamées et de légitimer leurs intérêts de façon indubitable. En réalité, la référence à la vie privée ne constitue pas un élément crucial de la démonstration de la Cour qui aurait pu parvenir à la même conclusion sans personnaliser à ce point l'étude des droits des victimes. En se prononçant ainsi, le juge ne se contente pas des limites prévues au second paragraphe de l'article 10. Elle accorde une considération singulière à la victime en qualifiant ses droits et en les faisant entrer sous le coup d'un droit garanti par la Convention. Partant, elle démontre à quel point l'ensemble de la protection se trouve envisagée au travers du prisme individuel, de l'applicabilité du droit à son observation.

764. De manière analogue, dans l'arrêt *Sidabras et Dziautas contre la Lituanie*¹⁹⁸⁰, précédemment évoqué, la Cour mentionne et renvoie à l'affaire *Smirnova contre la Russie*¹⁹⁸¹. Dans cette dernière espèce, la juridiction européenne a examiné les conséquences sur la vie privée de l'une des requérantes, de la saisie par les autorités d'un document officiel lui appartenant, en l'occurrence son passeport. Pourtant, comme le relève la Cour, « *l'intéressée ne se plaignait d'aucune ingérence précise résultant de cette saisie* »¹⁹⁸². Il est toutefois apparu à la Cour que « *l'absence de passeport était en soi à l'origine d'une série de problèmes*

¹⁹⁷⁸ CEDH 29 juin 2004 requête n° 64915/01, *Chauvy c/ France*.

¹⁹⁷⁹ CEDH 29 juin 2004 requête n° 64915/01, *Chauvy c/ France*, point 70 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹⁸⁰ CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, *op. cit.*

¹⁹⁸¹ CEDH 24 juillet 2003 requêtes n° 46133/99 et 48183/99, *Smirnova c/Russie*.

¹⁹⁸² CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, point 45 de l'arrêt, *op. cit.*

au quotidien car la requérante avait besoin de son passeport pour accomplir des tâches aussi courantes que le change de devises ou l'achat de billets de train. Elle a aussi relevé en particulier que le passeport était nécessaire à la requérante pour des besoins plus cruciaux, comme trouver un emploi ou recevoir des soins médicaux. La Cour a donc conclu dans l'affaire Smirnova que la privation de passeport avait constitué une ingérence continue dans la "vie privée" de la requérante concernée »¹⁹⁸³. L'appel qui est fait à l'article 8, alors même qu'il n'a pas été invoqué par la requérante, révèle la sacralisation des droits des individus. Aucun autre article ne protège davantage l'accomplissement personnel des individus. De fait, son utilisation n'est pas anodine et souligne la volonté de la Cour de protéger la sphère individuelle.

765. Enfin ne faut-il pas oublier que le caractère factuel du droit civil européen favorise la place centrale de l'individu dans la protection mise en oeuvre. En raison de l'appréciation *in concreto* que ce droit réclame, les paramètres individuels acquièrent assurément de l'importance. Les facteurs humains qui influent sur le raisonnement de la Cour participent de cette personnalisation de la matière civile. À l'instar de J.-F. Flauss, il est ainsi possible de constater que « la précarité des conditions d'existence, l'âge, l'état de santé du requérant constituent des paramètres auxquels la Cour européenne se montre sensible »¹⁹⁸⁴. Ce propos peut être étendu à l'ensemble du droit civil européen qui s'intéresse de façon générale à la situation économique, au sexe, à la nationalité des justiciables ainsi qu'à d'autres facteurs qui peuvent être qualifiés d'humains. La qualité de la protection se trouve également illustrée par une efficacité accrue.

2° Une protection effective

766. Pour emprunter les termes de M.-T. Meulders-Klein, le droit civil européen met en place une protection de l'homme qui le consacre comme personne, « *sujet de droit, libre et égal en droit et en dignité, doué d'une personnalité propre et d'un destin auquel il lui appartient de collaborer activement* »¹⁹⁸⁵. Or, cette protection s'intensifie chaque jour davantage et semble s'adapter toujours un peu plus aux besoins des individus.

¹⁹⁸³ CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00 Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, point 45 de l'arrêt, *op. cit.*

¹⁹⁸⁴ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004 - janvier 2005) », *op. cit.*, p. 543 à propos de l'arrêt CEDH 18 janvier 2005, requête n° 77317/01, Poltorachenko c/ Ukraine.

¹⁹⁸⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, LGDJ, 1999, p. 435.

767. Sans réitérer les observations faites sur ce mécanisme, l'effectivité de la protection des droits individuels se déduit, dans un premier temps, de la diffusion horizontale des droits fondamentaux. À titre d'exemple, l'effet horizontal de la Conv EDH renforce sans nul doute le respect des droits dans une perspective individualiste. Ce procédé, à lui seul, met en évidence la sacralisation de la personne et de ses droits puisqu'il vise à prolonger la protection jusque dans la sphère individuelle. Par ailleurs, la place centrale de l'individu au sein de la protection mise en œuvre par le droit civil européen est confortée par l'existence d'une voie de recours individuelle, c'est-à-dire finalement un droit d'action offert aux individus¹⁹⁸⁶, que les autres systèmes de protection de droits de l'homme ne proposent pas nécessairement.

768. Dans un deuxième temps, la protection se révèle effective en ce que l'aspect individuel parvient à l'emporter sur l'aspect institutionnel. L'arrêt *B. et L. contre le Royaume-Uni*¹⁹⁸⁷ amène ainsi à se demander, avec F. Sudre, si la Cour ne s'engage pas dans la voie d'une destruction de l'institution du mariage¹⁹⁸⁸. La Cour condamne le Royaume-Uni en raison de sa législation prohibant les mariages entre alliés en ligne directe. Le principe de l'interdiction du mariage entre alliés trouve sa justification dans le souci de préserver la paix des familles dont l'intérêt, jusqu'alors, prévalait sur le seul droit individuel au mariage. Pourtant, la Cour décide que cette prohibition porte atteinte à la liberté de se marier énoncée à l'article 12 de la Conv EDH. Le juge fait ainsi prévaloir la protection individuelle sur une mesure dont il reconnaît pourtant qu'elle poursuit un but légitime de protection de l'intégrité de la famille. Une telle atteinte portée à l'institution matrimoniale et à l'ordre public familial ne se justifie que par l'encouragement que la Cour entend prononcer à l'égard de l'accomplissement personnel. Tel semble être le prix de la poursuite d'une protection déjà entamée : celle du droit à l'autodétermination¹⁹⁸⁹. Ce droit permet de favoriser les droits d'un seul individu opposés à des valeurs réputées communes¹⁹⁹⁰. Contre toute attente, ce droit a

¹⁹⁸⁶ Cf. à ce sujet Y. MADIOT, « La protection internationale de la personne », dans *La personne humaine, sujet de droit*, *op. cit.*, p. 186. Pour l'auteur, un tel droit de recours constitue une avancée considérable dans la protection de la personne, qui ne peut se réaliser que dans le cadre d'une conception individualiste et libérale des droits fondamentaux.

¹⁹⁸⁷ CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, B. et L. c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 2005, p. 735, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ* 2005, p. 758, note J. HAUSER ; *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 109, n° 11, p. 189, obs. F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. GOUTENOIRE et M. LAMARCHE.

¹⁹⁸⁸ F. SUDRE, obs. sous CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, B. et L. c/ Royaume-Uni, *op. cit.*

¹⁹⁸⁹ À distinguer du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes inscrit dans la Charte des Nations Unies, le Pacte sur les droits civils et politiques et le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁹⁹⁰ Ce que confirme d'ailleurs les arrêts CEDH Gr. Ch. 11 janvier 2006, requêtes n° 52562/99 et 52620/99 Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, *op. cit.*, à propos de la liberté syndicale. Pour la Cour, l'affiliation obligatoire à un syndicat enfreint la liberté d'association négative. Qu'une telle décision dérégule la politique sociale d'un pays en affaiblissant le rôle des syndicats n'arrête pas la Cour pour qui « la notion d'autonomie

permis le mariage d'un transsexuel avec une personne du même sexe biologique. Il poursuit son cheminement en garantissant à ce jour la liberté complète du mariage.

769. De tous les droits civils, le droit à l'autonomie personnelle est celui qui reflète le plus l'attachement de la matière civile à la philosophie individualiste. Il naît de l'individu, qui l'amorce et auquel il appartient. Il lui offre la liberté de choisir les voies de son accomplissement personnel c'est-à-dire, en fait, le droit d'être absolument soi-même¹⁹⁹¹. La notion d'autonomie personnelle certifie l'effectivité de la protection et illustre l'accroissement qualitatif des droits reconnus aux individus.

§ II - L'enrichissement de la considération portée à la personne

770. Plus qu'un enrichissement des droits, la personnalisation du droit civil européen résulte d'une prise en compte accrue de la personne dans son intégralité. Il s'agit du second critère de la philosophie individualiste¹⁹⁹². Les circonstances de la prise en considération de la personne et de toute la personne restent à déterminer. Ce critère ne se limite pas au refus de réduire la personne à sa seule dimension statutaire c'est-à-dire considéré dans un réseau de relations. Il est vrai que la considération de l'individu ne doit pas se résumer au rôle social qu'il joue, que ce soit à travers un lien conjugal, un rapport contractuel, un lien de filiation ou une place quelconque dans un groupe familial. En ce sens, c'est la personne en elle-même qui doit être protégée, car l'individu préexiste à tous les rapports qu'il peut établir, familial ou contractuel. Il découle d'une plus grande attention portée à la personne un droit qui n'envisage pas l'individu à travers les seuls ensembles sociaux. Or, le droit civil européen se rallie à cette approche étant donné qu'il s'intéresse au particulier de façon absolue. Néanmoins, envisager la personne dans une optique individualiste suppose également de s'intéresser à d'autres aspects, si tant est qu'ils soient exhaustivement définissables. Ainsi, la prise en compte de la volonté de la personne apparaît essentielle et mérite d'être rattachée à la considération de la personne. Le droit civil européen consacre ainsi une protection visant

personnelle (...) doit être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition » (point 54 de l'arrêt).

¹⁹⁹¹ G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide, essais sur l'individualisme contemporain*, op. cit., p. 10.

¹⁹⁹² F. DE SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, Nathan, coll. Essais de recherche, 1996, cité par J. COMMAILLE, « La métamorphose de la gestion politique de l'univers privé des individus, du législateur juridique au juriste consultant », dans *Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, op. cit., p. 20.

l'intégralité de la personne en tant que telle (A) mais également ses différentes manifestations, en d'autres termes sa volonté (B).

A / La personne dans son intégralité

771. Prendre en considération la personne dans son intégralité, bien entendu dans la mesure du possible, revient à ne pas restreindre la protection à un domaine particulier. Au contraire, la protection doit envisager l'individu dans toutes ses composantes. L'idéologie individualiste entraîne, dans un premier temps, le droit civil européen à bâtir une protection classique pour l'individu. Aussi, il n'est rien de surprenant à ce qu'il garantisse le respect de l'intégrité physique et morale de la personne puisqu'il s'agit là de composantes élémentaires de la personne.

772. Cependant, au delà de cette approche classique, l'individu peut être envisagé sous deux angles différents. Tout d'abord par rapport à lui-même et ensuite par rapport aux autres. La protection garantie par le droit civil a pris en compte ces deux aspects de la personne et s'est étendue, dans un second temps, à d'autres facettes, moins traditionnelles. Seule une protection de l'individu en société (1°) à laquelle s'adjoint une protection de son autonomie (2°) autorisent à parler de protection intégrale de l'individu.

1° La protection de l'individu en société

773. Il ne s'agit pas d'énumérer les droits individuels mais de constater que l'ensemble des pôles de la vie d'un individu en société se trouvent visés par la matière civile. Elle s'adresse à l'individu dans tous les aspects de sa vie. Ainsi, il peut être considéré dans sa dimension statutaire : la protection peut intervenir en raison d'une activité économique, consommateur ou professionnel, ou en fonction d'un statut social, étudiant ou retraité, ou encore d'une situation familiale, conjoint ou partenaire.

774. De même, l'individu est protégé dans ses relations avec les autres. C'est alors son rôle social qui est pris en compte par le droit civil. Citons par exemple le droit à la réputation consacré par l'arrêt *Radio France contre la France*¹⁹⁹³ et repris dans la décision *Gunnarsson contre l'Islande*¹⁹⁹⁴. Cette disposition relève du droit au respect de la vie privée sociale dont la protection n'apparaît pourtant pas automatique au regard de l'aspect traditionnellement personnel de la notion de vie privée. Cela étant, la vie sociale, et notamment professionnelle,

¹⁹⁹³ CEDH 30 mars 2004 requête n° 53984/00, *Radio France c/ France*, *op. cit.*

¹⁹⁹⁴ CEDH 20 octobre 2005 requête n° 4591/04, *Gunnarsson c/ Islande*, *op. cit.*

constitue un large pan de la vie des individus et l'attention qu'y porte la matière civile révèle un souci de protection intégrale.

775. Il faut reconnaître que l'individualisme européen offre une protection de l'individu en société qui demeure individuelle. En effet, il n'est aucunement question, du point de vue du droit civil européen, d'aborder l'individu au travers d'un groupe, ne serait-ce qu'un couple. Le droit de se marier ne peut être allégué par un couple, il ne peut l'être que par les individus le constituant. Le droit civil européen se concentre avant tout sur la personne, y compris dans une perspective qui pourrait sembler collective, telle le regroupement familial. Il est toujours question, entre autres dans la directive de 2004¹⁹⁹⁵, du droit pour l'individu de se faire rejoindre par les membres de sa famille. L'expression même de « famille », employée seule, n'apparaît que rarement dans le texte, ce qui prouve que ce n'est pas la famille qui est visée mais les « membres de la famille », terme utilisé et préféré au précédent.

776. Pour aller dans le même sens, s'il est maintes fois question de la « famille » en droit européen - qu'il s'agisse du droit du Conseil de l'Europe ou du droit communautaire - cette notion ne s'envisage pas de façon autonome ; elle n'existe que par le biais des individus et au travers de leurs choix. Il se peut que le droit civil européen soit amené à aborder la question du pluralisme familial. Dans une telle hypothèse, le problème est traité sous l'angle du respect des choix individuels. À ce titre, la directive sur le regroupement familial de 2004 mérite d'être citée concernant le partenaire non marié. L'apparition de ce dernier en droit communautaire ne doit pas être considérée comme le signe d'une reconnaissance de la famille naturelle. Il n'est fait allusion au partenaire non marié qu'afin de respecter le choix du migrant de vivre son union hors mariage. Il pourra de ce fait être rejoint par son partenaire et poursuivre son union. Cela étant, les deux approches peuvent être défendues : l'approche individuelle telle qu'elle est avancée ici et l'approche institutionnelle. Celle-ci revient à prêter au droit communautaire l'intention de reconnaître les unions hors mariage. Néanmoins, en ce qu'elle néglige le point de départ, à savoir l'individu, cette vision semble erronée. Elle n'explique pas les conditions d'âge et de dépendance imposées aux membres de la famille désireux de rejoindre le migrant. En effet, sur un plan purement institutionnel, il aurait été

¹⁹⁹⁵ Directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

sans importance qu'un membre de la famille soit dépendant du migrant ou qu'il ait tel âge, pourvu qu'il fut de la famille.

777. La protection de l'individu en société s'intéresse aussi au nom patronymique dans une perspective essentiellement individuelle. La Cour européenne l'envisage comme un moyen d'identification personnelle avant d'être un moyen de rattachement à une famille¹⁹⁹⁶. Elle affirme ainsi dans l'arrêt *Stjerna contre Finlande* que « le nom conserve un rôle déterminant pour l'identification des gens »¹⁹⁹⁷. De manière analogue, pour la CJCE, le fait de porter des noms de famille différents d'un pays à l'autre constitue un problème de « nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possèdent également la nationalité ». Cette dernière phrase, extraite de l'arrêt *Garcia Avello*¹⁹⁹⁸, démontre que le nom est envisagé avant tout comme un élément d'identification d'un individu. En effet, la Cour n'envisage pas les problèmes de rattachement à un groupe familial que le changement de nom serait susceptible d'engendrer.

778. Le droit civil européen s'intéresse à d'autres éléments d'identification de la personne, comme le sexe ou encore l'âge de la personne, ce dernier élément illustre par exemple le cœur de l'arrêt *Mangold*¹⁹⁹⁹, rendu par la CJCE. La Cour, qui consacre un principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, démontre ainsi sa volonté d'intervenir sur l'ensemble des éléments constituant la personnalité. On ne peut donc que constater le souci de la matière civile d'instaurer la protection la plus complète possible de l'individu dans ses rapports avec le reste de la société. La protection de l'individu en société paraît insuffisante dès lors que l'individu n'existe pas seulement par rapport aux autres.

¹⁹⁹⁶ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, Ünal Tekeli c/ Turquie, point 41 de l'arrêt, *AJDA* 2005 p. 546 obs. J.-F. FLAUSS ; *RTD civ* 2005, p. 343 obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁹⁹⁷ CEDH 25 novembre 1994 requête n° 18131/91, *Stjerna c/ Finlande*, point 39 de l'arrêt, *RUDH* 1995, p. 109, note M. LEVINET ; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 31, obs. F. SUDRE.

¹⁹⁹⁸ CJCE 2 octobre 2003 affaire C-148/02, *Carlos Garcia Avello c/ État belge*, point 36 de l'arrêt, *RTDH* 2004, p. 739, note H. SURREL ; *Europe* décembre 2003, commentaires, n° 374, p. 5, note Y. GAUTIER ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 111, n° 3, obs. A. MARMISSE.

¹⁹⁹⁹ CJCE 22 novembre 2005 affaire C- 144/04, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, *op. cit.*

2° La protection de l'autonomie individuelle

779. L'individu mérite une protection en dehors de toute relation avec autrui, ce que le droit civil européen a mis en place. Ainsi, lorsque les droits à l'identité personnelle²⁰⁰⁰ ou à un environnement sain²⁰⁰¹ sont reconnus, la protection s'attache à l'individu dans une perspective autonome. Ce dernier droit, en particulier, témoigne de la volonté de protéger complètement l'individu, considéré dans toute son existence. En effet, la Cour a admis que « *des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale* »²⁰⁰². Il s'agit alors de protéger le bien-être des individus c'est-à-dire le droit à l'environnement qui leur permettra de s'épanouir, sans risque pour la santé. L'arrêt *Moreno Gomez contre l'Espagne* ne vise d'ailleurs plus les graves émissions nocives caractérisant l'affaire *Guerra contre Italie*²⁰⁰³, mais simplement des atteintes telles que le bruit ou les odeurs²⁰⁰⁴. De fait, puisque cette protection s'adresse à un nouveau versant de la sphère individuelle, elle se trouve envisagée de façon de plus en plus complète.

780. Ces droits, quelle que soit leur étendue, envisagent l'individu en tant que tel, c'est-à-dire en tant que personne autonome détachée de son statut social et perçue en dehors de tout rapport avec autrui. L'individu ne bénéficie pas d'un droit à un environnement sain parce qu'il est le « père de » ou parce que ce droit est reconnu à sa famille. Il en bénéficie parce qu'avant tout il est un individu, sujet de droit. Cette déconnection entre l'individu et son statut se perçoit notamment en droit civil communautaire avec la notion de citoyenneté. Le ressortissant communautaire n'allègue plus un droit parce qu'il est travailleur, actif ou encore retraité. Au travers de la citoyenneté, il le fait parce qu'avant d'être un agent économique, il est un citoyen. Par ce biais, l'Union européenne a pu légiférer en matière d'orientation sexuelle, protection assurément autonome. Or, c'est précisément parce qu'elle envisage

²⁰⁰⁰ Reconnu dans l'arrêt CEDH Mikulic contre la Croatie (CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, Mikulic c/ Croatie *JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1455, n° 13, obs. F. SUDRE).

²⁰⁰¹ Parmi d'autres, CEDH 12 juillet 2005 requête n° 36220/97, Okyay et autres c/ Turquie, *op. cit.*

²⁰⁰² CEDH 9 décembre 1994 requête n° 16798/90, Lopez Ostra c/ Espagne, point 51 de l'arrêt, *GACEDH* n° 3, *RTD civ* 1996, p. 507, note J.-P. MARGUÉNAUD ; CEDH 19 février 1998 requête n° 14967/89, Guerra c/ Italie, point 60 de l'arrêt, *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, note 40, obs. F. SUDRE ; *RTD civ* 1998, p. 515, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *GACEDH* n° 46.

²⁰⁰³ CEDH 19 février 1998 requête n° 14967/89, Guerra c/ Italie, point 57 de l'arrêt, *op. cit.*

²⁰⁰⁴ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 4143/02, Moreno Gomez c/ Espagne, point 53 de l'arrêt, *JCP* 2005, éd. G., I, 103, n° 12, p. 81, obs. F. SUDRE : « *Des atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences* ».

l'individu non plus statutairement mais de façon individuelle qu'elle en est venue à régler de telles questions.

781. L'individu se trouve donc protégé sur de nombreux aspects de sa vie, qu'il la préfère en société ou au contraire en solitaire. « Citoyen », « individu », « bénéficiaire », « ressortissant », « requérant », tous les termes employés en matière civile tendent à l'individualisation des sujets. Assurément, les systèmes de protection de l'individu, qu'il soit en société ou pris isolément, s'unissent afin d'envisager le sujet de droit dans toutes les facettes de son existence. Bien évidemment, l'individu ne pourra jamais être considéré dans son intégralité absolue. L'évolution continue de la protection démontre qu'elle est sans fin. De nouvelles revendications apparaissent sans arrêt et certaines d'entre elles sont érigées au rang de droit. Pour autant, les nouveaux droits viennent davantage élargir le champ de protection que combler une lacune ou un silence. Pour cette raison, il est possible d'affirmer que la personne est considérée par le droit civil européen dans son intégralité, nonobstant le fait que cette intégralité ne se tarira jamais. Considérer la personne s'étend également à prendre en compte la volonté de celle-ci, initiative prise par le droit civil européen.

B / La prise en considération de la volonté de la personne

782. L'affirmation suivant laquelle l'attention portée à la personne par le droit civil européen s'intensifie se trouve renforcée par la prise en considération de la volonté individuelle. À moins d'affirmer que la volonté constitue un composant psychologique de la personne, elle ne relève pas de la personne en tant que telle, elle en est une des émanations. De ce fait, son étude devait être distinguée de celle relative à l'intégralité de la personne. Toutefois, la volonté se trouve indéniablement liée à l'individu puisqu'elle en est l'élément psychologique. Ce faisant, s'intéresser à la volonté revient à se préoccuper de l'individu et confirme finalement l'idéologie individualiste. Le droit civil européen se soucie de la volonté des individus et de leurs intentions. Cette assertion renferme deux cas de figure : dans le premier, le respect du droit européen à l'égard de la volonté se constate en ce qu'elle va permettre l'acquisition d'un droit (1°) ; dans le second au contraire, le droit européen se soucie de la volonté en ce qu'elle constitue une limite à une ingérence (2°).

1° La volonté à l'origine d'un droit

783. Le droit civil européen accorde une telle importance à la volonté individuelle qu'une grande partie de la protection des normes civiles est mise en place dans le but de la protéger. La manifestation de volonté possède dès lors beaucoup de valeur au regard du droit civil puisqu'elle est à l'origine de nombreuses dispositions. Ainsi, le droit de la consommation est élaboré expressément pour permettre au consommateur, partie réputée la plus faible, de faire valoir sa volonté. En effet, sans mesures protectrices, il ne parviendrait sans doute pas à ce que le contrat soit révélateur de sa propre volonté. C'est ainsi pour valoriser la volonté du consommateur face à celle du professionnel que le droit de la consommation intervient.

784. De même, les notions de confiance ou d'espérance légitimes dévoilent l'attention toute particulière accordée à l'intention de la personne. Standards du droit civil européen, elles caractérisent l'importance accordée aux volontés et attentes individuelles. À titre d'exemple, la notion d'« espérance légitime » a fondé la reconnaissance des droits de créance des requérants dans les affaires *Draon et Maurice contre la France*²⁰⁰⁵. La Cour admet ainsi la violation de l'article 1 du Protocole 1 par la loi du 4 mars 2002, dite loi « anti Perruche », dans la mesure où les requérants détenaient une créance « *en vertu de laquelle ils pouvaient légitimement espérer pouvoir obtenir réparation de leur préjudice, y compris les charges particulières découlant du handicap de leur enfant* »²⁰⁰⁶. Examiner ce qu'espère un requérant consiste à s'intéresser à son intention. Il n'est donc pas prêté uniquement attention à l'individu dans ses composantes les plus physiques mais également à son état psychologique²⁰⁰⁷. La notion d'attente légitime, telle que définie par H. Aubry dans sa thèse, renvoie à une représentation intérieure de l'individu²⁰⁰⁸. Pour cette raison, les éléments de définition du principe général de confiance légitime doivent être rattachés à la tradition de la philosophie individualiste du droit²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁵ CEDH Gr. Ch. 6 octobre 2005 requêtes n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon c/ France*, *RTD civ* 2005, p. 743, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 2006, p.667, note F. BELLIVIER.

²⁰⁰⁶ CEDH Gr. Ch. 6 octobre 2005 requêtes n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon c/ France*, point 69 des arrêts, *op. cit.*

²⁰⁰⁷ Cf. H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, *op. cit.*, p. 250.

²⁰⁰⁸ *Ibidem.*

²⁰⁰⁹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 35.

785. L'arrêt *B. et L. contre le Royaume-Uni*²⁰¹⁰ marque également l'importance accordée à la volonté par les juges de la Cour EDH. La volonté des requérants de se marier met à mal la prohibition légale du mariage entre alliés. Partant, c'est l'institution même du mariage qui cède face à la volonté individuelle. De la même manière, la Cour a manifesté l'intention de respecter la volonté individuelle en reconnaissant un droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir dans l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni*²⁰¹¹.

786. La volonté de la mère a encore été largement considérée dans l'arrêt *Znamenskaya contre la Russie*²⁰¹². Dans cette affaire, la requérante avait accouché d'un enfant mort né qui avait été enregistré sous le nom de son ex-mari. Elle avait tenu à modifier cette filiation au profit de la paternité du véritable père biologique avec lequel elle vivait en concubinage. Les autorités s'opposèrent à cette demande arguant que l'enfant mort-né n'avait pas acquis de droits civiques. De ce fait, l'enfant demeurait inscrit sous le nom de l'ancien mari et ce patronyme apparaissait sur sa pierre tombale. La Cour de Strasbourg estime que le refus de changement des autorités russes enfreint le droit au respect de la vie privée de la requérante. Il peut sembler étonnant que la Cour choisisse de se situer sur le terrain de la vie privée plutôt que sur celui de la vie familiale. Sans que cette préférence soit clairement expliquée, l'arrêt se justifie par la prise en considération de la volonté de la mère. En effet, pour la Cour, la requérante avait développé un lien fort avec l'embryon qu'elle avait presque porté à terme. Par ailleurs, puisqu'elle a exprimé le désir de lui donner un nom et de l'enterrer, l'établissement de la filiation de son enfant a assurément affecté sa « vie privée »²⁰¹³. L'enfant n'étant pas né viable, la Cour refuse d'examiner l'affaire au regard du droit au respect de la vie familiale. La volonté de la mère permet néanmoins de rendre applicable l'article 8 de la Conv EDH puisqu'elle démontre que la filiation de l'enfant, même décédé, représente un élément essentiel de son existence personnelle.

787. La volonté apparaît également dans les propositions de règlements Rome I et II, ce qui illustre que l'ensemble du droit civil européen accorde une grande importance à cet aspect

²⁰¹⁰ CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

²⁰¹¹ CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

²⁰¹² CEDH 2 juin 2005 requête n° 77785/01, *Znamenskaya c/ Russie*, *op. cit.*

²⁰¹³ « *Bearing in mind that the applicant must have developed a strong bond with the embryo whom she had almost brought to full term and that she expressed the desire to give him a name and bury him, the establishment of his descent undoubtedly affected her "private life", the respect for which is also guaranteed by Article 8. That provision is therefore applicable in the present case* » (CEDH 2 juin 2005 requête n° 77785/01, *Znamenskaya c/ Russie*, point 27 de l'arrêt, *op. cit.*).

psychologique de l'individu²⁰¹⁴. Le règlement Rome I, à l'instar de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'il communautarise, se réfère à l'autonomie de la volonté, principe clé du texte de 1980²⁰¹⁵. Il autorise ainsi les parties à choisir comme droit applicable un droit distinct des droits nationaux : par exemple des principes de droit international ou communautaire. De manière analogue, la proposition Rome II, modifiée le 21 février 2006 fait appel à l'autonomie de la volonté. Le considérant 8 énonce ainsi que « *dans l'intérêt de l'autonomie de la volonté des parties, celles-ci doivent pouvoir choisir la loi applicable à une obligation non contractuelle* »²⁰¹⁶. De même, l'article 4 est entièrement consacré à la liberté de choix des parties. Ce phénomène semble se généraliser puisque la volonté est de nouveau très présente dans les livres verts relatifs au divorce ainsi qu'aux successions et testaments²⁰¹⁷. C. Nourissat évoque ainsi l'irruption du principe de l'autonomie de la volonté dans une matière où elle était traditionnellement absente²⁰¹⁸.

788. La volonté des adultes n'est pas la seule dont le droit civil européen se soucie. La volonté de l'enfant semble constituer un critère essentiel dans les décisions rendues par la Cour en matière familiale²⁰¹⁹. Aussi, le droit européen accorde-t-il beaucoup d'importance à la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent²⁰²⁰, en particulier s'agissant de droit de garde parental et de mesures éducatives²⁰²¹. Dans l'arrêt *Bronda contre l'Italie*, la

²⁰¹⁴ La reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté sert sans conteste l'intérêt individuel, mais il n'est pas possible d'affirmer qu'elle le sert exclusivement. Cette faculté de choix peut aussi viser la simplification des relations, en particulier des échanges commerciaux.

²⁰¹⁵ Selon l'expression de C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *op. cit.*, p. 1262.

²⁰¹⁶ Considérant 8 de la Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II, COM (2006) 83 final, du 21 février 2006, *op. cit.*

²⁰¹⁷ Sur ces sujets *Ibid.*, p. 1264.

²⁰¹⁸ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *op. cit.*, p. 1263.

²⁰¹⁹ « *La volonté de l'enfant tend à devenir la clef de l'interprétation européenne du droit au respect de la vie familiale* », J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2005, *op. cit.*, p. 340.

²⁰²⁰ À condition toutefois que la volonté de l'enfant ait pu être déterminée par une enquête sociale et non par la rédaction d'une simple lettre, comme c'était le cas dans l'arrêt CEDH 16 décembre 2003 requête n° 64927/01, *Palau-Martinez c/ France*, *JCP* 2004, *éd. G.*, II, 10122, note A. GOUTTENOIRE. De même, dans l'arrêt *C. contre la Finlande* (CEDH 9 mai 2006 requête n° 18249/02, *C. c/ Finlande*, *Dr. fam.* 2006, n° 6, alerte 38), la Cour reproche aux juridictions internes d'avoir exclusivement pris en compte les souhaits exprimés par les enfants, leur donnant ainsi un droit de veto absolu. De ce fait, l'État défendeur a négligé les droits du requérant en tant que père. La procédure interne aurait dû prendre en compte d'autres facteurs afin d'étayer et de clarifier l'opinion des enfants, au moyen par exemple d'une expertise (cf. point 58 de l'arrêt). Cela étant, loin de constituer une exception, cet arrêt entérine au contraire l'importance de l'opinion des enfants. La Cour ne remet pas en cause la portée de leur intention mais leur véracité. En ce sens, elle reproche aux juridictions nationales de n'avoir pas vérifié la réelle intention des enfants du requérant. Il n'est donc pas exclu que les enfants aient pu être manipulés par la compagne de leur mère, avec qui ils prétendaient vouloir demeurer. Ainsi, la Cour refuse de se contenter d'une volonté « apparente ».

²⁰²¹ Sur ce thème voir entre autres A. GOUTTENOIRE, « Colloque "Enfance et justice". Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. fam.* 2006, n° 7, Etude 29 ; *id.*, « L'audition de l'enfant

volonté d'un enfant de 14 ans influence le raisonnement de la Cour qui estime que les autorités italiennes n'ont pas enfreint l'article 8 de la Convention en maintenant un enfant éloignée de sa famille d'origine. En effet, la Cour prétend accorder « *une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, aujourd'hui âgée de quatorze ans, a toujours manifesté fermement sa volonté de ne pas quitter la famille d'accueil* »²⁰²². Puis, dans l'arrêt *Pini et Bertrani contre la Roumanie*, la Cour prend en compte la volonté d'enfants adoptées qui refusaient de rejoindre leur famille adoptive et s'opposaient en cela à l'exécution des décisions relatives à leur adoption. En l'espèce, le refus de la relation de parenté exprimé par les mineures a eu un impact certain sur le brevet de conventionalité délivré par la Cour à propos de l'article 8 de la Convention²⁰²³.

789. La décision *I et U contre la Norvège* mérite à son tour d'être citée²⁰²⁴. Sur le fondement du droit au respect de la vie familiale, la Cour déclare irrecevable la requête de deux sœurs se plaignant du retrait et du placement de leur jeune sœur dès sa naissance. La Cour rappelle en premier lieu qu'un simple lien biologique n'est pas en lui-même constitutif d'une vie familiale. De surcroît, elle ajoute, afin de conforter son raisonnement, que la jeune sœur placée n'avait jamais manifesté le souhait de rencontrer ses aînées. Ce silence a sans conteste pesé sur la décision d'irrecevabilité car, d'ordinaire, les juges n'hésitent pas à reconnaître l'existence d'une vie familiale, y compris lorsque l'effectivité semble contestable, dès lors que les parties en manifestent l'intention²⁰²⁵.

790. Le droit communautaire confirme cette tendance puisque la Charte DFUE consacre, en son article 24, la possibilité pour les enfants d'exprimer librement leur opinion²⁰²⁶. Par

dans le règlement de Bruxelles II bis », dans H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, coll. Actes, 2005, p. 201.

²⁰²² CEDH 9 juin 1998 requête n° 22430/93, *Bronda c/ Italie*, point 62 de l'arrêt.

²⁰²³ CEDH 22 juin 2004 requêtes n° 78028/01 et 78030/01, *Pini et Bertrani c/ Roumanie*, point 155 de l'arrêt, *D.* 2004, p. 3026, note J.-F. RENUCCI et I. BERRO-LEFEVRE ; *JCP* 2004, éd. G., I, 161, p. 1579, n° 7 et 9, obs. F. SUDRE : « *Bien que ce désir des requérants soit légitime, il ne saurait jouir, de l'avis de la Cour, d'une protection absolue au titre de l'article 8 dans la mesure où il rentre en conflit avec le refus des mineures d'être adoptées par une famille étrangère. En effet, la Cour a toujours affirmé qu'une importance particulière devait être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant afin d'examiner si les autorités nationales avaient pris toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour assurer le regroupement de l'enfant et de ses parents* ».

²⁰²⁴ Citée par J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2005, *op. cit.*, p. 340.

²⁰²⁵ CEDH 22 juin 2004 requêtes n° 78028/01 et 78030/01, *Pini et Bertrani c/ Roumanie*, *op. cit.*, dans lequel justement il s'agissait d'une vie familiale projetée par les requérants.

²⁰²⁶ Article 24 de la Charte DFUE : « *1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.* »

ailleurs, le règlement Bruxelles II bis fait jouer un rôle important à l'audition de l'enfant. Ce dernier doit être entendu au cours de la procédure « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité »²⁰²⁷. La volonté pèse alors sur la force exécutoire dans les pays de l'Union d'une décision rendue dans un État membre. Dès lors, il faut remarquer, avec A. Gouttenoire, l'aspect exceptionnel du mécanisme, d'un point de vue qualitatif. Il est en effet assorti d'une sanction : la décision prise alors que l'enfant n'a pas été entendu est susceptible de ne pas être reconnue²⁰²⁸. Cette démarche des institutions européennes visant à protéger l'enfant jusqu'à suivre sa volonté fait se demander à M.-T. Meulders-Klein si ce n'est pas une nouvelle forme d'individualisme qui pénètre là les familles, individualisme susceptible d'opposer les parents aux enfants en permettant à ces derniers d'agir en justice contre les premiers en cas de désaccord²⁰²⁹. Quoi qu'il en soit, le droit civil européen accorde suffisamment d'importance à la volonté individuelle pour la rendre créatrice de droits. Par une démarche parallèle, et dans un but similaire de considération portée à la personne, le droit civil donne à la volonté la possibilité de limiter les droits.

2° La volonté comme limite aux droits garantis

791. À l'instar de la protection reconnue à l'individu, qui l'aborde sous tous les aspects de son existence, le droit civil européen veille à respecter la volonté individuelle suivant diverses possibilités. Si la volonté ne peut servir dans toutes les hypothèses à faire naître un droit individuel, du moins peut-elle être utilisée en guise de moyen de défense. Pour autant, la matière civile ne délaisse pas son credo individualiste puisque la volonté se trouve de nouveau alléguée par un particulier. Cette démarche permet au droit civil d'exploiter au maximum les possibilités offertes par la volonté individuelle. De nombreux arrêts sont susceptibles d'illustrer ce phénomène, comme par exemple l'arrêt *Odièvre contre la France*²⁰³⁰. L'établissement des détails de son identité et l'intérêt vital à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son histoire

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

²⁰²⁷ Cf. articles 41 et 42 du règlement (Règlement 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) du 27 novembre 2003, *op. cit.*).

²⁰²⁸ A. GOUTTENOIRE, « Colloque "Enfance et justice". Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *op. cit.*

²⁰²⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, *op. cit.*, p. 444.

²⁰³⁰ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *RTD civ* 2003 p. 375, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 561, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE; *JCP* 2003, *éd. G.*, p. 545, note P. MALAURIE; *RTDH* 2004, p. 405, note V. BONNET; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLETT-BRICOUT.

personnelle sont protégés par la Convention. Toutefois, ce droit se heurte à la volonté de la mère de conserver l'anonymat. En ce sens, la volonté est prise en considération au titre d'une entrave. Son rôle n'en est pas moins essentiel.

792. Dans l'arrêt *K. A et A. D contre la Belgique*, la sanction pénale des requérants sadomasochistes n'est pas condamnable en raison de l'importance accordée à la volonté de la victime des sévices. On ignorait si la victime était consentante à l'égard des sévices qu'elle a pu subir. Or, cette ignorance a justifié la condamnation et ainsi l'intrusion des autorités judiciaires dans la vie privée des requérants. Si la victime avait été consentante tout au long des sévices comme cela semblait être le cas au début des faits, la Cour aurait probablement condamné la Belgique. Le refus de la victime de s'adonner à la totalité des pratiques litigieuses, c'est-à-dire sa volonté, a constitué une raison suffisamment grave pour justifier l'ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité²⁰³¹. Alors que dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown contre le Royaume-Uni*²⁰³², relatif également au sadomasochisme, l'intrusion des pouvoirs publics se trouvait justifiée par la protection de la santé et de la morale, dans l'arrêt *K. A et A. D. contre la Belgique*, seule la volonté individuelle vient justifier une telle ingérence. L'éloignement des considérations d'intérêt général se fait au profit de la volonté individuelle puisque dans cet arrêt, l'intention vient mettre un frein à la liberté individuelle des requérants sans que ne soient prises en considération la santé, la morale ou encore la dignité.

793. L'arrêt le plus révélateur de l'importance accordée par le droit civil à la volonté individuelle est celui qui a été rendu dans l'affaire *Elli Poluhas Dödsbo contre la Suède*²⁰³³. En l'espèce, l'épouse d'un défunt avait réclamé le transfert de l'urne qui contenait les cendres de son mari. Elle souhaitait en effet être inhumée à Stockholm où elle avait résidé les dernières années de sa vie et souhaitait que les cendres de son mari l'y rejoignent. Les autorités s'opposèrent à sa demande, sans que ce refus n'enfreigne le droit au respect de la vie

²⁰³¹ « En l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée. Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti » (CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, point 85 de l'arrêt, *JCP* 2005, éd. G., I, 159, p. 1453, n° 12, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 2005, p. 341, n° 4, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *LPA*, 1^{er} août 2006, p. 6, note P. MALAURIE).

²⁰³² CEDH 19 février 1997 requêtes n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

²⁰³³ CEDH 17 janvier 2006 requête n° 61564/00, *Elli Poluhas Dödsbo c/ Suède*, *AJDA* 2006, p. 470, obs. J.-F. FLAUSS ; *RTD civ* 2006, p. 260, note J.-P. MARGUÉNAUD.

privée et familiale de la requérante selon la Cour EDH. La Cour estime, d'une part, qu'en matière de police des sépultures les États bénéficient d'une grande marge d'appréciation²⁰³⁴. D'autre part, la volonté du défunt va être réellement scrutée par les juges. Pour eux, le transfert d'urne ne se justifie pas puisque « rien ne montre que le mari de la requérante n'ait pas été enterré conformément à ses vœux – au contraire. Il faut en principe partir de l'hypothèse qu'un tel vœu a été pris en compte au moment de l'enterrement. En outre, à l'époque des faits, même s'il n'avait aucun lien avec Stockholm, le mari de la requérante, la requérante ou les deux ensemble auraient pu choisir que le mari fût enterré avec sa belle-famille dans la concession située à Stockholm, que la famille détenait depuis 1945. Au lieu de cela, lorsque le mari décéda, en 1963, la famille acquit une concession à Fagersta et il y fut enterré. C'était la ville où il avait vécu vingt-cinq ans, depuis son arrivée en Suède, et où il avait travaillé et élevé ses enfants ». La Cour procède à un véritable examen de la volonté du défunt, sans pourtant que celui-ci ne se soit explicitement exprimé à ce sujet.

794. La prise en considération croissante de la volonté individuelle appelle toutefois une interrogation relative au refus de la Cour de consacrer le droit au démariage, versant négatif de l'article 12 de la Convention. La cohérence juridique imposerait une telle interprétation du droit de se marier. Cette observation formulée, elle ne retire rien au fait que le second critère de l'individualisme, à savoir l'élargissement de l'attention portée à la personne, soit pleinement rempli par le droit civil européen. Si l'on ajoute à ce souci permanent le constat d'un enrichissement des droits reconnus à la personne, la personnalisation du droit civil européen se révèle difficilement contestable. La personnalisation met en lumière le phénomène de renforcement de l'individualisme en droit civil européen. Le dépassement de l'idéologie individualiste le caractérise également.

Section II : Le dépassement de l'idéologie individualiste traditionnelle

795. Le renforcement de l'individualisme peut provenir de l'intérêt croissant porté à la personne, c'est-à-dire d'une modification interne, mais il peut également s'expliquer par l'élargissement de ses frontières. Ce faisant, il est amené à profiter de facteurs qui tendent à son dépassement. Notre propos se limite toutefois au constat relatif à la matière civile. Dans cette perspective, il semble intéressant de comparer l'individualisme renforcé du droit civil européen à l'individualisme traditionnel, que peut illustrer le droit civil interne. Un tel

²⁰³⁴ *Ibid.*, point 25 de l'arrêt.

rapprochement des matières civiles permet de révéler l'évolution de l'idéologie individualiste et de constater l'existence de différences sensibles entre le droit civil national et le droit civil supranational. À l'illustration de l'individualisme traditionnel de droit interne (§ I) succèdera l'examen de l'individualisme du droit civil européen (§ II).

§ I - L'individualisme en droit civil : l'exemple du droit interne

796. Il n'est procédé à l'étude du droit civil interne qu'afin d'illustrer un courant individualiste classique et établi. Il convient donc de laisser de côté les questions d'influence du courant supranational sur le courant interne qui relèvent d'un tout autre débat, éloigné du thème qui est le nôtre et qui se cantonne à l'analyse d'une matière. Le droit civil français semble en mesure de nous éclairer sur ce que peut être un droit civil individualiste. Dans ce but deux périodes doivent être distinguées tant il est vrai que l'individualisme qui semblait caractériser la matière lors de la promulgation du code civil de 1804 (A) a subi depuis lors un net reflux (B).

A / L'individualisme dans le Code civil

797. L'histoire de l'individualisme²⁰³⁵ rapporte que ce courant est hérité de la Révolution et qu'il a dominé une grande partie du XIX^{ème} siècle²⁰³⁶. Dès lors, le Code civil de 1804 ne pouvait échapper à son influence et fait figure d'instrument individualiste. En effet, il semble que cette idéologie ait présidé à sa rédaction. Le rayonnement du Code a d'ailleurs fait circuler cette image de texte individualiste qui a rejailli sur l'ensemble du droit civil français. Cela étant, ce caractère individualiste ne saurait surprendre dès lors que le but du droit privé réside à première vue dans la satisfaction des intérêts individuels. Si l'on admet que le droit civil représente une large part du droit privé, il s'ensuit qu'il reconnaît nécessairement la primauté du droit individuel. Aussi, d'indéniables éléments permettent d'identifier l'individualisme reconnu du Code Napoléon (1^o). En réalité, cet individualisme ne peut être qualifié que de modéré (2^o).

²⁰³⁵ Voir A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Presses universitaires de France, 1993, p. 44 ; P. BIRNBAUM et J. LECA (dir.), *Sur l'individualisme*, *op. cit.* ; G. SOUCHON, *Les grands courants de l'individualisme*, Armand Colin, 1998.

²⁰³⁶ J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *op. cit.*, p. 774.

1° Un individualisme déclaré

798. Sans avoir l'intention ni la prétention de présenter le courant individualiste dans toutes ses composantes²⁰³⁷, encore faut-il revenir sur ce que l'on entend par individualisme. Il existe de nombreuses formes d'individualisme²⁰³⁸ et la démonstration perd tout intérêt si cette notion n'est pas davantage envisagée, en particulier du point de vue du droit interne. Dans cette optique, il faut rappeler que l'individualisme constitue une idéologie manifestant la valeur en soi de l'individu²⁰³⁹, sans le rattacher à des ensembles sociaux. De ce fait, l'homme est libre et autonome et le droit est censé garantir l'émancipation individuelle.

799. Ces précisions effectuées, il convient d'identifier les caractéristiques de l'individualisme dans le Code civil français. En effet, de façon avérée²⁰⁴⁰, cet instrument est déclaré individualiste. Il a en particulier été qualifié d'hymne à l'individualisme et au libéralisme²⁰⁴¹. A. Bürge souligne également la doctrine dominante du Code civil comme triomphe de l'individualisme libéral²⁰⁴². Il est certain qu'en consacrant les grands principes développés par la Révolution, le Code civil français a accordé une importance fondamentale à la volonté de l'homme. En outre, il a instauré une protection des libertés individuelles. Entre autres, la propriété semble sacralisée puisque le Code y perçoit un droit absolu, exclusif et perpétuel²⁰⁴³. La volonté a acquis une place essentielle, par exemple en matière de successions : la volonté du défunt paraît valorisée. De plus, et le lien avec la volonté ne peut être ignoré, le Code a admis la rupture du lien matrimonial, à savoir le divorce. Enfin, il érige

²⁰³⁷ De façon originale, il est présenté comme un spectre par P. BIRNBAUM et J. LECA : « *Un spectre hante périodiquement l'Occident contemporain et ses intellectuels : l'individualisme. Des spectres il a presque toutes les caractéristiques : l'indétermination des contours, la puissance évocatrice, la multiplicité des attributs qu'on lui prête et qui lui permettent de couvrir un champ considérable, le côté bienveillant ou terrifiant selon les projections dont il est l'objet, et peut être surtout, l'annonce qu'il est supposé délivrer quand il (ré)apparaît, annonce de changements historiques, accomplis ou en cours, qui vont ébranler les fragiles bases de notre connaissance et de notre existence* » (P. BIRNBAUM et J. LECA (dir.), *Sur l'individualisme*, op. cit., p. 11).

²⁰³⁸ *Ibid.*, p. 12.

²⁰³⁹ *Ibid.*, p. 181.

²⁰⁴⁰ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, op. cit., p. 86 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 9^{ème} éd., 2002, p. 175 ; G. CORNU, *Droit civil les personnes*, op. cit., p. 134 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 58 ; J.-F. NIORT, « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *APD*, tome 37, 1992, Sirey, p. 101.

²⁰⁴¹ D. MAZEAUD, « Introduction au droit civil, les personnes et les biens », [http://www.uejf-assas.com /index.php?page=FOL](http://www.uejf-assas.com/index.php?page=FOL)

²⁰⁴² A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », op. cit., p. 15 et 20.

²⁰⁴³ A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », op. cit., p. 1.

en pilier du droit des contrats le principe de l'autonomie de la volonté. À l'opposé, il contient en droit des obligations peu de lois impératives susceptibles d'affaiblir ce dernier principe. Il résulte de la liberté contractuelle que toute convention émane d'une volonté libre et toute puissante²⁰⁴⁴. Dès lors, la valeur attribuée à la volonté individuelle se traduit par la force obligatoire des contrats. Le principe du consensualisme témoigne également du courant individualiste : ne pas se soucier de la forme permet de s'attacher à la recherche de la volonté réelle et psychologique²⁰⁴⁵. De la même manière, le droit de la responsabilité valorise l'individu puisqu'il en garantit la protection tout en la rattachant à l'idée de faute, acte individuel par définition. Le Code civil ne laisse ainsi aucune place à la responsabilité objective.

800. Au regard de ces exemples, l'affirmation de la tendance individualiste du Code Napoléon paraît justifiée. Il reste cependant qu'un Code civil qui ne serait aucunement individualiste semble difficile à concevoir, au regard notamment de la définition de la matière en droit français : il s'agit de régler des litiges entre particuliers. Dès lors, pour A. BÜRGE, la fonction première de ce droit n'est pas sociale²⁰⁴⁶. Si l'individualisme a sans nul doute imprégné le Code civil, il n'a pas développé tous ses effets et paraît dès lors modéré.

2° Un individualisme modéré

801. Ce n'est pas l'individualisme qui se trouve contesté à l'examen du Code, seulement son intensité. Il apparaît ainsi, sans aucun doute, en droit des obligations, contractuelles et extracontractuelles, ainsi qu'en matière de droit de propriété. Toutefois, il se fait plus discret en droit de la famille, qui n'est pas légiféré en fonction et à partir de l'individu. Il est ainsi absent de certains pans de droit civil et, lorsqu'il est admis, tolère de nombreuses atteintes. Pour cette raison il ne constitue qu'un individualisme modéré.

802. Citons en ce sens la liberté contractuelle, certes reconnue par le Code mais qui n'est aucunement envisagée comme la source unique de force obligatoire des contrats²⁰⁴⁷. Par ailleurs, si le Code accorde des prérogatives individuelles, la volonté n'accède au droit que par la loi. Seule celle-ci autorise. De plus, nombre des dispositions du Code tendent à

²⁰⁴⁴ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, *op. cit.*, p. 91.

²⁰⁴⁵ *Ibidem*.

²⁰⁴⁶ A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁴⁷ D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, *op. cit.*, p. 393. L'auteur relativise ainsi véritablement la portée du rôle de la volonté.

satisfaire l'ordre et l'organisation sociale, par exemple l'ordre de l'état civil. Il renvoie tout de même, dès l'article 6, à l'ordre public et à la nécessaire conformité des conventions à la loi, cette mention précédant toute liberté²⁰⁴⁸. Dans cet instrument de droit civil qu'est le Code, l'institutionnel ne s'efface pas de façon systématique derrière l'individu puisque dès l'article 6, l'ordre public et les bonnes mœurs s'imposent comme limite à la liberté des conventions individuelles. C'est en définitive tout le Code civil qui appelle à l'ordre social, se structurant notamment au travers du modèle de la famille légitime. Ainsi, la volonté du défunt n'a un rôle à jouer en matière de successions que « *dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de la famille* »²⁰⁴⁹. En ce sens, également en matière successorale, le conjoint se trouve négligé afin de conserver les biens dans la famille. La protection individuelle se trouve alors considérablement limitée.

803. Il faut remarquer dans un autre ordre d'idée qu'aucun principe général de non-discrimination n'est inscrit dans le Code. Or, une visée individualiste imposerait une telle disposition puisqu'elle tend à promouvoir l'égalité des sujets de droit et l'absence de prévalence d'un sujet sur les autres. La loi doit garantir des droits attribués à chaque individu et l'égalité s'en trouve respectée. Cependant, à l'inverse, une égalité sélective prévaut dans le texte du Code. Elle concerne les époux mais également les filiations. L'autorité absolue du mari sur la femme concorde difficilement avec une tendance individualiste. Au surplus, l'absence de droits de la personnalité²⁰⁵⁰ ainsi que la tendance collectiviste du droit de la famille, dès lors que le groupe prévaut sur l'individu, permettent de discuter la nature véritablement individualiste du Code civil de 1804.

Même le droit de propriété, qui fonde pourtant la démonstration de la nature individualiste du Code civil, connaît des restrictions. C. Nourissat rappelle à juste titre que si ce droit a été consacré, le Code civil a, dès l'origine, consacré l'existence de limites, au travers de l'article 544²⁰⁵¹. Dès lors, la sacralisation de l'individu et des droits dont il bénéficie n'est pas absolue et ne se vérifie que partiellement.

²⁰⁴⁸ Selon les propos de J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 108.

²⁰⁴⁹ Cf. « codification », *Encyclopaedia Universalis*, 1973.

²⁰⁵⁰ « *Il n'existe aucune trace vraiment précise de l'affirmation d'une protection de la liberté ou des libertés de la personne contre les atteintes des autres particuliers : ainsi, on ne trouve aucune reconnaissance directe des droits de la personnalité, pas même du droit au nom dans le Code civil* », cf. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA, op. cit.*, p. 90.

²⁰⁵¹ C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (2nd semestre 2003) », *op. cit.*, p. 1324, n° 7. Contra C. RAUX, *La construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme*

804. Partant, il est légitime de s'interroger sur les raisons d'une telle mise en avant de l'individualisme dans le Code Napoléon. L'explication la plus plausible est historique. Il est clair que le Code civil passe pour une œuvre extrêmement individualiste par rapport à l'Ancien droit. Cela étant, considéré isolément, cette codification comporte de nombreux éléments qui s'opposent à l'idée même d'individualisme et constitue un texte de compromis. « *Analysé dans son contexte historique, il se présente plutôt comme le témoin de l'époque du droit naturel fondé sur la raison et inspiré par une conception idéaliste du droit* »²⁰⁵². L'analyse du Code civil français laisse apparaître un réel décalage entre l'image d'instrument individualiste qu'il véhicule et la réalité qui dévoile un courant plus modéré.

B / Le reflux de l'individualisme français

805. Bien qu'il ait été quelque peu contenu au sein du Code civil, le caractère individualiste du droit civil français, envisagé dans son ensemble, ne peut être contesté. Le droit des obligations et de la propriété le montre à suffisance, malgré les réserves qui ont été formulées. Cela étant, cet individualisme semble avoir connu un reflux, ce qui amène les auteurs à évoquer prudemment, par exemple, la nature « *globalement* » individualiste²⁰⁵³ du droit de la famille. Encore convient-il de s'entendre sur la notion même de reflux, qui doit être distinguée de celle d'abandon, de bouleversement ou d'inversion. Il va de soi que le droit civil français ne s'est pas transformé au point de méconnaître l'individu. Seulement, la loi civile ne s'élabore pas uniquement en fonction et à partir de l'individu, d'autres critères, plus collectifs, sont envisagés. Déjà modéré à l'origine, l'individualisme français semble pourtant avoir encore perdu de son intensité. Si l'individu demeure au centre des préoccupations, un glissement s'effectue et déplace le centre de gravité du droit civil vers un certain solidarisme civil (1°). Cette tendance pourrait constituer une réaction nationale à l'individualisme effréné²⁰⁵⁴ imposé par le droit européen (2°).

juridique, op. cit., p. 90, qui mentionne l'absence de contrainte qui ressort de la rédaction de l'article 544 du Code civil.

²⁰⁵² A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *op. cit.*, p. 1, souligné par S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé, op. cit.*, p. 368, n° 593.

²⁰⁵³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA, op. cit.*, p. 95.

²⁰⁵⁴ L'expression est empruntée à V. HEUZÉ, « L'Europe désenchantée », *op. cit.*

1° Le solidarisme du droit civil interne

806. Il faut entendre par solidarisme le fait d'imposer aux individus d'être toujours dépendants les uns des autres et au service non consenti d'autrui²⁰⁵⁵. L'évolution du droit civil interne démontre que l'individu n'est plus aussi prééminent que la philosophie individualiste l'impose. En effet, un déplacement semble avoir été opéré vers une socialisation des attentes, des risques et réparations. On perçoit ainsi une tendance plus collectiviste et par conséquent moins individualiste du système juridique français²⁰⁵⁶.

807. En matière de droit des contrats, ce mouvement s'illustre par la notion de solidarisme contractuel²⁰⁵⁷. Cette orientation du droit repose sur une vision idéaliste des rapports contractuels, dans laquelle les contractants cherchent à être solidaires et veillent à leurs intérêts réciproques²⁰⁵⁸. Le solidarisme peut être imposé au stade de la formation du contrat comme à celui de son exécution ou de sa cessation. À titre d'exemple, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir estimé qu'un franchiseur avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'il devait réparation au franchisee²⁰⁵⁹. J. Cédras relève qu'en l'espèce, les juges ont tenu compte de la conjoncture difficile et qu'ils ont ainsi reproché au fournisseur d'avoir imposé des conditions de vente drastiques à son partenaire, « *alors qu'il continuait à faire des bénéfices et que ces conditions de vente ont conduit le concessionnaire à la liquidation judiciaire* »²⁰⁶⁰. Cette tendance rejoint la notion de fraternité contractuelle, envisagée par C. Thibierge-Guelfucci comme un nouveau principe du droit des contrats dont elle analyse l'émergence²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁵ Cf. la définition donnée par A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, *op. cit.*, p. 121.

²⁰⁵⁶ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, *op. cit.*, p. 95. J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *op. cit.*, p. 792, « *Quoiqu'il en soit, il faut reconnaître que la solidarité connaît en France un renouveau indéniable depuis les années 1980, et réalise de nets progrès dans les années 1990* ».

²⁰⁵⁷ Sur ce sujet voir entre autres C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Le contrat au début du XXIe siècle, études offertes à J. GHESTIN*, *op. cit.* ; L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica 2004 ; A.-S. COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, thèse Dijon, 2003 ; J. CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », rapport annuel de la Cour de cassation 2003, <http://www.courdecassation.fr> ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, *op. cit.*, p. 603.

²⁰⁵⁸ L. LEVENEUR, note sous Cass. Civ 1^{ère}, 30 juin 2004, *Contrats, conc. consom.* 2004, n° 11, comm. 151.

²⁰⁵⁹ Cass. Com. 15 janvier 2002, non publié, pourvoi n° 99-21.172.

²⁰⁶⁰ J. CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *op. cit.*

²⁰⁶¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 382 ; voir également V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil : du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, *op. cit.*, p. 83. Cf encore L. AYNES qui parle quant à lui de déontologie contractuelle (L. AYNÈS, « La trajectoire du droit des contrats », *RJ com* 2006, hors-série *Les trajectoires du droit*, p. 189).

808. Le droit des obligations extra-contractuelles n'échappe pas à ce mouvement. Classiquement, l'individualisme s'oppose à une réparation quasi systématique des dommages telle que suggérée par le droit civil aujourd'hui. Aussi, d'individuelles, les règles concernant la responsabilité sont devenues plus collectives²⁰⁶². Pourtant, aucune hypothèse de responsabilité collective n'était initialement prévue par le Code civil ; le système imposait de pouvoir reprocher personnellement sa faute à un individu. À ce jour, des fonds de garantie sont mis en place afin de réparer le plus systématiquement possible les préjudices subis. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé²⁰⁶³, énonce à l'article 1 que la compensation du préjudice découlant des charges particulières d'un handicap relève de la solidarité nationale²⁰⁶⁴. Le droit ne se concentre plus sur l'auteur du dommage, autrement dit le responsable, mais sur le préjudice. Pour cette raison, la doctrine a pu estimer que ce droit faisait de la compassion et de la solidarité humaine son anthropologie²⁰⁶⁵. Cette loi, dite anti-Perruche, découle de ce reflux d'individualisme puisque le droit civil choisit alors d'assumer un risque social et de le réparer plutôt que de condamner l'auteur d'une faute dont le rôle, incontestablement, diminue, au profit du risque ou de la garantie.

809. L'atténuation de la faute se vérifie également en droit de la famille, comme l'atteste la réforme du divorce introduite par la loi du 26 mai 2004²⁰⁶⁶. Si ce texte maintient le divorce pour faute, en dépit de ce que la proposition précédente suggérerait, il en limite la portée. Il sépare la faute des conséquences pécuniaires liées au prononcé du divorce. Dès lors, le coupable / responsable n'est plus à rechercher puisque l'individualisation des torts laisse place à un constat commun.

²⁰⁶² Peut-être faudrait-il toutefois distinguer les règles relatives à la responsabilité de celles touchant à l'indemnisation. Ce sont parfois ces dernières qui sont collectives. Il s'agirait plus alors d'un phénomène de concurrence que de transformation. Quoi qu'il en soit, les répercussions sur la faute sont les mêmes puisqu'elle est toujours mise à l'écart et que de ce fait, la responsabilité tend à être plus objective. Pour C. BYK, c'est bien la responsabilité qui tend à être plus collective, cf. C. BYK, « La responsabilité sociale, fondement d'un droit civil renouvelé ? - Réflexions prospectives d'un civiliste à propos de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme », *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 181.

²⁰⁶³ Loi 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, du 4 mars 2002, *JO* 54 du 5/03/2002, p. 4118.

²⁰⁶⁴ La loi met en place des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation ainsi qu'un office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

²⁰⁶⁵ P. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *op. cit.*

²⁰⁶⁶ Loi 2004-439 relative au divorce, du 26 mai 2004, *JO* du 27/05/2004, p. 9319.

810. D'une inspiration puis d'un raisonnement qui pourraient être qualifiés de nomocentrique²⁰⁶⁷, le droit civil semble à présent devenir socio-centrique et traverser un courant de collectivisation. Il vise les catégories, les ensembles sociaux, notamment par l'intermédiaire de problèmes collectifs tels la santé, le chômage et les retraites. Ces observations mènent au constat suivant lequel le droit civil interne tient compte de « *considérations sociétares* »²⁰⁶⁸ provenant de groupes d'individus. En d'autres termes, il envisage de plus en plus les droits sous un angle collectif et non plus individuel. Le mariage, quant à lui, conserve un large aspect institutionnel, ne serait-ce qu'en raison du formalisme. Il ne représente pas la seule expression de deux choix individuels. La famille, en dépit de la contractualisation dont on pourrait déduire le contraire, redevient gage de solidarité et se trouve ainsi revalorisée²⁰⁶⁹. En cela, l'intitulé de la nouvelle forme d'union, le pacte civil de solidarité²⁰⁷⁰, ne constitue pas une coïncidence. De plus, même si l'on sort du cadre typiquement civil, l'instauration d'une journée de solidarité en faveur des personnes âgées et du handicap²⁰⁷¹ illustre ce phénomène situé à la frontière de la solidarité, de la fraternité et de la collectivisation des risques. Pour mener la réflexion à son terme, il faut s'attacher à présent à déceler les causes de ce reflux.

2° Une réaction nationale contre un individualisme effréné

811. Le déplacement du centre de gravité du droit civil vers le social²⁰⁷² appelle quelques observations. Il est bien entendu délicat de se saisir d'une matière aussi vaste que le droit civil et de lui reconnaître une évolution générale. Le droit de la famille ne se transforme pas comme le droit des contrats qui, lui-même, ne progresse pas comme le droit de la responsabilité. En ce sens, il est risqué de vouloir généraliser autour de l'évolution d'une matière.

²⁰⁶⁷ Selon les termes de F. OST et VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 434.

²⁰⁶⁸ *Ibidem*.

²⁰⁶⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, op. cit., p. 453 : « cette revalorisation de la famille s'est manifestée tout particulièrement dans les diverses campagnes électorales qui se sont déroulées depuis 1988 (Belgique, Espagne, France, Luxembourg, Portugal, République Fédérale d'Allemagne), dans les nouveaux programmes gouvernementaux et dans le renforcement ou la rénovation des instances compétentes en matière familiale au niveau national (Ministères ou Secrétariats d'État à la famille, Conseils ou commissions consultatifs) mais aussi au niveau régional et local, et dans le rôle accordé aux organisations et associations familiales ».

²⁰⁷⁰ Voir les articles 515-1 à 515-7 du code civil qui résultent de la loi 99-944 relative au pacte civil de solidarité, du 15 novembre 1999, *JO* du 16/11/1999, p. 16959.

²⁰⁷¹ Cf. la loi 2004-626 sur la solidarité et l'autonomie des personnes âgées, du 30 juin 2004, *JO* du 1/07/2004 ; *Dr. fam.* 2004, n° 7, alerte 23.

²⁰⁷² F. OST et VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 434

812. Ces précautions prises, une interrogation survient néanmoins quant à l'origine de cette tendance solidariste du droit civil français. Elle étonne d'autant plus qu'en parallèle, le contexte européen se fait pressant en matière d'individualisme. Ainsi, lorsque le droit civil national fait preuve d'individualisme, ce courant semble provenir du droit civil européen ou des droits fondamentaux. En d'autres termes, il est toujours possible de déceler en arrière plan de l'individualisme français la tendance analogue européenne. J. Hauser relève qu'en droit de la famille, « *on voit plutôt maintenant se développer des "principes" de type individualiste* ». L'article dont est tiré cet extrait s'intitule « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux »²⁰⁷³. L'évolution individualiste est ainsi l'indice d'une influence des droits fondamentaux. Il faut en déduire que l'individualisme français n'est que la continuité de l'individualisme européen. Lorsque les auteurs mettent en avant cette tendance du droit national, l'Europe ou les droits fondamentaux ne sont jamais loin²⁰⁷⁴. Si l'on poursuit le raisonnement, la tradition française, coupée de toute influence européenne, ne serait plus véritablement un droit individualiste. Le projet de réforme du droit des obligations, d'origine nationale, ne relève pas du modèle libéral. Au contraire, il en ressort un esprit de solidarité qui porte la loi civile à secourir la partie la plus faible, comme le souligne P. Catala dans la présentation générale de l'avant-projet. De plus, ces dispositions ne se limitent pas au droit de la consommation, elles visent les règles relatives à la forme, à la capacité et au pouvoir. Par ailleurs, le rapport prévoit d'autres normes²⁰⁷⁵ répondant elles aussi au modèle solidariste, à savoir des règles relatives aux conditions de validité du contrat, à son interprétation, à son exécution, à sa cession et à sa preuve.

813. Le droit interne tente de se départir de l'emprise européenne individualiste, lorsque cela lui est possible, et glorifie alors le solidarisme. Sans emprise européenne décelable, le droit national a mis en place un fonds de garantie grâce à la loi anti-Perruche, a étendu

²⁰⁷³ J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *op. cit.*

²⁰⁷⁴ Voir O. LUCAS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *op. cit.* L'auteur explique que l'individu est érigé en sujet du droit international. Au préalable, il évoque la lecture individualiste de la CEDH. De même, lorsque S. DOUAY analyse dans son article le choix de la conception moraliste de la dignité humaine, elle en déduit un individualisme qu'elle impute à l'influence des droits fondamentaux (S. DOUAY, « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP* 2003, *éd. G.*, II, 10052 ; voir enfin Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », dans *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. SAVATIER*, Presses universitaires de France, 1992, p. 353. « La promotion de l'idée des droits de l'homme dans sa force de vérité et d'évidence » est envisagée comme la cause de l'évolution individualiste du droit contemporain.

²⁰⁷⁵ Énumérées par P. CATALA dans la présentation générale du projet, <http://www.henricapitant.org> .

considérablement le droit à réparation qu'il déconnecte de toute idée de faute²⁰⁷⁶ ou encore s'est opposé au mariage des personnes de même sexe en vue de protéger la famille légitime²⁰⁷⁷. Ce faisant, lorsqu'il peut s'éloigner des considérations européennes, le droit civil national combat l'individualisme effréné. Par la même occasion, il défie aussi le droit européen qui tente d'imposer un rythme contre lequel se dressent les résistances nationales. Le solidarisme ne se développerait donc qu'en réaction à l'emprise trop pesante du droit supranational. Ainsi, lorsque la possibilité lui en est donnée, le droit national tente de faire contrepoids. Si l'Europe lui impose l'individualisme, le droit civil réagit par le solidarisme. À l'inverse, le droit français ferme la porte à tout solidarisme contractuel²⁰⁷⁸ lorsque celui-ci découle du droit européen. Par exemple, le droit civil national s'oppose toujours à l'imprévision en droit des contrats²⁰⁷⁹, alors que cette mesure est reconnue par le droit civil européen. Certes, sur des domaines de forte harmonisation, comme en droit de la consommation, les deux droits se rejoignent, mais cela semble dû à l'absence de possibilité de résistance du droit civil national en ce domaine. Il serait tout de même regrettable que le droit civil interne prenne le contre-pied du droit européen dès que l'occasion lui en est laissée. Les divergences seraient ainsi de principe, sans réel rapport avec le fond du droit. Empreinte d'une certaine puérité, cette attitude rappelle celle d'un enfant qui préférerait casser son jouet plutôt que le prêter. Ce ressenti réapparaît lors de l'examen de l'avant-projet de réforme du Code civil national, élaboré sous la direction de P. Catala et remis au Garde des sceaux le 22 septembre 2005. Il semble en effet que le projet de code civil européen ait paradoxalement renforcé l'intérêt de la préservation du Code national²⁰⁸⁰.

814. Seules quelques certitudes résultent de ces observations. Quoique individualiste, le droit civil interne a amorcé un mouvement vers le solidarisme, sans qu'on puisse clairement en identifier la cause. Au regard de cette retenue interne, on pressent l'émergence des

²⁰⁷⁶ F. TERRÉ, note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, Mme C. M., épouse G. et a. c/ SNCF, *JCP* 2006, éd. G., n° 38, actualité 428.

²⁰⁷⁷ Sur quoi, M. AZAVANT, note sous CA Bordeaux, 19 avril 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 124. Voir déjà G. KESSLER, note sous TGI Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 27 juillet 2004, RG n° 6427/2004, Min. publ. c/ P. et C, *JCP* 2004, éd. G., II, 10169.

²⁰⁷⁸ G. LOISEAU, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, Aranha et a. c/ Auffray et a, *JCP* 2005, éd. G., II 10173.

²⁰⁷⁹ Le projet de réforme maintient d'ailleurs le refus de la révision judiciaire pour imprévision, ce que regrette D. MAZEAUD (cf. D. MAZEAUD, « observations conclusives », Colloque de la *Revue des contrats* du 25 octobre 2005, <http://www.henricapitant.org>).

²⁰⁸⁰ Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence de la Cour EDH « peut agacer, en ce qu'elle soumet l'application des dispositions jusqu'aux plus honorables du Code civil » (G. LARDEUX, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA*, 14 septembre 2005, n° 183, p. 11).

différences avec l'individualisme européen, ce qui, au regard des courants divergents²⁰⁸¹ de la théorie, était prévisible.

§ II - L'individualisme en droit civil européen

815. Aucune idée d'opposition ne peut être avancée entre le droit civil français et le droit civil européen en matière d'individualisme. En effet, aucun d'eux ne relève d'un communautarisme exacerbé. En cela, les deux matières sont de la même mouvance, sans pour autant suivre la même orientation. La différence relève ainsi davantage de la nuance que de la contradiction. Le droit civil européen, marqué par les droits fondamentaux, affiche un individualisme extrêmement poussé et n'a pas connu le reflux de l'individualisme français. Néanmoins, les deux droits n'ont pas la même histoire, le droit civil européen n'a pas, par exemple, traversé de révolution industrielle²⁰⁸². Le droit interne n'a pas eu d'autres choix que de partir du fait social alors que la démarche du droit civil européen s'opère à partir de l'individu²⁰⁸³. Il en résulte une forme d'hyperindividualisme (A) qui, s'il peut inquiéter à première vue en raison de son aspect excessif, bénéficie d'une large compensation au regard d'autres aspects du droit européen (B).

A / L'hyperindividualisme

816. Ce terme laisse entendre que le droit civil européen s'imprègne d'une philosophie individualiste largement amplifiée au regard de l'individualisme traditionnel²⁰⁸⁴. Cette expression d'« hyperindividualisme » a été utilisée pour la première fois par la Cour EDH dans l'exposé des faits de l'arrêt *K. A. et A. D. contre la Belgique*²⁰⁸⁵. L'expression n'est pas anodine, bien que l'arrêt n'indique pas si le terme est repris à la juridiction interne ou si la formulation provient de la Cour de Strasbourg. Le juge remarque que cette forme d'individualisme exacerbé caractérise l'époque actuelle²⁰⁸⁶ justement dans l'un de ses arrêts

²⁰⁸¹ A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, op. cit., p. 44.

²⁰⁸² Il est ainsi possible d'attribuer à l'essor du machinisme et des accidents qui lui sont liés le déclin de la faute. Aucune faute ne pouvait être reprochée à quiconque alors pourtant qu'il fallait réparer les dommages importants susceptibles d'être causés.

²⁰⁸³ Cf. P. JESTAZ, *Les sources du droit*, op. cit., p. 76.

²⁰⁸⁴ Il aurait pu être question aussi de « narcissisme », qui caractérise le passage de l'individualisme limité à l'individualisme total. « Une forme d'individualité à la sensibilité psychologique, déstabilisée et tolérante, centrée sur la relation émotionnelle du soi-même, avide de jeunesse, de sports, de rythme, moins attachée à réussir dans la vie qu'à s'accomplir continûment dans la sphère intime » (G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide, essais sur l'individualisme contemporain*, op. cit., p. 15).

²⁰⁸⁵ CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A et A. D. c/ Belgique*, op. cit.

²⁰⁸⁶ *Ibid.* point 23 de l'arrêt « *Même à une époque caractérisée par l'hyper-individualisme et une tolérance morale accrue, y compris dans le domaine sexuel, les pratiques qui s'étaient déroulées lors de la phase 4 étaient tellement graves, choquantes, violentes et cruelles qu'elles portaient atteinte à la dignité humaine et ne sauraient en aucun cas être acceptées par la société* ».

les plus individualistes. L'aspect marquant du droit hyperindividualiste réside dans le fait qu'il s'élabore en dehors des considérations liées aux ensembles sociaux et institutionnels. Cela étant, les dérives risquent d'être grandes en instituant l'individu source créatrice de droits²⁰⁸⁷. Dès lors, on étudiera le contenu, fondé sur la méconnaissance des ensembles sociaux et institutionnels (1°) et la portée de l'hyperindividualisme (2°).

1° L'abstraction des ensembles sociaux et institutionnels

817. Le droit civil européen s'élabore véritablement en fonction et à partir de l'individu. À la différence du droit civil interne, rien n'échappe à la logique individuelle dans le domaine civil européen. Par exemple, ce droit n'a jamais connu la conception patriarcale de la famille qui a pu marquer le droit français. En droit interne, l'individu existe en tant que tel mais il est aussi une entité dans un groupe, ne serait-ce qu'un couple ou une famille alors qu'en droit civil européen, c'est l'individu seul qui est sujet de droit. La personnalisation du droit civil européen, c'est-à-dire son approche du droit fondée essentiellement sur l'individu, explique l'hyperindividualisme. En ce sens, le rôle primordial de l'individu et de sa volonté a été démontré. Si l'on ajoute à cela l'absence de prise en considération des ensembles sociaux et culturels, on perçoit dès lors que c'est l'individu qui est le véritable instigateur de ses droits.

818. À l'instar du droit civil interne, la jurisprudence européenne s'est intéressée à l'état civil. Son approche se distingue de la précédente en ce qu'elle aborde la question sous un angle individualiste et d'un point de vue subjectif. La jurisprudence de la Cour EDH n'a pas abordé l'état civil sous l'angle d'un système d'organisation sociale mais au travers d'une vision individuelle, par exemple celle que peut en avoir un individu ayant subi une opération de conversion sexuelle. De ce fait, le droit civil européen est par essence plus individualiste que le droit civil interne puisque les droits sont consacrés, abstraction faite des ensembles sociaux dans lesquels ils s'exercent. Par conséquent, en dehors de l'intérêt général, l'intérêt de l'individu n'est soumis à aucun intérêt supérieur susceptible de prévaloir sur le sien et ainsi de le limiter.

819. La conception hiérarchisée de notre droit, comme le relève Y. Madiot, ne se retrouve pas en droit civil européen. Pour cette raison, l'auteur qualifie l'individualisme européen de

²⁰⁸⁷ P. BIRNBAUM et J. LECA, *Sur l'individualisme*, op. cit., p. 12.

renforcé²⁰⁸⁸. Dans l'arrêt *Mazureck contre la France*²⁰⁸⁹ la Cour EDH a refusé de prendre en compte la justification avancée par le gouvernement selon laquelle l'article 760 du Code civil avait pour but de protéger la famille légitime. Si la Cour n'exclut pas de considérer l'institution du mariage et de la famille traditionnelle comme un but légitime²⁰⁹⁰, il n'en demeure pas moins qu'elle favorise l'individu par rapport à l'institution. Or, c'est précisément ce que le droit civil interne n'avait pas fait et il n'est pas besoin de remonter de nombreuses années en arrière pour retrouver cette divergence entre le droit civil français et le droit civil européen.

820. L'indifférence de la matière civile européenne à l'égard des ensembles sociaux se vérifie dans l'affaire *Chassagnou contre la France*²⁰⁹¹. La Cour de Strasbourg pousse le raisonnement individualiste jusqu'à protéger le droit de propriété individuelle de quelques individus en admettant que la loi Verdeille viole à leur encontre l'article 1 du premier protocole. Au contraire, selon le droit français, l'ingérence n'apparaît que mineure et trouve une justification dans la nécessité d'une bonne organisation cynégétique. La Cour conclut à une violation du droit de propriété en utilisant une approche individualiste et absolue du droit de propriété. En effet, elle constate que l'apport forcé de leur droit de chasse sur leurs terrains à une association communale de chasse agréée (ACCA) empêche les propriétaires de faire usage de ce droit, comme bon leur semble. Pourtant, la Cour remarque également que les requérants ne sont en aucun cas dépouillés du droit d'user de leurs biens, ni contraints de les louer ou de les vendre²⁰⁹². Ce constat d'inconventionnalité conduit le juge J.-P. Costa à se demander si la Cour n'a pas cédé à la tentation d'une sacralisation du droit de propriété. Il poursuit en précisant que, selon lui, l'arrêt opte pour une approche résolument individualiste du litige.

²⁰⁸⁸ Y. MADIOT, « La protection internationale de la personne », dans K. LENAERTS et D. ARTS, *La personne humaine, sujet de droit*, *op. cit.*, p. 191.

²⁰⁸⁹ CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 *Mazurek c/ France*, *RTD civ* 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2000, *éd. G*, 10286, p. 643, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE; *RTD civ* 2000, p. 311, note J. HAUSER; *JCP* 2001, *éd. G*, I, 293, p. 249, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI; *D.* 2000, chron. p. 626, note B. VAREILLE; *GACEDH* n° 44.

²⁰⁹⁰ Voir également en ce sens l'arrêt CEDH 27 juillet 2003 requête n° 40016/98, *Karner c/ Autriche*, point 40 de l'arrêt, *RTD civ* 2003, p. 764, note J.-P. MARGUÉNAUD.

²⁰⁹¹ CEDH 24 avril 1999 requêtes n° 25088/94, 28331/95, 28443/95, *Chassagnou c/ France*, *op. cit.*

²⁰⁹² *Ibid.*, point 74 de l'arrêt.

821. Le droit de l'Union européenne ne fait pas exception à ce constat. La directive relative au commerce électronique de 2000²⁰⁹³ confère aux prestataires de services une liberté contractuelle débridée²⁰⁹⁴, ainsi qu'un retour à la faute prouvée par une présomption de non responsabilité de ces mêmes prestataires²⁰⁹⁵. Ces dispositions expriment la tendance hyperindividualiste du droit européen, cette fois en droit des obligations. La responsabilité n'est pas objective et les risques ne sont pas collectivement assumés. La propension du droit communautaire à garantir la sauvegarde des droits subjectifs dans des domaines de plus en plus vastes est aujourd'hui reconnue²⁰⁹⁶.

822. Ce dépassement de l'individualisme interne se conçoit d'autant plus aisément lorsqu'on sait que le juge est l'architecte principal du droit civil européen. Il construit ce droit au cas par cas en fonction des intérêts qui lui sont exposés. Or, le recours individuel, dont nul n'ignore qu'il est le mécanisme d'application de la Conv EDH, met en lumière des intérêts individuels. On comprend alors que ce recours s'accompagne d'un désintéret à l'égard des ensembles sociaux.

823. À l'inverse, lorsqu'il revient au législateur de construire le droit, il opte pour un schéma général et éloigné des considérations individuelles. Dans cette perspective, le juge se trouve nécessairement moins libre puisqu'il est lié par un choix préétabli imposé par l'organe législatif. Le particularisme des cas détourne le juge de l'aspect institutionnel et général d'une affaire. L'arrêt *Mastromatteo contre l'Italie* rendu par la Cour européenne le 24 octobre 2002²⁰⁹⁷ confirme cette allégation en révélant une conception individualiste du droit de la responsabilité. Deux individus incarcérés avaient bénéficié, l'un d'un régime de semi-liberté, l'autre d'une permission de sortie. Cette faveur leur a donné l'occasion de cambrioler une banque, opération durant laquelle ils ont tué un jeune homme. L'Italie a échappé au constat de violation de l'article 2 de la Conv EDH parce que le danger que représentaient ces malfaiteurs

²⁰⁹³ Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), du 8 juin 2000, *op. cit.*, voir J. RAYNARD, « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, *op. cit.*, p. 943.

²⁰⁹⁴ L. GRYNBAUM, « La directive "Commerce Electronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP* 2001, *éd. E.*, n° 41, 11 octobre 2001, p. 1618.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 1624.

²⁰⁹⁶ Cf. en ce sens un arrêt du Conseil d'État italien du 8 août 2005 et la note qu'il inspire à L. DANIELE, « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel ? », *CDE* 2006, n° 1, p. 67.

²⁰⁹⁷ CEDH 24 octobre 2002 requête n° 37703/97, *Mastromatteo c/ Italie*, *JCP* 2003, *éd. G.*, I, 109, n° 1, p. 231, obs. F. SUDRE.

n'était pas individualisé. Selon la juridiction : « *il y a une obligation positive lorsqu'il est établi que les autorités connaissent ou auraient dû connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus* »²⁰⁹⁸. Partant, le risque général susceptible de menacer la société laisse la Cour indifférente. En revanche, l'Italie aurait manqué à ses obligations si la menace avait pesé sur la vie d'individus clairement déterminés. Tout en pouvant être qualifiée de décision indulgente²⁰⁹⁹, elle n'en paraît pas moins inquiétante tant la Cour semble se désintéresser de tout ce qui ne constitue pas, ou ne représente pas, un individu. Dès lors, la portée de l'hyperindividualisme du droit civil européen mérite d'être examinée, tant ce courant semble justifier la mise en place de limites.

2° La portée de l'hyperindividualisme civil européen

824. Le droit civil européen semble être une source pérenne d'hyperindividualisme. Cette idéologie est sans nul doute amenée à durer tant on imagine mal une modification significative de la lecture des textes européens, en particulier de la Conv EDH. L'individu demeurera le véritable sujet du droit civil européen. Mais ne risque-t-on pas de voir ce droit devenir un « *droit psychanalytique au service de chaque individu pris isolément* »²¹⁰⁰ ? La méfiance de la Cour EDH à l'égard des solutions de principe peut sembler inquiétante tant elle commande de scruter et valoriser les intérêts individuels. Dans l'arrêt *Paula-Martinez contre la France*²¹⁰¹, la Cour EDH reproche aux juridictions internes les généralités formulées pas ces dernières à l'encontre des témoins de Jéhovah. La France est condamnée en raison de l'appréciation *in abstracto* de la Cour d'appel qui s'est prononcée de façon générale, sans en référer aux intérêts réels, et individuels, de la requérante et de ses enfants²¹⁰². Cette construction élaborée à partir de l'individu peut-elle avoir des effets néfastes ? À poursuivre une telle logique, notamment en permettant à l'individu d'être à la source de ses droits, il ne semblerait pas impensable que le droit civil européen tende à reconnaître le droit à la libre disponibilité de son corps. La volonté a acquis une telle importance en droit civil européen que cette faculté ne peut être exclue.

825. En ce sens, il faut évoquer l'arrêt *K. A. et A. D contre la Belgique*, susceptible d'alimenter de nombreuses réflexions. La Cour y reconnaît, à l'instar de l'arrêt *Pretty contre*

²⁰⁹⁸ *Ibid.*, point 68 de l'arrêt.

²⁰⁹⁹ Cf. F. SUDRE, obs. sous CEDH 24 octobre 2002 requête n° 37703/97, *Mastromatteo c/ Italie*, *op. cit.*

²¹⁰⁰ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.C. GAUTRON, les dynamiques du droit en début de siècle*, *op. cit.*, p. 115.

²¹⁰¹ CEDH 16 décembre 2003 requête n° 64927/01, *Palau-Martinez c/ France*, *op. cit.*

²¹⁰² *Ibid.*, point 42 de l'arrêt.

le Royaume-Uni, que la notion d'autonomie personnelle s'entend d'un droit d'opérer des choix concernant son propre corps. Dès lors, la question peut se poser de savoir si la Cour ne consacre pas ici une forme de disponibilité du corps humain. Il s'agirait d'un signe de reconnaissance à l'égard de la forme la plus poussée de l'individualisme. Le principe de l'indisponibilité du corps humain résulte certes de la nécessité de protéger la personne mais aussi en grande partie de l'intérêt que la société attache au respect de la personne humaine, ce qui constitue un intérêt social. Or, d'une part l'hyperindividualisme provoque une désaffection à l'égard des intérêts qui ne sont pas individuels. D'autre part, si le seul obstacle résulte d'un désir de protection de la personne mais que la volonté de cette dernière s'y oppose, on comprend que le principe de libre disposition de son corps est proche. Ainsi, la prise en compte de la volonté individuelle serait étendue au point de laisser à chacun la disposition de son corps. Cet aspect de l'hyperindividualisme peut sembler effrayant tant il ouvre la voie à la manifestation de souhaits individuels les plus hétéroclites.

826. Il n'est toutefois pas certain que cette voie soit celle suivie par l'individualisme renforcé du droit civil européen. En effet, l'individu se trouve tellement valorisé par ce droit, que les normes visent avant tout à le protéger. Le droit civil européen comporte tout de même un aspect paternaliste²¹⁰³ précédemment évoqué dans le cadre de l'arrêt *Leyla Sahin contre la Turquie*. De ce fait, la protection est telle qu'elle peut être mise en place malgré la volonté de l'individu. Dans cette dernière affaire, en mettant en avant le principe d'égalité entre les sexes, la Cour confirme l'interdiction faite à une femme de porter le foulard. Pourtant, celle-ci semblait avoir adopté librement un tel comportement. La Cour paraît vouloir la protéger en lui imposant une mesure allant à l'encontre de sa volonté ce qui est somme toute assez paradoxal²¹⁰⁴.

827. Le droit civil européen ne fonctionne-t-il pas de manière analogue au travers du droit des contrats et de la consommation ? Ce dernier a été élaboré afin de rendre aussi effectif que possible le principe d'égalité dans les relations consommateur / professionnel. Ce faisant, le droit civil européen veille à la protection des intérêts individuels sans que les contractants en aient manifesté l'envie. La protection se réalise dans une certaine mesure de façon

²¹⁰³ Selon le terme employé par S. PLANA, note sous l'arrêt *Leyla Sahin contre la Turquie* (CEDH 10 novembre 2005 requête 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie*, *RTDH* 2006, p. 183, note L. BURGORGUE-LARSEN et E. DEBOUT; *Dr. fam.* 2006, n° 4, Etude 19, note S. PLANA), terme repris à F. TULKENS, dans son opinion dissidente faisant suite à l'arrêt *Leyla Sahin*.

²¹⁰⁴ Cette observation confirme que le principe directeur du droit civil européen est bien l'égalité et non la liberté.

automatique puisque l'individu n'a pas la possibilité de s'en affranchir. Dès lors que l'esprit du droit civil est un esprit égalitaire, le droit civil européen, y compris le droit civil communautaire, tend à un certain solidarisme puisqu'il tente de mettre les individus sur un pied d'égalité, par exemple par le biais du principe de proportionnalité en droit des contrats. De même, la Cour EDH précise dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen contre le Danemark* qu'elle veille avant tout à lutter contre les abus de positions dominantes de certains individus sur d'autres²¹⁰⁵. Pour autant, l'individu demeure le référent central, avec tous les aspects que l'hyperindividualisme comporte. Cette tendance ne doit pas être assimilée à un individualisme à outrance car l'égalité, qui arrive par l'Europe²¹⁰⁶, constitue un contrepoids efficace. Le centre de gravité s'est clairement déplacé, mais l'équilibre reste préservé. Par conséquent, l'individu n'est pas encore en mesure de renoncer²¹⁰⁷ aux droits que lui consent le droit civil européen et de disposer ainsi librement de lui-même. Par ailleurs, l'hyperindividualisme n'a pas à effrayer les partisans du solidarisme dans la mesure où il se trouve compensé par d'autres caractères et mécanismes du droit européen.

B / La compensation de l'individualisme civil européen

828. L'expression d'hyperindividualisme suggère une hypertrophie inquiétante. Si un individualisme renforcé peut paraître bénéfique aux individus qui disposent ainsi d'un enrichissement de leurs droits et d'une prise en compte étendue de leurs intérêts, en revanche, il risque de constituer une cause de dissolution du lien social. Or, cette inquiétude se dissipe en droit civil européen dans la mesure où deux éléments viennent en compenser les effets. Le premier facteur de compensation résulte du droit civil européen en lui-même alors que le second puise son origine dans le droit européen général. Les dissemblances ne s'arrêtent pas là puisque le premier découle d'un mécanisme alors que l'autre relève d'une orientation prise par le droit européen. Ainsi, ils n'ont en commun que le fait de compenser l'individualisme du droit civil européen sachant que l'un tend à le limiter alors que l'autre en corrige les effets.

²¹⁰⁵ CEDH 11 janvier 2006 requêtes n° 52562/99 et 52620/99, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, point 58 de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁰⁶ Cf. P. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », dans K. LENAERTS et D. ARTS, *La personne humaine, sujet de droit*, *op. cit.*, p. 170.

²¹⁰⁷ Sur ce thème voir l'article remarquable de O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition sur soi et le règle de l'échange », CRIDHO Working paper series 1/2005, www.cpd.ucl.ac.be/cridho. Les auteurs n'apportent pas de réponse tranchée quant à la question de savoir s'il existe un droit à la renonciation de ses droits fondamentaux. Pour eux, tout est affaire de circonstances et de conditions entourant la renonciation. Egalement J.-M. POUGHON, « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », *L'Europe des libertés*, juin 2003, n° 11.

Il s'agit, d'une part, de l'effet horizontal de la matière civile européenne (1°) et, d'autre part, de la dimension sociale du droit européen (2°).

1° La pondération par l'effet horizontal du droit civil européen

829. Le droit n'apparaît pas comme un fait social dans le cadre du droit civil européen mais semble se construire, à l'instar des droits fondamentaux, à partir de l'individu²¹⁰⁸. Dès lors, on pourrait s'attendre à ce que cet individualisme exacerbé mène à la dissolution du lien social puisque seuls les intérêts privés, par définition distincts, seraient générateurs de droits. Chaque individu songerait avant tout au développement de ses propres intérêts de façon égoïste et indépendante. Plus généralement, la poussée de l'individualisme causerait des ravages²¹⁰⁹ s'opposant à terme à la survie de toute société. La prise en compte du seul fait individuel générerait le chaos²¹¹⁰. Toutefois, si le droit civil européen se construit en faisant abstraction des ensembles sociaux et institutionnels²¹¹¹, il ne procède pas de même concernant les intérêts individuels d'autrui. Aussi, l'hyperindividualisme ne saurait se résumer à une réalisation de soi égoïste au détriment des autres puisqu'il est le même pour tous les individus et que chacun en bénéficie. De ce fait, il permet certes un élargissement considérable de la sphère d'individualité et renforce sa protection, mais il ne confère pas le droit d'empiéter sur celle d'autrui étant donné qu'il bénéficie d'une protection identique. En ce sens, le droit civil européen ne peut être considéré comme un droit uniquement individuel. Il l'est sans conteste, mais il est également protecteur puisque chaque individu doit respecter l'espace personnel des autres. Ce respect des droits individuels d'autrui est garanti par l'effet horizontal du droit civil européen qui résulte à son tour de la diffusion horizontale des droits fondamentaux. Cette irradiation des droits entre particuliers évite que certaines libertés individuelles n'empiètent sur d'autres et constitue en ce sens un facteur de solidarisme. L'effet horizontal est un mécanisme régulateur de l'hyperindividualisme du droit civil : il permet d'encadrer les libertés et volontés individuelles²¹¹². La sphère personnelle trouvait classiquement ses limites à la fois dans l'intérêt général et l'intérêt d'un groupe. C'est cette dernière étape qui semble ne pas exister en droit civil européen. Cela étant, son absence se trouve pondérée par un autre

²¹⁰⁸ En ce sens P. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 76.

²¹⁰⁹ D. FENOUILLET, « Droit de la famille et droits de l'Homme », dans *Les abus du juridisme*, *op. cit.*, p. 104.

²¹¹⁰ Terme employé par M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 794 et L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 523 : « Rappelons la question générale que se pose le libéralisme : comment garantir l'émergence et le succès de l'intérêt général si chaque individualité poursuit ses fins propres et telles qu'elle les entend, et que l'on considère que cet état de fait est légitime (...) ».

²¹¹¹ Sans qu'il soit question pour l'instant de l'intérêt général.

²¹¹² La régulation par l'effet horizontal proviendra soit des individus eux-mêmes, soit, en cas de conflits, d'un arbitrage quelconque.

moyen de protection. L'effet horizontal compense en effet l'élargissement de l'individualisme en obligeant les particuliers à respecter leurs droits respectifs. À ce premier facteur de compensation vient s'ajouter un second, plus général, qui ne vient pas limiter l'individualisme mais qui, en revanche, en contrebalance les effets.

2° La correction par la dimension sociale du droit européen

830. Si le droit civil interne se trouvait être un droit hyperindividualiste, les conséquences s'en ressentiraient davantage qu'en ce qui concerne le droit civil européen car de nombreuses autres branches du droit puisent leur source dans ce droit commun national. Or, le droit civil européen ne joue pas ce rôle de droit commun et n'irrigue pas les autres branches du droit européen. Il constitue une matière parmi d'autres et ne sert pas de base au droit du travail ni au droit des assurances ou encore au droit de la sécurité sociale comme c'est le cas du droit civil interne²¹¹³. Puisqu'il influence des matières indiscutablement sociales, ses « *disciplines filles* »²¹¹⁴, le droit civil interne ne peut pas se préoccuper que de l'individu. Si tel était le cas, l'hyperindividualisme ne se trouverait pas contrebalancé.

831. Du point de vue du droit européen, les incidences de l'hyperindividualisme civil paraissent moins importantes dès lors que, pour ne citer que cet exemple, le droit du travail européen a une existence autonome et n'est pas né d'un démembrement du droit civil européen. Il en résulte que les matières européennes se complètent fort bien. En particulier, le droit civil se trouve contrebalancé par une dimension sociale du droit européen²¹¹⁵. Ainsi, l'individualisme européen n'a pas à inquiéter les auteurs. C'est à tort que certains l'envisagent comme un facteur de destruction d'institutions comme le couple ou la famille²¹¹⁶. La Charte sociale européenne et les décisions du comité européen des droits sociaux jouent, à ce titre, un rôle essentiel. La famille par exemple, en tant que cellule familiale, est prise en compte dans la charte sociale européenne²¹¹⁷, indépendamment de tout concept de mobilité²¹¹⁸. Nombre de droits sociaux sont ainsi accordés à l'individu par le droit européen qui le perçoit alors comme

²¹¹³ Cf. J. FOYER, « Le droit civil dominé », dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p 13 : « En quelque sorte, le droit civil était le centre du droit ».

²¹¹⁴ Y. GAUDEMET, « Le code civil " Constitution civile de la France », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 298.

²¹¹⁵ Voir entre autres sur ce sujet G. SINTES, *La politique sociale de l'Union européenne*, Presses inter universitaires Européennes, Bruxelles, 1996.

²¹¹⁶ « La liberté ou l'éclatement d'une famille ordonnée au bonheur individuel » affirme D. FENOUILLET, « Droit de la famille et droits de l'Homme », dans *Les abus du juridisme, op. cit.*, p. 89. L'auteur fait référence aux signes d'intérêt portés par PORTALIS à la famille.

²¹¹⁷ Cf. *La Charte sociale européenne*, actes des premières rencontres européennes de Caën, 17 mars 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 27.

²¹¹⁸ G. SINTES, *La politique sociale de l'Union européenne, op. cit.*, p. 91.

un membre de la société²¹¹⁹. En outre, certains groupes sont protégés en tant que tels : les femmes enceintes, les jeunes, les personnes handicapées. À ce propos, il est intéressant de constater que ces personnes, protégées en droit social européen en vertu de leur appartenance à un groupe, redeviennent des personnes autonomes lorsqu'elles sont envisagées dans le cadre civil. La logique individualiste civile reprend alors le dessus. L'arrêt *Botta contre l'Italie*²¹²⁰ en constitue la meilleure illustration. L'on sait que dans cette affaire, le requérant, handicapé, se plaint d'une violation de son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 Conv EDH. Il n'obtient pas gain de cause parce qu'il ne bénéficie pas, dans le cadre civil de l'affaire, des dispositions sociales et collectives garanties par ailleurs en droit européen. Dès lors, l'hyperindividualisme est cantonné à la matière civile, c'est-à-dire aux relations interpersonnelles, en dehors des relations de travail. Il ne dépasse pas ce cadre et se trouve idéologiquement compensé par une approche sociale reconnue et qui continue à se développer parallèlement à lui. Il s'agit simplement d'une différence de matières. De ce fait, le droit européen n'ignore pas la dimension sociale de certains des droits qu'il garantit. Par exemple, le droit à la non-discrimination connaît à la fois une dimension individuelle et une dimension sociale. Abordé sous l'angle de l'article 14 de la Convention européenne, seule la situation de l'individu prétendument victime sera examinée. En revanche, en dépit de ce qu'elles ont des effets sur les particuliers, les mesures concernant les discriminations indirectes sont abordées sous un angle collectif. Elles concernent en effet un groupe d'individus, envisagé dans sa globalité, comme par exemple les employées de sexe féminin ou encore les personnes mariées²¹²¹. Il n'existe donc pas que l'approche individuelle au sein du droit européen, bien que cette dernière ait la faveur du droit civil. En conséquence, l'individualisme civil européen ne menace pas les groupes sociaux, ni institutionnels : le versant social européen leur est consacré. Les personnes, lorsqu'elles sont envisagées dans leur individualité, tombent en revanche sous le coup du droit civil.

²¹¹⁹ Sur les droits sociaux, voir A. DE SALAS, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 579.

²¹²⁰ CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, *Botta c/ Italie*, *RTD civ* 1999, p. 499, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTDH* 1999, p. 595, note B. MAURER ; *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, n° 41, obs. F. SUDRE.

²¹²¹ Voir sur ce sujet le tableau réalisé par O. de SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non-discrimination et ses limites*, op. cit., p. 29.

832. Enfin, l'argument le plus fort qui prouve la dimension sociale du droit européen, et donc la compensation de l'individualisme, résulte de l'indivisibilité des droits de l'homme. Cette propriété exclut toute cloison étanche entre les droits civils et politiques et les droits sociaux²¹²². Elle permet l'émergence de nouveaux droits économiques, sociaux et culturels. Puisque toute dichotomie se trouve rejetée entre les droits civils et les droits sociaux, tous ont la même valeur de principe et les droits sont interdépendants. Dès lors, les droits économiques, sociaux et culturels, ne sont pas moins nécessaires que les droits civils et politiques²¹²³ et imposent une meilleure prise en compte²¹²⁴. L'hyperindividualisme se trouve donc corrigé.

²¹²² La Cour rappelle souvent que « *la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (...), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu (...). Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. (...) La Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention* » (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73, Airey c/ Irlande, point 26 de l'arrêt, *GACEDH* n° 2 ; CEDH 14 novembre 2000 requêtes n° 31819/96 et 33293/96, Annoni di Gussola et autres c/ France, point 56 de l'arrêt).

²¹²³ En ce sens, F. SUDRE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 2249, n° 6.

²¹²⁴ E. DECAUX, « Les dialogues sur les droits de l'homme : types, conditions, objectifs et évaluation », *Rev. droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, <http://www.droits-fondamentaux.org>.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

833. Que le droit civil européen soit un droit individualiste ne surprend guère. Il était probable que cette nouvelle matière, à la croisée du droit civil et des droits fondamentaux s'élabore en fonction et à partir de l'individu, élément identifiable du droit individualiste.

Toutefois, la compréhension de l'individualisme civil européen ne peut résulter que d'une comparaison avec un autre droit civil, réputé également individualiste, le droit civil interne français. En effet, sans point de référence, l'analyse de l'individualisme européen semble lacunaire. Comment savoir sans cela si l'individualisme qui imprègne la matière est un individualisme exacerbé ou au contraire ténu ? La comparaison des deux matières civiles a permis de mettre en exergue l'individualisme tempéré du droit national et l'hyperindividualisme du droit supranational. En ce sens les deux mouvements se singularisent et semblent presque s'opposer. À l'intensification de l'individualisme civil européen répond le reflux de l'individualisme du droit civil français.

Quoi qu'il en soit, cette nouvelle branche du droit européen accorde une importance considérable à la personne ainsi qu'à tous les éléments qui la composent, qu'il s'agisse des éléments identifiants physiques ou psychologiques. La personne demeure au centre de toutes les dispositions et préoccupations du droit civil européen qui, dès lors, n'accorde guère d'intérêt aux ensembles d'individus, comme le couple ou la famille. Ces droits ne sont envisagés que sous l'angle individuel. Dans cette mesure, l'hyperindividualisme du droit civil européen peut inquiéter puisqu'il érige l'individu en source créatrice de droits. Or, il n'est pas certain que l'individu sache veiller à ses propres intérêts. De plus, l'absence de limites opposées aux libertés individuelles semble supprimer toute possibilité de régulation de l'hyperindividualisme. Cependant, il ne faut pas oublier que le droit civil européen, tout en prenant en considération la personne, en particulier sa volonté, adopte également un raisonnement très protecteur des droits individuels par le principe d'égalité mais également par le biais de l'effet horizontal. Ce dernier mécanisme constitue un élément régulateur de la dilatation des libertés individuelles. Aussi, bien que consacrant un individualisme renforcé, le droit civil européen n'en est pas moins équilibré.

Chapitre II - Un individualisme remanié

834. Le droit civil européen paraît être un droit individualiste en ce qu'il valorise la personne et sa volonté. Dans le même esprit, il fait preuve d'une réelle désaffection à l'égard des ensembles sociaux et institutionnels. De ce fait, il n'accepte de limiter les droits individuels qu'en vertu de deux considérations. La première relève des droits individuels des autres sujets de droit et renforce l'approche individualiste de la matière. La seconde fait valoir l'intérêt général. Toutefois, la logique de l'idéologie individualiste prescrit une intervention réduite de l'intérêt général. Il n'est censé s'interposer que si les libertés individuelles nécessitent une limitation. L'examen du droit civil européen nous montre que cette notion y joue un rôle important. Puisqu'il cohabite avec l'intérêt général, l'individualisme en question se présente sous une forme remaniée et présente de nouvelles modalités.

835. Prétendre que l'individualisme qui teinte le droit civil européen est remanié revient à révéler que sa composition a été modifiée. Néanmoins, le remaniement ne comporte aucun jugement de valeur. En cela, il n'exprime ni une amélioration ni, à l'inverse, une dégradation. Il n'invoque qu'un changement. Partant, la singularité du droit civil européen réside tout autant dans son inclinaison individualiste que dans l'équilibre qu'il parvient à instaurer entre cette tendance et la notion antagoniste que représente l'intérêt général. Il aurait été plus compréhensible que le développement du second se fasse au détriment du premier : en tant que sujet de droit, l'individu dispose de droits opposables à l'État, garant quant à lui de l'intérêt général. Contre toute attente, c'est l'inverse qui se produit en droit civil européen. Il semble à la fois développer un aspect individualiste et réhabiliter l'intérêt général. Par ailleurs, ce nouveau droit opte pour un développement démesuré de chacun de ces deux extrêmes. Il en résulte malgré tout une forme d'équilibre puisque le développement de ces deux frères ennemis se réalise en parallèle. Ainsi, l'intérêt général ne se trouve pas sacrifié²¹²⁵ au profit d'un individualisme que l'on sait pourtant exacerbé (section I). Bien plus qu'une justification des atteintes portées aux droits garantis par les textes et la jurisprudence européens, l'intérêt général se conçoit alors comme un instrument de protection de l'individu (section II).

²¹²⁵ Selon l'expression empruntée à D. FENOUILLET, « Droit de la famille et droits de l'Homme », dans *Les abus du juridisme*, *op. cit.*, p. 96.

Section I : La mise en valeur de l'intérêt général en droit civil européen

836. La mise en valeur de l'intérêt général en droit civil européen se déduit de l'importance accordée à l'intérêt général, aux côtés de l'individu. Pourtant, cette notion se rencontre plus fréquemment en droit administratif, où elle joue un grand rôle, qu'au sein de la matière civile. Sans détailler pour l'instant, l'intérêt général recouvre l'ensemble des activités indispensables au maintien de l'équilibre social. Il vise les besoins de la population²¹²⁶, envisagée dans sa globalité, et non ceux des individualités la composant. Dès lors, l'individualisme, caractérisé par une volonté de liberté à tout prix, risque de mettre en péril l'intérêt de la société tout entière puisque, par définition, il n'envisage pas la population dans son ensemble. On ne peut qu'en déduire l'exclusion traditionnelle de l'intérêt général par l'individualisme, qui s'étend au-delà d'une simple difficulté de conciliation. Toute l'originalité du droit civil européen réside dans le rapprochement qu'il permet entre un individualisme très étendu et la prise en compte de l'intérêt général, dont le rôle, loin d'être exclu et contre toute attente, s'étend. Dans l'espace civil européen, il apparaît que le développement de l'individualisme ne se fait pas au détriment de l'intérêt général si bien qu'il n'en sort pas sacrifié (§ I). L'amplification du rôle de l'intérêt général le montre à suffisance (§ II).

§ I - L'absence de sacrifice de l'intérêt général en droit civil européen

837. La vision de sacrifice de l'intérêt général est évoquée par D. Fenouillet. L'auteur souligne en cela que l'abus de liberté, manifesté par un excès de l'esprit de liberté, passe inévitablement par le sacrifice d'autrui et la mise à mal de l'intérêt général²¹²⁷. Une telle allégation ne se vérifie pas en droit civil européen. L'individualisme dont il fait preuve ne détruit ni n'abandonne la notion d'intérêt général. Même en instituant l'individu créateur de droits, les différents architectes du droit civil n'ont pas renoncé à l'intérêt général. Bien que l'opposition paraisse classique entre les deux tendances (A), il semble nécessaire de la présenter afin de comprendre les raisons du prétendu sacrifice. Par la suite, il faudra constater que l'intérêt général n'est pas passé sous silence dans l'ensemble normatif civil européen (B).

²¹²⁶ P. ESPLUGAS, « Notion de service public. Droit interne et droit communautaire », *J.-Cl Administratif*, Fasc. 149, 05/2006, n° 37.

²¹²⁷ D. FENOUILLET, « Droit de la famille et droits de l'Homme », dans *Les abus du juridisme*, colloque *op. cit.*, p. 96.

A / L'exclusion traditionnelle de l'intérêt général par l'individualisme

838. L'exclusion de l'intérêt général par l'individualisme constitue la suite logique de la prépondérance accordée à l'individu et aux droits subjectifs. Elle relève de la cohérence et semble *a priori* naturelle si bien qu'on l'estime inéluctable. L'opposition entre l'intérêt général et l'individualisme mérite d'être rappelée avant d'en examiner les aspects en droit civil européen (1°). Il semble par ailleurs utile d'illustrer l'antinomie en se référant au *right of privacy* anglo-saxon, qui atrophie assurément la notion d'intérêt général (2°).

1° Des notions présumées antagonistes

839. L'individualisme juridique envisage l'individu à la fois comme point de départ et comme objectif principal. Dès lors, quel rôle cette théorie confère-t-elle à l'État ? Le développement des droits individuels procure au sujet un très large pouvoir d'autodétermination qui s'oppose naturellement à toute ingérence, y compris étatique. Par conséquent, le développement de la liberté du sujet de droit génère le déclin de l'ordre public²¹²⁸, considéré comme un élément de l'intérêt général. La prise en compte de l'intérêt général se trouve ainsi inversement proportionnelle à l'attention portée aux libertés individuelles. Il apparaît difficile de se préoccuper avec la même intensité de l'intérêt général et de l'intérêt de chacun envisagé individuellement : l'attention portée à l'un se fait au détriment de l'attention susceptible d'être portée à l'autre. Ainsi, un système ne saurait être à la fois, et à un niveau équivalent, soucieux de l'intérêt général et des libertés individuelles, ces deux notions s'opposant et agissant généralement en sens contraire. Portalis a ainsi exprimé ce risque dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil : « *les intérêts particuliers assiègeraient la puissance législative ; ils la détourneraient, à chaque instant, de l'intérêt général de la société* »²¹²⁹.

840. Or, par définition, le droit civil, prête attention aux individus. De ce fait, l'intérêt général passe au second plan des préoccupations. Même s'il a été guidé par sa recherche²¹³⁰, le Code civil français ne fait aucune référence à l'intérêt général puisqu'il est applicable aux

²¹²⁸ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », dans *Études offertes à P. CATALA, Le droit privé à la fin du XXème siècle, op. cit.*, p. 87 « (...) à la tendance individualiste du droit doit logiquement correspondre la discrétion, sinon l'absence de l'ordre public, tandis que la tendance collectivisme doit marquer à l'inverse le gonflement de l'ordre public ».

²¹²⁹ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX.

²¹³⁰ Selon le discours prononcé par J.-L. DEBRÉ lors de l'inauguration de l'exposition « 200 ans de code civil, des lois qui nous rassemblent » du 11 mars 2004, <http://www.assemblee-nationale.fr>.

personnes privées et éventuellement aux personnes publiques alors envisagées comme des particuliers. Seules quelques mentions à l'ordre public²¹³¹ peuvent y être référencées. À ce titre, la conception française se situe au cœur du dualisme intérêt général / intérêt particulier ; il se résout semble-t-il, à la défaveur du second²¹³², en raison d'un individualisme « effacé », contrairement à l'exemple américain.

2° L'exemple du *right of privacy* anglo-saxon

841. Dès lors que l'individualisme « s'oppose d'une manière absolue à (un) mode d'organisation communautaire »²¹³³, l'une des tendances prime nécessairement sur l'autre. Il semble important d'illustrer cette opposition entre intérêt général et individualisme afin de justifier la qualification d'opposition « traditionnelle ». Elle se manifeste dans le *right of privacy* anglo-saxon qui fait table-rase de l'intérêt général au profit d'une place considérable accordée à l'autonomie individuelle et au respect de la vie privée.

842. Le *right of privacy* anglo-saxon a largement influencé le droit au respect de la vie privée tel que garanti par la Convention européenne et interprété par la Cour. Toutefois, si l'expression employée par le Conseil de l'Europe en anglais est identique²¹³⁴, les deux notions ne recouvrent pas les mêmes prérogatives. Si la *privacy* communautaire peut être rapprochée de la *privacy* du Conseil de l'Europe, il semble indispensable de les distinguer de la *privacy* américaine qui nous intéresse ici. Bien que les notions européennes ne recouvrent pas le même champ d'application ni les mêmes ramifications, elles se trouvent confrontées aux mêmes questions. Par exemple, la CJCE et la Cour EDH ont statué sur l'orientation sexuelle des individus.

843. Cette notion telle qu'envisagée en droit américain s'oppose, dans un premier temps, aux interventions étatiques dans la sphère d'intimité individuelle dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par un intérêt légitime. C'est à ce titre que les deux *privacy*, européenne et anglo-saxonne, semblent avoir une base commune : l'individu se trouve au centre de la protection

²¹³¹ Notamment aux articles 6, 16-9, 763 et 1133 du Code civil.

²¹³² Pour L. JAUME, « face à la figure de l'État, le dualisme général / particulier est tel que le second terme se trouve d'emblée dévalorisé » (L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, op. cit., p. 351).

²¹³³ A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, op. cit., p. 8.

²¹³⁴ Cf. Résolution (1998) 1165 du Parlement européen et du Conseil concernant le droit au respect de la vie privée, du 26 juin 1998, <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta98/fres1165.htm#1>; voir également pour une définition CEDH 28 janvier 2003 requête n° 44647/98, Peck c/ Royaume-Uni, entre autres points 93 et 105 de l'arrêt.

ainsi mise en place. Néanmoins, dans un second temps, le *right of privacy* comporte plusieurs dimensions en fonction notamment des degrés d'individualisme. De fait, les limites susceptibles d'être opposées aux droits individuels en ressortent elles aussi plus ou moins larges. Les deux *right of privacy* divergent en effet sensiblement s'agissant de l'intérêt général, inexistant face à la *privacy* telle qu'envisagée par la Cour suprême américaine.

844. M.-T. Meulders-Klein a écrit que la « *privacy américaine est en effet passée à celle de la liberté individuelle dans les domaines existentiels* »²¹³⁵, et qu'elle ne se cantonnait plus à la seule protection du secret et de l'intimité. L'auteur distinguait de la sorte la protection de la vie privée européenne de la protection américaine. Aujourd'hui, cette divergence a cédé du terrain, l'article 8 de la Convention européenne permettant à son tour, et dans une très large mesure, de revendiquer un droit à mener sa vie comme on l'entend. Pour autant, l'approche européenne n'atteint pas « *l'absolutisme d'outre-atlantique* »²¹³⁶. La différence entre les deux notions ne réside pas dans leur contenu mais dans le développement des droits auquel correspond corrélativement une diminution flagrante du rôle de l'intérêt général concernant la *privacy* américaine. C'est en cela que la *privacy* américaine démontre l'opposition traditionnelle entre intérêt privé et intérêt public. En somme, le développement du premier implique une absence totale d'ingérence du second. L'individualisme se présente sous une forme radicale. Le refus d'ingérence a pour effet d'ériger la personne en maître absolu d'elle-même et à la faire prévaloir sur toute autre considération²¹³⁷, en particulier sur l'intérêt général auquel il ne laisse aucune place. Ainsi, il est question d'une radicalisation américaine du droit de propriété sur soi²¹³⁸, autrement dit d'un droit à la vie privée inaliénable.

845. Le droit au respect de la vie privée tel qu'il se développe au sein du droit civil européen ne comporte pas ces caractéristiques. S'il se manifeste en effet par une obligation de non-ingérence, les États se trouvent également contraints au titre d'obligations positives, par lesquelles ils élaborent des mesures positives permettant l'épanouissement aux individus. La *privacy* américaine opérerait pour un droit réputé droit-liberté, sans ingérence de l'État alors que la *privacy* européenne implique, de par sa nature, une telle ingérence. Elle relèverait ainsi

²¹³⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 767.

²¹³⁶ E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *op. cit.*

²¹³⁷ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 772.

²¹³⁸ A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, *op. cit.*, p. 14.

davantage d'un droit-créance²¹³⁹. Il apparaît alors naturel que le droit-liberté entraîne une disparition de l'intérêt général avec toutes les conséquences précédemment invoquées sur la dissolution du lien social. En effet, ce droit-liberté implique une méfiance de principe envers l'État et opte en cela pour une vision dite utilitariste de l'intérêt général²¹⁴⁰. En définitive, la *privacy* américaine illustre parfaitement le fait que les droits individuels constituent des absolus l'emportant sur l'intérêt général²¹⁴¹. À compter de l'instant où les premiers font quasi-systématiquement céder le second, il n'est pas question d'équilibre. Il s'agit là d'un radicalisme²¹⁴² que ne connaît pas le droit civil européen. La possibilité d'ingérence est certainement plus large au sein de ce dernier, mais précisément, il est parvenu à instaurer un réel équilibre, mettant à mal l'opposition traditionnelle qu'illustre le *right of privacy* entre intérêt individuel et intérêt public.

846. En cela, sur l'échelle graduée de l'individualisme, le droit civil européen pourrait se situer entre la *privacy* et le droit civil français. Celui-ci, pour sa part ne se fait pas contre l'État mais par lui, par son chef et par ses moyens administratifs²¹⁴³, l'État ayant alors pour rôle de définir et de préserver l'intérêt général. Le droit-créance, tel qu'illustré par le droit civil européen, ne réfute l'intérêt général ni à l'inverse ne le fait prévaloir. Il permet au contraire une conciliation qui passe nécessairement par un rôle prépondérant attribué à l'intérêt général.

²¹³⁹ Selon les expressions employées par M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 771. En droit communautaire comme en droit du Conseil de l'Europe, les textes et la jurisprudence imposent des abstentions mais aussi des interventions positives : par exemple, l'article 3 c de la directive 1999/5 du Parlement européen et du Conseil concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, du 9 mars 1999, JO L 91 du 7/04/1999, p. 10 impose aux États de légiférer en faveur de la protection des données personnelles et de la vie privée des utilisateurs et abonnés, cf. à ce propos J. ADRIANTSIMBAZOVINA, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », dans F. SUDRE et H. LABAYLE, *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2000, n° 27, p. 253 et spéc. p. 279 et s..

²¹⁴⁰ Voir en ce sens « Réflexions sur l'intérêt général », rapport public 1999, <http://www.conseil-état.fr/ce/rappor/>

index_ra_li9900.shtml, p. 1. La conception utilitariste s'oppose à la conception volontariste pour laquelle, de son côté, l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers et se trouve être ainsi l'expression de la volonté générale, vision qui « confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par delà leurs intérêts particuliers ».

²¹⁴¹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 789.

²¹⁴² *Ibidem*.

²¹⁴³ Comme le prétend L. JAUME à propos du libéralisme, dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 168.

B / L'admission atypique de l'intérêt général dans l'espace civil européen

847. Au regard de ces points de comparaison que constituent le *right of privacy* et le droit civil français, il convient d'examiner en quoi l'intérêt général n'est pas écarté par le droit civil européen. Il aurait dû y renoncer puisque, visiblement, les deux notions ne peuvent entrer en concurrence. Pourtant, l'intérêt général rivalise avec les droits individuels en droit civil européen. La forme (1°) puis le contenu (2°) de cette admission devront être successivement analysés.

1° La forme de l'admission

848. Si le droit au respect de la vie privée européen ne s'aligne pas complètement sur le *right of privacy*, c'est en raison de l'équilibre que tentent d'instaurer les institutions européennes entre les libertés individuelles et l'intérêt général. De ce fait, ce droit ne constitue pas un droit inaliénable au regard des normes civiles européennes. Pour autant, la matière civile parvient à préserver un droit individuel à l'autodétermination. Il semble ainsi que le droit civil européen ne se soit pas orienté catégoriquement vers l'étatisme ou l'individualisme.

849. Il a au contraire décidé d'épouser ces deux tendances. Il envisage dès lors l'intérêt général dans son ensemble et de nombreuses notions proches sont susceptibles de se rencontrer en droit civil européen. La Cour EDH relève ainsi, dans l'arrêt *Odièvre contre la France*²¹⁴⁴, la préservation de l'intérêt général permise par la loi française du 22 janvier 2002 en matière d'accès aux données personnelles. L'équilibre manifestement recherché par la loi entre l'intérêt général et les droits des individus a évité à la France une condamnation. Il s'agit encore d'intérêt général dans l'affaire *Koudelka contre la République Tchèque*²¹⁴⁵. Le requérant se plaignait de la non exécution d'un droit de visite dont il disposait à l'égard de sa fille. Afin de déterminer si le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale avait été enfreint, la Cour a tenté d'établir un juste équilibre entre les divers intérêts en présence. Pour cela, elle s'est intéressée aux intérêts du requérant, de sa fille, mais aussi à « *l'intérêt général qu'il y a à veiller au respect de l'état de droit* »²¹⁴⁶. En effet, le requérant bénéficiait d'une

²¹⁴⁴ CEDH Gr. Ch. 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, point 45 de l'arrêt, *RTD civ* 2003 p. 375, note J.-P. MARGUÉNAUD; *JCP* 2003, éd. G., p. 561, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE; *JCP* 2003, éd. G., p. 545, note P. MALAURIE; *RTDH* 2004, p. 405, note V. BONNET; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT.

²¹⁴⁵ CEDH 20 juillet 2006 requête n°1633/05, *Koudelka c/ République Tchèque*.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, point 61 de l'arrêt.

décision de justice définitive qui lui accordait un droit de visite. En revanche, la notion utilisée dans l'arrêt *Fretté contre la France* est celle d'« *intérêts de la société dans son ensemble* »²¹⁴⁷. Cette dernière sera reprise dans l'arrêt *Bianchi contre la Suisse*²¹⁴⁸ relatif à des mesures prises par les autorités nationales dans le but d'exécuter l'ordre de retour du fils du requérant. La Cour, afin de trancher le litige, estime qu'il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble²¹⁴⁹. Cette notion est analogue à celle d'intérêt général.

850. La diversité des formes se vérifie dans les arrêts *Unal Tekeli contre la Turquie*²¹⁵⁰ et *Jäggi contre la Suisse*²¹⁵¹, la Cour faisant référence à l'intérêt public. Dans la première affaire, la Cour releva que l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle s'inspire de « l'intérêt public » et si par conséquent elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des « intérêts de la communauté »²¹⁵² et le respect des droits et libertés garantis par la Convention²¹⁵³. La seconde affaire opposait la Suisse au requérant désireux d'obtenir une analyse ADN de la dépouille de son père biologique présumé. La Cour statua en faveur du requérant en considérant, d'une part, le droit du requérant à connaître son ascendance et, d'autre part, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que « l'intérêt public » à la protection de la sécurité juridique²¹⁵⁴. Il semble que là encore cette notion soit assimilable à celle d'intérêt général, autrement qualifié. En outre, le juge a de nouveau utilisé la notion « *d'intérêts collectifs de la société* »²¹⁵⁵ ou encore « *d'ordre*

²¹⁴⁷ CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, point 41 de l'arrêt *D.* 2002, IR p. 935 ; *RTD civ* 2002, p. 389, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2002, éd. G, n° 29, p. 1348, 6, note A. MARMISSE ; *JCP* 2002, éd. G, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2002, n°9, p. 8, note A. DEBET.

²¹⁴⁸ CEDH 22 juin 2006 requête n° 7548/04, *Bianchi c/ Suisse*, point 76 de l'arrêt.

²¹⁴⁹ *Ibidem*.

²¹⁵⁰ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Unal Tekeli c/ Turquie*, *AJDA* 2005 p. 546 obs. J.-F. FLAUSS ; *RTD civ* 2005, p. 343 obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

²¹⁵¹ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*.

²¹⁵² Expression qui figurait déjà par exemple dans l'affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique, *GACEDH* n° 8) « *l'article 14 (art. 14) n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention* ».

²¹⁵³ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Unal Tekeli c/ Turquie*, point 51 de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁵⁴ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*, point 39 de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁵⁵ CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique, point 13 de la décision de la Cour « *elles (les mesures) respectent le nécessaire équilibre entre les intérêts collectifs de la société et les droits individuels garantis* ».

public »²¹⁵⁶, composante de l'intérêt général. Le droit communautaire quant à lui se réfère à « *l'intérêt fondamental de la société* » dans la directive 2004/38 relative au droit de circulation des citoyens et des membres de leur famille²¹⁵⁷ ou encore à « *l'intérêt public* » dans la directive de 2005 visant la protection du consommateur²¹⁵⁸. De fait, l'admission de l'intérêt général en droit civil européen résulte de formes variées afin sans nul doute d'aborder l'intérêt général dans toute son hétérogénéité. Le contenu de l'admission est elle aussi singulière et témoigne à son tour de l'aspect inhabituel de la présence de l'intérêt général au cœur de la matière civile européenne.

2° Le contenu de l'admission

851. Il ne s'agit pas d'affirmer, à ce stade de l'étude, que l'intérêt général se trouve largement pris en compte par le droit civil européen. Pour l'instant, seule l'admission de l'intérêt général est essentielle afin de constater que l'individualisme civil ne se construit pas au détriment de l'intérêt général et que ce dernier n'est aucunement sacrifié. Ainsi, l'intérêt général est admis alors même que le droit est teinté d'individualisme. Cette apparition doit être illustrée au surplus en droit communautaire puisqu'il n'a été surtout question que du droit du Conseil de l'Europe concernant les différentes approches de l'intérêt général.

852. La directive 95/46 concerne la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à leur libre circulation²¹⁵⁹ soit, en d'autres termes, la protection de la vie privée. En principe, le traitement des données à caractère personnel doit être fondé sur le consentement de la personne concernée. Cela étant, de nombreuses exceptions viennent assouplir ce principe, en particulier lorsque l'intérêt général est en cause. Le consentement n'est plus exigé dès lors que le traitement apparaît nécessaire à « *l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité*

²¹⁵⁶ CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, points 36, 37 et 65, *RTD civ* 2006, p. 255, note J.-P. MARGUÉNAUD (par exemple point 36 : « *La Cour suprême du Massachusetts estima toutefois qu'il ne fallait pas faire exécuter l'accord, notamment parce que, pour des motifs d'ordre public, la procréation forcée ne peut faire l'objet d'une procédure d'exécution judiciaire* ») ; voir aussi CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, point 61 de l'arrêt *RTD civ* 2004, p. 804, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2005, éd. G, I, 103, n° 15, p. 83, note F. SUDRE ; *JCP* 2005, éd. G, II, 10052, note F. BOULANGER ; *D.* 2005, juris. p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; *RDC* 2005, 3, p. 645, note T. REVET et J. ROCHFELD.

²¹⁵⁷ Cf. article 27. 2 de la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

²¹⁵⁸ *Ibid.*, cf. considérant 5 de la directive.

²¹⁵⁹ Directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, du 24 octobre 1995, *op. cit.*

publique »²¹⁶⁰. De même, le texte prévoit que les domaines de la santé publique et de la protection sociale peuvent motiver un intérêt public à traiter des catégories de données sensibles. En outre, les droits d'accès et d'information des individus aux données les concernant peuvent se voir opposer des restrictions dans la mesure où « *elles sont nécessaires à la sauvegarde, par exemple, de la sûreté de l'État, de la défense, de la sécurité publique, d'un intérêt économique ou financier important d'un État membre ou de l'Union européenne (...)* »²¹⁶¹. Enfin, la directive estime que l'institution, dans les États membres, d'autorités de contrôle exerçant en toute indépendance leurs fonctions est un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Il lui appartient de contrôler si le traitement des données n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées. En cela, elle examine, au nom de l'intérêt général, le fonctionnement des responsables du traitement, entreprises ou administration gérant des données à caractère personnel²¹⁶². L'énumération des renvois à l'intérêt public et à l'intérêt général pourrait encore se poursuivre au regard de ce texte. Il démontre l'immixtion de l'intérêt général dans un domaine qui relève pourtant des droits et libertés individuels, à savoir le droit au respect de la vie privée. On le constate, l'intérêt général n'est pas sacrifié. Bien plus, sa place au sein du droit civil européen va au-delà d'une simple admission circonscrite et délimitée.

§ II - L'amplification du rôle de l'intérêt général en droit civil européen

853. En dépit de ce que le droit interne français lui accorde une place primordiale, l'intérêt général n'en est pas moins discret en droit civil français. Le silence du Code civil à son égard est en ce sens révélateur. À l'inverse, en droit civil européen, la référence à l'intérêt général s'avère fréquente. Les textes et la jurisprudence composant la matière civile utilisent largement cette notion. Pour les institutions européennes, elle constitue un critère permettant d'ajuster les droits individuels. Par conséquent, l'intérêt général nous renseigne sur une pratique caractéristique du droit civil européen : la mise en balance des intérêts, qu'ils soient privés et publics. Le maître mot de cette immixtion de l'intérêt public en droit civil est dès lors l'équilibre. Il résulte tant de la large prise en compte de l'intérêt général par un droit pourtant individualiste (A), que de la mise en balance des intérêts à laquelle il invite (B).

²¹⁶⁰ *Ibid.*, considérant 30 de la directive.

²¹⁶¹ Considérant 43 de la Directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, du 24 octobre 1995, *op. cit.*

²¹⁶² Cf. F. RIGAUX, « Les paradoxes de la protection de la vie privée », dans *Société d'information et vie privée*, t. 1, p. 39, <http://www.asmp.fr>.

A / Un intérêt général largement pris en compte

854. Il est insuffisant de constater que la notion d'intérêt général est utilisée par le droit civil européen tant elle irrigue véritablement la matière, au même titre, aussi paradoxal que cela puisse paraître, que l'idéologie individualiste. L'ajustement des droits que permet l'intérêt général comporte deux aspects. Le plus couramment, il constitue un facteur de restriction des droits et libertés individuels. Dans cette hypothèse, il en interrompt le développement. Néanmoins, et cela est plus étonnant, l'intérêt général représente également un facteur d'extension des droits des individus. Dès lors, il ne joue pas contre eux mais en leur faveur. À l'instar de la personne physique envisagée par le droit civil européen sous tous les angles afin de lui garantir une protection complète, l'intérêt général est utilisé dans toutes ses potentialités. Il importe ainsi d'exposer en quoi il constitue à la fois un facteur de restriction (1°) et d'extension des droits individuels (2°).

1° Un facteur de restriction des libertés individuelles

855. L'intérêt général apparaît comme un facteur restreignant les libertés individuelles en vertu même de la rédaction de nombreux droits garantis par les textes européens. Dans certains d'entre eux, il est fait directement et explicitement référence à l'intérêt général ou à l'intérêt public. Il en est ainsi de l'article 1 du protocole additionnel 1 à la Conv EDH comme de l'article 17 de la charte des droits fondamentaux²¹⁶³, relatifs au droit de propriété²¹⁶⁴. L'intérêt public est envisagé pour sa part comme une limite à la liberté de circulation telle qu'envisagée dans l'article 2 du protocole 4²¹⁶⁵. De même, cette liberté individuelle est restreinte en droit communautaire, l'article 39 TCE prévoyant qu'en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs, les États membres peuvent prendre des restrictions, à l'égard des ressortissants d'autres États membres, pour les motifs justifiés par l'ordre public. Ces

²¹⁶³ Article 17. 1 de la Charte : « 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ».

²¹⁶⁴ Article 1 du protocole 1 : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

²¹⁶⁵ Article 2.4 du protocole 4 : « Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique ».

restrictions sont reprises dans les arrêts *Akrich*²¹⁶⁶ ou *Gloszczuk*²¹⁶⁷ rendus par la CJCE où elles ont été utilisées à dessein de limiter la liberté de circulation. De plus, la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, est également limitée pour des raisons d'ordre public au regard de l'article 27. 2 de la directive 2004/38²¹⁶⁸.

856. Ce rôle de limitation des libertés individuelles par la notion d'intérêt général ou des notions approchantes se vérifie en matière de droit à la libre circulation transfrontalière des services et des marchandises. En effet, la directive 2005/29 décide que des obstacles à ces libertés peuvent se justifier dès lors qu'ils visent à protéger des objectifs reconnus d'intérêt public²¹⁶⁹.

857. Ces articles renvoient à la notion d'intérêt général perçue en tant que limite aux droits garantis. Soit le droit ne pourra être pleinement reconnu en raison d'un motif d'intérêt général, soit ce dernier va légitimer une ingérence dans le droit initial. Une clause de limitation générale apparaît dans la charte européenne à l'article 52. Ce texte précise ainsi que « *des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ». On comprend alors que l'intérêt général est considéré comme un facteur susceptible de réguler les garanties individuelles. De manière analogue, permettre une ingérence au nom de la sûreté publique²¹⁷⁰, de la sécurité nationale²¹⁷¹, de la protection de la santé ou de la morale²¹⁷² revient à protéger l'une des composantes de l'intérêt général au détriment d'un droit subjectif. Ainsi, il apparaît impossible de ne pas constater que l'intérêt général est largement pris en compte en droit civil européen. C'est là une grande particularité de ce droit : il renvoie de façon quasi-systématique à l'intérêt général.

²¹⁶⁶ CJCE 23 septembre 2003 affaire C- 109/01, *Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich*, *Rec.* p. 9607; *RTDH* 2004, p. 726, note C. MAUBERNARD; *Europe* 2003, comm. 353, note L. IDOT.

²¹⁶⁷ CJCE 27 septembre 2001 affaire C- 63/99, *Gloszczuk*, *Rec.* p. 6369.

²¹⁶⁸ Article 27. 2 de la directive 2004/38 du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *op. cit.*

²¹⁶⁹ Cf. considérant 5 de la directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, du 11 mai 2005, *op. cit.*

²¹⁷⁰ Cf. article 2 du protocole 4.

²¹⁷¹ Cf. article 6, article 8 de la CEDH.

²¹⁷² Cf. article 8, article 2 du protocole 4.

858. Au-delà des textes, la jurisprudence se réfère également dans une très large mesure à la notion d'intérêt général, notamment afin de pondérer les droits des particuliers. Par exemple, lors de l'examen d'une question purement civile de réparation dans les affaires *Maurice et Draon contre la France*²¹⁷³, l'intérêt général a été apprécié par la Cour EDH. Certes, cette appréciation n'a pas empêché la condamnation de la France. Néanmoins, l'intérêt général a œuvré contre les requérants. Les juges strasbourgeois ont estimé que la loi française du 4 mars 2002 portait atteinte au droit de propriété garanti par l'article 1er du protocole 1. En effet, cette loi s'est appliquée aux instances en cours lors de sa promulgation. Par là même, elle a supprimé les chances de réparation de certains préjudices. Étaient visés les dommages résultant des charges particulières découlant d'un handicap d'un enfant, dont l'état n'avait pu être diagnostiqué lors de la grossesse de la mère en raison de faute médicale. Par conséquent, la loi mettait fin à des droits de créance en réparation d'action en responsabilité et portait ainsi atteinte aux biens des requérants. Avant de parvenir au constat de violation, la Cour a dû examiner si l'ingérence était prévue par la loi. Cela ne faisait aucun doute en l'espèce puisque l'ingérence résultait de la loi en tant que telle. Encore fallait-il que cette ingérence réponde à une cause d'utilité publique²¹⁷⁴. Il convenait donc de déterminer si la mesure prise par le législateur se justifiait par l'intérêt général. En répondant par l'affirmative, la Cour a admis que la loi tentait d'enrayer un problème d'intérêt général et que cette démarche justifiait des privations de propriété. Dès lors, envisagé sous l'angle civil européen, ce problème de réparation des préjudices provenant d'un handicap aurait pu être justifié par l'intérêt général. Seule l'absence de proportionnalité entre la mesure et le but poursuivi est à l'origine de la condamnation.

859. De façon identique, la jurisprudence communautaire utilise la notion d'intérêt général comme facteur de limitation des droits individuels. Par exemple, dans l'arrêt *Mangold*²¹⁷⁵ relatif à une discrimination fondée sur l'âge du requérant, la loi allemande à l'origine de la différence de traitement a été jugée légitime par la CJCE car poursuivant un but d'intérêt général : favoriser l'emploi des jeunes travailleurs²¹⁷⁶. Là encore, c'est le critère de

²¹⁷³ CEDH Gr. Ch. 6 octobre 2005 requêtes n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon c/ France*, *RTD civ* 2005, p. 743, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTDH* 2006, p.667, note BELLIVIER F.; *RTD civ* 2005, p. 798, note T. REVET.

²¹⁷⁴ CEDH Gr. Ch. 6 octobre 2005 requête n° 11810/03, *Maurice c/ France*, point 83 et suivants de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁷⁵ CJCE 22 novembre 2005 affaire C- 144/04, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, *Europe* 2006, n° 1, comm. 18, note L. IDOT ; *JIT*, 10 mars 2006, n° 941, p. 109, note D. MARTIN; *RTDH* 2006, p. 629, obs. H. SURREL.

²¹⁷⁶ *Ibid.*, point 60 de l'arrêt « *La légitimité d'un tel objectif d'intérêt général ne saurait être raisonnablement mise en doute* ».

proportionnalité qui entraîne la condamnation des dispositions nationales au regard du droit communautaire.

860. Enfin, le rôle essentiel de l'intérêt général se trouve confirmé par une autre singularité du droit civil européen. Au titre de critère restreignant les droits individuels, il est également abordé et examiné par la Cour EDH alors qu'elle ne se prononce que sur l'applicabilité d'un droit. Pourtant, de simples décisions sur la recevabilité d'une requête, relevant au surplus de la matière civile, ne devraient pas aborder la question de l'intérêt général. Une telle pratique a pu être constatée dans la décision *Mentzen contre la Lettonie*²¹⁷⁷ relative au nom de famille. Il en ressort que la Cour fait en sorte d'examiner l'intérêt général en tant qu'élément à prendre en compte pour sa décision en matière civile. Ainsi, tout en déclarant la requête irrecevable, la Cour s'intéresse au fond de l'affaire.

861. Il n'est pas inutile de rappeler les faits de cette affaire. La requérante invoquait une violation de son droit au nom. D'origine lettone, elle avait épousé un allemand et portait le nom de son mari, à savoir Mentzen. Lors d'un renouvellement de passeport auprès des autorités lettones, celles-ci transcrivirent son nom en letton et, au regard des règles de la graphie lettone, elle devint madame Mencena. L'ingérence dans le domaine de la vie privée ne faisant guère de doute, il restait à déterminer si elle poursuivait un but légitime. Comme le relève J.-P. Marguénaud, la protection de la langue nationale ne fait aucunement partie de la liste énoncée au paragraphe 2 de l'article 8. Or, cette liste comprend les justifications possibles des atteintes portées au droit garanti au paragraphe précédent. La Cour avance le raisonnement suivant : la langue nationale représente une valeur constitutionnelle d'un État et confère des droits aux citoyens de cet État. Dès lors, la protection de la langue sert la protection des droits d'autrui, élément qui figure quant à lui dans la fameuse liste énoncée au paragraphe 2. L'ingérence litigieuse rejoint ainsi l'un des objectifs énumérés à l'article 8 § 2, à savoir « *la protection des droits et libertés d'autrui* ». De ce fait, la requête est déclarée irrecevable. Faire de la protection de la langue un but légitime mérite certainement discussion. Avant tout, il convient de constater que sans statuer explicitement sur le fond de l'affaire, la Cour a recours à la notion d'intérêt général au travers de l'expression « *valeurs*

²¹⁷⁷ Décision CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01, *Mentzen alias Mencena c/ Lettonie*, *RTD civ* 2005, p. 738, n° 3, note J.-P. MARGUÉNAUD.

constitutionnelles fondamentales »²¹⁷⁸. L'importance de l'intérêt général ne fait plus guère de doute puisque la Cour utilise cette notion dans de simples décisions ne touchant pas au fond de l'affaire. L'intérêt général en constitue d'autant plus un adversaire vigoureux des droits des personnes privées. Cela étant, l'intérêt général régulant les droits et libertés individuels ne heurte guère les esprits dans la mesure où ce rôle se situe dans la continuité de la concurrence entre individualisme et intérêt général. En revanche, il paraît plus singulier d'attribuer à ce dernier une fonction d'extension des garanties individuelles.

2° Un facteur d'extension des libertés individuelles

862. Ce rôle attribué à l'intérêt général semble plus difficile à envisager que le précédent. Il faut admettre que, à défaut de limiter les droits individuels, l'intérêt général peut constituer tout d'abord un facteur neutre. Ainsi, il peut n'être qu'un critère parmi d'autres, susceptible de jouer contre l'individu comme en sa faveur en fonction des circonstances. La CJCE l'envisage comme tel dans l'affaire *Parlement contre le Conseil*²¹⁷⁹ du 27 juin 2006. La Cour statuait sur le recours du Parlement à l'encontre de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial. Or, la juridiction énonce que l'étendue de l'obligation pour un État d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général²¹⁸⁰. Dès lors, l'arrêt ne préjuge pas du rôle de l'intérêt général qui reste susceptible de limiter les droits individuels comme de les appuyer. Par conséquent, la notion d'intérêt général peut se départir de son rôle d'opposition aux libertés individuelles et ainsi devenir un facteur objectif. N'étant plus cantonné à une approche restrictive des droits des personnes privées, rien n'empêche d'envisager l'intérêt général comme un allié des droits subjectifs.

863. Pour aller dans ce sens, on évoquera l'arrêt *Von Hannover contre l'Allemagne* rendu par la Cour EDH. Afin de décider si les éléments divulgués par la presse au public concernaient la vie privée de la princesse de Hanovre, la Cour substitue au critère de l'isolement spatial, utilisé par les juridictions nationales, celui d'intérêt général²¹⁸¹. Elle

²¹⁷⁸ *Ibidem*. « Par ailleurs, la Cour relève que la plupart des États contractants ont choisi d'accorder à une ou plusieurs langues le statut de langue officielle ou de langue d'État, et les ont inscrites comme telles dans leurs Constitutions respectives. Cela étant, la Cour reconnaît que, pour ces États, la langue officielle est l'une des valeurs constitutionnelles fondamentales, de même que le territoire national, le mode d'organisation de l'État ou encore le drapeau national ».

²¹⁷⁹ CJCE 27 juin 2006 affaire C- 540/03, Parlement c/ Conseil, *Europe* 2006, n° 8, comm. 236, note F. KAUFF-GAZIN.

²¹⁸⁰ CJCE 27 juin 2006 affaire C- 540/03, Parlement c/ Conseil, point 55 de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁸¹ « D'après la Cour, le critère de l'isolement spatial, s'il peut paraître clair en théorie, apparaît en pratique trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée : en l'espèce, le seul fait de qualifier

estime en effet que « dans les affaires relatives à la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression dont la Cour a eu à connaître, elle a toujours mis l'accent sur la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apportait au débat d'intérêt général »²¹⁸². L'intérêt général a servi l'intérêt de la requérante dans la mesure où il a été décidé que la publication des photos ne contribuait pas à un quelconque débat d'intérêt général²¹⁸³. Il faut rappeler que cet arrêt a permis le développement des droits liés au respect de la vie privée puisqu'il a fait entrer le droit à l'image dans le champ de l'article 8 de la Conv EDH. En l'espèce, l'intérêt général n'avait aucun rôle prédestiné à la limite des libertés individuelles. Au contraire, il a appuyé les arguments de la requérante. Certes, substituer au critère de l'isolement spatial celui de l'intérêt public ne se justifie guère. Comme le relève P. Wachsmann²¹⁸⁴, le second critère peut se voir reproché d'être « en pratique trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée ». Cela étant, cette démarche jurisprudentielle démontre à quel point l'appréciation de l'intérêt général n'est pas un simple élément de référence pour la Cour. Il ne constitue pas davantage un facteur de limitation des droits. Son rôle apparaît en définitive bien plus étendu.

864. Par ailleurs, il se peut que l'intérêt général rejoigne l'intérêt du requérant. Dans cette hypothèse, il va également représenter un facteur d'extension des droits puisqu'il va se rallier au dommage individuel en lui apportant une dimension plus imposante. L'arrêt *Koudelka contre la République Tchèque*²¹⁸⁵ donne un exemple de cette adhésion de l'intérêt général à l'intérêt individuel. On a vu que cette affaire opposait le requérant aux autorités tchèques qui n'étaient pas parvenues à faire exécuter un droit de visite dont il disposait à l'égard de sa fille.

865. La Cour EDH, afin d'examiner la prétendue violation du droit au respect de la vie familiale de l'intéressé, tente d'établir un juste équilibre entre les divers intérêts en présence. Elle vise pour cela les intérêts du requérant, ceux de sa fille mais également « l'intérêt général qu'il y a à veiller au respect de l'état de droit »²¹⁸⁶. En effet, le requérant se plaignait de la

la requérante de personnalité « absolue » de l'histoire contemporaine ne suffit pas à justifier une telle intrusion dans la vie privée de celle-ci » (CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, Von Hannover c/ Allemagne, point 75 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 802, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP* 2004, éd. G., I, 161, p. 1579, n° 8, obs. F. SUDRE).

²¹⁸² *Ibid.*, point 60 de l'arrêt.

²¹⁸³ *Ibid.*, point 76 de l'arrêt.

²¹⁸⁴ P. WACHSMANN, « Secrets petits et grands, Sur deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Société Plon c/ France du 18 mai 2004 et Von Hannover c/ Allemagne du 24 juin 2004) », *L'Europe des libertés*, Août 2004, n° 14.

²¹⁸⁵ CEDH 20 juillet 2006 requête n° 1633/05, *Koudelka c/ République Tchèque*, *op. cit.*

²¹⁸⁶ *Ibid.*, point 61 de l'arrêt.

non exécution d'une décision de justice définitive. Or, pour la Cour, l'intérêt général rejoint l'intérêt individuel en ce que les décisions doivent être exécutées. Indéniablement, le ralliement de l'intérêt général à l'intérêt du requérant consolide la position individuelle face à l'État défendeur. Il est alors peu envisageable que le plaignant n'obtienne pas gain de cause.

866. L'arrêt *Jäggi contre la Suisse*²¹⁸⁷ mérite également d'être cité. Les autorités suisses s'étaient opposées à la requête du requérant concernant une analyse ADN de la dépouille de son père biologique présumé. La Cour condamne la Suisse puisque, selon elle, les autorités suisses n'ont pas garanti à l'intéressé le respect de sa vie privée. Pour arriver à ce constat de violation, il est permis de se demander si la Cour n'a pas joint les intérêts général et individuel. En effet, la Cour a pris en compte les intérêts en présence, à savoir le droit du requérant à connaître son ascendance, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que « l'intérêt public » à la protection de la sécurité juridique²¹⁸⁸. Toutefois, la Cour n'indique pas à quelle sécurité juridique elle fait référence. Ce peut être, d'une part, la sécurité juridique des pères potentiels qui se trouvent confrontés à l'admission d'une action en paternité²¹⁸⁹. Ce peut être, d'autre part, la sécurité juridique des individus soucieux d'obtenir des certitudes sur leur filiation et leur identité. Dans ce cas, l'intérêt général rejoint l'intérêt individuel. Les termes de la Cour sont assez ambigus sur ce point car elle aborde la question de l'identité personnelle et de son besoin de certitudes juste après avoir évoqué l'intérêt public à la sécurité juridique²¹⁹⁰. Si l'intention de la Cour n'est pas d'envisager la sécurité juridique des personnes désireuses d'obtenir des informations sur leur filiation et leurs origines, l'utilisation répétée du terme « certitudes » se révèle bien maladroite, surtout dans le paragraphe qui suit celui où la sécurité juridique se trouve mentionnée. Ainsi, il n'est pas certain que la Cour associe l'intérêt général à l'intérêt individuel dans cette affaire. En ce sens, l'arrêt *Jäggi contre la Suisse* apporte moins de certitudes que l'arrêt *Koudelka contre la République Tchèque*. Cela étant, l'interrogation n'altère en rien la démonstration selon laquelle l'intérêt général peut constituer un facteur d'extension des droits individuels. Puisque l'intérêt général est largement pris au compte, au même titre que celui des particuliers, un mécanisme de pesée des intérêts est indispensable.

²¹⁸⁷ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*, *op. cit.*

²¹⁸⁸ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*, point 39 de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁸⁹ *Ibid.* point 43 de l'arrêt qui tendrait vers cette hypothèse.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, point 40 de l'arrêt.

B / La pesée permanente des intérêts

867. Un mécanisme de pesée des intérêts se déduit à la fois des textes et de la jurisprudence en matière de droit civil européen. Il a pour but d'aboutir à une solution équilibrée entre la protection des droits individuels et les obligations imposées aux États, ou encore entre les seuls intérêts des particuliers. Qu'il s'agisse de l'un ou l'autre, l'intérêt général est toujours sous-jacent. On étudiera successivement la mise en balance des intérêts privés et publics (1°) et celle des seuls intérêts privés (2°).

1° La mise en balance intérêts privés / intérêt général

868. De prime abord, le souci d'assurer un tel équilibre découle de la structure même des droits garantis, par exemple l'article 1 du Protocole n° 1. Les droits fondamentaux à l'origine du droit civil bénéficient d'une protection relative. Ils comportent un principe et des atténuations. En ce sens, ils tolèrent une certaine méconnaissance dont les États ne doivent pas abuser. C'est afin de déterminer cette juste mesure que la mise en balance des intérêts est utilisée. Ainsi, la Cour EDH aime à répéter que lorsqu'elle contrôle le respect par un État des obligations issues de la Convention, il est essentiel de ménager un juste équilibre entre les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu et les exigences de l'intérêt général de la communauté²¹⁹¹. De l'arrêt *Marckx* à l'arrêt *Pretty*, de l'affaire *Rees* à l'affaire *Goodwin*, chaque décision comprend une pesée des intérêts en présence. De fait, elle semble quasi-systématique, dans le domaine civil tout au moins. Elle constitue un gage de pérennité indéniable pour le droit civil européen puisqu'elle compense les effets de l'individualisme exacerbé. L'équilibre recherché évite que les intérêts particuliers n'en viennent à rendre intolérable et à stigmatiser toute action étatique. Elle justifie par ailleurs l'excessive casuistique du droit civil européen puisqu'il s'agit, pour chaque affaire, de déterminer le point de stabilité adéquat. Il n'est pas de principe de prévalence de l'intérêt général sur l'individu si bien qu'il peut le supplanter comme il peut s'y plier. L'équilibre d'une affaire n'est pas

²¹⁹¹ CEDH 12 mars 2003 requête n° 46221/99, *Öcalan c/ Turquie*, point 90 de l'arrêt, *D.* 2003, p. 2267 obs. J.-F. RENUCCI; *JCP* 2003, éd. *G.*, I, 160, p. 1569, n° 1, obs. F. SUDRE (la Cour rappelle que « *le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention* ») voir aussi CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Ünal Tekeli c/ Turquie*, point 51 de l'arrêt, *op. cit.*; CEDH 17 octobre 1986, requête n° 9532/81, *Rees c/ Royaume-Uni*, point 37 de l'arrêt, *CDE* 1988, p. 462 et 473, note G. COHEN-JONATHAN ;

ou encore CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, point 72 de l'arrêt, *D.* 2003, p. 525, obs. C. BIRSAN ; *JCP* 2002, éd. *G.*, I, 109, p. 234 et 235, n° 16 et 22, obs. F. SUDRE; *RTD civ* 2002, p. 862, note J.-P. MARGUÉNAUD; *GACEDH* n° 38; et enfin CEDH 30 juin 2005 requêtes n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01 *Jahn et autres c/ Allemagne*, point 93 de l'arrêt.

transposable à une autre ce qui justifie, sous couvert de principes néanmoins communs, des différences *a priori* incompréhensibles.

869. De surcroît, l'intérêt général s'associe à une autre notion fluctuante qui est la marge d'appréciation²¹⁹². Laissée aux États, elle s'étend à mesure de la primauté de l'intérêt général. Dès lors, plus l'intérêt général va primer et plus la marge d'appréciation risque d'être étendue. Cependant, l'ampleur de cette marge ne saurait être définie à l'avance. En affirmant dans l'arrêt *Unal Tekeli contre Turquie* que les textes européens appellent les États membres à éliminer toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille, la Cour entend supprimer la marge d'appréciation dont se prévalait l'État²¹⁹³. À l'inverse, en matière d'organisation des sépultures, la Cour confère aux Hautes parties contractantes une grande marge d'appréciation²¹⁹⁴. En outre, une marge d'appréciation ample n'augure pas nécessairement d'un constat de non violation. En ce sens, la marge d'appréciation constitue un élément de la pesée des intérêts mais n'est pas le gage d'une liberté totale de l'État. Par exemple, dans l'arrêt *Broniowski contre la Pologne*²¹⁹⁵, la Cour constate une violation de l'article 1 du premier protocole tout en admettant que « *la mise en balance des droits en jeu et des gains et pertes des différentes personnes touchées par le processus de transformation de l'économie et du système juridique de l'État constitue un exercice d'une exceptionnelle difficulté. En pareilles circonstances, vu la nature des choses, il convient de laisser à l'État défendeur une ample marge d'appréciation* »²¹⁹⁶.

870. Cette pesée des intérêts s'imposait en matière civile européenne puisqu'elle est propre au droit en réseau²¹⁹⁷. Dès lors que l'élaboration du droit ne se réalise pas sous la forme pyramidale classique, il n'est plus un législateur unique qui légitime, à travers la production des normes, tel ou tel intérêt. De ce fait, il revient souvent au juge de reconnaître

²¹⁹² F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *op. cit.* ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *op. cit.*

²¹⁹³ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Unal Tekeli c/ Turquie*, point 59 de l'arrêt, *op. cit.*

²¹⁹⁴ CEDH 17 janvier 2006 requête n° 61564/00, *Elli Poluhas Dödsbo c/ Suède*, point 25 de l'arrêt, *AJDA* 2006, p. 470, obs. FLAUSS J.-F. ; *RTD civ* 2006, p. 260, note J.-P. MARGUÉNAUD (« Cette appréciation implique la mise en balance de l'intérêt d'un particulier au transfert d'une dépouille ou de cendres et celui de la société au respect du caractère sacré de la tombe. La Cour estime que cette question est si importante et sensible que les États doivent jouir d'une grande marge d'appréciation »).

²¹⁹⁵ CEDH 22 juin 2004 requête n° 31443/96, *Broniowski c/ Pologne*.

²¹⁹⁶ *Ibid.*, point 182 de l'arrêt.

²¹⁹⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 438.

et de quantifier les intérêts en jeu. Ce n'est qu'après cette pondération qu'il pourra vérifier le respect du principe de proportionnalité, qui participe également à une mise en balance équilibrée des intérêts.

871. L'évaluation des intérêts privés et publics se distingue dans les deux branches du droit civil européen. Le droit à la vie familiale des étrangers constitue un exemple significatif. Si la Cour EDH s'est montrée d'abord très protectrice à l'égard des étrangers en matière de vie familiale, elle a, suivant les souhaits des États, modifié sa jurisprudence afin de tenir compte davantage de la protection de l'ordre public²¹⁹⁸. La mise en balance peut par exemple opposer la protection de la vie familiale à la gravité des faits reprochés à l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. Parfois, les considérations d'ordre public, c'est-à-dire d'intérêt général, prévalent sur les considérations individuelles. Il en résulte une relativisation de la protection de la vie familiale des étrangers²¹⁹⁹. Dans d'autres hypothèses, il arrive que la tendance s'inverse et que la pesée des intérêts se fasse en faveur des droits individuels. Alors, la protection du droit individuel va légitimer la mise à l'écart d'un acte pourtant élaboré au nom de l'intérêt général. Ainsi, la jurisprudence européenne n'exclut pas l'un ou l'autre des intérêts en présence mais entreprend de les évaluer afin d'aboutir à une solution équilibrée. Le terrain gagné par l'intérêt général dans tel ou tel domaine ne constitue aucunement un acquis et se trouve au surplus compensé par une victoire, sur une autre question, des droits individuels. En ce sens, il apparaît que l'individualisme prévaut en droit des personnes²²⁰⁰ alors qu'en matière de droit de propriété c'est généralement l'intérêt général qui prime²²⁰¹.

²¹⁹⁸ Sur cette question, voir J. ADRIANTSIMBAZOVINA, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen », *CDE* 2000, p. 708.

²¹⁹⁹ Selon l'expression de J.-F. FLAUSS, obs. sous CEDH 22 juin 2004 requête n° 17868/03, *Ndangoya c/ Suède*, *AJDA* 2005, p. 541.

²²⁰⁰ Voir encore dernièrement l'arrêt CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, *RTD civ* 2005, p. 735, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ* 2005, p. 758, note J. HAUSER ; *JCP* 2006, *éd. G.*, I, 109, n° 11, p. 189, obs. F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 234, note A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE, dans lequel la Cour reconnaît que l'interdiction du mariage entre alliés constitue une violation du droit de se marier. Ce faisant, la Cour favorise nécessairement la volonté individuelle face à l'ordre public garant de la paix des familles. C'est, une nouvelle fois, une mise à terre des obstacles à la liberté individuelle.

²²⁰¹ F. MASSIAS relève ainsi le pouvoir quasi discrétionnaire des États-contractants en la matière non seulement pour limiter le droit de propriété mais aussi pour en priver leurs titulaires, tant les considérations d'intérêt général interne semblent primer sur les droits individuels, « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit de propriété », *op. cit.*, p. 49. Dans l'arrêt *Lecarpentier* (cf. CEDH 14 février 2006 requête n° 67847/01, *Lecarpentier et autres c/ France*, point 44 de l'arrêt) la cour précise bien que « la notion d'« utilité publique » est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable », donc grande latitude des États là et intervention que si violation manifeste, c'est diminuer par rapport aux autres articles le niveau de protection.

L'équilibre résulte de ce qu'il est parfois légitime que l'intérêt individuel soit limité lorsque l'intérêt général le justifie²²⁰². Cela met un terme à une conception du droit civil qui n'est pas transposable au droit européen et suivant laquelle « *le droit civil [...] ne connaît que l'intérêt privé, ne protège que l'intérêt privé, fait tout céder à cet intérêt* »²²⁰³. Le même mécanisme est mis en œuvre lorsque des intérêts privés s'opposent.

2° La mise en balance des intérêts privés

872. À l'origine, il n'était pas envisageable que la Cour EDH statue sur des litiges purement privés mais la diffusion horizontale des droits fondamentaux a ouvert de nouvelles perspectives. Désormais, la juridiction strasbourgeoise est amenée à arbitrer des conflits dans lesquels s'opposent des intérêts privés antagonistes. En dépit de ce qu'*a priori* l'intérêt général n'a aucun rôle à jouer, il sert de référence à la Cour dans tous les règlements de litiges interindividuels. La nature de ces litiges ne semble pourtant pas propice à l'évocation de l'intérêt général mais elle confirme à quel point il constitue une notion clé du droit civil européen, y compris lorsqu'il s'agit d'évaluer des intérêts particuliers. Cela étant, il semble bien délicat pour la Cour EDH de faire prévaloir un intérêt individuel sur un autre et rendre une décision équitable ne paraît pas aisée dans cette hypothèse. C'est sans doute afin de faciliter la mise en balance des intérêts privés que la Cour EDH a recours à deux principes récurrents.

873. En premier lieu, elle énonce invariablement que lorsque deux intérêts privés se trouvent en conflit, l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation²²⁰⁴. En présence d'intérêts privés concurrents, la Cour se retranche donc derrière l'appréciation nationale. Elle fait ce choix dans l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni* qui oppose deux intérêts privés : ceux de l'homme et de la femme dont sont issus des embryons *in vitro*. La Cour affirme dans cette espèce que l'État dispose d'une « *ample marge d'appréciation* »²²⁰⁵. Alors, il est probable que la Cour tente d'éviter de se prononcer. Toutefois, en ne se prononçant pas, elle ne condamne pas l'État défendeur, ce qui entérine tout de même le comportement des autorités nationales et avalise, par ricochet, les prétentions de l'une des parties privées. En d'autres termes, sa neutralité donne indirectement gain de cause à l'un des intérêts individuels.

²²⁰² En ce sens voir J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle », dans *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 242.

²²⁰³ G. LOCRE, *Quelques vues sur le Conseil d'État...*, Gosselin, 1831, p. 48, cité par L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 371.

²²⁰⁴ CEDH Gr. Ch. 13 février 2003 requête n° 42326/98, Odièvre c/ France, point 37 de l'arrêt, *op. cit.*

²²⁰⁵ CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05, Evans c/ Royaume-Uni, point 62 de l'arrêt, *op. cit.*

874. En second lieu, lorsque la Cour est amenée à statuer sur un litige interindividuel, elle prend en compte les intérêts des parties privées mais mentionne aussi la notion d'intérêt public. Ce second principe est confirmé par l'arrêt *Evans contre le Royaume-Uni*. La Cour énonce qu'elle « ne saurait se rallier à la distinction opérée par la requérante entre l'intervention de l'État en matière de traitements par fécondation in vitro et la réglementation juridique dont ceux-ci font l'objet. Ces deux éléments sont indissociables et l'ample marge d'appréciation reconnue à l'État s'applique en principe tant à sa décision d'intervenir dans ce domaine qu'aux règles détaillées qu'il édicte pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents une fois qu'il s'est saisi de la question »²²⁰⁶. L'arrêt *Odièvre contre la France* se rapporte également à un conflit entre deux individus sur la question de l'anonymat de la mère d'un enfant né sous x. La Cour fait néanmoins référence à l'intérêt général²²⁰⁷. Cette nécessité de mentionner l'intérêt général peut sembler troublante. L'arrêt *Jäggi contre la Suisse* ne mettait apparemment en cause que des intérêts privés puisqu'à l'intérêt du requérant de connaître sa filiation s'opposait l'intangibilité du corps du défunt. À l'instar des arrêts précédents, les deux principes caractérisant la pesée des intérêts individuels se retrouvent dans cette affaire. Dans un premier temps, la Cour concède à l'État une certaine marge d'appréciation et dans un second temps, elle adjoint aux intérêts privés une question d'intérêt général, à savoir la protection de la sécurité juridique²²⁰⁸.

875. Il s'agissait encore, dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre l'Andorre*, d'un litige purement privé. La Cour précise, comme à son habitude, que les autorités nationales jouissent d'une grande latitude²²⁰⁹. Elle apporte ultérieurement la connotation publique au litige privé en assimilant le contrôle d'un testament privé à celui de n'importe quel autre acte, y compris « un document public, une disposition légale ou encore une pratique administrative »²²¹⁰. Par ailleurs, elle ne se contente pas d'énumérer les seuls intérêts des particuliers. Elle mentionne le principe général d'égalité ainsi que les profonds changements qui sont survenus tant dans le domaine social qu'économique et juridique²²¹¹. Même si la Cour ne se réfère pas expressément à l'intérêt général, c'est implicitement lui qu'elle évoque en concluant que le juge ne saurait ignorer ces nouvelles réalités.

²²⁰⁶ *Ibidem*.

²²⁰⁷ CEDH Gr. Ch. 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, point 45 de l'arrêt, *op. cit.*

²²⁰⁸ CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*, point 39 de l'arrêt, *op. cit.*

²²⁰⁹ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, point 46 de l'arrêt, *op. cit.*

²²¹⁰ *Ibid.*, point 59 de l'arrêt.

²²¹¹ *Ibid.*, point 62 de l'arrêt.

876. La liste pourrait encore comprendre l'arrêt *Mikulic contre la Croatie* ou encore l'affaire *Van Kuck contre l'Allemagne*. Dans ces deux arrêts, la Cour fait à la fois référence à la marge d'appréciation qu'il convient de laisser à l'État et à l'intérêt général²²¹². Pourtant, les conflits en cause opposaient des personnes privées. Enfin, il convient de citer le premier arrêt statuant sur un litige interindividuel dans le cadre du droit de propriété, l'arrêt *Sovtransavto Holding contre l'Ukraine*. Si la Cour ne mentionne pas la marge d'appréciation, elle fait référence à l'intérêt public. De façon singulière, elle admet qu'il s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales²²¹³ avant d'assujettir la recherche du « juste équilibre » à la prise en compte des impératifs de la sauvegarde du droit de la requérante au respect de ses biens ainsi que des exigences de l'intérêt public²²¹⁴.

877. Il est permis de s'interroger sur le rôle que joue précisément l'intérêt général lorsque la Cour met en balance des intérêts privés. Quoiqu'il en soit, cette notion est non seulement admise en droit civil européen mais elle détient un rôle prépondérant puisque les textes et la jurisprudence l'utilisent continuellement comme critère de référence aussi bien dans les litiges publics que privés. En ce sens, le droit civil européen maximise la notion d'intérêt général, qui peut être alors perçu comme un instrument de protection de l'individu.

Section II : L'intérêt général, instrument de protection de l'individu

878. En ce qu'il n'entrave pas la liberté individuelle caractéristique de cette matière, l'intérêt général tient une place importante en droit civil européen. Au contraire, il en constitue parfois un facteur d'extension. Ainsi, l'intérêt général ne s'oppose pas à l'individualisme européen mais parvient à se concilier avec lui : lorsque le droit européen fait référence à l'intérêt général, il n'en délaisse pas pour autant l'individu, qui peut même se retrouver au centre de la notion. Les deux tendances antagonistes s'accordent parce que l'intérêt public participe à la protection et, finalement, à l'épanouissement de l'individu. En droit civil européen, ce dernier passe pour ce que M. Miaille appelle « *le gestionnaire de*

²²¹² CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, point 58 de l'arrêt, *JCP* 2002, éd. G., I, 157, p. 1455, n° 13, obs. F. SUDRE ; CEDH 12 juin 2003 requête n° 35968/97, *Van Kück c/ Allemagne*, point 71 de l'arrêt, *RTD civ* 2004, p. 631, note J.-P. MARGUÉNAUD.

²²¹³ CEDH 25 juillet 2002 requête n° 48553/99, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, point 96 de l'arrêt *JCP* 2003, éd. G, I, 103, n° 24, p. 236, obs. F. SUDRE.

²²¹⁴ *Ibid.*, point 98 de l'arrêt.

l'intérêt général »²²¹⁵. Cette approche du droit civil, au travers de l'intérêt général, lui donne l'avantage de garantir aux individus un socle minimum de droits individuels, constituant un droit civil d'ordre public. Il importe d'exposer en quoi l'individu peut déterminer l'intérêt général (§ I) avant de constater que sa conciliation avec les libertés individuelles a donné naissance à un droit civil d'ordre public (§ II).

§ I - L'individu gestionnaire de l'intérêt général

879. Individualisme et intérêt général parviennent à un point d'équilibre parce qu'il arrive à la jurisprudence européenne de parer l'intérêt d'un particulier des vertus de l'intérêt général²²¹⁶. Dès lors, celui-ci ne peut aller à l'encontre de la théorie individualiste puisqu'il peut résulter d'un seul intérêt particulier. En faisant d'un seul intérêt individuel un intérêt général, ce dernier participe à la protection individuelle. La question qui se pose alors est celle de savoir quels sont les intérêts individuels qui méritent d'être assimilés à de l'intérêt général. En outre, ce procédé nécessite de sérieuses limites. En effet, s'il est certain que le rapprochement envisagé entre intérêt particulier et intérêt général bénéficie à l'intérêt individuel, l'inverse n'est pas garanti et il n'est pas envisageable que tous les intérêts individuels se trouvent magnifiés en intérêt général (A). Certaines limites permettent d'endiguer ce risque (B).

A / Un intérêt individuel magnifié en intérêt général

880. Seul le droit civil émanant du Conseil de l'Europe est concerné par cette question. En ce domaine, le droit civil communautaire n'apporte aucun élément probant ce qui s'explique notamment par les limites opposées au recours individuel. Or, élever un intérêt individuel au rang d'intérêt public n'est envisageable que dans les litiges privés. C'est donc essentiellement un procédé utilisé par la Cour EDH. Il permet de placer l'individu au centre de la notion d'intérêt général. Ainsi, en utilisant cette notion comme standard de référence, le droit civil européen ne s'éloigne pas des considérations individuelles. Le processus de généralisation de l'intérêt individuel mérite d'être analysé (1°) avant de tenter d'en déterminer les conditions (2°).

²²¹⁵ Expression empruntée à M. MIAILLE, « Sur la citoyenneté : en relisant la question juive », dans M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 39.

²²¹⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2004, *op. cit.*, p. 363.

1° Le processus d'assimilation de l'intérêt individuel à l'intérêt général

881. La Cour EDH utilise ce procédé lorsqu'elle met en balance deux intérêts particuliers. Il fut pour la première fois utilisé en droit du travail dans l'arrêt *Fuentes Bobo contre l'Espagne*²²¹⁷ avant d'être transposé en droit civil. Lorsque la Cour statue sur un litige interindividuel, elle doit déterminer quel intérêt personnel doit prévaloir sur l'autre. Il a été précédemment constaté qu'en ce cas, la Cour fait systématiquement une référence à l'intérêt général. Lorsqu'elle utilise le processus de généralisation, la Cour ne fait plus seulement mention de l'intérêt public mais assimile l'un des intérêts particuliers à l'intérêt général. Dès lors qu'un intérêt particulier se trouve érigé en intérêt général, il sera préféré à l'autre.

882. L'arrêt *Fuentes Bobo contre l'Espagne* opposait la requérante, licenciée d'une chaîne de télévision, à ses ex-employeurs. La première avait prononcé des propos offensants à l'égard des seconds, propos légitimant son renvoi. Se trouvait alors en cause la liberté d'expression de la requérante. La Cour précise à ce sujet que les propos litigieux revêtaient sans conteste un intérêt général puisqu'ils « *s'inscrivaient dans le contexte particulier d'un conflit du travail opposant le requérant à son employeur suite à la suppression de l'émission dont il était responsable, doublé d'un large débat public concernant des questions d'intérêt général relatives à la gestion de la télévision publique* »²²¹⁸. Ce faisant, la Cour estime que l'intérêt de la seule requérante fait figure d'intérêt général. Conférant à un intérêt particulier la force de l'intérêt public, l'affaire ne pouvait que mener à un constat de violation de l'article 10 de la Conv EDH relatif à la liberté d'expression.

883. Dans l'arrêt *Odièvre contre France*²²¹⁹, la juridiction européenne va transposer ce procédé à la matière civile. On sait que les intérêts particuliers en présence concernaient d'une part l'intérêt de l'enfant né sous x de connaître ses origines et, d'autre part, celui de la mère de préserver le secret de son accouchement et de son identité. La Cour va de nouveau ériger l'un de ces intérêts individuels en intérêt public. Elle déclare, en effet, que « *l'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons*

²²¹⁷ CEDH 29 février 2000 requête n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, D. 2001, p. 574, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY.

²²¹⁸ *Ibid.*, point 48 de l'arrêt.

²²¹⁹ CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *op. cit.*

« sauvages ». *Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français* »²²²⁰. Elle assimile ainsi l'intérêt de la mère à l'intérêt général et le faire prévaloir sur l'intérêt de l'enfant. À l'instar de l'arrêt *Fuentes Bobo*, la Cour élève l'intérêt d'un particulier au rang d'intérêt général. L'intérêt de la mère ayant accouché sous x rejoint ainsi l'intérêt de toutes les femmes enceintes, « *des tiers, essentiellement les parents adoptifs et le père ou le restant de la famille biologique* »²²²¹. Autant dire que c'est l'intérêt de tous qui se trouve garanti à travers l'intérêt d'un seul²²²².

884. Il convient de distinguer ce procédé d'autres situations déjà évoquées où intérêt général et intérêt particulier se côtoient également. Tout d'abord, l'intérêt général a été présenté comme facteur d'extension des droits individuels. Dans l'arrêt *Von Hannover* par exemple, l'intérêt général est employé au titre de critère distinguant la vie publique de la vie privée. Il est vrai que ce critère se révèle favorable à la requérante mais pour autant, il n'y a aucune assimilation entre l'intérêt particulier et l'intérêt public. De là provient la nécessité de distinguer les deux hypothèses. L'intérêt général peut appuyer une requête individuelle sans pour autant qu'il soit question d'ériger l'intérêt en cause au rang d'intérêt général. Cela étant, il est vrai qu'à chaque fois qu'un intérêt individuel est élevé au rang d'intérêt général, ce dernier peut être regardé comme un facteur d'extension des droits individuels. Les deux situations se rejoignent en ce point précis. Lorsque l'intérêt général est utilisé comme facteur d'extension des droits individuels il ne transforme pas pour autant ce dernier. En revanche, lorsqu'un intérêt privé est érigé en intérêt général, ce dernier constitue nécessairement un facteur d'extension des droits des particuliers.

²²²⁰ *Ibid.*, point 45 de l'arrêt.

²²²¹ *Ibid.*, point 44 de l'arrêt.

²²²² Dans l'arrêt *Paulik contre la Slovaquie* (CEDH 10 octobre 2006 requête n° 10699/05, *Paulik c/ Slovaquie*), le requérant se plaignait de ne pouvoir contester sa prétendue paternité à l'égard d'une jeune femme. Il détenait une analyse ADN établissant que cette personne n'était pas sa fille et souhaitait que sa paternité soit réexaminée à la lumière de cette nouvelle information. La Cour affirme que le désaveu de paternité risque de heurter la sécurité juridique et les droits de la fille du requérant. Elle l'admet pourtant. Elle constate en effet l'absence d'opposition au désaveu de la part de la fille du requérant. Par ailleurs, elle précise que la protection des droits de la fille présumée est moins nécessaire aujourd'hui puisqu'elle est âgée de près de 40 ans, qu'elle a fondé une famille et ne dépend pas de l'intéressé. Dès lors, d'après le juge européen, l'intérêt général consistant à protéger les droits de cette personne a largement perdu de son importance. Dans cette hypothèse, l'intérêt individuel n'est plus érigé en intérêt général. Il l'a été mais la protection actuelle n'impose plus l'assimilation. Cette affaire confirme l'utilisation de ce procédé mais apporte une précision : l'intérêt individuel peut être érigé en intérêt général mais seulement à titre temporaire.

885. L'hypothèse dans laquelle un intérêt privé se trouve transformé en intérêt public doit également être distinguée de la situation dans laquelle la Cour fait mention de l'intérêt général alors qu'elle met en balance les intérêts des particuliers. Sans nul doute, à chaque fois que la Cour assimile un intérêt privé à l'intérêt général, elle fait référence à cette dernière notion. Néanmoins, l'inverse n'est pas vrai. Aussi, ce n'est pas parce qu'elle mentionne l'intérêt général dans un conflit interpersonnel qu'elle met en œuvre le processus de généralisation. Les arrêts *Van Kuck contre l'Allemagne* et *Mikulic contre la Croatie* confirment cette distinction. Ils concernent tous deux un conflit privé. La Cour mentionne inmanquablement l'intérêt général dans ces deux affaires²²²³ sans toutefois élever l'un des intérêts individuels au rang d'intérêt public. Le processus de généralisation de l'intérêt privé étant à présent identifié et distingué des situations approchantes, il faut tenter d'en établir les conditions.

2° Les conditions du processus d'assimilation de l'intérêt individuel à l'intérêt général

886. Ce procédé d'extrapolation de l'intérêt individuel ne semble être utilisé que lorsque le droit en cause se trouve protégé par la Conv EDH. Au même titre que l'arrêt *Fuentes Bobo contre l'Espagne*, l'arrêt *Odièvre contre la France* transforme un intérêt particulier en intérêt général alors que le droit en cause est reconnu par la Convention. La première de ces affaires vise le droit à la liberté d'expression alors que la seconde vise le droit à la vie puisque la Cour mentionne « *le droit au respect de la vie* »²²²⁴.

887. Si l'on a pu croire que la Cour avait mis fin à cette pratique en 2002 dans l'arrêt *Mikulic contre la Croatie*²²²⁵, il n'en était rien. Dans cette affaire, deux intérêts particuliers se trouvaient confrontés : celui d'un enfant désireux de recevoir des informations sur sa filiation et celui de son prétendu père qui s'opposait à un examen médical susceptible d'affirmer ou d'infirmer sa paternité. Afin de régler le litige, la Cour n'a pas recours au processus de généralisation de l'un des intérêts particuliers. Or, il se trouve qu'aucun des intérêts visés ne découlait d'un droit garanti par la Convention, ni l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines,

²²²³ CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, point 58 de l'arrêt, *op. cit.* ; CEDH 12 juin 2003 requête n° 35968/97, *Van Kück*, point 71 de l'arrêt, *op. cit.*

²²²⁴ C'est d'autant plus étrange que le droit à la vie, sur lequel s'établit le raisonnement de la Cour, concerne plus particulièrement l'enfant, soit la requérante, à laquelle précisément il n'est pas fait droit. Il est toutefois possible d'arguer que sa vie est en jeu ainsi que l'épanouissement de celle-ci. En effet, obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concerne un aspect important de son identité personnelle, qualifié d'intérêt vital par la Cour (cf. CEDH 13 février 2003 requête n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, points 29 et 44 de l'arrêt, *op. cit.*).

²²²⁵ CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie*, *op. cit.*

ni celui du père de ne pas être contraint à un examen médical²²²⁶. Pour reprendre l'arrêt *Fuentes Bobo contre l'Espagne*, l'intérêt privé qui se trouve élevé au niveau de l'intérêt général se rapproche d'un ensemble de valeurs communes et essentielles puisqu'il s'agissait de la liberté d'expression²²²⁷. Qui plus est, il s'agit d'un droit garanti par la Convention européenne alors qu'il n'est pas encore formellement de droit à la connaissance de ses origines²²²⁸. Il faut également remarquer que dans les arrêts *Pla et Puncernau contre l'Andorre* ou encore *Evans contre le Royaume-Uni*, la Cour n'utilise pas ce procédé. Or, pas plus que dans l'arrêt *Mikulic*, les intérêts privés ne constituaient des droits garantis par la Convention. Ce texte ne reconnaît aucun droit à hériter²²²⁹ comme il ne proclame pas de droit à l'enfant²²³⁰. L'arrêt *Koudelka* rendu contre la République Tchèque²²³¹ confirme cette théorie. Dans cette affaire, l'intérêt du requérant se trouve assimilé à l'intérêt général. En l'espèce, comme cela a été évoqué, il se plaignait de ce que les autorités tchèques n'étaient pas parvenues à faire exécuter un droit de visite dont il disposait à l'égard de sa fille. La Cour modifie l'intérêt individuel en estimant qu'il s'agit d'un intérêt général à veiller au respect de l'état de droit²²³². En effet, le requérant disposait d'une décision de justice définitive dont il n'obtenait pas l'exécution. Or, le droit à l'exécution des décisions de justice est un droit reconnu par la Conv EDH depuis l'arrêt *Hornsby contre la Grèce*²²³³. Ainsi, la généralisation d'un intérêt individuel en intérêt général se trouve conditionné par la reconnaissance du droit individuel susceptible d'être élevé.

²²²⁶ Pour une confirmation de l'arrêt *Mikulic*, voir CEDH 30 mai 2006 requête n° 60176/00, Ebru et Tayfin Engin Çolak c/ Turquie

²²²⁷ CEDH 29 février 2000 requête n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, point 48 de l'arrêt, *op. cit.*, : « La Cour observe toutefois que les déclarations litigieuses s'inscrivaient dans le contexte particulier d'un conflit du travail opposant le requérant à son employeur suite à la suppression de l'émission dont il était responsable, doublé d'un large débat public concernant des questions d'intérêt général relatives à la gestion de la télévision publique. Les propos litigieux ont été tenus dans le cadre de débats publics et passionnés sur de prétendues anomalies dans la gestion de la TVE, service public de la radiotélévision espagnole. A cet égard, la Cour constate que, dans son intervention, le requérant dénonça des dysfonctionnements de l'entité publique et, comme le souligne le Tribunal constitutionnel, ses critiques revêtaient sans conteste un intérêt général ».

²²²⁸ Voir cependant CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, *Jäggi c/ Suisse*, *op. cit.*, qui pourrait constituer les prémisses d'un droit à la connaissance de ses origines.

²²²⁹ La Cour a affirmé dans l'arrêt *Camp et Bourimi contre les Pays-Bas* que l'article 8 ne garantissait pas un droit à hériter en tant que tel (CEDH 3 octobre 2000 requête n° 28369/95, *Camp et Bourimi c/ Pays Bas*, point 35 de l'arrêt).

²²³⁰ Par exemple dans l'arrêt *Fretté contre la France*, la Cour a énoncé que le droit au respect de la vie privée et familiale ne comprenait pas le droit de tout célibataire d'adopter un enfant (CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, *Fretté c/ France*, point 28 de l'arrêt, *op. cit.*).

²²³¹ CEDH 20 juillet 2006 requête n°1633/05, *Koudelka c/ République Tchèque*, *op. cit.*

²²³² *Ibid.*, point 61 de l'arrêt.

²²³³ « L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 » (CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91, *Hornsby c/ Grèce*, point 40 de l'arrêt, D. 1998, p. 75, note N. FRICERO ; RTDC 1997, p. 1009 note J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP 1997, éd. G., II, 22949 note O. DUGRIP et F. SUDRE; GACEDH n° 28).

888. Donner pouvoir à un seul individu de représenter l'intérêt général²²³⁴ constitue un procédé à la fois original et surprenant. Comme le relève J.-P. Marguénaud, une personne se trouve alors placée dans « *la situation exorbitante de pouvoir limiter un droit fondamental d'un autre particulier dans un but d'intérêt général* »²²³⁵. Permettre à un intérêt individuel d'illustrer l'intérêt général limite l'antagonisme entre ces deux notions. De ce fait, l'intérêt public devient un moyen d'expression des propres intérêts individuels et se trouve lié à l'individualisme, même s'il représente en contrepartie une limite à l'intérêt individuel auquel on l'oppose.

889. Encore ne faut-il pas omettre une dernière observation. Dans l'arrêt *Mikulic*, la Cour aurait pu extrapoler en rattachant le droit du père au droit au respect de la vie privée, droit reconnu par la Convention. Toutefois, ce rattachement revenait à lui donner raison et à ne pas condamner la Croatie. Or, la solution de l'arrêt *Mikulic* consiste en une condamnation de l'État défendeur. La Cour a donc tenu à défendre les intérêts de la personne qui cherchait à déterminer sa filiation, ce que l'application du processus de généralisation ne lui aurait pas permis. Ainsi, il est loisible de se demander si cette méthode, au même titre que celle du dénominateur commun ou de la marge d'appréciation, n'est pas instrumentalisée par la Cour et de ce fait difficilement codifiable. De façon arbitraire, la Cour choisirait quels intérêts individuels méritent d'être protégés. Cela étant, la juridiction européenne ne recourt pas fréquemment à cette méthode, si bien que le rapprochement entre certains intérêts individuels et l'intérêt général représente un mécanisme mesuré.

B / Une assimilation mesurée de l'intérêt individuel à l'intérêt général

890. En réalité, la condition du procédé d'assimilation d'un intérêt individuel à l'intérêt général en constitue également la limite. Que l'intérêt d'un seul individu soit susceptible de devenir l'intérêt général met en avant l'attention profonde portée à la volonté privée. En cela, l'individu dispose d'une certaine façon de l'intérêt général. Toutefois, il ne faut pas croire pour autant que la volonté individuelle est susceptible d'être élevée au rang d'intérêt général dans tous les domaines. En effet, ce procédé est limité aux intérêts individuels fondés sur des

²²³⁴ L'arrêt *Van Kück* (CEDH 12 juin 2003 requête n° 35968/97, *Van Kück c/ Allemagne, op. cit.*) rendu après l'arrêt *Odièvre* ne semble pas remettre cette méthode en question. En effet, les intérêts particuliers qui s'opposent dans cette affaire ne sauraient être rattachés à un droit garanti par la Convention, comme c'est le cas dans l'arrêt *Fuentes Bobo* (liberté d'expression) ou l'arrêt *Odièvre* (droit au respect de la vie privée), ce qui semble être une condition pour transformer l'intérêt particulier en intérêt général. En effet, l'opération médicale de conversion sexuelle n'entre pas dans la liste des droits garantis par la Convention européenne.

²²³⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2002, *op. cit.*, p. 867.

droits garantis par la Convention. Par exemple, la Cour n'érige pas l'intérêt particulier en intérêt général individuel dans l'arrêt *Van Kück contre l'Allemagne* dans la mesure où la Conv EDH n'énonce pas de droit à l'opération médicale de conversion sexuelle. Les limites de cette assimilation se trouvent alors dans la Convention européenne elle-même. Seul un intérêt individuel recoupant un droit garanti par le texte européen pourra être hissé au niveau de l'intérêt général, ce qui limite le risque de voir des requêtes individuelles extravagantes bénéficier de la force de l'intérêt public. Par voie de conséquence, c'est la notion même d'intérêt général individualisé qui se trouve protégée. À titre d'illustration, il n'est pas envisageable que la Cour européenne assimile à l'intérêt général l'intérêt d'un particulier qui aurait subi une atteinte à son intégrité physique du fait d'autrui et qui revendiquerait sa liberté de tolérer de telles atteintes. La Convention ne garantissant pas le droit de disposer de son corps, l'intérêt de celui qui s'en prévaut ne pourra être érigé en intérêt général et l'examen se cantonnera à la mise en balance des intérêts particuliers.

891. Cette limite se révèle rassurante en ce que l'intérêt général ne risque pas de se transformer en imbroglio d'intérêts particuliers. Suivre les pas de l'intérêt individuel ne saurait mener l'intérêt général n'importe où. En ce sens, il est peu probable que le droit de disposer de son corps comme d'une chose ou de permettre une dégradation de l'homme par un autre²²³⁶ soient assimilés à de l'intérêt général.

892. Il faut relever que si l'État n'apparaît plus comme le seul gestionnaire de l'intérêt général, rôle qu'il partage désormais avec l'individu, ce dernier n'en a pas non plus la pleine maîtrise. Là encore, le droit civil européen recherche l'équilibre. La primauté absolue de la volonté n'est pas une idéologie viable. Elle contient en germe le risque de conduire à une transgression des valeurs, y compris individuelles. L'intérêt général, à la fois plus que jamais respectueux des volontés individuelles - puisqu'en s'en faisant écho - et encadré par la Conv EDH, enraye ainsi le corollaire le plus absolu de l'individualisme : la souveraineté totale de l'individu sur lui-même. L'étude de l'intérêt général révèle ainsi une conciliation originale avec l'individualisme. Au-delà du fait qu'il ne s'oppose pas systématiquement aux droits et libertés individuels, il en est profondément empreint. Pour autant, il n'accède pas à toutes les requêtes et veille en cela à l'équilibre que tente de mettre en place le droit civil européen. Il demeure ainsi une part de droit civil intangible sur laquelle les aspirations individuelles n'ont

²²³⁶ Voir sur ce thème l'article de J.-M. POUGHON, « L'individu, propriétaire de son corps ? une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », *op. cit.*

pas prise. Pour cette raison également, l'intérêt général, à travers sa composante d'ordre public, constitue un instrument de protection de l'individu.

§ II - Une protection garantie par un ordre public civil européen

893. Un lien indéniable se tisse entre les notions d'intérêt général et d'ordre public. Celui-ci, en matière civile, renvoie aux règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives²²³⁷. En d'autres termes, il assure la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers²²³⁸. Certaines règles constituent ainsi des dispositions d'ordre public afin de préserver l'intérêt général. L'ordre public européen²²³⁹ se nourrit également des nouvelles exigences relatives à la protection individuelles. Dans une opinion dissidente formulée à l'égard de l'arrêt *Hatton et autres contre le Royaume-Uni*²²⁴⁰, cinq juges strasbourgeois ont relevé que les exigences européennes « ont graduellement étendu et élevé la protection des droits et libertés garantis par la Convention pour créer "l'ordre public européen" »²²⁴¹. Cet arrêt confirme deux choses. D'une part, il confirme l'existence d'un ordre public européen, avancée dans l'arrêt *Loizidou contre la Turquie*²²⁴², reprise dans les affaires *Zdanoka contre la Lettonie*²²⁴³ et *Bosphorus contre l'Irlande*²²⁴⁴. Il apparaît dès lors logique que cet ordre public soit alimenté par les diverses branches du droit européen et donne ainsi lieu à la mise en place d'un ordre public pénal européen, social européen ou, pour ce qui nous intéresse, civil européen. D'autre part, l'affirmation des juges révèle que la notion d'ordre public telle qu'envisagée dans le cadre du droit européen recouvre à la fois un corps de règles impératives imposées aux individus et aux États mais également un ensemble de valeurs communes. Il ne se compose donc pas uniquement de mesures restrictives et se distingue en cela de l'ordre public national. Sans entrer pour l'instant dans les détails des divergences entre ordre public national et supranational, cette dernière acception de l'ordre public laisse deviner une large part de protection individuelle, en particulier s'agissant de l'ordre public civil européen. Cette nouvelle attribution ne fait que rajouter un élément à la perception déjà floue de cet ordre public. Par conséquent, afin de la clarifier, il semble nécessaire de distinguer ses fonctions (A) de son contenu (B).

²²³⁷ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*

²²³⁸ M. GÉGOUT, J.-Cl. Civil Code, article 6, fasc. I : « ordres publics et bonnes mœurs », n° 2, *op. cit.*

²²³⁹ Sur ce thème voir C. PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*

²²⁴⁰ CEDH 8 juillet 2003 requête n° 36022/97, *Hatton et autres c/ Royaume-Uni*.

²²⁴¹ Cf. opinion dissidente commune aux Juges COSTA, RESS, TÜRMEEN, ZUPANČIČ et STEINER à la suite de l'arrêt CEDH, *Hatton et autres c/ Royaume Uni*, *op. cit.*

²²⁴² CEDH 18 décembre 1996 requête n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, point 75 de l'arrêt.

²²⁴³ CEDH 16 mars 2006 requête n° 58278/00, *Zdanoka c/ Lettonie*, point 98 de l'arrêt.

²²⁴⁴ CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98, *Bosphorus c/ Irlande*, point 156 de l'arrêt.

A / Les fonctions de l'ordre public civil européen

894. La notion d'ordre public national permet aux États de légitimer des restrictions aux libertés. Elle représente ainsi une partie intangible du droit, imposée aux individus. Cet aspect se retrouve dans l'ordre public civil européen. Il comporte ainsi un ensemble de règles civiles qu'on pourrait qualifier d'intangibles²²⁴⁵, d'impératives. Néanmoins, l'ordre public européen est supranational et protège donc aussi l'individu contre l'État. De ce fait, il met en place des mesures de protection applicables à tout individu, comme une sorte de patrimoine commun. Cette distinction a été relevée par J. Hauser²²⁴⁶ qui précise que l'assimilation classique entre règles impératives et règles d'ordre public n'est pas adaptée au droit européen. À l'inverse des effets qui eux demeurent identiques, les buts poursuivis d'une part par les lois impératives et d'autre part par l'ordre public ne se rejoignent pas complètement dans l'optique du droit européen. L'approche supranationale de l'ordre public se veut positive²²⁴⁷ et ajoute une ambition collective minimum aux règles impératives.

Il en résulte que l'ordre public civil européen comporte à son tour ses deux aspects. En cela, il ne joue pas contre les individus en limitant leurs droits mais crée au contraire un droit civil minimum. À la part de lois civiles impératives (1°) s'ajoute ainsi une ambition collective²²⁴⁸ civile minimale (2°).

1° Les lois civiles impératives

895. Il ne faut pas confondre les lois civiles européennes impératives avec les mesures dérogatoires que peuvent prendre les États. Les deux catégories résultent du droit européen mais les mesures dérogatoires sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique relevant des États membres. Il ne s'agit donc pas de l'ordre public européen. Partant, il faut distinguer l'ordre public civil européen²²⁴⁹ de l'ordre public civil propre aux États membres. Le premier n'est pas la somme des seconds et s'il existe une

²²⁴⁵ Sur ce sujet voir C. PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, op. cit. ; F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », dans *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39 ; J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », dans *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE. Le droit international privé esprit et méthodes*, Dalloz 2005, p. 55, sp. p. 61.

²²⁴⁶ J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 105.

²²⁴⁷ Opposée à une approche négative le résumant à une limite à la liberté des conventions.

²²⁴⁸ Selon l'expression employée par J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 106.

²²⁴⁹ « Les concepts d'ordre public (...) doivent être interprétés en premier lieu dans le contexte du droit communautaire » (CJCE 4 décembre 1974 affaire C- 41/74, Van Duyn, *Rec.* p. 1337, point 4).

impérativité européenne²²⁵⁰, elle ne recoupe pas nécessairement l'impérativité nationale. Ce n'est donc pas de l'ordre public « réservoir de compétence nationale » qu'il s'agit ici, tel que l'envisage par exemple l'article 30 TCE. Alors que ce dernier pose au contraire la limite communautaire à l'application du droit national²²⁵¹, l'ordre public européen pose des principes sur lesquels les États ne peuvent revenir²²⁵². Il correspondrait donc, en matière civile, à un droit civil essentiel, un socle minimal élaboré par les institutions européennes. En cela, il peut être qualifié d'ordre public civil direct : émanant des textes ou de la jurisprudence européens, il s'impose directement aux États ainsi qu'aux individus. Dès lors que ces derniers ne peuvent y déroger dans une convention contraire, l'ordre public civil européen restreint certainement leur liberté, mais par ailleurs, il constitue également pour eux une garantie considérable dans leurs rapports avec l'État puisqu'il leur confère des droits inaltérables, à savoir un minimum civil. Pour cette raison, l'ordre public civil européen ne doit donc pas être perçu comme une soupape pour l'État, pas plus qu'il ne doit être considéré seulement comme une entrave à la liberté individuelle.

896. L'ordre public civil européen prend l'ascendant sur les ordres publics internes en matière civile. Dès lors, le centre de gravité de la notion d'ordre public s'est déplacé du droit interne en droit européen²²⁵³ et hier, limite nationale à l'application du droit étranger, elle est aujourd'hui une limite européenne à l'application du droit national. Ainsi, malgré le caractère essentiellement interne reconnu à la notion d'ordre public, tout comme le fait qu'elle semble liée à la culture et à l'histoire d'un État, elle est devenue une notion européenne. Les dispositions civiles impératives construisent un ordre public civil européen qui s'impose au juge interne. Ce dernier est donc surveillé dans l'utilisation de sa conception nationale de l'ordre public, en fonction l'ordre public civil européen²²⁵⁴. F. Cadet remarque ainsi qu'un nouveau conflit est susceptible d'apparaître. Ce conflit résulte de la concurrence entre un

²²⁵⁰ J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 110.

²²⁵¹ S. PERUZETTO, « Les Concepts en droit communautaire », op. cit., p. 19 et 20.

²²⁵² *Ibidem*.

²²⁵³ « De ce raisonnement (...) résulte une extension discrète, mais remarquable pour le juriste privatiste, de l'ordre public applicable au contrat : l'appréciation de la validité des contrats procède désormais de la confrontation directe, par le juge national saisi, aux dispositions de droit communautaire primaire ou dérivé transgressées par une disposition de droit interne » (L. SOUBELET, note sous CJCE 6 septembre 2002 affaire C- 159/00, Sapod Audic c/ Éco-emballages, *LPA*, 19 mai 2003, p. 7).

²²⁵⁴ Cf. CJCE 28 mars 2000 affaire C- 7/98, Krombach c/ Bamberski, point 23 de l'arrêt, *Rec.* p. 1935, *Europe* 2000, comm. n° 157, note L. IDOT ; *RCDIP* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *JCP* 2001, éd. G, II, 10607, note C. NOURISSAT ; *RTD civ* 2000 p. 944, obs. J. RAYNARD, où la Cour se réserve la possibilité de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion d'ordre public.

ordre public communautaire et un ordre public national²²⁵⁵, ce qui inclut l'ordre public civil. Or, ce conflit se résout par le respect du principe de primauté du droit européen et donc de l'ordre public civil européen. L'existence des lois civiles impératives, dont le contenu sera examiné, atteste que le droit civil ne garantit aucunement une liberté absolue. Il lui appartient de réglementer certains secteurs, certaines professions, certains contrats. L'ordre public, qu'il soit national ou supranational, érige de façon analogue des interdits. L'ordre public tel qu'envisagé en droit civil européen a cependant une autre fonction, il jette les bases d'une ambition collective civile minimale.

2° L'ambition collective civile minimale

897. Ce pan de l'ordre public civil doit être distingué de la partie impérative. Le droit civil est le droit qui se rapproche le plus de l'individu si bien que l'édiction d'autant de normes relatives à la personne dissimule nécessairement une intention de constituer un socle civil commun. En ce sens, l'ordre public civil institue un fonds commun et met en place un modèle de société civile.

898. Ainsi, l'importance du principe d'égalité se traduit par l'édiction de règles d'ordre public. V. Larribau-Terneyre remarque en ce sens que « *chaque fois que le droit civil force l'égalité, il le fait au détriment de la liberté nécessairement en posant des règles d'ordre public* »²²⁵⁶. L'idéologie égalitaire qui marque le droit civil européen participe donc à l'élaboration de cet ordre public. Un autre exemple peut être tiré de la position prise en matière de répudiation. Depuis de nombreuses années, la Cour de cassation française s'est révélée prudente à l'égard d'institutions telles l'union polygamique²²⁵⁷ ou la répudiation²²⁵⁸. Il est ainsi arrivé à la Haute juridiction d'admettre les effets de ces mécanismes prononcés à l'étranger lorsqu'ils se prolongeaient en France, l'éviction systématique générant parfois davantage d'inégalités ou de détresse que l'acceptation contrôlée de certains de ses effets²²⁵⁹.

²²⁵⁵ F. CADET, « La gestion de l'internationalité par les méthodes communautaires : vers un droit international privé unifié dans l'Union européenne ? », *LPA* 6/08/2004, n° 157, p. 11.

²²⁵⁶ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA, op. cit.*, p. 86.

²²⁵⁷ Cass. Civ. 26 janvier 1958, Chemouni, *JCP* 1958, II, 10488, note P. LOUIS-LUCAS ; *RCDIP* 1958, p. 110 note R. JAMBU-MERLIN.

²²⁵⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 1983, Rohbi, *RCDIP* 1984 p. 325 note I. FADLALLAH ; Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, Douibi, *JCP* 2002, éd. G., II, 10039 note T. VIGNAL ; *D.* 2001 p. 3378 note M.-L. NIBOYET.

²²⁵⁹ Sur ce sujet, voir la thèse de F. MARCHADIER, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH, op. cit., p. 437 et s. : « Une politique d'éviction systématique entraînerait des conséquences gênantes, en particulier si les situations ont été constituées à l'étranger et que le for se trouve simplement requis de les reconnaître. Une intervention énergique du principe monogamique couplé au principe

La Cour européenne, pour sa part, estime que certaines normes sont « *injustifiables en elles-mêmes* »²²⁶⁰. Dans l'affaire *Refah Partisi contre la Turquie*²²⁶¹, elle condamne clairement « *les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession* »²²⁶². Il convient donc, pour la Cour de Strasbourg, de rejeter de telles institutions en ce qu'elles présentent une incompatibilité avec les valeurs essentielles énoncées par la Convention. La Cour de cassation a satisfait aux impératifs de l'ordre public civil européen dans ses arrêts du 17 février 2004. Elle a suivi la Cour européenne en estimant dans deux affaires²²⁶³ qu'« *une décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme* ». Cet exemple illustre le rôle inédit de l'ordre civil européen lorsqu'il se transforme en fonds commun de valeurs civiles. L'ordre civil européen met ainsi en place un standard civil européen, un noyau dur que la conscience collective juge indispensable au bon fonctionnement de la société civile²²⁶⁴, à l'instar d'un ordre public écologique²²⁶⁵ ou un ordre public social²²⁶⁶. Cette approche de l'ordre public civil européen rejoint ce que D. Fenouillet nomme l'ordre public « philanthropique »²²⁶⁷. Il ne se limite plus à l'organisation

d'égalité constituerait certainement une affirmation éclatante des valeurs occidentales, mais qu'elle rétablisse également la femme dans sa dignité manque néanmoins de constance. En certaines occasions, en effet, le rejet de la polygamie lui ôtera la qualité d'épouse légitime. Elle aura alors les plus grandes difficultés à faire valoir ses droits successoraux ou à obtenir la sanction de l'obligation d'entretien du polygame à son égard. Les éventuels enfants, par conséquent naturels, se heurteront à des obstacles similaires. C'est ainsi qu'à l'opposé de la position tranchée adoptée par certains juges du fond, la Cour de cassation a opté pour la nuance. En ce sens, elle n'exclut pas la reconnaissance de l'union polygamique en tant que telle et accepte qu'elle produise certains de ses effets. Le rejet systématique de la répudiation mène à un constat identique. Le maintien du lien conjugal qui en résulte au regard de l'ordre juridique du for ne paraît guère opportun ».

²²⁶⁰ F. MARCHADIER, Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH, *op. cit.*, p. 384

²²⁶¹ CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98 ; 41342/98 ; 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi c/ Turquie*.

²²⁶² *Ibid.*, point 128 de l'arrêt.

²²⁶³ Cass. Civ. 1^{ère} 17 février 2004 (arrêts n° 256 et 258), *Bull. civ.* n° 46 à 50.

²²⁶⁴ Selon la définition de l'ordre public que donne G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », dans M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, coll. Droit et justice n° 29, Bruxelles, 2001, p. 353.

²²⁶⁵ M. BOUTELET et J.-C. FRITZ (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

²²⁶⁶ L'ordre public social régit les rapports entre employeur et salarié tout comme il encadre le contrat de travail. Il s'agit du « *minimum social* », cf. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 33, n° 63.

²²⁶⁷ D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487.

des pouvoirs publics ou à la préservation des intérêts économiques de la société mais tend à la protéger grâce à de nombreuses valeurs essentielles²²⁶⁸.

899. Dès lors, cet ordre public civil européen se rapproche des droits fondamentaux, c'est d'ailleurs ce qui lui concède sa force difficilement contestable. Pour la même raison, l'ordre public civil se perçoit à la fois en droit civil du Conseil de l'Europe et en droit civil communautaire puisque les deux ordres garantissent ces droits et les considèrent comme patrimoine commun. Ce rapprochement offre d'ailleurs l'occasion de se demander si les droits fondamentaux ne constituent pas l'avenir de l'ordre public civil européen et indirectement, du droit civil européen dans son ensemble. Puisqu'ils instaurent un socle civil commun, ils sont en mesure de favoriser l'harmonisation civile. De plus, ils participent au « *climat optimal de collaboration* »²²⁶⁹ entre les deux Europes et permettrait d'avoir un fondement civil commun entre les deux ordres juridiques. Un fondement identique permettrait une réelle « combinaison » entre les normes promulguées par l'Union européennes et celles qui proviennent de la Conv EDH²²⁷⁰. En outre, les institutions européennes respectent déjà les droits fondamentaux comme faisant partie intégrante des droits garantis en Europe. Développer cette ambition collective civile minimum constituerait la suite naturelle du respect plein et complet des droits fondamentaux, sans impression de « forçage ». Si les garanties de l'espace civil communautaire se trouvent en deçà de celles qu'offre le droit du Conseil de l'Europe, il n'appartient qu'au citoyen européen de se tourner vers cette dernière institution²²⁷¹. Ainsi, ce qui ne se fera pas en droit communautaire pourra se faire par le biais de la Cour EDH. Par exemple, si les textes de droit communautaire se révèlent frileux quant à « *la reconnaissance des décisions de dissolution des unions para ou pseudo conjugales* »²²⁷² et n'accordent à ces décisions la procédure de reconnaissance simplifiée mise en place par

²²⁶⁸ D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, op. cit., p. 508 et 509.

²²⁶⁹ A. TIZZANO, « La protection des droits fondamentaux en Europe : la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales », *RDUE* 2006, I, p. 10.

²²⁷⁰ Voir en cela J. HAUSER qui s'interroge sur cette combinaison des normes, qu'il déclare inévitable et inquiétante, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J. C GAUTRON, les dynamiques du droit en début de siècle*, op. cit., p. 114.

²²⁷¹ C'est là un des enseignements de l'affaire *Koua Poirrez* (CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, *Koua Poirrez c/ France*, *JCP* 2004, éd.G, I, 107, p. 185, n° 20, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2005, n° 61, p. 166 note J. CALLEWAERT; *Dr. fam.* 2004, n° 5, comm. 91, note S. LE MEUR) dans laquelle le requérant est allé chercher devant la CEDH ce qu'il ne parvenait à obtenir du droit communautaire. « *La législation française contenait en effet un élément de discrimination que le droit communautaire n'a pu corriger, à défaut d'être applicable aux faits de la cause, si bien qu'il a fallu l'intervention de la Cour de Strasbourg pour qu'il fût remédié à ce problème* », J. CALLEWAERT, note sous l'arrêt.

²²⁷² B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit " Bruxelles II " », op. cit., p. 409.

Bruxelles II et II bis, elles risquent de bénéficier de cette même procédure grâce à l'article 8 de la Conv EDH. En d'autres termes, ce qui, en matière civile n'entrera pas par l'intermédiaire du droit communautaire entrera par la « *vague des droits de l'homme* »²²⁷³.

900. Un tel fondement accorderait au droit civil européen une légitimité dont il ne dispose pas encore, même au titre d'ordre public civil européen. Au travers des droits de l'homme, l'ordre civil public européen pourrait être imposé aux États de façon souple. Le temps d'accoutumance qu'offre le mécanisme de la marge d'appréciation est le garant de cette souplesse. Les États ne se verraient donc pas imposer d'un bloc un droit civil rigoureux et pointilliste grâce à ce fondement. Ils bénéficieraient au contraire d'une marge d'appréciation et partant, d'un espace de liberté et d'autonomie dans lequel s'exprimeraient leurs « *particularités et spécificités* »²²⁷⁴. Les droits fondamentaux constituent donc la base idéale de l'ordre public civil européen afin que celui-ci développe une ambition civile européenne commune. Leur respect garantit une harmonisation des valeurs communes en évitant la perspective d'une unification imposée avec rigueur. Il est ainsi possible d'attribuer une portée considérable à l'ordre public civil européen. Encore faut-il toutefois que son contenu soit précisé.

B / Le contenu de l'ordre public civil européen

901. E. Picard révèle que le contenu de l'ordre public dépend des spécificités des disciplines au travers desquelles il est examiné²²⁷⁵. Ainsi, les règles d'ordre public pénal européen²²⁷⁶ ne sont pas identiques à celles d'ordre civil européen. Le contenu diffère également selon que l'on contemple l'aspect impératif ou le versant patrimoine commun de l'ordre public civil. En cela, il dépend nécessairement des fonctions reconnues à l'ordre public envisagé. Il implique alors d'être observé en fonction du rôle sous l'angle duquel l'ordre public civil est examiné. À l'instar des fonctions, le contenu devra être déterminé en premier lieu dans le cadre des mesures impératives (1°) puis dans celui de l'ambition civile européenne minimale (2°).

²²⁷³ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit " Bruxelles II" », *op. cit.*, p. 409.

²²⁷⁴ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, *op. cit.*, p. 128.

²²⁷⁵ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », dans M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, collection Droit et justice n° 29, Bruxelles, 2001, p. 20.

²²⁷⁶ Par exemple s'élaborant autour du mandat d'arrêt européen.

1° Le contenu des mesures impératives

902. Pour diverses raisons, ce contenu n'est pas simple à déterminer. Tout d'abord, l'individualisation des solutions ne favorise pas les certitudes en matière de règles impératives. De plus, s'il faut distinguer l'ordre public invoqué par les États de l'ordre public européen, il semble que le droit communautaire s'approprie partiellement le contenu des ordres publics nationaux²²⁷⁷ tout en le renouvelant en fonction des lignes de conduite qu'il estime essentielles en matière civile. Aussi, la notion d'ordre public n'est pas toujours employée dans un sens européen. Son utilisation renvoie le plus souvent à l'ordre public des États, comme c'est le cas, entre autres, à la lecture des articles 39 TCE sur la libre circulation ou encore 64 TCE en matière de regroupement familial. Sur cette dernière question, l'article 6. 1 de la directive de 2003²²⁷⁸ dispose que « *les États membres peuvent rejeter une demande d'entrée et de séjour d'un des membres de la famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique* ». Une telle disposition fait référence à l'ordre public des États membres et donc à la détermination de l'ordre public en fonction de critères nationaux et non à l'ordre public communautaire ainsi qu'aux critères communautaires. L'hypothèse d'absence totale de référence à l'ordre public doit également être envisagée. La notion ne se retrouve pas une seule fois mentionnée dans *les Principes du droit européen des contrats*²²⁷⁹. Pour autant, elle est sous-jacente. Par exemple, le critère de la bonne foi pénètre ce champ civil impératif dès lors qu'il n'est pas possible d'y déroger²²⁸⁰. De même, il semble que la protection des consommateurs relève de l'ordre public civil. En admettant que cet objectif puisse constituer une exigence impérative d'intérêt général, la CJCE l'a admis dans le socle de protection civile intangible²²⁸¹ puisque les exigences impératives d'intérêt général se rapprochent singulièrement de l'ordre public²²⁸². De fait, le droit de rétractation offert à l'acquéreur par la directive de 1994 relative à la multipropriété²²⁸³ s'impose aux États et constitue en cela certainement un élément de l'ordre public civil européen. De nombreuses

²²⁷⁷ Cf. L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA* 2002, numéro spécial n° 248 du 12 décembre 2002, p. 37.

²²⁷⁸ Directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, *op. cit.*

²²⁷⁹ J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 105.

²²⁸⁰ *Ibid.*, p. 112.

²²⁸¹ Ce malgré l'arrêt Kohl (CJCE 6 novembre 1984 affaire C- 177/83, Kohl, *Rec.* p. 3651) dans lequel la Cour refuse de comprendre dans la notion d'ordre public mentionnée à l'article 30 TCE la protection des consommateurs.

²²⁸² Voir E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *op. cit.*, p. 60.

²²⁸³ Article 5 de la directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, du 26 octobre 1994, *op. cit.*

autres mesures appartenant au droit de la consommation entrent dans ce cadre civil impératif : l'unification de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance et la force obligatoire des déclarations précontractuelles mentionnée dans les directives sur la vente de 1999 ou sur les séjours à forfait de 1990. Il faut encore citer l'obligation d'information telle qu'énoncée dans les directives de 2002 sur la commercialisation des services financiers auprès des consommateurs ou dans celle de 1997 sur les contrats à distance. Il ne semble pas non plus possible de déroger à l'obligation de réparation : il s'agit d'une règle impérative imposée au producteur dont le produit défectueux a causé un dommage à l'acheteur. En définitive, tous les principes sous-jacents du droit des contrats relèvent de l'ordre public civil. À ces règles s'ajoutent le droit au regroupement familial, qui constitue un droit dans l'ordre juridique communautaire, et le droit à l'égalité de traitement, qui ne supporte guère d'exception.

903. La protection des mineurs, l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale, le versement des pensions alimentaires constituent autant de questions visées par des mesures d'ordre public civil européen. En outre, dans l'arrêt *Pla et Puncerneau contre Andorre*²²⁸⁴, la juridiction strasbourgeoise, afin de s'opposer à la volonté du testateur fait un « appel déguisé », selon F. Boulanger, à « une sorte d'ordre public européen »²²⁸⁵. Ainsi, l'égalité des filiations et en particulier la force assimilatrice de l'adoption²²⁸⁶ intègre le noyau dur civil européen puisqu'elle anéantit la liberté du testateur. Ces principes figurent de façon certaine dans le noyau dur des règles civiles que l'on peut qualifier d'impératives. Il ne s'agit toutefois que du contenu d'une partie de l'ordre public civil européen, à laquelle il faut ajouter celui de l'ambition collective civile minimale.

2° Le contenu de l'ambition collective civile minimale

904. Ce contenu doit être distingué du précédent dans la mesure où il se compose davantage de « valeurs » réputées communes que de règles techniques. En ce sens, les dispositions relevant de cet aspect de l'ordre public civil sont plus larges que les règles impératives. Il faut ainsi remarquer leur contenu « *hautement humanitaire et faiblement technique* »²²⁸⁷. Cependant, la distinction ne se fonde pas sur un critère exempt de tout reproche et manque de précision. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si une règle relève

²²⁸⁴ CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*

²²⁸⁵ F. BOULANGER, note sous CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, *op. cit.*, p. 748.

²²⁸⁶ *Ibidem.*

²²⁸⁷ P. JESTAZ, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 26.

d'une impérativité formelle ou si son ambition rejoint celle d'une société civile européenne basée sur des valeurs communes. Cela étant, cette catégorie réunit une partie de l'ordre public civil à savoir « *les valeurs fondamentales de la communauté* »²²⁸⁸ dont il faut chercher à déterminer le contenu. Le principe de non-discrimination trouve sa place ici, à l'instar du droit au respect de la vie privée qui fait également partie intégrante de l'ordre public civil européen²²⁸⁹.

905. De plus, l'hypothèse selon laquelle le droit européen s'inspire des conceptions nationales de l'ordre public afin d'élaborer sa propre vision s'illustre au travers de l'égalité de droit des époux. Ce droit relève de l'ordre public des États mais aussi de celui du droit civil européen, ne serait-ce que parce que ce droit est garanti par la Conv EDH. Lorsque la Cour européenne statue sur des questions comme l'euthanasie²²⁹⁰, les pratiques sadomasochistes²²⁹¹, les effets juridiques des couples composés de personnes de même sexe²²⁹² qui sont des questions découlant de l'ordre public, elle n'en suit pas pour autant systématiquement les États quant à leur conception nationale de l'ordre public. Ainsi, tout en énonçant que les États représentent les gardiens de l'ordre public et qu'ils sont les mieux placés afin de déterminer le contenu de cette notion²²⁹³, elle construit tout de même son propre ordre public et s'éloigne en cela des considérations nationales. Dans l'arrêt *Unal Tekeli contre la Turquie*²²⁹⁴, l'État mis en cause argue que des considérations d'intérêt général et d'ordre public ont été déterminantes dans le choix d'imposer à la femme mariée de porter le

²²⁸⁸ Cf. opinion dissidente des juges ROZAKIS ET CAFLISCH, à laquelle les juges WILDHABER, COSTA, CABRAL, BARRETO et VAJIC déclarent se rallier, à l'occasion de l'arrêt CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 105, p. 129, n° 8 obs. F. SUDRE, *RTDH* 2003, p. 139 note J.-F. FLAUSS; *D.* 2003 p. 1246 note J.-F. FLAUSS.

²²⁸⁹ Cf. F. CADET, « La gestion de l'internationalité par les méthodes communautaires : vers un droit international privé unifié dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 10.

²²⁹⁰ CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, *Pretty c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1453 et 1455, n° 1 et 13, obs. F. SUDRE ; *RJPF* juillet-août 2002, p. 11, note E. GARAUD ; *JCP* 2003, *éd. G.*, 2003, p. 677, note C. GIRAULT; *RTD civ* 2002, p. 858, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Def.* 2002, p. 1131, note P. MALAURIE.

²²⁹¹ CEDH 19 février 1997 requêtes n° 21627/93 ; 21826/93 et 21974/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

²²⁹² CEDH 27 juillet 2003 requête n° 40016/98, *Karner c/ Autriche*, point 26 de l'arrêt, *RTD civ* 2003, p. 764, note J.-P. MARGUÉNAUD : le contrôle de la Cour européenne a « également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États Parties à la Convention ».

²²⁹³ CEDH 14 février 2006 requête n° 67847/01, *Lecarpentier et autres c/ France*, point 43 de l'arrêt, *op. cit.* : « La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général » ici aucun doute que l'utilité publique rejoint la notion d'ordre public.

²²⁹⁴ CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, *Unal Tekeli c/ Turquie*, point 16 de l'arrêt, *op. cit.*

nom de son mari. C'est en particulier l'unité de la famille qui justifierait une telle mesure. Seulement, la Cour n'adhère pas à cette argumentation : pour elle, l'unité de la famille, envisagée dans cette perspective, n'entre pas dans le contenu de l'ordre public civil. Les États ne peuvent donc pas se dissimuler derrière des arguments d'ordre public national puisque son contenu ne rejoint pas l'ordre public supranational. Par exemple dans l'arrêt *Tyrer contre le Royaume-Uni*²²⁹⁵, la Cour admet que les châtiments corporels se présentent comme un moyen de sauvegarder l'ordre public mais pour autant, une telle défense ne saurait justifier une peine contraire à l'article 3 de la Convention. Elle fait en cela prévaloir la protection de l'individu et l'ordre public parvient alors rarement à justifier une atteinte²²⁹⁶. En cela, l'ordre public civil européen se préoccupe des individus bien plus que des considérations politiques, économiques ou sociales. L'arrêt *Lecarpentier* contre la France en apporte une preuve indéniable. La Cour refuse l'argument de l'État français selon lequel la loi du 12 avril 1996 procède d'un motif d'intérêt général : sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire. Cette loi revient sur l'exigence de l'article L 312-8 du code de la consommation qui dispose qu'à toute offre préalable de prêt doit être jointe un tableau des amortissements. L'État défenseur justifie la loi de 1996 en mettant en avant l'utilité publique et qui plus est l'activité économique du pays en général²²⁹⁷. Malgré une telle motivation, la Cour donne raison aux requérants. Tel n'aurait pas été le cas si elle avait estimé que l'ordre public ou l'utilité publique, sous couvert de la protection de l'intérêt général, étaient menacés. Elle favorise donc le droit de propriété des requérants, titulaires d'un droit qui leur avait été retiré. En prononçant cette condamnation, la Cour EDH contribue à établir sa vision de l'ordre public civil.

906. Dès lors que le droit communautaire garantit le respect des droits fondamentaux, il participe également à l'élaboration de cette partie de l'ordre public. Grâce à l'arrêt *Omega*²²⁹⁸, la CJCE démontre, par exemple, l'importance de la dignité de la personne humaine

²²⁹⁵ CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, CDE 1979, p. 471, note G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1980, p. 457, obs. P. ROLLAND

²²⁹⁶ CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, CDE 1982, p. 221, note COHEN-JONATHAN G. ; JDI 1985, p. 185, note P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; GACEDH n° 37 ; CEDH 24 avril 1999 requêtes n° 25088/94, *Chassagnou c/ France*, GACEDH n° 59 ; CEDH 12 mars 2003 requête n° 46221/99, *Öcalan c/ Turquie*, *op. cit.* ; CEDH 1^{er} février 2000, requête n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, RTD civ 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP 2000, éd. G, 10286, p. 643, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; RTD civ 2000, p. 311, note J. HAUSER ; JCP 2001, éd. G, I, 293, p. 249, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; D. 2000, chron. p. 626, note B. VAREILLE ; GACEDH n° 44.

²²⁹⁷ CEDH 14 février 2006 requête n° 67847/01, *Lecarpentier et autres c/ France*, point 45 de l'arrêt, *op. cit.*

²²⁹⁸ CJCE 14 octobre 2004 affaire C-36/02, *Omega*, Rec. p. 9609 ; RTDH 2005, p. 649, note C. PICHERAL ; Europe des libertés n° 16, note J.-P. JACQUÉ.

puisque'elle peut, en tant qu'élément de la protection de l'ordre public, légitimer une restriction à la libre prestation de services. La Cour précise que la protection des droits fondamentaux, en l'occurrence de la dignité, « *constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité* »²²⁹⁹. De façon générale, l'état des personnes entre dans cette partie de l'ordre public civil européen.

907. La notion de citoyenneté européenne appartient à la fois à l'ordre civil impératif et philanthropique. En effet, elle exprime avec force l'importance d'une ambition civile commune fondée sur des valeurs partagées. Néanmoins, cette notion est également impérative tout comme les droits qui y sont attachés, comme par exemple le droit à la libre circulation ou le droit au regroupement familial.

908. Le contenu de l'ordre public, envisagé sous ses deux aspects, ne saurait être défini avec précision. Il ne peut être qu'éclairci. L'essentiel demeure que toutes les règles citées forment bien un ensemble pouvant être qualifié d'ordre public civil. Pour confirmer cette allégation, il paraît intéressant de citer les trois critères de l'existence de l'ordre public énumérés par J. Andriantsimbazovina. Il faut d'une part un corpus de règles communes, d'autre part un système juridictionnel permettant de sanctionner la violation de ces règles et enfin un mécanisme garantissant l'exécution des décisions juridictionnelles²³⁰⁰. Aucun de ces trois points ne semble pouvoir être valablement contesté concernant l'ordre public civil européen, même si les mécanismes juridictionnels et d'exécution des décisions s'adressent à l'ensemble de l'ordre public européen et n'appartiennent pas exclusivement à l'ordre public civil européen.

²²⁹⁹ CJCE 14 octobre 2004 affaire C- 36/02, Omega, point 35 de l'arrêt, *op. cit.*

²³⁰⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Splendeurs et misères de l'Ordre public européen », *op. cit.*, p. 662.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

909. Eu égard à l'individualisme renforcé du droit civil européen, il aurait semblé naturel que l'intérêt général dispose d'une place dérisoire au sein de cette nouvelle matière. On sait en effet que les deux tendances sont antagonistes, l'intérêt général constituant une entrave aux droits et libertés individuels. Contre toute attente, le droit civil européen valorise l'intérêt général tout en revendiquant son caractère hyperindividualiste. Il parvient ainsi à faire se côtoyer deux tendances qui, classiquement, n'entrent même pas en concurrence tant elles s'excluent l'une l'autre. L'ensemble normatif civil ne semble pas avoir à choisir entre les deux. Dès lors, si l'approche civile européenne s'oriente vers la volonté individuelle, elle manifeste en parallèle un souci constant de se référer à l'intérêt général. Largement pris en compte, celui-ci n'intervient pas uniquement afin de modérer les droits des particuliers. Il se peut en effet qu'il en permette l'extension. Cette hypothèse résulte notamment de la procédure par laquelle la Cour EDH magnifie un intérêt individuel en intérêt public.

Dès lors, l'intérêt général ne s'oppose plus à l'intérêt individuel mais au contraire participe à la protection des intérêts des particuliers. Cette préoccupation se manifeste, entre autres, au travers de la mise en place d'un ordre public civil européen. Si les dispositions civiles européennes ne présentent pas toutes un caractère obligatoire et effectif, certaines d'entre elles forment un ensemble contraignant de garanties minimales pour les individus. L'ordre public sert ainsi l'intérêt individuel puisqu'au-delà de son impérativité, il met en place un socle de valeurs communes en faveur des individus, comme une ambition civile minimale.

Partant, l'affirmation de J. Hauser selon laquelle aucune construction ne s'élabore sans ordre public se vérifie²³⁰¹, nonobstant le fait que la matière, essentiellement individualiste, ne laissait guère présager une telle attention portée à des notions comme l'intérêt général ou l'ordre public. Le droit civil européen permet ainsi une approche remaniée de l'idéologie individualiste.

²³⁰¹ J. HAUSER, « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 115.

CONCLUSION DU TITRE II

910. Résultant de la rencontre de deux droits par essence individualiste, il aurait été surprenant que le droit civil européen ne soit pas marqué par cette idéologie. Il semble ainsi puiser au cœur des droits fondamentaux et du droit civil un individualisme affermi, sans qu'il soit possible de prêter cette influence exclusivement à l'une ou l'autre des matières originelles.

Il en procède un droit civil européen dont l'individu se situe au cœur de chaque norme. Un tel renforcement de l'individualisme se fait au détriment de la dimension « collective » de l'individu. De ce fait, le droit civil n'envisage les notions de couple et de famille que sous l'angle individuel.

L'attention portée par le droit civil européen à la volonté individuelle participe au dépassement de l'individualisme traditionnel. Le droit ne se présente plus comme un fait social mais érige l'individu en source créatrice de prérogatives personnelles. La valorisation de la volonté individuelle offre aux particuliers la possibilité de s'autodéterminer et tend à la pleine réalisation de la personne.

Face à cet hyperindividualisme qui le caractérise, le droit civil européen exigeait des limites. S'il ne modifie pas la désaffection dont il fait preuve à l'égard des ensembles sociaux et institutionnels, il est néanmoins parvenu à limiter les effets les plus dévastateurs de l'individualisme exacerbé. En effet, ce dernier se trouve compensé par un mécanisme protecteur du droit civil européen : l'effet horizontal. Une véritable irradiation des droits entre particuliers découle de ce procédé qui empêche ainsi les libertés individuelles d'empiéter les unes sur les autres.

En outre, ce mécanisme régulateur de l'individualisme renforcé qui caractérise le droit civil européen se trouve complété par le rôle conféré à l'intérêt général. L'affermissement du premier ne s'est pas construit au détriment du second si bien que toute l'habileté du droit civil a consisté à développer un aspect individualiste tout en réhabilitant l'intérêt général. L'ordre public civil européen qui se développe semble être le résultat de cet équilibre. À travers lui, droit civil européen et intérêt général démontrent leur association puisque le second permet et protège l'épanouissement du premier. L'ordre public civil européen hérite de ces deux aspects car bien que comportant une part d'impérativité, il élabore un régime de protection à l'égard

des individus. Le paradoxe du droit civil européen se perçoit alors : la protection des libertés individuelles y est impérative.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

911. Il serait improbable de prétendre à l'exhaustivité dans la présentation de l'essence de cette nouvelle branche de droit que constitue le droit civil européen. La matière se révèle encore incertaine et le terrain demeure inexploré par la doctrine. Une idée semble néanmoins se préciser. Il n'apparaît pas possible d'aborder la substance du droit civil européen sans la relier aux droits fondamentaux. Envisagés comme étant à l'origine de la construction civile européenne, ces droits ont manifestement marqué sa nature. En réalité, c'est toute la matière civile européenne qui se trouve fondamentalisée, tant parce que ces droits en représentent l'origine que parce qu'ils en constituent encore aujourd'hui le moteur.

Ce constat devrait rassurer les plus réfractaires. À l'instar des droits fondamentaux, le droit civil européen met en place des lignes directrices et énonce des valeurs essentielles. En ce sens, si ce droit peut surprendre, c'est avant tout en raison de sa forme, car le fondement même du droit civil européen, à savoir les droits de l'homme, se veut rassurant. Loin de remettre en cause le droit civil national, le droit civil européen lui offre une occasion d'évoluer sans pour autant le dénaturer. Il suffit pour s'en convaincre de constater que ces deux droits ont comme point de départ l'individu.

Par ailleurs, si le droit civil se présente comme un droit véritablement individualiste, l'esprit des droits fondamentaux lui permet de préserver un juste équilibre entre intérêt individuel et intérêt général. Certes, les droits fondamentaux sont destinés avant tout à la protection de la personne, mais ils tendent également à faire prévaloir une valeur essentielle qui imprègne l'ensemble du droit civil européen, y compris le droit communautaire : l'égalité. De fait, si le point d'équilibre²³⁰² de la matière civile semble s'être déplacé vers l'individu en raison du droit européen, il n'en permet pas moins l'accès à une position stable que l'on croit à la fois bénéfique et pérenne. Si l'on poursuit cette logique, les droits fondamentaux pourraient constituer également le facteur de développement du droit civil européen. En ce sens, ils ne peuvent être dissociés de son avenir et seraient un gage de respect, de stabilité et de continuité.

²³⁰² Cf. J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du 20^{ème} siècle », dans *Mélanges à la mémoire de D. HUET WEILLER, Droit des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 242.

Par conséquent, l'aspect menaçant que l'on prête au droit civil européen est difficilement perceptible tant son essence est en définitive proche de celle de notre droit civil interne. De surcroît, le droit civil européen est d'autant plus encadré qu'il se compose pour l'essentiel de normes empruntées aux ordres juridiques nationaux. Bordée par les droits internes, consolidée par les droits fondamentaux et au surplus profondément humaine, l'essence du droit civil européen présente de nombreux attraits dont le droit civil interne aurait tort de se priver.

CONCLUSION GÉNÉRALE

912. Il faut désormais compter avec une nouvelle matière juridique : le droit civil européen. Bien qu'en cours d'élaboration, il semble suffisamment avancé dans certains domaines, en l'occurrence le droit des contrats et des personnes, pour que son existence soit rendue incontestable.

L'interrogation que ce nouveau droit soulève n'est donc plus celle de savoir s'il faut lui ouvrir la voie ou à l'inverse lui barrer le chemin puisqu'il existe déjà.

Mieux vaut alors percevoir les arcanes, les lacunes et les atouts de cette nouvelle branche du droit puisqu'il n'est pas envisageable de faire machine arrière : les juridictions européennes, en dépit des réticences de la doctrine, poursuivent l'élaboration de ce droit, de manière parfois maladroite et incohérente. Il apparaît dès lors plus opportun d'accepter que le temps n'est plus à la contestation générale mais à la mise en cohérence de ce droit civil européen.

913. Il est certain que cette nouvelle matière soulève doutes et inquiétudes. Elle renvoie tout d'abord à la déchéance de notre propre droit civil interne, pourtant si renommé et influent, notamment au travers du Code Napoléon. Dououreux pour certains, le constat de la fin du monopole national concernant la production civile²³⁰³ n'est pas aisé à poser, au surplus pour une matière qui attise les sensibilités nationales.

914. L'inquiétude résulte aussi de l'image que renvoie le droit civil européen. En effet, l'envisager, c'est faire face à une pluralité d'espaces normatifs. Les droits nationaux demeurent et il n'est pas envisageable de les remplacer, qui plus est à court terme. Le droit civil européen lui-même comporte deux « têtes ». Il constitue un droit bipolaire puisqu'il résulte de la rencontre du droit civil communautaire et du droit civil du Conseil de l'Europe. Ces différentes strates complexifient l'approche de la matière et empêchent d'envisager une production uniforme. Au contraire, un droit à plusieurs niveaux semble appeler les lacunes et les incohérences. En outre, le droit civil européen échappe à la logique du législateur unique et s'organise autour de nombreux acteurs : les États, les institutions européennes, communautaires ou du Conseil de l'Europe, les cours de justice.

²³⁰³ Cf. S. MANACORDA a qui les termes ont été empruntés alors qu'il constate cette rupture en matière pénale, « Les sources du droit pénal dans la construction d'un pluralisme ordonné, à propos de l'œuvre de M. DELMAS-MARTY », dans *M. DELMAS-MARTY et les années UMR*, unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, Université Paris I et CNRS, volume 9, 2005, p. 123.

915. Enfin, plus l'étude des sources du droit civil européen progresse, plus il est possible de douter du caractère élaboré et réfléchi de son élaboration. Le droit européen opte, selon les besoins du moment, pour des solutions nationales ou internationales préexistantes et fait siennes des règles qui ne lui appartiennent pas. Or, les transpositions de solutions juridiques, au même titre que les greffes, ne prennent pas toujours. Nul n'a la certitude qu'un élément rapporté parvienne à s'intégrer dans un nouvel ensemble qui lui est étranger et qui ne l'a pas lui-même construit. Si tant est que la transposition se réalise, encore faut-il que le résultat ne soit pas forcé. Le droit civil européen semble avoir recours à quantité de ces emprunts. L'inquiétude est donc qu'il en découle un droit civil hybride, dualiste, et extrêmement circonstancié parce qu'essentiellement jurisprudentiel.

916. Des réponses peuvent néanmoins être apportées au regard de ces difficultés. Si le droit civil européen s'élabore à partir d'emprunts, il existe derrière chaque emprunt une réflexion, une adaptation et ainsi une réelle construction de normes civiles européennes. Par le biais de la reformulation, le droit européen s'approprie les règles empruntées en les faisant ainsi entrer dans une logique et un ensemble proprement européens. Dès lors, le processus du droit civil européen n'a rien de fortuit : cette matière se situe à mi-chemin entre le droit national et le droit international. Il s'immisce entre les deux et leur emprunte respectivement des normes qu'il assimile. Les ordres d'origine sont évincés à l'instar de leur empreinte sur les normes. Ce faisant, le droit civil européen marque peu à peu les normes de son sceau. Cette méthode révèle que le droit civil européen ne se construit pas au hasard et qu'il crée un équilibre de va-et-vient entre les droits civils nationaux et le droit civil supranational.

917. Par ailleurs, que le droit civil européen s'étende sur plusieurs niveaux normatifs le rend, contre toute attente, particulièrement stable. Cette configuration lui permet de disposer de plusieurs perspectives : nationale, internationale, mercantile ou fondamentale. Qui plus est, les droits fondamentaux constituent un socle commun particulièrement stable pour le droit civil. Ils représentent à la fois le soubassement et le moteur du droit civil européen, ce qui confère à l'espace civil européen une dimension non plus mercantile mais humaniste. Le déficit philanthrope de l'Europe s'en trouve comblé et l'excès de libéralisme réparé. Il s'agit certes d'attribuer aux droits fondamentaux un rôle qui n'était pas le leur, originellement ; est-

ce pour autant participer à une éventuelle banalisation des droits fondamentaux que de les placer au centre de ce nouveau droit civil européen ?

918. Une réponse négative s'impose. Sans pour autant se rallier à la quête des « *ayatollahs du droit-de-l'hommisme* »²³⁰⁴, il semble que la fonction initiale des droits fondamentaux, à savoir la défense de l'individu, s'accorde parfaitement aux attentes et objectifs du droit privé. De plus, l'aide pourrait s'avérer réciproque. Les droits fondamentaux permettent au droit civil européen de se construire et de se développer. En échange, ce dernier, une fois élaboré sur une base fondamentale peut prendre le relais et, tout au moins en matière civile, éviter que l'on s'éloigne des garanties primordiales.

Il appartient aux droits fondamentaux de guider les nouveaux droits puis de leur lâcher la main. Car si la religion est un guide, elle ne doit pas être un tuteur. Il doit en être ainsi de la religion des droits de l'homme.

²³⁰⁴ Selon l'expression de F. TERRÉ, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-10.250, Mme C. M., épouse G. et a. c/ SNCF et autres, *JCP* 2006, *éd. G.*, n° 38, actualité 428.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

A/ Relatifs au droit international, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme

BERGER V.

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 9^{ème} édition, 2004

BRACONNIER S.

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, Bruxelles, 1997

COHEN-JONATHAN G.

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989

COMBACAU J. et SUR S.

- *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 6^{ème} édition, 2004

EISSEN M.-A.

- *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, éditions du Conseil de l'Europe, 1^{ère} édition, Strasbourg, 1985

ISRAEL J.-J.

- *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998

MADIOT Y.

- *Les Droits de l'Homme*, Masson, coll. droit et sciences économiques, Paris, Milan, Barcelone, Bonn, 2^{ème} édition, 1991

MARGUÉNAUD J.-P.

- *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 3^{ème} édition, 2005

PAPADOPOULOU R. E.

- *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1998

RENUCCI J.-F.

- *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002

ROBERT J.

- *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Domat droit public, 6^{ème} édition, 1996

SUDRE F.

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, collection droit fondamental, 7^{ème} édition refondue, 2005

SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses universitaires de France, Thémis, 2^{ème} édition, 2004

VELU J. et ERGEC R.

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990

WACHSMANN P.

- *Les droits de l'homme*, Dalloz, connaissance du droit, 4^{ème} édition, 2002

YACOUB J.

- *Les droits de l'homme sont-ils exportables ? : géopolitique d'un universalisme*, Ellipses coll. Mondes réels, 2004

B/ Relatifs au droit général et droit civil

AUBERT J.-L.

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, 9^{ème} édition, 2002

ARNAUD A.-J.

- *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969

BOUINEAU J. et J. ROUX J.

- *200 ans de Code civil*, Bruylant, Bruxelles, 2006

BREDIN J.-D.

- *Code civil des Français, Bicentenaire*, Dalloz, 2004

CABRILLAC R.

- *Les codifications*, Presses universitaires de France, 2002

CARBONNIER J.

- *Droit civil. Tome I. Introduction*, Thémis, Droit privé, Presses universitaires de France, 27^{ème} édition, 2002

CASTALDO A. et LEVY J.-P.

- *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002

CORNU G.

- *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12^{ème} édition, 2005

DOMAT J.

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Durand, Paris, 1756

GAUDEMET J.

- *Les naissances du droit*, Montchrestien, 4^{ème} édition, 2006
- *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, 7^{ème} édition, 2002

GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M.

- *Droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1994

GUILLIEN R. et VINCENT J.

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} édition, 2005

JESTAZ P.

- *Les sources du droit*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2005

KELSEN H.

- *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, 1996
- *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999

LARROUMET C.

- *Droit civil, tome 1, introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 4^{ème} édition, 2004

MALAURIE P., MORVAN P.

- *Droit civil, introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} édition, 2005

MALINVAUD P.

- *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 9^{ème} édition, 2002

MAZEAUD A.

- *Droit du travail*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 2004

OPPETIT B.

- *La philosophie du droit*, Dalloz, 1^{ère} édition, 1999

RIPERT G.

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955

ROUBIER P.

- *Théorie générale du droit*, éditions Sirey, 1946

STARK B., ROLAND H. et BOYER L.

- *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} édition, 2000

TERRÉ F.

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2003

TEYSSIÉ B.

- *Droit européen du travail*, Litec, 2001

TOULIER C. B. M.

- *Le droit civil français*, Warée, 4^{ème} éd., 1824

WALINE M.

- *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, Domat, 1945

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES, TRAVAUX
COLLECTIFS, MELANGES

ALVAREZ A.

- *Le Droit international américain, son fondement, sa nature*, Pédone, 1910

AMSTUTZ M., PICHONNAZ P., PROBST J. et WERRO F.

- *Droit privé européen, directives choisies*, éditions Staempfli et Ant. N. Sakkoulas, Berne et Athènes, 2005

AUBRY H.

- *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002

AUDIER J.

- *Droit rural, droit forestier*, Économica, 3^{ème} édition, 1996

BARAV A. et PHILIP C. (dir.)

- *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/Dictionnaire.htm>

BAYARD-JAMMES F.

- *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, LGDJ, 2003.

BEAUFRET J.

- *Introduction aux philosophies de l'existence*, Gonthier-Médiations, 1963

BENOIT-ROHMER F. et KLEBES H.

- *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, éditions du Conseil de l'Europe, 2005

BERGE J.-S et NIBOYET M.-L. (dir.)

- *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, Bruxelles, 2004

BERGER P. et LUCKMANN T.

- *La construction sociale de la réalité*, coll. Sociétés, Meridiens Klincksieck, Paris, 1989

BERRE S.

- *Du droit de planter de la vigne : contribution à l'étude de sa nature juridique*, thèse Lyon, 2004

BERTHIAU D.

- *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, collection bibliothèque de droit privé, tome 320, 2000

BIRNBAUM P. et LECA J. (dir.)

- *Sur l'individualisme*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1986

BURDEAU G.

- *Traité de science politique*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1966

BOUDOT G.

- *La libre circulation des personnes et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2000

BOULETEL M. et FRITZ J.-C. (dir.)

- *L'ordre public écologique*, Bruylant, Bruxelles, 2005

BRACONNIER S.

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, Bruxelles, 1997

CALMES S.

- *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2001

CAMERLYNCK G.-H. et LYON-CAEN G.

- *Droit du travail*, Dalloz Précis, 6^{ème} édition, 1973

CANDELA SORIANO M. (dir.)

- *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006

CARBONNIER J.

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. Forum 1996
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8^{ème} édition, 1995

CASSIN R.

- *Amicorum discipulorumque liber III, la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pédone, 1971

CHEMILLIER-GENDREAU M. et MOULIER-BOUTANG Y. (dir.)

- *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001

CLERMONT M.

- *Le rapprochement du droit européen des contrats, enjeux et perspectives*, mémoire de DEA, Lille, 2003

COHEN-JONATHAN G. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.)

- *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 47, Bruxelles, 2003

COLOMBET C.

- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^{ème} édition, 1999

CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. et MICHEL V. (dir.)

- *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, 2005

CORNU G.

- *L'art du droit en quête de sagesse*, Presses universitaires de France, collection doctrine juridique, 1998

CORNU G. (dir)

- *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^{ème} édition, 2005

COURDIER A.-S.

- *Le solidarisme contractuel*, thèse Dijon, 2003

DA SILVA G.

- *De l'égalité à l'équité*, l'Harmattan, 1995

DE BARTHES DE MONTFORT D.

- *Nature et fondement du recours contre le tiers responsable du débiteur de prestations dues à la victime*, LGDJ, 1964

DE LAMBERTERIE I.

- *Principes du droit européen du contrat : L'exécution, l'inexécution et ses suites : version française*, La documentation française, 1997

DE VAREILLES-SOMMIÈRES P. (dir.)

- *Le droit privé européen*, Économica, 1998

DEBET A.

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil français*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque des thèses, 2002

DELMAS-MARTY M.

- *Le flou du droit : du code pénal au droits de l'homme*, Presses universitaires de France, coll. voies du droit, 1986

DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (dir.)

- *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, édition de l'Université libre de Bruxelles, 2002, p. 176

DONY M. et BRIBOSIA E.

- *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2005

DUBOUIS L.

- *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à L. DUBOUIS*, La documentation française, coll. Monde européen et international, 2000

DUFOUR A.

- *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Léviathan, Presses universitaires de France, 1991

DUFOUR G.

- *Sécurité juridique et règles de droit, illustration en droit des contrats*, thèse Lille, 2005

DUMAS R.

- *Essai sur la fundamentalisation du droit des affaires*, thèse Limoges, 2005, <http://www.unilim.fr/theses/2005/droit/2005limo0506/html/index-frames.html>

EISSEN M.-A.

- *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, éditions du Conseil de l'Europe, 1^{ère} édition, 1985
- *Liber amicorum EISSEN M.-A.*, Bruylant, LGDJ, 1995

ERGECE R.

- *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Mys & Breesch, Gand, 2000

ESCARRAS J.-C.

- *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum J.-C ESCARRAS* Bruylant, Bruxelles, 2006

FOHRER E.

- *Incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999

FULCHIRON H. (dir.)

- *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1999

GANDOLFI G. (dir.)

- *Code européen des contrats, Avant-projet*, Guiffrè, Milan, 2001

GAUTIER P.-Y.

- *Propriété littéraire et artistique*, Presses universitaires de France, 4^{ème} édition, 2001

GRATALOUP S.

- *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, coll. bibliothèque de droit privé, tome 290, 1998

GRYNBAUM L. et NICOD M. (dir.)

- *Le solidarisme contractuel*, Economica 2004

GUYÉNOT J.

- *La responsabilité des personnes morales publiques et privées : considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui*, LGDJ, 1959

HART H. L. A.

- *Le concept de droit*, publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976

HAUSER J.

- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971

HILT P.

- *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse Strasbourg, 2002

JAMIN C. et MAZEAUD D. (dir.)

- *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Économica*, coll. Études juridiques, n° 11, 2001

JARROSSON C.

- *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987

JAUME L.

- *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997

KASTANAS E.

- *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996

KDHIR M.

- « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français », *Rev. Adm.* 1993, p. 538

LABAYLE H. et WEYEMBERGH A.

- *Code de droit pénal de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005

LAURENT A.

- *Histoire de l'individualisme*, Presses universitaires de France, 1993

LAVIEILLE J.-M

- *Droit international de l'environnement*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2004

LE BON G.

- *Hier et demain, Pensées brèves*, Flammarion, 1918, http://classiques.uqac.ca/classiques/le_bon_gustave/hieretdemain/hier_et_demain.html

LEQUETTE Y. et LEVENEUR L. (dir.)

- *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004

LEROY-FORGEOT F.

- *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Presses universitaires de France, 1997

LEROYER A.-M. et JEULAND E. (dir.)

- *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.

LEVY J.-P. et CASTALDO A.

- *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2002.

LOUSSOUARN Y.

- *L'internationalisation du droit, mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994

LUCAS A. et LUCAS H.-J.

- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, 2001

LIPOVETSKY G.

- *L'ère du vide, essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1983

MAGNIER V.

- *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999

MALEZIEUX R. et RANDIER R.

- *Traité de droit rural*, LGDJ, 1972

MARCHADIER F.

- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse Limoges, 2005

MARGUÉNAUD J.-P.

- *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001

MARMISSE A.

- *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Presses universitaires de Limoges, 2001

MATHIEU B.

- *L'Europe des droits : Le droit à la vie - Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles*, éditions du Conseil de l'Europe, 2005

MATHIEU B., VERPEAUX M. et MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.)

- *Constitution et construction européenne*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006

MAURER B.

- *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation française, 1999

MEULDERS-KLEIN M.-T.

- *La personne, la famille et le droit*, LGDJ, 1999

MEULDERS-KLEIN M.-T. (dir.)

- *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, Coll. Colloques Leradp, 1998

MILL J. S.

- *Le système de logique déductive et inductive*, par L. PEISSE, traduit par M. DOMINICY, éditions P. Mardaga, Bruxelles, 1988

MONJAL P.-Y.

- *Recherches sur la notion de hiérarchie des normes en droit communautaire*, thèse, Tours, 1998

MORACCHINI-ZEIDENBERG S.

- *L'abus dans les relations de droit privé*, thèse, Bordeaux IV, 2002

MORVAN P.

- *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon Assas, 1999

OSMAN F. (dir.)

- *Vers un code européen de la consommation, codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*, colloque Lyon, 12-13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998

OST F. et **VAN DE KERCHOVE M.**

- *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses universitaires de France, 1988
- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés Universitaires Saint Louis, 2002

PECES-BARBA MARTINEZ G.

- *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. Droit et société, n° 38, 2004

PETTITI L.-E (dir.), **DECAUX E.**, **IMBERT P.-H.**

- *La Convention Européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999

PICHERAL C.

- *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, coll. Monde européen et international, 2001

POELEMANS M.

- *La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruylant, LGDJ, 2004

POILLOT E.

- *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Thèse, Reims, 2004

POISSON J.-M.

- *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003

PRADEL J. et CORSTENS G.

- *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002

PRIEUR M.

- *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004

QUIGLEY C.

- *Droit communautaire des contrats, l'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles*, Bruylant, Kluwer law international, Bruxelles, 1999

RAUX C.

- *La construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 2004

RAMET S.

- *Le droit communautaire et la famille*, thèse, Paris I, 2001

REY-DEBOVE J., REY A., CHANTREAU S. et DRIVAUD M.-H.

- *Le petit Robert*, 2006

SALVIEJO C.

- *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse Montpellier, 2003

SARGOS P.

- « Les principaux domaines d'application de la Convention en droit pénal et en droit civil », dans *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Actes du colloque du 18 juin 1987, La documentation française, 1988, p. 31.

SERVERIN E.

- *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, coll. Critique du droit, 1985

SINNEAU M.

- *Parité, le Conseil de l'Europe et la participation des femmes à la vie politique*, La documentation française, 2004

SINTES G.

- *La politique sociale de l'Union Européenne*, Presses inter universitaires Européennes, Bruxelles, 1996

SOUCHON G.

- *Les grands courants de l'individualisme*, Armand Colin, 1998

SPIELMANN D.

- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 1995
- « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Faculté de droit de l'Université de Montpellier, Nemesis – Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 133

SUDRE F. (dir.)

- *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998
- *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2002

SUDRE F., QUELLIEN S., RAMBION N. et SALVIEJO C.

- *Droit communautaire et droits fondamentaux*, Broche, coll. Droit et justice, 2000

SUDRE F. et PICHERAL C. (dir.)

- *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation Française, coll. Droit et justice, 2003

TAVERNIER P (dir.)

- *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*, Bruylant, coll. Organisation internationale et relations internationales, Bruxelles, 1996

TEITGEN P.-H.

- *Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'homme*, éditions confluentes, collection Voix de la cité, Bordeaux, 2000

TERRÉ F.

- *L'avenir du droit, mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999

TERRÉ F., CATALA F., BEGUIN J., SIMLER P. et MAISTRE DU CHAMBON P. (dir.)

- *Le Discours et le Code - Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004

VANDERLINDEN J.

- *Code Napoléon, ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à J. VANDERLINDEN*, Bruylant, Bruxelles, 2005

VASSEUR- LAMBRY F.

- *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, coll. logiques juridiques, 2000

VILLEY M.

- *Le droit et les droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1983

VOGEL L. (dir.)

- *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éditions Panthéon Assas, 2001

WERRO F. (dir.)

- *L'eupéanisation du droit privé, vers un Code civil européen ?*, éditions universitaires de Fribourg, Suisse, 1998

ACTES DE COLLOQUE

- « Sécurité juridique et loi », « Sécurité juridique et jurisprudence », « Sécurité juridique et droit communautaire », les entretiens de Nanterre du 16-17 mars 1990, *JCP* 1990, *éd. E.*, n° 48

- DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994, LGDJ, 1996

- *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, journées nationales de l'association H. CAPITANT, t. 1, Lille, LGDJ, 1997

- *La charte sociale européenne*, Caën, actes des premières rencontres européennes, 17 mars 2000, Bruylant, collection rencontres européennes, Bruxelles, 2001

- *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme les 29 et 30 septembre 2000 à Bordeaux, Bruylant, Bruxelles, 2001

- *Nouvelle personne, nouvelle famille*, Bordeaux, journée d'information du 25 octobre 2002 organisée par le centre de droit de la famille de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, *Droit de la famille* février 2003, p. 9

- *Le code civil et l'Europe : influences et modernité*, Strasbourg, Palais de l'Europe, 21 et 22 octobre 2004

- BOURGOIGNIE T., CORNELIS L., COUSY H., FAGNART J.-L., FLAMEE M., LAENENS J., STUYCK J., VAN COMPERNOLLE J., VAN OMMESLAGHE P., *Le droit de la consommation en mouvement - Examen critique des propositions de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve, mars 1997, Coll. Droit et consommation, centre de droit de la consommation n° 36, 1998, <http://www.drt.ucl.ac.be/cdc/fr/production/collections.html>

- *Le droit à une vie familiale*, colloque organisé par l'Observatoire de droit comparé sur la famille et les personnes et l'Unité de droit des affaires, Pau, 30 juin 2006

REVUES NUMÉROS SPÉCIAUX

- « Le Code civil », *Pouvoirs* 2003, n° 107
- « Bicentenaire du Code civil », *D.* 2004, avril, numéro spécial
- « Code civil, les défis d'un nouveau siècle : 100^{ème} Congrès des notaires de France », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92
- « Les utopies d'aujourd'hui » *Le nouvel observateur*, hors-série n° 59, juillet-août 2005

SITES INTERNET

- <http://www.bicentenaireducodecivil.fr/#>
- <http://www.assemblee-nationale.fr>
- <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13617>
- http://ec.europa.eu/dgs/translation/index_fr.htm.
- <http://www.uejf-assas.com/index.php?page=FOL>
- <http://www.henricapitant.org>
- <http://www.droits-fondamentaux.org>
- <http://www.lexisnexis.com/fr/droit>

ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES

ANCEL B. et MUIR-WATT H.

- « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », *RCDIP* 2001, p. 406

ANCEL M.

- *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?*, in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 2

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.

- « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme 1995-1996 : l'adaptation progressive au droit européen des droits de l'homme », *RFDA* 1997, p. 1252
- « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe* 1998, chron. n° 7, p. 5
- « Splendeurs et misères de l'ordre public européen », *CDE* 2000, p. 657
- « Le droit au respect de la vie privée et familiale », dans F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2001, n°27, p. 253
- « Le maintien du lien familial des étrangers », dans F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 2002, p. 217
- « Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE* 2004, 1, p. 57

AST F.

- « Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 79

ATANGANA AMOUGOU J.-L.

- « Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, 2003, n° 3

AUVRET P. et AUVRET-FINCK J.

- « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », *Liber Amicorum WALINE J., Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, p. 421

AYNÈS L.

- « La trajectoire du droit des contrats », *RJ com* 2006, hors-série *Les trajectoires du droit*, p. 182

BAKOUCHE D.

- « L'inquiétant effacement du droit à l'image face à la liberté de communication des informations », *JCP* 2004, *éd. G.*, II, 10160

BANAKAS S.

- « Un droit européen de la responsabilité civile est-il envisageable ? », *Resp. civ. et assur.* hors série juin 2001, p. 77

BANNES F. M.

- « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international: réalité ou utopie? », *RRJ* 1996, p. 933

BASEDOW J.

- « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, I, p. 7
- « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », dans *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE. Le droit international privé esprit et méthodes*, Dalloz 2005, p. 55

BAUZON S.

- « Droits de l'homme : dogmatisme ou réalisme juridique ? », dans J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *Fondations et naissances des droits de l'homme*, L'harmattan, 2003, p. 193

BEDJAQUI M.

- *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 17-19 avril 1989, éd. Conseil de l'Europe, Engel Verlag, 1990, p. 43

BÉGUIN J.

- « L'avènement de la société européenne », dans *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 75

BEIGNIER B.

- « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques, le droit des successions, entre droits de l'homme et droit civil », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 3, p. 4

BELAICH F.

- « La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RMCUE*, février 2000, p. 100

BELLIVIER F.

- « Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne : sous la technique, l'éthique », *RTDH* 2006, p. 667

BELORGEY J.-M., GERVASONI S. et LAMBERT C.

- « Actualité du droit communautaire. D'importantes précisions sur le droit de recours des particuliers devant le juge communautaire », *AJDA* 2002, n° 17, p. 1130

BENOÎT-ROHMER F.

- « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001 p. 1483

BERG O.

- « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP* 1996, *éd. G.*, I, 3945

BERGÉ J.-S.

- « La protection du droit d'auteur et des données à caractère personnel : étude d'un phénomène de communautarisation du droit des conflits de lois », dans A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 225

BERGER V.

- « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme : d'une jurisprudence à l'autre », dans *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 129

BERNARD A.

- « Le patrimoine de l'incapable majeur : une petite histoire », *JCP* 1999, *éd. N.*, n° 20, p. 826

BERNARDEAU L.

- « Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », *CCC* 2001, chron. n° 19, p. 4
- « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble », *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 168

BESLIER S. et LAVAGGI P.

- « Les procédures de codification et de refonte du droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire », *RDUE* 2006, 2, p. 313

BILLIAU M.

- « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », *Les Cahiers de Droit* mars-juin 2005, vol. 46, n° 1-2, <http://www.fd.ulaval.ca/cahiers/vol46no1-2.html>

BLUMANN C.

- « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE* 2004, n° 1, p. 73

BOCCARA D.

- « Faut-il que l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme ? Mal étreint qui trop embrasse... », *D.* 2006, chron. p. 1343

BONTEMPI R.

- « L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », dans R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 68

BORCHARDT K.-D.

- « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », dans *L'ABC du droit communautaire*, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr>

BORGETTO M.

- « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Dr. soc.* 1999, p. 221

BOSSE PLATIÈRE H.

- « Le droit de la famille et la construction d'un espace judiciaire européen », dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001

BOUISSON F.

- « Les trajectoires du droit, trajectoires et sources du droit », *RJCom* 2006, hors série, p. 223

BOUJEKA A.

- « Brefs propos sur une lacune de procédure en droit de la consommation », *JCP* 2002, *éd. G.*, II, 10061, n° 15

BOULOUIS J.

- « La fonction normative de la jurisprudence », *Dr. Soc.* 1989, n° 7-8, p. 524

BRAIBANT G.

- « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 327

BRULE-GADIOUX F. et LAMOTHE E.

- « Entretien », *LPA* 2005, 14 avril 2005, n° 74, p. 13

BÜRGE A.

- « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ* 2000, p. 1

BURGORGUE-LARSEN L.

- « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE* 2004, 5-6, p. 663

BUSANI M. et MATTEI U.

- « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC* 2000, I, p. 29

BRIBOSIA E.

- « Les discriminations fondées sur la nationalité », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non discrimination et ses limites*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 192

BRIBOSIA E. et DE SCHUTTER O.

- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Journal des tribunaux* 2001, p. 284

BRISSY Y.

- « Problématique du risque de développement », *D. aff.* 1998, 2004

BRULE-GADIOUX F. et LAMOTHE E.

- « L'état des personnes au plan international : de la reconnaissance à la connaissance » *LPA* 2005, n° 74, p. 21

BYK C.

- « La responsabilité sociale, fondement d'un droit civil renouvelé ? - Réflexions prospectives d'un civiliste à propos de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme »

CABRILLAC R.

- « L'avenir du Code civil », *JCP* 2004, éd. G., I, 121
- « Les enjeux de la codification en France », *Les Cahiers de Droit* mars-juin 2005, vol. 46, n° 1-2, <http://www.fd.ulaval.ca/cahiers/vol46no1-2.html>

CADET F.

- « La gestion de l'internationalité par les méthodes communautaires : vers un droit international privé unifié dans l'Union européenne ? », *LPA* 6/08/2004, n° 157, p. 10
- « Les prises de décision dans les disciplines juridiques », *RRJ* 2005, p. 45

CAGNIART M. et SAGAUT J.-F.

- « Déclinaisons de l'effet direct du droit communautaire sur le droit international privé », *JCP* 2005, éd. N., 1236

CALLEWAERT J.

- « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité » dans *Mélanges en hommage à P. LAMBERT, les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 93

CAMERLYNCK G. H.

- « L'autonomie du droit du travail, la prescription abrégée de la créance des salaires », *D.* 1956, chron. p. 23

CANDELA SORIANO M. et CHENEVIÈRE C.

- « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH* 2005, n° 64, p. 923

CANIVET G.

- « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la "bénévolence" des juges », *RSC* 2005, p. 799

CARBONNIER J.

- « Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804 », *D.* 1975, chron. p. 172
- « Le Code civil », dans P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, Gallimard, 1986, p. 293
- « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, p. 5.
- « L'avenir d'un passé », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 10

CARILLO-SALVEDO J.-A.

- « Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RUDH* 1997, p. 1

CARLIER J.-Y.

- « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *JTDE* 2005, p. 71.
- « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union Européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE* 2006, p. 16

CARSS-FRISK M.

- « Le droit de propriété, un guide sur la mise en œuvre de l'Article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Conseil de l'Europe*, 2003, n° 55

CASSIA P.

- « L'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, 2004, chron. n° 12

CÉDRAS J.

- « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », rapport annuel de la Cour de cassation 2003, <http://www.courdecassation.fr>

CHAMBOREDON A.

- « La "texture ouverte" d'un code européen du droit des contrats », *JDI* 2001, I, p. 10

CHAMBOREDON A. et SCHMID C. U.

- « Pour la création d'un "institut européen du droit", entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe », *RIDC* 2001, 3, p. 687

CHARBIT N.

- « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP* 2002, éd. G., I, 100, p. 11
- « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, à propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *LPA*, n° 235, 26 novembre 2001 et n° 236, 27 novembre 2001, p. 4

CHEMILLIER-GENDREAU M.

- « Affaiblissement des États, confusion des normes », dans M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 163

CHÊNE C.

- « J. CARBONNIER et la querelle de la source ou de l'autorité : permanence d'un vieux débat ? », actes de colloque *Le Doyen CARBONNIER et la jurisprudence : une analyse du droit en action*, *RLDC* 2006, n° 27, p. 71

CHEREDNYCHENKO O.

- « EU fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law », *Rev. Eur. Dr. Privé.* 2006, 1, p. 23

CHETAIL V.

- « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen », *Europe* 2006, n° 8, étude 9

CLAPIE M.

- « Traité ou Constitution ? A propos du projet de Constitution de l'Union européenne », *D.* 2004, chron. p. 1176

CLAUDEL E. et THULLIER B.

- « Regard sur le droit mou », *RJ com* 2006, 2, p. 4

COHEN-JONATHAN G.

- « Protection des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes » dans R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 44
- « La France, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *LPA* 2000, n° 104, p. 39
- « Hommage à Jean RIVERO », *Rev. dr. fondamentaux*, 2001, n° 1

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F.

- « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI* 2001, p. 423

COMBACAU J.

- « Sur une définition restrictive du droit, dialogue sans issue », dans *Mélanges offerts à G. BURDEAU, Le pouvoir*, LGDJ, 1977, p. 1033
- « Le droit international : bric-à-brac ou système », dans *Le système juridique*, APD 1986, tome 31, p. 85
- « Une manière d'être des choses », *Droits* 1990, p.11

COMMAILLE J.

- « La métamorphose de la gestion politique de l'univers privé des individus, du législateur juridique au juriste consultant », dans *Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 20

CONSTANTINESCO L.-J.

- « La spécificité du droit communautaire », *RTD eur.* 1966, p. 11

CONSTANTINESCO V.

- « Le renforcement des droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », dans *Le Traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, actes du colloque des 27 et 28 février 1998, Pédone, 1999, p. 44

CORNU G.

- « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, n° 4, p. 351

COSTA J.-P.

- « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », dans *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 197
- « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, n° 57, p. 101

COUSSIRAT-COUSTÈRE V.

- « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Études des 15-16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 46
- « Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme » dans *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 207

COUTURIER G.

- « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, chron p. 151 et 221

COX P.

- cité dans « Union et Conseil partageant les mêmes valeurs », *DNA* 26 septembre 2003, p. 6

D'ACUNTO D.

- « La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2004, 2, p. 201

DANIELE L.

- « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel ? », *CDE* 2006, n° 1, p. 67

DARANKOUM E. S.

- « L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges -étatiques » *Revue Juridique Thémis 2002*, vol. 36, n°2, p. 421

DAUDET Y.

- « Le droit international tire t'il profit du droit communautaire ? », *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de J. BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 99

DAUNER-LIEB B.

- « Vers un droit européen des obligations ? enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations », *RIDC 2004*, p. 559

DAVID F.

- « Les femmes, l'armée et le droit communautaire », *RTDH 2004*, p. 689

DE BAYNAST O.

- « Eurojust : lot de consolation pour les tenants du parquet ou socle pour la construction d'une action publique européenne ? », *RAE 2004*, 3, p. 335

DECAUX E.

- « Les dialogues sur les droits de l'homme : types, conditions, objectifs et évaluation », *Rev. droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, <http://www.droits-fondamentaux.org>
- « Mieux vaut deux fois qu'une », *Rev. droits fondamentaux*, n° 4, janvier-décembre 2004, éditorial, <http://www.droits-fondamentaux.org>

DE FONTBRESSIN P.

- « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », dans *Liber amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 158

DE SALAS A.

- « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 579

DE SCHUTTER O.

- « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH 1999*, p. 827
- « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non discrimination et ses limites*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 11
- « L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des États a regard de la Convention européenne des droits de l'homme », dans G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, édition de l'Université libre de Bruxelles, 2002, p. 223

DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J.

- « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition su soi et le règle de l'échange », CRIDHO Working paper series 1/2005, www.cpdr.ucl.ac.be/cridho

DEJEANT-PONS M.

- « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe », *RTDH* 2004, p. 861

DELMAS-MARTY M.

- « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988, chron. p. 221
- « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. p. 48
- « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, chron. p. 421
- « Le phénomène de l'harmonisation – l'expérience contemporaine », dans *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Économica*, 2001, p. 23
- « Quand le Traité constitutionnel renvoie au « flou » du droit », dans E. COSSE et O. DOUBRE, *Vacarme* 2005, n° 31
- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron. p. 951

DELMAS-MARTY M. et IZORCHE M.-L.

- « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC* 2000, 4, p. 754

DEVERS A.

- « La solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées », *Dr. fam.* 2004, n° 10, étude 24

DONY M.

- « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », dans E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A.WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités, le principe de non discrimination et ses limites*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 53

DORD O.

- « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », dans *Les libertés publiques, Les Cahiers français*, mai-juin 2000, n° 296, p. 11

DOUAY S.

- « L'interdiction de la libre disposition de son corps par-delà la mort ou la conception morale et communautaire de la dignité humaine », *JCP* 2003, éd. G., II, 10052

DRAGO G.

- « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Dr. adm.* 2004, n° 6, étude 11

DREYER E.

- « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ* 2005, p. 19
- « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *Comm. com. électr.* 2005, n° 5, étude 18.
- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748

DRIARD J.-H.

- « Essai sur l'évolution historique du droit de l'urbanisme », <http://coin-urbanisme.org/index.html>

DROZ G. A. L. et GAUDEMET-TALLON H.

- « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 1990, 4, p. 601

DRZEMCZEWSKI A.

- « La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers », *CDE* 1980, p. 3

DUBOS O.

- « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », dans *Études en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, 2004, p. 29

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J.

- « La convention sur la charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne », *RMC* 2000, p. 223
- « La France et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Annuaire français de relations internationales*, Vol. 2, 2001, p. 486

EMMERT F. et PEREIRA DE AZEVEDO M.

- « L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ? », *RTD eur.* 1993, 3, p. 503
- « Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE », *RTD eur.* 1995, p. 11

ESPLUGAS P.

- « Notion de service public. Droit interne et droit communautaire », *J.-Cl Administratif*, Fasc. 149, 05/ 2006, n° 37

EVRIGENIS D.

- « Réflexions sur la dimension nationale de la CEDH », *Actes du colloque sur la CEDH par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe Strasbourg, 1979, p. 71

FAGES B.

- « Caractère raisonnable », *Dr. et patr.* 2003, n° 114, p. 44

FAGES F. et MENJUCQ M.

- « L'introduction de la société européenne en droit français », *JCP* 2005, éd. E., p. 1571

FAUVARQUE-COSSON B.

- « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ* 2002, p. 463

FENOUILLET D.

- « Droit de la famille et droits de l'Homme », dans *Les abus du juridisme*, colloque de l'Institut de France, éditions du Palais de l'institut, Paris, 1997, p. 76
- « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487
- « Le droit civil hors le code civil », *LPA*, 21 octobre 2005, n° 188, p. 3

FERRAND F.

- « Les Principes de droit du divorce établis par la Commission de droit européen de la famille », *RLDC* juin 2005, p. 29

FLAUSS J.-F.

- « Les modifications récentes du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 5
- « Les droits de l'homme dans l'Union européenne », *LPA* 26 juillet 1999, n° 147, p. 10
- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004- janvier 2005) », *AJDA* 2005, p. 541
- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2005- janvier 2006) », *AJDA* 2006, p. 466
- « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne : la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux », dans MATHIEU B., VERPEAUX M., MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Constitution et construction européenne*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 105.

FROMONT S.

- « La nature du droit du titulaire d'une concession funéraire » *JCP* 2003, éd. E., 106

FULCHIRON H.

- « Bruxelles II bis : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale », *Dr. et patrimoine* 2005, n° 136
- « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Def.* 2005, n° 19, p. 1471

FOYER J.

- « Droits internationaux des droits de l'homme et ordre public international », dans *Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, *Mélanges R. GOY*, publications de l'université de Rouen, 1998, p. 333
- « Le droit civil dominé », dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001

FROMONT M.

- « La cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits*, 1990, p. 126
- « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 178

GANDOLFI G.

- « Pour un code européen des contrats », *RTD civ*, 1992, p. 713

GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J.

- « Le caractère autonome des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 201

GASSIN R.

- « Système et droit », *RRJ* 1981, p. 355

GAUDEMET Y.

- « Le Code civil " Constitution civile de la France" » dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR L. (dir.), *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 297

GAUDEMET-TALLON H.

- « La famille face au droit communautaire », dans F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes des Journées d'Études des 15-16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 90
- « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *RMC* 2000, n° 437, p. 228

GAUDIN H.

- « Chronique de jurisprudence communautaire », *RDP* 20001, p. 1003
- « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE* 2004, 1, p. 20

GAUMONT-PRAT H.

- « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et des pupilles de l'État et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Dr. fam.* mai 2003, p. 4

GAUTIER P.-Y.

- « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, chron. p. 2842

GÉGOUT M.

- J.-Cl. Civil Code, article 6, fasc. I : « ordres publics et bonnes mœurs », n° 2

GLAUDET P.

- P. GLAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension dans droits de l'homme », *LPA*, 31 mars 2004, p. 3
- « Le Code civil européen : une utopie ? » *Dr. et patrimoine* 2004, 125, p. 32

GLENN H. P.

- « La civilisation de la common law », *RIDC* 1993, 3, p. 559

GOJON J.-F.

- « Frontières en Europe – Mythe ou réalité ? », *LPA* 2005, n° 74, p. 7

GOSALBO BONO R.

- « L'arrêt Tabac ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences », *RTD eur.* 2001, n° 4, p. 790

GOUTTENOIRE A.

- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ famille* 2004, n° 11, p. 381
- « L'audition de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis », dans H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, coll. Actes, 2005, p. 201
- « Colloque "Enfance et justice". Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *Dr. fam.* 2006, n° 7, Étude 29

GRATALOUP S.

- « La Cour européenne des droits de l'homme maintient sa jurisprudence en matière d'éloignement du territoire des étrangers », *Dr. fam.* 2001, n° 5, p. 9
- « L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants », *Dr. Fam.* 2002, n° 2, p. 11

GRAU E.R.

- « Notes sur les concepts juridiques », *RRJ* 1994, 3, p. 769

GRUBER A.

- « La citoyenneté européenne : sa fonction dans le fonctionnement des institutions », *LPA* 2005, 8 juillet, p. 4

GRYNBAUM L.

- « La directive "Commerce Electronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP* 2001, éd. E., n° 41, 11 octobre 2001, p. 1618
- « Oui à la constitution ...d'un droit européen des contrats », *Revue des contrats* 2005, p. 916

GUTMANN D.

- « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 329

HAUSER J.

- « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle », dans *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235
- « L'égalité des parents en cas de séparation », dans SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 38, Bruxelles, 2002, p. 316
- « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Études en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, p. 107
- « L'ordre public et les bonnes mœurs », dans P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 105
- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006, n° 1, étude 1.

HERZOG-EVANS M.

- « Droit civil commun, droit européen et incarcération », dans SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 38, Bruxelles, 2002, p. 241

HEUZÉ V.

- « A propos d'une "initiative européenne en matière de droit des contrats" », *JCP* 2002, éd. G., n° 29, p. 1341
- « L'Europe désenchantée », *JCP* 2005, éd. G., I, 157

HILT P.

- « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ famille* 2004, n° 11, p. 384

HUET J.

- « Nous faut-il un "euro" droit civil ? (propos sur la communication de la Commission concernant le "droit européen des contrats", et, plus généralement, sur l'uniformisation du droit civil au niveau européen) », *D.* 2002, p. 2611

HUGLO J.-G.

- « La répétition de l'indu communautaire », rapport annuel de la Cour de cassation, 2000, www.courdecassation.fr

IDOT L.

- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA* 2002, numéro spécial n° 248 du 12 décembre 2002, p. 37
- « 2005 : des avancées en droit européen des contrats, mais pas de " Code civil européen" », *Europe*, janvier 2005, p. 3
- « Marché européen des services, directive "Bolkestein" ou "Frankenstein" ? Le mythe de la loi d'origine », *Europe* 2005, n° 3, p 3

ILIOPOULOU A.

- « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE » *RDUE* 2004, 3, p. 523

JACQUÉ J.-P.

- « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, L'Europe et le droit*, Dalloz, p. 325

JAMIN C.

- « Un droit européen des contrats ? », dans DE VAREILLES-SOMMIERES P. (dir), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 40
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Le contrat au début du XXIe siècle, études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 441
- « Vers un droit européen des contrats ? (Réflexion sur une double stratégie) », *RJ com* 2006, 2, p. 94

JEAMMAUD A.

- « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il? », dans OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35

JEAN J.-P. et ROYER J.-P.

- « Le droit civil de la volonté politique à la demande sociale », *Pouvoirs* 2003, 107, p. 128

JESTAZ P.

- « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », dans *La personne humaine, sujet de droit*, Les quatrièmes journées R. SAVATIER, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 25 et 26 mars 1993, Presses universitaires de France, 1994, p. 161
- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 417
- « Une question d'épistémologie », *RTD civ.* 2001, p. 547

JESTAZ P. et JAMIN C.

- « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD civ.* 2002, p. 1

JIANG J.

- « *Quid Jus* ? Esquisse d'une théorie dialectique de la définition du droit », *RRJ* 2002, 2, p. 627

JOLY S.

- « La nouvelle génération des doubles délais extinctifs », *D.* 2001, chron. p. 1450

JOURDAIN P.

- « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 5

KAYSER P.

- « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des Droits de l'Homme et le droit interne français », *JCP* 1993, éd. G., I, 3679, p. 235

KESSEDJIAN C.

- « La mondialisation du droit : défi pour la codification », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.) *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 919

KISS A.

- « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome? », dans *Mélanges en hommage à L. E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 493

KOUBI G.

- « Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et "droits de groupe" », dans *Mélanges R. GOY. Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, publication de l'Université de Rouen, 1998, p. 106

KOVAR R. et SIMON D.

- « La citoyenneté européenne », *CDE* 1993, p. 285

LABAYLE H.

- « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », *RFDA* 1993, 9 (3), p. 511
- « L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1997, 5, p. 977

LALAUT C.

- « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, p. 2

LAMOTHE E. et BRULÉ-GADIOUX F.

- « La nouvelle Europe des 25 États membres va considérablement compliquer la tâche du notaire déjà fort ardue », *LPA* 2005, n° 74, p. 17

LARDEUX G.

- « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LPA*, 14 septembre 2005, n° 183, p. 3

LARRALDE J.-M.

- « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH* 2006, 65, p. 35

LARRIBAU-TERNEYRE V.

- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste » dans *Le droit privé à la fin du XXème siècle, études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 83
- « Le Conseil constitutionnel subordonne la « clause passerelle » prévue par la Constitution européenne pour les décisions communautaires relatives au droit de la famille, à une révision de la Constitution française », *Dr. fam.* 2005, alerte 3

LASSERRE-KIESOW V.

- « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIème siècle », *D.* 2002, chron. p. 1157
- « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279

LEBEN C.

- « De quelques doctrines de l'ordre juridique », dans *Droits*, n° 33, 2001, p. 20
- « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, n°11, 1990, t.2, p. 35

LEBRETON G.

- « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », dans M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, coll. Droit et justice n° 29, Bruxelles, 2001, p. 353

LÉCUYER H.

- « La notion juridique de couple », *Dr. et patrimoine* 1997, n° 53, p. 62

LEGENDRE P.

- « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ* 1990, p. 639

LEGRAND P.

- « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779
- « Against a European Civil Code », *Modern law review* 1997, p. 45
- « Le primat de la culture », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Économica, 1998, p. 19

LEMMENS P.

- « Les effets de la CEDH sur certains domaines du droit civil », *RUDH* 1992, p. 447

LE NABASQUE H.

- « Un droit européen des sociétés ? » dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Économica, 1998, p. 78

LENAERTS K.

- « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.* 2001, p. 487
- « L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 5

LENAERTS K. et VAN NUFFEL P.

- « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *CDE* 2005, n° 1-2, p. 13

LHERNOULD J.-P

- « Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010 », *Europe* 2006, n° 1, Etude 1

LEQUETTE Y.

- « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron. p. 2202
« D'une célébration à l'autre (1904-2004) », dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.) *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 9

LEVENEUR L.

- « Les contrats de consommation et le droit européen », *CCC* 2002, repères n° 3
- « Le Code civil et le droit communautaire », dans Y. LEQUETTE et L. LEVENEUR (dir.), *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 931

LEVINET M.

- « La confirmation de l'infléchissement de la jurisprudence de la CEDH en matière de contrôle des mesures d'éloignement des étrangers », *JCP* 1997, éd. G, I, 22924

LIMPENS J.

- « Les constantes de l'unification du droit privé », *RIDC* 1958, p. 278

LOMBOIS C.

- « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron. p. 323

LUBY M.

- « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », *Europe* 2005, n° 11, étude 11.
- « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats conc. consom.* 2000, 1, p. 4.
- « Trop ne vaut rien ! », *Contrats, conc. consom.* 2004, chron. 1
- « Droit européen des affaires », *RTD com.* 2004, p. 838

LUCAS O.

- « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP* 2002, éd. G., I, 111

LYON-CAEN G.

- « *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail* » dans *En hommage à P. HORION*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173
- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ* 1974, p. 229

MADIOT Y.

- « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », dans *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. SAVATIER*, Presses universitaires de France, 1992, p. 353
- « La protection internationale de la personne », dans *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René SAVATIER, 25 et 26 mars 1993, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Presses universitaires de France, 1994, p. 174

MAIANI F.

- « Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne : situation présente et perspectives de développement », *RTD eur.* 2002, p. 283

MALAURIE P.

- « La pensée juridique du droit civil au XXème », *JCP* 2001, éd. G., n° 1, p. 9
- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, éd. G., n° 25, p. 1123
- « Le code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP* 2002, éd. G., I, 110

MALINVAUD P.

- « Réponse -hors délai- à la Commission européenne: à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542

MALLET-BRICOUT B.

- « Réforme de l'accouchement sous X, quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* 2002, éd. G., I, 119
- « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *RIDC* 2004, 4, p. 865

MANACORDA S.

- « Le droit pénal et l'Union européenne », *RSC* 2000, n° 1, p. 109
- « Les sources du droit pénal dans la construction d'un pluralisme ordonné, à propos de l'œuvre de M. DELMAS-MARTY », dans *M. DELMAS-MARTY et les années UMR*, unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, Université Paris I et CNRS, volume 9, 2005, p. 115

MARAIS A.

- « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats : note sous premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis (COM [2005] 456 final, 23 septembre 2005) », *RDC* 2006, 2, p. 523

MARCOU G.

- « L'avenir des États dans l'Union européenne : une approche par le droit et les institutions », dans CHEMILLIER-GENDREAU M. et MOULIER-BOUTANG Y. (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 174

MARGUÉNAUD J.-P.

- « Sources européennes », *RTD civ* 1996 p. 505, 1019

- « Sources internationales : sources européennes non communautaires », *RTD civ* 1997 p. 540, 1006
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 1998, p. 511, 993
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 1999, p. 490, 909
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2000, p. 429, 930
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2001, p. 439, 979
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2002, p. 389, 858
- « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 335
- « La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de l'effet horizontal de la CEDH », *RTD civ* 1999, p. 499
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2003, p. 371, 760
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2004, p. 361, 797
- « La cohérence des sources communautaires et européenne (CEDH) », dans A.-M. LEROYER et E. JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, p. 53
- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit français : approches par le droit privé », in *Études en l'honneur de J.-C. Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, p. 155
- « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ* 2005 p. 335, 735

MARIATTE F.

- « La Constitution best seller », *Europe* 2005, alertes 45
- « Conditions d'octroi aux travailleurs migrants des pensions militaires d'invalidité », *Europe* 2006, n° 8, comm. 241

MARTIN X.

- « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ* 2003, p. 264

MARTY G.

- « Les apports du droit comparé au droit civil », dans *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, LGDJ, 1969, p. 91

MASSIAS F.

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit de propriété », *Rev. europ. Dr. privé* 1994, p. 47

MASSON T.

- « La protection du contribuable à travers la Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle considération des droits de la défense ? », *Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires* 2002, n° 131

MATHIEU B.

- « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. p. 211

MATHIEU-IZORCHE M.-L.

- « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *RSC* 2006, n° 1, p. 25

MATSCHER F.

- « Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des garanties procédurales en matière civile », *Mélanges en l'honneur de VALTICOS N., Droit et justice*, Pédone, 1999, p. 449
- « La notion de "décision d'une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil" », *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de WIARDA G. J.*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 395

MAUBERNARD C.

- « Le droit au respect de la vie privée et familiale dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Cahiers de l'IDEDH* 2003, n° 9, p. 275

MAUGER-VIELPEAU L.

- « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. fam.* 2005, n° 9, étude 18

MAZEAUD D.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Presses universitaires de France, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 603
- « observations conclusives », Colloque de la *Revue des contrats* du 25 octobre 2005, <http://www.henricapitant.org>
- « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », dans *De tous horizons, Mélanges X. BLANC-JOUVAN*, Société de législation comparée, 2005, p. 309

MERTENS DE WILMARS J.

- « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JTDE* 1991, p. 36

MEULDERS-KLEIN M.-T.

- « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC* 1992, 4, p. 767
- « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Dr. et soc.* 1993, 23-24, p. 163

MIALLE M.

- « Définir le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 44
- « Sur la citoyenneté : en relisant la question juive », dans M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Presses universitaires de France, 2001, p. 39

MOCCIA L.

- « Du "marché" à la "citoyenneté" : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique », *RIDC* 2004, p. 291

MOCK P.

- « Le droit à un procès équitable en matière civile », *RTDH* 1995, p. 399

MODERNE F.

- « Pierre BOURDIEU et la codification : regards d'un juriste de droit public », *RFDA* 2004, p. 1062

MONET H.

- « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1994, p. 507

MORIN E.

- « Sur l'interdisciplinarité », *Bulletin Interactif du Centre International de Recherches et Études transdisciplinaires*, n° 2, juin 1994

MOYSAN H.

- « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *D.A.* 2002, chron. n° 7

MULLER-GRAFF P.-C.

- « Les perspectives d'un droit privé européen », *RAE* 1998, p. 242

NADEAU A.-R.

- « Vie privée II : l'autonomie personnelle », *le journal du barreau* 15 mai 2003, volume 35, n° 9

NIORT J.-F.

- « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ* 1994, 3, p. 773
- « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *APD*, tome 37, 1992, Sirey, p. 101

NOURISSAT C.

- « Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003) », *D.* 2003, chron. p. 2450
- « Droit civil de l'Union européenne (2nd semestre 2003) », *D.* 2004, chron. p. 1321
- « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2005, chron. p. 608
- « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D.* 2006, chron. p. 1259

OPPETIT B.

- « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, chron. p. 73

OST F.

- « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », dans M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'état*, Presses universitaires de France, 1989, p. 401

PACTEAU B.

- « La sécurité juridique, un principe qui nous manque », *AJDA* 1995, n° spécial p. 151

PATHAK R. S.

- *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 17-19 avril 1989, édition Conseil de l'Europe, Engel Verlag, 1990

PAULIAT H.

- « Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP* 1995, p. 1445

PAVIA M.-L.

- « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994, n° 54, p. 6

PECES-BARBA MARTINEZ G.

- « Une définition normative du droit », *Droits*, 1990, t. 2, p. 53

PEIS-HITIER M.-P.

- « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA* 25 janvier 2006, p. 8

PELISSIER G.

- « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 388
- « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », *LPA*, 20 février 1998, n° 2, p. 6

PÉROZ H.

- « Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire pour les créances incontestées », *JDI* 2005 p. 637

PERRUCHOT-TRIBOULET V.

- « Dommages et intérêts », *Dr. et patr.* avril 2003, n° 114, p. 79

PERUZZETTO S.

- « Concepts en droit communautaire », http://www.peruzzetto.eu/art/concept_droit_communautaire.pdf

PESCATORE P.

- « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC* 1980, p. 337

PFISTER S.

- « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », *Rev. d'histoire du droit* 2004, n° 72, p. 1035

PICARD E.

- « L'émergence des droits fondamentaux en France », dans *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* 1998, n° spécial, p. 6

- « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique » dans M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, collection Droit et justice n° 29, Bruxelles, 2001, p. 20

PICHERAL C. et OLINGA A.-D.

- « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 567

PICHERAL C. et SURREL H. (dir.)

- « Droit communautaire des droits fondamentaux », *RTDH* 2004, p. 721
- « Droit communautaire des droits fondamentaux », *RTDH* 2005, p. 649
- « Droit communautaire des droits fondamentaux », *RTDH* 2006, p. 615

PIPKORN J.

- « La CE et la CEDH », *RTDH* 1993, p. 224

PIZZIO J.-P.

- « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle. Bilan et perspectives », dans *Études de droit de la consommation, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 877

PLESZKA K. et GIZBERT-STUDNICKI T.

- « Le système du droit dans la dogmatique juridique », dans *Le système juridique*, APD 1986, tome 31, p. 110

PONCELA P.

- « Analyses systématiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », dans *Le système juridique*, APD 1986, tome 31, p. 126

POUGHON J.-M.

- « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », *L'Europe des libertés*, juin 2003, n° 11

QUILLERE-MAJZOUB F.

- « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'Homme en Afrique. Étude comparée autour de la création de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples », *RTDH* 2000, p. 729
- « Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne : l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen ? », *JDI* 2005, v. 132, n° 3, p. 609

RAYNARD J.

- « Sources internationales : sources européennes communautaires », *RTD civ* 1997, p. 1015
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 1998, p. 524, 1004
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 1999, p. 920
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2000, p. 440, 945
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2001, p. 454, 988

- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2002, p. 397, 868
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2003, p. 773
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2004, p. 373

REBOUL N.

- « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. sociétés* 2000, 3, p. 429

REMY-CORLAY P.

- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2005 p. 345, 746
- « Sources européennes : Union européenne », *RTD civ* 2006, p. 265

REVET T.

- « Un droit européen du travail ? », dans P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Économica, 1998, p. 108

RIBEYRE M.-A.

- « Le Code européen des contrats : histoire d'un malentendu », *Droit et patrimoine* avril 2003, p. 6

RIDEAU J. et RENUCCI J.-F.

- « Dualité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux : atout ou faiblesse ? », *Justices* 1997, n° 6, p. 104

RIGAUX F.

- « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998, p. 44
- « Les paradoxes de la protection de la vie privée », dans *Société d'information et vie privée*, Tome 1, p. 39, <http://www.asmp.fr>

RIVERO J.

- « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron. p. 99
- « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans R. CASSIN, *Amicorum discipulorumque liber III, la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pédone, 1971, p. 311

ROBERT A.-C.

- « Au cœur des mécanismes de l'intégration européenne », *Le monde diplomatique* mai 1999, p. 14

ROBIN-OLIVIER S. et BERGÉ J.-S.

- « Chronique de droit européen n° III », *LPA*, 19 mai 2003, p. 4

ROCHFELD J.

- « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, p. 17

ROCHER G.

- « L'effectivité du droit », dans A. LAJOIE, *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, 1998, p. 133

ROGGE K.

- « La protection de la vie privée et les défis technologiques », *RTDH* 1994, p. 42

RUBELLIN-DEVICHI J.

- « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* mai 2002, p. 7

RUEDA I.

- « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit », *RRJ* 2003, I, p. 115

RUFFINI GANDOLFI M. L.

- « Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats », *RIDC* 2002, p. 1075

RUSSO C.

- « L'applicabilité aux nationaux des "principes de droit international" visés à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 », dans *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 547

SACCO R.

- « Non, oui, peut être », *Mélanges C. MOULY C.*, t.1, Litec, 1998, p. 163

SCHULZE R.

- « Le droit privé européen », *RIDC* 1995, p. 7
- « Precontractual Duties of Contract in European law », *REDP* 2005, 6, p. 841

SCHWARTZ R.

- « Eloge de la codification », *Dr. Adm.* décembre 2002, p. 11

SEVE R.

- « Introduction », dans *Le système juridique*, APD 1986, tome 31, p. 2
- « Système et code », dans *Le système juridique*, APD 1986, tome 31, p. 82

SERVERIN E. et LASCOUMES P.

- « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société* 1986, 2, p. 146

SIMON D.

- « L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe* 1996, chronique n° 6
- « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ? », dans *Les Cours européennes, Luxembourg et Strasbourg, Pouvoirs* 2001, n° 96, p. 32
- « " Constitution européenne" – Constitution française : la guerre des droits n'aura pas lieu », *Revue Lamy droit des affaires*, février 2005, p. 6.
- « Joyeux anniversaire et bonnes vacances », *Europe* 2006, n° 7, repère 7

SIMON D. et PIETRI M.

- « La jurisprudence en matière de répétition de l'indu : confirmations, précisions, infléchissements ? », *Europe*, novembre 1998, chron. n° 8

SONNENBERGER H. J.

- « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *RCDIP* 2002, p. 405
- « Code civil et bürgerliches gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, D. 2004, éditions Panthéon-Assas, p. 1011

SORIANO C.

- « Libre circulation et séjour dans l'Union européenne : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme », *JTDE* 2005, p. 193

SOUCHON G.

- *Les grands courants de l'individualisme*, A. Colin, 1998

SPERDUTI G.

- « Recherche d'une méthode appropriée aux fins de la détermination de la notion de "droits et obligations de caractère civil" dans la convention européenne des droits de l'homme », *Rivista de diritto internazionale* 1989, vol LXXII, fasc. 4, p. 769

SPIELMANN D.

- « Obligations positives et effet horizontal de la Convention », dans F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 154
- « Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne », dans *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN* (Volume II), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1447

STAUDENMAYER D.

- « Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats », *JCP* 2003, éd. G., n° 17, p. 709
- « Un instrument optionnel en droit européen des contrats ? », *RTD civ* 2003, p. 629

STOFFEL-MUNCK P.

- « Le classement d'une oeuvre d'art peut, en l'absence de préjudice actuel, ne donner lieu à aucune indemnisation malgré l'amputation du droit de propriété qu'il emporte », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Comm. com. électr.* 2005, n° 7, comm. 116

SUDRE F.

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur les juridictions administratives, *RUDH* 1991, p. 259
- « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – 1991 », *RUDH* 1992, p. 1
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1993, éd. G., 3654, p. 93
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1994, éd. G., 3742, p. 108
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1995, éd. G., 3823, p. 85
- « Les "obligations positives " dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995, p. 101
- « Existe-t-il un ordre public européen ? », dans *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1996, éd. G., 3910, p. 93
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1997, éd. G., 4000, p. 71
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1998, éd. G., I, 107, p. 177
- « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP* 1998, éd. G., I, 1-2, p. 9
- « Intervention de Frédéric Sudre » dans *Le Traité d'Amsterdam : réalités et perspectives, actes du Colloque des 27 et 28 février 1998*, Pédone, 1999, p. 47
- « Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la CEDH », dans *Mélanges en hommage à L.-E. PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 688
- « La Déclaration universelle des droits de l'homme », *JCP* 1998, éd. G., act. p. 2249.
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 137
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2000, éd. G., I, 203, p. 194
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, éd. G., I, 291, p. 190 et I, 342, p. 1559
- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2001, éd. G., n° 28, p. 1365
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, éd. G., I, 105, p. 128 et I, 157, p. 1453
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2003, éd. G., I, 109, p. 231 et I, 160, p. 1569
- « Le droit au respect de ses biens au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, 2003, n° 9, p. 213
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2004, éd. G., I, 107, p. 181 et I, 161, p. 1577
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005, éd. G., I, 103, p. 79 et I, 159, p. 1451
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2006, éd. G., I, 109, p. 187

- « Le recours aux notions autonomes », dans *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998, p. 93

SUPIOT A.

- « Cinq questions pour la constitution d'une société européenne », *D.* 2003, chron. p. 289

TALLON D.

- « Vers un droit européen du contrai ? », dans *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 485
- « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Deffrénois* 2000, p. 683

TAVERNIER P.

- « La convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public-droit privé », dans *Liber Amicorum EISSEN M.-A.*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 402

TERRÉ F.

- « Une pyramide », *Droits*, 1990, t.2, p. 65

TERRÉ F. et OUTIN-ADAM A.

- « L'année d'un bicentenaire », *D.* 2004, p. 12

THIBIERGE-GUELFUCCI C.

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ* 1997, p. 357
- « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTD civ* 2003, p. 601

TILMANN W.

- « The legal basis for a European Civil Code », *Revue européenne de droit privé* 1997, p. 471

TIZZANO A.

- « La protection des droits fondamentaux en Europe : la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales », *RDUE* 2006, I, p. 10

TOUFFAIT A.

- « La compétence communautaire est-elle restreinte au seul domaine économique ? Du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes », *D.* 1976, p. 170

TOULEMON R.

- « La Constitution européenne, ses origines ses vertus, ses faiblesses », *RMCUE* avril 2005, p. 215

TOURNAFOND O.

- « La nouvelle "garantie de conformité" des consommateurs, commentaire de l'ordonnance 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2005, *éd. E.*, chron. p. 1557

- « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », *D.* 2002, p. 2883
- « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *D.* 2000, p. 159

TROCHU M.

- « Vente et garanties des biens de consommation : directive CE n° 1999-44 du 25 mai 1999 », *D.* 2000, p. 119

TROPER M.

- « Système juridique et État », dans *Le système juridique*, APD 1986, tome 31, p. 30

TULKENS F. et DONNAY L.

- « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, n° 1, p. 3

VAN GERVEN W.

- « Casebooks for the Common Law of Europe : Presentation of the Project », *Revue européenne de droit privé* 1996, 4, p. 67
- « Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code? », *Revue européenne de droit privé* 1997, p. 465

VAN HOECKE M.

- « L'idéologie d'un code civil européen », dans *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à VANDERLINDEN J.*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 467

VEDEL G.

- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851

VINEY G.

- « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, p. 297

VIRALLY M.

- « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », dans *Mélanges offerts à H. ROLLIN, problèmes de droit des gens*, Pédone, 1964, p. 494

VIVANT M.

- « Droit de l'internet », *JCP* 2003, éd. E., 106, n° 17

VON BAR C.

- « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDC* 2001, I, p. 127

WACHSMANN P.

- « Les droits civils et politiques », *RUDH* 2000, p. 15
- « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique », *RTDH* 2000, p. 831

- « Secrets petits et grands, Sur deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Société Plon c. France du 18 mai 2004 et Von Hannover c. Allemagne du 24 juin 2004) », *L'Europe des libertés*, Août 2004, n° 14

WERRO F.

- « La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne », dans F. WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé, vers un Code civil européen*, éditions universitaires Fribourg, 1998, p. 11

WITZ C.

- « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79
- « La longue gestation d'un code européen des contrats », *RTD civ* 2003, p 447
- « Force obligatoire et durée du contrat », dans P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 176

YILDIRIM G.

- « L'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/gulsenyildirim.html>

ZARKA J.-C.

- « La CJCE estime que le système français de bonus malus des assurances automobiles n'est pas contraire au principe de liberté tarifaire posé par la directive CE n° 92/49 », *JCP* 2004, *éd. G.*, II, 10163

ZÉNATI F.

- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. p. 15

TEXTES

Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, STE 035

Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963, STE 047.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, www.unhchr.ch

Règlement 1612/68 du Conseil, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, du 15 octobre 1968, *JO L 257* du 19/10/1968, texte abrogé par la directive 2004/38

Directive 68/360 du Conseil, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, du 15 octobre 1968, *JO L- 257* du 19/10/1968, p. 2 et 13

Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, www.jura.uni-sb.de/convention-bruxelles/fr

Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969

Convention européenne sur la responsabilité civile en cas de dommages causés par un véhicule automoteur, du 14 mai 1973, STE n° 79

Directive 73/148 du Conseil relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestations de service, du 21 mai 1973, *JO L- 172* du 28/06/1973, p. 14

Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, du 14 juin 1974, <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/publications/publications.html>

Directive 75/117 du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, du 10 février 1975, *JO L 045* du 19/02/1975 p. 19

Directive 76/207 du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, du 9 février 1976, *JO L 039* du 14/02/1976 p. 40

Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès du 27 janvier 1977, STE n° 091

Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH , du 5 avril 1977, *JO C 103* du 27/04/1977, p. 1

Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant du 24 novembre 1977, STE, n° 93

Résolution (78) 33 relative au regroupement familial dans le cadre des migrations de travailleurs dans les États membres du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des ministres le 8 juin 1978

Convention 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980, *JO L* 266 du 09/10/1980, p. 1

Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, www.hcch.net

Recommandation (83) 1 du Comité des ministres aux États membres relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée, adoptée le 22 février 1983

Loi n° 85-677 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation du 5 juillet 1985, *JO* du 06/07/85, p. 7584

Directive 85/374 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, du 25 juillet 1985, *JOCE L* 210 du 07/08/1985, p. 29

Directive 85/577 du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, du 20 décembre 1985, *JO L* 372 du 31/12/1985, p. 31

Directive 86/653 du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, du 18 décembre 1986, *JO L* 382 du 31/12/1986, p. 17

Directive 87/102 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, du 22 décembre 1986, *JO L* 42/48 du 12/02/87

Directive 88/357 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, du 22 juin 1988, *JO* 1988, L 172, p. 1

Résolution A2-157/89 du Parlement européen sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, du 26 mai 1989, *JO C* 158 du 26/6/1989, p. 400

Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989

Directive 90/314 du Conseil concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, du 13 juin 1990, *JO L* 158 du 23/06/1990, p. 5

Directive 90/364 du Conseil relative au droit de séjour, du 28 juin 1990, *JO L* 180 du 13/07/1990, p. 26, texte abrogé par la directive 2004/38

Directive 90/365 du Conseil relative au droit de séjour des travailleurs salariés ou non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, du 28 juin 1990, *JO L 180* du 13/07/1990, p. 28, texte abrogé par la directive 2004/38

Directive 90/619 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE, du 8 novembre 1990, *JO L 330* du 29/11/1990, p. 50

Traité de Maastricht, du 7 février 1992, *JO C 191* du 29/07/1992

Directive 92/49 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE, du 18 juin 1992, *JO L 288* du 11/08/1992, p. 1.

Directive 92/85 du Conseil, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, du 19 octobre 1992, *JO L 348* du 28/11/1992, p. 1.

Directive 92/96 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, du 10 novembre 1992, *JO L 360* du 09/12/1992, p. 1

Résolution relative à l'harmonisation des politiques nationales en matière de regroupement familial du 1^{er} juin 1993

Directive 93/13 du Conseil, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, du 5 avril 1993, *JO L 095* du 21/04/1993 p. 29

Directive 93/96 du Conseil, relative au droit de séjour des étudiants, du 29 novembre 1993, *JO L- 317* du 18/12/1993, p. 59, remplaçant la directive 90/366 du 28 juin 1990.

Résolution 28/94 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes, du 8 février 1994 *JO C 61* du 28/02/1994, p. 40

Résolution A3-0329/94 du Parlement européen sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, du 6 mai 1994, *JO C 205* du 25/7/1994, p. 518

Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, du 26 octobre 1994, *JO L 280* du 29/10/1994, p. 83.

Recommandation 1261 (1995) de l'Assemblée parlementaire, relative à la situation des femmes immigrées en Europe, adoptée par la Commission Permanente, agissant au nom de l'Assemblée, le 15 mars 1995

Directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, du 24 octobre 1995, *JO L 281/31* du 23/11/1995, p. 31

Directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données, du 11 mars 1996 *JO L* 077 du 27/03/1996, p. 20

Directive 96/34 du Conseil concernant l'accord-cadre sur le congé parental, du 3 juin 1996, *JO L*- 145 du 19/06/1996, p. 4

Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, *JO CE L* 144 du 04/06/1997, p. 19

Traité d'Amsterdam, du 2 octobre 1997, *JO C* 340 du 10/11/1997

Recommandation (98)7 du Comité des Ministres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, du 8 avril 1998

Convention de Bruxelles II concernant la reconnaissance et de l'exécution des décisions, en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, du 28 mai 1998, *JO C* 221 du 16/07/1998

Résolution (1998) 1165 du Parlement européen et du Conseil concernant le droit au respect de la vie privée, du 26 juin 1998, <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta98/fres1165.htm#1>

Directive 1999/5 du Parlement européen et du Conseil concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, du 9 mars 1999, *JO L* 91 du 7/04/1999, p. 10

Directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, du 25 mai 1999, *JO CE L* 171 du 07/07/1999, p. 12

Loi 99-944 relative au pacte civil de solidarité, du 15 novembre 1999, *JO* du 16/11/1999, p. 16959

Résolution B5-0228, 0229, 0230 / 2000, du Parlement européen concernant le programme de travail de la Commission pour 2000, du 16 mars 2000, *JO C* 377 du 29/12/2000, p. 323

Règlement 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale du 29 mai 2000, *JO* 160 du 30/06/2000

Règlement 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, du 29 mai 2000, *JO L* 160 du 30 juin 2000, p. 1

Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), du 8 juin 2000, *JO L* 178 du 17/07/2000, p. 1

relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 2000, *JO L 180* du 19/07/2000, p. 22

Recommandation 1470 (2000) relative à la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres du Conseil de l'Europe, du 30 juin 2000

Recommandation 1474 (2000) relative à la situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe, du 26 septembre 2000

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, *JO C 364* du 18/12/2000, p. 1

Règlement 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000, *JO L 012* du 16/01/2001, p. 1

Règlement 45/2001 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, du 18 décembre 2000, *JO L 008* du 12/01/2001, p. 1

Décision 2001/470 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, du 16 mai 2001, *JO L 174* du 27/06/2001

Proposition de directive 2001/257 du Parlement Européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 23 mai 2001, *JO CE 270* du 25/09/2001 p. 150

Communication 2001/398 final de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, du 11 juillet 2001, *JO C 255* du 13/09/2001, p. 1

Résolution (2001) 398 du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres, du 15 novembre 2001, *JO C 140E*, du 13/06/2002, p. 538

Loi 2001-1135 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral du 3 décembre 2001, *JO 281* du 04/12/2001, p. 19279

Directive 2001/95 du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité générale des produits, du 3 décembre 2001, *JO L 011* du 15/01/2002, p. 4

Loi 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, du 4 mars 2002, *JO 54* du 5/03/2002, p. 4118

Loi 2002-304 relative au nom de famille, du 4 mars 2002, *JO 54* du 05/03/2002, p. 4159

Règlement 743/2002 établissant un cadre général communautaire d'activités en vue de faciliter la coopération judiciaire en matière civile, pour la période 2002-2006, du 25 avril 2002, *JO L 115* du 01/05/2002

Communication de la Commission « Un projet pour l'Union européenne », du 22 mai 2002, COM (2002) 247

Directive 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive dite vie privée et communications électroniques) du 12 juillet 2002, JO L 201 du 31/07/2002, p. 37

Proposition de directive 2002/443 du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs, du 11 septembre 2002, JO C 331 E, 31/12/2002, p. 200

Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, du 23 septembre 2002, modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 09/10/2002 p. 16

Directive 2002/73 du Parlement européen et du conseil concernant la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, du 23 septembre 2002, JO L 269 du 05/10/2002, p. 15.

Résolution 1293 (2002) relative à la situation des femmes maghrébines

Traité sur l'Union européenne, version consolidée, JO C 325 du 24/12/2002, p. 1.

Communication (2003) 68 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent, du 12 février 2003, COM(2003) 68 final, JO C 63 du 15/03/2003, p. 38

Communiqué CM/Inf (2003)19 fixant les priorités de la présidence moldave du Conseil de l'Europe, du 15 mai 2003

Proposition de règlement 2003/427 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, du 22 juillet 2003

Directive 2003/86 du Conseil relative au droit au regroupement familial, du 22 septembre 2003, JO L 251/12 du 3/10/2003, p. 12.

Résolution 2003/2093 du Parlement européen sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée: «Un droit européen des contrats plus cohérent — un plan d'action », du 2 septembre 2003, JO C 76, du 25/03/2004

Résolution du 22 septembre 2003, JO C 246, du 14/10/2003, p. 1

Règlement 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) du 27 novembre 2003, abrogeant le règlement 1347/2000, JO L 338 du 23/12/2003 p. 1

Décision cadre 2004/68/JAI du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, du 22 décembre 2003, *JO L 13* du 20/01/2004, p. 44

Livre vert sur les obligations alimentaires, présenté par la Commission le 15 avril 2004, COM (2004) 254 final

Directive 2004/38 du Parlement et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, du 29 avril 2004, *JO L 229* du 29/06/2004, p. 35

Règlement 805/2004 du Parlement européen et du Conseil portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, du 21 avril 2004, *JO L 143/15* du 30/04/2004

Loi 2004-439 relative au divorce, du 26 mai 2004, *JO* du 27/05/2004, p. 9319

Communication (2004) 401 de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : le bilan du programme de Tampere et futures orientations, du 2 juin 2004

Loi 2004-626 sur la solidarité et l'autonomie des personnes âgées, du 30 juin 2004, *JO* du 1/07/2004 ; *Dr. fam.* 2004, n° 7, alerte 23

Communication (2004) 651 de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », du 11 octobre 2004

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, du 29 octobre 2004, *JO C 310* du 16/12/2004, p. 1

Recommandation 1635 (2003) sur les lesbiennes et les gays dans le sport, du 17 novembre 2004

Directive 2004/113 du Parlement européen et du Conseil mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, du 13 décembre 2004, *JO L 373* du 21/12/2004, p. 37

Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, présenté par la Commission le 14 mars 2005, COM (2005) 82 final, <http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005%5F0082fr01.pdf>

Livre vert sur les successions et testaments, présenté par la Commission le 14 mars 2005, COM (2005) 65 final, <http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005%5F0065fr01.pdf>

Directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, du 11 mai 2005, *JO L 149* du 11/06/2005, p. 22

Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2005) 280 final, du 30 juin 2005

Proposition de directive du parlement et du Conseil sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58, COM (2005) 438, du 21 septembre 2005, *RDUE* 2006, n° 1, p. 152

Communication de la commission au Parlement européen et au Conseil sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, COM (2005) 456 final, du 23 septembre 2005

Communication de la commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13/9/05 (C-176/03 Commission contre Conseil), COM (2005) 583 final, du 23 novembre 2005

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, COM (2005) 650 final, du 15 décembre 2005

Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II, COM (2006) 83 final, du 21 février 2006

Livre vert SEC 2006 (952) sur les règles de conflit de lois, la compétence et la reconnaissance en matière de régimes matrimoniaux, du 17 juillet 2006, http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/sec_2006_952_fr.pdf

RAPPORTS ET DOCUMENTS

L'institut international pour l'unification du droit privé

- « principes relatifs aux contrats du commerce international », 1994, <http://www.unidroit.org/french/principles>.

Parlement européen

- « Etude comparative sur les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne à l'égard de discriminations pour des raisons liées à la nationalité ainsi qu'à l'égard de la possibilité et la nécessité de la création d'un Code civil européen », *DG recherches*, série affaires juridiques, Juri 103, juin 1999

Conseil d'État

- « Réflexions sur l'intérêt général », rapport public 1999, http://www.conseil-etat.fr/ce/rapport/index_ra_li9900.shtml, p. 1

Commission pour le droit européen du contrat

- *Les principes du droit européen des contrats, l'exécution, l'inexécution et ses suites*, Partie I, version française, La documentation française, 1997
- *Les Principes du droit européen des contrats*, Partie II, Société de législation comparée, coll. Droit privé et européen, 2003

Publications du Conseil de l'Europe,

- *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme : les lignes directrices du Conseil de l'Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005
- « Le droit à un procès équitable », éditions du Conseil de l'Europe, coll. Science et technique de la démocratie, n° 28, Strasbourg, 2000

Centre de droit de la famille de l'université Montesquieu Bordeaux IV

- « Nouvelle personne, nouvelle famille ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 5, p. 10

Rapport du Conseil de l'Union européenne sur la nécessité de rapprocher les législations des États membres en matière civile, du 29 octobre 2001, document 13017, Justciv 29

Interview de L. WILDHABER, Président de la Cour européenne des droits de l'homme en vue du sommet de Varsovie, 25 février 2005, <http://www.coe.int>

« L'intérêt d'actualité du projet de Code franco-italien des obligations », dans *Journées italiennes de Pavie et Milan*, travaux de l'association H. CAPITANT, Tome VIII, Dalloz, 1955

Travaux préparatoires de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Conv EDH, Conseil de l'Europe, 1976

COSTA J.-P.

- *La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention*, *European University Institute*, working paper law 2004/05, <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/1901/1/law04-5.pdf>.

DEBRÉ J.-L.

- Discours lors de l'inauguration de l'exposition « 200 ans de code civil, des lois qui nous rassemblent » du 11 mars 2004, <http://www.assemblee-nationale.fr>

JUNKER J.-C.

- *Conseil de l'Europe – Union européenne, Une même ambition pour le continent européen*, rapport du 11 avril 2006

PORTALIS

- *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX

DOSSIERS

Dossier sur « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH* 1997, n° 6, p. 66

Dossier sur « L'ordre juridique », *Droits*, 2002, n° 35

Dossier sur « Les champs d'application en droit communautaire », *RAE* 2004, 1

Dossier sur « La coopération pénale dans l'Union européenne », *RAE* 2004, 3, p. 333

Principes de droit européen des contrats, *Dr. et patr.* avril 2003, n° 114

Dossier « Famille et droits de l'homme », *AJ famille* 2004, n° 11, p. 380

JURISPRUDENCE

- Jurisprudence française

o TGI

TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 27 juillet 2004, RG n° 6427/2004, Min. publ. c/ P. et C, *JCP* 2004, *éd. G.*, II, 10169, note KESSLER G.

o Cour d'appel

CA Paris 25 octobre 1982, *D.* 1983, p. 363, note LINDON D.

CA Grenoble 13 septembre 1995, *RCDIP* 1996, p. 666, note PARDOËL D.

CA Bordeaux, 19 avril 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 124, note AZAVANT M.

o Cour de cassation

Cass. Civ., 26 janvier 1958, Chemouni, *JCP* 1958, II, 10488, note LOUIS-LUCAS P. ; *RCDIP* 1958, p. 110 note JAMBU-MERLIN R.

Cass. Ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, juris. p. 201, note COMBALDIEU R.

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 novembre 1983, Rohbi, *RCDIP* 1984 p. 325 note FADLALLAH I.

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, *D.* 1988, I, note DELEBECQUE P.; *JCP* 1987, *éd. G.*, II, 10892, note PAISANT G.; *RTD civ* 1987, p. 548, obs. MESTRE J.

Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, *JCP* 1990, *éd. G.*, II, 21392, note LUCAS A.

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *D.* 1992, p. 213, note KAYSER P. ; *JCP* 1992, *éd G.*, II, 21845, note RINGEL F.

Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1993, *D.* 1994, p. 595, note PICOD Y. ; *RTD civ* 1994, p. 77, note HAUSER J.

Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, Mel Yedeï c/ Opac de Paris, *JCP* 1996, *éd. G.*, I, 3958, obs. JAMIN C.; *RTD civ* 1996, p. 1024, note MARGUÉNAUD J.-P.

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, *D.* 1999, p. 541, note SAINT PAU J.-C

Cass. Soc. 14 janvier 1999, *JCP* 1999, *éd. G.*, II, 10082, note SUDRE F.

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, Douibi, *JCP* 2002, *éd. G.*, II, 10039 note VIGNAL T. ; *D.* 2001 p. 3378 note NIBOYET M.-L.

Cass. Com. 15 janvier 2002, non publié, pourvoi n° 99-21.172.

Cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2003 ; SA Cogedipresse c/ Mme Grimaldi, *JCP* 2003, *éd. G.*, II, 10085, note RAVANAS J.

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 février 2004 (arrêts n° 256 et 258), *Bull. civ.* n°46 à 50

Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Contrats, conc. consom.* 2004, n° 11, comm. 151, note LEVENEUR L.

Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, *Bull.* n° 59

Cass. Civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, Aranha et a. c/ Auffray et a, *JCP* 2005, *éd. G.*, II 10173, note LOISEAU G.

Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, Zéline c/ Elisée, *JCP G.* 2006, *éd. G.*, IV, 1872 ; *LPA*, 26 juillet 2006, note GARAUD E.

Cass. Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, Mme C. M., épouse G. et a. c/ SNCF, *JCP* 2006, *éd. G.*, n° 38, actualité 428, note TERRÉ F.

○ Conseil d'État

CE 30 décembre 2002, requête n° 224721, M. Marcel A. et Syndicat "Lutte pénitentiaire", <http://www.conseil-etat.fr/>

CE 28 juillet 2004, requête n° 262851, Fathy X c/ CNIL, <http://www.conseil-etat.fr/>

○ Conseil Constitutionnel

Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505

- Jurisprudence européenne

o Commission EDH

Com. EDH 4 juillet 1983 requête n° 10083/82, R. c/ Royaume-Uni

Com. EDH 29 juin 1992 requête n° 19628/92, Rabia Bibi c/ Royaume-Uni

o Cour européenne des droits de l'homme

▪ Décisions

CEDH 5 septembre 2002 requête n° 50490/99, Boso c/ Italie, *RTD civ* 2003, p. 371, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 13 janvier 2004 requête n° 58675/00, Martinie c/ France, *JCP* 2004, *éd. G.*, n° 4, p. 1578, obs. SUDRE F.

CEDH 6 juillet 2004 requête n° 11810/03, Maurice c/ France, *RTD civ* 2004, p. 797, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 7 décembre 2004 requête n° 71074/01, Mentzen alias Mencena c/ la Lettonie, *RTD civ* 2005, p. 738, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 20 octobre 2005 requête n° 4591/04, Gunnarsson c/ Islande

▪ Arrêts

CEDH 23 juillet 1968 requêtes n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique, *GACEDH* n° 8

CEDH 16 juillet 1971 requête n° 2614/65 Ringeisen c/ Autriche

CEDH 21 février 1975 requête n° 4451/70, Golder c/ Royaume-Uni, *GACEDH* n° 23

CEDH 8 juin 1976 requêtes n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Engel et autres c/ Pays-Bas, *GACEDH* n° 4

CEDH 7 décembre 1976 requête n° 5493/72 Handyside c/ Royaume-Uni, *CDE* 1978, p. 350, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1978, p. 706, note ROLLAND P. ; *GACEDH* n° 7

CEDH 18 janvier 1978 requête n° 5310/71, Irlande c/ Royaume-Uni

CEDH 25 avril 1978 requête n° 5856/72 Tyrer c/ Royaume-Uni, *CDE* 1979, p. 471, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1980, p. 457, obs. ROLLAND P.

CEDH 28 juin 1978 requête n° 6232/73, König c/ RFA, *CDE* 1979, p. 474, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1980, p. 460, note ROLLAND P.

CEDH 26 avril 1979 requête 6538/74, Sunday Times c/ Royaume-Uni

CEDH 13 juin 1979 requête n° 6833/74, Marckx c/ Belgique, *AFDI* 1980 p. 317, obs. PELLOUX R. ; *CDE* 1980, p. 473, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1982, p. 183, note ROLLAND P. ; *GACEDH* n° 42

CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73, Airey c/ Irlande, *GACEDH* n° 2

CEDH 27 février 1980 requête n° 6903/75, Deweer c/ Belgique

CEDH 23 juin 1981 requêtes n° 6878/75 et 7238/75, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique

CEDH 13 août 1981 requêtes n° 7601/76 et 7806/77, Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, *CDE* 1982, p. 226, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1982, p. 220, note ROLLAND P.

CEDH 22 octobre 1981 requête n° 7525/76, Dudgeon c/ Royaume-Uni, *CDE* 1982, p. 221, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1985, p. 185, note ROLLAND P. et TAVERNIER P. ; *GACEDH* n° 37

CEDH 23 juin 1982 requêtes n° 7151/75 et 7152/75, Sporrang et Lönnroth c/ Suède, *GACEDH* n° 57

CEDH 28 novembre 1984 requête n° 8777/79, Rasmussen c/ Danemark, *AFDI* 1985, p. 403, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE V. ; *JDI* 1986, p. 1074, obs. ROLLAND P. et TAVERNIER P.

CEDH 26 mars 1985, requête n° 8978/80, X. et Y. c/ Pays-Bas

CEDH 28 mai 1985 requêtes n° 9214/80, 9473/81, 9474/81 Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ Royaume-Uni, *CDE* 1988, p. 476, note COHEN-JONATHAN G.

CEDH 23 octobre 1985 requête n° 8848/80, Benthem c/ Pays-Bas

CEDH 21 février 1986 requête n° 8793/79, James et autres c/ Royaume-Uni, *GACEDH* n° 58 ; *CDE* 1988, p. 479, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1987, p. 772, note ROLLAND P. et TAVERNIER P.

CEDH 29 mai 1986 requête n° 9384/81, Deumeland c/ Allemagne

CEDH 29 mai 1986 requête n° 8562/79, Feldbrugge c/ Pays-Bas, *JDI* 1987, p. 779, note TAVERNIER P. ; *GACEDH* n° 18

CEDH 26 juin 1986 requêtes n° 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, Van Marle et autres c/ Pays-Bas

CEDH 8 juillet 1986 requêtes n° 9006/80, 9262/81, 9263/91, 9265/81, 9266/81, 9313/91, 9405/81, Lithgow et autres c/ Royaume-Uni, *CDE* 1988, p. 481, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1987, p. 787, note ROLLAND P. et TAVERNIER P.

CEDH 17 octobre 1986 requête n° 9532/81, Rees c/ Royaume-Uni, *CDE* 1988, p. 462 et 473, note COHEN-JONATHAN G.

CEDH 24 octobre 1986 requête n° 9118/80, Agosi c/ Royaume-Uni

CEDH 18 décembre 1986 requête n° 9697/82, Johnston et autres c/ Irlande, *CDE* 1988, p. 464 et 474, note COHEN-JONATHAN G. ; *AFDI* 1987, p. 239, note COUSSIRAT-COUSTÈRE V. ; *JDI* 1987, p. 812, note ROLLAND P. et TAVERNIER P. ; *GACEDH* n° 41

CEDH 25 mars 1987 requête n° 9248/81, Leander c/ Suède

CEDH 23 avril 1987 requête n° 9616/81, Erkner et Hofauer c/ Autriche

CEDH 28 octobre 1987 requête n° 8695/79, Inze c/ Autriche, *CDE* 1988, p. 477, note COHEN-JONATHAN G.

CEDH 18 décembre 1987 requête n° 11329/85, F. c/ Suisse, *CDE* 1988, p. 475, note COHEN-JONATHAN G. ; *JDI* 1988, p. 892, note ROLLAND P. et TAVERNIER P.

CEDH 24 mai 1988 requête n° 10737/84, Muller et autres c/ Suisse, *JDI* 1989, p. 812, note ROLLAND P. et TAVERNIER P.

CEDH 21 juin 1988 requête n° 10730/84, Berrehab c/ Pays-Bas

CEDH 26 octobre 1988 requête n° 10581/83 Norris c/ Irlande

CEDH 22 juin 1989 requête n° 11373/85 Eriksson c/ Suède

CEDH 7 juillet 1989 requête n° 10454/89 Gaskin c/ Royaume-Uni, *GACEDH* n° 36

CEDH 7 juillet 1989 requête n° 10873/84, Tre Traktörer Aktiebolag c/ Suède

CEDH 7 juillet 1989 requête n° 14038/88, Soering c/ Royaume-Uni, *JCP* 1990, 3452, note LABAYLE H. ; *RTDH* 1990, p. 5 note GANSCHOF VAN DER MEERSCH W. J.

CEDH 19 décembre 1989 requêtes n° 10522/83 ; 11011/84 et 11070/84, Mellacher et autres c/ Autriche

CEDH 21 février 1990 requête n° 11855/85, Håkansson et Sturesson c/ Suède

CEDH 27 septembre 1990 requête n° 10843/84, Cossey c/ Royaume Uni, *JDI* 1991, p. 806, note DECAUX E. et TAVERNIER P.

CEDH 18 février 1991 requête n° 12033/86 Fredin c/ Suède

CEDH 18 février 1991 requête n° 12313/86, Moustaquim c/ Belgique, *RUDH* 1992, p. 5, obs. SUDRE F.

CEDH 29 octobre 1991 requête n° 11826/85, Helmers c/ Suède

CEDH 30 octobre 1991 requête n° 11796/85, Wiesinger c/ Autriche

CEDH 27 novembre 1991 requête 12565/86, Oerlemans c/ Pays-Bas

CEDH 29 novembre 1991 requête n° 12742/87, Pine Valley Developments LTD et autres c/ Irlande

CEDH 25 février 1992 requête n° 12963/87, Margareta et Roger Andersson c/ Suède

CEDH 25 mars 1992 requête n° 13343/87, B. c/ France, *RUDH* 1992 p. 316 ; *D.* 1992, chron. p. 324, note LOMBOIS C. ; *D.* 1993, juris. p. 104. note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 26 mars 1992, requête n° 12083/86, Beldjoudi / France, *JCP* 1993, éd. G, I, 3654, p.97, n° 22, obs. SUDRE F. ; *GACEDH* n° 45

CEDH 26 mars 1992 requête n° 11760/85, Editions Périscope c/France

CEDH 22 avril 1992 requête n° 12366/86, Rieme c/ Suède

CEDH 29 octobre 1992 requêtes n° 14234/88 et 14235/88, Open Door Society et Dublin Well Women c/ Irlande, *RTDH* 1993 p. 345 note RIGAUX F.; *JCP* 1993, éd. G, I, 3654, p. 94 et 98, n° 3 et 26, obs. SUDRE F. ; *JDI* 1993, p. 751, note DECAUX E. et TAVERNIER P. ; *GACEDH* n° 61

CEDH 26 novembre 1992 requête n° 11519/85, Francesco Lombardo c/ Italie

CEDH 26 novembre 1992 requête n° 12490/86, Giancarlo Lombardo c/ Italie

CEDH, 27 novembre 1992 requête n° 13441/87, Olsson c/ Suède

CEDH 16 décembre 1992 requête n° 13710/88, Niemietz c/ Allemagne, *RTDH* 1993, p. 467, note LAMBERT P. ; *JCP* 1993, éd. G, I, 3654, p. 96, n° 18, obs. SUDRE F. ; *AFDI* 1992, p. 629, note COUSSIRAT-COUSTERE V. ; *JDI* 1993, p. 755, note DECAUX E. et TAVERNIER P. ; *GACEDH* n° 40

CEDH 26 février 1993 requête n° 13023/87, Salesi c/ Italie

CEDH 24 mars 1993 requêtes n° 36812/97 et 40104/98, Sylvester c/ Autriche

CEDH 25 mars 1993 requête n° 13134/87, Costello-Roberts c/ Royaume-Uni, *JCP* 1994, *éd. G.*, I, 3742, p. 108, n° 2, obs. SUDRE F.

CEDH 22 avril 1993 requête n° 15070/89 Modinos c/ Chypre

CEDH 23 juin 1993, requête n° 12875/87, Hoffmann c/ Autriche, *D.* 1994, p. 326, note HAUSER J. ; *RTD civ* 1993, p. 817, note HAUSER J. ; *RTDH* 1994, p. 405, note MORANGE J. ; *JCP* 1994, *éd. G.*, I, 3742, p. 113, n° 38, obs SUDRE F.

CEDH 24 juin 1993 requête n° 14518/89, Schuler-Zgraggen c/ Suisse

CEDH 23 novembre 1993 requête n° 14032/88, Poitrimol c/ France, *GACEDH* n° 31

CEDH 22 février 1994 requête n° 16213/90, Burghartz c/ Suisse, *D.* 1995, p. 5, note MARGUÉNAUD J.-P ; *RTDH* 1995, p. 53, note GEORGIN P. ; *RUDH* 1994, p. 263, note LEVINET M. ; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 31, obs. SUDRE F.

CEDH 22 février 1994 requête n° 12954/87, Raimondo c/ Italie

CEDH 26 mai 1994 requête n° 16969/90, Keegan c/ Irlande, *JDI* 1995, p. 763, note DECAUX E. et TAVERNIER P. ; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 32, obs. SUDRE F.

CEDH 22 septembre 1994 requête n° 13616/88, Hentrich c/ France

CEDH 22 septembre 1994, requête n° 16737/90, Pelladoah c/ Pays-Bas

CEDH 27 octobre 1994 requête n° 18535/91, Kroon et autres c/ Pays-Bas, *RTDH* 1996, p. 183, note GEORGIN P. ; *AFDI* 1994, p. 658, note COUSSIRAT-COUSTÈRE V.

CEDH 24 novembre 1994 requête n° 15287/89, Beaumartin c/ France

CEDH 25 novembre 1994 requête n° 18131/91, Stjerna c/ Finlande, *RUDH* 1995, p. 109, note LEVINET M. ; *JCP* 1995, *éd. G.*, I, 3823, p. 89, n° 31, obs. SUDRE F.

CEDH 9 décembre 1994 requête n° 16798/90, Lopez Ostra c/ Espagne, *GACEDH* n° 3, *RTD civ* 1996, p. 507, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 9 décembre 1994 requête n° 13427/87, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce

CEDH 9 décembre 1994 requête n° 18390/91, Ruiz Torija c/ Espagne, *D.* 1996, somm. p. 202, obs. FRICERO N.

CEDH 9 décembre 1994 requêtes n° 19005/91 et 19006/91, Schouten et Meldrum c/ Pays Bas, *RTDH* 1996, p. 79, note PETTITI C.

CEDH 23 février 1995 requête n° 15375/89, Gasus Dossier c/ Pays-Bas

CEDH 23 mars 1995, requête n° 15318/89, Loizidou c/ Turquie, *RUDH* 1995, p. 130 ; *RTD eur.* 1995, p. 725, note COHEN-JONATHAN G. ; *JCP* 1995, éd. G, I, 3910, p. 101, n° 1, obs. SUDRE F.

CEDH 13 juillet 1995, requête n° 18139/91, Tolstoy Miloslavski c/ Royaume-Uni

CEDH 31 octobre 1995, requête n° 14556/89, Papamichalopoulos c/ Grèce, *GACEDH* n° 64

CEDH 20 novembre 1995 requête n° 17849/91, Pressos compania naviera S.A. et autres c/ Belgique

CEDH 21 novembre 1995 requête n° 18072/91, Velosa Barreto c/ Portugal

CEDH 19 février 1996 requête n° 23218/94, Gül c/ Suisse

CEDH 24 avril 1996 requête n° 22070/93, Boughanemi c/ France

CEDH 7 août 1996 requête n° 21794/93, C. c/ Belgique, *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 76, n° 37, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 1997, p. 540, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 7 août 1996 requête n° 17383/90, Johansen c/ Norvège, *RTD civ* 1997, p. 541, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 76, n° 35, obs. SUDRE F.

CEDH 16 septembre 1996, requête n° 17371/90, Gaygusuz c/ Autriche, *D.* 1998, juris. p. 438, note MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J.

CEDH 16 septembre 1996 requête n° 20024/92, Süßmann c/Allemagne

CEDH 25 septembre 1996 requête n° 20348/92, Buckley c/ Royaume-Uni, *RTDH* 1997, p. 47, note DE SCHUTTER O. ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 75, n° 33, obs. SUDRE F.

CEDH 22 octobre 1996 requêtes n° 22083/93 et 23095/93, Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, *RTDH* 1998, p. 781, note SACE J.

CEDH 24 octobre 1996 requête n° 22500/93, Guillot c/ France, *JCP* 1997, éd. G., I, 4000, p. 75, n° 32, obs. SUDRE F.

CEDH 17 décembre 1996 requêtes n° 20940/92, 20941/92, 20942/92 , Duclos c/ France

CEDH 18 décembre 1996 requête n° 15318/89, Loizidou c/ Turquie

CEDH 29 janvier 1997 requête n° 23078/93, Bouchelkia c/ France, *JCP* 1998, éd. G, I, 107, p. 182, n° 37, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 1997, p. 540, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 19 février 1997 requêtes n° 21627/93 ; 21826/93 et 21974/93, Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni

CEDH 21 février 1997 requête n° 20060/92, Van Raalte c/ Pays-Bas *RTDH* 1998, p. 721 note ESSAWE PRISO S.-J.

CEDH 25 février 1997 requête n° 22009/93, Z. c/ Finlande

CEDH 22 avril 1997 requête n° 21830/93, X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 1997, p. 1011, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 1997, éd. G, I, 4071, note EVAIN S. ; *JCP* 1998, éd. G, I, 107, p. 182, n° 36, obs. SUDRE F.

CEDH 29 avril 1997 requête n° 24573/94, HLR c/ France

CEDH 19 mars 1997 requête n° 18357/91 Hornsby c/ Grèce, *D.* 1998, p. 75, note FRICERO N. ; *RTDC* 1997, p. 1009 note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 1997, éd. G., II, 22949 note DUGRIP O. et SUDRE F. ; *GACEDH* n° 28

CEDH 25 juin 1997 requête n° 20605/92, Halford c/ Royaume-Uni

CEDH 27 août 1997, requête n° 20837/92, M. S. c/ Suède

CEDH 26 septembre 1997 requête n° 25017/94, Mehemi c/ France

CEDH 23 octobre 1997 requêtes n° 21319/93, 21449/93, 21675/93, National and Provincial Building society c/ Royaume-Uni

CEDH 19 février 1998 requête n° 14967/89, Guerra c/ Italie, *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, note 40, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 1998, p. 515, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *GACEDH* n° 46

CEDH 25 février 1998 requête n° 21439/93, Botta c/ Italie, *RTD civ* 1999, p. 499, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTDH* 1999, p. 595, note MAURER B. ; *JCP* 1999, éd. G., I, 105, p. 141, n° 41, obs. SUDRE F.

CEDH 9 juin 1998 requête n° 22430/93, Bronda c/ Italie

CEDH 9 juin 1998 requête n° 23413/94, LCB c/ Royaume-Uni

CEDH 21 juin 1998 requête n° 10730/84, Berrehab c/ Pays-Bas

CEDH 30 juillet 1998 requêtes n° 22985/93 et 23390/94, Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni, *JCP* 1999, éd. G, I, 105, p. 141, n° 42, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 1998, p. 1001, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 23 septembre 1998 requête n° 25599/94, A c/ Royaume Uni, *RTD civ* 1999, p. 500, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JDI* 1999, p. 265, note DECAUX E. et TAVERNIER P.

CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24484/94, Söderbäck c/ Suède, *JCP* 1999, éd. G., I, 105, obs. SUDRE F.

CEDH 28 octobre 1998 requête n° 23452/94, Osman c/ Royaume-Uni, *JCP* 1999, éd. G., I, 105, n° 8, obs. SUDRE F.

CEDH 28 octobre 1998 requête n° 24760/94, Assenov et autres c/Bulgarie

CEDH 21 janvier 1999 requête n° 29183/95, Fressoz et Roire c/ France, *RTD civ* 1999, p. 909, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2000, *éd. G*, I, 203, p. 198, n° 26, obs. SUDRE F. ; *JCP* 1999, *éd. G*, II, 10120, note DERIEUX E.

CEDH 21 janvier 1999 requête n° 26103/95, Van Geyseghem c/ Belgique

CEDH 18 février 1999 requête n° 24833/94, Matthews c/ Royaume-Uni, *RUDH* 1999 p. 253 note COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. ; *Europe* janvier 2000, p. 4, note GORI G. et KAUFF-GAZIN F.

CEDH 25 mars 1999 requête n° 31107/96, Iatridis c/ Grèce, *JCP* 2000, *éd. G.*, I, 203, p. 199, n° 30, obs. SUDRE F.

CEDH 24 avril 1999 requête n° 25088/94, Chassagnou c/France, *GACEDH* n° 59.

CEDH 28 juillet 1999 requête n° 25803/94, Selmouni c/ France, *RTD civ* 1999, p. 911, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *RGDIP* 2000, n° 1, p. 181, note COHEN-JONATHAN G. ; *JCP* 1999, *éd. G*, II, 10193, note SUDRE F.

CEDH 27 septembre 1999 requêtes n° 33985/96 et 33986/96, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, *JDI* 2000, p. 121, note DECAUX E. et TAVERNIER P.

CEDH 30 novembre 1999 requête n° 34374/97, Baghli c/ France.

CEDH 8 décembre 1999 requête n° 28541/95, Pellegrin c/ France, *D.* 2000, som. com. p. 180, obs. RENUCCI J.-F. ; *JCP* 2000, *éd. G.*, I, 203, p. 195, n° 7, obs. SUDRE F. ; *D.* 2001, chron. p. 2988, note HAÏM V. *RTDH* 2000, p. 819, note WACHSMANN P. ; *Gaz. Pal.* 21-23/05/2000, p. 30, note LAMBERT P. ; *JCP* 2000, *éd. G.*, II, 10426, note GRAFFIN T.

CEDH 21 décembre 1999 requête n° 33290/96, Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal, *RTD civ* 2000, p. 313, note HAUSER J. ; *RTD civ* 2000, p. 433, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2000, *éd. G*, I, 203, p. 200, n° 37, obs SUDRE F.

CEDH 5 janvier 2000 requête n° 33202/96, Beyeler c/Italie, *D.* 2003, chron., p. 227, note FLAUSS J.-F.

CEDH 18 janvier 2000 requête n° 39288/98, Ekin c/ France

CEDH 25 janvier 2000 requête n° 31679/96, Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, *RTD civ* 2001, p. 451, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2001, *éd. G*, I, 291, n° 32, p. 192, obs. SUDRE F.

CEDH 1^{er} février 2000 requête n° 34406/97 Mazurek c/ France, *RTD civ* 2000, p. 429, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2000, *éd. G*, 10286, p. 643, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *RTD civ* 2000, p. 311, note HAUSER J. ; *JCP* 2001, *éd. G*, I, 293, p. 249, n° 1, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *D.* 2000, chron. p. 626, note VAREILLE B. ; *GACEDH* n° 44

CEDH 29 février 2000 requête n° 39293/98, Fuentes Bobo c/ Espagne, *D.* 2001, p. 574, note MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J.

CEDH 6 avril 2000 requête n° 34369/97, Thlimmenos c/ Grèce, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 291, n° 42, p. 194, obs. SUDRE F.

CEDH 4 mai 2000, requête n° 28341/95, Rotaru c/ Roumanie, *RTDH* 2001, p. 148, note DE SCHUTTER O.

CEDH 22 juin 2000 requête n° 48229/99, Asikis et 106 autres c/ Grèce

CEDH 13 juillet 2000 requête n° 25735/94, Elsholz c/ Allemagne, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 291, p. 192, n° 31, obs. SUDRE F.

CEDH 20 juillet 2000 requête n° 15918/89, Antonetto c/ Italie

CEDH 19 septembre 2000 requête n° 40031/98, Gnahoré c/ France, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 291, p. 192, n° 33, obs. SUDRE F.

CEDH 3 octobre 2000 requête n° 28369/95, Camp et Bourimi c/ Pays-Bas

CEDH 5 octobre 2000 requête n° 39652/98, Maaouia c/ France, *RTDH* 2002, p. 433, note TIGROUDJA H.

CEDH 14 novembre 2000 requêtes n° 31819/96 et 33293/96, Annoni di Gussola et autres c/ France

CEDH 13 décembre 2000 requête n° 33071/96, Malhous c/ République tchèque

CEDH, 18 janvier 2001 requête n° 27238/95, Chapman c/ Royaume-Uni, *RTDH* 2002, p. 999, note BENOIT-ROHMER F. ; *RTDH* 2002, p. 1017, note ROSENBERG D. ; *RTD civ* 2001, p. 448, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *L'Europe des libertés* 2001, p. 2, n° 5, note LEVINET M. ; *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 342, p. 1562 et 1563, n° 16 et 20, obs. SUDRE F. ; *GACEDH* n° 39

CEDH 23 janvier 2001 requête n° 28342/95, Brumarescu c/ Roumanie, *AFDI* 2001, p. 423, note COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F.

CEDH 6 février 2001 requête n° 44599/98, Bensaïd c/ Royaume-Uni, *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 342, p. 1560 et 1562, n° 6 et 17, obs. SUDRE F.

CEDH 13 février 2001 requête 47160/99, Ezzouhdi c/ France, *RTDH* 2002, p. 963, note DEMBOUR M.-B. ; *JCP* 2001, *éd. G.*, I, 342, p. 1563, n° 21, obs. SUDRE F.

CEDH 27 mars 2001 requête n° 25186/94, Sutherland c/ Royaume-Uni

CEDH 28 juin 2001, requête n° 24699/94, VGT c/ Suisse, *GACEDH*, p. 30

CEDH 11 octobre 2001 requête n° 31871/96, Sommerfeld c/ Allemagne

CEDH 30 octobre 2001 requête n° 37794/97, Pannullo et Forte c/ France, *Dr. fam.* 2002, n°1 p. 27, n° 16, note DE LAMY B.

CEDH 21 novembre 2001 requête n° 35763/97, Al-Adsani c/ Royaume-Uni, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 105, p. 129, n° 8 obs. SUDRE F., *RTDH* 2003, p. 139 note FLAUSS J.-F. ; *D.* 2003 p. 1246 note FLAUSS J.-F.

CEDH 21 novembre 2001 requête n° 31253/96, Mac Elhinney c/ Irlande, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 105, p. 129, n° 8 obs. SUDRE F.

CEDH 21 décembre 2001 requête n° 31465/96, Sen c/ Pays-Bas, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 105, p. 131, n° 14, obs. SUDRE F.

CEDH 7 février 2002 requête n° 53176/99, Mikulic c/ Croatie, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1455, n° 13, obs. SUDRE F.

CEDH 26 février 2002 requête n° 36515/97, Fretté c/ France, *D.* 2002, IR p. 935 ; *RTD civ* 2002, p. 389, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2002, *éd. G.*, n° 29, p. 1348, 6, note MARMISSE A. ; *JCP* 2002, *éd. G.*, 10074, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *Dr. fam.* 2002, n°9, p. 8, note DEBET A.

CEDH 21 mars 2002 requête n° 31611/96, Nikula c/ Finlande

CEDH 9 avril 2002 requête n° 46726/99, Podkolzina c/ Lettonie, *JDI* 2003 p. 572, obs. DECAUX E.

CEDH 29 avril 2002 requête n° 2346/88, Pretty c/ Royaume-Uni, *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1453 et 1455, n° 1 et 13, obs. SUDRE F. ; *RJPF* juillet-août 2002, p. 11, note GARAUD E. ; *JCP* 2003, *éd. G.*, 2003, p. 677, note GIRAULT C. ; *RTD civ* 2002, p. 858, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *Def.* 2002, p. 1131, note MALAURIE P.

CEDH 4 juin 2002 requête n° 34462/97, Wessels-Bergervoet c/ Royaume-Uni

CEDH 11 juin 2002 requête n° 36042/97, Willis c/ Royaume-Uni

CEDH, 18 juin 2002 requête n° 48939/99, Oneryildiz c/ Turquie, *RTDH* 2003, p. 261, note LAURENT C. ; *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 157, p. 1457, n° 23, obs. SUDRE F. ; *GACEDH* n° 56

CEDH 11 juillet 2002 requête n° 28957/95, Goodwin c/ Royaume-Uni, *D.* 2003, p. 525, obs. BIRSAN C. ; *JCP* 2002, *éd. G.*, I, 109, p. 234 et 235, n° 16 et 22, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 2002, p. 862, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *GACEDH* n° 38

CEDH 25 juillet 2002 requête n° 48553/99, Sovtransavto Holding c/ Ukraine, *JCP* 2003, *éd. G.*, I, 103, n° 24, p. 236, obs. SUDRE F.

CEDH 24 octobre 2002 requête n° 37703/97, Mastromatteo c/ Italie, *JCP* 2003, *éd. G.*, I, 109, n° 1, p. 231, obs. SUDRE F.

CEDH 3 décembre 2002 requête n° 35671/97, Lindner et Hammermayer c/ Roumanie

CEDH 9 janvier 2003 requêtes n° 39392/98 et 39829/98, L. et V. c/ Autriche, *JCP* 2003, éd. G, I, 160, p. 1573, n° 16, obs. SUDRE F.

CEDH 28 janvier 2003 requête n° 44647/98, Peck c/ Royaume-Uni

CEDH Gr. Ch. 13 février 2003 requête n° 42326/98, Odièvre c/ France, *RTD civ* 2003 p. 375, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2003, éd. G., p. 561, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *JCP* 2003, éd. G., p. 545, note MALAURIE P. ; *RTDH* 2004, p. 405, note BONNET V. ; *D.* 2003, p. 1240, note MALLET-BRICOUT B.

CEDH 13 février 2003 requêtes n° 41340/98 ; 41342/98 ; 41343/98 et 41344/98, Refah Partisi c/ Turquie

CEDH 12 mars 2003 requête n° 46221/99, Öcalan c/ Turquie, *D.* 2003, p. 2267 obs. RENUCCI J.-F. ; *JCP* 2003, éd. G., I, 160, p. 1569, n° 1, obs. SUDRE F.

CEDH 29 avril 2003 requête n° 56673/00, Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne

CEDH 12 juin 2003 requête n° 35968/97, Van Kück c/ Allemagne, *RTD civ* 2004, p. 631, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 3 juillet 2003 requête n° 38746/97, Buffalo S.R.L. c/ Italie

CEDH 8 juillet 2003 requête n° 36022/97, Hatton et autres c/ Royaume-Uni

CEDH Gr. Ch. requête 8 juillet 2003 requête n° 30943/96, Sahin c/ Allemagne

CEDH Gr. Ch. requête 8 juillet 2003 requête n° 31871/96, Sommerfeld c/ Allemagne

CEDH 24 juillet 2003 requête n° 40016/98, Karner c/ Autriche, *RTD civ* 2003, p. 764, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 24 juillet 2003 requêtes n° 46133/99 et 48183/99, Smirnova c/Russie.

155480/00 et 59330/00, Sidabras et Dziautas c/ Lituanie

CEDH 30 septembre 2003 requête n° 40892/98, Koua Poirrez c/ France, *JCP* 2004, éd. G, I, 107, p. 185, n° 20, obs. SUDRE F. ; *RTDH* 2005, n° 61, p. 166 note CALLEWAERT J.; *Dr. fam.* 2004, n° 5, comm. 91, note LE MEUR S.

CEDH 9 octobre 2003 requête n° 48321/99, Slivenko c/ Lettonie

CEDH 4 décembre 2003 requête n° 39272/98, M. C. c/ Bulgarie, *JCP* 2004, éd. G., I, 107, p. 181, n° 1, obs. SUDRE F.

CEDH 16 décembre 2003 requête n° 64927/01, Palau-Martinez c/ France, *JCP* 2004, éd. G., II, 10122, note GOUTTENOIRE A.

CEDH décision 13 janvier 2004 requête n° 58675/00, Martinie c/ France, *JCP* 2004, éd. G., n° 4, p. 1578, obs. F. SUDRE

CEDH 15 janvier 2004 requête n° 58749/00, Matencio c/ France

CEDH 10 février 2004 requête n° 42023/98, Gennadi Naoumenko c/ Ukraine

CEDH Gr. Ch. 12 février 2004 requête n° 47287/99, Perez c/ France, *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, n° 3, p. 1578, obs. SUDRE F.

CEDH 4 mars 2004, requête n° 39272/98, M.C. c/ Bulgarie

CEDH 30 mars 2004, requête n° 53984/00, Radio France c/ France, *RTD civ* 2004, p. 801, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 27 avril 2004 requête n° 62543/00, Gorraiz Lizarraga et autres c/ Espagne

CEDH 1^{er} juin 2004 requête n° 45582/99, Lebbink c/ Pays-Bas

CEDH 9 juin 2004, requête n° 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02, Dogan et autres c/ Turquie, *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, n° 16, p. 1581, obs. SUDRE F.

CEDH 22 juin 2004 requêtes n° 78028/01 et 78030/01, Pini et Bertani c/ Roumanie, *D.* 2004, p. 3026, note RENUCCI J.-F. et BERRO-LEFEVRE I. ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 7 et 9, obs. SUDRE F.

CEDH 22 juin 2004 requête n° 31443/96, Broniowski c/ Pologne

CEDH 22 juin 2004 requête n° 17868/03, Ndongoya c/ Suède, *AJDA* 2005, p. 541, obs. FLAUSS J.-F.

CEDH 24 juin 2004 requête n° 59320/00, Von Hannover c/ Allemagne, *RTD civ* 2004, p. 802, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2004, *éd. G.*, I, 161, p. 1579, n° 8, obs. SUDRE F.

CEDH 29 juin 2004 requête n° 64915/01, Chauvy c/ France

CEDH Gr. Ch. 8 juillet 2004 requête n° 53924/00, Vo c/ France, *RTD civ* 2004, p. 799, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP G* 2004, *éd. G.*, II, 10158, note LEVINET M.

CEDH 13 juillet 2004 requête n° 69498/01, Pla et Puncernau c/ Andorre, *RTD civ* 2004, p. 804, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 103, n° 15, p. 83, note SUDRE F. ; *JCP* 2005, *éd. G.*, II, 10052, note BOULANGER F. ; *D.* 2005, juris. p. 1832, note POISSON-DROCOURT E. ; *RDC* 2005, 3, p. 645, note REVET T. et ROCHFELD J.

CEDH 27 juillet 2004 requête n° 57671/00, Slimani c/ France, *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 103, n° 2, p. 79, obs. SUDRE F.

CEDH 27 juillet 2004 requêtes n° 55480/00 et 59330/00, Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, *JCP* 2005, *éd. G.*, I, 103, p. 81, n° 13, obs. SUDRE F. ; *AJDA* 2005, p. 543, obs. FLAUSS J.-F.

CEDH Gr. Ch. 28 septembre 2004 requête n° 44912/98, Kopecký c/ Slovaquie, *JCP* 2005, éd. G, I, 103, n° 18, p. 84, obs. SUDRE F.

CEDH 21 octobre 2004 requête n° 75531/01, I. et U. c/ Norvège

CEDH 16 novembre 2004 requête n° 29865/96, Ünal Tekeli c/ Turquie, *AJDA* 2005 p. 546 obs. FLAUSS J.-F ; *RTD civ* 2005, p. 343 obs. MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 16 novembre 2004 requête n° 4143/02, Moreno Gomez c/ Espagne, *JCP* 2005, éd. G., I, 103, n° 12, p. 81, obs. SUDRE F.

CEDH Gr. Ch. 30 novembre 2004 requête n° 48939/99, Öneriyıldız c/ Turquie, *JCP* 2002, éd. G, I, 157, n° 23, p. 1457, obs. SUDRE F.

CEDH 2 décembre 2004 requête n° 4672/02, Farbtuhs c/ Lettonie, *JCP* 2005, I, éd. G, 103, p. 80, n° 4, obs. SUDRE F.

CEDH 14 décembre 2004 requête n° 25875/03, Gelfmann c/ France, *JCP* 2005, I, éd. G, 103, p. 80, n° 5, obs. SUDRE F.

CEDH 22 décembre 2004 requête n° 68864/01, Merger et Cros c/ France, *Europe* 2005, n° 3, comm n° 107, p. 29, note LE CHEVALLIER V.; *JCP*, 2005, éd. G, I, 103, n° 16, p. 83, obs. SUDRE F.

CEDH 11 janvier 2005 requête n° 50774/99, Sciacca c/ Italie, *JCP* 2005, éd. G., I, 159, p. 1454, n° 13, obs. SUDRE F.

CEDH 18 janvier 2005, requête n° 77317/01, Poltorachenko c/ Ukraine

CEDH 15 février 2005 requête n° 68416/01, Steel et Morris c/ Royaume-Uni

CEDH 17 février 2005 requêtes n° 42758/98 et 45558/99, K. A. et A. D. c/ Belgique, *JCP* 2005, éd. G., I, 159, p. 1453, n° 12, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 2005, p. 341, n° 4, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *LPA*, 1^{er} août 2006, p. 6, note MALAURIE P.

CEDH Gr. Ch. 22 mars 2005 requête n° 68864/01, Merger et Cros c/ France.

CEDH Gr. Ch. 12 mai 2005 requête n° 46221/99, Öcalan c/ Turquie

CEDH 31 mai 2005 requête n° 59842/00, Vetter c/ France

CEDH 2 juin 2005 requête n° 77785/01, Znamenskaya c/ Russie, *AJDA* 2006, p. 470, obs. FLAUSS J.-F.

CEDH 30 juin 2005 requête n° 45036/98, *Bosphorus c/ Irlande*

CEDH 30 juin 2005 requêtes n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01 *Jahn et autres c/ Allemagne*

CEDH Gr. Ch. 6 juillet 2005 requêtes n° 43577/98 et 43579/98, *Natchova et autres c/ Bulgarie*, *RTDH* 2006, p. 655, note ROSENBERG D. ; *JCP* 2006, éd. G., I, 109, n° 12, p. 190

CEDH 12 juillet 2005 requête n° 36220/97, *Okyyay et autres c/ Turquie*, *JCP* 2006, éd. G., I, 109, p. 187, n° 3, obs. SUDRE F.

CEDH 26 juillet 2005 requête n° 73316/01, *Siliadin c/ France*, *JCP* 2005, éd. G., II, 10 142, obs. SUDRE F. ; *RTD civ* 2005, p. 740, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 2 août 2005 requête n° 65899/01, *Tanis et autres c/ Turquie*, *AJDA* 2006, p. 467, obs. FLAUSS J.-F.

CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, *RTD civ* 2005, p. 735, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ* 2005, p. 758, note HAUSER J.; *JCP* 2006, éd. G., I, 109, n° 11, p. 189, obs. SUDRE F.; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. 234, note GOUTTENOIRE A. et LAMARCHE M.

CEDH 11 octobre 2005 requête n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc c/ Portugal*

CEDH Gr. Ch. 19 octobre 2005 requête n° 32555/96, *Roche c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2006, éd. G., I, 109, n°4, p. 187, obs. SUDRE F.

CEDH Gr. Ch. 6 octobre 2005 requêtes n° 11810/03 et 1513/03, *Maurice et Draon c/ France*, *RTD civ* 2005, p. 743, note MARGUÉNAUD J.-P. ; *RTDH* 2006, p.667, note BELLIVIER F. ; *RTD civ* 2005, p. 798, note REVET T.

CEDH 8 novembre 2005 requête n° 3/02, *D. D. c/ France*

CEDH 10 novembre 2005 requête 44774/98, Leyla Sahin c/ Turquie, *RTDH* 2006, p. 183, note BURGORGUE-LARSEN L. et DEBOUT E ; *Dr. fam.* 2006, n° 4, Etude 19, note PLANA S.

CEDH 1^{er} décembre 2005 requête n° 60665/00, Tuquabo-Tekle et autres c/ Pays Bas, *AJDA* 2006, n° 9, p. 471, note FLAUSS J.-F.

CEDH 6 décembre 2005 requête n° 42285/98, Salvatore c/ Italie

CEDH 13 décembre 2005 requêtes n° 35762/00 et 55974/00, Timishev c/ Russie, *AJDA* 2006, p. 470, obs. FLAUSS J.-F.

CEDH 13 septembre 2005 requête n° 36536/02, B. et L. c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 2005, p. 735, note MARGUÉNAUD J.-P.; *RTD civ* 2005, p. 758, note HAUSER J ; *JCP* 2006, éd. G., I, 109, n° 11, p. 189, obs. SUDRE F.; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note GOUTENOIRE A. et LAMARCHE M.

CEDH Gde Ch. 11 janvier 2006 requêtes n° 52562/99 et 52620/99, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, *AJDA* 2006, n° 9, p. 474, obs. FLAUSS J.-F. ; KRENC F., *RTDH* 2006, p. 787.

CEDH 17 janvier 2006 requête n° 50278/99, Aoulmi c/ France

CEDH 17 janvier 2006 requête n° 51431/99, Aristimuño Mendizabal c/ France, *JCP* 2006, éd. G. I, 1164, p. 1590, obs. SUDRE F.

CEDH 17 janvier 2006 requête n° 61564/00, Elli Poluhas Dödsbo c/ Suède, *AJDA* 2006, p. 470, obs. FLAUSS J.-F. ; *RTD civ* 2006, p. 260, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 14 février 2006 requête n° 67847/01, Lecarpentier et autres c/ France

CEDH 7 mars 2006 requête n° 6339/05 Evans c/ Royaume-Uni, *RTD civ* 2006, p. 255, note MARGUÉNAUD J.-P.

CEDH 16 mars 2006 requête n° 58278/00, Zdanoka c/ Lettonie

CEDH 12 avril 2006 requêtes n° 65731/01 et 65900/01, Stec et autres c/ Royaume-Uni, *JCP* 2006, éd. G., I, 164, n° 12, p. 1591, obs. SUDRE F.

CEDH 9 mai 2006 requête n° 18249/02, C. c/ Finlande, *Dr. fam.* 2006, n° 6, alerte 38

CEDH 30 mai 2006 requête n° 60176/00, Ebru et Tayfin Engin Çolak c/ Turquie

CEDH 22 juin 2006 requête n° 7548/04, Bianchi c/ Suisse

CEDH 13 juillet 2006 requête n° 58757/00, Jäggi c/ Suisse

CEDH 20 juillet 2006 requête n°1633/05, Koudelka c/ République Tchèque

CEDH 10 octobre 2006, requête n° 10699/05, Paulik c/ Slovaquie

○ Cour de justice des communautés européennes

▪ Avis

CJCE 28 mars 1996, avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.* p. 1759

▪ Arrêts

CJCE 12 juillet 1957 affaires C- 7/56, 3/57 à 7/57, Mlle D. Algera et autres c/ l'assemblée commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *Rec.* p. 81

CJCE 12 février 1974 affaire C- 152/73, Sotgiu, *Rec.* p. 153

CJCE 14 mai 1974 affaire C- 4/73, J. Nold c/ Commission, *Rec.* p. 491

CJCE 4 décembre 1974 affaire C-41/74, Van Duyn, *Rec.* p. 1337

CJCE 6 octobre 1976 affaire C- 12/76, Tessili c/ Dunlop, *Rec.* p. 1473.

CJCE 14 octobre 1976 affaire C- 29/76, LTU c/ Eurocontrol, *Rec.* p. 1541

CJCE 3 mai 1978 affaire C- 112/77, Töpfer c/ Commission, *Rec.* p. 1019

CJCE 22 février 1979 affaire C- 133/78, H. Gourdain c/ F. Nadler, *Rec.* p. 733

CJCE 27 mars 1979 affaire C- 143/78, Jacques de Cavel c/ Louise de Cavel, *Rec.* p. 1055.

CJCE 5 avril 1979 affaire C-148/78, Ratti, *Rec.* p. 1629

CJCE 13 décembre 1979 affaire C- 44/79, L. Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz, *Rec.* p. 3727

CJCE 27 février 1980 affaire C- 68/79, Hans Just c/ Ministère danois des impôts et accises, *Rec.* p. 501

CJCE 6 mars 1980 affaire C- 120/79, De Cavel II, *Rec.* p. 731

CJCE 26 juin 1980 affaire C- 136/79, National Panasonic Limited, *Rec.* p. 2033

CJCE 22 octobre 1980 affaire C-94/00, Roquette Frères SA, *Rec.* p. 9011, *Europe* 2002, n° 404, note MEISSE E.

CJCE 17 décembre 1980 affaire C- 149/79, Commission c/ Belgique, *Rec.* p. 3881

CJCE 18 mai 1982 affaire C- 155/79, AM & S Europe Limited c/ Commission, *Rec.* p. 1575

CJCE 6 novembre 1984 affaire C- 177/83, Kohl, *Rec.* p. 3651

CJCE 12 février 1985 affaire C- 267/83, A. Diatta c/ Land Berlin, *Rec.* p. 567

CJCE 17 avril 1986 affaire C- 59/85, État néerlandais c/ Ann Florence Reed, *Rec.* p. 1283

CJCE 14 janvier 1988 affaire C- 63/86, Commission c/ Italie, *Rec.* p. 29

CJCE 2 janvier 1989 affaire C- 186/87, Cowan, *Rec.* p. 196

CJCE 18 mai 1989 affaire C- 249/86, Commission des Communautés européennes c/ RFA, *Rec.* p. 1263

CJCE 30 mai 1989 affaire C- 305/87, Commission c/ Grèce, *Rec.* p. 1461

CJCE 21 septembre 1989 affaires C- 46/87 et 227/88, Hoechst AG c/ Commission, *Rec.* p. 2859

CJCE 18 juin 1991 affaire C- 260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi, *Rec.* p. 2925

CJCE 17 juin 1992 affaire C-26/91, Société Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, *Rec.* p. 3967 ; *JCP* 1992, éd. G., II, 21927, note LARROUMET C. ; *JCP* 1993, éd. G., I, 3666, n° 3, note BOUTARD-LABARDE M.-C.

CJCE 16 décembre 1992 affaire C-206/91, Ettien Koua Poirrez c/ Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis, *Rec.* p. 6685

CJCE 30 mars 1993 affaire C-168/91, Konstantinidis, *Rec.* p. 1191 ; *RTDH* 1994, p. 455, note FLAUSS J.-F

CJCE 5 octobre 1994 affaire C- 904/92, X c/ Commission, *Rec.* p. 1214 ; *RUDH* 1994, p. 424

CJCE 5 mars 1996 affaires C-46/93 et C-48/93, Brasserie du pêcheur et Factortame Ltd. et autres, *Rec.* p. 1029

CJCE 30 avril 1996 affaire C- 13/94, P. c/ S et Cornwall County council, *Rec.* p. 2159.

CJCE 29 mai 1997 affaire C- 300/95, Commission c/ Royaume-Uni, *Rec.* p. 2649 ; *JCP* 1997, éd. G., I, 4070, n° 31, note VINEY G.

CJCE 17 février 1998 affaire C-249/96 Grant c/ South-West trains Ltd, *Rec.* p. 621 ; *RTDH* 1999, p. 399, note LENOIR P.

CJCE 22 avril 1999 affaire C- 423/97, Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis, *Rec.* p. 2216

CJCE 26 octobre 1999 affaire C 273/97, Sirdar, *Rec.* p. 7403

CJCE 11 janvier 2000 affaire C- 285/98, Kreil, *Rec.* p. 69, *Europe* 2000, n° 12, Chron. 11, note GERKRATH J.

CJCE 28 mars 2000 affaire C- 7/98 Krombach c/ Bamberski, *Rec.* p. 1935 ; *Europe* 2000, comm. n° 157, note IDOT L. ; *RCDIP* 2000, p. 481, note MUIR WATT H. ; *JCP* 2001, éd. G, II, 10607, note NOURISSAT C. ; *RTD civ* 2000 p. 944, obs. RAYNARD J.

CJCE 22 juin 2000 affaire C- 65/98, Safet Eyüp, *RDUE* 2000, 3, p. 682, 75, note HECKER P.

CJCE 27 juin 2000 affaire C- 240/98, Océano Grupo Editorial SA c/ Roció Murciano Quintero, *Rec.* p. 4941 ; *REDC* 2000, p. 261, note BERNARDEAU L.

CJCE 5 octobre 2000 affaire C- 376/98, République fédérale d'Allemagne c/ Parlement et Conseil, *Rec.* p. 8419

CJCE 10 mai 2001 affaire C- 203/99, Henning Veedfald, *Rec.* p. 3586 ; *JCP* 2002, éd. G., p. 1633, note GAUMONT-PRAT H.

CJCE 31 mai 2001 affaires C- 122/99 et C-125/99, D et Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne, *Rec.* p. 4319, *D.* 2001, p. 3380, note DEVERS A. et NOURISSAT C.

CJCE 27 septembre 2001 affaire C- 63/99, Gloszcuk, *Rec.* p. 6369

CJCE 22 novembre 2001 affaires C- 541/99 et C-542/99, Cape Snc contre Idealservice Srl et Idealservice, *Rec.* p. 9049, *JCP* 2002, éd. G, 10047, note PAISANT G.; *RED conso*, 2001, p. 341, note BERNARDEAU L.

CJCE 12 mars 2002 affaire C- 168/00, Leitner, *Rec.* p. 2631, *D.* 2004, chron. p. 1324, obs. NOURISSAT C.

CJCE 25 avril 2002 affaire C- 52/00, Commission c/ France, *Rec.* p. 3827 ; *D.* 2002, 2462, note LARROUMET C. ; *JCP* 2002, éd. G., I, 177, note VINEY G.

CJCE 11 juillet 2002 affaire C- 60/00, Mary Carpenter et Secretary of State for the Home Department, *Rec.* p. 6305 ; *Europe* octobre 2002, p. 21, n° 335, note IDOT L.

CJCE 11 juillet 2002 affaire C- 224/98, Marie-Nathalie D'Hoop c/ Office national de l'emploi, *Rec.* p. 6191

CJCE 25 juillet 2002 affaire C- 459/99, MRAX, *Rec.* p. 6591 ; *Europe* 2002, n° 11, p. 19, n° 370, note GAUTIER Y.

CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 334/00, Tacconi c/ HWS, *Rec.* p. 7383 ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 668, note REMY-CORLAY P.

CJCE 17 septembre 2002 affaire C- 413/99, Baumbast, *Rec.* p. 7091

CJCE 22 octobre 2002 affaire C-94/00, Roquette Frères SA, *Rec.* p. 9011 ; *Europe* 2002, n° 12, p. 6, note MEISSE E.

CJCE 20 mai 2003 affaires C- 465/00, C- 138 et 139/01, Österreichischer Rundfunk, *Rec.* p. 4989 ; *RTDH* 2004, p. 724, n° 2, note MAUBERNARD C.

CJCE 12 juin 2003 affaire C-112/00, Schmidberger, *RTDH* 2004, p. 435 note VIAL C. ; *RTDH* 2004, p. 721, obs. PICHERAL C.

CJCE 10 juillet 2003 affaire C-20/00, Booker Aquaculture, *Rec.* p. 7411; *RTDH* 2004, note PRISO-ESSAWE S.

CJCE 23 septembre 2003 affaire C- 109/01, Secretary of State for the Home Department c/ Hacene Akrich, *Rec.* p. 9607; *RTDH* 2004, p. 726, note MAUBERNARD C.; *Europe* 2003, comm. 353, note IDOT L.

CJCE 2 octobre 2003 affaire C-148/02, Carlos Garcia Avello c/ État belge, *RTDH* 2004, p. 739, note SURREL H. ; *Europe* décembre 2003, commentaires, n° 374, p. 5, note GAUTIER Y. ; *JCP* 2004, éd. G, I, 111, n° 3, obs. MARMISSE A.

CJCE 7 janvier 2004 affaire C- 117/01, K. B. c/ National Health Service Pensions Agency, *Rec.* p. 541 ; *JTDE* 2004, p. 81 ; *D.* 2004, juris. p. 979, note ICARD P.; *RTD civ* 2004, p. 373, note RAYNARD J.; *RTD civ* 2004, p. 266, note HAUSER J.; *CDE* 2006, p. 230, note BOHLER A. et MOTTARD Y.

CJCE 4 mars 2004 affaire C-264/02, Société Cofinoga Mérignac, *D.* 2005, p. 609, note NOURISSAT C.

CJCE 7 septembre 2004 affaire C-347/02, Commission c/ France, *RTD civ* 2004, p. 726, note MESTRE J. et FAGES B.

CJCE 9 septembre 2004 affaire C- 70/03, Commission c/ Espagne, *Rec.* p. 7999

CJCE 5 octobre 2004 affaire C- 442/02, CaixaBank France c/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, *RTD civ* 2004, p. 726, note MESTRE J. et FAGES B.

CJCE 14 octobre 2004 affaire C-36/02, Omega, *Rec.* p. 9609 ; *RTDH* 2005, p. 649, note PICHERAL C.; *Europe des libertés* n° 16, note JACQUÉ J.-P.

CJCE 19 octobre 2004 affaire C-200/02, Kunquian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department, *Rec.* p. 9925 ; *Europe* 2004, comm. n° 401, note SIMON D.; *LPA* 12 mai 2005, n° 94, p. 3, note LUBY M.; JACQUE J.-P., *L'Europe des libertés* 2005, n° 16

CJCE 1^{er} décembre 2005 affaire C- 213/04, Burtscher, *D.* 2006, chron. p. 1265, note NOURISSAT C.

CJCE 20 janvier 2005 affaire C- 464/01, Johann Gruber c/ Bay Wa AG, *Rec.* p. 439 ; *Revue Lamy Droit des affaires* 2005, n° 81, 5097, obs. COSTES L.

CJCE 1^{er} février 2005 affaire C-203/03, Commission des Communautés européennes c/ République d'Autriche, *Rec.* p. 935

CJCE 15 mars 2005, affaire C-209/03, Bidar, *Rec.* p. 2119 ; *Europe* 2005, n° 5, comm. 147, obs. KAUFF-GAZIN F.

CJCE 7 juillet 2005 affaire C- 147/03, Commission c/ Autriche, *RTDH* 2006, p. 627, obs. SURREL H.

CJCE 13 septembre 2005 affaire C- 176/03, Commission c/ Conseil, *D.* 2006, n° 19, p. 1259, note NOURISSAT C. ; *Europe* 2005, comm. 369, note SIMON D.

CJCE 22 novembre 2005 affaire C-144/04, Werner Mangold c/ Rüdiger Helm, *Europe* 2006, n° 1, comm. 18, note IDOT L. ; *JTT*, 10 mars 2006, n° 941, p. 109, note MARTIN D. ; *RTDH* 2006, p. 629, obs. SURREL H.

CJCE, 10 janvier 2006 affaire C- 401/03, Skov, *RTD civ* 2006, p. 265, note REMY-CORLAY P.

CJCE 9 février 2006 affaire C- 127/04, O'Byrne, *RTD civ* 2006, p. 267, note REMY-CORLAY P.; *D.* 2006, chron. p. 1261, note NOURISSAT C.

CJCE 14 mars 2006 affaire C- 177/04, Commission c/ France, *Europe* 2006, comm. 143, note RIGAUX A.

CJCE, 23 mars 2006 affaire C-535/03, Unitymark et NSFO, *Europe* 2006, n° 5, comm. 168, note BOUVERESSE A.

CJCE 27 avril 2006 affaire C- 423/04, Sarah Margaret Richards c/ secretary of state for work and pensions, *Rec.* p. 3585

CJCE 27 avril 2006, affaire C- 96/04, Standesamt Stadt Niebüll, *Rec.* p. 3561

CJCE 27 juin 2006 affaire C-540/03, Parlement c/ Conseil, *Europe* 2006, n° 8, comm. 236, note KAUFF-GAZIN F.

CJCE 12 juillet 2006 affaire C- 403/03, Schemmp, *RTDH* 2005, p. 629, obs. SURREL H.

CJCE, 12 septembre 2006, affaire C- 300/04, Eman et Sevinger c/ College van burgemeester en wethouders van Den Haag, à paraître

INDEX

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accouchement sous x : 219 s., 708, 874, 883

Adhésion de l'Union à la Conv EDH : 513 s., 523, 528, 563

Adoption

- effectivité du lien familial : 147
- par un parent homosexuel : 83, 221, 656

Appréciation *in concreto* : 169, 719 s.

Arrêts de la Cour EDH :

- caractère obligatoire : 467

Attente légitime : 668, 669, 784

Autodétermination : 245, 680 s., 768, 839

Autonomie des normes

- défaut d'... : 48 s., 164 s., 184 s., 284

Autonomie personnelle : 104, 181, 237, 683, 712, 825

Autorité parentale : 429, 903

B

Bipolarité européenne : 10, 340, 492 ; 494

Branche de droit : 446

C

Cadre commun de référence : 368, 384

Charte DFUE : 54, 297, 395, 511, 563, 689

Citoyenneté européenne : 328, 557, 580 s., 907

Clauses abusives : 68, 409, 471, 477, 670

Code civil européen : 17, 362 s., 372

Code Napoléon : 374 s., 378, 797 s.

Codification : 374, 499

Comité civil : 525 s.

Concept : 445

Conflits de droits : 704 s.

Conjoint : 59, 60, 117

Consensus : 138, 210, 222

Consommateur

- notion : 229, 312 s., 428
- protection : 428

Contrat

- chaîne de : 120
- défaut de conformité : 122, 304, 417, 427,
- définition : 404
- vente : 301

Conv EDH

- méthodes d'interprétation : 47
- notions autonomes : 141 s., 239, 266
- obligations positives : 128, 220, 245 s., 595 s.
- proportionnalité : 607, 651 s., 735

Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : 56, 57, 109

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : 96, 123, 128 s.

Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant : 97, 250

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : 151, 787

Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises : 71 s., 122

Création de normes : 44, 188 s., 238

D

Dignité : 112, 662

Discipline : 446

Discrimination :

- ... fondée sur l'âge : 686, 859
- ... fondée sur l'orientation sexuelle : 224, 294, 653
- ... fondée sur l'origine ethnique : 655
- ... fondée sur la naissance : 652,
- ... fondée sur la nationalité : 127
- ... fondée sur le sexe : 64

Divorce : 216 s., 298

Droit :

- à la vie : 82, 352, 406

- au nom : 202, 547 s.
- au mariage : 87, 175, 236, 550 s.
- civil
 - o définition : 12
- civil européen
 - o caractères : 691 s.
 - o fondement : 326 ; 508
 - o nature : 620 s.,
 - o primauté : 14, 18, 896
- communautaire
 - o champ d'application matériel : 545 s.
 - o champ d'application personnel : 554 s.
- de la consommation : 68, 354, 409
- de rétractation : 69, 413, 434, 902
- européen
 - o des contrats : 360 s., 371
 - o dimension sociale : 830 s.
- objectif : 439, 440, 620, 726
- subjectif : 621

Droit de l'environnement : 456

Droits de l'homme

- effet horizontal : 593 s., 829 s.
- indivisibilité : 832
- primauté : 566 s., 572 s.
- notion : 33

Droit de propriété

- protection : 98, 276, 285
- indemnisation : 105, 347
- restriction : 55

Droits individuels : 752 s., 754 s.

Droit international privé : 19

Droit matriciel : 541

Droit pénal européen : 19, 455, 493, 519, 603, 743

Droit rural : 455

Droit social européen : 493

E

Effectivité juridique : 30, 78, 134, 136 s.

Égalité de traitement : 551, 647, 659

Emprunts de normes

- notion : 106

Enfant

- définition : 405
- origines : 420, 709, 866, 887

Équilibre contractuel : 670, 680

Équité : 429, 472, 474, 673, 678

Esclavage : 100

Essence : 28, 532, 535

Existence : 28

- d'un droit : 30

F

Famille :

- droit de fonder une famille : 416
- lien familial effectif : 140

Filiation :

- adoptive : 543
- contestation : 81
- insémination artificielle avec donneur : 80
- légitime : 196, 629
- naturelle : 95

Fondamentalisation

- notion : 534, 537
- du droit civil européen : 537 s.

Force obligatoire des déclarations précontractuelles : 675

H

Hyperindividualisme : 816 s., 832

I

Idéalisme : 696

Imprévision : 678

Individualisme

- du code civil : 797
- du droit civil européen : 743 s.
- notion : 745
- reflux : 805

Intérêt de l'enfant : 147, 688 s., 836

Intérêt général : 269, 663, 727, 758, 792, 818, 829, 834 s.

L

Liberté

- contractuelle : 366, 663, 679, 713, 799, 802, 821
- principe de : 663, 707
- sexuelle : 683, 712

M

Marge nationale d'appréciation : 146, 176 s., 869

Mariage :

- intention matrimoniale véritable : 690
- empêchement : 87, 768

Matière : 446

Morale : 90 s., 206

N

Nécessités locales : 86 s., 158, 167

- Nom :
- modification : 549
 - protection : 202 ; 351, 548, 851
 - refus de protection : 158

Notions autonomes

- définition : 266 s.
- biens : 268 s.
- droit et obligations à caractère civil : 141 s., 281 s.

Notion

- à contenu variable : 445
- cadre : 445
- conceptuelle : 445
- fonctionnelle : 445
- sans critères : 445

O

Obligation d'information : 419, 677, 902

Ordre juridique européen : 464, 467, 477

Ordre public européen : 893

Ordre public successoral : 658

Ordre public civil européen : 894 s.

P

Partenaire,

- non marié : 59, 60, 259
- de même sexe : 63, 64

Pesée des intérêts : 867

Polygamie : 261, 898

Préjudice : 205, 412

Principe d'égalité : 640 s., 898

Principe de proportionnalité : 607, 681

Principes du droit européen des contrats : 66, 121, 151, 408, 458, 672, 678, 679, 713, 902

Protection des données personnelles : 565

R

Rapprochement des législations

- harmonisation : 344 s., 393, 458, 660
- unification : 344 s., 351, 381, 651
- uniformisation : 344 s.

Regroupement familial

- citoyens européens : 553
- étrangers : 569
- partenaire non marié : 60, 260
- ressources suffisantes : 115

Relations homosexuelles

- prohibition : 90

Renvoi au droit interne : 114

Réparation : 673 s., 858

Respect du mode de vie traditionnel : 201

Responsabilités contractuelle et délictuelle : 120, 203, 232

Responsabilité du fait des produits défectueux : 230, 235, 296, 309 s., 425

Restitutio in integrum : 105

Révélation : 41

Right of privacy : 237, 841 s.

S

Sadomasochisme : 684 s., 740, 792, 905

Sécurité juridique : 137 s.

Solidarisme : 806 s.

Sources du droit

- définitions : 37 s.
- formelles et matérielles : 38

Souveraineté nationale : 46

Standards : 667

Statut du fœtus : 82

Système juridique

- définition : 319 s., 482 s.
- pyramidal : 483 ; 492
- en réseau : 481 s., 870
- unitaire : 398

T

Traditions juridiques communes aux États membres : 171

Traité établissant une Constitution pour l'Europe : 385 s.

Transexuels

- droits parentaux : 198
- mariage : 77, 207, 551
- sexe : 103, 146

V

Vie familiale :

- des étrangers : 212, 263
- effectivité : 140, 789
- notion : 239, 248 s., 410

Vie privée :

- notion : 239, 241 s., 845
- protection : 126

Viol : 78

Volonté individuelle : 782 s.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION..... | 11 |
| PREMIÈRE PARTIE L'EXISTENCE DU DROIT CIVIL EUROPÉEN..... | 37 |
| TITRE I LES SOURCES EUROPÉENNES DU DROIT CIVIL | 39 |
| Chapitre I - L'absence de normes civiles proprement européennes..... | 45 |
| Section I : Le défaut d'autonomie des normes civiles européennes..... | 47 |
| § I - L'influence des autres ordres juridiques..... | 48 |
| A / Des normes civiles communautaires sous influence | 49 |
| 1° L'influence ascendante sur les normes civiles communautaires | 50 |
| 2° L'influence latérale sur les normes civiles communautaires..... | 59 |
| B / Des normes civiles du Conseil de l'Europe sous influence..... | 62 |
| 1° L'influence ascendante sur les normes civiles du Conseil de l'Europe..... | 63 |
| a. L'influence de consensus des droits nationaux | 63 |
| b. L'influence des nécessités locales..... | 70 |
| 2° L'influence latérale sur les normes civiles du Conseil de l'Europe | 74 |
| § II - Les emprunts aux autres ordres juridiques | 82 |
| A / Des normes civiles communautaires empruntées..... | 83 |
| 1° Les emprunts ascendants par les normes civiles communautaires | 83 |
| 2° Les emprunts latéraux par les normes civiles communautaires..... | 89 |
| B / Des normes civiles du Conseil de l'Europe empruntées | 91 |
| 1° Les emprunts ascendants par les normes civiles du Conseil de l'Europe.... | 91 |
| 2° Les emprunts latéraux par les normes civiles du Conseil de l'Europe | 94 |
| Section II : Les inférences du défaut d'autonomie des normes civiles européennes ... | 96 |
| § I - Les atteintes portées à l'effectivité juridique..... | 97 |
| A / La sécurité juridique en cause | 98 |
| 1° Manque d'autonomie et prévisibilité des normes civiles européennes | 99 |
| 2° Manque d'autonomie et lisibilité des normes civiles européennes | 105 |
| B / L'efficacité juridique altérée | 108 |
| 1° Un objectif inatteignable..... | 108 |
| 2° Des effets non désirés | 111 |
| § II - Des atteintes limitées..... | 116 |
| A / Un manque d'autonomie inhérent au droit européen..... | 116 |
| 1° Un gage d'acceptation des États | 116 |
| 2° Le respect des textes | 119 |

| | |
|---|-----|
| B / Un manque d'autonomie surmontable..... | 124 |
| 1° La contestation d'un affaiblissement de la protection accordée..... | 124 |
| 2° La contestation de l'autonomie comme critère d'existence des normes civiles européennes | 127 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE I | 130 |
| Chapitre II - L'élaboration de normes civiles par le droit européen | 133 |
| Section I : Les processus de création jurisprudentielle | 135 |
| § I - La création par le choix des emprunts et influences..... | 136 |
| A / Une création en l'absence de consensus..... | 137 |
| 1° L'applicabilité d'un droit en l'absence de consensus | 138 |
| 2° Le respect d'un droit en l'absence de consensus | 146 |
| B / Une création contraire à un consensus établi..... | 151 |
| 1° L'inapplicabilité d'un droit malgré un consensus établi..... | 152 |
| 2° Le respect d'un droit contraire à un consensus établi..... | 157 |
| § II - La création au delà des emprunts et influences..... | 163 |
| A / L'eupéanisation partielle des règles de droit | 163 |
| 1° Une interprétation précisée par le droit européen..... | 163 |
| 2° Un régime juridique spécifié par le droit européen | 168 |
| B / L'eupéanisation d'ensemble des règles de droit | 172 |
| 1° Les notions de vie privée et familiale | 173 |
| a. La notion de vie privée | 174 |
| b. La notion de vie familiale..... | 179 |
| 2° Les concepts autonomes | 196 |
| a. La notion de biens | 197 |
| b. La notion de droits et obligations de caractère civil..... | 207 |
| Section II : Les processus de création textuelle | 213 |
| § I - La création par le choix des emprunts et influences..... | 214 |
| A / Une création en l'absence de consensus..... | 215 |
| B / Une création contraire à un consensus établi..... | 217 |
| § II - La création au delà des emprunts et influences..... | 218 |
| A / L'eupéanisation partielle des règles de droit | 218 |
| 1° Une définition précisée par le droit européen..... | 218 |
| 2° Un régime juridique spécifié par le droit européen | 220 |
| B / L'eupéanisation d'ensemble des règles de droit | 223 |
| 1° La responsabilité du fait des produits défectueux..... | 224 |
| 2° La notion de consommateur..... | 225 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE II | 228 |
| CONCLUSION DU TITRE I..... | 230 |

| | |
|--|------------|
| TITRE II LE SYSTEME DE DROIT CIVIL EUROPEEN | 233 |
| Chapitre I - L'absence d'unité du droit civil européen | 237 |
| Section I : Un cadre indéterminé..... | 237 |
| § I - Le défaut d'encadrement unique du droit civil européen..... | 238 |
| A / La dualité des structures du droit civil européen..... | 238 |
| 1° L'absence de fondement déterminé du droit civil européen..... | 239 |
| 2° Une volonté inexistante de créer un droit civil européen | 244 |
| B / La pluralité des méthodes | 248 |
| 1° La diversité des buts | 249 |
| 2° La diversité des instruments | 257 |
| § II - Les perspectives d'encadrement..... | 261 |
| A / Le projet d'élaboration d'un droit européen des contrats | 262 |
| 1° Un projet juridique à géométrie variable | 262 |
| 2° Un projet polémique à résonance politique | 269 |
| B / Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe..... | 279 |
| 1° Le contenu des dispositions touchant à la matière civile..... | 280 |
| 2° L'impact limité sur le droit civil européen | 282 |
| Section II : Un contenu imprécis..... | 285 |
| § I - Imprécisions au stade de la formulation des normes civiles européennes..... | 285 |
| A / Des normes de compromis ou le risque d'une formulation floue | 287 |
| 1° Des définitions passées sous silence..... | 287 |
| 2° Des définitions évasives | 289 |
| B / Des normes sectorielles ou le risque d'une formulation divergente..... | 292 |
| 1° Des définitions divergentes..... | 293 |
| 2° Des différences de traitement | 296 |
| § II - Imprécisions au stade de l'application des normes civiles européennes..... | 300 |
| A / Une mise en œuvre irrégulière des normes | 301 |
| 1° Une application parcellaire des normes | 301 |
| 2° Une application imprévisible des normes..... | 303 |
| B / Une articulation aléatoire des normes | 306 |
| 1° Une délimitation malaisée des champs d'application..... | 306 |
| 2° Une application simultanée des normes de droit civil..... | 309 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE I | 311 |
| Chapitre II - L'édification d'un système de droit civil européen..... | 313 |
| Section I : Un droit civil européen à révéler | 314 |
| § I - La confrontation entre le droit civil européen et les notions voisines | 314 |
| A / Le droit civil européen confronté aux notions théoriques..... | 315 |
| 1° La présentation des notions voisines d'ordre théorique | 316 |
| 2° Le rapprochement entre le droit civil européen et les notions théoriques . | 318 |

| | |
|---|------------|
| B / Le droit civil européen confronté aux notions chronologiques | 319 |
| 1° La présentation des notions voisines d'ordre chronologique | 319 |
| 2° Le rapprochement entre le droit civil européen et les notions chronologiques | 322 |
| § II - La confrontation entre le droit civil européen et les définitions du droit..... | 324 |
| A / Les définitions fonctionnelles | 325 |
| 1° Un ensemble de règles de conduite | 325 |
| 2° Un ensemble de règles coercitif..... | 327 |
| B / Les définitions substantielles..... | 329 |
| 1° Les définitions fondées sur le contenu du droit | 330 |
| 2° Les définitions fondées sur les finalités du droit | 331 |
| Section II : Un système de droit civil européen à identifier..... | 335 |
| § I - Un système en quête de reconnaissance | 335 |
| A / Un système atypique | 336 |
| 1° Le système en réseau du droit civil européen | 336 |
| 2° Une tentative d'analyse systémique du droit civil européen | 338 |
| B / Une singularité déduite de la bipolarité européenne | 341 |
| 1° La mise à l'écart de la structure pyramidale | 342 |
| 2° L'aspect déstructurant du droit européen | 344 |
| § II - Un système en quête de cohérence..... | 348 |
| A / Une recherche de cohérence dans la construction théorique du droit civil européen | 348 |
| 1° La nécessité d'une base juridique | 349 |
| 2° La nécessité d'un fondement juridique unique | 351 |
| a. Le fondement des droits de l'homme | 351 |
| b. L'adhésion de l'Union à la Conv EDH | 358 |
| B / Une recherche de cohérence dans l'exécution pratique du droit civil européen | 361 |
| 1° Une organisation judiciaire harmonisée | 362 |
| 2° La création d'un comité civil..... | 365 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE II | 368 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 369 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE I | 370 |
| SECONDE PARTIE L'ESSENCE DU DROIT CIVIL EUROPEEN..... | 371 |
| TITRE I LA FONDAMENTALISATION DU DROIT CIVIL EUROPEEN | 375 |
| Chapitre I - La dialectique des droits fondamentaux et du droit civil européen | 377 |
| Section I : Les droits fondamentaux, droit matriciel du droit civil européen..... | 377 |
| § I - Les droits fondamentaux à l'origine du droit civil européen..... | 379 |
| A / L'extension du champ d'application matériel du droit communautaire..... | 380 |

| | |
|--|-----|
| 1° Le droit au nom en droit communautaire | 381 |
| 2° Le droit au mariage en droit communautaire..... | 383 |
| B / L'extension du champ d'application personnel du droit communautaire | 386 |
| 1° L'attachement à une activité matérielle..... | 386 |
| 2° L'attachement à la qualité de citoyen | 387 |
| § II - La progression du droit civil européen par les droits fondamentaux | 389 |
| A / Le développement du droit civil par la primauté des droits fondamentaux . | 390 |
| 1° Un objectif majeur de l'Union..... | 391 |
| 2° Un objectif primordial de l'Union | 392 |
| B / Le développement du droit civil européen par la notion de citoyenneté..... | 401 |
| 1° La circulation virtuelle..... | 401 |
| 2° La circulation purement fictive..... | 403 |
| Section II : Le droit civil européen, facteur d'effectivité des droits fondamentaux... | 406 |
| § I - Les droits fondamentaux dans les rapports interindividuels | 406 |
| A / La notion d'effet horizontal des droits fondamentaux | 407 |
| 1° La complétude du système de protection des droits de l'homme..... | 407 |
| 2° Les manifestations en droit civil européen | 410 |
| B / Une justification de l'effet horizontal..... | 411 |
| 1° Une justification théorique de l'effet horizontal..... | 412 |
| 2° L'autonomisation de la protection accordée aux rapports interindividuels | 414 |
| § II - Les droits fondamentaux dans la dépendance du droit civil européen..... | 415 |
| A / L'apport du droit civil européen aux droits fondamentaux..... | 415 |
| 1° Un titulaire supplémentaire de l'obligation de respect des droits fondamentaux | 416 |
| 2° La liaison entre droit civil interne et droit civil européen | 418 |
| B / Un apport limité par le rôle persistant de l'État | 419 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE I | 421 |
| Chapitre II - La nature du droit civil européen..... | 423 |
| Section I : L'objet du droit civil européen | 424 |
| § I - L'aspect civil du droit envisagé..... | 424 |
| A / Le contenu civil des normes..... | 425 |
| 1° Les personnes..... | 425 |
| 2° Les rapports avec les tiers..... | 427 |
| B / La finalité civile des normes..... | 427 |
| 1° Des règles régissant les rapports entre particuliers..... | 428 |
| 2° Des règles régissant les rapports entre l'État et les particuliers..... | 429 |
| § II - Le principe général d'égalité, principe directeur du droit civil européen | 431 |
| A / L'importance du principe d'égalité en droit civil européen..... | 431 |
| 1° La présentation du principe d'égalité | 431 |

| | |
|--|------------|
| 2° L'égalité civile européenne..... | 434 |
| a. L'effet de levier | 434 |
| b. Un facteur d'unification | 437 |
| B / Le principe d'égalité dans les standards établis du droit civil européen | 444 |
| 1° Le droit des contrats et de la responsabilité..... | 445 |
| a. Le standard du raisonnable | 445 |
| b. Les principes sous-jacents | 451 |
| 2° Le droit de la famille et des personnes | 454 |
| Section : II Les caractères du droit civil européen | 459 |
| § I - Les caractères tenant à la substance du droit civil européen | 459 |
| A / Un droit civil européen ambivalent..... | 460 |
| 1° Un droit empreint d'idéal..... | 461 |
| 2° Un droit positif..... | 464 |
| B / Un droit civil européen conflictuel..... | 466 |
| 1° Les conflits de droits en droit civil du Conseil de l'Europe | 467 |
| 2° Les conflits de droits en droit civil communautaire | 471 |
| § II - Les caractères relevant de la portée du droit civil européen | 474 |
| A / Un droit factuel..... | 474 |
| 1° Un droit lié à une appréciation <i>in concreto</i> | 475 |
| 2° Vers une construction plus abstraite | 479 |
| B / Un droit flexible | 481 |
| 1° Un droit souple | 481 |
| 2° Le rôle du juge | 483 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE II | 487 |
| CONCLUSION DU TITRE I..... | 488 |
| TITRE II L'INDIVIDUALISME DU DROIT CIVIL EUROPEEN..... | 489 |
| Chapitre I - Un individualisme renforcé | 491 |
| Section I : La personnalisation du droit civil européen..... | 492 |
| § I - L'enrichissement des droits de la personne | 492 |
| A / L'accroissement quantitatif des droits reconnus aux individus | 493 |
| 1° Les droits individuels en droit communautaire | 493 |
| 2° Les droits individuels en droit du Conseil de l'Europe | 494 |
| B / L'accroissement qualitatif des droits reconnus aux individus..... | 497 |
| 1° L'individu au cœur de la protection..... | 497 |
| 2° Une protection effective | 499 |
| § II - L'enrichissement de la considération portée à la personne..... | 501 |
| A / La personne dans son intégralité | 502 |
| 1° La protection de l'individu en société | 502 |
| 2° La protection de l'autonomie individuelle..... | 505 |

| | |
|---|-----|
| B / La prise en considération de la volonté de la personne | 506 |
| 1° La volonté à l'origine d'un droit..... | 507 |
| 2° La volonté comme limite aux droits garantis | 511 |
| Section II : Le dépassement de l'idéologie individualiste traditionnelle | 513 |
| § I - L'individualisme en droit civil : l'exemple du droit interne | 514 |
| A / L'individualisme dans le Code civil..... | 514 |
| 1° Un individualisme déclaré | 515 |
| 2° Un individualisme modéré..... | 516 |
| B / Le reflux de l'individualisme français..... | 518 |
| 1° Le solidarisme du droit civil interne..... | 519 |
| 2° Une réaction nationale contre un individualisme effréné | 521 |
| § II - L'individualisme en droit civil européen | 524 |
| A / L'hyperindividualisme | 524 |
| 1° L'abstraction des ensembles sociaux et institutionnels | 525 |
| 2° La portée de l'hyperindividualisme civil européen | 528 |
| B / La compensation de l'individualisme civil européen..... | 530 |
| 1° La pondération par l'effet horizontal du droit civil européen..... | 531 |
| 2° La correction par la dimension sociale du droit européen..... | 532 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE I | 535 |
| Chapitre II - Un individualisme remanié..... | 537 |
| Section I : La mise en valeur de l'intérêt général en droit civil européen..... | 538 |
| § I - L'absence de sacrifice de l'intérêt général en droit civil européen | 538 |
| A / L'exclusion traditionnelle de l'intérêt général par l'individualisme | 539 |
| 1° Des notions présumées antagonistes..... | 539 |
| 2° L'exemple du <i>right of privacy</i> anglo-saxon..... | 540 |
| B / L'admission atypique de l'intérêt général dans l'espace civil européen | 543 |
| 1° La forme de l'admission | 543 |
| 2° Le contenu de l'admission | 545 |
| § II - L'amplification du rôle de l'intérêt général en droit civil européen | 546 |
| A / Un intérêt général largement pris en compte..... | 547 |
| 1° Un facteur de restriction des libertés individuelles..... | 547 |
| 2° Un facteur d'extension des libertés individuelles | 551 |
| B / La pesée permanente des intérêts | 554 |
| 1° La mise en balance intérêts privés / intérêt général..... | 554 |
| 2° La mise en balance des intérêts privés..... | 557 |
| Section II : L'intérêt général, instrument de protection de l'individu..... | 559 |
| § I - L'individu gestionnaire de l'intérêt général | 560 |
| A / Un intérêt individuel magnifié en intérêt général..... | 560 |
| 1° Le processus d'assimilation de l'intérêt individuel à l'intérêt général | 561 |

| | |
|---|------------|
| 2° Les conditions du processus d'assimilation de l'intérêt individuel à l'intérêt général | 563 |
| B / Une assimilation mesurée de l'intérêt individuel à l'intérêt général | 565 |
| § II - Une protection garantie par un ordre public civil européen | 567 |
| A / Les fonctions de l'ordre public civil européen | 568 |
| 1° Les lois civiles impératives | 568 |
| 2° L'ambition collective civile minimale | 570 |
| B / Le contenu de l'ordre public civil européen | 573 |
| 1° Le contenu des mesures impératives | 574 |
| 2° Le contenu de l'ambition collective civile minimale | 575 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE II | 579 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 580 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE II | 582 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 585 |
| INDEX | 668 |
| TABLE DES MATIÈRES | 673 |

La tentative de conceptualisation du droit civil européen débute avec un premier objectif : prouver l'existence de ce droit. Si les normes civiles européennes sont connues, encore faut-il déterminer à partir de quand un ensemble de règles forme un droit. Par ailleurs, l'élément essentiel pour que le droit européen puisse être admis au rang des sources de normes civiles réside dans la création de règles. Or, les dispositions civiles européennes proviennent d'influences et d'emprunts de règles préexistant dans d'autres ordres, nationaux et international. À l'instar de tout droit créé à l'échelle européenne, le droit civil européen devra réussir le pari d'exister à travers deux ordonnancements européens : l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Il résulte de cette bipolarité un système de droit civil singulier, loin du système unitaire traditionnel.

Le second objectif de l'étude tend à révéler la substance du droit civil européen. L'explosion des droits fondamentaux a rendu nécessaire l'émergence d'un droit civil européen. Il en résulte un droit civil inédit, qui se construit autour d'un centre de gravité à valeur fondamentale. Le droit civil européen se présentant comme un droit individualiste, l'esprit des droits fondamentaux permet de préserver un juste équilibre entre intérêt individuel et intérêt général. En cela, les droits fondamentaux constituent un gage d'équilibre pour le droit civil européen. En outre, ils traduisent une idée de souplesse et de diversité indispensables à la reconnaissance et à l'extension de ce nouveau droit.