

## Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique

Ejan Mackaay

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043836ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043836ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mackaay, E. (2005). Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 217–228. <https://doi.org/10.7202/043836ar>

### Article abstract

The civil law tradition has been criticised for a lack of dynamism flowing from a certain nationalism which seeks to shelter itself from ideas coming from elsewhere. Can a European Civil Code blow new life into the civil law tradition ? The article explores the conditions under which it might. They stem at once from the (con)federal character of the European Union and from the dynamics of innovation itself. The relative success of federation as a instrument of governance stems, as economists have shown, from the division of roles — and hence of sovereignty — they entail between the two levels of government of which they are composed. Federations are unstable compromises, but they outperform other modes of governance due, in particular, to the fact that member states are forced into a form of competition amongst each other to offer the best combination of public goods against the tax contribution they require. As civil law can be seen as one of these public goods, it is worthwhile to transpose the idea of inter-state competition to this area as well : competition is source of innovation and discovery (Hayek). This broad guideline excludes the option of having a Civil Code imposed throughout the Union by the central power (Brussels). But creating competition amongst member states in this matter is by no means a simple feat. It rests on the premise that citizens are at liberty to choose the law they wish to see applied to their relationships ; amongst the options can be a 26th legal solution proposed uniformly throughout the Union. This conception commits lawyers of all levels to engage significantly in comparative law. The clash of ideas will breathe new dynamism into the civil law tradition.

# Faut-il un code civil européen ?

## Une analyse économique\*

Ejan MACKAAY\*\*

*La tradition civiliste se voit souvent reprocher une certaine sclérose résultant d'un nationalisme qui cherche trop à se mettre à l'abri d'idées venues d'ailleurs. Un code civil européen peut-il provoquer le renouveau ? Il importe d'en explorer les conditions, qui tiennent, d'une part, au caractère (con)fédéral de l'Union européenne et, d'autre part, à la dynamique même de l'innovation. Le succès relatif des fédérations comme mode de gouvernance est attribuable, comme les économistes l'ont montré, à la division des rôles — et donc de la souveraineté — entre les deux niveaux de gouvernement qui les composent. Il s'agit d'équilibres instables, mais dont les bienfaits proviennent notamment de ce que les États membres se trouvent en concurrence pour offrir la meilleure combinaison de biens collectifs moyennant contribution fiscale. Comme le droit civil fait partie de ces biens collectifs, il importe de transposer la concurrence inter-étatique sur ce terrain également : la concurrence est source d'innovation et de découverte (Hayek). Cette consigne exclut l'option d'un code civil uniforme imposé par le pouvoir central. La mise en œuvre d'une procédure décentralisée de découverte n'est pas simple pour autant. Elle table sur la liberté qu'auront les citoyens de choisir le droit applicable à leurs rapports, l'éventail de choix pouvant comprendre une 26<sup>e</sup> option mise à la disposition des citoyens de manière uniforme dans toute l'Union européenne. Pour les juristes de tous les niveaux, cette conception entraînera un engagement à faire du droit comparé de manière significative. Le choc des idées insufflera un nouveau dynamisme dans la tradition civiliste.*

---

\* L'étude qui suit a profité des recherches menées dans le cadre du projet Recherche sur le rôle des usages dans le droit des transactions commerciales internationales, subventionné par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (no 410-010514).

\*\* Professeur, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public (CRDP) et directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI), Université de Montréal, ejan.mackaay.umontreal.ca.

*The civil law tradition has been criticised for a lack of dynamism flowing from a certain nationalism which seeks to shelter itself from ideas coming from elsewhere. Can a European Civil Code blow new life into the civil law tradition? The article explores the conditions under which it might. They stem at once from the (con)federal character of the European Union and from the dynamics of innovation itself. The relative success of federation as a instrument of governance stems, as economists have shown, from the division of roles — and hence of sovereignty — they entail between the two levels of government of which they are composed. Federations are unstable compromises, but they outperform other modes of governance due, in particular, to the fact that member states are forced into a form of competition amongst each other to offer the best combination of public goods against the tax contribution they require. As civil law can be seen as one of these public goods, it is worthwhile to transpose the idea of inter-state competition to this area as well: competition is source of innovation and discovery (Hayek). This broad guideline excludes the option of having a Civil Code imposed throughout the Union by the central power (Brussels). But creating competition amongst member states in this matter is by no means a simple feat. It rests on the premise that citizens are at liberty to choose the law they wish to see applied to their relationships; amongst the options can be a 26th legal solution proposed uniformly throughout the Union. This conception commits lawyers of all levels to engage significantly in comparative law. The clash of ideas will breathe new dynamism into the civil law tradition.*

	<i>Pages</i>
1 L'économie des fédérations .....	221
2 L'innovation en matière juridique .....	223
Conclusion .....	228

À l'époque où, dans un concert d'éloges, le Code civil français évoluait vers son deuxième centenaire et le *Code civil du Québec*, vers sa première décennie d'existence, un groupe d'économistes de Harvard a jeté un pavé dans la mare en annonçant que la qualité de gouvernement dans les pays

dotés d'un système juridique civiliste d'inspiration française était inférieure à celle que connaissent les pays avec un système civiliste du type germanique ou avec un système de common law<sup>1</sup>. Leur conclusion était basée sur une vaste étude comparative d'un grand nombre de pays<sup>2</sup>; la qualité de gouvernement recherchée était sa tendance à favoriser le développement capitaliste et était mesurée par des indices comme le degré d'interventionnisme, l'efficacité du secteur public, la fourniture des biens collectifs, la taille du gouvernement et la liberté politique.

Les auteurs de cette étude observent que les codes civils français et allemand ont été adoptés au moment où la France et l'Allemagne étaient gouvernées par un pouvoir autocratique, pour qui le code aurait été l'un des instruments d'expansion du pouvoir de l'État, et laissent entendre que ces pays montreraient encore aujourd'hui les séquelles de cet héritage<sup>3</sup>. Le gouvernement de la Grande-Bretagne, par contraste, devrait sa forme à la victoire de l'aristocratie sur le pouvoir royal, ce qui aurait donné lieu à un gouvernement plus restreint, une bureaucratie plus efficace et des libertés politiques plus étendues<sup>4</sup>.

Ces idées ont été reprises dans des documents intitulés *Doing Business* de la Banque mondiale, ce qui leur a assuré une large diffusion<sup>5</sup>. Elles ont été perçues comme une attaque en règle contre la tradition civiliste. Dans son discours lors du Colloque sur le bicentenaire du Code civil, à Marrakech, le 20 mai 2004, le secrétaire général de l'Organisation internationale de la Francophonie, M. Abdou Diouf, s'en est pris virulemment à ces conclusions, qui, à ses yeux, sont plus que des querelles d'experts, car elles sont prises en considération par les fournisseurs d'assurances

- 
1. R. LA PORTA et autres, «The Quality of Government», (1999) 15 *Journal of Law, Economics, & Organization* 222, 261-262. Le groupe a fait plusieurs études macrocomparatives analogues, par exemple: E.L. GLAESER et A. SHLEIFER, «Legal Origins», (2002) 117 *Quarterly Journal of Economics* 1193; E.L. GLAESER et autres, *Do Institutions Cause Growth?*, NBER Working Paper No. W10568, [En ligne], juin 2004, [papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\_id=557202] (13 avril 2005); R. LA PORTA et autres, «Law and Finance», (1998) 106 *Journal of Political Economy* 1113; R. LA PORTA et autres, «Judicial Checks and Balances», (2004) 112 *Journal of Political Economy* 445; A. SHLEIFER et R. VISHNY, *The Grabbing Hand: Government Pathologies and their Cures*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
  2. R. LA PORTA et autres, «The Quality of Government», *loc. cit.*, note 1, 1999, p. 234. Ce nombre est variable selon les volets, soit au minimum 47, au maximum 152. Les données se rapportent aux années 90.
  3. *Id.*, p. 231.
  4. *Id.*, p. 228.
  5. WORLD BANK, *Doing Business, Doing Business 2004: Understanding Regulation*, [En ligne], 2004, [rru.worldbank.org/DoingBusiness/Main/DoingBusiness2004.aspx] (15 avril 2005).

crédit à l'exportation, les agences de notation et les bailleurs de fonds<sup>6</sup>. Il s'est opposé à la « pensée unique » qui préconise un seul système juridique comme étant le meilleur pour tous.

Dans le monde scientifique, l'étude des économistes de Harvard a été critiquée. Elle a été jugée trop macroscopique. Des critiques lui ont reproché de faire des classifications arbitraires et, surtout, de ne pas proposer de véritable théorie capable d'expliquer la causalité des faits observés<sup>7</sup>.

La place de la tradition civiliste dans le monde juridique mérite néanmoins une réflexion. Ugo Mattei, comparatiste travaillant à Turin et en Californie, a lancé, il y a dix ans, un cri d'alarme à ce sujet<sup>8</sup>. Le leadership intellectuel dans le monde juridique, qui a longtemps été exercé par les civilistes, est maintenant, à ses yeux, passé aux juristes américains. Le vent a tourné. Les grandes innovations en théorie du droit (dont l'analyse économique du droit), de même que dans les institutions façonnées par la pratique (par exemple la franchise et le *swap*) sont venues récemment des États-Unis.

En s'interrogeant sur les raisons de ce changement, Mattei perçoit une certaine sclérose, qu'il attribue au positivisme et au nationalisme trop prononcés dans les pays du code civil. L'intégration européenne a été source de croissance et d'innovation dans beaucoup de secteurs. Un code civil européen pourrait-il alors annoncer un vent de renouveau ? Même pour Mattei, la réponse paraît pouvoir être affirmative<sup>9</sup>. Cependant, il importe de

6. La presse s'est largement fait écho de cette défense de la tradition civiliste : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *1804-2004 Bicentenaire du code civil*, dossier de presse, [En ligne], 2004, [<http://www.justice.gouv.fr/presse/conf080304f.htm>] ; MAGHREB ARABE PRESSE, *La présence du Code civil français dans le monde arabe*, colloque tenu à Marrakech, le 20 mai 2004, [En ligne], [[http://www.map.co.ma/mapfr/info\\_2004/colloque%20marrakech\\_cde%20civil%20francai.htm](http://www.map.co.ma/mapfr/info_2004/colloque%20marrakech_cde%20civil%20francai.htm)] ; INFO FRANCOPHONIE, *Abdou Diouf plaide pour la diversité des systèmes juridiques*, [En ligne], 2004, [[http://home.scarlet.be/~fontgu05/revues/2004-2/02-Les\\_breves.htm](http://home.scarlet.be/~fontgu05/revues/2004-2/02-Les_breves.htm)].
7. Voir par exemple : G.K. HADFIELD, « Contract Law is Not Enough: The Many Legal Institutions That Support Contractual Commitments », dans C. MENARD et M. SHIRLEY (dir.), *Handbook of New Institutional Economics*, La Haye, Kluwer, [En ligne], 2004, [[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=537303](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=537303)] (15 avril 2005) ; D. BERKOWITZ, K. PISTOR et J.-F. RICHARD, « The Transplant Effect », (2003) 51 *American Journal of Comparative Law* 163 ; L.G. ZUCKER et M.R. DARBY, « Comment on The « Quality of Government » : Why Do Some Governments Have Better Institutions Than Others », (1999) 15 *Journal of Law, Economics, & Organization* 280.
8. U. MATTEI, « Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law », (1994) 42 *American Journal of Comparative Law* 195.
9. Voir par exemple : U. MATTEI, « Hard Code Now ! », (2002) 2 *Global Jurist Frontiers* 1 ; U. MATTEI, « Efficiency and Equal Protection in The New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules », (1999) 39 *Virginia Journal of International Law* 537.

bien situer la source du renouveau. L'initiative du pouvoir central de créer un code civil peut-elle susciter le dynamisme du monde juridique ou vaut-il mieux se tourner vers d'autres types de procédure ? La question soulève le problème de l'attribution des compétences dans une fédération ou confédération. Il convient d'en discuter sous deux rubriques : l'économie des fédérations (1) et l'innovation (2).

## 1 L'économie des fédérations

La fédération ou confédération de plusieurs États jusqu'alors entièrement indépendants emporte la liberté de circulation des personnes, des biens et des capitaux dans l'espace commun. C'est le marché élargi que la fédération cherche à mettre en place.

Cette mobilité a pour effet, voulu ou non, de mettre en concurrence les États membres de la fédération : les personnes qui n'aiment pas la corbeille de programmes et de services, avec le fardeau fiscal associé, qui leur est proposée par leur État de résidence peuvent se déplacer vers un État qui leur propose une corbeille qu'elles préfèrent. En inversant la perspective, on voit que les États, soucieux de leur assiette fiscale, se font ainsi concurrence pour avoir les citoyens comme résidents. Le choix des citoyens peut porter sur un élément particulier qu'ils jugent particulièrement important, sur plusieurs éléments ou même sur la corbeille dans son ensemble. Le droit figure parmi les services fournis à la population.

La mise en concurrence a deux effets à retenir ici<sup>10</sup>. D'abord, les individus tendent à se regrouper dans des ensembles qui partagent certaines préférences fondamentales relatives aux biens publics (y compris la langue), alors que les ensembles peuvent différer appréciablement entre eux. Il coexiste ainsi au sein de la confédération helvétique des cantons aux affiliations religieuses et linguistiques fort différentes et ayant des orientations sociopolitiques divergentes. La formule fédérale accommode bien cette diversité parmi ses citoyens.

---

10. Sur cette mise en concurrence : A. BRETON, *Competitive Governments – An Economic Theory of Politics and Public Finance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Sur l'économie du fédéralisme, voir aussi : J.L. MIGUÉ, *Federalism and Free Trade*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1993 ; J.L. MIGUÉ, « Public Choice in a Federal System », (1997) 90 *Public Choice* 235 ; B.R. WEINGAST, « The Economic Role of Political Institutions : Market-Preserving Federalism and Economic Development », (1995) 11 *Journal of Law, Economics, & Organization* 1 ; le *locus classicus* de cette littérature est C.M. TIEBOUT, « A Pure Theory of Local Expenditures », (1956) 64 *Journal of Political Economy* 416.

Ensuite, les États soumis à cette concurrence subissent une forme de pression pour adapter leurs programmes et la fiscalité associée aux souhaits des clientèles et pour ne pas traîner par rapport aux États voisins. Pour que cette pression se manifeste, il n'est pas nécessaire que la majorité des citoyens se déplace d'un État à l'autre; il suffirait déjà qu'une petite proportion le fasse pour que l'État dont elle désapprouve la corbeille de services subisse une perte sensible de revenus, qui l'oblige à revoir ses programmes, ou, alternativement, à hausser ses impôts, ce qui provoquerait d'autres départs<sup>11</sup>.

Parmi les formules de gouvernance qui ont cours dans les sociétés développées, les fédérations connaissent, en moyenne, des taux de croissance plus élevés et des taux d'imposition plus bas que les royaumes et les républiques<sup>12</sup>. L'explication proposée insiste sur le fait que la dispersion du pouvoir au sein des fédérations rend plus difficile pour des groupes d'intérêt d'obtenir des restrictions à la concurrence ou des programmes redistributifs en leur faveur. La concurrence entre États y contribue.

Il importe de bien comprendre les conditions qui doivent être réunies pour que la fédération puisse jouer ce rôle. Le pouvoir central de la fédération occupe une position de monopole : sauf à s'expatrier, les citoyens ne peuvent « voter avec leurs pieds » à l'encontre de programmes de la part du gouvernement central qu'ils n'aiment pas. Il faut donc limiter les missions propres à ce niveau de gouvernement. Il doit assurer les conditions de mobilité entre les États-membres, ce qui implique les droits fondamentaux. Il doit fournir des biens ou des services seulement lorsqu'ils risquent de créer d'importants effets externes entre États membres (*hidden traps*, dans le vocabulaire de Hugh Beale<sup>13</sup>) ou ceux pour lesquels l'uniformité est essentielle à l'ensemble de la fédération. Le gros des services aux citoyens devrait cependant être fourni par les États membres et être sujet à la pression concurrentielle. La péréquation entre États membres réduit la pression concurrentielle, car un État membre qui fait preuve d'un manque de dynamisme ou qui adopte des programmes trop coûteux au goût de ses citoyens voit ses « peines » concurrentielles effacées par la péréquation, du moins en

- 
11. L. LOUW et F. KENDALL, *South Africa – The Solution*, Norwood (South Africa), Amagi Publications, 1986, p. 137, expliquent comment le canton de la ville de Basel a été obligé d'abaisser son niveau d'imposition à celui du canton voisin de Basel-la-Campagne, à la suite d'un déplacement de 13 p. 100 des citoyens en désaccord qui ont déménagé leur résidence vers ce dernier.
  12. J.D. GWARTNEY, R. HOLCOMBE et R. LAWSON, « The Scope of Government and the Wealth of Nations », (1998) 18 *Cato Journal* 163, tabl. 1 et fig. 2 et 3.
  13. H. BEALE, « What Has Been Done, What Is Going On, What Is to be Expected: Principle, Model Laws, Regulations or...? », (2003) 7-8 *Lakimies* 1119, 1131.

partie ; il faut donc la réduire au strict minimum. Enfin, il importe surtout dans une structure fédérale que l'État central ne fasse pas concurrence aux États membres, car cela risquerait de créer une surenchère dans le clientélisme et pousserait vers l'uniformité dans l'ensemble de la fédération, ce qui va à l'encontre de l'essence du fédéralisme.

Toutes ces contraintes font voir que la formule fédérale ou confédérale est une créature instable, tiraillée entre les extrêmes de l'éclatement et de l'État unitaire. Pourtant, la formule est intéressante en ce qu'elle fait naturellement place à la diversité et qu'elle résiste mieux que d'autres formules connues aux dangers de la concentration du pouvoir et de son usage au profit de groupes particuliers.

Quelle est la place du code civil dans la structure (con)fédérale ? Énonçant le droit commun applicable à tous, le code est un bien collectif. Une fois disponible, il peut être utilisé par tous sans frais additionnels. Pour l'économiste, cela le situe parmi les biens dont la production ferait légitimement partie des missions étatiques. Mais à quel niveau d'État doit-il être situé dans une fédération ? Il ne paraît y avoir aucune caractéristique qui en ferait nécessairement et en entier une attribution de l'État central. Si l'uniformité promet des gains, il y a moyen d'y parvenir par des accords entre États ou par l'adoption de codes modèles offerts à tous, qui peuvent choisir de les rendre applicables à leurs rapports, comme le *Uniform Commercial Code* et les *Restatements* aux États-Unis l'ont montré. Si, au contraire, la diversité est souhaitée, par exemple dans le domaine du droit des personnes et de la famille, la formule fédérale permet justement de la maintenir, en offrant, par la mobilité potentielle, aux citoyens touchés la possibilité de signaler leur attachement à cette diversité en restant sur place. En principe, le droit civil devrait relever des États membres.

Toutefois, n'est-ce pas là une recette pour que rien ne bouge au chapitre du nationalisme juridique déploré comme excessif ? D'où viendront l'innovation et la convergence, si elles étaient souhaitables ?

## 2 L'innovation en matière juridique

Les économistes soutiennent que la concurrence est la meilleure façon de stimuler l'innovation. Selon la célèbre formule de Hayek, la concurrence est une procédure de découverte<sup>14</sup> : elle fait découvrir les préférences

14. F.A. HAYEK, « Competition as a Discovery Procedure », dans F.A. HAYEK (dir.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 179 ; I.M. KIRZNER, *How Markets Work – Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1997 ; E. MACKAAY, *Analyse économique du droit*, t. 1 : « Fondements », Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 2000, chap. 3.



qu'expriment les consommateurs par leur choix de consommation autant qu'elle révèle la diversité des produits et services, existants ou nouveaux, susceptibles de les satisfaire, que les fournisseurs sont capables d'offrir aux conditions que les consommateurs peuvent se permettre. Le monopole, par contraste, empêche cette expérimentation et, partant, les découvertes qu'elle rend possibles.

Comment faire jouer une telle procédure de découverte dans le domaine juridique ? Elle est incompatible avec l'option d'imposer un code depuis Bruxelles (*top down*). Le code adopté de cette façon risquerait d'être l'objet de querelles d'hégémonie culturelle, chaque groupe national essayant de faire adopter tout ou partie de son propre code, dans l'espoir d'éviter à ses juristes et aux autres citoyens l'apprentissage de règles «étrangères», alors que les juristes de common law, minoritaires, seraient opposés à l'ensemble<sup>15</sup>. L'analogie ici est celle d'une guerre de standards, comme il y en a eu souvent dans des domaines techniques<sup>16</sup>. Il faut donc envisager une procédure *bottom up* qui permet aux acteurs de signaler par leurs choix vers quelles formules ils souhaitent converger et à quel rythme<sup>17</sup>.

Comment l'idée de la concurrence peut-elle être mise à contribution de manière positive ? Il importe, premièrement, d'aller dans le sens de l'idée fédérale de mise en concurrence. D'une manière générale, ce sont les choix des citoyens et des entreprises qui doivent mettre les systèmes juridiques en concurrence : choix de la résidence (mobilité), mais aussi choix du droit déclaré applicable aux rapports privés. Il faut laisser libre cours à ces choix en enlevant les obstacles, sauf si les considérations impératives d'ordre public, interprétées restrictivement, l'interdisent. L'idée de la concurrence entre systèmes juridiques au sein de l'Union européenne a été étudiée de manière détaillée dans le magistral *Habilitationsschrift* soutenu à l'Université de Hambourg par Eva-Maria Kieninger<sup>18</sup>.

15. Beaucoup a été écrit sur la question. Voir par exemple : U. MATTEI, «A Transaction Costs Approach to the European Civil Code», (1997) 5 *European Review of Private Law* 537 ; U. MATTEI, «The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments», (1998) 21 *Hastings International and Comparative Law Review* 883 ; M.W. HESSELINK, «The Politics of European Contract Law: Who Has an Interest in What Kind of Contract Law for Europe?», [En ligne], 2002, [http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art3/] (15 avril 2005) ; P. LEGRAND, «Against a European Civil Code», (1997) 60 *Modern Law Review* 44.
16. Voir, par exemple, S.J. LIEBOWITZ et S.E. MARGOLIS, *Winners, Losers & Microsoft – Competition and Antitrust in High Technology*, Oakland, Independent Institute, 1999.
17. A. MARCIANO et J.-M. JOSSELIN (dir.), *The Economics of Harmonizing European Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, p. 3, qui, dans leur introduction, insistent sur l'idée de «letting rules spontaneously evolve».
18. E.M. KIENINGER, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* [Concurrence des ordres juridiques privés dans le marché intérieur européen], Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

Pour Kieninger, il est utile de distinguer dans cette concurrence quatre phases progressives d'intensité concurrentielle croissante. La première consiste à admettre la liberté de former des ordres privés, comme nous les connaissons en bonne mesure dans le domaine des contrats et des entreprises commerciales (corporations). La deuxième phase se caractérise par la concurrence des idées au sujet des solutions les plus appropriées, avec échange d'informations à ce sujet. La troisième phase est atteinte lorsque les sujets de droit ont la liberté de soumettre leurs rapports à des règles ou institutions étrangères soit par le choix du droit applicable, soit par la mobilité. Durant la quatrième phase, s'ajoutent à cela les réactions des législateurs en tant que fournisseurs d'institutions qui modifient l'offre de leurs produits (comme, dans un processus concurrentiel plus classique, les concurrents suivent le *market leader*). Ce n'est qu'au moment d'atteindre la quatrième phase que la concurrence joue pleinement son double rôle d'accorder aux citoyens une liberté de choix et de stimuler l'innovation institutionnelle<sup>19</sup>.

Cette concurrence présuppose qu'au moins trois conditions soient réunies. Les demandeurs de règles — les justiciables — doivent avoir la liberté de changer les règles auxquelles leurs rapports sont soumis ; ils doivent pouvoir connaître et comparer effectivement les règles avant d'y soumettre leurs rapports ; du côté de l'offre des règles, les fournisseurs doivent pouvoir observer les « départs » de « clients », en ressentir les effets et se voir contraints de modifier les règles pour éviter ces départs.

La première condition est en passe de se concrétiser depuis l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire *Centros*<sup>20</sup> : les entreprises peuvent s'incorporer suivant le droit national de l'État de leur choix, sans nécessairement choisir leur résidence dans cet État. Cette liberté soulève immédiatement la question de la deuxième condition. Pour que la liberté de choix soit réaliste, l'information sur les institutions concurrentes doit être accessible dans les langues que maîtrisent les personnes appelées à choisir, ce qui pointe vers la nécessité de traduire les textes juridiques les plus importants<sup>21</sup>. Cela mettra, à n'en pas douter, une pression sur le monde juridique dans toute l'Union européenne — législateurs,

19. *Id.*, p. 381.

20. CJCE 1999-03-09, C212/97, affirmant la liberté du citoyen d'opter pour l'application, à une société en activité au Danemark, du droit anglais, qui ne prévoit pas de minimum de capital social souscrit, contrairement aux dispositions impératives du droit danois. Voir la discussion détaillée dans E.M. KIENINGER, *op. cit.*, note 18, p. 127-146.

21. Je sais de quoi je parle : *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law / Le nouveau Code civil néerlandais – Le droit patrimonial* (édition trilingue anglais-français-néerlandais), traduit par P.P.C. Haanappel et E. Mackaay, Deventer (Pays-Bas) et Boston (Mass.), Kluwer, 1990 ; *Netherlands Business Legislation*, traduit par P.P.C. Haanappel et autres, La Haye, Kluwer Law International, 1999.

juridictions, praticiens, doctrine — pour s'engager résolument dans le droit comparé à l'intérieur de l'Union et même au-delà. Kötz a indiqué l'esprit dans lequel la doctrine doit lever ce défi : exposer les règles du droit national comme des variations locales sur une norme européenne qui est en principe unique<sup>22</sup>. Nous retrouvons ici l'esprit qui a animé les rédacteurs du *Uniform Commercial Code* et des *Restatements* américains. Les travaux d'Unidroit et des groupes qui tentent de formuler les principes uniformes pour différents secteurs du droit privé européen paraissent témoigner de la même conception<sup>23</sup>. La liberté de choix que ces groupes voudraient voir instaurer se heurte ici cependant à la nécessité d'éviter des *hidden traps*, notamment aux consommateurs qui voyagent au sein de l'Union européenne à l'extérieur de leur pays de résidence, ce qui nécessite sans doute l'imposition, par des règles impératives, d'un minimum de normes uniformes et transparentes. Cependant, cette exception au principe de la concurrence doit être restreinte et ne peut être valablement étendue, par exemple, à l'ensemble des conditions sociales : il ne saurait ainsi être question de justifier le maintien de barrières à la mobilité et donc à l'unification du marché intérieur.

D'aucuns ont exprimé la crainte que la concurrence entre systèmes pour attirer des clients enclenche une course vers le bas<sup>24</sup>. Largement débattue aux États-Unis à propos des législations étatiques sur les entreprises commerciales<sup>25</sup>, cette crainte paraît pouvoir être dissipée à la condi-

- 
22. H. KÖTZ, « The Common Core of European Private Law : Presented at the Third General Meeting of the Trento Project », (1998) 21 *Hastings International and Comparative Law Review* 803. « This approach should discuss their subjects in a way which by no means ignores the rules of national legal systems but treats them as merely local variations of a European theme which in principle is unitary ».
  23. H. BEALE, *loc. cit.*, note 13 ; M.J. BONELL, « The UNIDROIT Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law », (1978) 27 *International Comparative Law Quarterly* 413 ; M.J. BONELL, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Why ? What ? How ? », (1995) 69 *Tulane Law Review* 1121 ; O. LANDO et H. BEALE, *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 ; O. LANDO et autres (dir.), *Principles of European Contract Law – Part III*, La Haye, Kluwer Academic Publishers, 2003.
  24. C. KIRCHNER, C.R.W. PAINTER et W. KAAL, *Regulatory Competition in EU Corporate Law After Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, 2004, [En ligne], [<http://law.bepress.com/uiuclwps/papers/art17>] (15 avril 2005).
  25. Voir par exemple : R. ROMANO, « Law as a Product : Some Pieces of the Incorporation Puzzle », (1985) 1 *Journal of Law, Economics and Organization* 225 ; R. ROMANO, « The State Corporation Debate and Corporate Law », dans L.A. BEBCHUCK (dir.), *Corporate Law and Economics Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 216 ; R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, D.C., AEI Press, 1993 ; L.A. BEBCHUCK, « Federalism and the Corporation : The Desirable Limits of State Competition in Corporate Law », (1992) 105 *Harvard Law Review* 1435.

tion de mettre en place des verrous contre les effets externes<sup>26</sup> et différentes formes d'opportunisme<sup>27</sup>. Elle ne constitue donc pas un argument pour se priver de la concurrence entre les systèmes. Ce qui risque cependant de limiter cette concurrence est le fait que la mobilité au sein de l'Union européenne, même pour les entreprises, est plus restreinte qu'aux États-Unis : une fois formées, elles ne peuvent pas facilement être réincorporées dans un autre État, dont le droit s'avérerait par la suite plus favorable. Pour ce qui est de la mobilité des personnes physiques entre États, elle est sans doute basée sur une pluralité de facteurs, dont le régime juridique est loin d'être le plus important.

Que reste-t-il alors des possibilités d'utiliser la concurrence des institutions comme source d'innovation et révélatrice de l'institution préférée ? Il est toujours loisible d'offrir une institution uniforme dans l'ensemble de l'Union comme option à côté de celles qui sont proposées par les droits nationaux. Cette possibilité a été désignée, à l'époque où l'Union européenne comptait 15 États membres, comme le modèle 15+1 (maintenant 25+1). Elle entraîne une concurrence « horizontale » par la possibilité de l'*opting in*. Elle présuppose, bien entendu, des travaux de juristes pour articuler la 26<sup>e</sup> option partout où cela est intéressant et en vue de la rendre limpide pour la clientèle visée et accessible dans les langues qu'elle emploie.

Ces initiatives ne garantissent pas une convergence nécessaire des droits nationaux au sein de l'Union sur des formules uniformes. Il ne faut pas nécessairement y voir un mal. Si la diversité des régimes est souhaitée par les citoyens, la formule (con)fédérale peut l'accommoder et la mise en concurrence permet de découvrir, aussi démocratiquement que possible, la mesure de la diversité souhaitée. Si, au contraire, la diversité est un coût pour les acteurs visés, leur choix convergera vers l'une des 26 options.

---

26. Telle est la conclusion d'un excellent résumé du débat dans E.M. KIENINGER, *op. cit.*, note 18, p. 99.

27. Sur le rôle de l'opportunisme dans le droit des entreprises commerciales, voir R.R. KRAAKMAN et autres (dir.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

## **Conclusion**

L'intégration européenne peut être une source extraordinaire de renouveau en matière de droit civil, par sa remise en cause d'un nationalisme juridique trop « technicien » et étroit. Le renouveau passera par la comparaison des différentes solutions qui s'offrent pour chaque problème juridique. Le monde juridique européen est invité à une ouverture comparatiste de grande envergure, provoquée cette fois par l'intérêt pratique plus que par le seul intérêt scientifique. L'ouverture suivra la « mise en concurrence » des droits, car la concurrence, ici comme ailleurs, peut jouer le rôle d'une procédure de découverte et d'innovation. Elle présuppose que les citoyens peuvent choisir le droit qui leur convient le mieux soit directement, soit en se déplaçant d'un État à l'autre. Le choix peut être élargi par la mise au point d'une 26<sup>e</sup> option, uniforme dans l'Union, en concurrence avec les 25 droits nationaux pour obtenir la faveur des citoyens de l'Union.

La liberté de choix doit être précieusement conservée et étendue pour lutter contre les tendances nationalistes qui chercheront à l'abréger. Elle ne garantit pas que les droits convergent à brève échéance vers ce qui pourrait être un code européen, bien que cette convergence soit possible dans des secteurs particuliers, selon les choix exprimés par les personnes directement touchées. Elle assure cependant à la tradition civiliste une place basée sur le renouveau et s'appuyant sur les préférences des citoyens concernés. La tradition civiliste ne prospérera qu'à la condition de chercher à se confronter continuellement aux idées et aux institutions venues d'ailleurs.