

Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*

Innocent Fetze KAMDEM**

Résumé

La présente étude a pour objet de démontrer qu'en droit des contrats tout au moins, l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation expriment trois différents moyens d'intégration juridique. La définition de chacun de ces concepts permet de souligner les caractéristiques qui les distinguent les uns des autres. Cette différenciation tient tantôt au degré d'identité du contenu des normes que produit chacun de ces moyens, tantôt à sa forme de mise en œuvre.

Au fil de la comparaison, il nous apparaît qu'une intégration juridique est d'intensité croissante selon qu'il est question d'une harmonisation, d'une unification ou d'une uniformisation. Par conséquent, le recours à l'un ou à l'autre de ces moyens n'est pas dénué de conséquences dont les pratiques d'intégration juridique tardent encore à se saisir. Vivement que la conscience

Abstract

The purpose of this paper is to show that at least in the law of contracts, harmonization, unification and standardization express three different means of legal integration. The definition of each of these concepts allows underlining the characteristics which differentiate them. This distinction is sometimes linked to the degree of identity of the contents of rules produced by each of these means. Sometimes, the distinction is based on the form of implementation of that mean.

Throughout the comparison, it appears that a legal integration is of growing intensity depending on whether it is a matter of harmonization, unification or standardization. As a result, the use of one or another of these means bears some consequences which are still to be fully considered in practice. We will be glad when the consciousness of

* Ce texte a déjà fait l'objet d'une publication dans la *Revue de droit uniforme*: (2008) *Unif. L. Rev./Rev. dr. unif.* 709.

** Professeur adjoint, Section de droit civil, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

de telles incidences incite à un meilleur usage des moyens d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation. Résumons-en trois séquences.

Premièrement, en dépit de leur objectif commun de rapprochement juridique entre les peuples, ces moyens n'ont pas les mêmes chances de succès. Si l'harmonisation peut être facilement utilisée à n'importe quelle occasion, il n'en va pas de même de l'unification et de l'uniformisation qui, aujourd'hui, sont davantage viables qu'en matière commerciale.

Deuxièmement, la mise en place de ces moyens peut emprunter différents véhicules dont le choix, généralement laissé aux politiques, dépendra des paramètres qui habituellement influent sur la plupart des organisations internationales. Il faudra notamment tenir compte du niveau d'évolution économique des nations, de leurs préférences axiologiques et de leurs aspirations sociales.

Troisièmement, quand bien même le contenu et la forme d'un corpus juridique commun permettraient a priori d'identifier le moyen d'intégration juridique retenu, le cours de sa mise en œuvre ou de son interprétation peut le dévier considérablement de sa bonne trajectoire initiale. Tout bien réfléchi, il semble donc qu'il soit avisé de déterminer et de qualifier un moyen d'intégration juridique en se situant non pas en amont de l'opération (intention politique), encore moins en se contentant du texte qui en découle (intention législative), mais plutôt en analysant en aval le résultat de l'interprétation arbitrale ou judiciaire donnée au contenu de ce texte (pratique juridique).

such impact encourages one to a better use of the means of harmonization, unification and standardization. Let us sum up three of their sequences.

Firstly, in spite of their common objective of legal rapprochement between the people, these means don't have the same chances of success. If harmonization can be easily used in any occasion, it is not the same for unification and standardization which, today, are more viable in commercial material.

Secondly, the implementation of these means can be done through different ways generally chosen by political leaders. The choice of one way will depend on parameters which usually have an influence on most international organizations. It will notably be necessary to take into account the level of economic evolution of nations as well as their values and social aspirations.

Thirdly, even if the content and form of a common set of rules would at first sight ease the identification of a particular mean of legal integration, its implementation or its interpretation can considerably divert it out of its initial good trajectory. It therefore seems suitable to determine and name a mean of legal integration neither by merely considering the political will, nor by simply scrutinizing the content of the legislative intent, but rather by analyzing the awards and decisions resulting from arbitral or judicial interpretation of rules of law.

Plan de l'article

Introduction.....	609
--------------------------	------------

I. Prolégomènes relatifs aux moyens d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation	616
---	------------

A. Nature de ces concepts-moyens	616
1. Le concept-moyen d'harmonisation	617
2. Le concept-moyen d'unification	618
3. Le concept-moyen d'uniformisation	619
B. Distinction entre harmonisation, unification et uniformisation	620
C. Amalgame dans les pratiques d'intégration juridique.....	624

II. Implications structurelles du moyen d'intégration choisi	628
---	------------

A. Sur le procédé d'élaboration de normes communes.....	629
1. Incursion dans un débat européen entre <i>thibautistes</i> et <i>savigniens</i>	629
a. Les <i>thibautistes</i> : partisans d'une codification du droit européen des contrats.....	630
b. Les <i>savigniens</i> : tenants d'une harmonisation progressive du droit européen des contrats.....	633
c. L'adéquation entre les thèses en présence et les moyens d'intégration juridique	637
2. Un choix influencé par l'objet de l'intégration juridique	639

B. Sur les institutions communes	641
1. Des organes de direction d'une intégration juridique	642
2. Des mécaniques d'interprétation convergente	644
Conclusion	647

Grâce à un sursaut de lucidité, la protection de l'environnement occupe un espace de plus en plus grand dans notre conscience collective. Cette place se fait par un effort de conciliation entre le libéralisme économique¹ qui nous a procuré un certain confort matériel et la pérennisation de ressources aussi vitales que l'air, l'eau et une biosphère de bonne qualité.

Cependant, personne ne peut nier que le style de vie occidental, tributaire notamment de l'esprit d'entreprise et de la saine émulation, se mondialise inexorablement. Aux quatre coins de notre planète, des agriculteurs utilisent ou désirent des semences souvent sophistiquées, un équipement mécanique et/ou de l'engrais pour améliorer leur rendement. Quand ils n'opèrent pas dans une filière exigeant une main-d'œuvre bon marché et abondante, les prestataires de services, comme les industriels, sont à l'affût de l'innovation technologique qui leur permettra de maximiser leur productivité

¹ Ces dernières années, le libéralisme économique, modèle dominant, a été l'objet d'un diagnostic implacable de la part de divers auteurs de tous les horizons. Voir notamment Jacques DELORS, Helmut SCHMIDT et al., « La finance folle ne doit pas nous gouverner », *Le Monde*, 22 mai 2008 ; Joseph STIGLITZ, *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002 ; Jean ZIEGLER, *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, Fayard, 2002 ; Francis FUKUYAMA, *La fin de l'homme : les conséquences de la révolution biotechnique*, Paris, Gallimard, 2004 ; Jeremy RIFKIN, *La fin du travail*, 2^e éd., Montréal, La Découverte / Boréal, 1997 ; Philippe COHEN et Luc RICHARD, *La Chine sera-t-elle notre cauchemar ? : les dégâts du libéralisme en Chine et dans le monde*, Paris, Mille et une nuits, 2005. Tous s'accordent cependant pour reconnaître que si ce modèle économique a triomphé, c'est parce que, d'une part, il correspond à une inclination égoïste de l'être humain. D'autre part, en stimulant la production de richesses, il a fait la preuve de son efficacité. D'ailleurs, il n'est pour l'heure concurrencé par aucune alternative viable. Il est cependant dommage que des négociations en vue d'accélérer l'insertion d'un plus grand nombre d'États dans le commerce mondial prennent du retard. Voir à cet égard, LE DEVOIR, « L'OMC a encore échoué », *Le Devoir*, mercredi 30 juillet 2008, vol. XCIX – n° 170, p. A1 et A8, ainsi que Frédéric LEMAÎTRE, « La mondialisation vaut-elle le coup ? », *Le Monde*, 10 juin 2008. Néanmoins, il faut continuer d'œuvrer à son humanisation notamment par le transfert d'une partie importante des richesses créées vers l'éducation des jeunes du monde et les infrastructures essentielles à une vie décente. Sur d'autres suggestions constructives et réalistes, voir notamment Joseph E. STIGLITZ et Andrew CHARLTON, *Fair trade for all: how trade can promote development*, New York, Oxford University Press, 2005, xxvii.

tout en se démarquant dans un marché globalisé et très concurrentiel. En particulier, des réseaux de franchise, véritable bouée de sauvetage pour les petites entreprises, irriguent de plus en plus d'économies nationales.

Ces agriculteurs, ces industriels et ces prestataires de services sont concentrés sur l'objectif légitime de rentabiliser leurs investissements en nous appâtant pour satisfaire nos moindres désirs. Certes, idéalement, nos besoins devraient se limiter à ce qui est nécessaire à notre survie et à notre sobre épanouissement. Mais, la réalité actuelle est tout autre : du moment où des hommes, des femmes et des enfants ont un certain pouvoir d'achat, la plupart de leurs désirs peuvent être comblés suivant la loi de l'offre et de la demande.

L'offre ainsi que la demande de marchandises et de services se font désormais sur une base planétaire. Ce qui donne lieu à un foisonnement des échanges commerciaux par ailleurs porteur de paix². Le système ainsi généré est déjà assez bien huilé. Hormis une pénurie d'hydrocarbures mal anticipée ou un insensé conflit nucléaire, l'interdépendance économique des nations du monde va donc croître. Ne parle-t-on pas déjà de « Chindia » pour décrire la position qu'occupent la Chine et l'Inde respectivement en tant que « atelier du monde » et « bureau du monde »³ ? Ne vient-on pas également d'assister à la naissance officielle d'un nouveau bloc interétatique dénommé BRIC (Brésil, Russie, Inde et Chine). Parallèlement, les autres peuples du monde essayent de converger leurs talents et leur créativité vers d'autres créneaux tels que la fourniture de matières premières,

² Voir à cet égard, Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. 2, Paris, Garnier-Flammarion, p. 9, pour qui « [l]e commerce guérit des préjugés destructeurs : et c'est presque une règle générale que partout où il y a des mœurs douces, il y a du commerce ; et que, partout où il y a du commerce, il y a des mœurs douces ». Nonobstant la qualité du personnage interviewé, voir également Éric DESROSIERS, « Non au patriotisme économique, dit Claude Bébear. Le développement du commerce est porteur de paix, croit le président du conseil de surveillance du géant de l'assurance AXA », *Le Devoir*, jeudi 6 avril 2006, vol. XCVII – n° 75, p. B1. De plus, selon un adage bien connu des Bamilékés, « un marchand d'œufs évite de provoquer une bagarre, surtout sur son lieu de commerce ».

³ Voir en éditorial, « Chindia », *Le Monde*, vendredi 7 juillet 2006, vol. 62 – n° 19112, p. 2. Voir également Pierre-Antoine DELHOMMAIS, « Le rééquilibrage de la croissance mondiale », *Le Monde*, dimanche 6 et lundi 7 août 2006, 62 – n° 19138, p. 2.

l'innovation technologique et biomédicale, voire la prestation de services financiers, académiques et artistiques.

Dans le contexte ainsi décrit, comment est-ce que le droit tient compte des réalités entourant cette redistribution des rôles qui implique notamment la participation d'une plus grande diversité de nations du monde à la réalisation du libéralisme économique? Le droit, défini comme un « ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »⁴, a substantiellement évolué depuis le début du XX^e siècle.

En effet, l'une des conséquences de l'intensification des échanges commerciaux internationaux⁵ est que certains opérateurs, en dépit de l'autonomie contractuelle qui leur est reconnue par la quasi-totalité des ordres juridiques étatiques⁶, s'accommodent de moins

⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 6.

⁵ Voir ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Statistiques du commerce international*, en ligne: <http://www.wto.org/french/res_f/statis_f/statis_f.htm> (consulté le 13 juin 2009), dont les **statistiques disponibles** concernant la valeur des exportations de marchandises et de services témoignent de l'accroissement graduel des échanges commerciaux. Quoique souvent basées seulement sur les opérations faites conformément à l'Incoterm FOB et ne tenant pas compte des chiffres portant sur les exportations du Mexique, les statistiques des années 1997 à 2006 méritent d'être rapportées ici:

Année	Valeur des exportations de marchandises dans le monde (en milliards de USD)	Valeur des exportations de services dans le monde (en milliards de USD)
1997	5 300	1 310
1998	5 270	1 320
1999	5 473	1 350
2000	6 186	1 435
2001	5 984	1 460
2002	6 272	1 570
2003	7 294	1 795
2004	8 907	2 125
2005	10 159	2 415
2006	11 783	2 704

⁶ Par exemple, au Québec, voir art. 9 et 3111 C.c.Q. Sur l'applicabilité du principe de l'autonomie de la volonté dans quelques systèmes juridiques nationaux, voir

en moins des divergences que présentent nombre de ces ordres juridiques⁷. Certes, ils oeuvrent de plus en plus au sein de grands ensembles économiques⁸. Oui, ils ont activement contribué à l'émergence de ce qu'une partie de la doctrine a appelé la *lex mercatoria*⁹. Mais, la liberté contractuelle comme telle ne semble guère suffire ni à endiguer les conflits de lois ni à permettre l'encadrement juridique idoine des opérations du commerce international.

Faut-il rappeler que les contrats commerciaux internationaux se caractérisent par l'élément d'extranéité qu'ils comportent¹⁰, jus-

Henry LESGUILLONS, *Lamy contrats internationaux*, t. 1, Paris, Lamy, à jour en décembre 2007, Division 2, art. 63 et suiv.

⁷ Voir André TUNC, « Les Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels : une étude de cas sur l'unification du droit », (1964) 16 *Rev. Intern. Dr. Comp.* 547, 553, dont la constatation inspirée de la vente internationale de marchandises s'étendrait à bien d'autres opérations du commerce mondial : « La diversité des droits nationaux de la vente est peut-être supportable pour les très grandes entreprises, qui disposent de l'expérience et des services nécessaires pour surmonter les difficultés qu'elle crée. Elle gêne beaucoup plus les entreprises petites et moyennes. Elle est aussi une cause d'incertitude et de défiance dans les relations entre les très grandes entreprises et les moins grandes, que celles-ci appartiennent à des pays d'économie libre, à des pays socialistes ou à des nations en voie de développement. Elle a souvent gêné ou empêché la conclusion de contrats. Nul ne peut douter de l'intérêt de l'unification du droit de la vente internationale ».

⁸ Il s'agit notamment de la Communauté européenne (CE), Union européenne (UE) en devenir ; de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ; du Marché commun du Sud de l'Amérique Latine (MERCOSUR) ; de l'Association des États de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) ; de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ; de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) et du Marché commun de l'Est et du Sud de l'Afrique (COMESA).

⁹ À cet égard, voir notamment à cet égard, Clive M. SCHMITTHOFF, « The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation », dans Clive M. SCHMITTHOFF (dir.), *Sources of the Law of International Trade*, New York, Praeger, 1964, aux pages 3-38 ; Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », (1964) 9 *Arch. de philosophie du droit* 177 et Irineu STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », (1991) 227 *Rec. Des Cours (La Haye)* 207.

¹⁰ Voir *Bottling Companies c. Pepsi Cola Panamericana*, 9 oct. 1997, Cour suprême du Vénézuéla, (1998) *Rev. Dr. Uniforme* 176-177 qui, s'inspirant des commentaires portant sur le préambule des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, a statué que l'élément d'extranéité peut tout simplement être le fait que l'un des contractants est une filiale d'une entreprise étrangère.

tifiant ainsi que leur soit accordé un traitement particulier¹¹ ? À cet égard, l'intégration¹² juridique des normes régissant les opérations du commerce international apparaît comme une des solutions les plus avantageuses¹³. Une telle intégration pourrait être définie, soit comme le processus, soit comme le résultat d'une opération par laquelle une diversité de normes, de règles substantielles sont incorporées dans un ensemble unique en vue d'alléger ou de supprimer les différences qui existaient entre elles¹⁴.

Au-delà de cette intégration qui n'est qu'un aspect de la mondialisation ou de la globalisation lancinante¹⁵, il faut assurer aux opérateurs du commerce international provenant des entités impli-

¹¹ Voir H. Patrick GLENN, « Unification of Law, Harmonization of Law and Private International Law », dans Johan ERAUW (dir.), *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, p. 783, à la page 791 dont l'observation est édifiante à cet égard : Harmonization of law is already a widespread phenomenon. This should first be recognized ». Voir aussi Arthur ROSETT, « Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law », (1992) 40 *Am. J. Comp. L.* 683, 685, pour qui : « Trade among nations has multiplied more than ten-fold. [...] These commercial changes have created a competitive climate for legal rules and have fed the convergence of legal practices in trade transactions. » Le professeur Leebbron ajoutera : « In light of the increasing interrelationship and interpenetration of national markets, countries may be more willing to compromise on regulatory standards in order to achieve harmonization ». Voir David LEEBRON, « Claims for Harmonization : a Theoretical Framework », (1996) 27 *Can. Bus. L. J.* 63, 81.

¹² Du latin *integrare*, qui signifie entier, complet. Voir Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard, Hachette, 1972, p. 1065.

¹³ D. LEEBRON, préc., note 11, 66 et 67.

¹⁴ L'intégration ainsi envisagée concernera les normes matérielles et non les règles de conflit de lois. Aux dires de du juge Béraudo, c'est généralement « lorsqu'une négociation visant à obtenir des règles uniformes tarde à aboutir [que] le recours intermédiaire à des règles de conflit unifiées se trouve justifié ». Voir Jean-Paul BÉRAUDO, « La négociation internationale institutionnelle de droit privé (I^{ère} partie) », (1997) *Rev. Dr. Uniforme* 9, 19.

¹⁵ Voir Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 95. Au demeurant, sur la nature même de la mondialisation, voir Charles-Albert MICHALET, *Qu'est-ce que la mondialisation*, Paris, La Découverte, 2004. Voir également Christian DEBLOCK, « Du plein emploi à la compétitivité », dans François CREPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 63, à la page 103 qui définit la mondialisation comme « l'émergence de marchés mondiaux pour des produits de consommation uniformisés et l'émergence d'entreprises capables de répondre aux besoins de ces marchés ».

quées une certaine sécurité juridique¹⁶; le but étant de faciliter leurs activités essentielles au déploiement du libéralisme économique¹⁷.

L'encadrement international du contrat de vente¹⁸ illustre bien les pratiques d'intégration juridique. En témoignent tantôt celles pilotées par les États au sein de la Conférence des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹⁹ et

¹⁶ Sur une définition de la sécurité juridique, voir Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2002, p. 345, pour qui il s'agit d'un « Idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes, relativement stables et accessibles pour permettre aux individus d'établir des prévisions ». Voir également I. STRENGER, préc., note 9, 287, qui estime que : « En termes stricts, la sécurité des relations internationales dépend de la possibilité de réussir à les soumettre à un régime unique, c'est-à-dire de trouver un moyen d'éviter que ces relations demeurent continuellement sujettes à l'impact de lois impératives divergentes, qui sont un obstacle à la réalisation des affaires selon la pratique en vigueur et respectée par les parties intervenantes ». Sur la nature et un historique du principe de sécurité juridique en général, voir Dominique J. M. SOULAS DE RUSSEL et Philippe RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », (2003) *Rev. Intern. Dr. Comp.* 85-103.

¹⁷ René DAVID, « The International Unification of Private Law », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE DES SCIENCES JURIDIQUES, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1971, 5-17; D. LEEBRON, préc., note 11, 64. Voir aussi Allan FARNSWORTH, « Unification and Harmonisation of Private Law », (1996) 27 *Can. Bus. L. J.* 48, 50. Harald KOCH, « Private International Law : A « soft » alternative to the Harmonisation of Private Law ? », (1995) 3 *Euro. Rev. Priv. L.* 329, 331; Ugo MATTEI, « The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship : Biases, Strategies and Developments », (1998) 21 *Hasting's Int'l & Comp. L. Rev.* 883, 891 et Ole LANDO, « Why Codify the European Law of Contract ? », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 525, 526.

¹⁸ Selon Kahn, un contrat de vente peut, à première vue, être défini comme « un contrat dont l'un des contractants cède la propriété d'un meuble corporel contre un prix exprimé en monnaie, qu'il s'agisse d'une chose de genre ou d'un corps certain ». Voir Philippe KAHN, « Introduction générale : qu'est-ce que la vente ? », (2001) *Rev. Dr. Aff. Intern.* 241, 249.

¹⁹ L'OHADA a été créée par le *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* conclu à Maurice le 17 octobre 1993, *J. O. OHADA*, n° 4, 1^{er} nov. 1997, p. 1 et suiv. (ci-après *Traité de l'OHADA*). À ce jour, les seize États suivants sont déjà parties à ce *Traité* : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République centrafricaine, Sénégal, Tchad et Togo. Sur le *Traité* et ses suites, voir notamment Joseph ISSA-SAYEGH, Paul-Gérard POUGOUÉ et Filiga M. SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Téléport, Juriscope, 2008; Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique : (OHADA)*, 1^{re} éd.,

du Conseil nordique (CN); tantôt celles des organismes à caractère privé comme la National Conference of Commissioners on Uniform Laws (NCCUL) et l'American Law Institute (ALI), voire celle d'une structure mixte comme la Commission du droit européen des contrats (CDEC)²⁰. On a habituellement recours aux concepts d'harmonisation, d'unification ou d'uniformisation pour qualifier ces pratiques.

Dans cette étude, nous nous proposons de montrer que chacun de ces concepts a une signification particulière et que, de ce fait, l'usage de l'un ou de l'autre devrait produire une série de conséquences spécifiques.

En effet, compte tenu de leur étymologie, les termes « harmonisation », « unification » et « uniformisation » sont porteurs de politiques législatives et d'ambitions économiques si distinctes qu'il ne peut être fait usage de l'un pour parler de l'autre. De ce point de vue, une entreprise d'intégration juridique ne peut que difficilement participer de l'un et de l'autre de ces moyens. C'est pourquoi l'usage que certains législateurs et auteurs de doctrine en font est susceptible de créer une confusion sur leur nature. Cet amalgame constitue un obstacle supplémentaire à une évaluation efficiente du cheminement d'une intégration juridique.

Paris, PUF, 1999; Monique BOLMIN, Ghislaine BOUILLET-CORDONNIER et Karim MEDJAD, « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », (1994) 121 *Clunet* 375; Jean René GOMEZ, « Réflexions d'un commercialiste sur le projet d'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc (séminaire d'Abidjan des 19 et 20 avril 1993) », (1994) 814 *Penant* 3; Joseph ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des États africains de la zone franc », (1997) 823 *Penant* 5 et « L'intégration juridique des États africains de la zone franc », (1997) 824 *Penant* 125 (suite); Joseph ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », (1999) *Rev. Dr. Uniforme* 5, Martin KIRSCH, « Historique de l'OHADA », (1998) 827 *Penant* 129; Michel LECERF, « Traité OHADA, le nouveau droit des affaires », (21 mai 1998) *Le moniteur du commerce international* 65; Keba MBAYE, « Avant-propos », (1998) 827 *Penant* 125; et Abraham ZINZINDOHOUE, « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », (2000) 2 *Rev. Dr. Aff. Intern.* 227.

²⁰ Les activités de la Commission du Droit Européen des Contrats ont effectivement commencé à partir de 1980 sous l'impulsion de Ole Lando, professeur à l'Université de Copenhague. Cela justifie qu'elle soit également dénommée Commission Lando. Même si cette Commission est constituée de juristes – professeurs pour la plupart – agissant à titre privé, elle a bénéficié du soutien financier de la Commission des Communautés Européennes et du Parlement européen avec lesquels elle n'a cependant aucun lien organique. Voir Georges ROUHETTE, « Les codifications du droit des contrats », (1996) *Droits* 113, 115.

Il nous semble donc qu'une appréciation adéquate d'une œuvre d'intégration juridique, de ses difficultés, de ses défaillances ou de sa réussite doit nécessairement être précédée de sa qualification rigoureuse comme relevant soit d'une harmonisation, soit d'une unification ou encore d'une uniformisation. À cette fin, nous exposerons les prolégomènes relatifs à ces moyens (1) avant d'en dégager les implications structurelles (2).

I. Prolégomènes relatifs aux moyens d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation

Les concepts d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation se veulent aussi des moyens d'intégration juridique. En ce sens, ils constituent des concepts-moyens. Il convient au préalable d'en dévoiler la nature (A.) et les éléments distinctifs (B.) avant de montrer comment l'usage dans les pratiques d'intégration juridique pourrait être bonifié (C.).

A. Nature des concepts-moyens

Avec égards réitérés pour les auteurs concernés, une bonne partie de la doctrine contemporaine utilise fréquemment les termes harmonisation, unification et uniformisation sans vraiment en circonscrire la nature exacte. Si elle s'entend généralement sur les contours d'une harmonisation, elle reste confuse sur les nuances qui existent notamment entre l'unification et l'uniformisation²¹. Ce

²¹ La doctrine utilise les concepts d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation de trois façons. La première consiste à recourir au concept d'harmonisation pour désigner l'unification et l'uniformisation. Voir à cet égard Clive M. SCHMITTHOFF, «The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions», (1967-1968) *Annuaire UNIDROIT* 93; Ernest KRINGS, «L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois nationales», (1998) *Rev. Dr. Uniforme* 525, 526. La deuxième façon est de distinguer «harmonisation» d'une part et «unification» ou «uniformisation» d'autre part comme si l'unification et l'uniformisation étaient tout simplement des synonymes. Voir à cet égard Michael Joachim BONELL, «A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or Practical Need?», (1988) *Rev. Dr. Aff. Intern.* 873; Aubrey L. DIAMOND, «Conventions and their Revision», dans Jean Georges SAUVEPLANNE (dir.), *Unification and the Comparative Law in Theory and Practice*, Boston, Kluwer, 1984, p. 45, aux pages 45 et

discours demande à être affiné car ces concepts-moyens ont chacun une nature bien précise.

1. Le concept-moyen d'harmonisation

Du latin *harmonia*, l'harmonisation désigne « un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques »²² afin d'en réduire ou d'en supprimer certaines contradictions. Ainsi, l'harmonisation est un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre juridique (unité législative de premier degré) en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement. En tant qu'entreprise, l'harmonisation est donc un processus.

L'harmonisation se présente également comme le résultat de l'entreprise précédemment décrite : c'est l'harmonisation-résultat. Ce résultat ne peut être apprécié et reconnu qu'à l'aune de critères établis avant ou au cours du processus d'harmonisation. Celle-ci présente donc deux phases qui peuvent se suivre. Toutefois, de par sa nature, l'harmonisation est essentiellement un processus²³. Ce qui

46 ; A. ROSETT, préc., note 11, 687 ; D. LEEBRON, préc., note 11, 72 ; J.-P. BÉRAUDO, préc., note 14, 19 et 20 notamment ; John GOLDRING, « Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws », (1998) *Rev. Dr. Uniforme* 435, 437, 447 et 449 ; H.P. GLENN, préc., note 11, aux pages 784-793 ; J. ISSA-SAYEGH, préc., note 19, 13 ; Hannu HONKA, « Harmonization of Contract Law Through International Trade : a Nordic Perspective », (1996) 11 *Tul. Eur. & Civ. L. F.* 111, 112 ; George ZAPHIRIOU, « Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions », (1990) 38 (Suppl.) *Am. J. Comp. L.* 71 et Thierry BOURGOIGNIE, « Vers un droit européen de la consommation, unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté », (2005) 46 *C. de D.* 153, 163 et 168. La troisième façon consiste à bien distinguer harmonisation, unification et uniformisation en donnant cependant à l'unification le sens étymologique de l'uniformisation et vice versa. Voir notamment Antoine JEAMMAUD, *Unification, Uniformisation, Harmonisation : Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35.

²² Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige / PUF, 2000, p. 423. Voir également É. LITTRÉ, préc., note 12, p. 417-421 ; Martin BOODMAN, « The Myth of Harmonization of Laws », (1991) 39 *Am. J. Comp. L.* 699, 700-702 et J. ISSA-SAYEGH, préc., note 19, 13. L'aspect musical de cette définition est plus édifiant : harmoniser consiste à faire en sorte que toutes les parties concourent à un même but ou à un même effet mélodieux.

²³ Voir, à cet égard, H.P. GLENN, préc., note 11, aux pages 783 et 784.

n'est pas le cas d'une unification et d'une uniformisation qui s'apprécient davantage en termes de résultats.

2. Le concept-moyen d'unification

Relativement à l'unification, des mots latins *unus* qui signifie «un» et *facere* qui veut dire «faire», elle se présente comme l'action de rendre semblables plusieurs éléments rassemblés pour former un tout unique²⁴. De ce fait, l'unification consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes²⁵. En conséquence, l'unification se veut porteuse d'une unité législative de second degré enchâssée dans un support souple.

En tant que telle, l'unification se présente tantôt comme un processus, c'est l'unification-processus ; tantôt comme un résultat, c'est l'unification-résultat. La première commence à partir du moment où un législateur conçoit, élabore un texte au contenu unificateur. Une fois qu'un tel texte a été adopté, le processus se poursuit et s'achève devant les organes chargés de l'interpréter et de l'appliquer dans des cas concrets. Lorsqu'à l'issue de cette phase de confrontation de l'unité législative de départ aux réalités humaines, survit cette unité perceptible dans une certaine uniformité de sens normatif, il y a lieu de parler d'unification-résultat. Dans ce cas précis, le distinguo entre unification et uniformisation prend tout son sens.

²⁴ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 7, Paris, Gallimard, Hachette, 1971, p. 1450.

²⁵ Une directive européenne constitue un bon exemple d'unification. Aux termes de l'article 249 (ex-art. 189) du *Traité instituant la Communauté économique européenne* signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE 340 du 10 novembre 1997, p. 173-308, une directive a certes un effet obligatoire à l'égard de tous les États membres. Toutefois chacun de ces États a la faculté de choisir la forme et les moyens les mieux appropriés pour assurer l'exécution des dispositions de ladite directive. Théoriquement, un traité de droit international constitue un autre exemple d'unification. Cependant les États profitent souvent du pouvoir qui leur est reconnu de choisir le support d'expression de leur consentement à un traité pour y apporter des ajustements substantiels.

3. Le concept-moyen d'uniformisation

Un cran plus haut que l'unification, se trouve l'uniformisation. Composée des mots latins *unus* qui signifie « un » et *forma* qui veut dire « forme », l'uniformisation consiste à donner la *même forme* à un ensemble d'éléments « dont toutes les parties se ressemblent entre elles »²⁶. Elle postule que, pour une matière précise, soit minutieusement élaboré un cadre normatif (unité de second degré) contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans pouvoir y déroger ni sur le fond, ni sur la forme. Concrètement, l'uniformisation suppose par exemple que les États impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées contenu dans un instrument unique. D'ailleurs, c'est ce support commun à tous les intervenants à une intégration juridique qui fait la particularité de l'uniformisation et la distingue de l'unification.

L'uniformisation peut être perçue comme un processus : c'est l'uniformisation-processus. Elle peut également s'entendre d'un résultat : il s'agit dans ce cas d'une uniformisation-résultat. Comme pour l'unification, l'uniformisation-processus débute par un corpus législatif intégré et étoffé. Par la suite, il faut apprécier le sort que les juridictions réservent à un tel texte pour savoir s'il convient de parler en termes d'uniformisation-résultat.

Au demeurant, la forme d'uniformisation qui aide davantage à atteindre une uniformisation-résultat est la codification. Selon le professeur Grimaldi, celle-ci s'entend « d'un exposé rationnel et cohérent du droit civil, d'un corpus qui, selon une heureuse expression, « réunit » et « unit » [...] et qui établit ainsi le droit commun »²⁷. Cependant, en raison des nombreux fondements qu'elle requiert en amont²⁸, la codification n'a jusqu'ici été formellement utilisée qu'au sein d'entités étatiques d'influence romano-germanique²⁹.

²⁶ É. LITTRÉ, préc., note 24, p. 1450 et 1451.

²⁷ Michel GRIMALDI, « Codes et codification » : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code Napoléon », (2005) 46 *C. de D.* 11, 16.

²⁸ Voir R. DAVID, préc., note 17, à la page 5-207, qui écrivait à cet égard : « at the start closed links must exist between [the states involved in a codification], a general and powerful sentiment of similarity and interests, and of attitudes, and of unity ».

²⁹ Voir Bruno OPPETIT, « De la codification », *D. chron.* 1996.33, 35. Voir aussi M. GRIMALDI, préc., note 27, 19 pour qui « il n'y a point de code dans un authentique pays de common law ».

Les définitions que nous venons de donner aux techniques d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation sont encore plus claires à la lumière des distinctions qui existent entre elles.

B. Distinction entre harmonisation, unification et uniformisation

Grosso modo, les moyens d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation diffèrent principalement en deux points. Le premier réside dans le degré de similitude du contenu législatif ou réglementaire qu'ils produisent. Le second se trouve dans le support de mise en œuvre du résultat d'une entreprise d'intégration juridique.

De prime abord, le premier élément de distinction est politique et éventuellement juridique : c'est le niveau d'identité du contenu législatif ou réglementaire établi par chacun des concepts-moyens. L'unification et l'uniformisation exigent que la teneur législative ou réglementaire qui en résulte soit parfaitement identique pour tous les intervenants à l'intégration juridique. Autrement dit, ces deux modalités d'intégration juridique reposent sur un contenu législatif ou réglementaire dont le niveau d'identité à l'égard de toutes les parties prenantes est de second degré.

Comme on peut le constater, l'unification et l'uniformisation ne laissent guère de pouvoir substantiel aux différents acteurs législatifs nationaux dans les domaines qu'ils entendent encadrer. C'est cette exigence qui amoindrit leur portée pratique. Élaborer une législation au contenu identique dans un ensemble d'entités étatiques reviendrait à admettre que leurs sociétés, du moins les diverses élites nationales, ont des intérêts centripètes au moment de l'unification ou de l'uniformisation. Or, il semble bien que les intérêts et les valeurs défendus par une société à une période déterminée ne sont pas les mêmes que ceux approuvés dans une autre société au cours de la même période³⁰. Au surplus, dans une même société, les valeurs, les intérêts varient notamment suivant les classes sociales, l'éducation reçue, les tranches d'âges et les catégories professionnelles. Il faut toutefois noter qu'à travers la *lex mercatoria* et ses

³⁰ Voir H. Kelsen, préc., note 4, p. 93.

récents succédanés, semble émerger un système normatif commun aux opérateurs du commerce international³¹.

À l'opposé de l'unification et de l'uniformisation qui prônent une identité de contenu législatif ou réglementaire de second degré, l'harmonisation postule l'élaboration de normes ayant un niveau d'identité ou d'unité de premier degré. En effet, l'harmonisation opère un niveau de similitude législative ou réglementaire qui laisse place à la survie de certaines spécificités nationales. Autant l'entreprise d'harmonisation puise dans les matériaux existants dans les États impliqués, autant l'ossature juridique qui en résulte laisse en friche de nombreux aspects qui seront régis par des normes propres à chacun de ces États.

La similitude que produit toute harmonisation est moins élevée que celle d'une unification³² ou d'une uniformisation. Les normes harmonisées ne couvrent pas tous les aspects du domaine qu'elles régissent et sont notamment complétées par des règles nationales dont la similitude est loin d'être garantie. C'est ainsi que survivent les divergences normatives entre les parties impliquées dans une entreprise d'harmonisation. Ce sont ces éléments particuliers aux divers intervenants qui caractérisent l'harmonisation et la distinguent de l'unification et de l'uniformisation.

En clair, l'unification et l'uniformisation ne laissent normalement aucun pouvoir substantiel aux différents acteurs législatifs nationaux dans les domaines qu'elles entendent encadrer. Or, l'harmonisation supprime certes les divergences, mais elle favorise l'existence de spécificités législatives ou réglementaires nationales. Ce faisant, elle laisserait aux autorités nationales certains aspects du droit qui, parfois, constituent des pierres d'achoppement lors d'une entreprise d'intégration juridique. En ce qu'elle exige un niveau d'unité législative ou réglementaire inférieur aux standards de l'unification et de l'uniformisation, l'harmonisation serait ainsi plus aisément réalisable.

Le second élément de distinction tient à la forme de mise en œuvre du résultat d'une entreprise d'intégration juridique. Contrairement

³¹ Il y a lieu de noter à cet égard qu'après le démantèlement de l'empire soviétique, les vestiges léninistes et socialistes ne cessent de s'effriter aussi bien en Chine qu'à Cuba et, un jour peut-être, dans la société nord-coréenne.

³² Voir à cet égard J.-P. BÉRAUDO, préc., note 14, 10.

à l'uniformisation qui suppose aussi bien un fond législatif ou réglementaire commun qu'une forme unique *erga omnes*, l'harmonisation et l'unification aboutissent à des normes dont le support et la procédure d'adoption sont choisis par les différentes parties prenantes. Autrement dit, l'uniformisation participe d'une approche moniste qui, traditionnellement, suppose qu'un texte international dûment ratifié par un État devienne une source directe de droit sans qu'il soit nécessaire d'en reprendre les dispositions dans une loi interne. Par contre, l'harmonisation et l'unification laissent libre cours à la doctrine dualiste en vertu de laquelle une règle internationale ne peut avoir d'effet que si elle a été au préalable incorporée dans une législation nationale³³.

Toutefois, si l'unification enlève aux autorités nationales tout pouvoir de modification sur le fond en laissant intactes leurs prérogatives d'adoption d'un texte législatif ou réglementaire, il est à craindre que, par inadvertance ou sous le couvert d'une mise en forme particulière, soit apportée au texte unifié une modification de fond. À cet égard, l'uniformisation a la particularité de retirer à ces mêmes autorités aussi bien l'habilitation à modifier le fond que le pouvoir de donner une forme quelconque au texte commun.

De la sorte, contrairement à l'uniformisation, l'harmonisation et l'unification préserveraient la compétence exclusive des autorités législatives nationales puisqu'elles leur laissent au moins le choix du moyen par lequel les normes harmonisées ou unifiées seront mises en œuvre. Tantôt susceptible de s'étendre au contenu législatif ou réglementaire, cette préservation peut être réelle en cas d'harmonisation; en témoigne l'approche des pays scandinaves à l'égard de l'encadrement législatif des ventes et des achats³⁴. Tantôt

³³ Sur le dualisme et le monisme en général, lire Hans Kelsen, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», (1926) 14-IV *RCADI* 231, 275 et suiv. pour qui le dualisme suppose que l'on conçoive «le droit interne et le droit international comme deux systèmes de normes différents, indépendants, et par suite étrangers l'un à l'autre [alors qu'au contraire, le monisme admet] une unité entre eux». Voir également Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 178 et suiv.; et J.-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 145 et suiv.

³⁴ Sur cette approche des pays scandinaves, voir notamment Edmond ORBAN, *Un modèle de Souveraineté-Association? Le Conseil nordique*, Montréal, Hurtubise, 1978, p. 81; Severin BLOMSTRAND, «Nordic Co-operation on Legislation in the

essentiellement restreinte à la forme d'une législation, cette préservation semblera symbolique en cas d'unification. C'est ce qu'attestent la mécanique des directives européennes³⁵ et, dans une certaine mesure, le procédé d'entrée en vigueur d'une convention internationale.

On peut donc en déduire qu'à première vue, un État jaloux de sa souveraineté ou de ce qui en reste sera enclin à opter pour l'harmonisation ou, à la rigueur, pour l'unification plutôt que pour l'uniformisation soit par désir de ménager les particularités de sa législation, soit par volonté d'avancer à petits pas dans le processus d'intégration juridique.

Il est ainsi loisible de dire que, dans l'ordre des niveaux d'intégration juridique entre les États, l'uniformisation vient au premier rang, suivie *decrecendo* par l'unification et l'harmonisation. Partant, l'harmonisation est relativement plus accessible que l'unification ou l'uniformisation. De ce fait, le professeur Honka a estimé que, sur la scène internationale, l'« unification est, dans une large mesure, une idée utopique »³⁶. *A fortiori*, cette opinion vaudrait également pour l'uniformisation, voire la codification.

Comme nous venons de le montrer, chacun des moyens d'harmonisation, d'unification ou d'uniformisation a une signification particulière. En général, l'option pour l'une plutôt que pour l'autre dépendra des conditions³⁷ qui prévalent dans les divers États parties à l'intégration juridique. Toutefois, ces conditions sont à ce point déterminantes qu'elles écornent souvent la technique envisagée par les acteurs d'une intégration juridique. Cela justifierait la confusion qui entoure l'usage de ces moyens.

Field of Private Law», (2000) 39 Sc. St. L. 59, 60 et Ulf BERNITZ, «Nordic Legislative Cooperation in the New Europe – A Challenge for the Nordic Countries in the EU Perspective», (2000) 39 Sc. St. L. 29, 34.

³⁵ Voir note 25.

³⁶ H. HONKA, préc., note 21, 112. Traduction par nos soins de : «Unification is, to a large extent, a utopian ideal».

³⁷ Essayant de répondre à la question de savoir pourquoi la législation, le droit varie d'une nation, voire d'un État à un autre, Leebron déclarait prudemment : «Nations can be said to differ in five attributes that affect the laws and policies they adopt: endowment, technologies, preferences, institutions, and coalition formation. In addition, at least some differences in laws are probably stochastic.» Voir D. LEEBRON, préc., note 11, 92 et 93.

C. Amalgame dans les pratiques d'intégration juridique

Les concepts-moyens ainsi clarifiés demandent encore à être établis dans les pratiques d'intégration juridique. Sans nous y confiner, certains textes élaborés sous les auspices de la CNUDCI, d'UNIDROIT, de l'OHADA, de la NCCUL, de l'ALI et de la CDEC révèlent un usage inapproprié des concepts d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation.

• À la CNUDCI

Aux fins de notre propos, nous nous en tiendrons ici à l'unification que vise en principe la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (ci-après « CVIM »)³⁸ élaborée sous les auspices de la CNUDCI. Il y a lieu de noter que la véritable nature de la CVIM est atténuée aussi bien par la technique de l'élagage de son objet même³⁹ que par la pratique des réserves⁴⁰. D'une part, cette convention porte certes sur la vente internationale de marchandises. Cependant, ses auteurs se sont abstenus d'y traiter de la validité du contrat et de ses clauses, de la validité des usages⁴¹ ainsi que des effets que le contrat peut avoir sur la propriété

³⁸ *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, conclue à Vienne le 11 avril 1980 (A/CONF.97/18, annexe I), (1988) 1489 R.T.N.U. 3 et suiv. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988, la CVIM compte déjà 71 États parties. Voir COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *État – Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2006, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> (consulté le 14 juin 2009).

³⁹ Sur quelques insuffisances de la CVIM, voir notamment Claude WITZ, « CVIM : interprétation et questions non couvertes », (2001) *Rev. Dr. Aff. Intern.* 253-275.

⁴⁰ Voir Jean-Paul BÉRAUDO, « La négociation internationale institutionnelle de droit privé (II^{ème} partie) », (1997) *Rev. Dr. Uniforme* 276, 283.

⁴¹ Art. 4 a) CVIM. Sur la jurisprudence pertinente, voir notamment en Allemagne : Bundesgerichtshof, n° VIII ZR 134/96, 23-7-1997 commentée par Cl. Witz. Obs. à C. féd. justice allemande, 23 juillet 1997, Recueil Dalloz 1998.somm.308; aux États-Unis : *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. c. Barr Laboratories inc.* et al., 98 Civ. 861, 99 civ. 3607, 10-5-2002 U.S. District Court, S.D. New York. Toutes ces décisions sont disponibles sur INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *UNILEX : CISG*, 2008, en ligne : <<http://www.unilex.info/dynaste.cfm?dssid=2376&dsmid=14315>> (consulté le 14 juin 2009).

des marchandises vendues⁴². D'autre part, la CVIM permet notamment aux États parties de n'y souscrire que partiellement en formulant des réserves⁴³. Aussi, plusieurs États se sont déjà prévalus de cette opportunité⁴⁴.

Qui pis est, il est permis à certains États d'en soumettre l'application au respect par les parties contractantes de la forme écrite du contrat de vente⁴⁵. Une distorsion supplémentaire qui concourt à entamer l'unité législative de la CVIM, en dénaturant *ipso facto* l'unification souhaitée. Par conséquent, la CVIM se situe plutôt dans le cadre d'une harmonisation.

• À UNIDROIT

S'agissant d'UNIDROIT, son objectif initial⁴⁶ d'édicter des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* (ci-après « Principes d'UNIDROIT »)⁴⁷ a été surpassé. Cette constatation est encore

⁴² Art. 4 b) de la CVIM. Sur la jurisprudence s'y rapportant, voir notamment aux États-Unis : *Usinor Industeel c. Leeco Steel Products inc.*, n° 02 C 0540, 28-03-2002, United States District Court, N.D., Illinois ; en Suisse : *B. c. O.*, n° 01 93 1308, 17-5-1994, Tribunal Cantonal de Vaud ; en Allemagne : *Oberlandesgericht Koblenz*, n° 5 U 534/91, 16-01-1992 ; en Australie : *Roder Zelt – und Hallenkonstruktionen GmbH c. Rosedown Park Pty Ltd and Another*, n° 57 FCR 216, 28-04-1995, Federal Court, South Australia District Adelaide, (1995) 57 Federal Court Reports 216-240. Toutes ces décisions sont disponibles sur INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *UNILEX: CISG*, 2008, en ligne : <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=14315>><http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=14315>> (consulté le 14 juin 2009).

⁴³ Art. 92 de la CVIM.

⁴⁴ En fait, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont souscrit à la CVIM en déclarant qu'ils ne seront pas liés par sa 2^e partie traitant de la formation du contrat. Voir COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *État – Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2008, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> (consulté le 14 juin 2009).

⁴⁵ Art. 96 de la CVIM.

⁴⁶ Sur l'historique mouvementé de ces visées, voir Marcel FONTAINE, « Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par Unidroit » (1991) 68 *Rev. Dr. Intern. & Comp.* 25, 27 et 28.

⁴⁷ Sur le texte initial des Principes d'UNIDROIT, voir notamment INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principles of International Commercial Contracts (Official Texts of the Black Letter Rules in English, French, German, Italian and Spanish)* = *Principes relatifs aux contrats du commerce international (textes officiels des dispositions en anglais, français, allemand, italien et espagnol)*, Rome, Institut International pour l'Unification du Droit International Privé, 1994.

plus judicieuse à l'égard de la seconde édition élargie des Principes d'UNIDROIT publiés en 2004⁴⁸. En fait, ce projet a abouti à l'élaboration de nombreuses « règles techniques précises qui n'ont qu'un lointain rapport avec de véritables principes ou le *jus commune* »⁴⁹. À cet égard d'ailleurs, même l'appréciation nuancée du professeur Bonell est difficilement convaincante⁵⁰. De sorte que ce qui se voulait une harmonisation paraît avoir pris les proportions d'une unification⁵¹. *Mutatis mutandis*, cette constatation est tout aussi pertinente à l'égard des *Principes du droit européen des contrats* (ci-après « Principes européens »)⁵².

• À L'OHADA

Relativement à l'OHADA, il est étonnant de constater que l'essentiel de ses œuvres déborde le cadre de sa mission qui est « l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties »⁵³. Il en est

⁴⁸ (textes officiels des dispositions en anglais, français, allemand, italien et espagnol), Rome, Institut International pour l'Unification du Droit International Privé, 1994. Voir *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, (ci-après désignés Principes d'UNIDROIT (2004)) dont une version intégrale est disponible sur INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, 2008, en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>> (consulté le 14 juin 2009).

⁴⁹ Catherine KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », (1995) 84 (4) *Rev. Crit. Dr. Intern. Priv.* 641, 655 ; *contra* : Anthony CHAMBOREDON, « La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats », (2001) 128-1 *Clunet* 5, 38.

⁵⁰ Voir Michael Joachim BONELL, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Towards a New Lex Mercatoria ? », (1997) *Rev. Dr. Aff. Intern.* 145, 149, qui estime qu'« [e]n général, les principes UNIDROIT sont plus conçus dans le style des Codes européens que dans celui, plus élaboré et typique, des normes de Common Law ».

⁵¹ Il nous semble que la professeure Charpentier ne pense pas autre chose lorsque, après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence arbitrale pertinentes, elle conclut que les Principes d'UNIDROIT constituent plutôt une « codification privée » de la *lex mercatoria*. À cet égard, voir Élise CHARPENTIER, « Les Principes d'Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ? », (2005) 46 *C. de D.* 193, 204.

⁵² Pour une version complétée et révisée en novembre 1998 des *Principes du droit européen des contrats*, voir Ole LANDO et Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

⁵³ Art. 1 et 3 du Traité de l'OHADA.

ainsi de l'Acte *uniforme portant sur le droit commercial général* (ci-après « Acte uniforme »)⁵⁴.

D'une part, le style loquace et la formulation minutieuse de cet Acte uniforme⁵⁵ marquent plus une unité législative de second degré qui caractérise une unification ou une uniformisation qu'une unité législative de premier degré que véhicule une harmonisation. Par conséquent, le niveau d'unité législative de l'Acte uniforme de l'OHADA ne diffère que peu ou prou de celui des Principes d'UNIDROIT.

D'autre part, l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme n'a pas été assujettie à la sanction des diverses autorités législatives nationales comme l'exigeraient une unification et *a fortiori* une harmonisation. En faisant fi d'un certain principe démocratique et par souci d'efficacité, elle fut subordonnée à sa seule adoption par le Conseil des ministres, un organe de l'OHADA⁵⁶. Il semble donc que le procédé d'intégration de l'OHADA participe non pas d'une unification et encore moins d'une harmonisation comme annoncée, mais plutôt d'une uniformisation.

• À la NCCUL

Quant au *Uniform Commercial Code* (ci-après « UCC ») élaboré par la NCCUL des États-Unis d'Amérique, le traitement législatif qu'en font les différents États fédérés crée le flou qui, *a priori*, règne autour du moyen qu'il promeut. Le professeur Rosett soulignait à ce propos « qu'en dépit du procédé de mise en œuvre des lois qui, non seulement varie d'un État à un autre, mais aussi évolue à des vitesses différentes, le processus d'harmonisation est bien enclenché dans plusieurs États où, en général, le niveau d'indépendance du législateur est très élevé. Tout ceci aboutit à un degré d'identité considérable sans uniformité »⁵⁷.

⁵⁴ *Acte uniforme portant sur le droit commercial général*, J. O. OHADA, n° 01, 1^{er} octobre 1997, p. 25 et suiv.

⁵⁵ Voir J. ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des États africains de la zone franc », préc., note 19, 17, pour qui « [c]e qui retient le plus l'attention, c'est le détail avec lequel les normes sont rédigées de façon à exprimer non seulement les principes fondamentaux d'une matière mais également ses modalités d'application ».

⁵⁶ En vertu des articles 2 et 27 du Traité de l'OHADA, le Conseil des ministres regroupe les ministres de la justice et des finances des États parties.

⁵⁷ A. ROSETT, préc., note 11, 687. Traduction de : « The process of harmonization has gone far, although the way the law is stated differs from state to state, moreover, the process of legal development proceeds with a high degree of legislative

Aussi, contrairement à ce que suggère sa dénomination, le *Uniform Commercial Code* ne recherche guère une uniformisation. En effet, dès sa conception, il fut convenu que son adoption se ferait sous la forme choisie par chacun des États américains auxquels le Congrès a abandonné sa compétence en matière commerciale⁵⁸. À l'origine, il ne s'agissait donc que d'une unification que les législatures fédérées ont transformée au moyen d'adaptations de fond et autres attermoissements. En conséquence, le UCC ne participe ni d'une uniformisation, ni d'une unification. Il véhicule seulement une harmonisation juridique.

Au final, il peut être constaté que les concepts-moyens exposés ne servent pas encore de véritables repères aux entreprises d'intégration juridique. Or, le chemin d'une intégration juridique ne peut être balisé que par l'usage approprié d'un concept-moyen. Ne pas y souscrire revient à agir un peu à l'aveuglette, à se laisser guider par le cours des négociations et des compromis qui précèdent la manifestation législative d'une intégration juridique. Opter pour une harmonisation, pour une unification ou pour une uniformisation est d'autant plus important qu'il permet de choisir judicieusement le cadre structurel qui y veillera.

II. Implications structurelles du moyen d'intégration choisi

À juste titre, le professeur Leebron faisait remarquer que « l'ampleur d'une intégration juridique est étroitement liée à la procédure d'intégration et aux institutions qui y participent »⁵⁹. En effet, tout

independence and at different speeds in the many states. The result is substantive harmony without uniformity ». Il convient d'ajouter que le UCC a été adopté, partiellement ou globalement, par tous les États américains, la Louisiane ayant fini par y souscrire en partie. Voir à cet égard Detlev F. VAGTS, « Harmonizing Divergent Laws: the American Experience », (1998) *Rev. Dr. Uniforme* 711, 713.

⁵⁸ Voir notamment Allan FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*, 3rd Ed., New York, Oceana, 1996, p. 136; ou A. FARNSWORTH, « Le droit commercial aux États-Unis d'Amérique », (1962) 14 *Rev. Intern. Dr. Comp.* 309, 312; et A. ROSETT, préc., note 11, 694.

⁵⁹ D. LEEBRON, préc., note 11, 73. Traduction par nos soins de : « The breadth of the harmonization effort is closely linked to the harmonization procedure and the institutions involved ».

porte à croire que chaque moyen a sa procédure et ses institutions appropriées. Selon le moyen retenu, les auteurs d'une intégration juridique devront donc choisir un procédé d'élaboration des normes communes (A.) ainsi qu'un certain nombre d'institutions (B.).

A. Sur le procédé d'élaboration des normes communes

En tant que moyen constitutif d'un processus, une harmonisation ne requiert pas la même procédure d'élaboration des normes qu'une unification ou une uniformisation qui, au demeurant, s'apprécient plutôt en termes de résultat. Une certaine expérience européenne permet de justifier cette dichotomie (1.) dont on peut trouver un fondement dans la matière faisant l'objet d'une intégration juridique (2.).

1. Incursion dans un débat européen entre *thibautistes* et *savigniens*

Assurément, l'élaboration et la publication des Principes européens ont permis de réaliser qu'une pluralité de systèmes juridiques ne constitue pas en soi un obstacle dirimant à une entreprise d'intégration juridique⁶⁰. De fait, les Principes européens, évidemment combinés à la dynamique de resserrement progressif⁶¹ des liens entre les États de l'Union, ont permis d'envisager et d'espérer

⁶⁰ Voir également Roy GOODE, «International Restatements of Contract and English Contract Law», (1997) 2 *Rev. Dr. Uniforme* 231, 247; *contra*: Pierre LEGRAND, «Against a European Civil Code», (1997) 60 *M.L.R.* 44, 60 pour qui, compte tenu de la coexistence dans l'espace européen des systèmes de *common law* et de droit civil, «[a] European Civil Code reveals a utopian enterprise, for it suggests that legal cultures which purport to give normative strength to forms of behaviour developed in historically different contexts can be unified». Au demeurant, cette position du professeur Legrand semble faire abstraction de multiples évolutions qui militent effectivement pour un rapprochement entre les systèmes de *common law* et de droit civil. Sur une récente analyse allant dans ce sens, voir A. CHAMBOREDON, *préc.*, note 49, 10-26 qui souligne notamment qu'une certaine forme de codification est de plus en plus utilisée en Angleterre tandis qu'en France par exemple, l'importance de la jurisprudence ne cesse de croître.

⁶¹ Comme l'a tout récemment montré le «non» irlandais (du 12 juin 2008) au *Traité de Lisbonne* additionné à la réponse négative des Français et des Néerlandais (respectivement le 19 mai et le 1^{er} juin 2005) au *Traité établissant une constitution pour l'Europe* adopté le 18 juin 2004, ces progrès peuvent parfois être ralentis.

une intégration accrue du droit européen des contrats. À cet égard, la doctrine est divisée sur la démarche à suivre. Un débat s'y est très vite engagé sur la faisabilité et l'opportunité d'une codification, donc d'une uniformisation poussée d'un droit européen des contrats.

Ce débat met principalement aux prises deux thèses inspirées des travaux de Friedrich Carl von Savigny et de Anton Friedrich Justus Thibaut, des juristes aux approches différentes d'intégration du droit allemand au XIX^e siècle⁶². Aussi verrons-nous qu'à l'instar de Thibaut, certains auteurs (les *thibautistes*) prônent une codification. Par contre, s'inspirant de la pensée de Savigny, d'autres auteurs (les *savigniens*) militent pour une harmonisation progressive du droit des contrats en Europe. Prosaïquement, la « question qui divise les *savigniens* et les *thibautistes* est celle de savoir si le droit européen des contrats doit être élaboré progressivement ou par la voie [de la forme achevée d'une uniformisation qu'est la] codification »⁶³. Nous exposerons successivement la thèse thibautiste (a.) et celle soutenue par les *savigniens* (b.) dont la viabilité nous semble étroitement liée au moyen d'intégration choisi (c.).

a. Les *thibautistes* : partisans d'une codification du droit européen des contrats

Au sein de la doctrine européenne, les *thibautistes* paraissent majoritaires⁶⁴. Ils prônent une codification, une uniformisation ache-

⁶² Sur un historique de cette polarisation, voir Zdenek KRSTUFEK, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », (1966) 45 *Rev. Hist. Dr. Fr. & Étran.* 59.

⁶³ O. LANDO, préc., note 17, 532. Traduction par nos soins de : « That which divides the Savignys and the Thibauts is the question whether the law should be europeanized by way of the "creeping" method or by codification ».

⁶⁴ Il faut préciser que les partisans d'une codification ne sont cependant pas unanimes sur l'ampleur d'une telle démarche. Certains estiment que, pour l'instant, elle devrait se limiter à la matière des contrats commerciaux seulement. Voir notamment Konstantinos D. KERAMEUS, « Problems of Drafting a European Civil Code », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 475, 480 ; et U. MATTEI, préc., note 17, 900 ; Mauro BUSSANI et Ugo MATTEI, « Le fonds commun du droit privé européen », (2000) 52-1 *Rev. Intern. Dr. Comp.* 29, 41. D'autres pensent qu'elle devrait s'étendre aux contrats en général. Voir à cet égard O. LANDO, préc., note 17, 535 ; Christian von BAR, « Le groupe d'études sur le code civil européen », (2001) 53-1 *Rev. Inter. de drt. comp.* 127-139 ; Ulrich DROBNIG, « Scope and General Rules of a European Civil Code », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 489-496 ; Denis TALLON, cité par U. DROBNIG, *id.*, 494 ; Winfried TILMANN, « The Legal Basis for a European Civil

vée du droit européen des contrats par le truchement d'un texte législatif adopté soit par un organe de l'Union européenne, soit par chacun des parlements nationaux intéressés⁶⁵. Un tel texte ne serait ni plus, ni moins qu'une création de quelques esprits savants auxquels aura été confié le privilège d'esquisser ce qui dans une société mérite d'être élevé au rang de règle de conduite humaine. Au risque de ne pas prendre en compte certaines valeurs et certains intérêts, ce texte participerait ainsi d'un droit rationnel.

Le professeur Lando a doublement motivé l'approche thibautiste. D'une part, cet auteur ne semble pas satisfait de l'harmonisation fragmentaire que véhiculent notamment les directives européennes traitant respectivement de la concurrence et des contrats de représentation⁶⁶. D'autre part, il estime que la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*⁶⁷ est un instrument isolé qui ne suffit pas à établir le cadre juridique uniforme que nécessite la construction d'un marché commun européen⁶⁸.

Dans la perspective d'un code européen du droit des contrats, les Principes européens démontrent qu'il est possible de surmonter l'obstacle que constitue *a priori* la multitude de droits contractuels

Code », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 471 ; A. CHAMBOREDON, préc., note 49, 27 ; Richard HYLAND, « The American Restatements and the Uniform Commercial Code », dans Arthur S. HARTKAMP (dir.), *Towards a European Civil Code*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 55, à la page 65 ; et Christoph U. SCHMID, « Le projet de code civil européen et la Constitution européenne », (2005) 46 *C. de D.* 115, 127. Au demeurant, le professeur Van Gerven propose plutôt l'adoption d'un droit européen des contrats au moyen d'un traité. Voir Walter VAN GERVEN, « Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a European Civil Code ? », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 465, 468. Le professeur Mackaay estime pour sa part qu'un tel code, sans se substituer aux législations nationales devrait s'ajouter à elles dans un panier dans lequel les sujets de droit pourraient choisir leur droit applicable. Voir Ejan MACKAAY, « Faut-il un code civil européen, une analyse économique », (2005) 46 *C. de D.* 217, 224 et 228.

⁶⁵ O. LANDO, préc., note 17, 525.

⁶⁶ *Id.*, 527.

⁶⁷ *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* signée à Rome le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE en vigueur depuis le 1^{er} avril 1991 dans les pays membres de l'Union Européenne. Ci-après dénommée « Convention de Rome ». Il convient d'ailleurs de signaler que cette Convention de Rome est en voie de transformation en un Règlement sur la loi applicable aux obligations conventionnelles dit Rome I.

⁶⁸ O. LANDO, préc., note 17, 527.

en vigueur dans les États de l'Union européenne. L'élaboration desdits Principes a en effet permis de faire ressortir des concepts et une méthode qui pourraient également servir dans la préparation d'un code européen du droit des contrats⁶⁹. Ces Principes européens constituent donc la base du code⁷⁰ souhaité par les *thibautistes* puisque ceux-ci veulent, d'une part, que le droit européen des contrats fasse l'objet de profondes discussions entre les universitaires et, d'autre part, qu'il soit enseigné bien avant d'être codifié⁷¹.

Le professeur Lando s'empressera cependant de reconnaître que le contexte actuel n'est pas encore propice à une codification car, dit-il, « [e]n Europe, les hommes d'affaires et les juristes ne sont pas encore accoutumés à l'idée de l'introduction de nouvelles lois qui vont considérablement bouleverser leurs habitudes et leurs concepts. Les citoyens européens n'ont pas l'esprit communautaire qui les inciterait à faire ce sacrifice »⁷². Une telle observation, d'ailleurs corroborée par les difficultés auxquelles furent confrontés le *Traité établissant une constitution pour l'Europe*⁷³, voire le *Traité de Lisbonne*, enseigne donc que la codification proposée n'est pas immédiatement opportune, même si elle est possible. Ce qui ne peut que raviver la thèse savignienne.

⁶⁹ *Id.*, 532.

⁷⁰ Voir Ole LANDO, « Principles of European Contract Law. A First Step towards a European Civil Code », (1997) n° 2 *Rev. Dr. Aff. Intern.* 189, 194. Compte tenu de cette position adoptée par le professeur Lando, il est tentant de dire qu'en tant que président de la Commission qui a élaboré les Principes européens, il prêche pour sa paroisse. Ce qui serait d'autant plus légitime qu'à plusieurs reprises, le Parlement européen s'est montré très intéressé par les travaux de cette Commission. Voir à cet égard la *Résolution sur les actions à mener pour harmoniser le droit privé des États membres*, Doc. A2-157/89, JOCE n° C58 du 26 juin 1989, p. 400 et la *Résolution pour l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres*, JOCE, n° C 205 du 25 juillet 1994, p. 518. Mieux encore, le Parlement européen avait adopté une résolution fixant un calendrier précis devant mener à l'élaboration et l'adoption de dispositions de droit des contrats à partir de 2010. Voir, à cet égard, la *Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres* du 15 novembre 2001, COM(2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187 (COS).

⁷¹ O. LANDO, préc., note 17, 532.

⁷² O. LANDO, préc., note 70, 193.

⁷³ Voir note 61.

b. Les *savigniens* : tenants d'une harmonisation progressive du droit européen des contrats

Les opposants à l'idée d'une codification militent plutôt pour une approche d'harmonisation progressive du droit des contrats⁷⁴. De leur point de vue, le droit ne doit pas émaner d'une législation. Au contraire, les *savigniens* souhaitent une harmonisation du droit européen des contrats sous l'impulsion du peuple et des universitaires. Comme le rapporte le professeur Lando :

« [a] European Contract Law, the Savignys say, should grow organically and slowly in the people, led by the academics and supplemented by the business community when it feels the need. In their international organisations the business people should establish common customs and practices. Arbitrators apply general principles of law (the *lex mercatoria*) to international commercial disputes should provide a common core of contract rules. »⁷⁵

Cette conception suppose alors une construction graduelle d'un corpus normatif intégré à partir de la seule expérience de la vie du droit dans l'ensemble des sociétés concernées. À cet égard, le professeur Bonell s'est en quelque sorte fait le héraut des *savigniens* en avançant trois principaux arguments justifiant une harmonisation progressive du droit⁷⁶.

Il remet d'abord en question l'opportunité d'une codification en Europe. Aussi, est-il d'avis que la coexistence en Europe de plusieurs régimes juridiques des contrats ne pose pas de problème si grave qu'il faut le résoudre par l'élaboration d'un code européen des contrats⁷⁷. Le professeur Glenn abonde dans le même sens lorsqu'il estime que la multiplication des échanges dans un marché commun

⁷⁴ Voir notamment Reinhard ZIMMERMANN, « Savigny's Legacy. Legal History Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science », (1996) 112 *L.Q.R.* 576-605 ; Basil S. MARKESINIS, « Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 519-524 ; Michael Joachim BONELL, « The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 505, 506 ; Otto KAHN-FREUND, « Common law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation », dans Mauro CAPPELLETTI (dir), *New Perspectives for a Common law of Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 137, aux pages 142 et 143, ainsi que P. LEGRAND, préc., note 60, 56 et 58.

⁷⁵ O. LANDO, préc., note 17, 531.

⁷⁶ Voir M. J. BONELL, préc., note 74, 506.

⁷⁷ *Id.*, 516.

ne passe pas nécessairement par l'instauration formelle dans les États parties d'un ensemble de règles intégrées⁷⁸. Il se fonde sur le succès relatif de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA)⁷⁹ dont la mise en œuvre a suscité une adaptation spontanée et graduelle des opérateurs économiques, des législations locales et des acteurs judiciaires⁸⁰. De ce fait, le professeur Glenn soutient que l'application de l'ALENA entraîne par elle-même une intégration informelle du droit sans élaboration d'un instrument juridique commun⁸¹.

Pourtant, comme la plupart des États membres de l'Union européenne, le Canada, les États-Unis d'Amérique et le Mexique, membres de l'ALENA, sont parties à un certain nombre d'autres conventions internationales favorisant l'intensification des échanges entre leurs opérateurs économiques. Il en est ainsi de la CVIM⁸² et de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*⁸³. De même, le Canada, les États-Unis, le Mexique et (ou) leurs opérateurs économiques se servent de divers instruments de *soft law* tels que les Principes d'UNIDROIT et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁸⁴. Le succès de

⁷⁸ H. Patrick GLENN, «North America as a Medieval Legal Construction», dans Mauro BUSSANI et Ugo MATTEI (dir.), *The Common Core of European Private Law, Essays on the Project*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 49, à la page 52.

⁷⁹ L'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) a été conclu le 17 décembre 1992 entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et le Mexique. Il est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994.

⁸⁰ H.P. GLENN, préc., note 78, aux pages 55 et 56.

⁸¹ *Id.*, à la page 55.

⁸² Voir COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, préc., note 38.

⁸³ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, signée à New York le 10 juin 1958, (1959) 330 R.T.N.U. 3 (ci-après désignée « Convention de New York »); et COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *État – Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 2008, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html> (consulté le 14 juin 2009).

⁸⁴ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* du 21 juin 1985. Il convient d'ailleurs de souligner que le Canada, les États-Unis et le Mexique sont membres d'UNIDROIT. À cet égard, voir INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, 2008, en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/members/main.htm>> (consulté le 14 juin 2009). De même, le Canada, le Mexique, ainsi que plusieurs entités fédérées des États-Unis (Californie, Connecticut, Illinois,

l'ALENA tient aussi à l'utilisation de ces instruments internationaux. Il reste néanmoins qu'à certains égards, l'expérience nord-américaine est révélatrice de la capacité d'un groupe d'États à accroître leur sécurité juridique sans recours formel à des normes intégrées. Les Européens ont-ils pour autant un contexte aussi propice ainsi que la volonté et la patience nécessaires pour s'en inspirer ?

Le professeur Bonell excipe ensuite des lacunes de l'approche thibautiste – dont sont d'ailleurs inspirés des traités de droit international comme la CVIM – pour affirmer que l'élaboration d'un cadre juridique intégré par le truchement d'un instrument législatif ne permet pas de retenir les dispositions concourant aux meilleures solutions⁸⁵. Au niveau international, en effet, un tel texte se présente généralement comme étant davantage le résultat de compromis entre délégués nationaux que la consécration de dispositions susceptibles de répondre efficacement aux besoins et aux intérêts des opérateurs du commerce international.

De surcroît, l'élaboration d'un texte législatif ne permet pas d'atteindre le consensus que requiert l'encadrement juridique de certains sujets délicats relatifs notamment à la validité du contrat⁸⁶, au transfert de propriété⁸⁷, à la clause pénale⁸⁸, au contrat de représentation ou à l'autorisation publique à laquelle le contrat est parfois assujéti⁸⁹. De sorte que l'approche législative aboutit souvent à la mise sur pied d'un texte commun qui ne couvre que partiellement la matière qui en est l'objet. De fait, il arrive qu'un tel texte laisse la

Louisiane, Oregon et Texas) ont déjà incorporé la Loi type sur l'arbitrage de la CNUDCI dans leurs législations. À cet égard, voir COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *État : 1985 – Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, 2008, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html> (consulté le 14 juin 2009).

⁸⁵ M. J. BONELL, préc., note 74, 508.

⁸⁶ Voir notamment art. 4 a) de la CVIM ; *contra*, art. 3.2 et suiv. des Principes d'UNIDROIT (2004).

⁸⁷ Voir notamment art. 4 b) de la CVIM.

⁸⁸ Voir sentence arbitrale n° 7197/1997, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, (1993) *J.D.I.* 1028-1037 et sentence arbitrale n° 9978, Cour internationale d'arbitrage de la CCI, (2000)11-2 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 117-221.

⁸⁹ M. J. BONELL, préc., note 74, 508 et 509.

réglementation de certains aspects de cette matière à l'initiative des diverses autorités nationales. Grand est alors le risque d'assister à la survie des divergences juridiques qui affaibliraient le cadre législatif commun et freineraient certaines initiatives commerciales. Par conséquent, en procédant à une intégration juridique, il peut être malcommode de se contenter de mesures approximatives. Ce qui amènera le professeur Bonell à déclarer que « le nouveau droit uniforme ne peut pas être un droit quelconque, il doit être le meilleur droit »⁹⁰.

Enfin, le professeur Bonell estime qu'est révolue l'ère des instruments contraignants et rigides semblables à ceux qui résultent d'une codification, donc d'une uniformisation poussée⁹¹. Selon lui, il faut désormais recourir à d'autres outils juridiques moins protocolaires, plus souples, car à l'avenir, les contractants en général et les opérateurs du commerce international en particulier préféreront utiliser un instrument d'intégration juridique, non pas parce qu'il est l'œuvre d'une codification, mais parce qu'il leur semblera plus efficace au regard de la qualité de ses dispositions⁹².

Ainsi, un cadre juridique non contraignant comme les Principes européens, voire les Principes d'UNIDROIT, constitue un outil d'intégration approprié, car sa préparation aura été guidée par un souci constant d'efficacité et de persuasion⁹³. De ce point de vue, il suffirait que l'article 3 de la Convention de Rome soit modifié pour autoriser les parties à un contrat de nature interne à désigner les Principes européens comme droit applicable à leur contrat. Ce qui permettrait d'optimiser l'effectivité de ce corps de Principes et donc d'intensifier l'harmonisation souhaitée⁹⁴.

La rigidité d'une codification ou d'une uniformisation poussée constitue également l'une des raisons pour lesquelles le professeur

⁹⁰ *Id.*, 514. Traduction par nos soins de : « [T]he new uniform law cannot be just any law but must be the best law ».

⁹¹ *Id.*, 506.

⁹² *Id.* On peut difficilement exclure que la position ici soutenue par le professeur Bonell constitue simultanément une promotion des Principes d'UNIDROIT. Cette insinuation est d'autant plus plausible que lesdits Principes et les Principes européens sont de même nature et qu'au cours de son plaidoyer, il a rarement passé sous silence les premiers aussitôt qu'il évoquait les seconds.

⁹³ *Id.*, 511.

⁹⁴ *Id.*, 516.

Legrand s'insurge contre l'idée d'un code européen du droit des contrats. À son avis, en tant que recueil de dispositions législatives, un tel code ne peut pas être suffisamment souple pour prendre en compte toutes les facettes de la vie humaine⁹⁵. De ce point de vue, même en dépit de l'expérience du UCC aux États-Unis d'Amérique, aucune codification ne serait bienvenue dans les systèmes de *common law*: « The common law does not want a code because codified law does not correspond to its conception of justice, which simply does not believe that society can profitably be invented and planned on the basis of abstract theory »⁹⁶.

Au-delà de la position particulièrement dissidente, voire réfractaire de certains auteurs comme le professeur Legrand, le débat ainsi rapporté montre clairement que la coexistence d'une multitude de systèmes juridiques n'est plus perçue comme une barrière infranchissable. Compte tenu de la nature de ces discussions, on pourrait penser que cette opinion est confinée à la doctrine, ce qui ne serait pas exact ! Nous avons en effet pu voir qu'en dépit de leur caractère non contraignant, les Principes européens illustrent parfaitement que plus d'une dizaine de systèmes juridiques, *a priori* différents, renferment néanmoins un noyau commun. Au niveau universel, la CVIM et les Principes d'UNIDROIT sont tout aussi édifiants sur la capacité de rapprochement entre divers systèmes juridiques.

c. L'adéquation entre les thèses en présence et les moyens d'intégration juridique

Au regard des thèses ainsi exposées, il est loisible de constater que l'approche savignienne entend mettre en œuvre un droit mou, autrement appelé *soft law*; un droit qui participe d'une harmonisation. À l'opposé, l'approche thibautiste relève d'une forme poussée d'uniformisation. Ces thèses consacrent donc deux des trois moyens d'intégration juridique que nous avons recensés. Toutefois,

⁹⁵ P. LEGRAND, préc., note 60, 54. Voir également William TETLEY, « Mixed Jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded) (Part I) », (1999) 4 *Rev. Dr. Uniforme* 591, 617.

⁹⁶ P. LEGRAND, « Structuring European Community Law: How Tacit Knowledge Matters », (1998) 21 *Hasting's Int'l & Comp. L. Rev.* 871, 881. Voir également P. LEGRAND, préc., note 60, 54. *Contra* notamment: A. CHAMBOREDON, préc., note 49, 14-18, qui souligne la réceptivité grandissante de l'Angleterre à une certaine forme de codification.

rien n'empêche qu'une unification puise quelques-uns de ses ingrédients dans l'approche thibautiste. Celle-ci prône en effet une création centralisée des normes juridiques, caractéristique commune de l'unification et de l'uniformisation. Ainsi, les institutions engagées dans les opérations d'intégration juridique pourront opter soit pour une harmonisation telle qu'envisagée par l'école savignienne, soit pour une unification ou pour une uniformisation au sens des *thibautistes*.

La thèse thibautiste peut être concrétisée par l'entremise d'une unification ou d'une uniformisation. Elle est substantiellement matérialisée au niveau mondial par la CVIM, texte international auquel les États peuvent souscrire soit par ratification, soit par acceptation, soit par approbation ou par adhésion⁹⁷. Contre toute attente, cette méthode semble avoir aussi reçu la préférence d'une institution régionale comme l'OHADA dont l'Acte uniforme est tout de même assez singulier. Cet Acte uniforme est devenu applicable et obligatoire dans les États parties « nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure⁹⁸ » dès son adoption par le Conseil des ministres regroupant les ministres des finances et les ministres de la justice des pays membres de l'OHADA⁹⁹.

Aux États-Unis d'Amérique, au moins sur le plan strictement technique, il est indéniable que l'approche thibautiste se trouve aussi utilisée dans l'élaboration et la mise en œuvre du UCC. Initialement préparé par la NCCUL, le UCC ne doit son application qu'à son adoption par l'organe législatif de l'État fédéré qui le désire et au rythme qui lui convient¹⁰⁰.

La méthode savignienne est plus propice à une harmonisation. Elle a actuellement des assises dans trois textes. Effective aux États-Unis d'Amérique depuis 1932, elle s'est notamment enracinée dans

⁹⁷ Art. 91 de la CVIM.

⁹⁸ Art. 10 du Traité de l'OHADA qu'il faut compléter par l'article 9 qui fixe les modalités de son entrée en vigueur.

⁹⁹ Art. 6 du Traité de l'OHADA. Dès lors, on pourrait se questionner sur la constitutionnalité d'un tel procédé. Voir à cet égard Jean-Jacques RAYNAL, « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du traité OHADA », (2000) 833 *Penant* 5, qui est d'avis que, dans l'ensemble, l'approche de l'OHADA ne va pas à l'encontre des lois fondamentales de ses États parties.

¹⁰⁰ Voir notamment A. ROSETT, préc., note 11, 687 et D. F. VAGTS, préc., note 57, 713.

le *Restatement (Second) of Contracts*¹⁰¹ qui n'est pas un texte législatif. Sa consultation et son application fréquentes¹⁰² ne reposent que sur l'adhésion des praticiens du droit convaincus du pragmatisme et de la crédibilité de son concepteur, l'ALI¹⁰³.

L'approche savignienne est, de plus, consacrée dans les Principes d'UNIDROIT (2004) et les Principes européens, qui contrairement aux Principes sont destinés à régir tout genre de contrat, international ou non¹⁰⁴. N'étant ni des textes législatifs ni des conventions internationales, ces deux ensembles de Principes sont dépourvus d'un quelconque pouvoir contraignant intrinsèque. L'application des Principes d'UNIDROIT (2004) dépend essentiellement de la volonté des acteurs du commerce international¹⁰⁵, tandis que l'application des Principes européens est généralement subordonnée à la volonté des parties contractantes¹⁰⁶. Partant, leur effectivité ne dépend que faiblement de la sanction des États. Leur succès est donc tributaire de leur adaptation aux besoins et aux intérêts des opérateurs du commerce international pour les premiers ou aux besoins des acteurs contractuels pour les seconds.

2. Un choix influencé par l'objet de l'intégration juridique

Au fond, quel est le critère qui permet d'opter pour une harmonisation, pour une unification ou une uniformisation ?

Seule la réponse à cette question permettra aux politiques de se prononcer sur les thèses savignienne et thibautiste. Il nous semble que la matière choisie pour faire l'objet d'une intégration juridique

¹⁰¹ Ci-dessous désigné *Restatement*. Sur une étude exploratoire de la seconde édition du *Restatement of Contracts*, voir Allan E. FARNSWORTH, « Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts », (1981) 81 *Colum. L. Rev.* 1.

¹⁰² Voir notamment A. ROSETT, préc., note 11, 693 ; A. FARNSWORTH, préc., note 58, p. 136 ; R. HYLAND, préc., note 64, à la page 57 et D. F. VAGTS, préc., note 57, 716.

¹⁰³ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law : Contracts*, vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 1932, pp. xi et xii.

¹⁰⁴ Dès lors apparaît une différence entre les Principes européens et les Principes d'UNIDROIT puisque ces derniers ont une visée planétaire et portent seulement sur les contrats du commerce international.

¹⁰⁵ Voir préambule des Principes d'UNIDROIT.

¹⁰⁶ Art. 1.101 des Principes européens.

devrait être le facteur le plus décisif dans l'orientation vers l'approche savignienne ou la thèse thibautiste. Dans le monde contemporain, les domaines les plus propices à un rapprochement juridique, à une intégration juridique sont davantage ceux qui valorisent la liberté de commerce que ceux qui traitent notamment des questions constitutionnelles et administratives.

De prime abord, l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation sont surtout susceptibles de couvrir les matières relatives au droit du commerce international largement entendu¹⁰⁷. Cependant, qu'il s'agisse de l'un ou l'autre de ces moyens, l'objectif est d'aider à la multiplication des échanges commerciaux en supprimant autant que possible les barrières juridiques émanant de la coexistence de différents droits nationaux. Il avait en effet été constaté que dans certains cas, une pluralité de régimes juridiques constitue une source d'incertitude, un risque supplémentaire pour les parties à un contrat du commerce international¹⁰⁸. Il était urgent sinon de l'éliminer, du moins, d'en amoindrir les effets. À cette fin, la volonté politique seule est souvent déterminante, car le risque de confrontation entre les valeurs et les intérêts y est moins élevé. Ce qui n'est pas le cas en bien de pans d'un système juridique à l'égard desquels toute initiative d'intégration susciterait une forte tension culturelle et axiologique.

Il est ainsi loisible de constater que les moyens d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation n'ont pas encore été sollicités à l'égard d'une bonne portion de l'assiette juridique. En témoignent notamment le cadre constitutionnel, les normes administratives, le régime de la propriété et, dans une moindre mesure, le régime des personnes et de la famille qui demeurent une chasse gardée des législateurs nationaux. De prime abord, ces secteurs juridiques, fortement pénétrés de spécificités nationales, varient d'un État à un autre. Ces divergences reposent sur des particularismes culturels, axiologiques, historiques, géographiques, économiques, politiques et sociaux de chacune des nations pressenties dans l'entreprise d'intégration

¹⁰⁷ Le professeur Glenn faisait d'ailleurs remarquer à cet égard : « The most universal movement towards harmonization of law is in the field of international commerce and transportation ». Voir H.P. GLENN, préc., note 11, à la page 789.

¹⁰⁸ Michael Joachim BONELL, « La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », (1981) 7 *D.P.C.I.* 7.

juridique. En conséquence, le risque d'incompatibilité des cultures et des valeurs est plus fort en de pareilles matières¹⁰⁹.

D'ailleurs, les domaines plus perméables à un rapprochement juridique n'échappent pas tout à fait à la force centrifuge inhérente au choc des cultures et des valeurs puisque celles-ci influent inéluctablement sur le recours à une harmonisation, à une unification ou à une uniformisation. De ce point de vue, les secteurs modelés par les valeurs d'une société sont moins susceptibles d'une unification ou d'une uniformisation¹¹⁰ que les domaines d'activités à connotation purement commerciale comme la vente de marchandises¹¹¹ et le transport des marchandises¹¹². L'influence de ces considérations non juridiques a également des effets sur le choix des institutions communes.

B. Sur les institutions communes

L'efficacité d'un moyen d'intégration juridique semble tantôt étroitement liée au type d'organe qui la dirige (1.), tantôt subordonnée à la mise sur pied d'un mécanisme d'interprétation convergente (2.), car il ne faut pas perdre de vue que les concepts en eux-mêmes n'ont pas de vie. Ils ont besoin d'être animés par des agents évoluant dans des structures bien identifiées ; encore faudrait-il que celles-ci leur conviennent.

¹⁰⁹ Hugh COLLINS, « European Private Law and the Cultural Identity of States », (1995) 2 *Euro. Rev. Priv. L.* 353, 357 et 358. Voir aussi J.-P. BÉRAUDO, préc., note 14, 19.

¹¹⁰ À cet égard, les difficultés de ratification du *Traité établissant une constitution européenne pour l'Europe* ainsi que rejet du *Traité de Lisbonne* par l'Irlande sont édifiants. Voir note 61.

¹¹¹ Sur ce propos, le professeur Mackaay a pu écrire que « [l]e commerce et les échanges dans une société sont basés sur l'idée que, pour l'acheteur, la chose achetée est plus rare que pour le vendeur. Les deux parties ne valorisent pas l'objet transigé de la même façon. C'est justement pour cette raison qu'elles trouvent toutes deux leur compte dans la transaction ». Voir Ejan MACKAAY, *L'analyse économique du droit*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 33.

¹¹² Sur les efforts d'intégration juridique en matière de transport en général, voir Jacques PUTZEYS, « Le transport, école d'unification », (1998) *Rev. Dr. Uniforme* 641-649. Au niveau plus restreint du transport des marchandises par mer, il existe malheureusement plusieurs régimes juridiques dont l'applicabilité simultanée produit une absence d'unification et constitue même une menace à l'harmonisation. Voir à cet égard Innocent FETZE KAMDEM, « La responsabilité du transporteur maritime au niveau international : un échec d'uniformisation juridique », (2000) 41 *C. de D.* 685.

1. Des organes de direction d'une intégration juridique

En général, les États désireux de se donner un cadre normatif commun constituent ou œuvrent à la mise sur pied d'une structure de travail dont la tâche principale est de coordonner ou de réaliser les différents efforts qu'exige une telle entreprise. Ainsi, force est de constater que les textes juridiques auxquels nous avons fait allusion tout au long de cette réflexion ont été élaborés au sein de structures différentes des institutions étatiques classiques.

La nature de ces structures varie selon que le moyen escompté est une harmonisation, une unification ou une uniformisation. Dans tous les cas, « [l]a décision utile est celle d'un forum adapté au sujet »¹¹³. Selon le juge Béraudo, cette adaptation sera fonction de l'intérêt que les États impliqués dans l'intégration portent à une matière et de leur capacité à lui aménager des règles communes¹¹⁴. C'est ainsi qu'en fonction de la mission qui lui est assignée, une structure aura soit le statut d'une organisation internationale, soit celui d'une commission des Nations Unies, soit encore celui d'un simple organisme dit indépendant dont les membres ne semblent pas comptables auprès des États.

Une unification ou une uniformisation semble requérir la mise sur pied d'une organisation internationale ou d'une simple commission des Nations Unies. Dans ce cas, l'objectif est d'élaborer un texte unique dont le contenu ne pourra que peu ou pas être ajusté par le législateur de chacune des entités impliquées. C'est le cas l'OHADA et de la CNUDCI au sein desquelles siègent les représentants de divers États et dont les produits normatifs participent de leurs missions originelles¹¹⁵. Ainsi, les textes élaborés par chacune de ces institutions sont en principe identiques¹¹⁶ dans l'ensemble des États qui y ont souscrit. Si le haut degré de similitude législative est acquis avec l'uniformisation qui prône une approche moniste, il ne peut être garanti avec l'unification qui favorise une démarche dualiste.

¹¹³ J.-P. BÉRAUDO, préc., note 14, 15.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Dans la perspective d'une codification du droit européen des contrats, le professeur Snijders propose également la mise sur pied d'une organisation internationale. Voir Wouter SNIJDERS, « The Organisation of the Drafting of a European Civil Code: a Walk in Imaginary gardens », (1997) 5 *Euro. Rev. Priv. L.* 483.

¹¹⁶ Toutefois, s'agissant d'un traité, la pratique des réserves est de nature à éroder cette identité législative.

Par contre, une harmonisation semble exiger une structure moins solennelle qu'une organisation internationale ou une commission des Nations Unies. Ainsi en est-il de la Commission Bonell créée par UNIDROIT¹¹⁷, mais composée de juristes qui siégeaient tous en qualité personnelle sans devoir rendre compte à leurs gouvernements respectifs¹¹⁸. Par conséquent, les Principes d'UNIDROIT n'ont pas été discutés et approuvés par des délégations d'États comme cela aurait été le cas pour une convention multilatérale¹¹⁹. Certes, manifestement, les Principes d'UNIDROIT sont l'œuvre d'« un groupe savant »¹²⁰ composé essentiellement de professeurs¹²¹ et de quelques praticiens du droit. La professeure Kessedjian en conclura qu'« Unidroit [s'était contenté de donner] son *imprimatur* à un ouvrage qui porte son nom mais qui a été élaboré par des membres de la doctrine »¹²².

À notre sens, il ne fait cependant aucun doute qu'UNIDROIT est l'auteur formel de ses Principes. S'il est vrai que ce corps de règles fut préparé par des savants, ceux-ci n'étaient néanmoins que les mandataires d'UNIDROIT. Or, il est bien connu que les actes qu'un mandataire pose dans les limites de sa mission doivent être portés au compte du mandant¹²³. Il ne nous paraît donc pas techniquement exact de mettre les Principes d'UNIDROIT au crédit des personnes qui les ont conçus. De plus, il existe de multiples codes et

¹¹⁷ En vertu de sa Charte constitutive, UNIDROIT doit certes travailler pour les États, mais la démarche qu'elle a empruntée pour l'élaboration de ses Principes ne leur a pas accordé un rôle significatif. C. KESSEDJIAN, préc., note 49, 648.

¹¹⁸ Voir INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Institut International pour l'Unification du Droit International Privé, 1994, p. vii et viii.

¹¹⁹ C. KESSEDJIAN, préc., note 49, 644.

¹²⁰ *Id.*, 644. Lire aussi É. CHARPENTIER, préc., note 51, 197 et 204 qui en infère même que les Principes d'UNIDROIT sont une « œuvre privée », une « codification privée ».

¹²¹ 14 de ses 17 membres étaient des professeurs. Toutefois, la représentativité géographique des membres était si variée que tous les systèmes de droit (ou presque tous) étaient représentés au sein de ce groupe de travail.

¹²² C. KESSEDJIAN, préc., note 49, 647. Voir aussi G. ROUHETTE, préc., note 20, 117 et É. CHARPENTIER, préc., note 51, 197 et 204. *Contra*: J.-P. BÉRAUDO, préc., note 14, 21 pour qui il suffit que les gouvernements des pays membres d'UNIDROIT aient réclamé l'élaboration des Principes d'UNIDROIT pour en être les vrais instigateurs.

¹²³ Par exemple, au Québec, voir art. 2130 et 2152 C.c.Q. ; en France, voir art. 1984 et 1998 du Code civil.

lois rédigés soit par un petit nombre de personnes, soit par un sage sans que le caractère législatif et public de ces instruments soit le moins édulcoré.

La démarche suivie par UNIDROIT, d'ailleurs identique à celle de la Commission Lando¹²⁴, sert de nouveau à l'élaboration des Principes d'UNIDROIT (2004). *Mutatis mutandis*, elle est également semblable au procédé adopté par l'ALI. L'organisation de ces trois institutions est fondée sur la nécessité de mettre sur pied un texte juridique de qualité soignée, mais d'application volontaire. Particularité qui, à première vue, n'en garantit cependant pas une interprétation uniforme.

2. Des mécaniques d'interprétation convergente

Quel que soit le moyen d'intégration envisagé, le rythme des échanges commerciaux ne sera effectivement bonifié que dans la mesure où les opérateurs économiques ou leurs conseillers juridiques auront le sentiment, voire l'assurance que les règles de droit sont pareilles ou sensiblement identiques dans leur sphère d'action potentielle. Pour cela, il faudra que les textes qui cristallisent les différentes ambitions d'intégration juridique reçoivent une interprétation qui va dans le sens de l'instauration d'un droit harmonisé, unifié ou uniformisé. À ce propos, le professeur Leebron rappelait avec justesse que « même les lois uniformes, si elles ne sont pas accompagnées d'une harmonisation des institutions, donnent lieu à des différences dans leur application et dans leurs effets »¹²⁵.

Il ne suffit donc pas d'élaborer un texte juridique unique, il faut surtout s'assurer qu'en vue de son application, chaque entité partie au processus d'intégration juridique attribuera le même sens aux

¹²⁴ Notons que contrairement aux Principes d'UNIDROIT, le juge Béraudo est d'avis que les Principes européens ne constituent qu'« une œuvre intellectuelle ». Voir J.-P. BÉRAUDO, préc., note 14, 21. La logique qui guide sa pensée à l'égard des Principes d'UNIDROIT aurait pourtant dû justifier que le juge Béraudo soutint que les Principes européens ne sont pas non plus une œuvre doctrinale car ils répondent à une demande plusieurs fois formulée par le Parlement européen. À cet égard, voir les résolutions citées à la note 70.

¹²⁵ D. LEEBRON, préc., note 11, 72. Traduction par nos soins de : « Even uniform laws, if they are not accompanied by harmonization of institutions, effectively allow differences in implementation and effects ». Voir également A. L. DIAMOND, préc., note 21, 45 et 46.

règles qu'il contient. L'efficacité d'une harmonisation, d'une unification ou d'une uniformisation est ainsi assujettie à une interprétation conséquente de son support législatif ou réglementaire.

Autant il serait difficile de garantir l'interprétation identique d'une législation nationale par les tribunaux d'un ordre juridique interne en l'absence d'une juridiction de cassation, autant et *a fortiori*, il serait illusoire d'espérer une interprétation identique d'un texte international dans différents ordres étatiques sans l'institution de mécanismes adéquats. Voilà pourquoi toute initiative d'intégration juridique qui entend s'assurer une certaine efficacité doit être accompagnée de certaines mécaniques susceptibles de faciliter une interprétation identique des textes harmonisés, unifiés ou uniformisés. Ces mesures vont de l'instauration d'une culture juridique commune à la création d'une juridiction chargée de statuer sur toutes les affaires mettant en cause l'interprétation du texte véhiculant l'intégration en passant par une simple invitation à une interprétation internationalisante.

Une culture juridique commune est sans doute le ciment qui permet le mieux de souder les velléités d'intégration en les transmettant aux différents acteurs sociaux du droit qui leur donnent une vie effective. Elle ne s'acquiert qu'au bout d'efforts constants et multiformes déployés notamment dans la formation ou le recyclage des juristes, dans la vulgarisation des outils juridiques d'intégration et dans les publications jurisprudentielles et doctrinales. La diffusion d'une telle culture est indispensable au succès d'une intégration juridique car « même là où il s'agit d'une codification, le vrai problème est la construction d'une culture juridique commune »¹²⁶.

L'institution d'une culture juridique commune doit cependant être complétée par d'autres mécaniques dont le choix dépendra du moyen adopté. Lorsqu'une uniformisation est recherchée, il est souhaitable d'accompagner le texte qui en résulte d'une juridiction supranationale qui veillera à tempérer et à annihiler les traditions d'interprétation nationalisante des tribunaux étatiques¹²⁷. En cas de besoin, une telle juridiction aura donc en charge de donner à ce texte

¹²⁶ Voir M. BUSSANI et U. MATTEI, préc., note 64, 44.

¹²⁷ Voir E. KRINGS, préc., note 21, 530 et C. U. SCHMID, préc., note 64, 129 et 130 qui écrit : « S'il est vrai que le droit civil de l'Union européenne ne saurait être administré dans le détail par une juridiction centralisée, une certaine coordination au niveau européen demeure indispensable ».

une interprétation identique. Toutefois, elle ne pourra accomplir cette mission que si ses décisions s'imposent à tous les tribunaux nationaux et contribuent ainsi à l'émergence d'une jurisprudence commune qu'il faudra, le cas échéant, traduire et diffuser à l'échelle de l'espace d'intégration.

Le choix hardi de l'OHADA illustre bien cette nécessité de lier uniformisation et juridiction commune. En effet, en vue d'assurer une interprétation identique de ses actes uniformes, le Traité de l'OHADA a créé une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)¹²⁸. Celle-ci assume notamment une fonction judiciaire¹²⁹. Agissant comme juge de cassation, la CCJA possède une compétence exclusive pour toutes les affaires mettant en cause l'application d'un acte uniforme. À cette occasion, elle se prononce sur le fond lorsqu'elle casse une décision soumise à son appréciation¹³⁰. Dans ce dernier cas, la CCJA est alors considérée comme un troisième degré de juridiction¹³¹.

En outre, afin que la CCJA remplisse facilement sa mission d'interprétation uniforme, il a été créé une École régionale supérieure de magistrature¹³² chargée de la formation des principaux acteurs de cette interprétation.

Moins audacieux ont été les auteurs de la CVIM qui, au moyen de l'article 7(1), ont invité les juridictions nationales à tenir « compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ». Néanmoins, cette formule montre déjà des signes d'une certaine efficacité¹³³.

¹²⁸ Art. 14 du Traité de l'OHADA.

¹²⁹ Art. 14 al. 3, 15 et suiv. du Traité de l'OHADA et titre II du *Règlement de procédure de la CCJA*.

¹³⁰ Art. 14 al. 5 du Traité de l'OHADA.

¹³¹ Voir à cet égard M. BOLMIN, G. BOUILLET-CORDONNIER et K. MEDJAD, préc., note 19, 389 et A. ZINZINDOHOUE, préc., note 19, 236.

¹³² Art. 41 du Traité de l'OHADA. Cette école régionale est située à Porto-Novo, au Bénin. Son organisation et son fonctionnement sont définis par le Statut de l'École régionale supérieure de la magistrature adopté par le Conseil des ministres à Bamako (Mali) le 3 octobre 1995. Sur une version intégrale de ce texte, voir ERSUMA, *Statut de l'ERSUMA*, 2008, en ligne : <http://www.bj.refer.org/benin_ct/edu/ersuma/historiq.htm#statut> (consulté le 21 juin 2009).

¹³³ En application de l'article 7(1) de la CVIM, les tribunaux arbitraux et judiciaires n'hésitent pas à s'inspirer de décisions rendues dans d'autres pays. Voir notamment Sentence arbitrale n° 2319 du 15 octobre 2002 du Netherlands Arbitration

Par contre, si l'intégration juridique est fondée sur une harmonisation comme le préconise la thèse savignienne, il n'est pas *a priori* nécessaire d'instituer une juridiction spéciale ayant pour fonction de donner une interprétation identique au corpus harmonisé. Nul doute que la substance de ce cadre, produit d'une convergence des sources juridiques, aura été sinon significativement, du moins partiellement l'œuvre de l'ensemble des tribunaux nationaux imprégnés d'une culture juridique commune. On devrait alors s'attendre à ce que, spontanément ou au moyen de la règle du précédent (*stare decisis*), les règles résultant d'une harmonisation reçoivent une interprétation identique de la part des tribunaux des différents États parties à l'intégration juridique. Toutefois, cette prévision n'est pas exclusive du recours à d'autres mécanismes de garantie d'une interprétation identique.

*
* *

Les présentes réflexions ont eu pour objet de démontrer que l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation expriment trois différents moyens d'intégration juridique. La définition de chacun de ces concepts a permis de souligner les caractéristiques qui les distinguent

¹³³ Institute; en Allemagne: Bundesgerichtshof, n° VII ZR 67/04 du 02/03/2005 et Bundesgerichtshof, n° VIII ZR 159/94; en Australie: *Downs Investments Pty Ltd c. Perjawa Steel SDN BHD* du 17/11/2000, civil Jurisdiction n° 10680 of 1996 Supreme Court of Queensland; en Belgique: *Roelants Eurosprint B.V. c. Beltronic Engineering International B.V.B.A.*, n° A.R. 01/2703 du 06/03/2002, Rechtbank van Koophandel; aux États-Unis: *MCC-Marble Ceramic Center inc. c. Ceramica Nuova D'Agostino S.p.A.* du 29/06/1998, n° 97-4250; U.S. Court of Appeals, 11th Circuit, (1998) 37 *International Legal Materials* 1142-1151; *Schmitz-Weke DmbH & Co. c. Rockland Industries inc.* du 21/06/2002, n° 00-1125 U.S. Court of Appeal, Fourth Circuit, PACE UNIVERSITY WEBSITE, en ligne: <<http://www.cisg.law.pace.edu>> (consulté le 21 juin 2009); *BP Oil International and BP Exploration & Oil Inc. c. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador (PetroEcuador et al.)*, 11/06/2003, n° 02-20166 U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit; en Italie: *30.M.AGRI.v.a.s. c. Erzeugerorganisation Marchfeldgemuese GmbH & Co. KG* du 15/02/2004 du tribunale di Padova-Sez.Este; en Suisse: Obergericht Kanton Luzern, n° 1195 123/357 du 08/01/1997. Sauf indication contraire, toutes ces décisions sont disponibles sur INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles International Case Law & Bibliography*, en ligne: <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=14315>> (consulté le 21 juin 2009).

les uns des autres. Cette différenciation tient tantôt au degré d'identité du contenu des normes que produit chacun de ces moyens, tantôt à sa forme de mise en œuvre.

Au terme de cette comparaison, il nous est alors nettement apparu qu'une intégration juridique est d'intensité croissante selon qu'il est question d'une harmonisation, d'une unification ou d'une uniformisation. Par conséquent, le recours à l'un ou à l'autre de ces moyens n'est pas dénué de conséquences dont les pratiques d'intégration juridique tardent encore à se saisir. Vivement que la pensée ainsi exposée permette de faire un meilleur usage des moyens d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation. Rappelons-en trois séquences.

Premièrement, en dépit de leur objectif commun de rapprochement juridique entre les peuples, ces moyens n'ont pas les mêmes chances de succès. Si l'harmonisation peut être facilement utilisée à n'importe quelle occasion, il n'en va pas de même de l'unification et de l'uniformisation qui, aujourd'hui, ne sont viables qu'en matière commerciale.

Deuxièmement, la mise en place de ces moyens peut emprunter différents véhicules dont le choix, généralement laissé aux politiques, dépendra des paramètres qui habituellement influent sur toute organisation internationale. Il faudra notamment tenir compte du niveau d'évolution économique des nations, de leurs préférences axiologiques et de leurs aspirations sociales.

Troisièmement, quand bien même le contenu et la forme d'un corpus juridique commun permettraient *a priori* d'identifier le moyen d'intégration juridique retenu, le cours de sa mise en œuvre ou de son interprétation pourrait le dévier considérablement de sa bonne trajectoire initiale. Ainsi, en l'absence d'une juridiction chargée d'en établir une interprétation identique, des règles nées d'un désir d'unification ou d'une potentielle uniformisation peuvent très rapidement se muer en simples facteurs d'harmonisation.

Tout bien réfléchi, il semble qu'il soit avisé de déterminer et de qualifier un moyen d'intégration juridique en se situant non pas en amont de l'opération (intention politique), encore moins en se contentant du texte qui en découle (intention législative), mais plutôt en analysant en aval le résultat de l'interprétation arbitrale ou judiciaire donnée au contenu de ce texte (pratique juridique).

Dans tous les cas, il faudra garder à l'esprit que les concepts d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation expriment des réalités diverses. Au moment où certaines entités internationales s'activent à consolider le patrimoine juridique commun¹³⁴ largement bâti à l'aide de traités multilatéraux¹³⁵, la communauté mondiale des juristes doit s'efforcer de construire un langage unique. Une utilisation affinée des concepts d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation devrait s'inscrire dans cette optique. Souvenons-nous en effet que « [c]omme toute science, le droit a son vocabulaire, dont la richesse est l'expression de ses distinctions, qui traduisent elles-mêmes la diversité des choses »¹³⁶.

¹³⁴ Voir à cet égard E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), préc., note 15.

¹³⁵ J.-P. BÉRAUDO, préc., note 40, 303.

¹³⁶ M. GRIMALDI, préc., note 27, 22. Voir également, G. URBAIN, « Essai de discipline scientifique », *La grande Revue*, mars 1920, cité par Alice PIOT, « L'unification du Droit de la vente internationale », (1957) 84 *J.D.I.* 948, 988 pour qui : « L'habitude d'appeler un chat un chat, permet aux gens de science de ne pas se quereller trop vainement. Il est beau de s'entendre et sur les mots et sur les perceptions qu'ils désignent. »