

**MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS
OPTIONNELS EUROPÉENS EN DROIT PRIVÉ**

**COLLECTION TRANS EUROPE EXPERTS
VOLUME 5**

**MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS
OPTIONNELS EUROPÉENS EN DROIT PRIVÉ**

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON

Martine BEHAR-TOUCHAIS



Société de législation comparée
28 rue Saint Guillaume, 75007 Paris, France
Tél : (33) 1 44 39 86 23
Fax : (33) 1 44 39 86 28
e-mail : slc@legiscompare.com
www.legiscompare.com

Les auteurs remercient la Direction générale des politiques internes (Parlement européen), Département thématique C (droits des citoyens et affaires constitutionnelles) d'avoir autorisé la publication de cette étude présentée le 26 janvier 2012 à la Commission des affaires juridiques du Parlement européen (JURI). L'étude est disponible, en français et en anglais (<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=FR&file=66568> ; <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=72928>).

Cet ouvrage contient une version enrichie de l'étude (avec, notamment, un chapitre 30 sur l'instrument optionnel en droit des contrats).

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée – 2012
I.S.B.N. 978-2-36517-008-6

I.S.S.N. 2110-0489

Table des matières

Les auteurs	9
Remerciements	17
Liste des abréviations	19
Liste des annexes	21
Résumé de l'étude	25
Objectifs et méthodologie de l'étude	31
INTRODUCTION	37
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : PRÉSENTATION SUCCINCTE DES INSTRUMENTS OPTIONNELS EUROPÉENS	51
PARTIE 1 - LES INSTRUMENTS OBJETS DE L'ÉTUDE SONT- ILS DES INSTRUMENTS OPTIONNELS ?	67
Chapitre 1 : Les instruments optionnels objets de l'étude sont-ils considérés par les juristes de l'Union européenne comme des instruments optionnels ?	67
Chapitre 2 : Les législateurs nationaux ont-ils substitué ou ajouté l'instrument optionnel à leur législation ?	103
PARTIE 2 - CES INSTRUMENTS OPTIONNELS SONT-ILS CHOISIS PAR LES OPÉRATEURS ?	131
Chapitre 3 : Les opérateurs choisissent-ils le titre exécutoire européen ?	131
Chapitre 4 : Les opérateurs choisissent-ils de recourir à la procédure européenne concernant les petits litiges ?	149
Chapitre 5 : Les opérateurs choisissent-ils l'injonction de payer européenne ?	159

Chapitre 6 : Les opérateurs choisissent-ils la marque communautaire ?	172
Chapitre : 7 Les opérateurs choisissent-ils le dessin et modèle communautaire ?	200
Chapitre 8 : Les opérateurs choisissent-ils le brevet européen ?	218
Chapitre 9 : Les opérateurs choisissent-ils de recourir à la société européenne ?	236
Chapitre 10 : Les opérateurs choisissent-ils de recourir au groupement d'intérêt économique européen ?	254
Chapitre 11 : Les opérateurs choisissent-ils de recourir à la société coopérative européenne ?	271
Chapitre 12 : Les couples choisissent-ils de recourir au régime matrimonial optionnel franco-allemand ?	282
Chapitre 13 : Quelles sont les raisons du choix ou du rejet de l'instrument optionnel ?	288
PARTIE 3 - COMMENT LES INSTRUMENTS OPTIONNELS SONT-ILS APPLIQUÉS PAR LE JUGE, LES NOTAIRES, LES JURISTES ET AUTRES ACTEURS PERTINENTS DE L'UNION EUROPÉENNE ?	331
TITRE 1 : L'information des professions	331
Chapitre 14 : Les instruments optionnels sont-ils connus des professionnels du droit ?	331
TITRE 2 : Les juges face aux instruments optionnels	366
Chapitre 15 : Y a-t-il du contentieux relatif aux instruments optionnels ?	366
Chapitre 16 : Y a-t-il eu beaucoup de renvois préjudiciels en interprétation devant la CJUE à propos de ces instruments optionnels, effectués par les juges des pays de l'UE ?	379

Chapitre 17 : Y a-t-il eu des interprétations judiciaires nationales, qui dénatureraient l'instrument optionnel et (ou) qui auraient été remises en cause ensuite par la CJUE ?	393
Chapitre 18 : Les juges d'un État membre ont-ils un moyen de connaître les interprétations faites par des juges des autres États membres sur la même question ?	402
Chapitre 19 : Quelles sont les méthodes d'interprétation qu'utilisent les juges nationaux pour interpréter les instruments optionnels ?	412
TITRE 3 : Les praticiens face aux instruments optionnels	422
Chapitre 20 : Les notaires face aux instruments optionnels	422
Chapitre 21 : Les avocats face aux instruments optionnels	435
Chapitre 22 : Les juristes d'entreprise face aux instruments optionnels	443
TITRE 4 : Les autres acteurs pertinents de l'UE	447
Chapitre 23 : Les associations de consommateurs ou de consommateurs-citoyens face aux instruments optionnels	447
PARTIE 4 - L'INSTRUMENT OPTIONNEL AMÉLIORE-T-IL LA SITUATION ?	461
Chapitre 24 : Pour chaque instrument optionnel objet de l'étude, l'instrument optionnel a-t-il amélioré la situation des consommateurs, des citoyens et des entreprises, dans les relations transfrontalières ?	461
Chapitre 25 : Les instruments optionnels cités facilitent-ils la réalisation du grand marché unique, ou cet objectif serait-il mieux servi par une méthode d'harmonisation maximale ou minimale ?	484
Chapitre 26 : Les instruments optionnels de procédure ont-ils facilité les règlements de litiges transfrontaliers ?	502
Chapitre 27 : Des opérateurs ont-ils dénoncé des défauts des instruments optionnels, qui les en auraient détournés ?	510

PARTIE 5 - L'INSTRUMENT OPTIONNEL POURRAIT-IL ÊTRE UTILE DANS D'AUTRES DOMAINES DU DROIT PRIVÉ ?	519
Chapitre 28 : De manière générale, quelle serait la valeur ajoutée d'un instrument optionnel dans d'autres domaines du droit civil ?	519
Chapitre 29 : Quelle serait la valeur ajoutée d'un instrument optionnel au regard des règles du droit international privé ?	537
Chapitre 30 : Quelle serait l'utilité d'un instrument optionnel en droit des contrats ?	547
Chapitre 31 : Quelle serait l'utilité d'un instrument optionnel en droit de la famille ?	564
Chapitre 32 : Quelle serait l'utilité d'un instrument optionnel en droit des sûretés comme l'euro-hypothèque ?	574
Chapitre 33 : Quelle serait l'utilité d'un instrument optionnel en droit des biens	581
Chapitre conclusif : Les principaux enseignements de l'étude	589
Annexe 1 : Questionnaire envoyé aux rapporteurs	601

LES AUTEURS

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Co-président de Trans Europe Experts (TEE)
Président de la Société de législation comparée

Martine BEHAR-TOUCHAIS
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Directrice du pôle contrats, consommation, commerce électronique de Trans Europe Experts
Co-directrice de l'Institut de la Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut Tunc)

Cette étude se fonde sur un questionnaire envoyé très largement.
Liste des réponses au questionnaire :

Rapporteurs nationaux¹ :

Belgique

Denis PHILIPPE
Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg
Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université de Paris X Nanterre

Bulgarie

George DIMITROV
Partner au sein du cabinet Dimitrov, Petrov & Co

Desislava KRUSTEVA
Senior Associate, Attorney at law au sein du cabinet Dimitrov, Petrov & Co

République Tchèque

David UHLIR
Uhlir, Homola et associés

¹ Il est ici fait état du nom des rapporteurs principaux ou de ceux qui ont dirigé l'étude pour leur pays.

Attorney at Law

JUDr. PhDr. Tomáš BRICHACEK
Faculté de droit, Université Charles de Prague

Allemagne

Prof. Dr. Jochen BAUERREIS
*Avocat & Rechtsanwalt,
Partner at ABC INTERNATIONAL, France
Partner at Avocats Bauerreis Chevalier Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

Claire CHEVALIER, LL.M.
*Avocate & Rechtsanwältin,
Partner at ABC INTERNATIONAL, France
Partner at Avocats Bauerreis Chevalier Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

Grèce

Dr. Eugénie DACORONIA
*Professeuse associée à la Faculté de droit à l'Université d'Athènes
Coordinatrice du rapport*

Dr. Christos CHRISANTHIS
Maître de conférences à la Faculté de droit à l'Université d'Athènes

Dr. Jean DELIKOSTOPOULOS
Maître de conférences à la Faculté de droit à l'Université d'Athènes

Dr. Fouli EVAGELIDOU TSIKRIKA
Chargée des cours à la Faculté de droit à l'Université d'Athènes

Dr. Dimitris TSIKRIKAS
Professeur assistant à la Faculté de droit à l'Université d'Athènes

Espagne

Antoni VAQUER
Professeur de droit civil, Université de Lleida

María José PUYALTO
Professeur agrégé de droit commercial, Université de Lleida

Josep Maria FONTANELLAS
Professeur associé de droit international privé, Université of Lleida

France

Pierre CALLÉ
*Professeur à l'Université de Caen
Pour ce qui concerne les instruments optionnels de procédure civile*

Arnaud LECOURT
*Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur de l'Institut d'Études Judiciaires
Directeur de l'Unité de Droit des Affaires (UDA/CRAJ, EA 1929)
Pour ce qui concerne les instruments optionnels de droit des groupements*

Nathalie MARTIAL-BRAZ
*Professeur à l'Université de Franche-Comté
Membre du CEDAG de Paris 5
Pour ce qui concerne les IO de droit des propriétés intellectuelles*

Estelle NAUDIN
*Professeur à l'Université de Strasbourg
Pour ce qui concerne l'instrument optionnel de droit patrimonial de la famille*

Célia ZOLINSKY
*Professeur à l'Université de Rennes I
Pour ce qui concerne les IO de droit des propriétés intellectuelles*

Avec la participation notamment de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris avec

Anne OUTIN-ADAM
Directrice du pôle politique législative et juridique à la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris

Et du Conseil supérieur du notariat avec

Jean TARRADE
*Notaire
Premier vice-président du Conseil supérieur du notariat, en charge des affaires européennes et internationales*

Italie**Liste des auteurs :**

Cristina AMATO
Chiara PERFUMI
Laura BUGATTI
Veronica MONTANI
Elena TOGNI

Assistants ayant compilé les données :

Laura BUGATTI
Veronica MONTANI
Elena TOGNI

Tous sont membres du Center for European and Comparative Studies (CeSDEC) de la Faculté de droit de Brescia, Italie.

Luxembourg

Elise POILLOT
Professeur en droit civil à l'Université de Luxembourg

Aurélie MELCHIOR
Collaborateur de recherche à l'Université de Luxembourg

Hongrie

Marton SULLYOK
Professeur assistant, Université de Szeged, Faculté de Droit, Département de droit constitutionnel et Centre d'Études Européennes

Mélanie SARKOZI
Étudiante Master 2 Droit européen, Université Catholique de Louvain, Belgique

Pays-Bas

Jan SMITS
*Chair of European Private Law à l'Université de Maastricht
Directeur de l'institut de droit privé européen de Maastricht et Research*

Professor of Comparative Legal Studies à l'Université de Helsinki

Autriche

Dr. Christiane WENDEHORST, LL.M (Cantab.)
*Professor of Law at the Vienna University
Faculty of Law, Department of Civil Law*

Dr. iur. Thomas THIEDE, LL.B., LL.M.
*Scientist at the Institute for European Tort Law
Austrian Academy of Sciences*

Mag. Barbara ŁYSZCZARZ
*Research Assistant
Faculty of Law, Department of Civil Law
Vienna University*

Mag. Alexandra REIF
*Research Assistant
Vienna University of Economics and Business Administration
Institute for Civil and Business Law
Department of Business, Employment and Social Security Law*

Pologne

Dr hab. Monika JAGIELSKA
*Private and Private International Law Chair
Faculty of Law and Administration, University of Silesia Katowice Poland*

Prof. Jacek GORECKI
*Private and Private International Law Chair
Faculty of Law and Administration, University of Silesia Katowice Poland*

Prof. Wojciech KOWALSKI
*Private and Private International Law Chair
Faculty of Law and Administration, University of Silesia Katowice Poland*

Dr Piotr PINIOR
*Commercial Law Chair
Faculty of Law and Administration, University of Silesia Katowice Poland*

Dr Andrzej TORBUS
Civil Procedure Chair
Faculty of Law and Administration, University of Silesia Katowice Poland

Slovaquie

Liste des auteurs :

Monika JURCOVA
Marianna NOVOTNA
Milan JANCO
Róbert DOBROVODSKY
Jozef ZAMOZIK
Zuzana ADAMOVA
Lukáš KVOKACKA

Assistants ayant compilé les données :

Martina UHLIAROVA
Peter MESZAROS
Ivana KLORUSOVA

Tous les auteurs et assistants sont membres du Département de droit civil et commercial de la Faculté de Droit de l'Université de Trnava, en Slovaquie.

Suède

Johan GERNANDT
Chairman of the Stockholm Centre for Commercial Law
Avocat

Göran MILLQVIST
Professeur

Per Jonas NORDELL
Professeur

Gustaf SJOBERG
Associate professor

Jori MUNUKKA
Avocat

Jessica ÖSTBERG
Doctoral candidate

Charlotta SUNDMAN
Doctoral candidate

Royaume-Uni

Ciara KENNEFICK
DPhil candidate in law, University of Oxford

Andrew LEE
Justice Policy Group, Ministry of Justice

Soline QUIDET
Student at Paris V Descartes University

John SORABJI
Legal secretary of the Master of the Rolls (answering in personal capacity)

Rapports des Ministères :

Allemagne

Ministère de la justice

Chypre

Ministère de la justice

Portugal

Ministère de la justice

Suède

Ministère de la justice

Royaume-Uni

Ministère de la justice

Autre institution :**Cour de justice de l'Union européenne**

Marion NADAUD

*Administratrice européenne à la Cour de justice de l'Union Européenne
Direction de la recherche et documentation*

REMERCIEMENTS

Les auteurs remercient tous les membres du réseau Trans Europe Experts (TEE) qui ont contribué à cette étude.

Ils remercient en particulier les rapporteurs nationaux, les praticiens consultés sur certaines questions, les membres des ministères de la justice et des diverses institutions qui ont participé à l'enquête.

Ils remercient encore toutes les personnes interrogées qui ont bien voulu apporter leur concours en répondant à certaines des questions posées par le questionnaire ou en identifiant les experts.

Ils remercient Chloé Grenadou, élève avocat et stagiaire, et Emmanuelle Bouvier, docteur en droit et secrétaire de rédaction à la Société de législation comparée, qui ont procédé à la mise en forme et à la relecture de l'étude.

Ils remercient l'équipe du département thématique C, droits des citoyens et affaires constitutionnelles, pour sa confiance et la qualité du suivi de l'étude au cours de son élaboration.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

BE	Brevet européen
CCIP	Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris
CPC	Code de procédure civile
CBE	Convention sur le brevet européen
DMC	Dessin et modèle communautaire
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
ECS	Certificat successoral européen
GEIE	Groupement européen d'intérêt économique
IO	Instruments optionnels
INC	Institut national de la consommation
INPI	Institut National de la Propriété Industrielle
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
MC	Marque communautaire
OEB	Office européen des brevets
OHMI	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PCT	<i>Patent Cooperation Treaty</i>
PI	Propriété intellectuelle
PME	Petites et moyennes entreprises
SE	Société européenne
SEC	Société coopérative européenne
SPE	Société privée européenne
TEE	Titre exécutoire européen
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
UINL	Union internationale du notariat latin
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>

LISTE DES ANNEXES*

Annexe 1 Questionnaire envoyé aux rapporteurs

Annexe 2 Réponse de la Belgique

Annexe 3 Réponse de la Bulgarie

Annexe 4 Réponse de la République tchèque

Accompagnée d'annexes :

- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Application du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)
- Rapport annuel 2009 du bureau de la propriété industrielle de la République tchèque
- Statistiques de 2010 concernant les dessins et modèles communautaires
- Statistiques de 2010 concernant la marque communautaire

Annexe 5 Réponse de l'Allemagne

Réponse universitaire

Réponse du Ministère de la justice

Annexe 6 Réponse de la Grèce

Annexe 7 Réponse de l'Espagne

Annexe 8 Réponse de la France

Accompagnée d'annexes :

- Tableau – Enquête du notariat français - TEE - Février 2010
Prise de position du Conseil des notariats de l'Union européenne (CNUE) sur la société européenne
Annexes relatives à la propriété intellectuelle :
- Instruments optionnels – Droit de la propriété intellectuelle
 - Statistiques de 2010 concernant les demandes de dépôt d'une marque nationale, communautaire et internationale
 - Sources statistiques de l'observatoire de la propriété industrielle

* Les annexes sont disponibles sur demande à la Société de législation comparée. Seule l'Annexe 1 (Questionnaire) est reproduite dans cet ouvrage, p. 601.

○ Statistiques de 2010 concernant les dessins et modèles communautaires

- Statistiques judiciaires du tribunal
- Arrêt *Google*
- Arrêt *Légo*

Synthèse des travaux de TEE sur le Livre vert du 1^{er} juillet 2010 en droit des contrats

Accord du 4 février 2010 entre la France et l'Allemagne portant création d'un régime matrimonial commun

Annexe 9 Réponse de l'Italie

Accompagnée d'annexes :

- Statistiques du Ministère de la justice
- Statistiques du Ministère de la justice
- Données de l'institut national de statistiques par type de procédure
- Données de l'institut national de statistiques concernant les principales mesures accueillies
- Statistiques concernant la société européenne
- Statistiques concernant le GEIE
- Statistiques - Unités économiques de l'Industrie et du service
- Liste des sociétés coopératives européennes

Annexe 10 Réponse de Chypre

Annexe 11 Réponse du Luxembourg

Accompagnée d'annexe :

- Réponse du groupe de travail sur le droit privé européen au livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises

Annexe 12 Réponse de la Hongrie

Accompagnée d'annexes :

- Liste des collaborateurs et personnes interviewées
- Nombre de certificats (exécutoires) délivrés par l'Administration Nationale des Impôts et des Douanes dans les cas de déclarations à force exécutoire contre les clients étrangers selon R 44/2001
- Recherches statistiques indépendantes et non officielles d'affaires juridiques concernant un élément d'exécution transfrontalière (sous Règlement 44/2001 ou Règlement 805/2004) dans 4 départements du nord-ouest de la Hongrie entre mai 2004 - Juin 2009 (n'incluant pas les

affaires déposées mais non terminées ou en cours jusque la fin de la période de recherche)

- Recherches statistiques indépendantes et officieuses d'affaires juridiques concernant une exécution transfrontalière (sous Règlement 44/2001 ou Règlement 805/2004) dans 4 départements du nord-ouest de la Hongrie entre mai 2004 - Juin 2009 ; Répartition des affaires sur base des pays concernés par un élément d'exécution transfrontalière

- Recherches statistiques indépendantes et officieuses d'affaires juridiques concernant une exécution transfrontalière (sous Règlement 805/2004) dans 4 départements du nord-ouest de la Hongrie entre mai 2004 - Juin 2009

- Statistiques de la Chambre Nationale des Notaires de Hongrie sur les injonctions européennes de payer ordonnées en 2010.

Annexe 13 Réponse des Pays-Bas

Annexe 14 Réponse de l'Autriche

Annexe 15 Réponse de la Pologne

Annexe 16 Réponse du Portugal

Annexe 17 Réponse de la Slovaquie

Annexe 18 Réponse de la Suède

Accompagnée d'annexes :

- Point de vue du gouvernement suédois concernant le Livre vert sur le droit européen des contrats

- Réponse de deux universitaires suédois

Annexe 19 Réponse du Royaume-Uni

Réponse du Ministère de la justice

Réponse universitaire

Annexe 20 Tableaux statistiques de la Cour de justice de l'Union européenne

Méthodologie suivie

Tableau 1 - Présentation par instruments optionnels européens

Tableau 2 - Présentation par États membres

RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE

Contexte

Les instruments juridiques « optionnels » constituent des régimes additionnels qui s'intègrent dans les systèmes juridiques nationaux, sans remplacer les dispositions de ces droits. Ils offrent ainsi un « deuxième régime » aux parties concernées (citoyens, entreprises).

Cette étude des instruments optionnels existants procède à une analyse d'ensemble de la méthode, déjà adoptée par plusieurs règlements européens, mais jusqu'alors assez méconnue car non explicitée ni systématisée par le législateur européen. Un éclairage nouveau a été apporté par la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, adoptée le 11 octobre 2011 par la Commission européenne. Pour la première fois, ce texte explicite la méthode, l'affine et la met en œuvre, dans une dimension encore jamais atteinte. En particulier, il dissocie le règlement lui-même, directement applicable dans les États membres, de l'annexe qui contient le droit commun européen de la vente et doit, pour s'appliquer, être choisi par les parties, selon des règles bien définies. Cette proposition de règlement constitue en quelque sorte l'archétype de l'instrument optionnel. Elle est étudiée comme telle dans l'introduction de l'étude.

L'étude porte sur quatre catégories d'instruments optionnels, tous identifiés et brièvement présentés dans un chapitre préliminaire :

i. les instruments optionnels de procédure civile : le titre exécutoire européen, la procédure européenne d'injonction de payer, la procédure européenne de règlement des petits litiges.

ii. certains instruments optionnels de droit de la propriété intellectuelle : la marque communautaire, les dessins et modèles communautaires, le brevet européen.

iii. certains instruments optionnels de droit des groupements et des sociétés : la société européenne (SE), le groupement européen d'intérêt économique (GEIE), la société coopérative européenne (SEC).

iv. un instrument optionnel de droit patrimonial de la famille, à savoir le régime matrimonial commun créé par l'Accord du 4 février 2010 entre la France et l'Allemagne.

L'étude a été divisée en cinq parties. Dans un premier temps, il a fallu vérifier si les instruments optionnels, objets de l'étude, sont effectivement considérés comme tels (première partie) et s'ils sont choisis par les

opérateurs (deuxième partie). L'étude examine ensuite comment ils sont appliqués par ceux chargés de les mettre en œuvre (troisième partie), s'ils améliorent effectivement la situation de ceux qui en sont les destinataires (quatrième partie) et s'ils pourraient s'avérer utiles dans d'autres domaines du droit privé (cinquième partie).

L'analyse de la notion d'instrument optionnel (première partie) conduit à proposer la définition suivante : il y a instrument optionnel européen dès lors qu'est donné aux sujets un choix entre *d'une part*, un système mettant en œuvre au moins pour partie un droit national ou un régime issu d'une convention internationale liant l'État membre, et *d'autre part* un instrument européen, d'une autonomie relative, issu du droit dérivé ou d'une convention internationale conclue uniquement entre États membres de l'Union européenne et susceptible de bénéficier à tous les États membres de l'Union, peu important que les deux systèmes en cause aient une portée territoriale différente, dès lors que l'utilisation de l'un exclut celle de l'autre.

Si l'expression « instrument optionnel » n'est devenue usuelle qu'à l'occasion du débat sur le droit commun de la vente, le caractère facultatif de ces instruments a toujours été reconnu par les juristes européens et les législateurs nationaux ont ajouté ces instruments optionnels à leur droit national. Parfois, ils ont même créé un régime national spécial, pour que les opérateurs disposent effectivement d'un choix entre le régime européen et le régime national nouvellement créé.

Les législateurs nationaux ont également adapté leurs droits pour intégrer les instruments optionnels dans leur ordre juridique, parfois même dans leurs codes nationaux. Il arrive toutefois que les mesures nationales d'adaptation soient insuffisantes ou restrictives, ce qui peut compromettre le succès de l'instrument optionnel.

La question du **choix effectif**, par les opérateurs, de ces instruments (deuxième partie) a été posée pour chaque instrument optionnel. En pratique, les statistiques officielles sont rarissimes (à l'exception des instruments optionnels de droit des propriétés intellectuelles car l'OHMI et l'OEB publient des statistiques) et une étude de terrain approfondie a été menée, par le biais du questionnaire.

- Le titre exécutoire européen (TEE) est assez peu utilisé par rapport au nombre de procédures d'exécution du pays donné. Toutefois, si l'on s'en tient aux seules procédures européennes d'exécution transfrontières demandées dans un pays donné alors, dans certains pays, on arrive à la proportion de 3 TEE pour 1 procédure nationale suivie d'un exequatur (Suède en 2010).

- La procédure européenne des petits litiges est peu utilisée, mais là encore, globalement, il y a peu de litiges transfrontières pour les petits litiges.

- L'injonction européenne de payer est utilisée dans certains pays (Allemagne, Autriche), alors qu'elle ne l'est pratiquement pas dans d'autres (Luxembourg, Suède).

- Si l'utilisation de la marque communautaire est différente selon les pays, il s'agit d'un instrument optionnel très opérationnel, qui gagne du terrain par rapport à la marque internationale.

- Les dessins et modèles communautaires sont eux aussi très utilisés.

- Le brevet européen, procédure optionnelle européenne de délivrance des brevets (sans délivrance d'un titre européen), est également assez utilisé, avec des disparités entre les pays, liées au nombre variable de brevets déposés et au besoin de protection transfrontière.

- La société européenne connaît un sort très différent selon les États. Dans certains États, elle est inexistante. Dans d'autres, la SE progresse mais les chiffres sont encore faibles. C'est en Allemagne et en République tchèque qu'elle est la plus utilisée, avec néanmoins beaucoup de SE dormantes, prêtes à être proposées « *clés en mains* » à un opérateur. Ces différences entre les États s'expliquent sans doute par les trop nombreux renvois aux droits nationaux, qui font qu'il n'y a pas une SE, mais des SE selon les pays. Cela conforte l'idée selon laquelle plus l'instrument optionnel est autonome par rapport aux droits nationaux, plus ses chances de succès sont grandes.

- Le GEIE est très diversement utilisé selon les États membres : parfois inexistant ou en lente progression, on en compte un nombre significatif dans certains pays (Belgique, Allemagne, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni).

- Seules 21 sociétés coopératives européennes ont été créées en Europe, ce qui est encore un nombre assez faible.

- S'agissant enfin du régime matrimonial commun, le texte n'est pas encore en vigueur, et pour l'instant, il n'existe pas de réel débat dans les autres États membres que la France et l'Allemagne.

L'examen des **raisons du choix ou du rejet** de ces instruments optionnels (2^{ème} partie, Chapitre 13) a conduit à la distinction suivante :

- Le choix est parfois effectué après une comparaison des deux termes de l'option (causes **endogènes** à l'instrument optionnel), parmi lesquelles : la portée de l'instrument optionnel, la sécurité juridique, la complexité de l'instrument, son coût, la rapidité et l'efficacité des procédures.

- Le choix est parfois effectué sans étude comparative des deux termes de l'option (causes **exogènes** à l'option). Seront alors déterminants :

l'adaptation ou non de l'instrument optionnel à la situation à traiter, la bonne ou la mauvaise mise en œuvre de l'instrument optionnel par les lois nationales, le défaut de connaissance de l'instrument optionnel. La neutralité de l'instrument optionnel (par rapport à une loi nationale sur laquelle deux parties de deux pays distincts ne parviendraient pas à se mettre d'accord) est parfois mais rarement avancée.

La troisième partie étudie **l'application des instruments optionnels** par les juges, les notaires, les avocats, les juristes d'entreprise, les associations de consommateurs. Cette partie commence par identifier les sources d'information des professionnels du droit sur les instruments optionnels (programmes des études de droit ou de certains examens professionnels, conférences, formations spécialisées, sites internet d'organismes, tels les offices nationaux de propriété industrielle, ou publications des ordres professionnels, des CCI, ou des chambres des notaires). L'information s'avère encore trop peu effective.

Les juges sont assez peu confrontés aux instruments optionnels. Le contentieux est rare, à l'exception du contentieux des instruments optionnels de propriété intellectuelle. 26 renvois préjudiciels en interprétation devant la CJUE ont été effectués (cf. chapitre 16) dont 17 pour la marque communautaire et 3 pour les dessins et modèles communautaires. En général, l'interprétation jurisprudentielle nationale ne dénature pas les instruments optionnels et lorsqu'il existe des difficultés d'interprétation, elles sont tranchées avec les mêmes méthodes d'interprétation que celle des autres textes d'origine européenne. En revanche, l'information ne circule pas entre les juges nationaux, non informés des interprétations données par les juges des autres États membres, sauf en matière de propriété intellectuelle. Des échanges institutionnalisés d'informations sur les décisions devraient se développer (*European Judicial Network*, portail europa, conférence des présidents des Cours Suprême des États membres etc.).

Les notaires sont concernés par le titre exécutoire européen et par les instruments optionnels de droit des groupements (ainsi que par le régime matrimonial commun quand il sera en vigueur). Une étude en France a montré que les notaires utilisateurs du titre exécutoire européen n'avaient eu aucune difficulté à l'utiliser. Le plus grand défi tient certainement au manque d'information.

Les avocats spécialistes de litiges transfrontières connaissent (dans certains États), les instruments optionnels de procédure et, s'ils sont spécialistes de la matière, ceux du droit des propriétés intellectuelles. Les grands cabinets d'avocats spécialisés en droit des sociétés et en droit européen connaissent bien les instruments optionnels relatifs au droit des

groupements. Pour tous les autres avocats, l'information sur les instruments optionnels et leurs avantages pourrait être améliorée.

Les données sur l'utilisation des instruments optionnels par **les juristes d'entreprise** sont peu précises. Plusieurs rapports mentionnent toutefois qu'ils connaissent bien les instruments optionnels de propriété intellectuelle et de droit des groupements.

Les associations de consommateurs sont plus ou moins sensibilisées aux instruments optionnels (de procédure) en fonction des pays et n'en recommandent encore que trop rarement l'utilisation aux consommateurs (République tchèque, Luxembourg, Suède, Royaume-Uni).

La quatrième partie pose la question de savoir si les instruments optionnels ont **amélioré la situation des consommateurs, des citoyens et des entreprises**, dans les relations transfrontalières. Beaucoup de réponses considèrent que la question est prématurée, car, à l'exception des instruments optionnels de droit de propriété intellectuelle, on manque encore de recul et d'informations.

Cette partie étudie **les mérites respectifs de la méthode de l'instrument optionnel et de celle de l'harmonisation maximale**, à partir des réponses au questionnaire. Certains rapporteurs sont très sceptiques sur le recours à la méthode de l'instrument optionnel (Slovaquie, Suède). Pour d'autres, les mérites de l'instrument optionnel, s'ils sont réels, n'excluent pas la supériorité d'une harmonisation maximale (Belgique). D'autres encore considèrent que le recours à l'instrument optionnel est une voie lente et plus consensuelle vers l'harmonisation (Allemagne, rapport universitaire, Espagne). D'autres rapporteurs préfèrent l'instrument optionnel aux systèmes d'harmonisation (Allemagne Ministère de la Justice, Pays-Bas, Pologne). D'autres enfin montrent qu'on peut utiliser les deux méthodes, par exemple une harmonisation maximale ciblée en droit de la consommation et un instrument optionnel de droit commun de la vente (France).

La cinquième partie de l'étude s'interroge sur **l'expansion de la méthode à d'autres domaines du droit civil, notamment au droit des contrats**. Les différents rapports ont conçu cette question comme une question générale sur la valeur ajoutée des instruments optionnels. Les avantages suivants ont été relevés : une plus grande prévisibilité des solutions juridiques (Belgique), une simplification des relations transfrontières (Bulgarie, Allemagne rapport universitaire), une augmentation de la sécurité juridique (Allemagne), le choix offert (Ministère de la Justice suédois, Pays-Bas), leur caractère facultatif, non perturbateur du droit national (Grèce, Pays-Bas), leur neutralité (Pays-Bas), la réalisation d'un marché unique intégré (rapport hongrois), le caractère pratique de

l'instrument optionnel pour les parties actives au niveau international (Pays-Bas), la traduction de la bi-appartenance de l'Européen d'aujourd'hui (Pologne).

Les rapports insistent sur la nécessité d'une campagne de sensibilisation réussie (Bulgarie), d'un choix éclairé (Ministère de la Justice suédois), sur le risque d'insécurité juridique en cas de multiplication d'instruments optionnels (Luxembourg, Ministère de la Justice suédois), et sur le risque de contournement des règles impératives nationales (Ministère de la Justice suédois).

De manière plus précise, de nombreux rapports ont exprimé leur faveur pour l'introduction en droit civil du certificat successoral européen, et du brevet unitaire.

Certains rapports ont par ailleurs insisté sur le fait que l'instrument optionnel serait une alternative aux règles du droit international privé.

Les rapporteurs nationaux sont partagés sur l'opportunité de créer un instrument optionnel de droit des contrats (comme sur le champ d'application de cet instrument: cf. chapitre 30), mais la majorité y est favorable.

Presque tous les rapports relèvent qu'il faut trouver une solution aux difficultés de séparation des couples binationaux européens, et que la méthode de l'instrument optionnel pourrait donc être utile en droit de la famille, y compris en droit extrapatrimonial de la famille. En effet, c'est précisément dans les domaines où l'harmonisation maximale est inenvisageable, que l'instrument optionnel pourrait être une solution alternative adaptée. En outre, la neutralité et la permanence de l'instrument optionnel seraient de grands atouts pour des couples amenés à se déplacer en Europe et au-delà.

La nécessité d'améliorer le crédit transfrontière a aussi été relevée, avec des avis divergents sur les méthodes (un instrument contraignant ou recours à un instrument optionnel, tel l'euro-hypothèque). Les rapports ne sont en revanche guère favorables à des instruments optionnels en droit des biens.

En **conclusion**, on peut dire que le succès de la méthode de l'instrument optionnel est réel. Il est des instruments optionnels dont on ne pourrait plus se passer aujourd'hui, comme les instruments optionnels de droit des propriétés intellectuelles.

D'autres, tels les instruments optionnels de procédure civile sont prometteurs.