

Droit japonais, droit français, quelle réforme ?

Édité par
Béatrice Jaluzot

Préface

Les 17 et 18 mars 2017 a eu lieu à Lyon le colloque « Droit japonais, droit français, quelle réforme ? ». Celui-ci, placé sous l'égide de Sciences-po Lyon et de l'École Normale Supérieure de Lyon, a réuni des chercheurs et des jeunes chercheurs, japonais, français allemands, il s'est déroulé avec le soutien particulier de l'Université Gakushuin (Tōkyō).

Nous publions ici les résultats scientifiques issus de ces travaux ; ils s'inscrivent dans la continuité du colloque précédemment organisé en 2012 dans ces mêmes lieux sur la thématique « Droit japonais, droit français, quel dialogue ? »¹.

Le Japon, la France, l'Allemagne ont fait le choix d'un système juridique codifié. Un tel système a pour avantage d'offrir une grande stabilité juridique, il a cependant pour inconvénient de présenter une certaine résistance à l'évolution des sociétés. Les codifications ne peuvent survivre qu'en passant par des adaptations, des réformes, qui leur permettent d'intégrer les nouveaux développements juridiques qui accompagnent nos changements sociaux.

Le Japon, la France et aussi l'Allemagne ont récemment procédé à une refonte de leur droit des obligations. La modification de plus de 200 articles du Code civil japonais et plus de 280 articles du Code civil français était en jeu, soit environ 1/5e du texte au cœur de la tradition civiliste dans les deux pays. Toucher à un édifice juridique instauré depuis plus d'un ou deux siècles revient à intervenir sur les structures les plus fondamentales de nos systèmes juridiques, au risque d'ébranler les fondements même de nos traditions juridiques.

Il nous est donc apparu naturel de nous interroger sur la justesse de la démarche : la réforme juridique est-elle appropriée, correctement menée, atteint-elle les buts qu'elle poursuit ? Très peu de travaux s'intéressent à la question de la réforme en droit privé, en tant que telle, en tant que notion juridique à part entière. Elle semble être largement le résultat d'une évolution empirique, l'aboutissement d'une somme de facteurs exerçant une pression qui finit par atteindre l'action politique et convaincre le législateur. Un questionnement épistémologique est dès lors nécessaire.

Afin d'aborder au mieux cette réflexion, l'approche comparatiste s'est imposée avec évidence. Elle aborde les problématiques juridiques dans une perspective systémique et fait émerger les caractéristiques de la réforme

1 B. JALUZOT, (dir.), *Droit japonais, droit français, quel dialogue ?*, (Schulthess, Genève 2014), 288 p.

juridique. Partant d'observations générales : que doit être une réforme ? (B. Jaluzot), mémoire de réformes : une réussite sous la III^e république (C. Fillon), l'observation revient sur la réforme actuelle du droit des obligations au Japon et en France (M. Nozawa, S. Takenaka, S. Porchy-Simon). L'étude élargit la perspective du point de vue disciplinaire, s'ouvrant sur la diversité des approches et des méthodes, en droit des personnes (T. Oka, Y. Nishitani), de la sécurité sociale (E. Kasagi), du territoire (Ch. Chabrot). La prise de distance permet d'observer la pression internationale subie par les droits nationaux : en droit d'auteur (E. Treppoz), de la vente (J. S. Bergé) ; en droit des affaires au Japon (S. Kozuka), en Afrique (M. Traore) en Allemagne (H. Baum). Poursuivant la perspective de mondialisation, les travaux présents s'intéressent ensuite aux acteurs des réformes et s'arrête sur le cas particulier de la coopération internationale (Y. Kaneko, S. Kawashima et Y. Akanishi). Enfin le questionnement se fait qualitatif : quels résultats pour les réformes du droit des obligations en Allemagne (M. Bältz), en France (B. Mallet-Bricout) et au Japon (A. Omura).

La réflexion présente est loin d'être achevée. L'enjeu majeur de la réforme en droit est de répondre aux besoins des sociétés humaines. Elle tend à mettre en adéquation les règles juridiques, notamment de droit civil, avec les besoins de la société. L'éloignement de l'appareil juridico-légal des besoins sociaux peut se faire la matrice de sentiments d'injustice, d'inégalité, d'incompréhension, de révolte sociale, jusqu'à véhiculer un sentiment d'humiliation. Il revient au juriste de veiller sans relâche à ce que ce ne soit pas le cas et à œuvre à l'adéquation continue entre Droit et Société.

Enfin, je remercie vivement et chaleureusement tous les contributeurs de cette publication, ma reconnaissance va spécialement à *Harald Baum* pour son indéfectible soutien dans l'accomplissement de ces travaux.

Lyon, juin 2020

Béatrice Jaluzot

Sommaire

Préface	v
---------------	---

Chapitre I

La réforme en droit : questions fondamentales et modèles

Qu'est-ce qu'une réforme en droit privé ? Réflexions épistémologiques inspirées de la comparaison des droits <i>Béatrice Jaluzot</i>	1
De l'art gouvernemental du dialogue et de la concertation. La refondation de l'enseignement supérieur français sous la Troisième République <i>Catherine Fillon</i>	17

Chapitre II

La réforme du droit des obligations

Les adages rejetés par la réforme du droit des obligations au Japon. «Impossibilium nulla obligatio est » et « Res perit domino » <i>Masamichi Nozawa</i>	31
La fonction des concepts abstraits dans la réforme du droit des contrats <i>Satoru Takenaka</i>	39
L'influence de la doctrine sur la réforme du droit de la responsabilité <i>Stéphanie Porchy-Simon</i>	49

Chapitre III**Méthodes et processus de la réforme juridique en droit national**

La réforme ou la possible réforme de la protection des majeurs en droit japonais <i>Takashi Oka</i>	63
La culture et la personne en droit international privé de la famille <i>Yuko Nishitani</i>	
La métamorphose silencieuse de l'assurance maladie japonaise. Absence de débat sur un véritable enjeu <i>Eri Kasagi</i>	97
Formes et réformes du territoire en France <i>Christophe Chabrot</i>	109

Chapitre IV**La réforme juridique sous la pression de la mondialisation**

La crise du droit d'auteur ou l'impossible réforme internationale ? <i>Edouard Treppoz</i>	125
L'uniformisation du droit dans une perspective européenne, l'exemple du cas avorté du droit commun de la vente <i>Jean-Sylvestre Bergé</i>	139
Idiosyncrasies of Japan and Asia towards the Harmonisation of Law. Comparison with Latin American States <i>Souichirou Kozuka</i>	153
La réforme du droit des affaires en Afrique, les imperfections du règlement des litiges selon le traitement de L'OHADA <i>Mandiou Traore</i>	171
Comparison of Law, Legal Transplants and International "Legal Fashion" in German and Japanese Corporate Law <i>Harald Baum</i>	185

Chapitre V
Coopération internationale et réforme nationale

Japan's Civil Code-Centered Legal Assistance to Asian Market Reform Countries. Normative Choices in the Reform Process <i>Yuka Kaneko</i>	213
Promulgation of Civil Procedure in Vietnam from the Viewpoint of Japanese Technical Legal Support <i>Shiro Kawashima</i>	239
An Attempt at Comparing Compulsory Execution in Japanese and Myanmar Law. Execution against Real Property based on Monetary Claims – Views from an Operational Efficiency Standpoint <i>Yoshifumi Akanishi</i>	251

Chapitre VI
Evaluer la réforme en droit

Reform of the Law of Obligations. The German Experience Fifteen Years On <i>Moritz Bälz</i>	277
La réforme française du droit des contrats, réussite et failles <i>Blandine Mallet-Bricout</i>	295
Le rôle de la doctrine dans la réforme du droit. La réforme du droit des obligations au Japon, échec ou succès ? <i>Atsushi Ōmura</i>	313
Table des auteurs	323

Chapitre I

La réforme en droit : questions fondamentales et modèles

Qu'est-ce qu'une réforme en droit privé ?

Réflexions épistémologiques inspirées de la comparaison des droits

*Béatrice Jaluzot**

Introduction

- I. Le changement
 - 1. Réforme et changement
 - 2. Réforme et stabilité
- II. L'amélioration
 - 1. Réforme et besoin
 - 2. Réforme et but

Conclusion

INTRODUCTION

Le droit et spécialement de droit privé est en perpétuelle mutation. Il ne cesse d'être réformé dans tous les domaines, droit des personnes, de la famille, du travail, des affaires, même les domaines réputés pour être les plus stables sont en cours de réformation. Ainsi le droit des obligations est en chantier dans nos trois pays : la France, l'Allemagne et le Japon. Cependant, le mot « réforme » est si courant qu'il paraît être galvaudé dans la bouche de nos gouvernants. Ainsi, la réforme paraît-elle dévoyée. Proposée comme réponse à tous les maux, elle fait surtout figure de moyen dilatoire afin que les clameurs se calment, le temps d'une nouvelle élection. Il en résulte que la promesse de réforme suscite autant de confiance que toutes les promesses électorales : elles ne seront pas tenues.

Au temps présent, où l'on voit les forces négatives et destructrices attirer de plus en plus de suffrages, des peuples prêts à élire des politiques qui assument publiquement leur incapacité et leur ignorance, il est temps de s'arrêter sur les ravages à long terme des promesses non tenues, de la perte de confiance dans cet outil qui a pourtant porté nos nations au degré de justice sociale où nous le connaissons actuellement : le Droit. Quelles sont les promesses dont est porteuse la réforme juridique ? Qu'espère tout citoyen d'une réforme ? Qu'est-ce qu'une réforme « réussie » ? Ainsi que le

* Maître de conférences HDR en droit privé, Sciences-po Lyon, directrice de l'Institut d'Asie Orientale, Unité mixte de recherche 5062 (CNRS).

notait Graveson en 1965, la science du droit n'est pas autonome, « elle existe pour donner un effet aux souhaits, aux demandes, aux besoins de la société »¹. De cette attente dépend l'appréciation de ses résultats ; elle est l'aune de la déception que pourront en retirer ses destinataires. Le problème de la réforme en droit existe par conséquent au niveau politique, sociologique, économique, ce qui est échappé à la portée du juriste. Cependant il lui incombe de répondre à ces besoins sur le plan technique, cette mission appelle une réflexion épistémologique afin de gagner un regard éclairé sur ce qu'est et doit être une réforme.

A cet égard il pourra être objecté que les questionnements suscités appartiennent plus au droit public qu'au droit privé : la question législative appartient au publiciste qui analyse, observe et débat des méthodes de travail des corps législatifs, de leurs modes préparatoires, de l'attribution des compétences à telle ou telle autorité, de la légitimité de telle décision, de la conformité des règles adoptées aux normes supérieures etc. Mais le juriste privatiste n'a-t-il pas lieu de s'intéresser à la réforme en tant que notion juridique à part entière ? S'attache-t-il assez à son observation et à ses résultats, à la démarche du réformateur et à la manière dont il pourrait être guidé afin d'atteindre les objectifs qui lui ont été assignés dans le cadre du droit privé ?

Le droit comparé est un outil magistral de distanciation à l'égard de sa propre réalité juridique, il en fait apparaître les reliefs, il permet d'en mieux saisir la matérialité. L'étude du droit japonais est un terrain idéal d'observation de la réforme juridique. Celle du droit des obligations, entrée en vigueur en avril 2020, se veut le point d'orgue d'une vague de réformes engagées depuis les années 90 et qui touche l'ensemble des institutions juridiques. Elle est la troisième des « révolutions législatives »² qu'a connu le Japon contemporain. La première a été provoquée par la confrontation brutale avec le monde occidental et les traités inégaux à la fin du XIX^e siècle. Elle a eu pour effet l'introduction d'un nouvel ordre juridique, inspiré des droits européens. La deuxième a été impulsée par l'occupation américaine, dont l'objectif proclamé était la « démocratisation de la société japonaise ». Il s'agissait d'éliminer toute trace d'autoritarisme dans toutes les institutions. Celle-ci a ouvert la voie à l'extraordinaire réussite économique du pays dans les années 60-80. La troisième vague est née des gravissimes difficultés financières qui ont mis le Japon en péril dans les années 90. Cette fois, l'impulsion est venue de l'intérieur, souhaitée par les

1 R. H. GRAVESON, Les méthodes de réforme du droit, *Revue internationale de droit comparé* 1967, 353.

2 *Daisan rippō kakumeiki*, v. E. HOSHINO, *Nihon minpō-ten no zenmen kaisei*, [La réforme d'ensemble du Code civil japonais], *Jurisuto* 1339 (2007) 91.

dirigeants politiques, qui voulaient se départir d'un système dont les travers avaient manqué conduire le pays à sa perte.

Le législateur japonais a souhaité faire de la réforme du droit des obligations le modèle même de la réforme parfaite, profonde, efficace, « moderne », conduite par les sommités du pays en la matière, tout en impliquant les usagers du droit,³ un modèle qui puisse l'être pour le monde entier.

Une intuition d'ordre ontologique guide notre réflexion. Qu'est une réforme en droit privé ? Quelle en est la substance ? En se référant à la célèbre distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, l'être et le devoir être, que doit être une réforme ? Y a-t-il une éthique de la réforme ? Peut-on rechercher une norme à la réforme juridique ? Les réformes sont-elles bien préparées ? Ses résultats sont-ils correctement anticipés, son efficacité est-elle suivie et mesurée ? N'y aurait-il pas à gagner en méthode et en rigueur afin d'atteindre l'objectif attendu ?

Concernant le « devoir être » de la réforme, l'analyse sémantique permet d'atteindre l'essence même de l'objet désigné. Ce que véhicule le langage, y compris le langage courant, permet de dévoiler ce qui est consubstantiel à toute réforme et en retour, ce qui en est attendu de la part du public et des usagers du droit.

Selon la définition du Vocabulaire Cornu, la réforme législative évoque une « modification du Droit existant soit par une loi nouvelle ... soit par un décret »⁴. Cette définition strictement objective est nettement en retrait de celle portée par le langage courant, qui convoque une vision qualitative de la notion. La langue française est connue pour provoquer l'équivoque. La plupart des mots que nous employons sont polysémiques et le glissement imperceptible d'un sens à un autre fait le charme de notre langue, lui donne sa souplesse, lui accorde une sorte de mouvement intrinsèque. Le terme « réforme »⁵ n'échappe pas à la règle. Initialement, il s'agit de la forme substantive d'un verbe extrêmement neutre : « réformer », qui signifie simplement « former de nouveau », « re-faire ». Puis son sens se divise en deux branches principales dont nous éliminerons immédiatement la seconde, car dans divers domaines et de manière un peu surannée, elle signifie « écarter », « mettre au rebut ». En revanche, son sens premier, qui est aussi le plus courant, est celui d'une « amélioration apportée dans les choses non matérielles, abstraites, morales ». A nouveau, cette signification se divise et

3 B. JALUZOT, La réforme du droit des contrats au Japon, *Revue de droit de contrat* 2018, 619.

4 ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique* Gérard Cornu, (12^e éd., Paris 2018).

5 « Réformer », in : A. REY et al., *Le Grand Robert de la langue française*, dictionnaire en ligne.

prend tantôt une dimension religieuse, tantôt une dimension politique et juridique. Restreignant notre approche à cette dernière acception, il n'en reste pas moins un flottement dans la portée qui lui est donnée. La réforme vise ainsi d'une part « un changement apporté dans la forme d'une institution afin de l'améliorer, d'en obtenir de meilleurs résultats », elle a alors pour synonymes « amélioration », « révision », « amendement ». Nous pouvons ainsi retenir une double dimension de la notion de réforme : un changement (I.) qui vise une amélioration du droit positif (II.).

I. LE CHANGEMENT

La réforme bouscule, perturbe, mais elle est nécessaire et même indispensable. Pour reprendre une métaphore botanique : elle est la taille revigorante de l'arbre qui lui permet de vivre plus longtemps encore. Mais comment modifier le droit sans perturber les concernés, sans porter atteinte à la sécurité juridique ? Tels sont les deux aspects de la réforme : un changement (1.), dans le cadre d'une stabilité institutionnelle (2.).

1. *Réforme et changement*

Le changement est intrinsèque à la réforme, ce qui conduit à s'interroger sur la question du changement en droit. En outre, le terme porte une intensité qui est modérée, car le changement s'oppose au bouleversement ou à la révolution.

a) *Le changement en droit*

La théorie générale du changement est un thème qui retient l'attention des chercheurs en sciences sociales depuis plusieurs décennies.⁶ Appliquée au droit, elle conduit à une approche spécifique du phénomène qui se caractérise par son objet d'étude : il consiste dans la manière dont le droit se modifie dans son ensemble. En tant que tel, cet objet place l'observation à un niveau d'abstraction supérieur à celui de la simple réforme. Ainsi l'étude du changement en droit ne distingue pas selon les sources de droit, il intègre sa

6 V. notamment : M. VAN DE KERKOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre* (PUF 1988) ; M. ZAMBONI, From "Evolutionary Theory and Law" to a "Legal Evolutionary Theory", *German Law Journal* 9-4 (2008) 515-546 ; J. HILL, *Comparative Law, Law Reform and Legal Theory*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 9-1 (Spring 1989) 101-115 ; M. DAVIES *Legal theory and law reform – Some Mainstream and critical Approaches*, *Alternative Law Journal* 28-4 (2003) 168 ; A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change* (London 1991) ; *id.*, *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity* (Philadelphia 1998) ; M. SCHWARTZBERG, *Democracy and Legal Change* (Cambridge 2007).

pratique par les usagers et en particulier celle du droit infra-litigieuse. Son objectif ultime est de savoir comment le modifier de manière à ce qu'il adhère aux transformations sociétales, le focus est mis sur ces transformations, plus que sur le mécanisme même de l'adaptation du droit à son environnement.

Cette question, si fondamentale soit-elle, reste en dehors du périmètre de notre étude car il se situe à un niveau d'abstraction supérieur : il s'intéresse à ce qu'est et comment se renouvelle le droit, comment il intègre de nouvelles valeurs sociales. Analyser la réforme en tant que notion juridique à part entière tend en revanche à comprendre ce qu'il faut faire afin qu'un changement législatif soit à la hauteur de l'objectif initial qui lui a été assigné.

A cet égard, l'aptitude du Droit est interrogée. Certains auteurs estiment qu'il possède une plasticité suffisante qui lui permet de se transformer et donc de s'adapter. Ainsi Margaret Davies⁷ observe l'aptitude du positivisme juridique à faire place aux changements sociétaux. Elle analyse ainsi les effets de cette conception du Droit en ce qu'elle se réclame d'un droit « pur », distingué de la morale et du politique. La séparation de ces champs conduit à laisser à chaque spécialiste la légitimité de s'exprimer dans son domaine : le politique pour les questions politiques, le sociologue pour les questions sociales et le juriste pour la technique juridique. Le positivisme, dans sa quête de neutralité, tend à éloigner l'ordre juridique du choix des valeurs sociales qu'il met en œuvre. Plus encore, il dénie aux juristes la légitimité d'opérer ce choix de valeurs.

Cependant l'effet collatéral de cette approche est de rendre l'appareil juridique perméable aux courants de pensée, éthiques, philosophiques, sociologiques, religieux etc., qui s'immiscent de manière plus ou moins consciente dans l'ordre juridique et en conséquence de manière plus ou moins contrôlée. L'histoire en a produit un exemple extrême au travers du droit national-socialiste. Les juristes de l'époque, en particulier Karl Larenz pour le droit privé, clamaient la transformation du droit au moyen de l'interprétation juridique et ils lui assignèrent l'objectif d'introduire les valeurs nazies au sein du droit positif, telles que le racisme et le communautarisme. Cet épisode a ainsi démontré le danger d'une conception neutre du positivisme, puisqu'il a fait place et légitimé l'introduction à dessein de valeurs néfastes dans l'appareil juridique.⁸

La perméabilité aux valeurs qui intéressent les autres sciences sociales reste cependant un atout important de cette structure immatérielle qu'est le Droit. Elle n'est pas nécessairement synonyme de licence ou d'aveuglement et il incombe aux juristes de porter à ces immixtions une attention particu-

7 DAVIES, *supra* note 6, 169.

8 O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours nazi* (Paris 2017).

lière. Ceci est, du reste, l'une des préoccupations majeures du droit public contemporain et de la théorie des droits fondamentaux qui veille à leur encrage au sein de nos systèmes juridiques. Cette perméabilité permet justement au droit positif de s'adapter et par conséquent de survivre aux transformations qui l'entourent, sans succomber, en évitant la révolution contre le système, car « réforme » a pour antonyme « révolution ».

b) La révolution juridique

Le positivisme juridique a permis l'évolution et l'adaptation du droit contemporain. Parmi de nombreux exemples, la transformation du droit des personnes et de la famille, démontre à elle seule l'aptitude du droit positif à intégrer de profonds changements sociaux. Mais ceci a eu lieu au prix de nombreuses résistances, ce qui conduit divers courants de pensée, dont certains émanent du féminisme juridique, à penser que le Droit n'est pas capable de faire face à l'ampleur du changement nécessaire. L'inaptitude du droit, en tant que structure sociale, serait systémique, mieux vaudrait le rejeter en tant que structure étatique. Les tenants de ce discours radical prônent ainsi une destruction du système, une révolution.⁹

Or, il existe une opposition manifeste entre révolution et réforme. Celle-ci comporte une certaine temporalité et elle évoque un mouvement partiel et progressif de l'ordre social, tandis que la révolution promet de remettre à plat les structures par leur destruction puis leur reconstruction ; la réforme, en revanche, est guidée par le maintien des fondements acquis, alliés à la recherche d'une transformation des conséquences qu'ils produisent. Ainsi, la différence entre réforme et révolution se manifeste en ce que la première promet la pérennité substantielle de la construction juridique, tandis que la révolution promet le renversement structurel et la rupture paradigmatique.

Ce faisant, toute réforme porte en elle une promesse intrinsèque de continuité et l'assurance de la stabilité institutionnelle.

2. Réforme et stabilité

Non seulement la réforme rejette toute idée de révolution, de rupture, mais encore, elle promet le maintien de l'essentiel, la préservation rassurante de la stabilité institutionnelle. Ceci est l'une des bornes de la notion de réforme : elle ne peut être menée à bien que dans la préservation de la sécurité juridique.

Graveson observe un « cycle de changement et de stabilité qui existe dans une société et dans son droit ». Celui-ci cite Roscoe Pound, qui insiste

⁹ DAVIES, *supra* note 6, 168.

sur la nécessaire stabilité du droit, bien qu'il ne puisse demeurer statique. Graveson en conclut :

« néanmoins, le dilemme demeure, et la société, qui a besoin d'une réforme du droit pour instituer le mécanisme qui réglera ses nouveaux problèmes, a aussi besoin d'une stabilité juridique qui soit compatible avec la solution effective de ses problèmes ».¹⁰

L'auteur expose ainsi la dynamique qui anime la réforme : elle oscille entre nécessité de changement et besoin de stabilité. Il rappelle en outre que Pound a montré que le caractère de certitude de la loi n'est pas incompatible avec le changement du droit. Il s'agit alors de savoir comment modifier le droit sans porter atteinte aux droits acquis, sans mettre en péril les repères légaux qui encadrent l'action de l'usager du droit.

Il en résulte que toute réforme en droit ne peut se dérouler que dans le cadre d'un solide maintien d'éléments qui restent dans la continuité de ce qui est déjà institué. Il peut s'agir de principes fondamentaux qui offrent des valeurs cardinales, fruits d'un consensus plus ou moins général ; ils constituent le socle commun à la construction juridique. A cet égard, les travaux préparatoires du droit des obligations montrent que la réforme entretient une relation ambivalente avec ces principes. Elle devient le lieu de les exprimer, et ce faisant, elle emporte le risque de les réduire, de raidir leur contenu, de cliver en désagrégeant l'accord implicite sur lequel ils reposent. Plus encore et paradoxalement, les énoncer conduit inévitablement à les renouveler et à les transformer. Les réformes japonaise et française ont été confrontées à ces difficultés, la première a finalement renoncé à les insérer tandis que la seconde a choisi de les exprimer et a ainsi accentué le caractère novateur de la réforme.

La stabilité structurelle peut aussi émaner de la préservation d'institutions juridiques ancestrales, façonnées par le temps, les esprits et l'expérience passée. C'est ainsi que s'expliquent les fortes résistances rencontrées lors des réformes du droit des obligations. De telles institutions, par exemple d'origine romaine, ont fait l'objet de profondes remises en question : le droit français a rejeté la cause,¹¹ le droit japonais a fait disparaître les adages « à l'impossible nul n'est tenu » et « *res perit domino* »,¹² le droit allemand de la vente a vu disparaître la garantie des vices de la chose au profit de l'institution générale qu'est l'inexécution du contrat. La continuité du système peut aussi provenir du maintien de techniques juridiques : dans les méthodes d'application du droit ou dans le mode

10 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

11 Cf. la contribution de S. TAKENAKA dans ce même numéro, 39 *et seq.*

12 Cf. la contribution de M. NOZAWA dans ce même numéro, 31 *et seq.*

d'organisation des règles, ce sont des aspects qui ont été mis en question lors de la réforme japonaise.¹³

Surtout, la stabilité est garantie par la pérennité du fond du droit, par la volonté de ne pas perturber les solutions pratiques acquises. C'est un point de convergence des trois réformes. Le législateur français comme le législateur allemand ont réussi ce tour de force en redistribuant l'assise légale des solutions acquises, au sein de règles reformulées et restructurées. La réforme japonaise a fait de même mais dans le cadre d'un choix fondamental : le maintien de la numérotation du code. Le contenu des articles a été étendu, déployé, il inclut désormais le droit prétorien, mais les numéros continuent de correspondre aux institutions juridiques qui y ont été insérées en 1898. Ce faisant, l'exemple japonais démontre que la stabilité juridique peut aussi être attestée par la texture même de la loi. Le législateur français, à rebours des efforts passés du Doyen Carbonnier, y a renoncé. Pour le droit des obligations, il a choisi de faire place à une nouvelle structure de la discipline, privilégiant la cohérence d'ensemble à la tradition en œuvre depuis 1804.

La stabilité juridique s'inscrit dans un *continuum* qui se matérialise dans ce que les comparatistes appellent la « tradition juridique ». Elle vient à s'exprimer à l'occasion de réformes qui touchent aux institutions les plus fondamentales des systèmes juridiques. En maintenant la numérotation du Code civil, la réforme japonaise en apporte un exemple éclatant et digne d'être cité en exemple. Sa cohérence initiale, qui date de 1896, est préservée et même magnifiée. Le législateur érige ainsi le Code civil japonais en élément identitaire de sa tradition juridique.

Ainsi que nous venons de le voir, la réforme juridique porte en elle une promesse à la fois de changement et de stabilité, c'est cette tension entre ces opposés qui en fait la dynamique. Cependant, fruit d'un subtil équilibre entre maintien et nouveauté, elle se doit de participer à l'amélioration du droit positif.

II. L'AMÉLIORATION

Pour reprendre l'interrogation posée par Jhering dans son ouvrage « Zweck im Recht » (le but dans le droit),¹⁴ quel doit être le but d'une réforme juridique ? La sémantique répond : l'amélioration du droit, la volonté de le rendre meilleur. Ce qui fait appel à un référent implicite. Mais à quoi se référer lorsque l'on souhaite un « meilleur » droit ? Un changement positif ne peut se jauger qu'à l'aune d'une situation antérieure estimée défailante.

¹³ JALUZOT, *supra* note 3.

¹⁴ R. JHERING, [MEULENAERE, O. de, traducteur], L'évolution du droit [Zweck im Recht], Traduit sur la 3^e édition allemande (Paris 1901).

Cet état insatisfaisant doit être constaté, les besoins de réformes doivent être identifiés et énoncés dans un premier temps (1.). Dans un second temps, afin de mesurer l'évolution réalisée, il faut prendre du recul et la rapporter à son but, à l'objectif qu'elle poursuit. C'est alors qu'une appréciation d'ensemble devient possible, elle permet de vérifier si le changement positif escompté est survenu et aussi d'évaluer si des correctifs sont nécessaires (2.).

1. Réforme et besoin

Une réforme voit le jour par la décision des pouvoirs publics de changer la loi et seule une conjonction de facteurs à la fois de nécessité, de légitimité et d'opportunité, conduit le pouvoir exécutif à ordonner de telles réformes. Dans un premier temps, une insatisfaction à l'égard d'un état du droit émerge, exprimée de telle manière qu'elle mobilise les pouvoirs publics, qui estiment une réforme nécessaire. Dans un second temps ils décident de saisir le législateur afin de réaliser la réforme.

a) Les nécessités de la réforme

L'appréciation selon laquelle le traitement juridique d'une situation est défailtante concerne à la fois les usagers du droit qui expriment leur insatisfaction et les pouvoirs publics à qui appartient la décision de réformer. Celle-ci est en conséquence le fruit, à un moment donné, de la convergence d'intérêts, objectifs et subjectifs.

Les premiers correspondent à des besoins qui posent une difficulté manifeste, laquelle nécessite d'être résolue. Il en va ainsi de problèmes de technique juridique,¹⁵ du besoin d'adapter le droit national à une norme supranationale, ou encore de problèmes sociétaux importants qui multiplient les conflits et menacent le tissu social. Les besoins subjectifs sont liés à des choix, à des partis pris opérés par certains acteurs en fonction de l'opinion publique et du contexte international. La modification de la loi correspond alors à cette stratégie dont la motivation est parfois tout à fait extérieure aux stricts besoins juridiques.

Ces intérêts sont d'autant plus subjectifs, qu'il est difficile de distinguer le besoin en lui-même des individus qui l'expriment. Car pour être pris en compte, le besoin de réforme doit être exprimé publiquement. Ainsi au Japon, la réforme du droit des obligations est née d'une volonté académique qui s'est exprimée lors du centenaire du Code civil japonais.¹⁶ C'est donc la doctrine juridique qui a pris la parole et a été entendue. Elle invo-

15 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

16 HOSHINO, *supra* note 2, 91

quait la nécessité d'une réforme depuis plusieurs décennies, estimant que le droit des obligations ne correspondait plus aux besoins du XXI^e, le mot d'ordre est devenu la « modernisation du droit ».

Des besoins objectifs de réforme faisaient effectivement l'unanimité : il était nécessaire de rénover plusieurs mécanismes devenus obsolètes, notamment la durée de la prescription et le mode de calcul de l'intérêt légal. L'obsolescence d'institutions juridiques anciennes est un phénomène naturel éprouvé par toute législation, la France et l'Allemagne ont été confrontées à des difficultés identiques. D'autre part, les juristes japonais souhaitent introduire dans le droit écrit l'importante construction élaborée hors du Code, par le droit prétorien et les lois spéciales, ce qui touche un très grand nombre de règles. En outre, le Japon avait besoin d'harmoniser son droit avec la convention de Vienne qu'il avait ratifiée en 2008. Ces mêmes besoins s'observent aussi dans les réformes allemandes et françaises et de manière beaucoup plus générale : la nécessité de transposer des directives européennes, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'adoption de conventions internationales telles que celles du Conseil de l'Europe, sont à l'origine de bien des réformes. La nécessité d'une réforme peut ainsi naître de l'interférence des sources supranationales dans les droits nationaux.

Par ailleurs, les juristes japonais ont été mus par des facteurs subjectifs, en particulier ceux de prestige national et de sentiment de concurrence internationale : il s'agissait de faire la démonstration de la qualité du droit japonais et de sa modernité au monde entier. Ces arguments sont de ceux qui sont à même de toucher les pouvoirs publics, et plus particulièrement au Japon, toujours en quête de reconnaissance internationale, en particulier au travers de son système juridique. Cependant, force est de constater que certains outils de mise en concurrence mondiale¹⁷ provoquent de nombreuses réformes dont la pertinence peut être discutée. Elle pousse les pouvoirs publics à mettre en avant un objectif absurde qui vise plus celui d'un rang dans un classement – et donc d'une image mondiale – qu'une réelle efficacité pratique.

En somme les motifs de réforme sont liés à des nécessités objectives et à des choix subjectifs, à des partis pris opérés par certains acteurs et cette stratégie, dont la motivation peut être tout à fait extérieure aux stricts besoins juridiques, conduit à la modification de la loi.

17 Par exemple le rapport Doing Business de la Banque mondiale.

b) *Les méthodes de la réforme : le choix législatif*

Opter pour une réforme législative ne va pas de soi. Une réforme juridique peut tout autant émerger d'un changement jurisprudentiel, ainsi Ronald Graveson, qui était britannique, l'observe en 1965.¹⁸ Dans certains domaines le législateur français a laissé et laisse encore le juge faire le droit et les qualités de souplesse et d'adaptabilité du droit prétorien ont pu être louées,¹⁹ tel est le cas du droit international privé ou de la responsabilité civile. Or justement dans ce dernier domaine, les limites de cette voie de réforme ont été atteintes dans notre pays et la jurisprudence et la doctrine se sont faite le porte-parole d'un besoin de réforme législative. En effet, le juge peut corriger certaines règles mais il ne peut ni toucher à la structure de la loi, à ses principes fondamentaux, ni uniformiser de manière globale un ensemble de mécanismes, pour ceci la main du législateur est indispensable.

L'ampleur du domaine choisi laisse à penser que les méthodes de travail doivent être adaptées. On ne peut travailler de la même manière si l'on réforme un point de droit dysfonctionnel, une branche du droit ou un système juridique tout entier. L'exemple que nous avons choisi s'attèle à une branche du droit, ce qui nécessite de penser l'ensemble de la branche, en particulier au regard des principes fondamentaux cohérents qui la structurent et de sa coordination avec les autres parties du code. Les principes servent à instaurer un guide qui permette de respecter l'homogénéité du texte, d'éviter les contradictions d'interprétation préjudiciables au justiciable. Toutefois, aborder le débat par la question des grands principes²⁰ risque de cliver les discussions et de les bloquer pour des raisons abstraites, peu légitimes si elles s'opposent à des enjeux concrets.

En premier lieu, le législateur doit répondre aux réels besoins de réforme. Ici le juriste ne peut agir seul ici, il doit recourir aux professionnels du secteur et aux spécialistes d'autres disciplines des sciences sociales. Le réformateur qui forge un outil destiné à certains usagers du droit doit écouter ses utilisateurs. Ainsi si le droit des baux d'habitation doit être réformé, il semble nécessaire d'entendre les partenaires professionnels concernés, ainsi que les usagers, représentés par des groupes de défense de leurs intérêts. Il en va de même lorsque la réforme touche au social ou au politique. De ces échanges naît alors une vision plus ou moins claire, plus ou moins souple de l'objet qui va être réformé. Il est nécessaire, non pas tant de conceptualiser abstraitement que d'avoir une *vision* de la chose à réformer et de la partager. C'est ici que

18 GRAVESON, *supra* note 1, 258.

19 A. ALVAREZ, (trad. L. B. REGISTER), *Methods for Scientific Codification*, in : *Science of Legal Method. Select Essays by Various Authors* (Boston 1917) 429–497, 465.

20 HOSHINO, *supra* note 2.

l'interaction entre les juristes, les sociologues, politologues, psychologues, historiens etc. s'avère nécessaire. Refuser cette coopération emporte le risque d'une construction sur un sol meuble, dont les défauts se révéleront à l'usage et emporteront l'effondrement de l'édifice.

Le résultat se traduit par un texte législatif dont la technique même mérite l'attention. Cette préoccupation avait fait l'objet d'un courant doctrinal au début du XX^e siècle²¹ et d'éminents auteurs s'étaient penchés sur l'étude de la technique législative dans le domaine du droit civil.²² Pour reprendre les questionnements de Gény,²³ les sujets tels que la qualité des concepts employés, de leur caractère plus ou moins abstrait ou concret, la polyphonie de la lettre de la loi – qui lui laisse une souplesse suffisante afin de respecter une grande variété d'intérêts –, les méthodes d'interprétation, notamment l'interprétation téléologique de la loi, la logique qui organise les dispositions légales – du plus général au plus spécial –, la division entre les matières, toutes ces questions font peu débat de nos jours. Ainsi le législateur français a-t-il bousculé la structure fondamentale du code civil, sans beaucoup de critiques ; il a multiplié les codes, regroupant l'organisation législative autour de matières et renonçant à la structure quasi-pyramidale qui régnait en droit civil français. Si de telles transformations ont pu avoir lieu, n'est-ce pas parce que le législateur français n'avait pas de vision suffisamment claire de ce que doit être une réforme du code civil et du but qu'elle doit poursuivre ?

2. Réforme et but

Le but premier de la réforme est de répondre à l'objectif qui lui a été assigné. Cette évidence appelle deux observations d'ordre différent : quel est ce but ? Comment apprécier l'adéquation de la réponse ?

a) Le but

Le but poursuivi par toute réforme se situe à deux niveaux : de manière immédiate apporter une réponse technique à des difficultés pratiques et de manière plus large, de répondre à l'attente sociale qui accompagne toute promesse de réforme.

21 P. VALLINDAS, *Considérations de science législative sur la codification, spécialement en droit privé*, *Revue internationale de droit comparé* (1956) 28–38 ; F. GENY, *La technique législative dans la codification civile moderne dans le code civil*, in : *Livre du centenaire* (Paris, 1904) 989–1038.

22 GENY, *supra* note 21 ; A. ALVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil* (Paris 1904) et *supra* note 19.

23 GÉNY, *supra* note 21.

La réponse aux besoins immédiats passe par une mise en contact directe du législateur avec les usagers. La République réalise cette aspiration dans l'attribution de la mission législative aux représentants du peuple, les Parlementaires. Au début du XXe, constatant l'impossibilité de confier la tâche au seul Parlement, face à l'ampleur de celle-ci et à l'accélération des transformations sociales, la question de la préparation des textes de lois a été longuement débattue. Désormais, en majorité elle provient du pouvoir exécutif à qui revient la mission de saisir les besoins des usagers. Il s'efforce d'institutionnaliser ces liens afin de les objectiver.

Le processus mis en place pour concrétiser cette réponse est bien connu. Graveson en évoque les premiers pas, qui se traduisent par une « enquête : normalement organisée par un ministère de la Justice, ou sur une base interministérielle avec consultation des personnes et des corps intéressés ». Le ministère prépare ensuite un projet, qui est soumis aux parlementaires lorsqu'il entre dans les matières de sa compétence – pour le droit français celles prévues par les articles 34 et 37 de la Constitution française. Le dispositif légal est finalisé par l'élaboration de décrets et arrêtés par le pouvoir réglementaire. La phase finale est la mise en œuvre de la nouvelle réglementation par les juges, qui achèvent l'adaptation du texte à la vie courante.²⁴ Au Japon, une commission permanente de réforme du droit civil est instituée auprès du ministère de la Justice, ses méthodes de travail diffèrent de celles du ministère français. La Commission constate le besoin juridique, puis elle nomme une commission *ad hoc* afin de préparer le projet de loi. A l'occasion de la réforme du droit des obligations, l'établissement de ce besoin s'est traduit par des liens très resserrés avec une commission issue du monde académique, la commission Uchida, qui a énoncé les points clés de travail et formulé des pistes de solution. Dans un second temps, le ministère de la Justice a nommé officiellement une commission de réforme du droit des obligations, dont la composition était très proche de celle constituée par T. Uchida. Elle a eu à charge de préparer le projet de loi et a mobilisé pratiquement l'ensemble de la doctrine japonaise, ainsi que différents représentants des usagers : consommateurs, banques, PME etc.

Les méthodes employées ici se démarquent des pratiques françaises, en particulier du point de vue de la transparence. Les travaux japonais faisaient l'objet d'une communication publique remarquable, tenue à jour au fur et à mesure des travaux et des interventions des rapporteurs. Tant les auteurs que le contenu et l'évolution des travaux étaient connus. Cette volonté de transparence traduit le désir du législateur japonais de répondre à l'attente sociale suscitée par la promesse de la réforme du droit des obligations.

24 GRAVESON *supra* note 1, 356–357.

Cette attente se trouve à un niveau plus général d'expectative, car toute réforme promet de répondre à une attente sociale. C'est ce que formulent les pouvoirs publics en annonçant un « progrès », une « modernisation » du droit. Cet objectif ultime a été exprimé par François GénY en 1904 : le droit [civil] doit être compris principalement comme un corps de règles positives qui gouvernent les êtres humains dans leurs relations sociales,²⁵ la technique juridique est tenue de se développer et *de changer suivant les changements successifs* de la société.²⁶

En conséquence, la réforme doit répondre aux besoins de la société civile, lesquels sont formulés de manière plus ou moins directe. Les juges sont à même d'observer les dysfonctionnements de la loi, mais ces besoins peuvent aussi être exprimés par un « rapport émanant d'un organisme professionnel » ou encore par le mécontentement populaire dont les médias se font écho.²⁷ Se rencontrent ainsi trois catégories d'observateurs : les experts en droit, les groupes d'intérêts professionnels, l'opinion publique. D'emblée, cette énumération fait apparaître le risque de biais qui les touche : ce qui est clamé au nom de l'intérêt général peut tout autant être motivé par un intérêt spécifique au détriment d'autres groupes moins bien représentés car réduits à une position de faiblesse. En somme les motivations de chacun sont susceptibles d'être *conformes et animées par l'intérêt général*, ou bien biaisées par des intérêts particuliers. Or tout texte législatif en réponse à cette attente sociale, se doit de faire primer l'intérêt général sur les intérêts particuliers. C'est là que résident la stabilité et la fiabilité dans la loi et dans le système juridique tout entier.

Dès lors, la justesse de la réponse législative nécessite d'être évaluée et même corrigée si besoin est.

b) *L'évaluation de la réforme*

Qu'est-ce qu'une réforme réussie ? A l'évidence, de manière intuitive, il s'agit d'une réforme qui atteint son but, qui réalise ses objectifs. Or la réussite d'une réforme est confrontée à de nombreux obstacles sur lesquels les juristes ont peu de moyens d'action. En outre, la réforme, une fois en vigueur, doit continuer d'être adaptée aux besoins d'une société en évolution permanente.

Les obstacles à la réussite d'une réforme relèvent notamment de facteurs psychologiques qui déterminent la réceptivité au changement mais peuvent

25 GÉNY, *supra* note 21 ; *id.* (trad. Ernst BRUNCKEN), *The Legislative Technic of Modern Civil Codes in : Science of Legal Method. Select Essays* (Boston 1917), 498–557, 501.

26 GENY, *supra* note 25, 504.

27 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

aussi stimuler la propension naturelle à y résister.²⁸ Toutefois le juriste peut contribuer à cette réceptivité par la préparation des justiciables à la nouvelle réforme, à la diffusion dans le public des nouvelles règles, à l'explication de la démarche du législateur. Il peut aussi former les praticiens qui vont manipuler ces règles, les aider à mieux maîtriser le nouveau mécanisme.

Par ailleurs, cette réussite est un jugement, fruit d'une évaluation. Ainsi le résultat de la réforme doit être rapproché de son objectif initial. Son appréciation se pose donc du point de vue politique, sociologique, économique et psychologiques. Il incombe au juriste de s'interroger sur l'adéquation juridique de la loi à ces objectifs hors de son champ d'action et de veiller à ce qu'elle réponde aux besoins de nos sociétés contemporaines. Cette mission appartient aux juristes en général et à la doctrine plus particulièrement.

Dans ces limites, tout juriste détient une part de responsabilité, celle de veiller à ce qu'un texte de réforme soit et reste adapté aux besoins. Pourtant, la réforme, une fois entrée en vigueur, semble échapper à ses auteurs. Dès la promulgation, il revient au juge de mettre la loi en œuvre, le suivi d'une réforme s'arrête souvent à la porte des tribunaux.

Mais n'appartient-il pas aux auteurs du texte de le suivre et d'en observer les résultats ? Les moyens de cette observation proviennent en premier lieu de l'activité judiciaire suscitée par loi nouvelle. Les litiges sont-ils nombreux, sur quels points portent-ils ? Comment sont-ils recensés, les décisions de justice établissent-elles suffisamment le lien avec le texte source afin de permettre d'identifier les rédactions défectueuses ? Quelles sont les études statistiques et selon quelles méthodes ? Comment ces informations remontent-elles des tribunaux et des usagers vers le niveau supérieur, doctrine et législateur ?

Cependant, il ne faut pas se contenter de la seule manifestation judiciaire comme critère d'efficacité d'une loi. Seuls les dysfonctionnements les plus patents sont ainsi relevés, elle ne permet pas à elle seule de vérifier l'efficacité du dispositif quant à son objectif initial. C'est dans la mise en œuvre non litigieuse de la loi que réside la réponse à l'attente sociale. Encore faut-il qu'il y ait des comités de suivi des lois, des analyses de terrains, une récolte de données. Ces divers aspects retiennent assez peu l'attention des chercheurs.

Le juriste peut et même doit accompagner ce mouvement, il lui faut rester à l'écoute des usagers et mesurer les résultats produits dans un souci d'amélioration postérieure du texte. Les observations doivent ensuite être rassemblées, traitées afin de pouvoir servir de base à des propositions d'amélioration, qui aboutiront à la correction du texte fondamental. A cet

28 GRAVESON, *supra* note 1, 357.

égard, dispose-t-on suffisamment de mécanismes souples qui permettent de corriger les effets négatifs au plus près de leur survenance ?

In fine, il s'agit de confronter la réforme à la question de l'ajustement du droit à la société.²⁹ Portalis l'avait confié aux juges, cette conception s'avère aujourd'hui trop rigide et trop limitée. Elle fait partie des missions sociales du juriste et incombe plus particulièrement à la doctrine juridique.

CONCLUSION

Déclarer une réforme, c'est faire l'annonce d'une promesse, une promesse de changement mais aussi celle d'une amélioration. L'intuition qui a guidé notre étude est celle de quelque progrès à gagner dans une analyse ontologique de la réforme et à s'interroger sur son « devoir être ».

Nous avons observé que la réforme en droit est le fruit d'un changement dans les limites rassurantes du respect de la continuité institutionnelle. C'est elle qui forge la tradition juridique d'une Nation.

En outre, la réforme en droit civil porte la promesse de répondre aux attentes sociales. Elle doit susciter la satisfaction de l'opinion publique. Il incombe au juriste d'accompagner le changement, et de faire en sorte que des correctifs puissent être apportés afin de respecter au mieux l'objectif fixé.

En conséquence le but de toute réforme relève de la bonne gouvernance des relations sociales. Or, le droit n'est pas une discipline autonome, il est intimement dépendant de la psychologie, de la sociologie, de la politique et de l'économie etc., et il a pour vocation d'interagir avec ces disciplines.

²⁹ ALVAREZ, *supra* note 19, 467 *et seq.*

De l'art gouvernemental du dialogue et de la concertation

La refondation de l'enseignement supérieur français sous la Troisième République

*Catherine Fillon**

- I. Restaurer la confiance : la méthode de l'administration au grand jour
- II. Faire germer l'institution : la méthode des petits pas

A l'heure où, depuis quelques années déjà, sous le nom d'IDEX, le gouvernement français impose à ses universités une politique de mariages forcés, lesquels sont négociés par leurs seuls présidents, alléchés par les belles dotes qu'on promet de leur verser, il n'est peut-être pas inutile de revenir à cet autre temps où cet enseignement supérieur français a été conçu, dans les premières années de la III^e République. Un temps qui fait rêver l'universitaire d'aujourd'hui, en raison précisément de la méthode de réforme qui fut alors employée et qui était aux antipodes de celle – technocratique, brutale, dépourvue de réflexion intellectuelle préalable avec les premiers intéressés – infligée aujourd'hui au corps universitaire français.

L'entreprise à laquelle les pères fondateurs de la III^e République se sont attelés à partir de 1879 était pourtant infiniment complexe. Après la décision prise en 1793 de supprimer les vieilles universités médiévales discréditées, la France du XIX^e siècle n'avait en guise d'enseignement supérieur que des facultés de droit, médecine, lettres et sciences, lesquelles avaient été créées à l'époque napoléonienne. Seules les deux premières catégories, parce qu'elles sont par nature professionnalisantes, attiraient des étudiants relativement nombreux. Les deux autres n'étaient bien souvent que des fantômes de facultés, dont la mission majeure consistait à faire passer le baccalauréat et, accessoirement, pour ce qui est des Facultés de lettres, à dispenser des cours publics, c'est-à-dire faire des conférences destinées à un public cultivé. Ces facultés fantômes n'en étaient pas moins nombreuses puisqu'elles avaient été créées dans chacune des seize académies afin d'assurer localement la certification des bacheliers. Des locaux indignes, des bibliothèques squelettiques quand elles n'étaient pas inexistantes, un personnel peu motivé, des programmes d'enseignement sclérosés, des di-

* Professeure, Université Jean-Moulin Lyon 3.

plômes inadaptés car fixés pour la quasi-totalité d'entre eux au début du XIX^e siècle et non retouchés depuis, et, enfin, une absence remarquable de production scientifique : le tableau était sombre et l'on avait commencé déjà à la fin du Second Empire, sous l'impulsion du ministre Victor Duruy, à réfléchir à la construction d'un enseignement supérieur digne de ce nom. Sans doute l'avènement de la République et, avec lui, l'ancrage du pays dans une culture politique démocratique auraient rendu inéluctable à moyen terme cette rénovation d'un enseignement supérieur, tant les républicains français liaient étroitement depuis 1789 l'exercice de la citoyenneté aux questions scolaires. Cette rénovation fut toutefois accélérée suite au coup de fouet cinglant que représentèrent la défaite militaire de 1870 et la conviction née dans son sillage, selon laquelle l'Allemagne tirait aussi sa puissance et sa cohésion de la vitalité de ses universités.

Recréer des universités qui soient en mesure de porter une conception exigeante et novatrice de l'enseignement supérieur, tel était l'objectif défendu par un groupe réformateur très actif, organisé dans la Société de l'enseignement supérieur. Cette conception reposait sur un postulat d'unité de la science, lequel ne pouvait admettre l'excessif cloisonnement en Facultés éclatées et repliées sur elles-mêmes et l'Université – ce mot qui exprimait alors aussi bien l'universalité que la globalité de la science – devait être tout à la fois le lieu et le moyen du rapprochement des savoirs séparés. La science devait ensuite être mise au centre même de l'enseignement professionnel traditionnellement délivré par les facultés et ce, avec trois objectifs. Le premier était d'élargir les horizons intellectuels et mentaux des futurs professionnels (notamment en médecine et en droit), de leur faire sentir que leur spécialité n'est qu'une infime partie d'un grand tout qui les dépasse et dont ils doivent avoir, aussi bien en leur qualité de futur professionnel que de citoyen, l'existence présente à l'esprit. Le second était d'assurer, au sein de la masse de ces étudiants, la sélection d'une élite composée de ceux qui pourraient consacrer leur vie à la recherche savante dont la pratique elle-même se nourrit. Le troisième, et non des moindres, était la régénération de l'ensemble de l'enseignement public. Conscients de l'extrême solidarité unissant les enseignements primaire, secondaire et supérieur, les réformateurs républicains n'ignoraient pas cette évidence que si « ... des études secondaires mal faites donnent aux Facultés des auditeurs mal préparés ; des Facultés languissantes rendent difficile le recrutement de l'enseignement secondaire. ».

Ces universités espérées étaient en outre conçues comme des institutions plurielles, chacune devant avoir une physionomie particulière. Car s'il était admis qu'il est des nécessités intellectuelles communes à l'ensemble du territoire national, on commençait à reconnaître qu'il fallait faire place aussi à des besoins scientifiques locaux, plus propres aux entités régionales,

même si cette dernière notion restait évidemment encore bien vague. Ces universités étant donc porteuses d'un idéal de décentralisation intellectuelle, elles devaient en conséquence bénéficier d'une certaine autonomie. Si l'étendue et les modalités pratiques de celle-ci restaient à déterminer précisément, l'autonomie apparaissait en effet fondamentale pour permettre le développement d'une activité véritablement scientifique, adaptée aux besoins locaux.

L'ambitieuse réforme de l'enseignement supérieur que l'on entendait placer sous le signe d'une plus grande liberté intellectuelle autant que matérielle risquait de se heurter à deux obstacles de taille. Le premier était la résistance des professeurs eux-mêmes, peu enclins à changer leurs habitudes, en rien préparés à prendre en main leurs destinées professionnelles parce qu'ils étaient tellement habitués à l'autoritarisme administratif hérité de la période napoléonienne, qu'il y avait bien des chances qu'ils fussent, dans le meilleur des cas, passifs ou, dans le pire des cas, enclins à développer une attitude de résistance.

Le second obstacle qui avait toutes les chances de se dresser sur la route des réformateurs était, au-delà de l'hostilité plus ou moins active du cercle des premiers intéressés, l'incompréhension totale de l'opinion publique. Car l'autonomie des universités et donc la promesse de diversité universitaire que cette dernière notion contenait implicitement risquait fort de heurter une opinion publique volontiers jacobine, très attachée à ce que les droits de l'Etat fussent préservés et à ce qu'il régnât dans le système éducatif public une stricte égalité devant la loi, une parfaite uniformité, autant de passions françaises avec lesquelles il ne faisait pas bon badiner, surtout à quelques années du centenaire de la révolution française.

Ces obstacles, dont ils étaient parfaitement conscients, ont conduit les réformateurs républicains à penser une méthode destinée à les surmonter les uns et à tenter de contourner les autres. Réveiller les professeurs des différentes facultés encroûtés dans leur routine, les convaincre du bien-fondé du projet ambitieux qu'on leur proposait, mais aussi stimuler et tester leurs aptitudes à l'exercice des responsabilités qui ne manqueraient pas de leur incomber si l'on parvenait un jour à progresser dans la voie de l'autonomie a constitué le premier volet de cette méthode que son concepteur avait baptisée « la méthode de l'administration au grand jour », le second volet a consisté à procéder par étapes, de façon progressive et expérimentale tendant à prouver à l'opinion publique et au législateur que le point d'arrivée, à savoir des universités plurielles, n'étaient en rien une dangereuse chimère.

I. RESTAURER LA CONFIANCE : LA METHODE DE L'ADMINISTRATION AU GRAND JOUR

L'homme qui a pensé et conçu cette méthode est le directeur de l'enseignement supérieur, Albert Dumont.¹ Cet ancien normalien, reçu premier au concours d'agrégation d'histoire en 1861, s'était rapidement spécialisé en archéologie et en épigraphie. Tout aussi profondément patriote que viscéralement républicain, il lui avait été donné de convaincre le gouvernement français au lendemain de la guerre de 1870 d'oser concurrencer l'Allemagne sur le terrain des recherches archéologiques et, à ce titre, il lui fut donné d'être le fondateur de l'École française de Rome. Recteur de l'académie de Grenoble en 1878, il était appelé l'année suivante, par Jules Ferry, au poste de directeur de l'enseignement supérieur. Pendant cinq années il a exercé cette fonction dont il n'est pas exagéré de dire qu'elle est une fonction clef dans un régime politique parlementaire par nature instable : alors que les gouvernements sont susceptibles de se succéder à une cadence relativement rapide, alors que bien souvent les ministres ne font que passer, le directeur de l'enseignement supérieur, lui, reste. En 1884, après son décès, aussi prématuré que subit à l'âge de seulement 42 ans, la fonction-clef de directeur de l'enseignement supérieur a été exercée par l'un des anciens condisciples de Dumont, le professeur de philosophie Louis Liard. Liard a eu l'intelligence et l'humilité de poursuivre fidèlement l'œuvre de son prédécesseur, tant dans ses buts et que dans la méthode retenue pour y parvenir.

Est-ce une conviction tirée de sa formation historique ? Peut-être... En tout cas, Albert Dumont avait eu une conscience aiguë de ce qui, pour les historiens du droit, est une évidence : la loi ou le règlement, si légitimes et volontaristes soient-ils, seront toujours absolument impuissants à faire naître des institutions durables, si ces dernières n'ont pas préalablement trouvé leur raison d'être dans l'esprit et dans le cœur des hommes qui doivent l'incarner, la porter, la faire vivre et prospérer. En somme, une réforme qui n'est ni comprise, ni admise par les premiers intéressés est, inexorablement, vouée à l'échec... De cette conviction première, réaffirmée avec constance jusqu'à la veille de sa mort,² a découlé la méthode de

1 J. M. MAYEUR, Albert Dumont et les transformations de l'enseignement supérieur au début de la Troisième République, *Bulletin de correspondance hellénique* (1976) 7-10.

2 Il l'exprimait encore à la veille de sa disparition dans son ultime grand rapport au Congrès d'éducation de Londres : « Le tout, croyons-nous, est de ne jamais se départir de deux principes : 1° Ne rien réformer dans l'Université qu'avec l'avis même du corps enseignant, qui prendra de plus en plus le sentiment de l'influence prépondérante qu'il doit avoir sur ses destinées ; 2° Se bien persuader que l'avenir

l'administration au grand jour dont il est l'auteur. Intrinsèquement liée au régime parlementaire qui s'installe avec la Troisième République, dont elle est un reflet et une transposition en matière administrative, elle supposait, à l'instar des pratiques politiques nationales, le débat collectif dans l'enceinte compétente. Ce dernier devait en outre être placé sous le regard de l'opinion publique et la réforme qui en résulterait éventuellement n'était dès lors adoptée que parce qu'elle réunissait le sentiment majoritaire.

Il fallait déjà aboutir à ce que

« ... les corps se sentent responsables ; qu'ils aient confiance dans leur autorité ; qu'ils sachent dire ce qu'ils veulent et pourquoi ils le veulent ; qu'ils se connaissent réciproquement ; qu'ils se critiquent et s'apprécient ; qu'il se forme un esprit d'activité et de progrès et que cet esprit soit assez fort pour obliger l'administration à le suivre ».³

A cette fin, il convenait d'instaurer un véritable dialogue à plusieurs niveaux. La discussion devait naître d'abord, horizontalement, au sein de l'ensemble des personnels des différentes facultés et, ensuite, plus verticalement, elle devait s'ouvrir entre ces derniers et l'administration centrale. Albert Dumont tenait tout particulièrement à instaurer une confiance entre le corps enseignant et son administration centrale, de sorte que les professeurs des diverses facultés en viennent à la considérer désormais comme une alliée, un véritable partenaire et non plus comme une autorité lointaine, hostile et stupidement contraignante. L'administration centrale devait donc, elle aussi, accomplir sa révolution mentale et Dumont attendaient des collaborateurs directs du ministre qu'ils se considèrent « comme les exécuteurs de toutes les idées bonnes qui ont l'approbation du corps enseignant. S'ils se regardent comme des maîtres, ils se réserveront une petite autorité qui pourra s'exercer sur les questions de détail, ils auront ce qu'on appelle l'omnipotence des bureaux, ce doit être une chose assez médiocre et ne peut guère, semble-t-il, satisfaire que des sentiments d'ordre moyen. S'ils prennent leur rôle de plus haut, il y aura de bons motifs de croire qu'ils verront s'accomplir de sérieuses réformes moins dans la lettre des règlements que dans l'esprit même qui fait la vie de l'enseignement.»⁴

Conçues en application de ces principes nouveaux, toutes les réformes concernant l'enseignement supérieur entreprises à la fin du XIX^e siècle – qu'il s'agisse de la rénovation des diplômes déjà existants, de la création de nouveaux diplômes et, bien sûr, du projet de résurrection des universités –

de l'enseignement supérieur en France dépend de l'idée plus ou moins juste que les maîtres, les élèves et le public auront de ses méthodes et des services de premier ordre qu'il doit rendre au pays », A. DUMONT, Notes sur l'enseignement supérieur en France, *Revue internationale de l'enseignement* (1884) 233–234.

3 A. DUMONT, Notes et Discours 1874–1884 (Paris 1885) 153.

4 DUMONT, *supra* note 3, 154.

ont suivi un identique processus de gestation et de maturation. Avant de rédiger un projet réglementaire ou législatif, le ministère, par voie de circulaire, établissait une liste souvent très longue de questions ouvertes⁵ qu'il adressait aux facultés pour connaître leurs opinions respectives et leurs suggestions. Contrairement aux pratiques contemporaines qui, si elles affectent parfois la consultation, méprisent presque toujours les enseignements qu'elles pourraient en retirer et poursuivent dès lors sans sourciller leur objectif premier, la méthode d'Albert Dumont reposait sur une écoute attentive et sincère, nécessaire à la restauration qu'il ambitionnait de la relation de confiance devant unir le corps enseignant et son administration centrale. Dans le cas précis de la reconstitution des Universités, il avait d'ailleurs pris l'engagement solennel de ne pas passer en force s'il s'avérait que la proposition du ministère de l'instruction publique rencontrait trop de résistances ou d'hostilités auprès des professeurs.

« La constitution d'universités, s'administrant elles-mêmes sous la haute autorité de l'Etat, est certainement un idéal qu'il faut s'efforcer d'atteindre, mais il importe de tenir

-
- 5 Le questionnaire relatif à la recréation des universités était ainsi conçu :
- « I/ Des Universités – Y aurait-il avantage à réunir les facultés d'un même ressort en une université ? Quels services rendrait cette mesure ?
 - II/ Quelle autonomie serait à souhaiter pour chaque faculté dans l'université ?
 - III/ Quelle devrait être l'administration de cette université ? Devrait-il y avoir un conseil composé des doyens et d'un délégué annuel élu par chaque faculté ? Ce conseil devrait-il être composé d'autre sorte ?
 - IV/ Le doyen devrait-il être élu ? Devrait-il être annuel ? Y aurait-il avantage à adopter d'autres règles ?
 - V/ Quelles seraient les attributions du conseil de l'université ? Attributions d'ordre scientifique, attributions d'ordre administratif ?
 - VI/ Quel serait le chef de cette université ? Que faudrait-il penser d'un chef élu et annuel qui pourrait être appelé président de l'Université ? Comment serait-il nommé ? Quelles seraient ses attributions ?
 - VII/ Du rôle du recteur actuel, représentant le pouvoir central
 - VIII/ Quelle partie du budget actuel des facultés devrait être à l'entière disposition de l'université ? Pourrait-on admettre que l'on constituât une dotation annuelle, calculée d'après la moyenne des budgets des Facultés, dans chaque ressort, durant les cinq dernières années ?
 - IX/ La personnalité civile accordée aux facultés leur assurerait-elle des avantages importants, en rendant les dotations plus faciles, en engageant plus encore qu'aujourd'hui toutes les municipalités à considérer les universités comme des institutions à la prospérité desquelles elles doivent contribuer ?
 - X/ Quels devraient être le maximum et le minimum des droits de l'État ?
 - XI/ Quels sont les moyens les plus propres à développer dans les universités la vie et l'esprit de progrès ? »
- MINISTERE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES BEAUX-ARTS, Enquêtes et Documents relatifs à l'Enseignement supérieur, Tome XVI (Paris 1886) 2-3.

compte de l'esprit public, du passé de notre pays, des différences d'habitudes que l'on remarque entre les diverses facultés, de traditions déjà anciennes parmi les professeurs et dans l'opinion. (...) Nous n'avons pas le droit de faire des expériences dont le résultat serait douteux ; si la moindre incertitude peut subsister sur le succès des changements que je sou mets à l'examen des Facultés, elles ont le devoir de le dire ; ajourner une réforme, pour les esprits qui n'ont en vue que le bien public, est souvent le meilleur moyen d'en rendre le triomphe complet quelques années plus tard. »⁶

Les débuts de cette politique de consultation avaient pourtant été décevants. Dans les mois qui avaient suivi son entrée en fonction, Dumont avait lancé, à titre de test, les premières enquêtes. Elles avaient été encore très ponctuelles quant à leur objet et la toute première portait sur l'opportunité de créer un doctorat de sciences médicales. Dumont devait convenir dans un article paru à la *Revue internationale de l'enseignement*, publié sous le pseudonyme du Docteur Gauthier,⁷ que les résultats avaient été médiocres. Bien souvent, les réponses avaient été lapidaires, peu étayées, guère motivées et elles donnaient surtout l'impression que les intéressés s'étaient débarrassés rapidement du problème à eux posé par l'administration centrale. C'est précisément cette médiocrité même des réponses qui l'a conduit à réserver une surprise aux enseignants, sous la forme d'une publication des résultats de cette première enquête. Albert Dumont inaugurerait, en effet, en 1883, avec les réponses à cette consultation la collection des *Enquêtes et Documents sur l'enseignement supérieur*, collection qui, victime de la Première Guerre mondiale, s'est éteinte en 1913 pour le plus grand regret de l'historien de l'enseignement supérieur français qui perd à compter de cette date une source remarquable. En 1883, cette publication de résultats décevants poursuivait manifestement un double but : le premier était de stimuler un peu plus vigoureusement la réflexion les enseignants des facultés, en comptant bien sur la susceptibilité d'une corporation et sur son orgueil intellectuel qui n'aime guère être pris en défaut. Nul doute que des enseignants désormais avertis que leurs réflexions – ou leur absence de réflexion – pourraient être portées sur la place publique, auraient à cœur de se montrer un peu plus concernés, un peu plus inventifs, un peu plus brillants. La publication présentait encore un avantage : elle offrait, au sein du monde universitaire en gestation, l'opportunité d'élargir le débat et de le placer au niveau national. Chacun était désormais en mesure d'avoir une vision d'ensemble, c'est-à-dire de connaître les positions et arguments des autres établissements, et pouvait alimenter de la sorte ses propres réflexions.

6 MINISTÈRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE ET DES BEAUX-ARTS, *supra* note 5, 3–4.

7 Cet article intitulé « A propos de l'enquête sur le doctorat ès sciences médicales » a été reproduit dans l'ouvrage : *Notes et Discours 1874–1884* (Paris 1885).

La consultation sur la recréation des universités, qui a été lancée à la fin de l'année 1883 et dont les résultats ont été publiés en 1885 au fil des 640 pages formant le volume XVI de la collection *Enquêtes et documents*, a été d'une bien meilleure tenue que celles qui l'avaient précédée. L'enquête révélait des positions contrastées, non pas tant d'ordre disciplinaire que d'ordre géographique : subodorant que le gouvernement envisageait de créer de grandes universités provinciales seulement là où existait déjà une armature facultaire complète, les groupes de facultés qui ne possédaient pas encore de faculté de médecine, mais seulement des écoles préparatoires manifestaient de grandes inquiétudes. Les facultés de Caen, Dijon, Grenoble, Rennes, Toulouse et Poitiers redoutaient d'être sinon appelées à disparaître, du moins réduites à végéter. En revanche, les facultés qui étaient déjà au complet à Lyon, Bordeaux, Nancy, Montpellier, Douai, Paris, ou bien encore Alger se montraient extrêmement enthousiastes. La consultation avait encore confirmé une intuition de l'administration centrale. Qu'ils fussent très favorables ou bien réticents à la réforme proposée, les divers enseignants, toutes spécialités confondues, avaient en commun une culture facultaire très forte dont il allait très difficile de les extraire. Il était manifestement inconcevable pour eux de renoncer à ce cadre facultaire familier. Aussi, même dans les réponses les plus positives à la consultation Ferry, il ressortait nettement que les futures universités, pour être acceptables, devraient être conçues sur le mode d'un Etat fédéral dont les facultés seraient des états fédérés qui entendraient bien conserver une certaine liberté. « Des facultés libres dans des universités libres », tel était, en somme, le mot d'ordre. A quelles libertés les enseignants de 1885 aspiraient-ils ? La première des libertés réclamée était une liberté d'organisation. L'on souhaitait massivement que le doyen soit élu par ses pairs et non plus nommé par le gouvernement, que le futur Conseil de l'Université, si Conseil de l'Université il devait y avoir un jour, comprenne à part égale des représentants de chaque faculté, élus par leurs collègues, qu'il soit présidé, non pas par le recteur, mais un président, c'est-à-dire un enseignant élu par le conseil. Une plus grande liberté pédagogique ensuite même s'il n'était certes pas question d'atteindre à la liberté pédagogique à l'allemande la une simple raison que, contrairement aux diplômes délivrés par les universités allemandes, les diplômes français ouvraient immédiatement la porte à des carrières professionnelles. La communauté enseignante en était parfaitement consciente et elle admettait le corollaire naturel qui en découlait, à savoir le principe du contrôle de l'Etat sur ses enseignements. Toutefois, cela ne signifie pas qu'elle ne souhaitait pas des changements sur le terrain strictement pédagogique. Elle les concevait à la marge soit pour créer des enseignements adaptés aux besoins spécifiques de la région dans laquelle les établissements étaient implantés, soit pour tester des enseignements pionniers qui n'avaient pas encore droit de cité dans les programmes

officiels, soit enfin pour faire bénéficier professeurs et étudiants de bourses d'études ou de bourses de recherche. Pour toutes ces innovations, les facultés consultées n'envisageaient pas de s'en remettre à l'Etat, elles entendaient trouver des fonds elles-mêmes et elles demandaient donc que la personnalité civile fût reconnue tant au niveau des facultés, qu'à celui de la future université, de manière à pouvoir recevoir des dons et legs dont elles décideraient de l'usage. Elles souhaitaient encore qu'une partie des ressources qu'elles procuraient à l'Etat par le biais des droits d'inscription et d'examen lui fussent reversées de manière, là encore, à pouvoir en disposer librement.

Le mouvement de réflexion avait été lancé, il avait trouvé un écho, certes contrasté, et des demandes précises s'étaient faites jour. On allait donc passer aux actes, mais de façon très prudente et très progressive.

II. FAIRE GERMER L'INSTITUTION : LA METHODE DES PETITS PAS

Les deux obstacles majeurs précédemment énoncés – résistance et apathie du corps professoral- mais aussi incompréhension d'une opinion publique éprise d'une rigoureuse uniformité ont également conduit à mettre en œuvre une méthode marquée du sceau de l'expérimentation progressive qui a pris la forme d'une série de décrets pris entre 1885 et 1893, lesquels tirent les leçons de la grande consultation de l'année 1884. Au fil de ces décrets, les facultés recevaient les embryons d'institutions universitaires devant les fédérer à l'avenir, mais aussi les moyens d'action très raisonnables qu'elles avaient réclamés. Cette méthode qu'Antoine Prost qualifie de « réforme à petits pas »,⁸ c'est à dire une série de réformes ponctuelles, graduelles, était parfaitement adaptée à cette conviction qui avait prévalu depuis le départ de l'entreprise: les institutions doivent impérativement commencer à poindre dans les faits et dans le désir des hommes, avant que de recevoir le grand baptême législatif. Cette méthode graduelle permettait en effet de tester, non plus les aptitudes intellectuelles des professeurs à la réflexion sur leur avenir collectif et sur les finalités de leur mission, mais cette fois-ci leur capacité à commencer à passer des discours aux actes, dans un cadre qui, assoupli par étapes, les conduisait sur la voie d'une plus grande autonomie. En somme, ces réformes ponctuelles et progressives constituaient une sorte d'apprentissage pratique de cette liberté à laquelle on souhaitait parvenir et que l'on ne pouvait pas prendre le risque de donner sans avoir préalablement vérifié que ses bénéficiaires sauraient en faire un usage constructif.

La réclamation relative à la reconnaissance solennelle d'une personnalité civile possédée par les Facultés a été ainsi rapidement satisfaite par les deux décrets du 25 juillet 1885. Quand le premier en rappelait le principe, le se-

8 A. PROST, Les universités françaises de 1808 à 1968, Commentaire (2012/1) 157.

cond, sans encore aller jusqu'à donner aux facultés un budget propre,⁹ organisait de façon très concrète l'administration et la gestion des fonds provenant des dons, legs et autres subventions locales dont les facultés pouvaient être les bénéficiaires. Il était clair, toutefois, qu'il n'était en rien question à ce stade de donner aux Facultés la pleine et entière liberté d'utilisation de ces fonds qu'elles revendiquaient. Aussi les créations de chaires locales et de cours complémentaires financées par ce type de ressources devaient-elles faire l'objet d'un décret et, avant lui, d'un avis positif du Conseil Supérieur de l'Instruction Publique. Toutefois, ce rappel de la reconnaissance de la personnalité civile des facultés a été le cheval de Troie permettant de faire apparaître pour la première fois, dans le paysage des institutions d'enseignement supérieur, un organe de liaison entre les diverses facultés qui prit alors le nom de Conseil général des facultés. En effet, il fallait bien qu'une instance opérât la répartition dans le cas probable où des libéralités indivises seraient faites aux diverses facultés d'une même ville.

L'étape suivante fut franchie quelques mois plus tard. Le décret du 28 décembre 1885 venait préciser tant la composition Conseil général des Facultés, lequel demeurerait toutefois toujours présidé par le recteur, que les attributions qui lui étaient désormais dévolues. Pour ne pas heurter les facultés réfractaires au projet, et donc pour réserver l'avenir, la nouvelle institution était instaurée partout, y compris dans les lieux où n'existaient pas les quatre facultés, mais où il n'y en avait seulement que trois, plus une école de médecine, qu'elle fût préparatoire ou de plein exercice. Le décret du 28 décembre 1885 était encore un texte essentiel d'abord en ce qu'il organisait la vie des Facultés autour de leurs institutions rénovées, à savoir le conseil de la Faculté, l'assemblée générale de la Faculté, le doyen désormais élu pour une durée de trois ans, mais encore parce qu'il allait fixer pour plusieurs décennies le statut des professeurs de l'enseignement supérieur.

Le très long exposé des motifs de ce décret du 28 décembre 1885¹⁰ n'avait toutefois pas caché que si ce dernier texte n'était qu'une étape, celle-ci serait décisive. Peut-être les pouvoirs publics avaient-ils été un peu échaudés par la vigueur de l'attachement facultaire qui éclatait au travers des réponses faites au questionnaire Ferry. Ils avertissaient qu'ils ne poursuivraient le processus conduisant à la recréation des universités que s'ils étaient convaincus que le monde des enseignants des facultés, désormais muni de divers outils et instruments, était prêt à jouer le jeu et donc à manifester par divers moyens, laissés à son imagination, sa volonté d'instaurer

9 Il faudra pour cela attendre l'article 51 de la loi de finances 1889 et surtout le décret du 22 février 1890 organisant le budget et la comptabilité des facultés.

10 Il est reproduit dans l'ouvrage de L. LIARD, *Universités et Facultés* (Paris 1890) 229–259.

un véritable vivre ensemble universitaire. Le message fut parfaitement reçu par plusieurs des potentielles universités, lesquelles démontrèrent leur capacité d'innovation et plus encore leur aptitude à mobiliser dans leur région respective les soutiens du monde socio-économique local¹¹ autour du projet de création d'une université régionale.

Cette méthode des petits pas présentait encore un indéniable avantage qui était de permettre à l'administration centrale d'agir encore à ce stade en totale liberté, puisqu'elle réformait les institutions en empruntant une voie réglementaire, laquelle n'impliquant ni contradiction, ni contrariété, lui permettait de s'approcher du but et donc des universités qu'elle souhaitait voir apparaître. Elle savait pertinemment qu'elle ne pouvait pas songer faire l'économie d'une loi et donc d'un débat parlementaire à l'issue toujours incertaine. Mais elle escomptait bien que devant un processus bien amorcé, face aux preuves par les faits que les universités en gestation apporteraient d'elles-mêmes, la démonstration serait faite que l'entreprise n'était en rien ni chimérique, ni dangereuse. Elle pouvait encore espérer, grâce à la mobilisation de l'opinion publique à laquelle elle-même,¹² ainsi que les groupements facultaires les plus résolus travaillaient déjà, qu'il ne resterait finalement aux assemblées législatives qu'une marge de manœuvre réduite et une capacité de blocage restreinte.

Cette dernière attente a toutefois été déçue. Les débats parlementaires s'étaient ouverts au début de l'année 1892 devant le Sénat, sur la base du projet Léon Bourgeois qui avait été déposé en 1890. Ils ont été très décevants pour les groupements facultaires provinciaux complets qui caressaient l'espoir de constituer à l'avenir de rares et fortes Universités régionales. Le projet Bourgeois, en reprenant l'exigence de ne créer des Universités que lorsqu'il existait préalablement quatre facultés dans un même lieu, a, en effet, été très vivement combattu par le Sénat. Il est vrai que si l'on admettait comme un préalable d'une université l'existence des quatre facultés réunies dans une même ville, réunissant déjà un minimum de 500 étudiants, une grande partie de l'ouest français aurait été dépourvue

11 C. FILLON, La revendication de l'autonomie universitaire à la fin du XIX^e siècle, l'exemple de Lyon, Cahiers Jean Moulin [En ligne] n°3 (2018), mis à jour le : 16/07/2018, URL : <http://publications-prairial.fr/cjm/index.php?id=476>. A la suite du précédent lyonnais, de multiples Sociétés des amis de l'Université ont vu le jour à l'aube des années 1890. Elles témoignent du rapprochement du monde universitaire avec les élites économiques locales.

12 L'ouvrage précité de Louis Liard est un bon exemple du soin extrême déployé par le successeur d'Albert Dumont à défendre la réforme, tout en essayant aussi de répondre par anticipation aux critiques et aux objections qu'elle pouvait faire naître. Il a persévéré dans cette voie avec un second ouvrage intitulé : *L'enseignement supérieur en France 1789–1893* (Paris 1894).

d'universités, puisque ni Caen, ni Rennes, ni Poitiers, ni Toulouse n'avaient alors de Faculté de médecine, mais seulement des Écoles préparatoires... En outre, le projet Bourgeois avait fait naître l'inquiétude de toutes ces municipalités qui, depuis deux décennies, avaient consenti d'importants sacrifices financiers pour doter leurs facultés de locaux corrects et dont les efforts n'allaient pas être payées de retour par l'Etat ; aussi avaient-elles mobilisé fortement leurs représentants à la chambre haute. Renvoyé en commission, le projet Bourgeois était finalement retiré par le gouvernement le 18 juin 1895 et le ministre de l'instruction publique, Raymond Poincaré, déposait le même jour un nouveau projet de loi qui, tout en recréant les Universités, renonçait désormais à toute idée de concentration provinciale. Chose rare dans les annales, ce projet a été adopté à l'unanimité par la chambre des députés le 5 mars 1896, non sans que plusieurs députés aient manifesté leur regret que l'on permette de la sorte à de petits centres universitaires languissants de se maintenir. La discussion au Sénat fut un peu plus âpre, mais le projet y fut finalement adopté par 223 voix contre 29. Promulguée le 10 juillet 1896, la loi dotait la France officiellement d'universités. Elles n'avaient certes pas pleinement reçu l'autonomie espérée par leurs concepteurs ; tradition jacobine oblige, députés et sénateurs avaient eu peur en donnant trop d'indépendance à ces jeunes institutions d'affaiblir les prérogatives de l'Etat enseignant. Les universités demeureraient donc présidées par le recteur jusqu'en 1968, elles ne pourraient disposer que de la manne financière représentée par les droits d'inscription, mais non des ressources produites par leurs droits d'examen qui continuaient à être versés au budget de l'Etat. Elles étaient donc à ces divers égards décevantes, mais que la déception la plus vive s'exprimât surtout dans le corps enseignant des facultés était le signe qu'un élan avait vu le jour et que le changement des mentalités, espéré naguère par Albert Dumont, s'était opéré, marquant l'avènement d'un enseignement supérieur français enfin digne de ce nom.

Chapitre II

La réforme du droit des obligations

Les adages rejetés par la réforme du droit des obligations au Japon

«*Impossibilium nulla obligatio est* » et «*Res perit domino* »

Masamichi Nozawa*

- I. Le rejet de l'adage « *Impossibilium nulla obligatio est* »
 1. Les articles du droit des contrats en vigueur
 2. Les nouvelles dispositions proposées pour le droit des contrats
- II. Le rejet de la maxime « *res perit domino* »
 1. Les dispositions du droit des contrats jusqu'ici en vigueur
 2. La solution consécutive à la réforme du droit des contrats
- III. Synthèse
 1. Complexité
 2. Simplicité.

Il y a 2 ans, le 10 février 2015, le projet de réforme du droit des obligations du Code civil japonais était achevé. En 2016, la proposition de loi à l'Assemblée nationale a été déposée, mais celle-ci n'avait pas eu de temps de délibérer avant la clôture de la session parlementaire. Le 20 janvier 2017 a débuté une nouvelle session ordinaire du Parlement. Cette proposition de loi a été discutée durant cette session et la loi de réforme du droit des obligations a été approuvée au mois de mai suivant. Elle est entrée en vigueur le 1er avril 2020.

Or la réforme du droit des obligations – qui porte principalement sur les contrats – présente les deux caractéristiques suivantes. D'une part, elle insiste sur le principe de l'autonomie de la volonté et ainsi sur le renforcement de l'effet du contrat. D'autre part, elle est le résultat de la mondialisation du droit des contrats.

Nous pouvons citer plusieurs exemples concernant cette première caractéristique. En matière d'inexécution du contrat, l'article 415 du Code civil japonais dispose que le débiteur est tenu de réparer le préjudice lorsque l'inexécution lui est imputable. Cette notion d'imputabilité correspond largement à celle de la faute en droit civil français. L'ancien article 1147 du Code civil français (avant la réforme de 2016) faisait état de l'inexécution de l'obligation, mais non de la faute du débiteur, cependant la doctrine

* Professeur à la Law School de l'Université Rikkyo.

estimait que la notion de faute s'y trouvait sous-entendue. Cette exigence d'imputabilité afin de réparer les dommages est retirée de la loi par la réforme japonaise. En effet, celle-ci prévoit que le débiteur doit exécuter son obligation une fois qu'il a consenti au contrat, à défaut il est tenu de réparer le préjudice même s'il n'a commis aucune faute, sauf à ce que l'inexécution provienne d'une cause étrangère. La loi n'exige donc plus l'imputabilité du débiteur pour réparer le préjudice du créancier.

Un autre exemple de l'accent mis sur l'autonomie de la volonté par la réforme est le rejet de l'adage « *impossibilium nulla obligatio est* », ce que nous développerons ci-dessous, dans une première partie.

Concernant la deuxième caractéristique, l'un des motifs de la réforme du droit japonais des contrats est la mondialisation du droit. Comme vous le savez, l'unification du droit des contrats est en voie de réalisation. Il est certain qu'à une époque de mondialisation généralisée, les systèmes juridiques ne doivent pas être fermés les uns aux autres et l'ouverture des frontières aux échanges commerciaux et financiers suppose une ouverture du droit applicable à ces échanges. Ainsi, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit, constituent un véritable code des contrats. Les arbitres et même les juges, lorsqu'ils ne sont pas tenus d'appliquer une loi nationale choisie par les parties, peuvent régler un litige en appliquant ces principes. En outre, l'une des conventions de droit matériel les plus importantes est la Convention de Vienne de 1980 relative à la vente internationale de marchandises. Celle-ci constitue un instrument essentiel du commerce mondial : 85 pays l'ont ratifiée et deux tiers des transactions internationales dans le monde sont réglées par cette convention. Elle peut donc être qualifiée de *lex mercatoria*, ou bien de *lingua franca*, c'est-à-dire de langue commune du commerce international. Le gouvernement japonais a ratifié cette convention en juin 2008, devenant ainsi le soixante et onzième Etat-partie. Celle-ci apporte plusieurs changements aux conceptions juridiques japonaises, notamment l'unification de la garantie des vices cachés et du défaut de conformité.

Désormais, les juristes japonais ne peuvent plus concevoir le droit du seul point de vue national, nous sommes obligés de réformer le droit des obligations conformément aux normes internationales. Le rejet de l'adage « *Res perit domino* » en est un exemple, sur lequel je souhaite m'arrêter en seconde partie.

J'examinerai tout d'abord le rejet de l'adage « *impossibilium nulla obligatio est* » (I.), ensuite, je vous présenterai celui de « *res perit domino* » par le nouveau droit japonais des obligations (II.), enfin, j'en ferai la synthèse (III.).

I. LE REJET DE L'ADAGE « IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO EST »

1. *Les articles du droit des contrats en vigueur*

Le Code civil japonais a été beaucoup inspiré par le Code civil français et le droit romain qui connaissent l'adage « *Impossibilium nulla obligatio est* ». Son sens est qu'il ne peut y avoir d'obligation portant sur des choses impossibles. Cet adage vient des Digestes (D.50,17,185). L'ancien article 1108 du Code civil français prévoyait que « quatre conditions [étaient] essentielles pour la validité d'une convention » : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite de l'obligation. Selon la troisième condition de cet article, l'objet de l'obligation devait être possible. S'il était impossible, matériellement ou juridiquement, alors l'obligation était nulle. En conséquence, selon le droit civil français, un contrat dont l'objet serait de toucher la lune du doigt serait nul puisque cette obligation est matériellement impossible¹. Il en va de même pour un contrat de construction prévoyant celle d'une maison interdite par un règlement d'urbanisme : le contrat est frappé de nullité car il est juridiquement impossible. Après la réforme du droit des obligations en France, la situation reste inchangée. Même si la cause, anciennement prévue à l'article 1128 du Code civil, n'est plus une condition de validité du contrat, l'article 1163 nouveau dispose que l'obligation doit être possible et déterminée ou déterminable.

En droit civil japonais, bien que le Code ne contienne aucun article concernant la validité du contrat, la doctrine admet naturellement la maxime « à l'impossible nul n'est tenu ». Ainsi, si une maison a brûlé avant la formation d'un contrat de vente dont elle est l'objet, alors ce contrat est nul. En effet, le vendeur est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. Cependant, si le vendeur a commis une faute qui est à l'origine de l'incendie, par exemple, s'il avait fumé dans cette maison et que sa cigarette allumée a provoqué l'accident, alors il doit des dommages-intérêts à l'acheteur. En ce cas, la responsabilité délictuelle du vendeur est mise en cause et non sa responsabilité contractuelle, car le contrat n'était pas valablement formé.

Cependant, que se passe-t-il si la maison a brûlé après la formation du contrat de vente et avant sa délivrance de la part du vendeur à l'acheteur ? La réponse dépend de la cause de cet incendie. Si elle est imputable au vendeur, alors il doit réparer le dommage de l'acheteur, nous sommes en présence d'une forme d'inexécution contractuelle par le vendeur. En revanche, lorsque cette maison, objet du contrat, a brûlé en raison d'une force majeure, par exemple à cause d'un incendie survenu à la suite d'un séisme

1 Ph. DELEBECQUE/F.-J. PANSIER, Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat (7^e éd., Paris 2016) n° 186, 157.

ou bien par la faute d'un tiers qui l'a allumé volontairement, alors l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur. N'ayant pas commis de faute, il n'est redevable d'aucune indemnité envers son cocontractant, l'acheteur. En d'autres termes, selon l'adage « *impossibilium nulla obligatio est* », l'obligation de délivrance de cette maison est éteinte et le vendeur est libéré de son obligation.

Le problème doit en conséquence être résolu par la théorie dite des risques, qui est supplétive de la volonté des parties ; je l'expliquerai dans la deuxième partie.

2. *Les nouvelles dispositions proposées pour le droit des contrats*

La réforme du droit des obligations au Japon a rejeté l'adage « *impossibilium nulla obligatio est* ». Le nouvel article 412-2 alinéa 2 dispose que « même en cas d'impossibilité d'exécuter une obligation lors de la conclusion de ce contrat, celle-ci n'empêche pas de devoir des dommages-intérêts au cocontractant en application de l'article 415. » Ainsi, cet article prévoit une réparation sous forme de dommages-intérêts en cas d'inexécution contractuelle. Il résulte de ces nouvelles règles que le contrat est valable même si son exécution n'était pas possible, même si cette impossibilité existait préalablement à la formation du contrat. Par exemple, si cette maison a brûlé avant la conclusion de la vente, celle-ci sera valable, contrairement au droit jusqu'ici en vigueur.

Par ailleurs, le nouvel article 412-2 alinéa 1er dispose que « lorsque l'exécution du contrat est impossible, conformément au contrat et au sens commun quant à cette opération, le créancier ne peut exiger du débiteur qu'il l'exécute ». Toutefois, toujours selon cet article, si l'impossibilité survient après la formation du contrat, cette obligation subsiste encore et le créancier dispose alors des remèdes suivants :

- 1) refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- 2) solliciter une réduction du prix ;
- 3) provoquer la résolution du contrat ;
- 4) demander des dommages-intérêts.

Naturellement, il ne peut pas poursuivre l'exécution forcée en nature car celle-ci est impossible.

Pourquoi a-t-on rejeté la maxime « à l'impossible nul n'est tenu » ? En raison de l'autonomie de la volonté : une fois que l'on s'engage contractuellement, toutes les parties sont tenues à ce contrat, même si son exécution n'est pas possible. Ainsi, lorsque l'obligation est matériellement impossible, – reprenons ici l'exemple du contrat qui aurait pour objet de toucher la lune du doigt – il est possible d'en refuser la formation. Mais si les deux parties

s'engagent dans un tel contrat, celui-ci n'a pas besoin d'être nul : le créancier peut exiger des dommages-intérêts de la part du débiteur pour le préjudice subi en raison de l'inexécution. En outre, si l'impossibilité matérielle ou juridique survient après la formation du contrat, le créancier peut provoquer la résolution du contrat. C'est lui qui en prendra l'initiative et il n'est pas nécessaire que ce contrat soit automatiquement nul.

II. LE REJET DE LA MAXIME « RES PERIT DOMINO »

1. *Les dispositions du droit des contrats jusqu'ici en vigueur*

À l'instar du droit français, le Code civil japonais avait adopté l'adage « *res perit domino* » qui signifie que la chose périclite au préjudice de son propriétaire, en d'autres termes, que le propriétaire de la chose en assume les risques.

Selon l'article 176 du Code civil japonais, dans les contrats translatifs de propriété, en particulier le contrat de vente, le transfert s'opère par le seul consentement des parties et de manière immédiate. Ainsi, l'acheteur devient-il propriétaire dès l'échange des consentements, même si la chose n'a pas encore été livrée ; ceci est prévu par l'article 534 alinéa 1er du même Code. Compte tenu de cette solution, on considère que le transfert de propriété entraîne en même temps le transfert des risques. C'est le propriétaire qui les assume et en conséquence, l'acheteur doit payer le prix convenu dès la formation du contrat de vente, même si la chose n'a pas été livrée. Cependant, cette solution ne s'applique qu'à la chose certaine, individualisée. S'il s'agit de la vente d'une chose de genre, incertaine, les risques sont transférés non pas lors de la conclusion du contrat mais lors de la détermination de la chose, en application de l'article 534 alinéa 2 du Code. En effet, pour la chose de genre, les transferts de propriété et de risques sont reportés au moment de son individualisation.

Dans le Code civil français, la solution est la même qu'en droit japonais. L'art. 1583 dispose que « la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Bien entendu, les rédacteurs du Code civil japonais ont emprunté cette règle au droit civil français lors de rédaction du Code.

2. *La solution consécutive à la réforme du droit des contrats*

La réforme du Code civil japonais élimine l'art. 534 et l'adage « *res perit domino* », elle sépare le transfert des risques de la chose du transfert de propriété. Ceci résulte, d'une part, du maintien de l'article 176 qui dispose que la

propriété de la chose est transférée au moment de l'échange des consentements et d'autre part du nouvel article 567 alinéa 1er qui prévoit que

« lorsque le vendeur a livré l'objet de la vente à l'acheteur et que cet objet a été anéanti ou détruit après cette livraison, l'acheteur ne peut exiger du vendeur ni la réparation du défaut ni le remplacement de la chose, ni une réduction du prix, ni la résolution du contrat, ni la réparation au titre des dommages-intérêts ».

Il est un peu difficile de comprendre cet article, puisqu'il ne traite que des risques après la livraison de l'objet du contrat, mais il est clair qu'il prévoit que les risques passeront du vendeur à l'acheteur lors de la livraison de la chose.

Cette idée vient de la Convention de Vienne, selon son article 66

« la perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur. »

Or, selon le principe prévu à l'article 69 de la Convention, le transfert a lieu lorsque l'acheteur retire les marchandises. Il n'est donc pas concomitant au transfert de propriété mais il s'opère lors de délivrance de la chose. En effet, c'est le possesseur, non pas le propriétaire, qui conserve les marchandises. Avant la livraison de l'objet du contrat de vente, c'est le vendeur qui assume les risques et il se garde de détruire les choses qu'il a vendues. En revanche, après la livraison, c'est l'acheteur assume tous les risques de cet objet.

III. SYNTHÈSE

Au Japon, plusieurs institutions traditionnelles venant du droit romain ont été bouleversées par la réforme du droit des obligations. Par exemple, la garantie des vices cachés a été modifiée : elle a été unifiée avec l'inexécution du contrat conformément au Common Law et à la Convention de Vienne. De même, comme je vous l'ai exposé, les adages « *impossibillum nulla obligatio est* » et « *res perit domino* » ont été rejetés. A mon sens, le droit des obligations est devenu plus complexe qu'auparavant d'une part (1.), mais il est aussi simplifié d'autre part (2.).

1. Complexité

Par la renonciation au principe « à l'impossible nul n'est tenu », la part d'initiative accordée aux cocontractants devient plus importante qu'avant et par conséquent, l'autonomie de la volonté sera mieux préservée.

Revenons à l'exemple de la vente d'une maison. Lorsque celle-ci a été détruite complètement à cause d'un séisme ou d'une force majeure survenue après la formation du contrat, l'acheteur peut exercer son droit de résolution

afin d'être libéré de ce contrat. C'est ce que prévoit la réforme du droit des obligations. En conséquence, l'acheteur doit provoquer la résolution du contrat afin de ne pas payer le prix de cette maison. Avant cette réforme, l'obligation de l'acheteur disparaissait de droit en application de l'adage, mais depuis celle-ci, il doit en prendre l'initiative. Cependant, il faut observer que lors du séisme du Nord-Est du Japon en 2011, beaucoup d'acheteurs, ou même leurs héritiers étaient décédés, ils n'auraient pu le faire. Par ailleurs le rejet du principe provoque beaucoup d'autres difficultés.

Premièrement, si le vendeur exige le paiement du prix après la perte de la chose et avant que l'acheteur n'exerce son droit de résolution, comment ce dernier peut-il s'y opposer ? Avant la réforme, il était certain que sa défense était la disparition de l'obligation de payer le prix, grâce à l'effet immédiat de la règle « à l'impossible, nul n'est tenu ». En outre, la réforme du droit des obligations admet que l'acheteur puisse refuser de payer le prix en application de l'article 536 alinéa 1er, mais quels sont le fondement et la nature de ce droit ? Ne s'agirait-il pas d'une résurgence de l'adage ?

Deuxièmement, il devient difficile d'expliquer l'action estimatoire. Avant la réforme, la règle selon laquelle l'acheteur pouvait demander une réduction du prix en présence d'un vice de l'objet du contrat de vente, s'expliquait par l'application de ce même adage, qui avait pour effet d'éteindre partiellement l'obligation de payer. En revanche, selon la réforme du droit des obligations au Japon, il est désormais admis que la résolution partielle du contrat explique l'action estimatoire (l'article 563 nouveau du Code civil japonais). Ainsi en cas de vice ou défaut de l'objet de la vente, l'acheteur peut en demander la résolution partielle, en conséquence de quoi, il sollicite une réduction du prix. Néanmoins une telle explication de l'action estimatoire nous semble assez compliquée.

Troisièmement, le rejet de la règle a pour effet paradoxal de rendre un contrat impossible précédemment, dont l'objet serait de toucher la lune ou le soleil, valide alors que matériellement, l'exécution de ce contrat n'est pas possible. Ce qui est absurde.

2. *Simplicité*

Pour sa part, le rejet de l'adage « *res perit domino* » nous paraît raisonnable. Ce principe, selon lequel le propriétaire assume les risques de l'objet, est très ancien et très complexe. En effet, comme je vous l'ai exposé tout à l'heure, le transfert des risques change selon que la chose est certaine ou incertaine. Grâce à la réforme, les risques de sont désormais transférés au moment de la livraison de cette chose, indifféremment qu'elle soit certaine ou non.

Toutefois, je souhaite vous présenter un autre point de vue sur la théorie des risques. En application de l'adage, dès la formation du contrat de vente, l'acheteur devient le propriétaire de l'objet et il en assume tous les risques, bien qu'il ne le possède pas encore. Durant cette période, il n'est pas en mesure de protéger l'objet. En conséquence, bien qu'il n'ait pas l'objet du contrat en sa possession, s'il se casse ou s'abîme, il doit en payer le prix. Or selon la Convention de Vienne et la réforme japonaise, ce n'est plus le propriétaire, mais le possesseur ou le gardien de l'objet du contrat qui en assume les risques, puisque ceux-ci sont transférés lors de sa délivrance. Cette idée est conforme au sens commun et par conséquent très raisonnable.

En tout état de cause, même si je ne me risquerai pas à dire que la réforme du droit des obligations au Japon est parfaite, je l'apprécie quand même car elle renouvelle le Code civil, qui date du XIX^e siècle, dans un sens conforme à la société moderne d'aujourd'hui.

La fonction des concepts abstraits dans la réforme du droit des contrats

*Satoru Takenaka**

- I. La situation des concepts abstraits dans la doctrine japonaise
 1. La fonction pratique de la cause et le droit des contrats japonais
 2. La fonction fondamentale de la cause et le droit des contrats japonais
- II. Le sens juridique des concepts abstraits au Japon
 1. L'influence des concepts abstraits sur le droit des contrats japonais
 2. Les caractéristiques du droit des contrats japonais au travers des concepts abstraits

Le droit des contrats emploie beaucoup de concepts abstraits, par exemple, en France, les notions de *cause*, *faute*, *objet*, *but* et au Japon, celles de *yōso*, *kashitsu*, *mokuteki*, *shusi* qui correspondent respectivement et approximativement aux notions françaises. Face au mouvement de réforme du droit des contrats, l'avenir de ces notions pose de grandes difficultés.

En général, leur traitement diffère d'un pays à l'autre. Tantôt, de nouveaux concepts abstraits sont insérés par la réforme du code, tantôt, ils sont supprimés. En tout état de cause, leur fonction est très importante dans le droit civil moderne et ils reflètent la pensée juridique de chaque pays.

Durant cette intervention, nous analyserons la différence entre les fonctions que ces concepts occupent, en comparant le droit des contrats français et japonais.

Dans le cadre du vaste mouvement de réformes qui touche le droit des contrats ces dernières années,¹ nous pouvons remarquer que le plus grand changement est celui qui touche la notion de la *cause* en France. Celle-ci nous semble être un concept abstrait typique dans l'univers du droit des contrats. Sa disparition, due à la réforme française, a provoqué un choc dans le monde juridique. Et ce choc ne concerne pas seulement le droit civil français, mais aussi le droit civil japonais. Même pour un pays comme le Japon, qui originellement ne connaît pas cette notion, cette disparition a beaucoup d'importance. Ces dernières décades, cette notion française traditionnelle a commencé à être mentionnée plus fréquemment par la doctrine

* Professeur à l'Université Gakushūin, Faculté de droit.

1 Au Japon, le nouveau droit des obligations a été publié en 2017. Cette réforme a suscité de très vives discussions.

de notre pays. Peu à peu la fonction et l'importance des concepts abstraits sont reconnues par la doctrine japonaise. En réalité, à l'occasion de la réforme du droit des contrats au Japon quelques concepts sont apparus, qui, de prime abord, ressemblent à la notion de *cause*. Il semble que leur importance se soit accrue à l'occasion de cette réforme.

Nous présenterons les analyses doctrinales de la notion de *cause*, et à travers elles la situation juridique des concepts abstraits au Japon. Le droit civil japonais ignorait cette catégorie et la réforme du droit des contrats a finalement renoncé à adopter la *cause*. Nous décrivons ainsi les raisons qui conduisent le droit civil japonais à s'intéresser aux concepts abstraits, ce qui nous conduira à réfléchir à leur fonction juridique d'un point de vue extérieur et objectif.

Premièrement, nous verrons brièvement l'histoire de la notion de *cause* au Japon et nous présenterons quelques domaines où des concepts abstraits sont présents. Nous verrons ainsi comment elle est traitée par la doctrine japonaise (I.).

Deuxièmement, nous analyserons la fonction qu'occupent les concepts abstraits dans le droit des contrats japonais. Nous apprécierons leur utilité à la fois au Japon et dans la sphère du droit comparé (II.).

I. LA SITUATION DES CONCEPTS ABSTRAITS DANS LA DOCTRINE JAPONAISE

Comme nous l'avons évoqué, le droit civil japonais ignorait traditionnellement la notion de *cause*. Il l'avait rejetée lors de sa codification alors même que les rédacteurs avaient connaissance de cette notion.² Ils ont pensé que celles d'*objet* et de *consentement* suffiraient comme conditions de formation du contrat.³ Ils préféraient les concepts simples et n'aimaient pas la complexité⁴ dérivée de la *cause*. En conséquence, cette notion était une inconnue au Japon. Toutefois, elle a attiré l'attention de la doctrine japonaise à partir des années 80 et elle a progressivement obtenu de l'influence.

Traditionnellement, la doctrine japonaise ne s'intéressait pas à la *cause*. Elle était seulement mentionnée, sans détail, dans les travaux présentant le

2 Un des rédacteurs du code civil japonais, Kenjirō UME, connaissait cette notion. Il la mentionne dans sa thèse, soutenue à l'université de Lyon (K. UME, De la transaction, thèse (Lyon 1889)). Sur la conception de la cause par Ume, v. S. TAKENAKA, *Keiyaku-no seiritsu to 'cause'* (1-8) [La cause dans la formation du contrat, droit comparé franco-japonais], *Hōgaku Kyōkai Zasshi* 2010–2011, 126-12, 127-1, 7.

3 Du point de vue de la doctrine française, il semble qu'ils aient été influencés par la doctrine anti-causaliste.

4 Ce type de pensée juridique a eu une grande influence sur la doctrine japonaise du XX^e siècle.

droit civil français. À partir des années 80, la situation a changé et elle a enfin été prise en compte.⁵ Dans un premier temps, des auteurs ont essayé de la présenter plus en détail afin d'en faire comprendre la fonction et les différents aspects.⁶ Quelques temps plus tard, de manière plus détaillée, ils ont porté leur attention sur certaines notions⁷ en se référant à différentes théories concernant les différents types de cause et leur caractère substantiel.⁸

Elle est ainsi invoquée au moyen de deux méthodes différentes. D'une part, elle sert de référence afin de dégager des conséquences concrètes au niveau de l'interprétation des règles et en vue de la résolution de problèmes pratiques (1.). D'autre part, elle est employée afin de mieux faire comprendre le système du droit des contrats au Japon (2.).

1. *La fonction pratique de la cause et le droit des contrats japonais*

À partir des années 80, la cause est considérée comme un outil de référence qui permet de mieux comprendre certains problèmes pratiques et d'en déduire des conséquences concrètes pour solutionner certaines difficultés. C'est le cas pour les *contrats-cadres ou interdépendants*, les *donations*, ou encore *l'erreur*. Dans ces domaines, le rôle de la notion de *cause* permettait de justifier la prise en considération de la volonté des contractants.

a) *Les contrats-cadres ou interdépendants*

Un bon exemple se trouve dans le domaine des *contrats-cadres ou interdépendants*.⁹ En principe, même si un contrat est étroitement lié à un autre,

5 Par exemple, T. YAMAGUCHI, *Furansu saiken-hō* [Le droit français des obligations] (Tōkyō 1986) 45.

6 Une théorie importante est celle de T. KOGAYU, *Furansu keiyaku-hō ni okeru 'cause' no riron* [La théorie de la cause en droit contractuel français] Waseda Hōgaku 70-3 (1995) 1.

7 A. ŌMURA, *Tenkei keiyaku ron* [Essai sur les contrats nommés. « L'individuel » et le « social » dans le contrat (1-5)] Hōgaku Kyōkai Zasshi (1994) 110-9, 111-7, 12, 112-7, 10; V. aussi, A. ŌMURA, *Tenkei keiyaku to seishitsu kettei* [Les contrats nommés et la qualification] (Tōkyō 1997).

8 H. MORITA, *Minpō 95 jō* [L'article 95 du Code civil japonais], in : Hoshino (dir.) *et al.*, *Minpō-ten no hyakunen* [le centenaire du Code civil japonais II] (Tōkyō 1998), 141 *et seq.*

9 Il existe beaucoup d'études en la matière, par exemple, celle de M. TSUZUKI, *Fukugō torihiki no hōteki kōzō* [La structure des contrats complexes] (Tōkyō 2007), K. KOBAYASHI, *Fukusu no keiyaku to sōgo izon kankei no sai-kōsei* [Reconstruction de l'interdépendance contractuelle dans les opérations globales] Hitotsubashi Hō-gaku (2009) 8.1 ; M. TSUZUKI, *Fukugō keiyaku tyū no keiyaku no shōmetsu no handan wakugumi to hōteki konkyō ni kansuru iti kōsatsu – fukugō keiyaku ronkō sono 2*

lorsque l'un est annulé, la validité de l'autre n'est pas directement influencée car ce sont bien des contrats distincts.

Le Code civil japonais ne prévoit pas suffisamment de règles visant ce type de situation. Afin d'étendre l'annulation d'un contrat à un autre, il faut prendre en considération la volonté interne et raisonnable des parties contractantes. Mais même en ce cas, le droit civil japonais ne propose aucune règle réellement efficace qui permette d'étendre l'annulation. La formation du contrat au Japon est constituée par un système très simple : la rencontre de l'offre et l'acceptation des parties suffisent à elles seules.¹⁰ L'une comme l'autre sont constituées uniquement par des déclarations de volonté émanant de chaque partie. Ces volontés sont divisées entre la volonté interne et la volonté déclarée, mais en réalité les juges se limitent à rechercher substantiellement la volonté des parties *via* la volonté déclarée.

En conséquence, lorsque la volonté déclarée, qui forme le contrat, est déterminée par les juges, aucune autre méthode ne permet d'aller rechercher de manière plus approfondie la volonté raisonnable et véritable des contractants. Ainsi le droit civil japonais ne connaît pas de règle fonctionnant comme la *cause*, qui permette de dépasser l'interprétation de la volonté déclarée.

Quelques auteurs ont donc porté leur attention sur la notion de *cause*. Ils estiment que plusieurs notions pourraient permettre de justifier l'élargissement de l'appréhension de la volonté raisonnable des parties. En réalité, ces théories ne font que se référer à une notion afin de tenter de créer une voie qui permette de saisir plus largement les mobiles ou les motifs des parties.

b) *L'erreur*

Un autre exemple typique où la doctrine japonaise s'est intéressée à la cause est le domaine de l'erreur. A cet égard, le principal problème doctrinal est de savoir comment prendre juridiquement en considération le motif ou le mobile des parties dans le cadre de cette notion.¹¹ Le Code civil japonais actuel ne dispose qu'un seul article, très simple, qui prévoit la notion

[L'anéantissement en cascade des contrats dans les ensembles contractuels. Tome 2. Critère et fondement], *Nanzan Law Review* 33-1 (2009) 1.

10 Le nouveau droit civil japonais a créé un article sur ce point, l'art. 522-1 : le contrat est établi lorsqu'une partie consent à une manifestation de volonté qui propose la conclusion du contrat en indiquant son contenu.

11 Sur la situation de la doctrine japonaise, K. YAMAMOTO, *Minpō kōgi* [Manuel de droit civil en général], (3 éd., Tōkyō 2011) 179 *et seq.*, *Saiken-hō kaisei no kihon hōshin I* [Grands principes pour la réforme du droit des obligation I] (Tōkyō 2009) 103 *et seq.*

de *yōso* et en pratique il ne fonctionne pas très bien.¹² Aucune autre règle du Code civil ne permet de résoudre cette difficulté.

En dépit de cette situation, les juges japonais utilisent fréquemment le régime de l'erreur. Il semble qu'ils considèrent les motifs des parties implicitement afin d'admettre l'existence d'une erreur et de permettre l'annulation des contrats.¹³

Pour expliquer cette situation juridique, une partie de la doctrine japonaise s'intéresse à la notion de *cause*. Elle propose de s'y référer afin de justifier cette prise en considération plus large du motif des parties et d'en fixer les limites. À cet égard, la théorie de néo-causaliste a suscité beaucoup d'intérêt.¹⁴

c) *La donation*

Un autre domaine où la cause est mentionnée sur la scène juridique japonaise est celui de la donation. Le droit japonais lui consacre une unique règle : le contrat de donation est conclu et formé par le seul accord de volontés des parties^{15, 16}. Pour la validité de ce contrat, la forme (l'acte sous seing privé) ou la remise en mains propres sont requises, mais l'acte authentique n'est pas nécessaire.¹⁷ En conséquence, identifier la volonté des parties est très important pour la formation de ce contrat.

Beaucoup de problèmes pratiques surgissent dans les cas où la révocation d'une donation est demandée pour cause d'ingratitude. Le Code civil japonais ne prévoit pas de règle pour ce type de révocation. Contrairement à la France, une fois le contrat de la donation valablement conclu, personne ne peut l'annuler.

12 Art. 95 (avant la réforme) : la déclaration de volonté est nulle, lorsqu'il y a erreur sur le *yōso* de l'acte juridique.

Toutefois, le déclarant ne peut lui-même se prévaloir de cette nullité, lorsqu'il y a eu faute grave de sa part.

13 Sur ce courant jurisprudentiel, v. H. MORITA, *supra* note 8.

14 Cette tendance est le plus nettement marquée dans les travaux de H. MORITA, *supra* note 8. Il se réfère à la théorie néo-causaliste proposée par H. CAPITANT et J. MAURY.

15 Art. 549 : La donation produit effet par la déclaration de volonté que fait l'une des parties de transmettre à l'autre un bien à titre gratuit et par l'acceptation de celle-ci. Art. 550 : Lorsque la donation a été faite sans écrit, chacune des parties peut la révoquer, sauf quant à la portion pour laquelle l'exécution a eu lieu.

16 Voir Art. 549. Cet article dérivait d'une tradition et coutume japonaise plus ancienne (issue de la période Edo). Sur ce point, S. KURUSU, *Nihon-no zōyo-hō* [Le droit de la donation au Japon] in : Hikaku-hō Gakkai (dir.), *Zōyo no kenkyū* [Recherche sur le droit de la donation] (Tōkyō 1958) 1.

17 Voir Art. 550 (note 15).

Toutefois, dans plusieurs situations, il est arrivé que le donataire commette des actes qui pourraient être qualifiés d'ingratitude envers le donateur, cela après une donation valablement faite. Dans ces cas, le juge estimait que l'annulation aurait été une sanction adéquate. Le juge avait évalué substantiellement la volonté interne et raisonnable du donateur, ce qui l'avait conduit à déduire par interprétation l'existence d'une *condition* ou d'une *charge* de la donation.¹⁸ Mais, dans le système du droit civil japonais, cette méthode reste très floue et cette obscurité est critiquée.

La doctrine japonaise a élaboré deux propositions. L'une serait de prévoir des dispositions permettant la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude comme en France. En réalité, cette proposition a été formulée dans le projet initial de la réforme du droit des contrats japonais, mais elle a finalement échoué. Désormais, la solution législative n'est plus possible. L'autre solution serait de se référer directement à la *cause*, elle permettrait de justifier une prise en considération plus large des motifs raisonnables des donateurs. En ce sens, plusieurs auteurs japonais ont proposé de se référer à la notion de *cause subjective*.¹⁹

2. La fonction fondamentale de la cause et le droit des contrats japonais

En revanche, la notion de *cause* est considérée comme occupant une autre fonction dans le droit civil japonais : il est possible de s'y référer afin d'expliquer le fondement du système du droit des contrats.

À cet égard, nous pouvons observer qu'elle remplit deux types de rôles. L'un est celui qui permet d'expliquer le sens de *clauses générales* dans le droit des contrats telles que la *bonne foi* ou l'*ordre public*. L'autre est de clarifier le sens des contrats nommés et la qualification juridique des conventions.

a) La notion de cause et les clauses générales

Au Japon, les notions telles que la bonne foi²⁰ et l'ordre public²¹ ont une grande importance. Les juges les utilisent fréquemment. En revanche, la structure de leur régime n'est pas nécessairement clarifiée. Le Code civil japonais a exclu les articles prévoyant des clauses générales pour le droit

18 Par exemple, Cour suprême, 17.2.1978, 360 Hanrei Taimuzu (1978) 143.

19 H. MORIYAMA, *Zōyo ni okeru mokuteki gainen* [La notion de « but » dans les libéralités], *Kyūdai Hōgaku* 64 (1992) 1. Sur cette question, voir encore ŌMURA, *supra* note 7.

20 Art. 1-2 : L'exercice des droits et l'exécution des obligations doivent être accomplis de bonne foi.

Art. 1-3 Aucun abus de droit n'est autorisé.

21 Art. 90 Un acte juridique dans un but contraire à l'ordre public est nul.

des contrats, ils sont situés à un niveau plus général dans le Code.²² En France en revanche, elles figurent parmi les règles du droit des contrats. C'est le rôle que remplissait la cause lors de leur formation. Au Japon, il est parfois fait appel à cette idée de clause générale par des auteurs qui analysent les notions d'ordre public et de bonne foi, la cause sert alors de fondement à l'intervention de ces concepts en droit des contrats.²³

b) Les contrats nommés et le rôle de la qualification

L'autre domaine où nous nous référons à cette notion est celui des contrats nommés. Au milieu du XX^e siècle, un courant doctrinal japonais a prétendu qu'une typologie des contrats n'était pas nécessaire et même plutôt inutile. Ils ont prétendu que l'interprétation de chaque contrat au regard de sa situation spécifique est à la fois plus importante et adéquat, que les contrats conclus par des individus sont en réalité toujours différents. Les types de contrats et les règles qui y sont liées ne seraient que des exemples, l'examen attentif de chaque contrat et de la volonté des parties offrirait un cadre juridique suffisant.²⁴

Mais, à la fin du XX^e siècle, un autre courant a réévalué la notion de « contrat nommé », en s'appuyant sur celle de *cause objective* et en insistant en même temps sur l'utilité de la technique de la qualification juridique.²⁵ Même si l'on admet que la substance de chaque contrat dépend de la volonté des parties, il est parfois nécessaire d'éclaircir sa teneur et cette fonction est remplie par la notion de contrat nommé.

II. LE SENS JURIDIQUE DES CONCEPTS ABSTRAITS AU JAPON

En dépit de l'absence de la notion de cause, la doctrine japonaise a invoqué à plusieurs reprises le recours à des concepts abstraits qui lui sont en partie similaires. Nous pouvons indiquer deux niveaux où il leur est fait appel : d'une part, à un niveau pratique et d'autre part, à un niveau plus abstrait. L'effet et l'influence sur le droit diffèrent selon que l'on considère l'un ou l'autre (1.). Derrière cette différence se manifestent certaines caractéristiques du droit civil japonais (2.).

²² Les articles 1 et 90 sont situés dans la Partie « Dispositions générales ».

²³ KOGAYU, *supra* note 6.

²⁴ S. KURUSU, *Keiyaku-hō* [Le droit des contrats] (Tōkyō 1974).

²⁵ ŌMURA, *supra* note 7 ; TAKENAKA, *supra* note 2, H. ISHIKAWA, *Keiyaku no honsei no hō-ron* [La théorie de *natura contractus*] (Tōkyō 2010), T. YAMASHIRO, *Keiyaku no seishitsu kettei to naiyō chōsei* (1-5), [La qualification du contrat et son économie (1-5)] *Hōgaku Ronsō* (2015–2016) 177 (3, 5), 178 (3–5).

1. *L'influence des concepts abstraits sur le droit des contrats japonais*

Comme nous l'avons vu, au Japon, la doctrine invoque des concepts abstraits afin de conduire à des résultats concrets dans beaucoup de domaines. Mais en dépit de ces propositions académiques, force est d'observer que cette théorie exerce assez peu d'influence sur les juges et la jurisprudence. Elle comporte des limites infranchissables.

Même si certains auteurs proposent la cause afin de résoudre des problèmes pratiques et concrets, elle n'est pas facile à appréhender pour les juges japonais. Même s'ils peuvent comprendre les conséquences utiles dérivées de cette théorie, il leur est infiniment plus difficile de saisir ce fondement et sa base théorique. Ainsi les concepts abstraits ne peuvent être mis en pratique dans le monde judiciaire japonais en raison de ces difficultés qui lui sont inhérentes. Afin d'y remédier, plusieurs travaux, à partir des années 2000, ont commencé à les analyser en profondeur et à les présenter plus en détail afin d'aider les juges à mieux les appréhender.

En revanche, à un niveau plus abstrait la cause a plus d'importance pour les juges. La doctrine qui propose d'utiliser ce concept comme un outil afin d'expliquer certains mécanismes juridiques a remporté un relatif succès et elle est déjà partiellement acceptée par les juges. Elle est ainsi appréciée en tant que notion qui a permis d'éclairer l'activité des juges par référence à un concept abstrait.²⁶

2. *Les caractéristiques du droit des contrats japonais au travers des concepts abstraits*

Ces deux aspects de la notion abstraite qu'est la cause, nous conduisent à observer le caractère unique du droit des contrats au Japon, dont ils reflètent les limites théoriques.

En droit japonais, le contrat est conclu uniquement par l'accord de volontés des parties. Ni *cause* ni *forme* ne sont nécessaires. De manière générale, il n'y a pas de restriction en matière de preuve. Le Code civil japonais ne contient aucun article à propos de la méthode d'interprétation des déclarations de volonté.²⁷ En conséquence, le travail du juge qui permet de déterminer la volonté véritable et raisonnable au moment de la formation du contrat, est exclusivement substantiel. Traditionnellement, plusieurs théories ont essayé de le clarifier, mais elles ont eu peu d'impact sur la pratique.

26 Atsushi ŌMURA se réfère à la notion de cause pour expliquer plus clairement le travail des juges dans le droit des contrats. ŌMURA, *supra* note 7.

27 Dans le mouvement de réforme du droit des contrats actuel, plusieurs articles concernant sa formation ont déjà été rédigés mais ils ne contiennent pas ce type de notion.

Ceci reste en quelque sorte une lacune du droit civil japonais.²⁸ Du point de vue de la doctrine, la notion de cause est proposée pour y remédier.

D'une part, cette doctrine l'utilise à un niveau pratique afin de résoudre certains problèmes concrets, là où cette lacune posait des difficultés. La cause est alors conçue comme un concept abstrait qui permet de cerner et clarifier la volonté des parties, et ainsi, elle est parfois conçue comme une restriction du pouvoir des juges. Les domaines des contrats-cadre et interdépendants, la donation, l'erreur, en sont des exemples typiques.

D'autre part, et d'un point de vue fondamental, la cause a apporté un soutien doctrinal à l'action des juges japonais. Elle donne à ces derniers des outils qui permettent d'expliquer et de mieux faire comprendre leur travail. La doctrine, en se référant à la théorie de la cause de manière plus approfondie, a attiré l'attention sur le contenu et la substance du travail des juges, qui avait été conduit au nom de l'interprétation de la volonté des parties.

La cause est une notion abstraite, mais grâce à ce caractère abstrait, la doctrine japonaise est en mesure de proposer un nouveau point de vue juridique. Non seulement elle a permis de faire apparaître le processus de la formation des contrats au Japon, mais elle a également contribué à l'expliquer plus clairement.

Actuellement, au Japon, ce courant prend de plus en plus d'importance. Dans la réforme du droit des contrats, plusieurs concepts abstraits ont été introduits, dans le domaine de l'erreur, de la responsabilité contractuelle, etc. De plus la volonté des cocontractants a pris plus d'importance avec cette réforme.²⁹ Pour l'instant, il reste beaucoup d'ambiguïtés sur le contenu de ces nouveaux concepts, mais ils jouent un rôle de plus en plus important afin de déterminer la volonté raisonnable des parties. Il me semble que nous pouvons observer dans ces nouveaux concepts beaucoup de traits communs à ceux de la *cause*.

Aujourd'hui, l'importance des concepts abstraits s'est accrue en droit japonais. A l'inverse, le droit civil français a perdu cette notion abstraite et ancestrale qu'était la cause à l'occasion de la réforme qui vient d'être promulguée. En son absence, quelles évolutions juridiques vont apparaître? C'est une question d'une grande importance du point de vue du droit civil japonais.

28 Au cours des travaux, une proposition de règles concernant l'interprétation des déclarations de la volonté avait été formulée, mais finalement cela a été refusé.

29 Sur le nouveau droit des obligations, v. Y. SHIOMI, *Minpō kaisei-hō no gaiyō* [Le droit des obligations réformé] Kinyū Zaisei Jigyō Kenkyū-kai (Tōkyō 2017).

L'influence de la doctrine sur la réforme du droit de la responsabilité

*Stéphanie Porchy-Simon**

- I. L'absence d'une vision doctrinale d'ensemble
 - 1. Une absence liée aux modes de construction des projets
 - 2. Une absence, source de défauts des projets de réforme
- II. L'existence d'influences doctrinales circonscrites
 - 1. Le renouvellement des fonctions de la responsabilité civile
 - 2. La hiérarchisation latente des intérêts

Le droit civil français a connu, le 10 février 2016, une des réformes majeures de son histoire avec une ordonnance opérant réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général de l'obligation.¹ Lors de la présentation de ce texte, le Garde des sceaux avait indiqué que « l'ordonnance de février ne marquait nullement la fin du chantier de modernisation du droit des obligations »,² celle-ci devant à court terme être suivie par une réforme du droit de la responsabilité civile. En effet, « dissociées dans le temps, la réforme du droit des contrats et de celle du droit de la responsabilité ne sont pas dissociables sur le fond ».³

Cet éclatement temporel s'explique avant tout par une différence de méthodes. Alors que la voie de l'ordonnance a en effet été choisie, non sans discussions, pour modifier notre droit des contrats afin, notamment, de préserver l'unité d'un texte dont les débats parlementaires auraient pu rompre l'équilibre, la réforme du droit de la responsabilité doit quant à elle être menée par la voie législative. Ainsi que le soulignait en effet J. J. Urvoas, « Compte-tenu de la sensibilité particulière des enjeux propres à cette matière, la pleine appropriation par le Parlement avait été jugée nécessaire ».⁴

* Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon 3, directrice de l'équipe de recherche Louis Josserand.

1 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

2 J. J. URVOAS, Discours de présentation de l'avant-projet de réforme de la responsabilité, 13 mars 2017, <http://www.presse.justice.gouv.fr/29780>.

3 URVOAS, *supra* note 2.

4 URVOAS, *supra* note 2.

Dans cette perspective, le gouvernement actuel a présenté successivement deux projets, le premier le 28 avril 2016⁵ qui, à la suite d'une ample consultation, a été amendé et a donné lieu à un nouveau texte le 13 mars 2017,⁶ tenant compte des critiques exprimées. Celui-ci n'a toutefois pas été soumis aux arbitrages interministériels et le calendrier politique français fait qu'il ne sera pas présenté au Parlement avant plusieurs mois, s'il l'est un jour, en l'état, compte tenu de l'alternance politique qui s'annonce en France. On peut toutefois penser que cette réforme ne saurait attendre encore beaucoup plus et que son principe, si ce n'est son contenu, survivra aux alternances politiques.

Ces deux projets ministériels, sur lesquels nous allons baser notre présentation, ne sont pas sortis tous armés de l'esprit du Garde des sceaux mais avaient été précédés de deux avant-projets de nature doctrinale. Le premier, rédigé au sein d'un groupe de travail réuni par le Professeur Catala, et plus spécialement, dans sa partie relative à la responsabilité, écrit sous l'égide de G. Viney et G. Durry, a été rendu public en 2005.⁷ Le second, réalisé sous la direction de F. Terré et la plume particulièrement active, dans notre domaine, de Ph. Remy, avait été publié en 2011.⁸

D'un certain point de vue, l'impulsion même de la réforme de la responsabilité est donc due à la doctrine qui a été, par la publication des projets précités, l'aiguillon du législateur. Celui-ci avait certes depuis longtemps conscience de la nécessité de réformer cette matière, dont les cinq articles qui y sont consacrés dans notre Code civil sont demeurés inchangés depuis 1804. Conçue dans la perspective d'une société rurale où les causes de dommages accidentels étaient limitées, « Cette partie du code civil s'est hypertrophiée au cours du XX^e siècle. C'est que les dommages se sont

5 Avant-projet de loi « Réforme de la responsabilité civile » du 28 avril 2016, consultable à l'adresse suivante : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf. Principaux commentaires de l'avant-projet : Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications, supplément à la Semaine Juridique édition générale 25 juillet 2016 (plusieurs contributions). Pour une réforme ambitieuse de la responsabilité, *Revue des contrats* 2016, n° 4 (plusieurs contributions). J. S. BORGHETTI, L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, *Recueil Dalloz* 2016, 1368. Ph. BRUN, Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, *Revue Lamy de droit des contrats* 2016, n° 140, 31 *et seq.* G. VINEY, L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile, *Recueil Dalloz* 2016, 1378.

6 Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

7 Avant-projet de réforme du droit des obligations dit avant-projet Catala : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

8 F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Thèmes et commentaires (Paris 2011).

multipliés : la vie urbaine nous jette les uns sur les autres, les machines explosent, l'inflation des lois fait foisonner les manquements à la loi. Et en face les victimes sont devenues plus exigeantes ». ⁹ Devant cet état de fait, dont le constat aurait pu être fait dès le milieu du XX^e siècle, le législateur est toutefois demeuré inactif, préférant réformer les règles régissant l'indemnisation des victimes en marge du code, par l'adjonction successive de régimes spéciaux d'indemnisation, tissant un « habit d'arlequin de la responsabilité civile ». ¹⁰

Cette inaction aurait sans doute perduré si la doctrine n'avait donc eu, ainsi que nous l'avons évoqué, ce rôle d'impulsion de la réforme dont on espère qu'elle parviendra un jour à son terme tant elle paraît aujourd'hui indispensable. Au-delà de ce rôle de déclencheur, quel a été le rôle de la doctrine dans les règles de fond proposées par ces projets ministériels, qui serviront de base à notre communication ?

Ce rôle apparaît à la vérité en demi-teinte car si on ne peut voir dans les deux textes présentés par la chancellerie une influence doctrinale d'ensemble porteuse d'une vision générale de la matière, on peut en revanche clairement y identifier des influences doctrinales sur certains points particuliers.

I. L'ABSENCE D'UNE VISION DOCTRINALE D'ENSEMBLE

Cette absence, liée aux modes même de rédaction des projets (1.) est la cause de certains défauts que ceux-ci contiennent (2.).

1. Une absence liée aux modes de construction des projets

L'absence d'une inspiration doctrinale globale animant les projets ministériels de réforme de la responsabilité civile s'évince tant de leur méthode même de construction que des objectifs qui ont déterminé leur existence.

Ceux-ci ont en effet été élaborés au sein de la direction des affaires civiles par les magistrats qui composent le bureau du droit des obligations. Or, la lecture des deux projets laisse clairement apparaître leur volonté d'opérer un compromis entre les différentes tendances doctrinales françaises. Ainsi, si les textes paraissent plus nettement marqués par l'influence de l'avant-projet Catala, notamment au regard de son orientation très nette en faveur des droits des victimes, les rédacteurs des projets ont emprunté certaines de leurs innovations à l'avant-projet Terré, animé par une vision

⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit* (Paris 1996) 150.

¹⁰ Expression d'Y. LAMBERT-FAIVRE, in : Y. LAMBERT-FAIVRE/S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel Précis Dalloz* (8^e éd, Paris 2015) n°48.

beaucoup moins protectrice des victimes et une certaine volonté de cadrer l'expansion constante du droit de la responsabilité.

Cette volonté de compromis se retrouve dans les modifications introduites entre la première version du texte présentée en avril 2016 et la deuxième, du mois de mars 2017. Ainsi que l'a en effet souligné J. J. Urvoas, pour en arriver à cette version, beaucoup d'opinions ont été prises en compte :

« Celles de nos concitoyens, car le droit de la responsabilité civile concerne chacun d'entre nous ; celles des professionnels du droit qui auront à appliquer ces textes ; celles des associations de victimes, mais aussi les impératifs économiques rappelés par les représentants des milieux économiques. Ainsi, c'est grâce à vous, magistrats, universitaires, professions du droit, acteurs de la vie économique, que l'avant-projet de la Chancellerie a pu être – notablement – amélioré ».¹¹

Or, on conçoit bien qu'une telle volonté de compromis, entre tant d'intérêts souvent contradictoires, si elle présente bien entendu des avantages, interdit toute vision doctrinale d'ensemble.

Ce constat est étayé par les objectifs de la réforme tels qu'exposés par ses promoteurs. Cette nécessaire modification des articles 1240 et suivants du code civil a en effet été motivée par une raison principale : la sécurité et l'accessibilité de la norme, puisque notre droit de la responsabilité est aujourd'hui de source essentiellement jurisprudentielle. Or un tel état de fait a créé un droit hors du code, possible sujet d'évolutions brutales liées à des revirements jurisprudentiels comme l'ont été par exemple l'arrêt *Jand'heur* créant un régime général de responsabilité du fait des choses sur la base de l'ancien article 1384 al. 1¹² ou l'arrêt *Blieck* rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 29 mars 1991¹³ et admettant, en rupture avec la position de la Cour, le caractère non limitatif des responsabilités du fait d'autrui visées aux anciens articles 1384 al. 4 et suivants du Code civil. Face à cet état de fait, les projets opèrent pour la plupart de leurs dispositions, une codification « à jurisprudence constante »,¹⁴ et ont donc pour objet principal de faire entrer dans le code les solutions jurisprudentielles acquises. Ils ne permettent donc guère de faire prévaloir une vision doctrinale globale puisqu'il s'agit en effet ici avant tout d'opérer « une mise en forme jurisprudentielle »,¹⁵ ne laissant que peu de place aux constructions théoriques.

11 URVOAS, *supra* note 2.

12 Arrêt JAND'HEUR : Cass., ch. réun., 13 févr. 1930, in : Grands arrêts de la jurisprudence civile, vol. 2, (Daloz) n° 202.

13 Arrêt BLIECK : Ass. plén. 29 mars 1991, in : Grands arrêts de la jurisprudence civile, vol. 2, (Daloz) n° 229.

14 Expression utilisée par P. CATALA lors de la présentation de son avant-projet de réforme.

15 BRUN, *supra* note 5, 31 *et seq.*

On remarquera certes que ces évolutions majeures impulsées la jurisprudence depuis deux siècles ont elles-mêmes souvent été opérées sous l'influence de plumes doctrinales célèbres. Tel est notamment le cas de Saleilles et Josserand dont la théorie du risque est le creuset ayant permis l'éclosion du principe général de responsabilité du fait des choses et certains aspects contemporains du régime des responsabilités du fait d'autrui. Mais il s'agit toutefois d'une influence doctrinale dérivée, indirecte, qui fait son entrée dans le code *via* sa consécration jurisprudentielle.

Les projets ne contiennent évidemment pas que de simples consécration de solutions jurisprudentielles. Ils innovent sur certains points dont par exemple, et nous y reviendrons, sur les fonctions de la responsabilité ou la préférence marquée au profit des victimes de dommages corporels. Mais, même sur ces innovations, la volonté de compromis ayant animé les rédacteurs des textes a intrinsèquement altéré leur cohérence doctrinale, révélant donc les inconvénients de la méthode choisie.

2. *Une absence, source de défauts des projets de réforme*

L'absence de vision, ou plus exactement de parti pris doctrinal, marquant les projets ministériels de réforme de la responsabilité présente le grand avantage d'opérer un compromis. Le dernier texte présenté le 13 mars 2017 peut ainsi être considéré comme un assez bon résumé des tendances actuelles du droit de la responsabilité, tant d'un point de vue doctrinal que jurisprudentiel. Chacun y trouvera donc, au détour d'un texte ou d'un autre, son compte.

Les écueils d'une telle démarche sont toutefois de deux natures.¹⁶ On peut ainsi notamment craindre au sein du texte la présence de certaines contradictions, comme on peut lui reprocher le manque d'une vision d'avenir.

La présence de contradictions est inévitable pour un texte écrit à de multiples mains puisque les rédacteurs ont, au-delà de la consultation publique déjà évoquée, opéré de très larges consultations informelles d'à peu près tout ce que la France compte comme spécialistes de droit de la responsabilité. Or, à vouloir contenter tout le monde, on risque à l'évidence de ne satisfaire personne.

L'avant-projet présenté par la chancellerie en avril 2016 comportait ainsi quelques contradictions dénoncées par la doctrine, que la nouvelle version présentée en mars 2017 tente de corriger. Une des principales critiques porte sur la faveur faite à l'indemnisation des victimes de dommage du dommage corporel en lien avec la question de la nature contractuelle ou

16 V. spéc. en ce sens BORGHETTI, *supra* note 5, 1368, M. FABRE-MAGNAN, Un projet à refaire, *Revue des contrats* 2016, n° 4, 782 *et seq.*

délictuelle de la responsabilité. Alors que l'avant-projet de 2016 avait laissé dans son principe subsister la distinction des deux ordres de responsabilité, il avait consacré, dans le cadre de son article 1233 al. 2, la réparation du dommage corporel sur la base des seules règles de la responsabilité délictuelle. Il opérait à cet égard un choix contraire à celui de l'avant-projet Catala qui avait accordé à la victime un droit d'option, afin de lui permettre de se placer sur le régime de responsabilité lui apparaissant le plus favorable.¹⁷ La solution de l'avant-projet ministériel de 2016 procédait du constat que les règles délictuelles sont le plus souvent davantage favorables aux victimes que celles du domaine contractuel. Elle ambitionnait par ailleurs de mettre fin à la notion controversée d'obligation de sécurité, technique choisie à un moment de l'histoire de la jurisprudence pour permettre une indemnisation des victimes de dommage corporel, mais qui est depuis longtemps l'objet de vives critiques.¹⁸ Chacun garde à cet égard à l'esprit le mot du Doyen Carbonnier, dénonçant l'artifice de faire entrer dans le champ du contrat « les bras cassés et les morts d'homme ».¹⁹

Or, ainsi que certains auteurs n'ont pas manqué de le souligner, la limitation de l'indemnisation du dommage corporel sur le terrain délictuel telle que prévue dans l'avant-projet de 2016 entrainait parfois en opposition avec la volonté par ailleurs affichée de mieux indemniser ce type de dommage.²⁰ Il n'est en effet pas certain que les faits générateurs délictuels offrent aux victimes une indemnisation exactement superposable à celle que permet à l'heure actuelle la technique de l'obligation de sécurité. La nouvelle version du projet de mars 2017 a d'ailleurs été sensible à ces critiques puisque l'article 1233-1, après avoir rappelé que « les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat » introduit une exception en admettant que « toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle », réintroduisant donc un droit d'option.

Ces changements, s'ils révèlent une écoute des critiques doctrinales par les rédacteurs du texte, démontrent quand même clairement l'absence de

17 Art. 1341 al. 2 de l'avant-projet CATALA, *supra* note 7.

18 V. les actes du colloque « La naissance de l'obligation de sécurité », n° spécial Gazette du Palais, 21 sept. 1997 (plusieurs articles).

19 J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 4, Les obligations* (20^e éd., Paris 2004) n° 295.

20 V. par exemple, BORGHETTI, *supra* note 5, 1368. FABRE-MAGAN, *supra* note 16, 782. J. KNETSCH, Faut-il décontractualiser la réparation du dommage corporel ?, *Revue des contrats* 2016, n° 4. VINEY, *supra* note 5, 1378

réelle vision dogmatique, puisque la question de la reconnaissance d'un droit d'option est au cœur des problématiques de l'indemnisation.

Cette pluralité d'inspirations, jointe à cette volonté de modifier le Code civil pour le mettre en harmonie avec les règles jurisprudentielles, a limité toute possibilité de penser autrement la responsabilité. Cette dernière reste en effet fondée, de la manière très classique sur les faits générateurs tels que conçus par les rédacteurs du Code civil. Certains auteurs ont donc regretté que cette réforme n'ait pas été l'occasion de réellement repenser le droit de la responsabilité dont une autre conception, issue par exemple des théories de B. Starck, aurait peut-être pu être proposée.²¹

D'autres déplorent un texte peu visionnaire, non adapté aux défis de demain, où sont totalement absentes certaines questions pourtant abordées dans les avant-projets Catala ou Terré telles que la responsabilité liée au devoir de vigilance, celle consécutive aux activités dangereuses ou encore au défi du développement des dommages de masse ou à révolution numérique.²² De même, on peut regretter que les différents projets ne s'intéressent qu'au droit commun de la responsabilité et délaissent pour une large part les régimes spéciaux qui demeurent hors du code, en dehors de l'exemple notable de la loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. On a enfin regretté la visible indifférence des rédacteurs des textes aux perspectives d'harmonisation européenne, dont on peut toutefois comprendre qu'elles soient moins impératives qu'en droit des contrats.²³

Ces reproches sont inévitables si l'on se rappelle que le but de la réforme est avant tout d'opérer une codification des acquis de la jurisprudence, ce qui limite par hypothèse une vision prospective de la matière et l'existence d'innovations majeures. On peut donc regretter une certaine timidité du texte, dont sont d'ailleurs conscients ses promoteurs, J. J. Urvoas ayant expressément indiqué, dans son discours de présentation du dernier projet, que « le législateur de 2017 devra aller plus loin que la seule codification de la jurisprudence ».²⁴

Si on ne peut donc à l'évidence voir dans les deux projets ministériels des textes marqués par une vision doctrinale d'ensemble, il n'en reste pas moins que ceux-ci sont quand même porteurs de certaines innovations majeures, d'inspiration à l'évidence doctrinale

21 V. not. la vive critique de M. FABRE-MAGNAN, Un projet à refaire, *Revue des contrats* 2016, n° 4, 782 *et seq.*

22 En ce sens, V. not. FABRE-MAGAN, *supra* note 16, 782 *et seq.*, VINEY, *supra* note 5, 1378.

23 V. par exemple BORGHETTI, *supra* note 5, 1386.

24 URVOAS, *supra* note 2.

II. L'EXISTENCE D'INFLUENCES DOCTRINALES CIRCONSCRITES

Cette influence doctrinale se retrouve dans le renouvellement des fonctions de la responsabilité (1.) et dans l'introduction d'une certaine hiérarchisation des intérêts (2.).

1. *Le renouvellement des fonctions de la responsabilité civile*

Une des innovations majeures des projets ministériels est de proposer dans le Code civil un certain renouveau des fonctions de la responsabilité, conformément aux idées d'une partie de la doctrine contemporaine.

La fonction principale de l'institution reste bien entendu celle de la réparation des dommages, question à laquelle les projets consacrent d'ailleurs de substantielles dispositions en introduisant dans le code toute une section consacrée aux « effets de la responsabilité ». Certaines règles constantes du droit français, imposées de longue date par la jurisprudence mais absentes de notre *corpus* législatif, seraient ainsi désormais codifiées. On note ainsi la consécration du principe de la réparation intégrale, au terme d'une formule empruntée à la jurisprudence, elle-même largement inspirée de R. Savatier selon laquelle « La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit ».²⁵ La possibilité d'une réparation en nature est également clairement admise, mettant ainsi fin à une controverse doctrinale. Le principe de libre disposition de dommages et intérêts est posé afin de garantir la liberté de la victime dans l'utilisation de la réparation.

Au-delà de cette classique fonction réparatrice, les projets consacrent toutefois deux nouvelles fonctions de la responsabilité, en tout cas dans leur reconnaissance législative : les fonctions préventive et sanctionnatrice.

La possibilité d'utiliser la responsabilité civile dans un but préventif résulte clairement de deux dispositions des projets ministériels. La première est l'article 1266 du projet de mars 2017 selon lequel « en matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ». La seconde est l'article 1237 qui dispose que « les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage [...] constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ». Cette volonté de développer une fonction préventive de la respon-

25 Article 1258 de l'avant-projet du 13 mars 2016. La formule a été consacrée par la jurisprudence : Civ. 2^e, 28 oct. 1954, Semaine juridique édition générale 1955.II. 8765, note SAVATIER, Recueil Dalloz 1954, somm. 32.

sabilité résulte clairement de l'influence d'une part de la doctrine contemporaine qui a plaidé pour un renouveau des fonctions de la responsabilité civile dans un but préventif. Ainsi que l'avait souligné C. Thibierge dans un article paru en 1999, « de nouveaux dommages apparaissent ou menacent, d'une ampleur et d'une nature jusque-là inconnues. Ils rendent nécessaire une évolution du régime de la responsabilité [...] susceptible de conduire à une responsabilité sans préjudice, à une responsabilité préventive, non plus seulement tournée vers la réparation des dommages passés mais également vers l'évitement de ces nouveaux dommages, dits graves et irréversibles, pour lesquels la réparation perd son sens ». ²⁶ D'autres auteurs ont par la suite suivi ce chemin en plaidant notamment pour la reconnaissance d'une fonction de cessation de l'illicite, ²⁷ à l'évidence présente dans les projets puisque l'article 1266 ci-dessus évoqué est inclus dans une sous-section justement intitulée « la cessation de l'illicite ».

De même, le droit français a connu depuis quelques décennies un courant de doctrine plaidant pour la réintroduction d'une certaine fonction de sanction de la responsabilité civile. ²⁸ Il ne s'agit ici pas d'une nouveauté si on se rappelle que, d'un point de vue historique, la responsabilité civile fondée par principe sur la faute, poursuivait à l'évidence, notamment dans l'esprit des rédacteurs du code, un rôle de sanction dont attestent notamment le rôle même de la faute dans le code et sa conception « morale » qui a prévalu jusqu'en 1984 en droit français. La concurrence des théories du risque et de la garantie, mais plus encore la volonté constante de la jurisprudence d'orienter le droit de la responsabilité vers l'indemnisation accrue des victimes, a mis fin à cette approche, consacrant ce qu'Y. Flour a pu appeler « le divorce entre la faute et le dommage ». ²⁹ Une irréductible séparation est donc progressivement apparue entre les fonctions indemnitrice

26 C. THIBIERGE, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement des fonctions de la responsabilité ?), *Revue trimestrielle de droit civil* 1999, 561 *et seq.*

27 Sur cette question, C. BLOCH, La cessation de l'illicite, *Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses (Paris 2008). La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile, supplément à la *Semaine juridique*, *supra* note 5, 5. G. VINEY, Cessation de l'illicite et responsabilité civile, in : *Mélanges Goubeaux* (Paris 2009) 547.

28 V. not. S. CARVAL, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée (Paris 1995). V. également, M. CREMIEUX, Réflexions sur la peine privée moderne, in : *Études offertes à P. KAYSER* (Aix-en-Provence 1979) 261. G. VINEY, Introduction à la responsabilité, *Traité de droit civil* (3^e éd., Paris 2007) n° 39 *et seq.*

29 Y. FLOUR, Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? *Droits* 1987-5, n° spécial « La fin de la faute ? ».

et sanctionnatrice de la responsabilité, du fait principalement de l'antinomie des règles techniques permettant la satisfaction de ces fonctions.

Les projets ministériels de réforme rompent avec cette logique en introduisant le mécanisme des amendes civiles, préféré à celui des dommages et intérêts punitifs proposé par exemple dans l'avant-projet Catala afin de rester en accord avec le principe de la réparation intégrale par ailleurs affirmé. Selon l'article 1266-1 du projet du 13 mars 2017, « en matière extra-contractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile », amende non assurable et versée aux fonds d'indemnisation ou au Trésor public.

Le but de cette disposition est de doter la responsabilité civile « d'une fonction préventive et de sanctions de comportements qui, sans être nécessairement pénalement incriminés, sont socialement inacceptables ».³⁰ Bien que la constitutionnalité et la conventionalité d'une telle mesure fassent l'objet de certaines contestations,³¹ elle n'en marque pas moins l'émergence, en marge du souci de réparer mieux, de l'idée que la responsabilité doit aussi servir à punir, idée dont on trouve clairement l'origine dans des théories doctrinales contemporaines.³²

La doctrine est donc l'inspiratrice directe de ce renouveau des fonctions de la responsabilité présent dans les projets ministériels. On doit toutefois noter que, là encore, les textes révèlent une volonté de concilier différentes opinions sans marquer d'orientations assumées en faveur de l'une ou l'autre. On peut donc évidemment se demander si la coexistence de ces trois fonctions ne risque pas d'être la source de certaines difficultés dans l'avenir, ou de manque d'effectivité de chacun d'entre elles.

Mais au-delà d'un renouveau des fonctions de la responsabilité, les projets se distinguent également par la volonté d'une protection maximale des victimes de dommages corporels, traduisant une hiérarchisation latente des intérêts, solution d'inspiration là encore clairement doctrinale.

2. *La hiérarchisation latente des intérêts*

L'idée d'une faveur faite à la réparation du dommage corporel trouve bien entendu ses origines dans les travaux de Boris Starck.³³ Défendant un renouveau de la manière de concevoir la responsabilité, celui-ci a en effet

30 J. J. URVOAS, entretien, *Revue Lamy de droit des contrats* juin 2016, 6211.

31 En ce sens, S. CARVAL *L'amende civile*, supplément à la *Semaine juridique*, *supra* note 5, 42. N. RIAS, *L'amende civile : une fausse bonne idée ?*, *Recueil Dalloz* 2016, 2072

32 V. not. S. CARVAL, *supra* note 28.

proposé une réécriture de celle-ci en partant, non de la nature du fait générateur, mais de la situation de la victime dont certains droits, dont l'intégrité corporelle, doivent être garantis. Cette théorie a trouvé son relai dans les travaux d'auteurs plus récents qui ont plaidé en faveur de l'émergence de règles propres à la réparation de ce type de dommage, qui doit non seulement être favorisé dans son indemnisation mais également mieux être appréhendé dans son contenu, poussant donc à un renforcement des règles relatives à sa réparation.³⁴ A cela s'ajoute un autre courant de pensée qui a pu s'interroger sur la possibilité d'introduire en droit français la théorie dite de la hiérarchisation des intérêts, connue dans certains droits étrangers, en partant notamment de l'idée que notre système juridique ne pourrait certainement, d'un point de vue économique, continuer à concilier éternellement le principe de la réparation intégrale et l'extension, constatée en jurisprudence, des préjudices réparables.³⁵

La conjonction de ces idées se retrouve très clairement dans les projets ministériels qui ont à l'évidence souhaité mettre en place une protection accrue des victimes de dommages corporels, solution présentée par le Garde des sceaux comme « l'une des autres innovations majeures du projet ».³⁶

Cette volonté se traduit par de multiples dispositions. Les premières consacrent une inflexion des règles du droit commun en faveur des victimes de dommages corporels. Au-delà du droit d'option entre responsabilité contractuelle et délictuelle que leur offre la dernière version du projet ministériel, des règles de faveur sont édictées au profit de celles-ci. Leur indemnisation échapperait notamment, du fait du droit d'option, à la limitation de la réparation des préjudices aux seuls qui auraient été prévisibles (art. 1251 avant-projet) et à l'obligation de modérer le dommage (art. 1263 avant-projet). La faute de la victime d'un dommage corporel ne pourrait lui être opposée que si elle peut être qualifiée de lourde (art. 1254 avant-projet) et les clauses limitatives de responsabilité ne seraient pas valables dans cette hypothèse (art. 1281 al. 2 avant-projet).

Au-delà des règles de fond, le projet de réforme de la responsabilité civile vise également à mettre en place, dans une sous-section contenant les articles 1267 à 1277, des « règles particulières à la réparation des préju-

33 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (Paris 1947).

34 V. principalement les travaux d'Y. LAMBERT-FAIVRE dans son ouvrage : *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation* (1^{re} éd., Paris 1991).

35 En ce sens, v. J. S. BORGHETTI, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, in : *Études offertes à G. Viney* (Paris 2008) 145. G. VINEY, obs. *Semaine juridique*, édition générale 2000, I, 197 n° 4

36 URVOAS, *supra* note 2.

dices résultant d'un dommage corporel ». Le but global de ces dispositions est d'unifier les règles techniques relatives à la réparation de ce type de dommage, l'article 1267 étant à cet égard symbolique, disposant que « les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le responsable ».

Cette volonté d'unification s'étend ainsi aux différents outils de l'évaluation des préjudices nés du dommage corporel : nomenclature des postes de préjudices (art. 1269 avant-projet), barème médical (art. 1270 avant-projet), modalités de chiffrage monétaire par voie de référentiels ou de banques de données (art. 1271 avant-projet), modalités de l'indemnisation au regard du choix entre capital et rente, etc...

Avec ces dispositions, les projets de réforme du droit de la responsabilité mettent donc à l'honneur la réparation du dommage corporel, favorisé dans certaines dispositions de fond et unifié dans ses techniques d'indemnisation. Ce faisant, et si le projet est adopté l'état, on observerait une rupture avec notre tradition juridique qui repose sur l'égle vocation des dommages à réparation. Une certaine hiérarchisation des intérêts apparaîtrait dans notre système juridique, toutefois non clairement assumée comme elle avait pu l'être dans d'autres avant-projets comme celui rédigé sous l'égide de F. Terré.³⁷

On peut donc souligner que la doctrine joue un rôle important dans la réforme du droit de la responsabilité, dont elle a été le facteur d'impulsion et dont elle a inspiré certaines des innovations majeures, bien que l'absence d'une vision doctrinale orientant globalement les projets ait été largement souligné. Ces projets ministériels sont donc le miroir de la doctrine contemporaine, mais un miroir à plusieurs facettes dont on devra prendre garde qu'il ne nous renvoie une vision parfois floue de notre droit de la responsabilité.

³⁷ *Supra* note 8, spéc. art. 8 et art. 56 et s. de l'avant-projet

Chapitre III

Méthodes et processus de la réforme juridique en droit national

La réforme ou la possible réforme de la protection des majeurs en droit japonais

*Takashi Oka**

- I. Situation du problème
- II. Le système japonais de protection des majeurs
 - 1. La tutelle légale
 - 2. Le mandat de protection future (Nin'i kōken keiyaku: littéralement 'contrat de protection volontaire')
- III. Difficultés et pistes de solution
 - 1. Les difficultés posées par le système de protection des majeurs et propositions de réforme
 - 2. Les difficultés posées par le mandat de protection future et propositions de réforme

I. SITUATION DU PROBLÈME

Le sujet de la conférence internationale ici présente à Lyon est celui de la réforme du droit civil. Dans mon domaine qui est celui du droit des personnes, il n'y a pas de mouvement de réforme. Cependant la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, entrée en vigueur en 2008, a été ratifiée par le Japon en 2014. Je souhaite étudier ici plus précisément ce que prévoit son art. 12, la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Les observations générales n°1, produites par le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) en mai 2014,¹ rejettent le système de décision substitutive qui porte atteinte à la capacité juridique de la personne, à l'exception du cas des mineurs. Le système japonais de protection des majeurs est-il conforme à la convention ?

Dans cette contribution, je vais d'abord présenter le contenu et la pratique actuelle de la protection des majeurs au Japon. Ensuite, en me fondant sur le point de vue des Nations Unies, je vais proposer quelques pistes de réforme.

* Professeur à l'Université Gakushūin, Faculté de droit.

1 Disponible à l'adresse : <https://undocs.org/fr/CRPD/C/GC/1>.

II. LE SYSTEME JAPONAIS DE PROTECTION DES MAJEURS

Depuis avril 2000, le Japon a mis en œuvre trois mécanismes de protection, la tutelle *kōken*, la curatelle *hosa* et l'assistance *hojo*, ainsi que le mandat de protection future *nin'i kōken*.

1. La tutelle légale

En correspondance avec le déclin des capacités intellectuelles du majeur, trois sortes d'institutions sont prévues. Après une décision judiciaire de tutelle ou d'une autre mesure de protection, celle-ci est inscrite au registre des tutelles². L'accès y est limité à la personne protégée, au tuteur et à certaines institutions, telles que la juridiction des affaires familiales, (même loi, art. 10). Les mandats de protection future y sont aussi enregistrés.

a) La tutelle

Dans le cas d'une personne dont les capacités sont altérées par une maladie mentale, le concerné, son conjoint, un membre de sa famille jusqu'au 4^e degré ou le procureur de la République peuvent entamer une procédure judiciaire de demande de tutelle qui vise à nommer un tuteur pour adulte (art. 7. C. civ. japonais, ci-après CCJ). En tant que défenseur de l'intérêt public, le procureur est prévu, mais son intervention est rarissime. Pour cette même raison une réforme récente a accordé ce pouvoir au maire de commune (art. 32 Loi sur le bien-être des personnes âgées)³.

Ce système ne peut pas être employé pour les handicapés physiques. De même, les systèmes de curatelle et d'assistances, que nous allons exposer plus loin, présupposent le handicap mental.

Les actes juridiques d'un majeur protégé peuvent être annulés, soit à la demande du protégé lui-même soit par son tuteur (CCJ, art. 9). Il en résulte que la capacité juridique de la personne est limitée. Cependant, « les achats quotidiens qui appartiennent aux actes de la vie courante » ne peuvent être annulés et le majeur protégé peut les passer seul (même article).

Jusque 2013, les tutelles (ce qui comprend les curateurs et les assistants, ci-après « tutelles ») étaient à 50% des membres de la famille, depuis cette proportion décline, en 2015, 70% étaient des tiers (avocats, notaires etc.). L'une des raisons à ce phénomène est la crainte que les biens du protégé soient détournés et dans le même sens, lorsqu'il possède plus de 10 millions de yens (environ 80 000€), une fiducie (*shi'en shintaku*) est mise en place.

2 V. *Kōken toki nado ni kan suru hōritsu* [la Loi sur l'enregistrement des tutelles], loi n° 152/1999 (Heisei 11).

3 *Rōjin fukushi-hō* [Loi sur le bien être des personnes âgées], loi n° 133/1963 (Shōwa 38).

Les paiements effectués au moyen des sommes placées en fiducie doivent être autorisés par le juge aux affaires familiales, ils ne dépendent pas de la volonté du protégé.

Une personne morale peut être désignée tutelle (art. 843 al. 4) et il peut y avoir plusieurs tuteurs (CCJ art. 843 al. 3). En ce cas, la répartition des tâches doit être faite en commun (art. 859 al. 2). Lors de l'organisation de la vie courante du protégé, de son suivi médical, de la gestion de ses biens, le tuteur doit « respecter [sa] volonté et prendre en considération l'état de sa personne et de ses conditions de vie » (art. 858). Le tuteur représente le protégé dans la gestion de ses affaires, toutefois il y a controverse au sujet de savoir s'il dispose aussi de ce pouvoir à l'égard des questions de santé et en particulier des interventions médicales. Aujourd'hui, au Japon, le conjoint, à plus forte raison ses enfants, ne bénéficient pas d'un droit de décision sur ce dernier point, en conséquence, la doctrine estime que le tuteur n'en dispose pas non plus. Il est nécessaire que le législateur adopte rapidement une réglementation en la matière.

Les actes du tuteur concernant les biens fonciers du protégé, tels que la « vente, location, résiliation de bail, hypothèque, ou pour toute mesure de la sorte », doivent être autorisés par le tribunal des affaires familiales (art. 859-3). Ceci s'applique aussi aux décisions des curateurs et aux assistants lorsqu'ils ont reçu un pouvoir de représentation (art. 876-3 al. 2, 876-8 al. 2). Toutefois ces derniers ne l'ont pas automatiquement. A la suite d'une réforme du code civil de 2016, le tuteur peut être le destinataire des colis postaux du majeur protégé et il a le droit de les ouvrir. (CCJ, art. 860-2 et 860-3). Cette règle a été adoptée par le législateur pour des raisons pratiques, cependant, il est douteux qu'elle soit conforme à la CDPH.

b) La curatelle (hosa)

Lorsque la capacité de jugement du majeur protégé est manifestement altérée, il est possible d'exercer une action en demande de curatelle, qui permet la désignation d'un curateur. Les demandeurs sont les mêmes que pour la tutelle (CCJ, art. 11). Le majeur protégé a alors besoin de l'autorisation du curateur pour passer neuf catégories d'acte juridiques importants, tels que la vente immobilière ou l'emprunt (art. 13 al. 1). Le curateur comme le protégé peuvent demander judiciairement que d'autres actes juridiques soient soumis à une telle autorisation (art. 13 al. 2). Les actes passés sans cette autorisation sont susceptibles de révocation (art. 13 al. 4), à la demande du protégé ou de son curateur (art. 120). Ainsi la capacité juridique du majeur sous curatelle est limitée.

Si le curateur refuse de donner son autorisation à un acte juridique où celle-ci est requise, « alors qu'il n'est pas à craindre que cet acte ne porte

atteinte aux intérêts du majeur protégé », le tribunal des affaires familiales peut s'y substituer et l'accorder à la demande du concerné (autorisation subsidiaire, CCJ art. 13 al. 3.).

Lorsque le curateur doit effectuer un « acte juridique déterminé » pour le majeur protégé, un droit de représentation peut lui être délivré, soit à sa propre demande, soit à celle du majeur protégé (art. 876-4 al. 1). Toutefois, l'accord du concerné est requis (art. 876-4 al. 2).

J'é mets ici quelques doutes quant au consentement du majeur protégé. En effet, supposons un cas dans lequel le majeur protégé A vend à un marchand C, sans autorisation du curateur B, un précieux vase de famille dont la valeur est de 100 millions de yens (env. 800 000 €). B a révoqué le contrat, mais C ne veut pas restituer l'objet. B dispose d'un droit d'exécution forcée, et s'il n'existe aucune intention de fraude de la part de A (en cas d'intention frauduleuse, l'acte passé par A ne peut pas être annulé, CCJ art. 21), le contrat de vente est annulé de manière rétroactive (CCJ, art. 121), C doit restituer le vase à A. Supposons que A ne fasse pas de demande de restitution. Ceci pourrait être expliqué par sa capacité de jugement diminuée. Mais il serait aussi possible de l'expliquer par le désaccord du protégé avec la demande du curateur. Que doit-il se passer dans une telle situation ? La doctrine n'est pas claire à ce propos. Pour ma part, il me semble que, afin de rendre effectif le droit révocation (en l'espèce, déterminer quelqu'un qui demande à l'encontre de C la restitution du vase à l'égard de A, car la seule annulation du contrat de vente ne produit pas l'effet voulu), il faudrait prévoir un droit de représentation juridique qui permette d'exercer la demande de restitution et qu'ainsi même en l'absence de consentement conforme de A, on puisse demander la restitution du vase.

c) L'assistance

Dans le cas où les capacités intellectuelles d'une personne s'avèrent insuffisantes, le tribunal aux affaires familiales peut désigner un assistant. Les demandeurs sont les que pour la tutelle et la curatelle (CCJ, art. 15), cependant à la différence de celles-ci, les pouvoirs de l'assistant sont limités. Il dispose de pouvoirs de consentir à certains actes juridiques et de les révoquer. Ces actes sont les neufs actes prévus pour la curatelle. De même, au cas où l'assistant refuse de consentir à un acte, une décision du le tribunal peut s'y substituer (art. 17 al. 3). Dans cette mesure, la capacité juridique du protégé placé sous assistance est limitée.

Si le pouvoir de l'assistant est limité à un pouvoir de représentation, alors la capacité juridique du majeur protégé n'est pas limitée (art. 876-9, al. 1). Une telle personne est pratiquement sur le même plan qu'un majeur non protégé car la diminution de son autonomie de volonté est restreinte. Il

ne s'agit pas de limiter la capacité juridique du majeur, mais de le protéger suffisamment au moyen d'une représentation juridique.

d) *Résumé*

La curatelle et l'assistance sont très peu employées de nos jours, tandis que depuis son introduction, les différentes formes de curatelle sont beaucoup employées.

2. *Le mandat de protection future (Nin'i kōken keiyaku : littéralement 'contrat de protection volontaire')*

Jusqu'à la réforme de mars 2000, une personne, en possession de ses facultés intellectuelles et souhaitant prévenir un déclin futur qui ne lui permette plus de gérer ses affaires, pouvait seulement passer un contrat en vue de la gestion de son patrimoine, en recourant soit au mandat, soit à la représentation. Cette situation posait trois difficultés. La première se posait au moment de la signature du contrat : si les facultés intellectuelles du concerné avaient alors diminué, il était possible que ses héritiers entrent en conflit, car la capacité nécessaire à la formation du contrat pouvait être mise en question. La deuxième visait le moment de la mise en œuvre du contrat : il pouvait « prévoir quelqu'un qui pourvoira à ma place à l'administration de mes affaires au moment de la perte de ma capacité de jugement ». Or ce moment est difficile à déterminer et un conflit pouvait alors survenir. Ceci conduisait à rendre la date d'entrée en vigueur du contrat incertaine. La troisième difficulté est qu'il n'y avait aucun moyen, après l'entrée en vigueur du contrat, de vérifier si l'investi ne commettait aucun abus.

La loi sur le mandat de protection future est entrée en vigueur depuis avril 2000.⁴ Lorsque les facultés de jugement d'une personne deviennent insuffisantes, ce contrat permet qu'un représentant adulte de son choix soit investi du pouvoir de prendre en charge « partiellement ou entièrement les affaires du concerné ». L'objet du contrat est le transfert du droit de représentation du majeur protégé pour la gestion de son patrimoine, auquel est attachée une surveillance du représentant dès la formation du contrat, et qui prévoit le moment de son entrée en vigueur (art. 2 al. 1). Cette loi règle ainsi les trois problèmes évoqués précédemment. La question des capacités intellectuelles du concerné au moment de la signature du contrat est réglée par l'obligation de forme du contrat, qui doit être notarié (art. 3 al. 2). Celle de l'entrée en vigueur du dispositif est réglée ainsi : lorsque le moment est venu où la personne n'est plus en mesure, en raison d'un handicap physique ou psychique

4 *Nin'i kōken keiyaku ni kan suru hōritsu* [Loi sur le contrat de protection volontaire], n°150/1998 (Heisei 10).

d'apprécier sa situation, le contrat entre en vigueur lorsque lui-même, son conjoint, son parent jusqu'au 4^e degré ou le représentant de son choix émet une demande de surveillance du représentant (art. 4 al. 1). Enfin le troisième problème, la crainte de l'abus dans les fonctions du représentant est aussi résolue par la désignation d'un surveillant (art. 7 al. 1). Le rôle du tribunal de la famille est limité à la surveillance indirecte par la désignation du surveillant du représentant désigné (art. 7 al. 3). Ainsi la capacité juridique du protégé n'est pas amoindrie par l'entrée en vigueur du contrat.

La loi sur le mandat de protection future définit les relations entre le protecteur et la tutelle légale, voici quelques exemples.

Une personne X a signé un contrat de gestion de patrimoine avec un avocat Y. Il est prévu que celui-ci entrera en vigueur dès la survenance d'une diminution des facultés intellectuelles, à partir d'un niveau qui correspondrait à celui requis pour une protection judiciaire. Ainsi, s'il se trouve dans une situation où il ne peut plus apprécier sa situation, le contrat entre en vigueur. Supposons qu'après un certain temps, les facultés intellectuelles viennent à diminuer, de sorte que les conditions pour une mesure de protection judiciaire soient remplies, de même que la condition nécessaire à la mise en œuvre du contrat l'est aussi. Or le contrat passé entre X et Y accorde le droit à ce dernier de réaliser certains actes, limitativement énumérés et ceci ce qui s'avère insuffisant. En ce cas, Y doit lancer une demande de protection judiciaire (art. 10 al. 1). La désignation d'un mandataire de justice paralyse le mandat de protection future. Si par la suite les facultés intellectuelles de X disparaissent entièrement, Y peut demander la désignation d'un surveillant auprès du tribunal, la désignation de ce dernier a pour effet de mettre fin à la mesure judiciaire prise antérieurement.

Le second exemple part de l'hypothèse selon laquelle un mandataire a été désigné et il exerce ses fonctions. Or les actes qu'il peut passer sont limitativement énumérés et il est confronté à certains actes nécessaires pour lesquels aucun pouvoir ne lui a été confié. En ce cas, une mesure de protection judiciaire doit être mise en œuvre, probablement une tutelle. En ce cas, le mandat prend fin avec la désignation du tuteur (art. 10 al. 3).

Il résulte de ces dispositions que protection judiciaire et mandat de protection future ne peuvent coexister en même temps.

III. DIFFICULTÉS ET PISTES DE SOLUTION

1. *Les difficultés posées par le système de protection des majeurs et propositions de réforme*

Les trois modes de protection légale des majeurs, assistance, curatelle, tutelle, portent atteinte à la capacité juridique des personnes, ceci est contraire à la convention de l'ONU.

Si une personne n'a plus la capacité suffisante pour désigner un mandataire, ou si elle dispose de cette capacité, mais qu'elle ne peut trouver la personne adéquate, ses affaires doivent tout de même être réglées, alors une forme de protection dont le domaine et la durée seraient limités devrait pouvoir être organisée. Même si un tuteur est désigné, dans les cas où le concerné dispose encore, même diminuées de ses facultés, le tuteur ne devrait-il pas agir en qualité de représentant, afin de laisser au protégé le moyen, dans la mesure du possible, d'agir par lui-même, et si nécessaire avec l'appui du tuteur ? Plus encore, il faudrait qu'en cas de « danger grave et important », lorsque le tuteur n'a pas donné son accord, déclarer nuls *de lege ferenda* les actes passés. Comme en droit allemand, une « clause de réserve de confirmation » (en droit autrichien, une « clause de réserve d'acceptation ») devrait être instituée. Dans ce cadre, une limitation de la capacité juridique de la personne protégée est inévitable. En conséquence, les trois formes semblent inutiles et une seule forme de protection serait suffisante.

Plus encore, il faudrait envisager que la protection puisse prendre fin, soit à l'issue de la gestion des affaires pendantes, soit après l'écoulement d'une certaine durée, (ici une durée maximale de 3 ans devrait être prévue). Même si les affaires courantes doivent être traitées, une vérification d'ensemble devrait être réalisée à l'échéance de la période, afin de vérifier si la nécessité de la protection perdure. En ce cas, un processus de prolongation devrait être prévu. D'un autre côté, le tuteur devrait pouvoir, à partir du moment où il entre en fonction, vérifier si la mise en place d'un mandat volontaire de représentation est possible, et pouvoir transmettre ses fonctions à un mandataire choisi par la personne.

2. *Les difficultés posées par le mandat de protection future et propositions de réforme*

a) *Les difficultés*

Lorsqu'un mandataire est librement désigné par la personne concernée, il n'y a pas d'atteinte à sa capacité juridique, par conséquent, ce mécanisme n'est pas en contradiction avec la convention de l'ONU. Cependant, jusqu'à maintenant, force est de constater que le système est peu utilisé. Ceci peut

venir du fait que plusieurs années doivent s'écouler jusqu'à ce que les facultés intellectuelles de la personne soient altérées. Durant ce laps de temps, et afin de conserver la relation de confiance qui existe entre le mandataire et le concerné, il pourrait être envisagé de passer un contrat en vertu duquel il se verrait confier une sorte de surveillance régulière. Ensuite, lorsque la condition suspensive du mandat de protection future vient à être remplie, c'est à dire lorsque les facultés intellectuelles de la personne diminuent, le mandat s'y substitue. Les rapports de la Commission d'aide et de soutien aux personnes âgées de l'Ordre des notaires font état du fait que, dans beaucoup de cas, on observe que dans les cas où un mandat ayant pour objet la gestion des biens de la personne a été conclu, le mandat de protection future n'est pas mis en œuvre, même si ses conditions viennent à être remplies. Une raison possible à ce phénomène, est qu'avec l'entrée en vigueur du mandat de protection, une gestion illimitée des affaires du protégé devient impossible, ce que l'on essaie d'éviter.

A mon avis, le faible recours à l'institution s'explique par les raisons suivantes. En premier, il existe une lacune entre la prise de conscience de la personne (une mise en œuvre à partir du moment où les facultés sont fortement déficientes ou lorsqu'elles disparaissent est souhaitable) et la survenance de la condition légale (le moment où les facultés ne suffisent plus). Par ailleurs, les tribunaux aux affaires familiales ne suscitent pas la confiance des concernés, car les juridictions ne peuvent pas exercer de surveillance directe, mais seulement un contrôle indirect par l'intermédiaire du surveillant du mandataire. De plus, la tutelle légale et le mandat de protection future ne peuvent pas être mis en œuvre de manière parallèle, enfin il est possible que le mandataire choisi ne puisse pas exercer son mandat alors même que les conditions sont remplies.

b) Propositions de réforme

Il faut prendre en considération le fait que l'institution du mandat de protection future serait mieux utilisé si l'on évitait les comportements déviants et si l'on réduisait l'écart qui existe entre la prise de conscience du citoyen et la réalisation des conditions prévues par la loi.

En premier lieu, au moment de la formation du mandat de protection, alors que le concerné possède encore suffisamment ses facultés pour comprendre le sens du mandat, le transfert de pouvoir et l'étendue des affaires transférées, alors il a le droit de le passer, ainsi que le prévoit le droit autrichien. Même au Japon, certaines décisions des juridictions du fond prennent en considération la volonté du protégé pour certaines questions. Les arguments suivants partent de ce principe. Les contrats doivent être passés sous forme notariée, comme c'est le cas actuellement, et en cas de doute sur

les facultés du concerné, le notaire doit être en mesure d'exiger une expertise médicale. Cette expertise médicale devrait être utilisée. En d'autres termes, il ne s'agit pas de savoir si les facultés dans leur ensemble sont présentes, mais de vérifier si le concerné dispose de suffisamment de facultés pour comprendre le sens du mandat en question.

Deuxièmement, même si le concerné dispose de ses facultés au regard des différents actes à accomplir, le mandat devrait entrer immédiatement en vigueur. Le représentant choisi détiendrait le pouvoir de représentation, mais l'entrée en vigueur du contrat ne signifierait pas qu'il exerce obligatoirement son droit de représentation. Bien plus, il s'agirait que le concerné aie la possibilité de s'occuper de ses propres affaires dans la plus grande indépendance possible, et seulement en cas de besoin avec le soutien et l'accompagnement du mandataire. Une telle conception traduirait la volonté de respecter réellement la volonté de la personne.

Troisièmement, le tribunal de la famille devrait exercer directement la surveillance du mandataire choisi. Le projet de loi autrichien devrait servir ici d'exemple (mandat de protection future et représentation des majeurs). Considérant le fait que l'efficacité de la surveillance des tutelles légales par les tribunaux aux affaires familiales est sujette à discussion, il paraît encore plus douteux que ceux-ci soient en mesure d'élargir leur surveillance aux cas des mandats de protection future. Il serait envisageable que ces tribunaux, lors de la demande de protection du majeur, transfèrent petit à petit la surveillance aux centres régionaux de protection des majeurs, auxquels ils sont liés, en particulier à ceux qui sont bien équipés en structures et en personnel. Il faudrait alors veiller à commencer à petite échelle et à choisir les centres qui peuvent remplir un tel rôle, pour pouvoir étendre ce dispositif par la suite.

Quatrièmement, le droit actuel, qui ne permet pas la coexistence de la protection légale et du mandat de protection future, doit être modifié. S'il advient que le mandataire devienne lui-même incapable, ou s'il rencontre quelques difficultés dans l'exercice sa mission, le mandat devrait pouvoir être révoqué ; lorsque la mise en œuvre de la protection légale permettrait de dépasser les limites rencontrées par le mandat, le mandataire pouvoir continuer de représenter le concerné. Le problème de sa rémunération se pose, cependant ceci est une autre question que nous n'avons plus le temps d'aborder.

Je termine ainsi ma présentation. Merci pour votre attention.

Tōkyō, mars 2017

La culture et la personne en droit international privé de la famille

*Yuko Nishitani**

- I. Introduction
- II. L'incidence de l'identité culturelle et la loi personnelle
 - 1. Considérations générales
 - 2. La détermination objective de la loi personnelle
- III. La dichotomie entre la nationalité et la résidence habituelle
 - 1. Les méthodes de coordination
 - 2. La mise en œuvre de l'autonomie de la volonté
- IV. Conclusion

I. INTRODUCTION

Les phénomènes de globalisation sont caractérisés par l'essor dynamique d'un mouvement transfrontalier des personnes, des marchandises, des services et des capitaux.¹ La souveraineté des États-nations est désormais en recul, de sorte qu'ils ne peuvent plus revendiquer de pouvoirs politiques, économiques et sociaux exclusifs à l'égard des autres États-nations, que ce soit à l'extérieur de leurs frontières ou à l'intérieur, quant aux ressortissants des autres pays. En Europe, un flux élevé de travailleurs, d'immigrés et de demandeurs d'asile a graduellement changé la physionomie de la société d'accueil. Le respect et l'accommodement des cultures, des mœurs et des valeurs divergentes posent un défi important au regard des principes fondamentaux et des droits humains du pays récepteur. Les personnes n'appartiennent plus de par leur nationalité à un État-nation, elles sont pourvues de multiples identités relevant de diverses communautés culturelles, religieuses, ethniques ou indigènes, indépendamment de celles de l'État d'origine ou de celui d'accueil. Plus les sociétés deviennent multiculturelles et multi-ethniques, plus l'appartenance des individus se relativise et se multiplie.²

* Professeur de droit international privé à l'Université de Kyōto, Japon.

1 A propos des phénomènes de « globalisation » ou de « mondialisation », V. M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel* (Paris 2004), 7 *et s.* ; Y. LEQUETTE, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme?* », *Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye* 387 (2017) 306 *et s.*

Face à ces phénomènes de la globalisation, se pose le défi important de déterminer la loi personnelle qui règle les rapports juridiques familiaux transfrontaliers. Les règles de conflit dans les systèmes juridiques continentaux, comme ceux de la France, de l'Allemagne et du Japon, se rattachent traditionnellement à la nationalité de la personne pour régler ces rapports depuis le début du XIX^e siècle. La plupart des pays asiatiques, comme le Japon, la Corée du Sud et Taïwan, maintiennent encore ce principe. Toutefois, au sein des pays européens et dans diverses Conventions de La Haye, on observe récemment une nette tendance à abandonner le principe de la nationalité au profit de celui de la résidence habituelle. En effet, appliquer la loi de l'Etat dans lequel la personne concernée réside habituellement est devenu une politique législative au niveau national, régional et international. La diversité des méthodes de rattachement de la loi personnelle est remarquable, ce qui peut être un obstacle à l'harmonie internationale des décisions et à la coordination des ordres juridiques contemporains.

Face à ces derniers développements, il nous paraît nécessaire de réfléchir à la meilleure voie afin de désigner la loi régissant les rapports juridiques familiaux transfrontaliers.³ Dans cet art., nous allons évaluer les avantages et les inconvénients des méthodes de détermination de la loi personnelle dans le droit international privé contemporain. Dans le but de satisfaire les conditions et les exigences du multiculturalisme et de réaliser une société fondée sur celui-ci, nous allons nous concentrer sur la mise en œuvre l'identité culturelle de l'individu dans les relations familiales internationales.

De ce fait, l'état actuel des méthodes objectives de détermination de la loi personnelle et leur pertinence afin de réaliser l'identité culturelle de l'individu sera abordé dans un premier temps (I). Après avoir exposé les considérations générales sur le respect de l'identité culturelle en droit international privé de la famille, nous analyserons les éléments objectifs les plus représentatifs du rattachement de la loi personnelle, à savoir la nationalité et la résidence habituelle. A cet égard, il faut ajouter que la démarche de cette recherche sera limitée aux systèmes juridiques du *civil law* car les pays du *common law*, comme le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada et l'Australie, désignent en général la loi du domicile ou la loi du for pour régir les relations familiales, elles rejettent la possibilité de se référer à la loi na-

2 M.-C. FOBLETS/N. YASSARI, Cultural Diversity in the Legal Framework : Modes of Operation, in : Foblets/Yassari (éds.), *Approches juridiques de la diversité culturelle* (Leiden/Boston 2013) 3 *et s.*

3 H. MUIR WATT, Private International Law beyond the Schism, *Transnational Legal Theory* 2 (3) (2011) 354 *et s.* ; H. MUIR WATT, The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate, in : Muir Watt/Fernández Arroyo (éds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford 2014) 1 *et s.*

tionale de la personne.⁴ Après cette observation, nous analyserons les méthodes qui peuvent permettre de surmonter la dichotomie entre le principe de la nationalité et celui de la résidence habituelle (II.). Nous verrons l'utilité et la signification de l'autonomie de la volonté, puis sa mise en œuvre dans les rapports juridiques de famille en Europe et en Asie, en tenant compte de ses limites au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Quelques remarques et idées sur les développements à venir conflueront cette contribution.

II. L'INCIDENCE DE L'IDENTITE CULTURELLE ET LA LOI PERSONNELLE

1. *Considérations générales*

En général, bien que l'Etat et la société aient un intérêt légitime à régler les rapports juridiques au sein de la famille, ce sont les individus, en tant qu'acteurs privés, qui sont les plus impliqués. Il s'agit de leurs relations intimes, de leurs vies quotidiennes qui sont à l'origine de situations juridiques de longue durée.⁵ Concernant les relations familiales transfrontalières qui impliquent des ordres juridiques différents, il s'avère dès lors opportun de désigner la loi applicable qui reflète le mieux l'identité culturelle de l'individu. Ceci permettrait de consacrer des rapports familiaux en droit international privé qui reflètent les mœurs, les traditions, la morale, les religions et la culture de l'individu.⁶

Or, l'identité de la personne est perçue de manière intime et subjective. L'identité se forme et se cristallise graduellement par un processus de prise de conscience de soi-même à travers les rencontres avec les autres. En constituant une certaine identité, l'individu se définit comme le membre d'un groupe selon différents éléments, comme l'origine ethnique, la couleur, le genre, l'âge, la famille, le travail, l'école, le club, la culture, la religion, la ville, la région ou la nation. En se découvrant une communauté d'appartenance avec les éléments d'une certaine collectivité, chaque personne forme son identité. C'est une auto-perception de l'individu qui dépend du temps et du lieu, ainsi que du contexte et de la relation personnelle.⁷ Lorsque Sadiq Khan a été élu maire de Londres en 2016, il a déclaré :

4 V. A. V. DICEY/J. H. C. MORRIS/L. COLLINS, *The Conflict of Laws* (15^e éd., London 2012), paragraphes 6–166 *et s.*

5 B. HOFFMANN/K. THORN, *Internationales Privatrecht* (9^e éd., Munich 2007) 186.

6 Cf. J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel* (Bruxelles 1992) 249 *et s.* ; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, *Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye* 359 (2012) 404 *et s.*

7 A. SEN, *Identity & Violence. The Illusion of Destiny* (London *et al.* 2007), 4 *et s.*, 10 *et s.* ; Y. M. DONDEERS, *Towards a Right to Cultural Identity ?* (Antwerpen 2002)

« Chacun a multiples identités. Je suis citoyen de Londres, britannique, Anglais d'origine asiatique et de descendance pakistanaise, père, mari, adepte du club de foot de Liverpool, membre du Parti Travailleiste, membre de la Société Fabienne et musulman ».⁸

En effet, l'identité de l'individu est nécessairement multiple et relative, elle change et se développe dynamiquement au cours du temps.⁹

Dans ce contexte, il convient de se souvenir des débats qui ont accompagné l'introduction de l'art. 310 du Code civil français en 1975.¹⁰ Cette règle de conflit sur le divorce désignait la loi française lorsque les deux époux étaient de nationalité française ou domiciliés en France. En cas de divorce, les couples étrangers vivant en France étaient dès lors soumis à la loi française. De par cette règle de conflit unilatérale, le législateur français envisageait de faciliter la mise en œuvre de la loi applicable et de promouvoir l'intégration des Etrangers dans la société d'accueil.¹¹ Cependant, cette décision législative a suscité de vives polémiques, soit du point de vue théorique des conflits de lois, soit au regard du résultat pratique d'obliger de nombreux couples marocains résidant en France à divorcer selon la loi française.¹² Les représentants du Maroc en ont contesté cette règle face à leurs homologues français afin de chercher une solution diplomatique. En vue de respecter l'identité culturelle des couples marocains, la France a finalement décidé de conclure une convention bilatérale avec le Maroc (1981), garantissant l'application de la loi nationale au profit de ceux-ci en cas de divorce en France.¹³

30 *et s.* ; C. TAYLOR, *The Politics of Recognition*, in : Gutmann (éd.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Princeton 1994) 25 *et s.*

8 The Telegraph, 8 mai 2016 (disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/>).

9 SEN, *supra* note 6, 28 *et s.*

10 Il a été introduit en 1975 (loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce) et transféré à l'art. 309 en 2005 (ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation). Aujourd'hui, la France est liée par le règlement Rome III pour la détermination de la loi régissant le divorce (*infra* note 60).

11 J. FOYER, L'article 310 nouveau du Code civil, *Semaine juridique*, éd. générale 1976, I-2762.

12 P. COURBE, Le divorce international : premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil, *Travaux du Comité français de droit international privé 1988-1990*, 123 *et s.* ; Ph. FRANCESKAKIS, Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international, *Revue critique de droit international privé 1975*, 554 *et s.* ; P. MALAURIE, La législation de droit international privé en matière de statut personnel, *Travaux du Comité français de droit international privé 1975-1977*, 178 *et s.* ; P. MAYER/V. HEUZE, *Droit international privé* (11^e éd., Issy-les-Moulineaux 2014) n° 579 *et s.*

13 Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ; F. MONEGER, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *Revue critique de droit international privé 1984*, 267 *et s.*

Comme cet exemple le montre bien, la détermination de la loi personnelle peut avoir une incidence sur le respect de l'identité culturelle des personnes dans une société multiculturelle contemporaine. Déterminer la loi régissant les relations familiales transfrontalières est une question délicate. Quelle serait alors la meilleure méthode permettant de désigner la loi personnelle qui reflète l'identité culturelle de l'individu ? Les éléments de rattachement classiques pour la déterminer relèvent de la nationalité et de la résidence habituelle.

2. La détermination objective de la loi personnelle

a) Le principe de la nationalité

aa) Considérations historiques

L'origine du principe de la nationalité est liée à la formation des États-nations au XIX^e siècle. Ce fut le Code civil français (1804)¹⁴ qui marqua le début du principe de la nationalité, en prévoyant l'application de la loi française aux citoyens français, afin de les faire jouir de la législation la plus avancée en Europe, celle qui résultait de la Révolution. De manière comparable, le législateur autrichien de l'*ABGB* (1811)¹⁵ adopta des règles de conflit unilatérales en se référant à la loi nationale uniquement pour les ressortissants autrichiens.

Vers la deuxième moitié du XIX^e siècle, Pasquale Stanislao Mancini, homme savant, politique et juriste à l'époque du *Risorgimento* en Italie, fournit un fondement théorique au rattachement bilatéral à la nationalité, soit pour les propres ressortissants d'un État, soit pour ses ressortissants étrangers. Sous la direction de Mancini, le rattachement bilatéral fut inséré dans la législation italienne (1865).¹⁶ D'après lui, chaque individu était

14 Art. 3, al. 3 Code civil (1804).

15 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 3 et 34 (1811).

16 Art. 6 à 12 des dispositions préliminaires du Code civil italien (1865). Pour le principe de la nationalité chez Mancini, V., *inter alia*, E. JAYME, Pasquale Stanislao Mancini. IPR zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz (Ebelsbach 1980) 3 *et s.*; E. JAYME, Mancini heute – Einige Betrachtungen, in: Festschrift Konrad Zweigert (Tübingen 1981) 145 *et s.*; E. JAYME, Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 177 (1982 IV) 29 *et s.*; H.-P. MANSEL, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität (Munich 1986) (ci-après « *Personalstatut* ») 28 *et s.*; H.-P. MANSEL, L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896, in: Liber Memorialis François Laurent 1810–1887 (Bruxelles 1989) 869 *et s.*; Y. NISHITANI, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (ci-après « Mancini ») (Heidelberg 2000) 156 *et s.*; Y. NISHITANI, Global Citizens and Family Relations (ci-après « *Global Citi-*

empreint des caractéristiques de la nation à laquelle il appartenait, comme la race, l'histoire, la tradition, la langue, la religion, les mœurs et les lois, ainsi que de la conscience de la nationalité. Les États souverains étaient obligés d'accepter les Étrangers dont les statuts familiaux étaient attribués par leur État d'origine.¹⁷ S'appuyant sur les principes d'égalité et de respect mutuel des États-nations, Mancini réussit à établir un principe de la nationalité en conformité avec les méthodes bilatérales des conflits de lois.

Sous l'influence de l'école italienne¹⁸ le principe de la nationalité se répandit dans les autres systèmes juridiques continentaux au cours du XIX^e siècle.¹⁹ Ce fut également le cas avec l'Allemagne (1896) et le Japon (1898).²⁰

bb) Les significations actuelles de la nationalité

(1) Asie

Lors de la réforme du droit international privé japonais (*Hōrei*) de 1989 afin de réaliser l'égalité entre les époux, le parlement japonais a décidé,

zens ») Erasmus Law Review 7 (3) (2014) 136 ; L. I. de WINTER, Nationality or Domicile ? The Present State of Affairs », Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 128 (1969 III), 373 *et s.*

17 V. P. S. MANCINI, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, Journal de droit international Clunet 1 (1874) 293 ; P. S. MANCINI, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, in : Diritto internazionale (Napoli 1873) 27 *et s.*, 57 *et s.*

18 V., e.g., E. CATELLANI, Les maîtres de l'École italienne du droit international au XIX^e siècle, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 46 (1933 IV) 705 *et s.*

19 MANSEL, Personalstatut, *supra* note 16, 28 *et s.* ; DE WINTER, *supra* note 16, 373 *et s.*

20 Art. 3 *et s.* du *Hōrei* (Loi n° 27 du 21 juin 1898). Y. NISHITANI, Mancini and the Principle of Nationality in Japanese Private International Law, in : Mansel *et al.* (éds.), Festschrift Erik Jayme, vol. 1 (Berlin 2004) 627 *et s.* Le *Hōrei* adopta le principe de la nationalité conformément à la tendance de la majorité des pays étrangers de l'époque (V. *Hōten Chōsa-kai* (éd.), *Hōrei giji sokki-roku* [Rapport en sténographie sur les délibérations législatives relatives au *Hōrei*] (Tōkyō 1986, réédition), 43, 47 ; *Hōten Chōsa-kai* (éd.), *Hōrei shūsei-an riyū-sho* [Rapport législatif sur la révision de l'ancien *Hōrei*, rédigé par Saburo Yamada] (Tokyo 1898) arts. 3 à 4, 13 à 16). Le colonialisme du Japon exigea l'assimilation des peuples subordonnés, bien que l'application de leur loi nationale ait été prévue. Sur l'identité de la nation japonaise à l'époque, V. E. OGUMA, *Tan-itsu minzoku shinwa no kigen. 'Nihon-jin' no jigazō no keifu* [L'origine d'une nation unique. La généalogie d'un autoportrait des « Japonais »] (Tōkyō 1995) 71 *et s.*

après de nombreuses délibérations, de maintenir le principe de la nationalité.²¹ Les éléments qui justifient cette décision législative se laissent synthétiser comme suit :

Premièrement, outre les avantages pratiques du rattachement à la nationalité, telles que la clarté, la stabilité et la continuité, le législateur a considéré que la nationalité reflétait les coutumes et les traditions auxquelles est attachée une personne. De plus, il a craint qu'un changement de rattachement au profit de la résidence habituelle, qui aurait entraîné l'application de la loi japonaise aux Coréens, aux Chinois et à de nombreux autres étrangers vivant au Japon, puisse être compris comme l'instrument d'une politique d'assimilation et une marque d'impérialisme de la culture japonaise.²² La considération du respect de l'identité culturelle des étrangers a été invoquée en faveur du maintien du principe de la nationalité.

Deuxièmement, la loi japonaise relative à la nationalité repose sur le principe du *jus sanguinis* et elle maintient la règle traditionnelle de la « nationalité unique et exclusive ».²³ Par conséquent, en principe, une personne étrangère doit renoncer à sa nationalité d'origine pour pouvoir être naturalisée au Japon (art. 5) et une personne mineure détenant la double nationalité, doit choisir entre la nationalité japonaise ou étrangère lorsqu'elle atteint l'âge de majorité (art. 14)²⁴ Au regard de ces règles particulièrement strictes, on estime que les personnes possédant la nationalité japonaise ont, dans la plupart des cas, un lien effectif avec le Japon (« nationalité effec-

-
- 21 V. T. KONO, Staatsangehörigkeitsprinzip und Reform des japanischen Internationalen Privatrechts, in : Jayme/Mansel (éds.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht (Heidelberg 1990) 262 *et s.* Ces règles de conflit ont été confirmés dans la réforme de 2006 réalisée par la promulgation de la Loi sur les règles générales d'application des lois (loi n° 78 du 21 juin 2006) (ci-après « LRGAL ») ; pour une traduction française, V. Y. OKUDA/N. TOUBKIN, Loi sur les règles générales d'application des lois (*Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*). Loi n° 78 du 21 juin 2006 reformant la loi n° 10 de 1898, *Journal de droit international Clunet* 2007, 921 *et s.*
- 22 T. MINAMI, *Kaisei hōrei no kaisetsu* [Réforme du *Hōrei* expliquée] (Tōkyō 1992) 46 *et s.* ; J. TORII, Revision of Private International Law in Japan, *Japanese Annual of International Law* 33 (1990) 54 *et s.* ; J. YOKOYAMA, Private International Law in Japan (Alphen aan den Rijn 2013) 28 *et s.* ; aussi Y. NISHITANI, *Kokusai kazoku-hō ni okeru kojīn no 'identity'* [L'identité de l'individu en droit international privé de la famille], *Minshōhō Zasshi* 152 (3) (2015) 239 *et s.*
- 23 Art. 2 et 3 de la loi japonaise sur la nationalité (*Kokuseki-hō*) (loi n° 147 du 4 mai 1950, modifiée en 2008).
- 24 De plus, lorsque l'enfant né à l'étranger obtient à la naissance tant la nationalité japonaise qu'une nationalité étrangère, il lui faut déclarer expressément qu'il ou elle entend conserver la nationalité japonaise sous peine de la perdre rétroactivement (art. 12). La constitutionnalité de cette règle a été récemment confirmée par la Cour suprême en 2015 (Cour suprême japonaise, 10 mars 2015, *Minshū* 69-2, 265).

tive »). Puisque le nombre d'étrangers vivant sur le sol japonais est encore limité à 2,7 % de la population,²⁵ l'application de la loi nationale peut encore refléter les cultures, les coutumes et les valeurs traditionnelles dont la personne concernée est empreinte.

Troisièmement, la pratique de l'état civil a joué un rôle significatif. Au Japon, il est notable que non seulement la célébration du mariage, mais aussi le divorce par consentement mutuel, la reconnaissance de paternité et l'adoption simple s'effectuent par une simple déclaration auprès de l'officier de l'état civil.²⁶ Or, celui-ci est dépourvu d'autorité pour examiner les faits et les règles juridiques de manière substantielle, il est obligé de se limiter à la vérification formelle des documents soumis par les parties. Si la résidence des parties avait été choisie comme rattachement prioritaire, cette limite aurait considérablement compliqué sa détermination. Finalement, eu égard à la mise en œuvre effective des règles de conflit, la loi nationale de la personne continue d'être appliquée.²⁷

Au regard de ces considérations, la politique législative de rattachement à la nationalité mérite d'être maintenue au Japon. La Corée du Sud (2001),²⁸ Taïwan (2010)²⁹ parmi d'autres pays asiatiques ont encore recours à ce principe,³⁰ toutefois la Chine (2010) est passée au principe de la rési-

25 Fin 2018, la population du Japon a diminué de 126 443 180 habitants et le nombre des étrangers était 3 423 060. Les Chinois étaient 958 257, les Taïwanais 141 458, les Coréens du Sud 543 938, les Coréens du Nord 29 559 les Vietnamiens 337 162 et les Philippins 307 694. Le nombre de Brésiliens a augmenté rapidement à la suite de la réforme de la loi sur l'immigration favorisant le séjour des deuxième et de troisième générations d'émigrés japonais en 1990. Ce nombre avait atteint 313 771 en 2007, mais s'est rapidement réduit à 204 347 en 2018. Pour les statistiques, V. <http://www.moj.go.jp/> et <http://www.e-stat.go.jp/>.

26 Art. 739, 763 à 765, 779, 781, 800 et 819 Code civil japonais ; V. Y. NISHITANI, *Das japanische Familienregister und grenzüberschreitende Rechtsverhältnisse*, ZJapanR/J.Japan.L 14 (2002) 229 *et s.* ; Y. NISHITANI, *Reformüberlegungen zum japanischen Familienrecht*, in : Gebauer/Huber (éds.), *Gestaltungsfreiheit im Familienrecht* (Tübingue 2017) 114 *et s.*

27 De même, les rattachements en cascade prévoient une référence subsidiaire à la résidence habituelle (surtout les art. 25 et 28). Le ministère de la Justice a ainsi édicté une circulaire sur la constatation de la résidence habituelle pour faciliter la tâche de l'officier de l'état civil. D'après les critères de la circulaire, la résidence habituelle est en principe acquise après cinq années de séjour. Mais certains cas particuliers sont envisagés, par exemple l'étranger marié avec une Japonaise qui s'installe au Japon, acquiert la résidence habituelle au bout d'un an. V. la circulaire (*tsūtatsu*) du ministère de Justice du 2 octobre 1989 (Min-ni, No. 3900).

28 Art. 11 *et s.* du droit international privé (DIP) coréen (loi n° 6465 du 7 avril 2001).

29 Art. 9 *et s.* DIP taïwanais (loi du 26 mai 2010).

30 A. KUNITOMO, *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im japanischen Internationalen Privatrecht*, in : Kroeschell/Cordes (éds.), *Vom nationalen zum transnationalen*

dence habituelle, en raison de la pluralité des systèmes juridiques qui coexistent au sein du pays.³¹

(2) Europe

Contrairement à l'Asie, dans les autres parties du monde, le sens du rattachement à la nationalité change peu à peu. Traditionnellement, cette notion exprime l'appartenance de l'individu à un Etat-nation. Après leur fondation à l'époque moderne, ceux-ci ont fixé respectivement les conditions d'obtention de la qualité de ressortissant, afin de délimiter l'étendue de leur population et de définir ses caractéristiques. L'unité de la nation a été conçue différemment selon les États, s'appuyant soit sur le *jus sanguinis* du peuple en Allemagne et au Japon,³² soit sur la collectivité territoriale constituée par les résidents en France³³ soit sur « l'allégeance perpétuelle » à la Couronne au Royaume-Uni.³⁴ En général, les conditions d'acquisition de la nationalité à la naissance reflètent cette conception. Le principe du *jus sanguinis*, c'est-à-dire de l'acquisition de la nationalité sur la base de la consanguinité, a été adopté au Japon et en Allemagne, tandis que la France

Recht (Heidelberg 1995) 118 *et s.* Les pays asiatiques qui suivent traditionnellement le principe de la nationalité sont l'Afghanistan (W. M. NASEH, Conflict of Laws – State Practice in Afghanistan, in : Garimella/Jolly (éds.), Private International Law. South Asian State's Practice (Singapore 2017) 75 *et s.*, l'Indonésie (S. GAUTAMA/H. WIKNJOSASTRO, Some Aspects of Indonesian Private International Law, Malaya Law Review 32 (2) (1990) 420 *et s.*), la Thaïlande (loi 10 mars 1938 dite « Conflict of Laws Act, B.E. 2481 ») et le Vietnam (T. H. T. NGUYEN, Private International Law in Vietnam (Tubingue 2016) 2 *et s.*).

- 31 Code du droit international privé chinois (loi du 28 octobre 2010) ; V. R. HUANG, *Chūkoku kokusai shihō no hikaku-hō-teki kenkyū* [Études comparatives sur le droit international privé chinois] (Nara 2015) 49 *et s.* ; S. DEISSNER, Interregionales Privatrecht in China. Zugleich ein Beitrag zum chinesischen IPR (Tubingue 2012) 171 *et s.*
- 32 H. EGAWA/Y. HAYATA/R. YAMADA, *Kokuseki-hō* [Loi sur la nationalité], (3^e éd., Tōkyō 1997) 38 *et s.*, 59 *et s.* ; S. SHIMIZU, *Europe to Doitsu kokuseki-hō no kai-sei : 'Schröder' seiken to gaikoku-jin no 'shakai tōgō'* [Réformes des lois sur la nationalité en Europe et en Allemagne : le gouvernement de Schröder et l'intégration sociale des étrangers], in : Miyajima/Yoshimura (éds.), *Imin, 'minority' to hen-yō suru sekai* [Immigrés, minorités et le monde en mutation] (Tōkyō 2012) 126 *et s.* ; cf. F. J. NEUMANN, *Volk und Nation* (Leipzig 1888) 108 *et s.*
- 33 R. BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany* (Cambridge/MA *et al.* 1992) 3 *et s.*
- 34 M. TADOKORO, *Kokusai jinkō idō to kokka ni yoru 'membership' no 'governance'* [La circulation transfrontalière de la population et la gouvernance de leurs membres par les États], in : Endo (éd.), *'Global Governance' no rekishi to shisō* [L'histoire et l'idéologie de la gouvernance globale] (Tōkyō 2010) 202 *et s.*

se réfère au principe du *jus soli* depuis 1851, qui est venu s'ajouter à celui du *jus sanguinis*.³⁵

Aujourd'hui, la France emploie soit le principe du *jus sanguinis*, soit le principe du *jus soli*, et elle accepte largement la double nationalité. Cette politique législative vise à maintenir le lien avec les Français émigrés et, en même temps, à promouvoir la formation d'une communauté avec les résidents en France en tant que société d'accueil, dans la mesure où les familles y vivent depuis plusieurs générations.³⁶ En effet, la proportion d'individus qui possèdent la nationalité française est limitée à quarante pour cent chez les immigrés de la première génération, tandis qu'elle s'élève à quatre-vingt-dix-huit pour cent chez ceux de la deuxième et de la troisième génération.³⁷

Or, de manière remarquable, l'Allemagne a également introduit le *jus soli* en 1999, tout en maintenant le *jus sanguinis*, en raison de la nécessité de faciliter l'intégration sociale des immigrés ayant une résidence habituelle de longue durée dans le pays. D'après ces règles, toute personne née en Allemagne acquiert la nationalité allemande si un de ses parents y réside habituellement au moins depuis huit ans.³⁸ De plus, il n'est plus requis de choisir entre la nationalité allemande et étrangère pour les nationaux d'un des Etats-membres de l'Union européenne (UE) ou de la Turquie.³⁹ De par ces développements, les lois sur la nationalité convergent peu à peu dans divers pays européens.⁴⁰

Face à ce phénomène contemporain, l'incidence de la nationalité se relativise en Europe. Les individus ne sont plus empreints des caractéristiques d'un seul Etat-nation, comme la « race » (origine ethnique), l'histoire, la tradition, la langue, la religion, les mœurs, les lois ou la conscience de la nationalité, comme Mancini l'avait présumé. Les individus possèdent plutôt une appartenance à plusieurs États et tentent souvent d'acquérir une

35 V. les art. 18 *et s.* du Code civil français.

36 L'enfant obtient la nationalité française si un de ses parents est de nationalité française, ou par naissance en France si un de ses parents est né en France (art. 18 *et s.* Code civil). Si seul l'enfant est né en France, il peut acquérir la nationalité française à l'âge de majorité, sous réserve de certaines conditions (art. 21-7 Code civil).

37 Fiches thématiques : Population immigrée, 115 (disponible sur : <http://www.insee.fr/>).

38 Art. 4, al. 3, n° 1 Staatsangehörigkeitsgesetz (BGBl. 1999 I 1618) ; C. BENICKE, Auswirkungen des neuen Staatsangehörigkeitsrechts auf das deutsche IPR, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2000, 171 *et s.*

39 Zweites Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes, du 13 novembre 2014, BGBl. 2014 I 1714.

40 R. HANSEN/P. WEIL, Citizenship, Immigration and Nationality: Towards a Convergence in Europe ?, in : Hansen/Weil (éds.), Towards a European Nationality. Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU (Hampshire *et al.* 2001) 5 *et s.*

nationalité étrangère pour des raisons politiques, économiques ou utilitaires. Il est intéressant de constater que même les États considèrent désormais qu'une multiple affiliation de leurs ressortissants, y compris ceux d'autres États, est plus favorable que désavantageuse.⁴¹ Par conséquent, la nationalité ne peut plus être caractérisée par le symbole de l'allégeance exclusive de l'individu à un Etat ou le « plébiscite de tous les jours » pour reprendre les termes d'Ernest Renan.⁴² Plusieurs auteurs ont évoqué l'« argument de démocratie » pour justifier l'application de la loi nationale en droit international privé, à travers la participation des individus à la vie politique et législative de l'Etat dont ils sont ressortissants,⁴³ ceci s'avère fictif aujourd'hui au regard de la multiplicité des nationalités.⁴⁴

cc) L'identité culturelle

Du point de vue de l'identité culturelle, l'application de la loi nationale est justifiée aussi longtemps que les individus restent attachés à l'Etat dont ils sont ressortissants. En effet, lorsque les immigrants musulmans en Europe maintiennent des liens culturels et traditionnels avec leur Etat d'origine au Proche ou Moyen Orient, le principe de la nationalité signifierait de respec-

41 BRUBAKER, *supra* note 33, 144 *et s.* ; O. W. VONK, Dual Nationality in the European Union (Leiden 2012) 48 *et s.* ; G.-R. DE GROOT/H. SCHNEIDER, Die zunehmende Akzeptanz von Fällen mehrfacher Staatsangehörigkeit in West-Europa, in : Festschrift Koresuke Yamauchi (Berlin 2006) 65 *et s.*

42 A propos de la nation française, Renan a déclaré symboliquement en 1882 que « l'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours ». E. RENAN, Qu'est-ce qu'une nation ?, in : Ukai *et al.* (éds.), Qu'est-ce qu'une nation ? (édition japonaise : Tōkyō 1997) 62.

43 H.-P. MANSEL, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht. Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person ? (ci-après « Staatsangehörigkeit »), in : Jayme (éd.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht (Heidelberg 2003) 135 *et s.* ; H.-P. MANSEL, Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht (ci-après « Kulturelle Identität »), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 43 (2008) 164 *et s.* ; H.-P. MANSEL, The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States, in : Boele-Woelki *et al.* (éds.), Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr (Zürich 2010) 297 *et s.* ; C. STERN, Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa (Baden-Baden 2008) 48 *et s.* ; sur les débats au Japon, V. H. SANO, *Hōtekiyō tsūsoku-hō ni okeru hongoku-hō-shugi* [Le principe de la nationalité dans la LRGAL], Kokusai-hō Gaikō Zasshi 115 (3) (2016) 51.

44 Y. NISHITANI, Identité culturelle en droit international privé de la famille, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 401 (2019) chapitre III-B.

ter leur identité culturelle.⁴⁵ Ce serait le cas avec les immigrés marocains ou algériens qui continuent de pratiquer l'« endogamie », c'est-à-dire le mariage entre les cousins, ce qui a une incidence sur les successions au sein de la famille musulmane.⁴⁶ Un autre exemple est celui des femmes musulmanes qui à porter volontairement le voile, alors qu'elles auraient refusé de couvrir leur tête ou leur corps dans leur Etat d'origine.

Toutefois, même si les immigrés de la première génération restent régulièrement liés à la culture, les mœurs et la religion de leur Etat d'origine, cela ne s'applique plus nécessairement aux immigrés des deuxième ou troisième générations. Nés dans le pays récepteur et ayant obtenu la nationalité de celui-ci, les descendants d'immigrés peuvent être plutôt bien intégrés dans la société réceptrice. Ils deviennent sensibles à la culture et aux valeurs fondamentales de la société d'accueil en y vivant longtemps, de sorte qu'ils deviennent « biculturels » et appartiennent socialement et culturellement à la fois au pays d'origine et à celui de résidence habituelle.⁴⁷

La nationalité de l'Etat d'origine ne représentant qu'une partie des multiples identités de l'individu, elle ne peut pas être le seul critère utilisé pour définir l'appartenance d'un individu. Ce n'est dès lors que dans les cas « idéaux-typiques »⁴⁸ que l'identité d'une personne est reflétée dans sa nationalité.⁴⁹

b) Le principe de la résidence habituelle

aa) La situation actuelle en Europe

En Europe, le principe de la nationalité commença à être critiqué dès les années 1950. Il fut observé que l'acquisition de la nationalité, comme lien relevant du droit public entre l'Etat et l'individu, dépendait souvent de décisions politiques, sociales ou économiques, sans refléter les liaisons personnelles ou les relations familiales de la personne concernée au niveau du droit privé. De surcroît, la nationalité, en tant qu'élément de rattachement, présente des inconvénients intrinsèques en cas de double nationalité, d'apatride ou de réfugié. La réalisation de l'égalité des sexes rend également impossible de se rattacher à la nationalité en cas de mariage mixte. Dans ces cas, il faut se référer à un rattachement subsidiaire et supplémen-

45 BRUBAKER, *supra* note 33, 148.

46 E. TODD, *La diversité du monde. Structures familiales et modernité* (version japonaise : Tōkyō 2008) 206 *et s.*

47 MANSEL, *Staatsangehörigkeit*, *supra* note 43, 133.

48 MANSEL, *Staatsangehörigkeit*, *supra* note 43, 130 *et s.*, 135 ; H.-P. MANSEL, *Kulturelle Identität*, *supra* note 43, 164 *et s.*

49 D. MILLER, *Citizenship and National Identity* (Cambridge *et al.* 2000) 35.

taire, tel que la résidence habituelle, la conscience de l'appartenance ou le for, afin de déterminer la loi applicable.⁵⁰

Il est notable qu'à partir des années 1950, la Conférence de La Haye de droit international privé, dont l'objet est la création d'instruments internationaux, a adopté de nombreuses Conventions sur le fondement de la résidence habituelle en tant que notion uniforme, commune aux systèmes juridiques du *common law* et du *civil law*. Elle se substitue ainsi à la nationalité qui était le principe directeur uniquement en *civil law*.⁵¹ Elle se trouve notamment dans les Conventions qui ont particulièrement réussi en matière d'obligations alimentaire,⁵² d'enlèvement d'enfants,⁵³ d'adoption⁵⁴ et de

-
- 50 R. CASSIN, La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 34 (1930 IV), 752 *et s.* ; S. BRAGA, Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip ? (Erlangen 1954), 9 *et s.* ; E. WAHL, Zur Entwicklung des Personalstatuts im europäischen Raum », in : Wahl *et al.* (eds.), Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung (Heidelberg 1967) 123 *et s.* ; P.-H. NEUHAUS, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (2^e éd., Tubingue 1976) 210 *et s.*
- 51 Sur l'histoire du principe de la résidence habituelle, v. D. BAETGE, Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht (Tubingue 1994) 3 *et s.* ; J. KROPHOLLER, Internationales Privatrecht (6^e éd., Tubingue 2006) 281 *et s.* La notion de la résidence habituelle ne devrait pas se fonder sur la « quantité », c'est-à-dire la durée de séjour, mais sur la « qualité », notamment l'intégration dans l'environnement social et familial. Sur la notion de la résidence habituelle, V. A. DUTTA, Der gewöhnliche Aufenthalt. Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2017, 139 *et s.* ; N. LOWE/M. EVERALL QC/M. NICHOLLS QC, International Movement of Children, (2^e éd., Bristol 2016) paragraphes 2.21 *et s.* ; B. LURGER, Die Verortung natürlicher Personen im europäischen IPR und IZVR : Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Staatsangehörigkeit, in : von Hein/Rühl (éds.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Tubingue 2016) 217 *et s.* ; B. RENTSCH, Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts (Tubingue 2017) 68 *et s.* ; R. SCHUZ, The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis (Oxford *et al.* 2013) 175 *et s.* ; M.- P. WELLER/B. RENTSCH, Habitual Residence : A Plea for 'Settled Intention', in : Leible (éd.), General Principles of European Private International Law (Aphen aan den Rijn 2016) 175 ; pour la jurisprudence de la CJUE, V., *inter alia*, CJCE, 2 avril 2009, C-523/07 [A] ; CJUE, 22 décembre 2010, C-497/10 PPU [Mercredi *c. Chaffe*], Rép. 2010 I-14309 ; CJUE, 15 février 2017, C-499/15 [W *c. X*] ; CJUE, 8 juin 2017, C-111/17 PPU [OL *c. PQ*] ; CJUE, 10 avril 2018, C-85/18 PPU [CV *v. DU*] ; CJUE, 28 juin 2018, C-512/17 [HR *c. KO*] ; CJUE, 17 octobre 2018, C-393/18 PPU [UD *v. XB*].
- 52 Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ; Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

protection des enfants et des adultes.⁵⁵ Dans ces matières impliquant des parties faibles telles que les femmes et les enfants, le rattachement à la résidence habituelle assure la protection des personnes par l'application de la loi qui reflète leur centre de vie, qu'elles connaissent bien et que le juge peut aisément appliquer. La référence à la résidence habituelle permet également de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant par l'application de la loi de son environnement familial et social.⁵⁶

Au sein de l'UE, on peut observer la nette tendance d'un passage du principe de la nationalité à celui de la résidence habituelle.⁵⁷ Une série de règlements de l'UE a été adoptée pour unifier les règles du droit international privé de la famille en matière d'obligations alimentaires,⁵⁸ de divorce⁵⁹ de régimes matrimoniaux⁶⁰ et de successions.⁶¹ Dans tous ces règlements, le

53 Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

54 Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

55 Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ; Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

56 J. AKIBA, *Hōrei no kaisei kitei to jōkyō-sho kijun-setsu no ronkyō ni tsuite* [Les nouvelles règles de conflit dans le *Hōrei* et les arguments en faveur du principe de la résidence habituelle], *Kokusai-hō Gaikō Zasshi* 90-2 (1991) 13 *et s.*

57 D. HENRICH, *Europäisierungsbemühungen im internationalen Familien- und Erbrecht*, in : Roth (éd.), *Europäisierung des Rechts* (Tübingue 2010) 77 *et s.* ; D. HENRICH, *Europäisierung des internationalen Familienrechts : Was bleibt vom EGBGB ?*, in : *Festschrift Ulrich Spellenberg* (München 2010) 195 *et s.*

58 Art. 15 du règlement (CE) no 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *J.O.* 2009, L 7/1.

59 Art. 8, lit. a) et b) du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.* 2010, L 343/10 (ci-après « Rome III »).

60 Art. 26, al. 1 lit. a) du règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *J.O.* 2016, L 183/1 ; art. 26, al. 2 du règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *J.O.* 2016, L 183/30.

61 Art. 21, al. 1 du règlement (UE) N° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *J.O.* 2012, L 201/107.

rattachement principal est désormais celui de la résidence habituelle. Ce rattachement présente l'avantage de se référer au centre de vie de la personne. De plus, l'application de cette loi conduit à appliquer la loi du for à toutes les personnes vivant dans ce même Etat. Cela favorise le traitement égalitaire de tous les habitants et l'intégration sociale au sein de la société d'accueil.⁶² D'autre part, le principe de la nationalité se heurte désormais à de nouveaux obstacles en cas de double nationalité, puisque celle du for ne peut plus recevoir de préférence en vertu du principe d'égalité des citoyens de l'UE.⁶³ D'un point de vue pratique, la résidence habituelle possède l'avantage d'assurer le parallélisme entre le for et la loi, car la compétence judiciaire internationale se base en général sur la résidence habituelle. Le juge peut dès lors appliquer sa propre loi à un litige international.⁶⁴

bb) L'identité culturelle

Du point de vue de l'identité culturelle, l'application de la loi de la résidence habituelle est justifiée lorsque les immigrés sont socialement intégrés dans l'Etat d'accueil. Il serait opportun, par exemple, d'appliquer la loi néerlandaise au divorce d'époux turcs qui vivent depuis plusieurs décennies aux Pays-Bas et y sont intégrés socialement et culturellement. En outre, les enfants, se développent en général, en s'habituant rapidement à l'environnement social où ils vivent, acquérant ainsi leur identité culturelle.⁶⁵ Dans le même sens, le « principe de subsidiarité », qui consiste à accorder une préférence à l'adoption nationale par les parents adoptifs résidant habituellement dans le même pays que l'enfant, joue en matière d'adoption internationale dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993.⁶⁶ Ce principe est considéré comme judicieux en vue de respecter l'identité culturelle de l'enfant.⁶⁷

62 H.-P. MANSEL, Stellungnahme anlässlich der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments zum Grünbuch für internationales Erb- und Testamentsrecht, (Bruxelles, le 21 nov. 2005) (http://www.europarl.europa.eu/hearings/20051121/juri/mansel_de.pdf) (consulté le 22 août 2019).

63 V. S. BARIATTI, Multiple Nationalities and EU Private International Law : Many Questions and Some Tentative Answers, Yearbook of Private International Law 2011, 4 *et s.* ; CJUE, 2 octobre 2003, C-148/02 [*Garcia Avello*], Rec. 2003, I-11613 ; CJUE, 16 juillet 2009, C-168/08 [*Hadadi*], Rec. 2009, I-6871.

64 MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 171 ; D. MARTINY, Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa. Konturen einer Rom III-Verordnung, Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (München 2005) 127.

65 M.-P. WELLER, Der 'gewöhnliche Aufenthalt' : Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff, in : Leible/Unberath (éds.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung ? (Sipplingen 2013) 302.

66 Art. 4, lit. b) de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale, *supra* note 54.

Néanmoins, l'application de la loi de la résidence habituelle peut ne pas refléter l'identité culturelle de l'individu. Dans la mesure où les immigrés maintiennent leurs liens culturels avec leur Etat d'origine et qu'ils ont le sentiment de lui appartenir, on leur imposerait indûment des règles et valeurs discordantes par l'application de la loi de la résidence habituelle. Il suffit de se remémorer la polémique suscitée par l'art. 310 du Code civil face aux époux marocains vivant en France⁶⁸ Il en irait de même lorsque les immigrés restent dans leur propre communauté au sein de la société d'accueil et y pratiquent leurs religion, coutumes, mœurs et traditions d'origine, constituant des « enclaves culturelles »⁶⁹ Les politiques d'assimilation ou d'intégration dans les pays d'accueil risquent paradoxalement de renforcer les liens des immigrés avec leur Etat d'origine⁷⁰ De plus, les diasporas, dont les membres sont dispersés dans différents pays dans le monde, peuvent maintenir une forte allégeance culturelle et politique à leur pays d'origine sans être intégrées dans les sociétés d'accueil⁷¹ Dans nos sociétés multiculturelles contemporaines il peut même arriver que certains groupes de personnes ne réussissent à trouver leur identité culturelle ni dans l'Etat de leur résidence habituelle, ni dans leur Etat d'origine, ni dans aucun autre. On peut citer les exemples des Sinti, de la secte des baha'i⁷² ou des baptistes⁷³ ; tous ont un style de vie différent de celui de la majorité des membres des sociétés dans lesquelles ils vivent.

En conséquence, l'application de la loi de la résidence habituelle ne peut pas toujours réaliser l'identité culturelle des personnes concernées.

67 E. JAYME, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in : Heinrich/Jayme/Sturm (éds.), Ehe und Kindschaft im Wandel (Francfort-sur-le-Main 1998), 50 *et s.* ; V. C. LIMA MARQUES, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts (Francfort-sur-le-Main 1997).

68 V. *supra* II.1.

69 MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 173.

70 BRUBAKER, *supra* note 33, 148.

71 P. S. BERMAN, Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders (New York *et al.* 2012) 70 *et s.*

72 D. HENRICH, Partiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität, in : Deutsches, ausländisches und internationales Familien- und Erbrecht. Ausgewählte Beiträge (Bielefeld 2006) 440.

73 MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 173.

III. LA DICHOTOMIE ENTRE LA NATIONALITE ET LA RESIDENCE HABITUELLE

1. *Les méthodes de coordination*

a) *Considérations générales*

Il est difficile de trouver le juste équilibre si l'identité culturelle de certaines personnes est mieux reflétée par leur nationalité, tandis que d'autres entretiennent des liens plus étroits avec l'Etat de leur résidence habituelle. Comment surmonter cette dichotomie des doubles critères de rattachement ?

Premièrement, on peut penser au renvoi, tel qu'il a été consacré dans la Convention de La Haye de 1955.⁷⁴ Toutefois, celui-ci ne permet pas de sortir de cette impasse, puisqu'il ne fait que choisir l'un des éléments de rattachements objectifs, de manière abstraite et uniforme, sans fournir de solution univoque en ce qui concerne la détermination de la loi applicable.

Deuxièmement, le « principe de reconnaissance » dans l'UE peut servir à planifier l'application de la loi applicable. Ce principe exige que le nom (ou l'état) d'une personne établie dans un des États-membres de l'UE soit reconnu en tant que tel. Sans prêter attention à la loi qui a été appliquée, la situation intervenue à l'étranger est reconnue. Le principe de reconnaissance reste neutre au regard du rattachement pour déterminer la loi applicable.⁷⁵ Toutefois, ce principe ne sert pas non plus à transcender le schisme entre la nationalité et la résidence habituelle, ni même ne peut-il assurer le

74 Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile.

75 Art.s 18 et 21 TFUE (art.s 12 et 18 TCE) ; V. CJEU, 2 octobre 2003 [*Garcia Avello*] (*supra* note 63) ; CJEU, 14 octobre 2008, C-353/06 [*Grunkin Paul*], Rec. 2008, I-7639 ; CJEU, 22 décembre 2010, C-208/09 [*Sayn-Wittgenstein*], Rec. 2010, I-13693 ; CJUE, 12 mai 2011, C-391/09 [*Runevič-Vardyn*], Rec. 2011, I-3787 ; CJUE, 2 juin 2016, C-438/14 [*Bogendorff von Wolfersdorff*] ; sur le principe de reconnaissance dans l'UE, V. D. COESTER-WALTJEN, *Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?*, in : Festschrift Erik Jayme, vol. 1 (München 2004), 121 *et s.* ; S. FRANCO, *Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille?*, in : Fulchiron/Bidaud-Garon (éds.), *Vers un statut européen de la famille* (Paris 2014), 111 *et s.* ; M. GRÜNBERGER, *Alles Obsolet? Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR*, in : Leible/Unberath (éds.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* (Sipplingen 2013) 81 *et s.* ; H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 70 (2006) 705 *et s.* ; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht* (Tubingue 2009) ; J. LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts* (Tubingue 2010).

respect de l'identité culturelle de l'individu, car la seule question qui se pose est de savoir dans quel Etat-membre de l'UE la situation juridique a été créée.⁷⁶ Quoique certains auteurs fassent valoir que la reconnaissance du nom ou de l'état des personnes favorise le respect de l'identité individuelle, en garantissant la continuité du nom ou des relations familiales,⁷⁷ ce postulat ne s'applique que dans des situations particulières, dans lesquelles les personnes maintiennent leur identité culturelle d'origine après leur déplacement dans un autre pays.

b) L'identité culturelle et l'autonomie de la volonté

En tant que voie alternative, il convient de réfléchir à la possibilité de permettre aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations familiales transfrontalières. En effet, avec l'essor des mouvements transfrontaliers de personnes et l'accroissement des échanges de cultures et de valeurs, un seul lieu auquel la personne s'identifie ne peut guère être précisé. A mesure que la relation entre la personne et le sol se relativise, le lien intrinsèque entre l'identité individuelle et le territoire se perd.⁷⁸ En conséquence, la « loi propre » de l'individu ou de la famille⁷⁹ se définit difficilement par le biais d'un lien objectif territorial. Il serait opportun de rechercher la loi à laquelle la personne se sent appartenir, puisque ce sont les acteurs privés qui sont le plus impliqués dans leurs relations familiales. L'identité culturelle étant conçue de manière intime et subjective, en s'appuyant sur la liberté morale, il est logique et raisonnable de permettre aux parties de sélectionner elles-mêmes la loi applicable à leurs relations familiales.

En vertu de l'autonomie de la volonté, les parties peuvent remplacer la loi de leur résidence habituelle par leur loi nationale lorsqu'elles ont un lien plus étroit avec leur pays d'origine. A l'inverse, lorsqu'elles sont intégrées dans leur société d'accueil et qu'elles ont un lien plus étroit avec celle-ci, elles peuvent se référer à la loi de leur résidence habituelle même si la nationalité est le critère de rattachement principal. La dichotomie entre les deux principes serait ainsi effectivement surmontée, tout en préservant pour

76 COESTER-WALTJEN, *supra* note 75, 123 *et s.* ; GRÜNBERGER, *supra* note 75, 158 *et s.* ; KOHLER, *supra* note 6, 402 *et s.* ; MANSEL, *supra* note 75, 717 *et s.*

77 A. BUCHER, La dimension sociale du droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye 341 (2009), 377 ; H. MUIR WATT, The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States ? : Family Law : European Federalism and the 'New Unilateralism', *Tulane Law Review* 82 (1983) 1198 *et s.*

78 Cf. BERMAN, *supra* note 71, 63 *et s.*

79 C'est-à-dire la « proper law of the individual or family ». V. CARLIER, *supra* note 6, 252.

chaque système juridique des points de rattachement divergents, qu'ils soient celui de la résidence habituelle, ou de la nationalité. En même temps, grâce à l'autonomie de la volonté, les parties peuvent construire leur rapports juridiques familiaux conformément à leurs projets et planifier au mieux leur vie transfrontière.⁸⁰

Les immigrés coréens, installés au Japon pendant la période coloniale, ont tendance à conserver la nationalité coréenne et à maintenir leurs traditions et coutumes d'origine pour des raisons historiques. Mais aujourd'hui, les deuxième et troisième générations sont socialement intégrés et culturellement adaptés à la société japonaise. Ils représentent un certain « biculturalisme ».⁸¹ L'autonomie de la volonté nous permettrait de maintenir le principe de la nationalité, ouvrant en même temps la possibilité aux étrangers vivant au Japon de choisir la loi japonaise pour constituer des relations familiales en conformité avec leur identité culturelle.⁸²

2. La mise en œuvre de l'autonomie de la volonté

a) La pénétration de l'autonomie de la volonté

En Europe, tous les règlements de l'UE dans le domaine du droit international privé de la famille, adoptés depuis 2008, prévoient une certaine liberté du choix de la loi applicable par les parties. Il s'agit du conflit de lois en matière d'obligations alimentaires, de divorce, des régimes matrimoniaux et de successions.⁸³ Ce phénomène, qui recueille souvent les fa-

80 CARLIER, *supra* note 6, 246 *et s.* ; FOLETS et YASSARI, *supra* note 2, 45 *et s.* ; KOHLER, *supra* note 6, 411 *et s.* ; MANSEL, Kulturelle Identität, *supra* note 43, 174 *et s.* ; A. E. VON OVERBECK, La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé, in : Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, vol. 2 (Gent 1966), 1096 *et s.* ; M.-P. WELLER, Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2014, 228.

81 Y. ONUMA/J. SO, *Zainichi Kankoku/Chōsen-Jiin to Jinken* [Les droits humains des Coréens vivant au Japon], (2^e éd., Tōkyō 2005) 89 *et s.*

82 K. LEE, *Zainichi kankoku-jin no zokujin-hō* [La loi personnelle des Coréens vivant au Japon], Jurisuto 1025 (1993) 100 *et s.* ; KUNITOMO, *supra* note 30, 120 *et s.*

83 Art. 15 du règlement sur les obligations alimentaires ; art. 16 et 18 du règlement sur les régimes matrimoniaux ; l'art. 22 du règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ; art. 22 du règlement sur la succession. De plus, une proposition académique d'un règlement sur la loi applicable au nom de 2016 prévoit également l'autonomie de la volonté (art. 5). V. A. DUTTA/T. HELMS/W. PINTENS, Ein Name in ganz Europa. Vorschläge für ein Internationales Familienrecht der Europäischen Union (Francfort-sur-le-Main 2016) 134 *et s.*

veurs de la doctrine⁸⁴ s’aligne sur les tendances générales de l’individualisation et de la contractualisation du droit matériel de la famille en Europe. En effet, au regard de la diversification des relations familiales dans la société, l’autonomie de la volonté se renforce, de même que les conventions conjugales et la liberté de tester s’étendent.⁸⁵ L’introduction de l’autonomie de la volonté au niveau du droit international privé permettrait d’étendre la portée de la libre constitution des rapports juridiques de la famille à l’instar des tendances à l’œuvre dans le droit matériel.⁸⁶

Toutefois, il faut se rappeler que, à la différence des contrats ou de la responsabilité délictuelle, les catégories de rapports juridiques en droit de la famille sont limitées et la disposition des parties est restreinte par les normes impératives. C’est pourquoi les lois qui peuvent être sélectionnées sont le plus souvent limitées à celles qui ont un lien substantiel avec le fond du cas, à savoir la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, ainsi éventuellement que la *lex fori* et la *lex rei sitae*.⁸⁷ Quels seraient alors les domaines dans lesquels le choix de la loi applicable pourrait être admis ?

84 J. BASEDOW, *The Law of Open Societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws* (Brill/Nijhoff, 2015) 115 *et s.*, 230 *et s.* ; A. DUTTA, *Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis Gogova*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2016, 434 *et s.* ; D. HENRICH, *Zur Parteiautonomie im europäisierten internationalen Familienrecht*, in : *Liber Amicorum Walter Pintens*, vol. 2 (Cambridge *et al.* 2012) 701 *et s.* ; H.-P. MANSEL, *Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws*, in : Leible (éd.), *General Principles of European Private International Law* (Alphen aan den Rijn 2016), 133 *et s.* ; Y. NISHITANI, *Global Citizens*, *supra* note 16, 141 *et s.* ; S. SHAKARGY, *Marriage by the State or Married to the State ? On Choice of Law in Marriage and Divorce*, *Journal of Private International Law* 9 (2013) 530 *et s.* ; M.-P. WELLER, *Vom Staat zum Menschen : Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit*, *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 81 (2017) 761 *et s.* ; M.-P. WELLER/N. BENZ/C. THOMALE, *Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2017, 257 *et s.* ; sur les fondements idéologiques, V. LEQUETTE, *supra* note 1, 406 *et s.* ; G. P. ROMANO, *La bilatéralité éclipsée par l’autorité : développements récents en matière d’état des personnes*, *Revue critique de droit international privé* 2006, 512 *et s.*

85 V., e.g., S. HOFER/D. HENRICH/D. SCHWAB (éds.), *From Status to Contract ? Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht* (Bielefeld 2005) 1 *et s.*

86 K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (Tübingen 2013) 171 *et s.* ; D. COESTER-WALTJEN/M. COESTER, *Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht*, in : *Festschrift Klaus Schurig* (Munich 2012), 33 *et s.*

87 MANSEL, *supra* note 84, 146.

b) Les matières pertinentes pour l'autonomie de la volonté

Historiquement, le libre choix de la loi applicable a été d'abord introduit en matière de successions sous la forme de la « *professio iuris* » du testateur, notamment en Suisse.⁸⁸ Il a ensuite été étendu aux régimes matrimoniaux et récemment aux obligations alimentaires, au divorce et au nom. Les sources juridiques sont les législations nationales⁸⁹ ainsi que les Conventions de La Haye⁹⁰ et les règlements de l'UE susmentionnés.⁹¹ En ce qui concerne les rapports juridiques patrimoniaux, la portée de la libre disposition des parties est étendue en droit matériel de la famille. Dès lors, au niveau du droit international privé, l'autonomie de la volonté aurait l'avantage de permettre aux parties de mieux gérer leur patrimoine et de planifier leur succession, tant que la nécessaire protection des parties faibles et des tiers serait garantie. Bien que les pays asiatiques soient encore réticents à introduire l'autonomie de la volonté dans leur droit positif, ils ont de même ouvert cette voie au moins en matière de régimes matrimoniaux au Japon, en Corée du Sud et à Taïwan⁹² et en matière successorale en Corée du Sud.⁹³

S'agissant des systèmes juridiques européens, l'autonomie des parties est désormais prévue également pour le divorce et la séparation de corps en tant que principe directeur du règlement Rome III.⁹⁴ qui élargit l'éventail des lois éligibles par rapport à certaines législations nationales antérieures.⁹⁵ En effet, lors de la promulgation de l'art. 310 du Code civil français en tant que règle de conflit unilatérale,⁹⁶ l'application de la loi française aux époux marocains résidant en France a été perçue comme une inadmissible manifestation d'impérialisme culturel et assimilatoire. Le règlement Rome III,

88 V. A. E. VON OVERBECK, L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé, in : Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux (Bruxelles 1993) 628 *et s.* ; sur les développements en Suisse, V. Y. NISHITANI, *Mancini, supra* note 16, 314 (note 158).

89 Sur les successions, V., *e.g.*, l'art. 90, al. 2 et l'art. 91, al. 2 DIP suisse ; l'art. 25, al. 2 EGBGB ; sur les régimes matrimoniaux, V. *e.g.*, l'art. 52 DIP suisse ; aussi l'ex-art. 15 DIP autrichien ; l'ex-art. 15, al. 2 EGBGB.

90 Art. 3 et 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ; art. 5 et 6 de la Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort ; art. 7 et 8 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

91 V. *supra* note 83.

92 Art. 26, al. 2 LRGAL ; art. 38, al. 2 DIP coréen ; art. 48, al. 1 DIP taïwanais.

93 Art. 49, al. 2 DIP coréen.

94 Art. 5, al. 1 lit. a) à d) Rome III.

95 Art. 55, al. 2 DIP belge ; art. 1, al. 2 et 4 du statut de divorce international néerlandais ; art. 17, al. 1, et art. 14 EGBGB.

96 V. *supra* I.1.

néanmoins, contourne ce reproche, puisqu'aux époux est accordé le choix de la loi nationale de l'un d'eux, au lieu de la loi de leur résidence habituelle commune qui serait autrement applicable.

L'autonomie de la volonté est également apte à déterminer la loi applicable au nom, car en général il est considéré dans les systèmes juridiques occidentaux comme un élément du droit de la personnalité qui reflète la culture, les mœurs, les traditions et la religion de la personne concernée.⁹⁷ Il serait dès lors expédient d'accepter l'autonomie de la volonté à propos de la loi régissant le nom dans le but de permettre son libre choix, comme c'est déjà le cas en Allemagne et en Suisse.⁹⁸

Or, en ce qui concerne la filiation et l'autorité parentale, il est indispensable d'assurer la protection nécessaire aux enfants. Toutefois, le risque de mettre en cause leur intérêt supérieur est inhérent à la sélection de la loi applicable par ses parents, gardiens ou tuteurs. Il va sans dire que l'Etat se réserverait le droit d'intervenir, par la voie de l'ordre public ou de la référence aux droits fondamentaux, afin d'empêcher l'application d'une loi inadmissible. Dans ces matières sensibles, il serait néanmoins raisonnable d'exclure *a priori* l'autonomie de la volonté afin d'éviter un contrôle systématique de la loi désignée.⁹⁹ Quant à la filiation, il conviendrait dès lors de s'appuyer sur un rattachement alternatif avec des éléments objectifs en faveur de l'établissement de la filiation,¹⁰⁰ à la différence du rattachement unique à la nationalité ou à la résidence habituelle du parent ou de l'enfant, comme c'est le cas notamment en France, en Belgique ou en Suisse.¹⁰¹ D'autre part, dans un but d'effectivité de la protection, l'autorité parentale et les mesures de protection de l'enfant devraient être régies objectivement par la loi de sa résidence habituelle car elle reflète son environnement social et coïncide généralement avec le for.¹⁰²

IV. CONCLUSION

A une époque de globalisation telle que la nôtre, les sociétés deviennent de plus en plus multiculturelles et multiethniques. Ce n'est pas seulement le cas avec les pays européens, les États-Unis, le Canada et l'Australie, cela s'applique également aux pays asiatiques, y compris le Japon, qui attend

97 GRÜNBERGER, *supra* note 75, 159.

98 Art. 10, 47 et 48 EGBGB ; art. 37, al. 2 DIP suisse ; cf. GRÜNBERGER, *supra* note 75, 159.

99 FOLETS/YASSARI, *supra* note 2, 49.

100 Art. 19, al. 1 EGBGB ; arts. 28 et 29 LRGAL ; arts. 40 et 41 DIP coréen.

101 Art. 311-14 Code civil français ; art. 62 DIP belge ; art. 68, al. 1 et 2 DIP suisse.

102 Arts. 15 à 22 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants de 1996.

une augmentation rapide de sa population immigrée, invitée à s'y installer pour des raisons liées au manque de main d'œuvre. Face à la mobilité dynamique des personnes et à l'augmentation de l'immigration, de nombreux pays sont confrontés au défi important de l'accommodement culturel au sein de la société réceptrice. La détermination de la loi personnelle peut avoir une incidence sur l'intégration des étrangers et le respect de leur identité culturelle.

Les pays européens observent une tendance à l'abandon du principe de la nationalité et à l'adhésion au principe de la résidence habituelle en soumettant tous les habitants et les immigrés à la loi du pays d'accueil, tandis que les pays asiatiques maintiennent en général le principe de la nationalité en mettant en relief le lien des immigrés avec leur pays d'origine. Toutefois, ni la résidence habituelle, ni la nationalité ne reflètent toujours l'identité culturelle des personnes concernées. Afin de surmonter la dichotomie classique entre ces deux éléments de rattachement et de réaliser au mieux l'identité culturelle de l'individu, il convient d'admettre l'autonomie de la volonté et d'étendre son champ d'application même en matière de droit de la famille, hormis dans les rapports juridiques délicats qui impliquent l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant.

A cet égard, la politique législative en faveur de l'autonomie de la volonté dans les pays européens fournit un modèle significatif pour le Japon et d'autres pays asiatiques. Notre réflexion sur l'accommodement culturel en lien avec les rapports juridiques familiaux transfrontaliers à travers le monde mérite d'être poursuivie.

La métamorphose silencieuse de l'assurance maladie japonaise

Absence de débat sur un véritable enjeu

*Eri Kasagi**

- I. Introduction
- II. Système de l'assurance maladie et contexte : deux enjeux essentiels
 - 1. L'assurance maladie japonaise
 - 2. Le contexte de la métamorphose récente du système de l'assurance maladie – deux enjeux essentiels
- III. Des réformes récentes qui pourraient métamorphoser l'un des principes majeurs de l'assurance maladie obligatoire au Japon
- IV. Conclusion : fixer la frontière des soins remboursables par l'assurance maladie obligatoire, la boîte de Pandore ?

I. INTRODUCTION

Au Japon, le domaine du droit de la protection sociale, notamment celui de l'assurance maladie, est fortement marqué par la fréquence des réformes législatives et des changements de normes administratives. A l'occasion de ce colloque sur le sujet de la « réforme », nous ne traiterons pas directement des réformes explicites, même si nous ne négligeons pas leur importance. En effet, depuis les années 2000, nous observons une métamorphose – importante mais silencieuse – de l'assurance maladie japonaise, accompagnée, certes, de quelques réformes législatives et administratives, mais qui est marquée par une absence de débat sur le véritable enjeu existant derrière ces réformes.

Notre article sera composé de deux parties : dans un premier temps, après avoir présenté très brièvement le système de l'assurance maladie japonais dans son ensemble, nous présenterons le contexte de cette métamorphose. Il s'agit de deux enjeux essentiels, liés l'un à l'autre, mais dont le lien n'est pas très souvent mis en évidence. Cela nous conduira en même temps à découvrir que l'assurance maladie est une construction juridique extrêmement fragile et opaque. Dans un second temps, nous en présente-

* Chargée de recherche au CNRS, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC UMR5114), Université de Bordeaux.

rons la métamorphose récente, implicite et graduelle, qui se déroule sans véritable débat et sur laquelle nous souhaitons attirer l'attention.

II. SYSTEME DE L'ASSURANCE MALADIE ET CONTEXTE : DEUX ENJEUX ESSENTIELS

1. *L'assurance maladie japonaise*

L'assurance maladie japonaise est un système d'assurance sociale universelle, qui couvre toute la population ayant une résidence stable sur le territoire japonais, sans condition de nationalité. Il existe plusieurs régimes pour différentes catégories d'assurés – salariés, non-salariés, fonctionnaires, personnes âgées (ceux qui ont 75 ans ou plus), etc. – tous fondés sur les différentes lois.¹ Dans cet article qui traite des enjeux communs à ces lois, nous simplifierons en les appelant « les lois sur l'assurance maladie », sauf quand il est nécessaire de préciser les articles de certaines d'entre elles.

Afin de bien comprendre les enjeux dont nous allons traiter, il est essentiel de présenter également le mécanisme de remboursement des soins médicaux. Les assurés ont le droit de bénéficier de soins fournis par les cliniques ou les hôpitaux agréés par le Ministère de la Santé, de l'Emploi et de la Protection sociale. Les frais sont directement payés par les assureurs² aux établissements médicaux et les patients règlent uniquement le ticket modérateur, qui est en principe de 30% de la totalité de frais.³ Pour cette prise en

-
- 1 Entre autres, la *Kenkō hoken-hō* [Loi sur l'assurance maladie], loi No. 70/1922, la *Kokumin kenkō hoken-hō*, [Loi sur l'assurance maladie nationale], loi No. 192/1958, ainsi que la *Kōrei-sha iryō kaku-hō* [Loi pour garantir les soins médicaux pour les personnes âgées], loi No. 80/1982. Ces trois régimes représentent les trois principaux piliers de l'assurance maladie obligatoire japonaise, le premier couvre les travailleurs salariés et leurs conjoints (et les ayants droits), le deuxième pour tous les habitants du territoire japonais qui ne sont pas couverts par d'autres régimes d'assurance maladie, le troisième pour les personnes qui ont plus de 75 ans. C'est grâce au deuxième régime, fondé sur la loi sur l'assurance maladie nationale, que l'universalité de l'assurance maladie japonaise est garantie. Tous les résidents au Japon non couverts par d'autres régimes sont obligatoirement affiliés à ce régime.
 - 2 Différentes institutions gèrent les différents régimes de l'assurance maladie. Par exemple, le régime des salariés, est géré soit par "l'Association nationale de l'assurance maladie" fondée par la loi, soit par des associations organisées à l'initiative des entreprises individuelles ou des groupes d'entreprises, avec l'accord de leurs salariés.
 - 3 Les taux exceptionnels sont fixés pour les enfants qui ont moins de 6 ans (20%) ainsi que pour les personnes qui ont plus que 70 ans (10%-20% en fonction de leurs âges et leurs revenus). Il existe également un système de plafonnement pour le ticket modérateur, dont le montant est variable selon l'âge et le niveau de revenu de patient.

charge directe,⁴ le Ministère de la Santé, de l'Emploi et de la Protection a décidé d'une liste qui détermine à la fois les soins médicaux remboursables et leur prix pour tout le territoire japonais, ce que nous appelons « tableau de points de frais des soins » (*shinryō hōshūtensūhyō*),⁵ car le prix y est indiqué par un nombre de points^{6,7}. Ce tableau revêt une grande importance dans l'ensemble du système de l'assurance maladie, car 1) seuls les soins qui sont inscrits au tableau sont remboursables et 2) il fixe les frais de chaque traitement.

2. *Le contexte de la métamorphose récente du système de l'assurance maladie – deux enjeux essentiels*

Il s'agit de deux enjeux qui sont étroitement liés même si nous ne voyons pas le lien à première vue. En effet, de notre point de vue, c'est surtout ce lien qui doit être mis en évidence pour mieux comprendre le développement récent de l'assurance maladie. Le premier enjeu concerne la portée des soins remboursables par l'assurance maladie obligatoire, ce qu'on appelle souvent en français « le panier des soins remboursables ». Le deuxième enjeu concerne la combinaison des soins remboursables et ceux qui ne le sont pas, dont la pratique est strictement réglementée au Japon (*kongō shinryō*). Alors que le deuxième enjeu attire beaucoup l'attention et fait l'objet de débats depuis les années 2000, peu de débats portent sur le premier enjeu.

a) *Le panier des soins remboursables*

Il faut d'abord observer que le remboursement par l'assurance maladie au Japon a été, et est toujours, relativement généreux si nous le comparons avec d'autres pays qui ont des systèmes similaires, notamment la France.⁸

4 Plus exactement, les assureurs délèguent le remboursement soit à la Fédération des caisses de l'assurance maladie nationale (*Kokumin Kenkō Hoken Rengō-kai*) soit au Fonds de remboursement de l'assurance sociale (*Shakai Hoken Shinryō Hōshū Shiharai Kikin*).

5 Notice ministérielle du Ministère de la Santé, de l'Emploi, et de la Protection Sociale, numéro 2008-59 (5.3.2008), intitulé « Normes sur le calcul du tarifs des soins » (*shinryō hōshū no santei hōhō*).

6 Un point représente la valeur de 10 yens. Les frais de soins sont fixés de manière universelle pour tout le territoire japonais et pour tous les assurés, indépendamment des régimes auxquels ils appartiennent.

7 Ce tableau couvre principalement les soins médicaux effectués par les médecins de villes ou dans les hôpitaux. Sans entrer dans le détail, il existe également une liste à part pour les soins dentaires, ainsi qu'une liste pour les médicaments remboursables.

8 N. IKEGAMI, Should Providers be allowed to Extra Bill for Uncovered Services? Debate, Resolution, and Sequel in Japan, *Journal of Health Politics, Policy and Laws* 31-6 (2004), 1129–1149.

Une comparaison intégrale et exacte entre les systèmes d'assurance maladie de différents pays n'est certes pas très simple, toutefois la différence est assez évidente, si nous comparons le domaine des soins dentaires.⁹ Ils sont largement remboursés par l'assurance maladie au Japon alors qu'en France, ils ne le sont que très peu et le système laisse la complémentaire santé jouer un rôle très important.¹⁰

Il est également important de noter ici qu'aucun article ne garantit directement ce panier de soins remboursables. Il est uniquement indiqué que l'assurance maladie fournit des consultations, des médicaments, du matériel médical, etc. (selon l'art. 63 de la loi sur l'assurance maladie),¹¹ sans aucune précision sur les soins qui doivent être couverts, ni aucun critère pour leur détermination. S'agissant du tableau de points de frais de soins (*supra*) qui définit concrètement les soins remboursables dans le cadre de la loi, aucune règle générale au niveau administratif ne guide les décisions de ce tableau, lesquelles sont prises une fois tous les deux ans par le Ministère.

Les lois imposent uniquement que la décision ministérielle soit contrôlée par un comité consultatif, le « Comité Central de Concertation sur l'Assurance Maladie Obligatoire » ('3CAMO', *chūō shakai hoken iryō shingikai* couramment appelé *chūikyō*). Bien que les lois n'exigent que la « consultation » de ce comité par le ministre, en pratique, il lui revient de proposer un projet de tableau. Et bien que le ministre ne soit pas lié par la proposition du 3CAMO, il est de coutume bien établie depuis la création de ce système dans les années 1950, qu'il adopte entièrement et sans modification la proposition qui lui est faite. Le 3CAMO, qui détient en réalité le véritable pouvoir de décision sur la liste des soins remboursables, est composé de trois types de membres : les représentants des médecins, dentistes et pharmaciens, ceux des assureurs, assurés et des employeurs, et les représentants de l'intérêt général. On peut ainsi considérer que le comité permet une sorte de négociation entre les représentants des différents groupes d'intérêt, notamment les fournisseurs – les professions médicales – et les demandeurs – les assureurs et les assurés – de soins médicaux, afin de décider de la liste des soins remboursables et de leur prix. Il est également important de noter que cette négociation est fortement encadrée et influen-

9 Il ne faut toutefois pas négliger le fait que certains soins sont mieux couverts en France, en comparaison avec le Japon. Un exemple typique est celui des soins pour affection de longue durée (ALD), dont les frais sont intégralement remboursés par la Sécurité Sociale.

10 Sur le rôle de la complémentaire santé en France et la comparaison avec le Japon, E. KASAGI, *Shakai hoshō to shi-hoken – Furansu no hosokuteki iryō hōken* [Entre la Sécurité sociale et l'assurance privée – la couverture complémentaire en France] (Tōkyō 2012).

11 Voir *supra* note 2.

cée officieusement par deux ministères : de la Santé, de l'Emploi et de la Protection sociale (ci-après « Ministère de la Santé ») d'une part, et celui des Finances d'autre part. Ce dernier insiste généralement sur la question budgétaire, afin de réduire les dépenses de l'assurance maladie dans un contexte où les dépenses de santé atteignent 10 % du PIB. En revanche, le Ministère de la Santé essaie, en général, de résister à cette pression.

Le panier de soins remboursables a été, et est toujours, principalement réalisé et garanti par cette négociation qui se déroule dans le 3CAMO, sous l'influence de deux Ministères, au cours d'un processus de consultation qui n'est encadré par aucune réglementation légale ou administrative directe sur le contenu de panier lui-même.

b) L'interdiction de la combinaison entre soins remboursables et non-remboursables

Les hôpitaux ainsi que les médecins peuvent tout à fait dispenser des soins qui ne sont pas inscrits au tableau. Ces services non-remboursables par l'assurance maladie obligatoire sont pourtant très peu pratiqués, en raison d'une réglementation qui leur est défavorable. Il s'agit du second enjeu.

Les lois sur l'assurance maladie¹² prévoient (voir art. 86 de la loi sur l'assurance maladie),¹³ en vertu d'une interprétation du ministère de la Santé confirmée par la Cour Suprême en 2011, « un principe d'exclusion du remboursement par l'assurance maladie en cas de combinaison des soins remboursables par l'assurance maladie et ceux non-remboursables ». Selon ce principe, quand l'assuré bénéficie de soins non-remboursables et, *à la même occasion* de soins remboursables, la totalité de ces soins est exclue du remboursement. En d'autres termes, en bénéficiant en même temps de ces deux types de soins, l'assuré perd le droit au remboursement de soins qui auraient dû l'être. C'est pourquoi ce principe est souvent appelé « interdiction de la combinaison » (nous utilisons également cette appellation par souci de simplification) des soins remboursables et non-remboursables, celle-ci étant en quelque sorte ainsi sanctionnée.¹⁴

Cette réglementation est controversée et critiquée, pour deux raisons principales. Il s'agit d'abord de critiques adressées par plusieurs écono-

12 Comme nous l'avons déjà indiqué, plusieurs lois sur l'assurance maladie constituent le système universel de l'assurance maladie au Japon, qui couvre tous les habitants sur le territoire japonais. Pour les prestations en nature, elles proposent les mêmes prestations, seul le niveau du ticket modérateur diffère.

13 Voir *infra*.

14 Même si elle ne décrit pas précisément la nature de cette réglementation, la combinaison elle-même est tout à fait autorisée si l'assuré prend en charge de la totalité de frais de santé y compris les soins remboursables.

mistes qui souhaitent la dérèglementation du marché de la santé, et qui voient dans cette réglementation un frein très fort et injuste au développement du marché des soins non-remboursables. Il est vrai que, dans le contexte de l'assurance maladie universelle, au regard du généreux panier des soins remboursables, cette réglementation laisse en réalité très peu de place aux soins non-remboursables. Elle est aussi l'une des raisons majeures pour lesquelles le marché de l'assurance privée se développe peu au Japon, en comparaison avec d'autres pays OCDE.¹⁵ Ces économistes ont revendiqué, plus ou moins soutenus par le Ministère des Finances, la suppression de cette réglementation, ou du moins son assouplissement.

Le deuxième type de critique vient des juristes, y compris les juges de la Cour Suprême, et elle concerne la définition et les fondements juridiques insuffisants et ambigus de cette réglementation. En effet, la Cour Suprême a abordé, dans une décision de 2011,¹⁶ la question de savoir si cette réglementation trouvait son fondement juridique dans les lois sur l'assurance maladie obligatoire. En fait, l'interdiction de la combinaison n'est pas directement et clairement formulée dans la loi. En revanche, elle prévoit plusieurs exceptions à cette réglementation. Ainsi, elle mentionne trois types de soins non-remboursables qui peuvent être combinés avec des soins remboursables (nous reviendrons sur ces exceptions un peu plus tard). Dans sa décision, la Cour Suprême a pris une position en faveur du Ministère de la Santé, en déduisant que l'interdiction de la combinaison trouvait principalement son fondement légal dans l'existence de ces exceptions introduites depuis 1984 (art. 86 de la loi sur l'assurance maladie, dans sa version actuelle). Selon la Cour, cette interdiction de combinaison était alors clairement prise en considération lors de la préparation de la loi. Pourtant, les juges ont accompagné cette décision de quatre « avis » (trois avis « complémentaires » et un « avis », sur cinq juges au total). Sans entrer dans le détail du contenu de chacun de ces avis, ils avertissaient des problèmes posés par cette interprétation, notamment le fait que cette règle n'était ni directement ni clairement définie par la loi, et que, par conséquent, ni les médecins ni les assurés ne pouvaient savoir si telle ou telle combinaison de soins serait considérée comme interdite ou non. Par exemple, si les deux types de soins – les uns remboursables et les autres non-remboursables – sont effectués le même jour mais dans des hôpitaux différents ou si les deux types de soins n'ont aucun rapport les uns avec les autres du point de vue médical, ou encore, si les deux types de soins sont effectués avec une journée d'intervalle, cela correspond-il à la 'combinaison' interdite ? La loi

15 Voir par exemple OCDE, L'assurance maladie privée dans les pays de l'OCDE (2004) tableau 2.4.

16 Cour Suprême, 25 octobre 2011, Minshū 65-7, 2923.

n'apporte aucune réponse à ces questions.¹⁷ Les juges ont donc demandé une clarification de cette réglementation par une éventuelle réforme législative afin qu'elle soit plus lisible pour tous les acteurs concernés. Néanmoins, cette demande n'a reçu aucune réponse législative jusqu'à aujourd'hui. Comme nous allons le voir dans la deuxième partie, les réformes récentes ont assoupli cette réglementation, sans véritablement en clarifier le contenu. Cette absence totale de définition de la combinaison interdite est souvent expliquée par des raisons techniques et les difficultés législatives que poserait une telle réforme.

Tout juriste serait sûrement scandalisé par cette situation dans laquelle médecins et assurés peuvent perdre leur droit au remboursement en fonction de conditions totalement imprévisibles et aléatoires.¹⁸ Il est évident que nous avons besoin de changer cette situation, en définissant plus clairement et concrètement la combinaison des soins interdite, ne serait-ce que pour respecter le principe de l'Etat de droit.

Critiquer cette situation n'étant pas en soi l'objectif de notre article, nous allons maintenant revenir au lien entre cette réglementation et le premier enjeu que nous avons présenté, le panier de soins remboursables. En effet, la Cour Suprême a indiqué, dans sa décision de 2011, qu'un des objectifs de cette réglementation était *la dissuasion de la réduction du panier des soins remboursables de l'assurance maladie obligatoire pour des raisons budgétaires*. Même si la Cour Suprême n'a pas tellement développé l'intention contenue dans cette phrase – la décision n'est donc pas très facile à décoder – il nous semble que celle-ci avait tout à fait raison de prendre ce lien en considération et c'est ce point que nous allons développer dans la prochaine partie de notre article.

17 De même, il n'existe aucune réglementation administrative, y compris aucune norme administrative interne telle que des circulaires. Nous pouvons même nous demander comment il est possible d'appliquer ce principe dans une telle absence de précision. En réalité, il est rare que les caisses d'assurance maladie refusent le remboursement de tel ou tel soin en invoquant la combinaison des soins remboursables et non-remboursables. Vu l'opacité du système, la réticence des caisses (plus exactement, des organismes qui sous-traitent les remboursements de frais de santé ; voir *supra* note 3), qui courent un éventuel risque de contentieux, ceci est aisément compréhensible. Nous pouvons penser que cette réglementation s'applique en réalité de manière implicite, avec de nombreux effets perturbants et difficilement justifiables sur les comportements des professionnels de santé et des institutions médicales. C'est en effet une conséquence négative et logique de cette réglementation dépourvue de la moindre précision.

18 Y. ABE, *Gyōsei-hō kaishaku gaku* [Étude sur l'interprétation du droit administratif] (2008) 130 *et s.*

c) Un enjeu caché

Revenons-en maintenant au panier des soins remboursables. Comme nous l'avons présenté plus haut, l'assurance maladie a une portée de remboursement relativement généreuse, malgré la pression budgétaire exercée par le ministère des finances, mais sans avoir de fondement juridique qui imposerait véritablement cette générosité. Or, la Cour Suprême a suggéré, sans expliquer réellement pourquoi, qu'il provenait de l'interdiction de la combinaison des soins remboursables et non-remboursables. Ceci nous paraît jouer un rôle essentiel. En effet, cette interdiction est le signe, pour ceux qui participent au processus de décision du panier des soins remboursables, d'une prémisse théorique implicite. Une prémisse selon laquelle, pour le dire très simplement, tous les soins nécessaires devraient entrer dans ce panier. En pratique également, comme le critiquent justement les économistes, cette interdiction freine fortement la pratique des soins non-remboursables par les médecins. Ainsi, l'interdiction de la combinaison des soins remboursables et ceux non-remboursables nous semble fixer une règle du jeu, essentielle pour les membres du comité (3CAMO). Quand ils rédigent leur projet de tableau de points de frais des soins, c'est-à-dire la liste des soins remboursables, ils savent qu'une fois les soins classés non remboursables, ils ne sont en réalité que peu praticables (sauf dans le cadre des exceptions autorisées par la loi, que nous allons évoquer plus tard) bien que non interdits. Ce faisant, ce principe contribue à permettre aux acteurs concernés, notamment les médecins et les hôpitaux, de favoriser l'élargissement ou du moins le maintien des soins remboursables. Dans un contexte de pression budgétaire qui vise à réduire les dépenses de santé – souvent exercée par le ministère des Finances, ce principe contribue à contrebalancer cette pression qui risque de conduire à la réduction des soins remboursables.

Pour résumer, la portée assez généreuse des soins remboursables de l'assurance maladie s'appuie, au moins en partie, implicitement sur un certain équilibre établi au sein du comité, fondée sur cette règle implicite qu'est l'interdiction de la combinaison des soins remboursables et non-remboursables.

Nous ne cherchons pas à défendre ce système extrêmement opaque et problématique de point de la vue du juriste, comme nous l'avons expliqué un peu plus haut. Il est pourtant indéniable que cette réglementation est l'un des facteurs qui a permis à l'assurance maladie japonaise de posséder l'un des systèmes de santé les plus égalitaires au monde jusqu'à aujourd'hui, grâce à un panier de soins généreux ainsi qu'à la pratique peu fréquente de soins non-remboursables. La simple suppression de cette interdiction ou son assouplissement comme le réclament certains économistes, sans débattre de cet enjeu caché ne nous paraît donc pas une solution souhaitable,

notamment si nous voulons maintenir dans une certaine mesure cette caractéristique égalitaire de l'assurance maladie japonaise.

III. DES REFORMES RECENTES QUI POURRAIENT METAMORPHOSER L'UN DES PRINCIPES MAJEURS DE L'ASSURANCE MALADIE OBLIGATOIRE AU JAPON

Revenons, après cette première partie préparatoire, au principal sujet de notre article, la métamorphose en cours du système d'assurance maladie japonais. En effet, nous avons pu récemment observer plusieurs réformes qui ont pour objectif d'assouplir considérablement l'interdiction de la combinaison entre soins remboursables et non-remboursables, en augmentant les cas d'exception.

Examinons maintenant un peu plus en détail ces cas prévus par la loi. Elle prévoit aujourd'hui trois types de soins non-remboursables qui peuvent être combinés avec des soins remboursables.

Il s'agit premièrement des soins innovants, autorisés uniquement dans les hôpitaux qui répondent à certaines normes, principalement de grands hôpitaux. Ces derniers sont en nombre relativement limité. Nous pensons qu'il s'agit de phases préparatoires à de nouvelles techniques médicales, avant qu'elles ne soient inscrites dans la liste des soins remboursables (tableau de points de frais des soins), avant même que leur sécurité et leur efficacité soient suffisamment confirmées. Deuxièmement, l'exception concerne certains soins considérés comme accessoires, par exemple l'hospitalisation dans une chambre individuelle ou une consultation le soir hors des horaires normaux. Les soins qui entrent dans ces deux catégories sont décidés par des listes arrêtées par le Ministre. Si ces deux catégories d'exceptions sont reconnues depuis le milieu des années 1980, nous observons, depuis les années 2000, une amplification importante des soins qui y sont classés. En particulier, l'augmentation des soins accessoires nous paraît problématique car la définition légale de cette catégorie est loin d'être claire et les soins listés sont très divers. Il est parfois difficilement explicable de savoir pourquoi tel ou tel soin est considéré comme tel.

La troisième catégorie vient d'être introduite en 2015 par voie législative. Ce nouveau type concerne les soins innovants, comme dans le premier type d'exception, mais ils peuvent être effectués, sous réserve de l'approbation du Ministère au cas par cas, à l'initiative des patients ainsi que celle – et principalement – des hôpitaux. Lorsque que certains soins sont autorisés pour un hôpital, les autres hôpitaux peuvent rejoindre cet accord, c'est-à-dire sans intervention de l'Etat. Le fait que ce soient les patients et les hôpitaux qui prennent cette initiative, en l'absence d'intervention étatique en est la principale caractéristique et également la nouveauté de ce système. Si ac-

tuellement peu d'informations sont disponibles sur le développement des soins innovants dans le cadre de cette nouvelle catégorie d'exception, celle-ci va pouvoir, au moins théoriquement, toucher beaucoup plus d'hôpitaux que la première catégorie de soins innovants.

Si cette augmentation du nombre d'exceptions, y compris avant 2015, est controversée, elle mériterait d'être effectivement discutée en soi. Il faut souligner que ces réformes sont en réalité en train de transformer le système de l'assurance maladie en profondeur, sans susciter de débats sur leur véritable enjeu, qui est celui du panier des soins remboursables. En effet, cette augmentation des exceptions à l'interdiction de la combinaison nous semble être en train de changer sensiblement la règle du jeu concernant le panier des soins remboursables, et il est théoriquement possible que ce changement cause la réduction ou freine l'élargissement du panier. En offrant plus de possibilité de laisser certains soins en dehors du remboursement par l'assurance maladie, ces réformes affaiblissent l'effet de contrebalance que possède le principe de l'interdiction de la combinaison dont nous avons discuté plus haut. L'élargissement récent du champs des soins accessoires signifie parfois même directement la réduction de soins remboursables, quand certains soins qui l'étaient auparavant viennent à être classés parmi les soins accessoires, à savoir les soins non-remboursables.

Les lois sur l'assurance maladie ne possèdent aucune limite fixe à l'égard de cette éventuelle érosion, comme nous l'avons évoqué à plusieurs reprises.

IV. CONCLUSION : FIXER LA FRONTIÈRE DES SOINS REMBOURSABLES PAR L'ASSURANCE MALADIE OBLIGATOIRE, LA BOÎTE DE PANDORE ?

Le système d'assurance maladie japonais a longtemps gardé un panier de soins remboursables assez généreux, alors que nous n'avons aucun cadre juridique qui l'assurait et que nous n'avons même que très peu de débats sur ce sujet. Aujourd'hui, cette situation est en train de changer, toujours sans discussion ni débat démocratique sur ce sujet qui est, en réalité, lié à la nature même du système de l'assurance maladie dans son ensemble.

Il est vrai que décider des soins remboursables est une question extrêmement difficile car elle constitue un enjeu de principe, ne serait-ce que pour fixer les critères généraux relatifs à cette décision. L'application des critères à des cas concrets serait encore plus compliquée.¹⁹ C'est une ques-

19 Pour les soins innovants, le ministère de la Santé, de l'Emploi et de la Protection sociale cite certains critères – la sécurité, l'efficacité, le degré de perfection technique, la moralité, la faisabilité et le rapport coût-effet – comme conditions à ce que les soins innovants soient inscrits sur la liste des soins remboursables par

tion d'autant plus complexe, justement, que le système de santé est soumis à une pression financière de plus en plus forte afin de réduire le budget de la Sécurité Sociale. Le système japonais obscur et juridiquement fort problématique était, à notre avis, en un sens, un moyen, certes très fragile mais pratique, de faire en sorte que nous gardions un panier généreux et réalisons un système de santé égalitaire, tout en évitant la confrontation à cet enjeu essentiel mais très difficile à résoudre. Mais ce modèle ancien montre sa fragilité face aux réformes effectuées récemment. Le véritable courage serait de faire face à cet enjeu réel en ouvrant la boîte de Pandore.

l'assurance maladie obligatoire (cf. par exemple, un document publié lors d'une réunion de 3CAMO du 4 septembre 2013), même si ces conditions ne sont guère énoncées dans les lois.

Formes et réformes du territoire en France

*Christophe Chabrot**

- I. Le concept de réforme appliqué au territoire
 1. Un couple forme-réforme observable dans le temps
 2. Les dangers d'une simplification
- II. La réforme des concepts appliqués au territoire
 1. Des réformes d'experts
 2. Des réformes de sages

Le territoire est l'objet depuis plus de cinquante ans d'un processus continu et soutenu de réformes. Sans doute avec le droit pénal, et le droit fiscal restant à part, est-il même le domaine où le législateur est le plus productif. En effet, depuis la grande loi du 2 mars 1982, qui succède elle-même à une poignée de lois importantes depuis les années 70, ce sont deux à trois lois qui sont votées chaque année en moyenne concernant le droit territorial. Elles ont porté sur la création des régions, des communautés de communes, de villes ou d'agglomération, des métropoles, sur les compétences des autorités locales, sur le contrôle de leurs actes par le préfet ou le juge, sur l'aménagement du territoire ou de territoires particuliers (loi montagne, loi littoral, politique de la ville, outre-mer, etc.), sur le financement des acteurs locaux, la péréquation, sur la participation des citoyens,¹ sans compter bien

* Maître de conférences de Droit public, Faculté de Droit de l'Université Lumière-Lyon 2, Centre de recherches Droits, Contrats, Territoires (EA 4573).

¹ Alors que l'organisation du territoire semblait avoir trouvé un cadre pérenne avec les grandes lois du 10 août 1871 sur les départements et du 5 avril 1884 sur les communes qui ne seront presque pas retouchées pendant plus de 70 ans, la Ve République déborde de réformisme territorial. Pour ne citer que les lois les plus importantes, évoquons ainsi, après la création des régions administratives en 1959-1960, les lois du 31 décembre 1966 sur les communautés urbaines, du 31 décembre 1970 sur les institutions communales, du 16 juillet 1971 sur les fusions de communes, du 5 juillet 1972 sur les régions, du 31 décembre 1975 sur Paris, du 10 janvier 1980 sur la fiscalité locale, bien sûr les grandes lois du 2 mars et 22 juillet 1982 et du 7 janvier et 22 juillet 1983 sur les réformes de la décentralisation (institutions et compétences), la loi du 31 décembre 1982 sur Paris-Lyon-Marseille, du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République, celles du 4 février 1995, du 25 juin et du 12 juillet 1999 sur l'aménagement du territoire et l'intercommunalité, du 27 février 2002 sur

sûr toutes les réformes administratives portant sur la déconcentration, c'est-à-dire sur la réorganisation des administrations de l'Etat sur le territoire, ou la réforme des politiques publiques.

Et quand le territoire n'est pas directement visé par une loi, il le devient indirectement dès lors que se mettent en place des politiques de logement social, de réforme scolaire, de politique énergétique, d'investissement productif, de protection des zones humides, etc. qui impliquent les collectivités et établissements de coopération locale.

Après l'échec du référendum d'avril 1969, on a même modifié en 2003 la Constitution pour y intégrer les régions, un principe de subsidiarité à la française, pour y reconnaître le droit à expérimentation locale, pour interdire la tutelle d'une collectivité sur une autre, consacrer le référendum local ou protéger l'autonomie fiscale locale. On a modifié encore en 2015 le périmètre des régions, modifié les règles de fusion des communes, réorganisé au 1^{er} janvier 2017 la taille des structures intercommunales en divisant leur nombre par deux, augmenté au contraire le nombre de métropoles qui sont désormais 22, adopté un statut particulier pour le Grand Paris, et en 2018 va être réglé le nouveau statut de la Nouvelle Calédonie. A l'agonie, épuisés, les élus locaux et les professeurs de droit demandent une « pause digestive » pour assimiler tous ces changements.

Bref, le droit territorial est un chantier perpétuel de réformes, et se retrouve donc au cœur des problématiques de ce colloque. Cette frénésie législative offre en effet un terrain idéal pour réfléchir à la notion même de réforme. Il ne s'agira pas dans ce cadre d'analyser le contenu des réformes mais bien plutôt d'essayer de comprendre le *mécanisme* même de la réforme, et éventuellement ses *spécificités* en matière de droit territorial.

Ce droit est en effet un domaine particulier, très sensible. Le territoire, c'est la terre du Pouvoir. C'est le lieu d'application des normes, d'effectivité du droit national, c'est le lieu, l'espace d'exercice réel du Pouvoir et de sa domination. Le territoire est, par nature et du moins en France, une « province », une « pro-vincere », cette terre « pour les vainqueurs »,

la démocratie de proximité, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République et les lois organiques du 1^{er} août 2003 sur l'expérimentation et sur le référendum local, ou la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, et plus récemment la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités locales et des métropoles, du 27 janvier 2014 dite MAPTAM, du 16 janvier 2015 sur les nouvelles grandes régions, du 16 mars 2015 sur le régime des communes nouvelles fusionnées, ou du 7 août 2015 dite loi NOTRe réformant le régime des compétences et des institutions locales et du 27 février 2017 sur le Grand Paris et les métropoles nouvelles. Ne sont pas mentionnées ici les lois relatives à l'exercice des mandats locaux ni aux collectivités d'outre-mer ou de Nouvelle-Calédonie, tout aussi régulièrement révisées.

confiée aux généraux vainqueurs sous l'empire romain pour les récompenser et rétribuer leurs soldats.² Dès lors, tout Pouvoir central doit produire des politiques visant à deux objectifs essentiels :

- former, formater *juridiquement* le territoire, l'organiser par des règles nationales pour assurer la domination politique du Pouvoir central et limiter les risques de contestation, d'entropie,³ de dislocation. Ce qui aboutira par exemple au concept de Souveraineté nationale qui enlève toute légitimité locale propre et consacre la supériorité de la volonté centrale. Ce qui conditionnera également toute création d'autorités locales, leur organisation, leurs compétences et les contrôles qui s'exercent sur elles, afin de les valoriser mais aussi de les encadrer.
- former, formater *matériellement* le territoire, par une intervention sur le sol capable à la fois de contrôler la terre et d'assurer le développement économique et social de l'espace national. Il s'agira par exemple de construire les routes et les chemins de fer facilitant les communications internes et donc les échanges porteurs de sentiment collectif, de canaliser les fleuves, assécher les marais, déboiser, développer l'agriculture, installer des entreprises, réorganiser les villes et plus cyniquement de fortifier le territoire par des places militaires contre les ennemis du dehors ... et du dedans. Merveilleux symbole que Vauban au service de Louis XIV. Cette emprise directe sur le sol en fonction de stratégies déterminées par le Centre⁴ est destinée à contrôler mais aussi à emporter l'adhésion des populations,

2 Selon le dictionnaire Gaffiot, célèbre ouvrage des latinistes, l'étymologie de « provincere », qui fait penser au « vincere » militaire (du verbe « vaincre »), renvoie également au « vincire » administratif (du verbe « lier », ou *vinculum*), dans un même sens de soumission et de gestion par une autorité supérieure.

3 « L'entropie » est un concept de thermodynamique qui mesure l'effet de désordre d'un système, son degré de dispersion de l'énergie, et donc de désorganisation. Selon le deuxième principe de la thermodynamique, l'énergie d'un système, et donc le système lui-même, a en effet tendance à se disperser dans le temps (voir par ex. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Entropie_\(thermodynamique\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Entropie_(thermodynamique))).

4 Ainsi, le développement des chemins de fer en France s'est organisé selon la célèbre Etoile de Legrand, du nom du directeur général des Ponts et Chaussées Baptiste Legrand qui l'a proposé en 1831 sur la base de projets déjà envisagés en 1814 sous Napoléon, et qui sera adoptée dans la loi relative à l'établissement des grandes lignes de *chemin de fer en France* du 11 juin 1842. Celle-ci organise tous les déplacements ferroviaires en étoile à partir de Paris, sauf la transversale Bordeaux-Vintimille obtenue plus tard par Lamartine, et structurera alors très efficacement tout le développement centralisé du territoire. Le trajet Chartes-Paris (86 km) durant 2 heures en train a ainsi totalement éclipsé les liens entre Chartes et sa voisine Orléans (71km) se faisant en 8h par la route sans ligne ferroviaire, en renforçant durablement la toute-puissance parisienne, v. P. GAXOTTE, *Histoire des Français* (Paris 1951).

prêtes à accepter leur soumission à un pouvoir étatique qui prend aussi bien soin d'elles.

C'est dans ce contexte particulier d'un territoire comme terre du Pouvoir qu'il faut alors analyser les réformes territoriales, et interroger dans le cadre de ce colloque à la fois le concept même de réforme (I) et la conception, les concepteurs de celle-ci (II).

I. LE CONCEPT DE REFORME APPLIQUE AU TERRITOIRE

L'étude des lois relatives au territoire permet de faire ressortir deux catégories de textes, selon qu'elles visent à poser les infrastructures, les bases de l'organisation du territoire, ou qu'elles ont pour objet de reprendre et de modifier ces bases au regard de l'expérience, des besoins et des nouveaux enjeux. Bref, nous avons des lois qui « forment » le territoire et d'autres qui le « réforment ». Selon le dictionnaire Larousse, une réforme c'est en effet « un changement de caractère profond, radical apporté à quelque chose, en particulier à une institution, et visant à améliorer son fonctionnement ». Autrement dit, le processus de réforme est indissociable d'un premier mouvement de mise en forme initiale. La chose est connue, mais particulièrement visible dans le domaine territorial, assez fécond en formation et réformation des politiques locales du fait des enjeux politiques, sociaux et économiques qui obligent à toujours chercher des solutions adaptées au pacte territorial et à en améliorer l'efficacité. Mais peut-on ainsi de manière systématique constater un lien forme-réforme (1.), ou doit-on aussi admettre que la réforme est un processus continu fonctionnant sur lui-même (2.) ?

1. Un couple forme-réforme observable dans le temps

Le déroulement régulier des réformes territoriales en France permet d'avoir une certaine vision des changements dans le temps, faisant ressortir de grandes lignes d'analyse. Il est ainsi possible d'observer dans certains domaines un accomplissement progressif du projet territorial, produit par améliorations progressives à partir d'une réforme initiale.

C'est le cas par exemple des créations de collectivités territoriales. La grande mise en forme originelle provient du changement fondamental inauguré à la Révolution française. D'un royaume terre du roi, on passe à un territoire de la Nation, puis de la République à partir de 1793, dans lequel toutes les autorités locales sont mises à égalité, dans leur forme et dans leurs pouvoirs, et sont conçues comme acteurs de la refondation nationale sous contrôle du Centre. Ce nouveau format territorial provient du redécoupage des anciennes paroisses et provinces, ou Généralités, en communes et départements, tel que proposé par le comité présidé par Jean-Guillaume

Thouret dans son rapport du 29 septembre 1789, modifié par l'Assemblée constituante qui consacra les nouvelles autorités locales par ses lois du 14 décembre 1789 sur les municipalités et du 22 décembre sur les départements.⁵ Ces deux lois, dont les constitutions ultérieures reprendront le contenu, seront le socle sur lequel reposeront toutes les autres lois destinées à les améliorer mais qui ne remettront jamais en question ni les appellations, ni les découpes, ni les institutions dirigeantes, se contentant essentiellement jusqu'à aujourd'hui d'en modifier les modalités de désignation des autorités et leurs compétences.⁶ Seuls les districts créés en 1791 disparaîtront en 1795, ayant été trop instrumentalisés par la Terreur.

Également en matière d'intercommunalité, la loi du 22 mars 1890 créant les Syndicats intercommunaux à vocation unique (SIVU), forme nouvelle de coopération entre les communes,⁷ peut être considérée comme la mère des lois en matière d'intercommunalité. Celle-ci inspirera par la suite l'ordonnance du 5 janvier 1959 créant les Syndicats intercommunaux à vocation multiple, qui élargissent le champ d'intervention des SIVU, et les districts ruraux, ouvrant la voie aux futures communautés de communes et de ville de la loi du 6 février 1992, ou aux communautés d'agglomération de la loi du 12 juillet 1999. Toutes les lois récentes de transferts de compétences ou d'amélioration de la gouvernance locale viendront ensuite en complément de ces structures devenues stables dans le temps et dont l'amélioration se fait par touches successives.

-
- 5 Le premier rapport Thouret prévoyait un découpage totalement géométrique de la France en 81 départements carrés, eux-mêmes subdivisés en 9 districts carrés, composés de 9 cantons pareillement carrés, la révolution métrique imposant de tout considérer à l'aune de la science. Les discussions à l'Assemblée constituante en 1789 humaniseront le projet, conduisant par les lois du 14 et du 22 décembre 1789 à donner à ces découpes des pourtours correspondant mieux à leur histoire ou à la géographie, sous l'influence de Mirabeau. Mais l'essentiel est fait : de nouvelles autorités locales laïques sont créées de nulle part, dans le giron du pouvoir central rénové.
- 6 Notamment par les lois du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), du 10 août 1871 pour les départements et du 5 avril 1884 pour les communes, pour les plus connues, et par la loi du 2 mars 1982 se contentant de transférer la direction de l'exécutif départemental du préfet au président du conseil départemental.
- 7 Des coopérations existent depuis le moyen-âge comme les *baroichages*, les *unions d'exploitation rurale* et les *mandements*, et quelques tentatives sont mises en œuvre durant le XIX^e siècle pour exploiter en commun les biens naturels indivis (bois, pâturages, lacs), comme les *commissions syndicales de gestion de biens indivis* de la loi du 18 juillet 1837 ou les *ententes* et les *conférences intercommunales* de la loi du 5 avril 1884. Mais c'est bien la loi de 1890 qui donne une véritable impulsion à la coopération intercommunale moderne et son statut juridique, s'appuyant d'ailleurs sur la nécessité (équipement des communes en réseaux électriques, de gaz ou en canalisation des cours d'eau communs).

De ces nouvelles formes d'intercommunalité, il faut peut-être dégager les communautés urbaines nouvellement créées par la loi du 31 décembre 1966, et qui proposent un mode de coopération original, beaucoup plus fédératif et intégrateur que l'intercommunalité de simple association volontaire des lois précédentes. Sur ce modèle de 1966 se fixeront alors toutes les réformes ultérieures qui déboucheront notamment sur la création des métropoles par la loi du 16 décembre 2010 revue et corrigée par les lois du 27 janvier 2014 dite MAPTAM, du 7 août 2015 dite loi NOTRe et du 27 février 2017 sur le Grand Paris et les métropoles.

Autre exemple, les régions seront tout d'abord créées *ex nihilo* dans un cadre économique comme regroupement de chambres de commerces dans l'arrêté du 5 avril 1919 qui institue les régions dites « Clémentel » du nom du ministre les ayant initiées. Ces régions fondées sur une adhésion volontaire serviront de modèle aux régions dites « touristiques » créées la même année et sur le même principe volontariste (union de syndicats de touristes), prélude à la création plus autoritaire par la loi du 19 avril 1941 et le décret du 30 juin 1941 des 18 régions administratives instaurées par le gouvernement de Pétain. Ces régions seront réorganisées à la Libération par l'ordonnance du 10 janvier 1944, pour disparaître avec la démission du Gouvernement du Général de Gaulle en janvier 1946. Réapparues de façon éphémère avec la loi du 21 mars 1948,⁸ elles deviendront des « régions de programme » créées le 28 novembre 1956 pour mettre en œuvre la nouvelle politique d'aménagement du territoire par l'Etat, transformées en véritables circonscriptions d'action régionale par le décret du 2 juin 1960,⁹ dotées d'un préfet de région par le décret du 14 mars 1964 qui instaure en outre une assemblée consultative, les CODER (Commission de développement économique régionale). C'est dans ce cadre que seront alors pensées les

8 La loi du 21 mars 1948 crée ainsi 13 Inspecteurs généraux de l'administration en mission extraordinaire (IGAME), chargés d'organiser le retour à l'ordre après les difficultés et les émeutes d'après-guerre, et dont les « IGAMIES » contrôlent également les circonscriptions de défense militaire alors que s'installe la Guerre froide. Il faut noter que les pourtours de ces régions ont fortement inspiré le redécoupage de 2015.

9 Les Programmes d'Action Régionale s'inscrivent dans la politique nouvelle d'aménagement du territoire portée par E. Claudius-Petit, ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme, faisant suite notamment aux constats pessimistes dressés par J.-F. GRAVIER dans son ouvrage "Paris et le Désert français" paru en 1947 et qui prône la création de 19 régions pour faire face à l'hégémonie économique parisienne. Le décret Pflimlin du 30 juin 1955 qui crée les programmes d'action régionale, entraîna la délimitation de ces nouvelles régions par l'arrêté du 28 novembre 1956, créant les 22 régions de programme d'action régionale, devenues en 1960 « circonscriptions d'action régionale » de l'Etat.

régions de la loi du 5 juillet 1972, suite à l'échec de leur création par le référendum négatif du 27 avril 1969. Simples établissements publics en 1972, elles seront reconnues par la loi du 2 mars 1982 comme de vraies collectivités territoriales, effectives avec les élections de leurs conseils en 1986. Dotées de compétences croissantes avec les différentes vagues de décentralisation, renforcées dans leur fonctionnement notamment pour éviter les paralysies de leur conseil, elles sont reconnues dans la constitution par la révision du 28 mars 2003, leur nombre et périmètre étant réorganisés par la loi du 16 janvier 2015.

Ces quelques exemples montrent assez clairement en matière territoriale la filiation des réformes à partir d'une mise en forme initiale, qui s'accomplit progressivement, réforme après réforme, jusqu'à atteindre une forme optimale après correction des erreurs de naissance ou adaptation aux enjeux du contexte. Toutefois cette analyse de réformes complétant des mises en forme originelles n'est pas absolue.

2. *Les dangers d'une simplification*

Le rapport forme/réforme peut être simplificateur, et donc trompeur. En premier lieu, la distinction et la complémentarité même des deux notions est parfois plus construite que naturelle. Car en effet, existe-t-il réellement des créations nouvelles, des formatages initiaux, ou tout n'est-il pas qu'un éternel processus de réformation ? Si l'on revient sur les exemples cités, les municipalités de 1789 peuvent aussi être considérées comme une réforme, certes majeure, des anciennes paroisses religieuses ou fiscales de l'Ancien régime ou des municipalités créées par chartes royales dans les grandes villes. Les SIVU on l'a vu plongent leurs racines dans des formes antérieures de coopération. Les communautés urbaines ne sont peut-être pas aussi originales au regard des SIVOM, et les régions d'aujourd'hui trouvent sans doute leur fondement dans les Provinces d'Ancien régime, même si elles n'en respectent pas les frontières. Peut-être les départements pourraient-ils s'enorgueillir d'une création réellement novatrice en 1789. Mais on retrouve dès 1665 des projets de découpes départementales du royaume, proposés par Marc-René d'Argenson, et certaines régions comme la Bretagne sont déjà subdivisées en départements au début du XVIII^e siècle, quand un édit royal de juin 1787 enjoint les assemblées provinciales à se structurer en départements territoriaux. Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme, nous rappelait Lavoisier.

Mais même en acceptant la fiction de créations *ex nihilo*, il est difficile parfois de distinguer clairement forme et réforme. Les métropoles de la loi de 2010 sont-elles ainsi une excroissance des communautés urbaines desquelles elles seraient une réforme, ou sont-elles une création propre qui

s'ajouterait au modèle des communautés du fait justement qu'elles ne les suppriment ni ne les remplacent et qu'elles donnent naissance elles-mêmes à un propre processus de réforme scindé par les lois du 27 janvier 2014 et du 16 février 2017 ? Et dans les deux cas, comment situer alors la métropole de Lyon qui est la seule à devenir une véritable collectivité territoriale et dont le statut est réglé dans le chapitre réservé aux... départements dans le code général des collectivités territoriales¹⁰ ? Faut-il ranger cette métropole comme une nouvelle forme donnée au territoire urbain ou comme une seule réforme des autorités existantes ? Le diable se cache toujours dans les détails.

Si l'on ne s'attache pas aux seules apparences des mots pour rechercher plus au fond la nature des réformes, c'est la filiation du rapport qui peut même être remise en question. Par exemple, si l'on retient le cœur ou l'essence des évolutions, une réforme apparente pourrait ne plus être rattachée au modèle qu'elle est supposée améliorer. Les régions collectivités territoriales décentralisées de 1982-1986, dotées d'une personnalité juridique, d'organes, de compétences et de financement propres, peuvent-elles ainsi être vraiment affiliées aux régions créées en 1956 comme espace non autonome de l'Etat délimitant son action volontariste de développement économique ? Une collectivité décentralisée dotée de toute la protection juridique donnée par la Constitution et répondant de logiques d'existences propres, ne saurait être aussi facilement assimilée à un simple espace d'aménagement du territoire de l'Etat, dans le cadre d'une politique très autoritaire. Elle ne saurait non plus tirer son origine lointaine du simple assemblage volontariste de syndicats de tourisme.

Dans un autre exemple les schémas sectoriels de service collectif, créés par la loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, pourraient ne pas être considérés comme une réforme du schéma national d'aménagement du territoire créé par la loi du 4 février 1995 qu'ils refondent, dès lors que ces schémas, adoptés par une majorité politique différente, abandonnent certains points essentiels de celui-ci (la globalité) au profit d'une autre démarche intellectuelle et procédurale (la démocratie).

On le voit, le rapport forme/réforme est en soi une énigme, et dépend en grande partie du consensus réalisé sur la notion même de réforme. Pour faire un rapprochement avec le droit constitutionnel, si Carl Schmitt avait pour projet de distinguer la Constitution des simples lois constitutionnelles

10 Les métropoles-établissements publics créées par la loi du 16 décembre 2010, modifiée par celle du 27 janvier 2014 sont en effet régies dans la Cinquième partie du Code général des collectivités territoriales, et notamment dans son chapitre VII, alors que la métropole de Lyon-collectivité territoriale est comprise dans le Livre VI de la Troisième partie du Code, relative au Département.

qui peuvent la réviser et la réformer mais sans la changer au fond,¹¹ une autre partie de la doctrine estime au contraire que dès que le texte fondamental est modifié, il devient une nouvelle œuvre à part entière du constituant, toute réforme devenant alors en soi une nouvelle forme.¹²

Ces interrogations sur la réalité du lien de filiation entre formations et réformations du territoire n'empêchent pas de constater par ailleurs qu'il y a aussi en cette matière territoriale une nette évolution des concepts et concepteurs, qui va influencer directement les réformes elles-mêmes.

II. LA REFORME DES CONCEPTS APPLIQUES AU TERRITOIRE

L'étude des processus d'adoption des lois territoriales est riche d'enseignement. Elle fait apparaître deux conceptions historiques du territoire distinctes et complémentaires mais que l'on peut regrouper (1.), qui sont aujourd'hui fondues dans une troisième approche (2). La nature même des réformes est ainsi directement liée non seulement aux objectifs qu'elle vise mais également à ceux qui les pensent.

1. *Des réformes d'experts*

Pendant longtemps, le territoire a été pensé politiquement, par des acteurs politiques (des élus, des personnalités politiques), qui ont produit des lois très politisées. Car la question territoriale est un sujet hautement politique, au sens juridique du terme, c'est-à-dire directement liée à la construction et au devenir du souverain national, notamment après l'abolition du royaume d'Ancien régime. A la Révolution, il s'agissait ainsi de supprimer les anciennes divisions monarchiques en paroisses et provinces au profit de communes et départements révolutionnaires contrôlés par le Centre, et qui sont à la fois des lieux d'administration et de représentation du peuple, et de refonte de la Nation.¹³

11 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, coll. Leviathan (Paris, 1993). V. note bibliographique de M. TROPER, *Revue internationale de droit comparé* 1994, 312-315.

12 A. VIALA, *Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique*, in : L. BUGUORGUE-LARSEN (éd.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers Européens, n°1 (Paris 2011) 7-24 (pedone.info/Tredies/Viala.pdf) : « Selon une approche formaliste, la Constitution n'étant rien d'autre qu'un ensemble de normes dont le contenu est indifférent pourvu que leur adoption et leur révision obéissent à la procédure la plus complexe de l'ordre juridique, toute révision entraîne l'existence d'une nouvelle Constitution. La Constitution est alors perçue comme un simple agrégat d'éléments normatifs juxtaposés dépourvu d'autonomie par rapport à ces derniers. En sorte que le retrait de l'un d'entre eux équivaut au renouvellement de cet ensemble ».

On retrouve cette approche politique du territoire avec les lois de 1871 sur les départements et de 1884 sur les communes, lorsque la République essaye de s'inscrire dans le sol pour remplacer la monarchie des campagnes encore vivace et capable de la renverser. De même les grandes lois de 1982–1983 ont voulu refonder la vie sociale et politique du pays, suite à l'alternance présidentielle de 1981, par une décentralisation moderne reposant sur les « libertés » des collectivités, jusque-là trop soumises à une tutelle autoritaire du Centre. Au XXI^e siècle, c'est le rapport entre les autorités locales et leurs habitants que la loi du 27 janvier 2002 cherche à refonder, donnant un cadre plus précis à la démocratie participative¹⁴ qui sera amplifié par la révision constitutionnelle de mars 2003 consacrant les référendums locaux par exemple et l'importance des collectivités dans la menée des politiques nationales.¹⁵

Ces grandes lois de mise en forme ou de réforme du territoire sont directement liées à une conception *politique* du territoire, à un projet social, et sont alors initiées et mises en œuvre par des élus, porteurs actifs du programme politique.¹⁶

Mais il existe une autre manière de produire des lois territoriales, lorsque le territoire est pensé plutôt sous un angle économique et social d'une terre à rendre productive, à aménager pour la développer. Il s'agit ici d'accomplir des projets d'experts géographes ou économistes qui œuvrent sur le territoire pour l'optimiser au regard de leurs analyses chiffrées. Ces réformes sont alors pensées d'une manière assez technique, sur la base de cartes où la flèche des flux ainsi que les cercles du rayonnement économique remplacent la frontière purement administrative, et fondées sur les statistiques de l'INSEE ou de la

13 V. par exemple la thèse de P. ALLIES, *Le territoire dans la formation de l'Etat national* (Montpellier 1977), publiée sous le titre : *L'invention du territoire* (Grenoble 1980).

14 Outre l'affirmation des nouveaux droits des habitants (à l'information notamment), cette loi crée par exemple les conseils de quartiers obligatoires dans les villes de plus de 80.000 habitants.

15 Cette révision confirme que désormais « La République ... est décentralisée » (art. 1^{er} de la Constitution), que les régions sont des collectivités territoriales à part entière (art. 72), que les collectivités disposent de ressources protégées (art. 72-2), que les habitants peuvent être consultés de façon décisive (nouvel article 72-1 sur le droit de pétition et le référendum), que les politiques locales peuvent déroger à titre expérimental au droit national (art. 72 al.4), etc.

16 A titre emblématique, c'est le maire de Marseille G. Deferre qui défend les grandes réformes de 1982–1983 (appelées justement « lois Deferre »), ou le premier ministre J.-P. Raffarin qui porte tout le processus de réforme des années 2003–2005, de même que l'on évoque les lois Pasqua (1995), Chevènement et Cresson (1999) ou Vaillant (2002) du nom des ministres les ayant initiées.

DATAR devenue CGET.¹⁷ Le pré-projet de loi est alors préparé dans ces officines du pouvoir avant d'être transmis aux ministres, et seront défendus sous l'angle de la rationalité et de l'efficacité, notamment économique, même si les objectifs visés peuvent faire l'objet de grandes discussions nationales.¹⁸ Il faut noter alors que ces projets vont déboucher sur de grandes lois structurantes initiant des formes et des réformes de fond du territoire national : renforcement de la coopération locale (SIVOM et Districts en 1959, communautés urbaines en 1966, communautés de communes et de villes en 1992, d'agglomération en 1999, métropoles en 2010, fusion des communautés intercommunales à fiscalité propre en 2015), création de nouvelles autorités locales (régions en 1950–1972), politiques de développement (schémas d'aménagement de 1995 et de 1999 notamment), ou de péréquation.

Ces deux approches d'experts ne débouchent pas sur les mêmes réformes. Pour simplifier, les réformes d'origine politique débouchent bien souvent sur l'amélioration de la *décentralisation*, faisant des collectivités locales des partenaires mieux reconnus dans leurs autonomie et compétences, alors que les réformes d'origine technique produisent des lois d'*aménagement du territoire* qui instrumentalisent ces collectivités au profit d'objectifs ou d'intérêts déterminés par le Centre, les faisant notamment passer sous le contrôle d'établissements de coopération locale mieux contrôlés par les préfets, ou leur donnant des compétences spécifiques et encadrées par de grandes directives nationales et de schémas déterminés par des autorités supérieures, gouvernement ou régions. Si la forme, disait Victor Hugo, c'est le fond qui remonte à la surface, celles données par les lois territoriales sont ainsi très révélatrices de leurs objectifs profonds.

2. Des réformes de sages

A côté de ces deux approches historiques, de nouveaux concepteurs du territoire et donc sans doute de nouvelles conceptions sont à l'œuvre depuis quelques années. Soit parce que les hommes politiques n'ont plus d'idées,

17 La Délégation à l'Aménagement du Territoire et à l'Action régionale, créée par le décret du 14 février 1963, en accompagnement de la création des régions étatiques, deviendra en 2005 la Délégation Interministérielle à l'Aménagement et à la Compétitivité des Territoires (DIACT), puis en 2009 la DATAR (Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale) avant d'être fondue dans le Commissariat Général à l'Égalité des Territoires (CGET) par le décret du 31 mars 2014.

18 La question de l'aménagement du territoire dans les années 90, qui déboucha sur la grande loi du 4 février 1995 et la création du schéma national d'aménagement du territoire, fit ainsi l'objet d'une grande consultation dans toute la France, initiée par le ministre de l'Intérieur C. Pasqua et menée par la DATAR (« Objectif « France 2020 ») pour établir les attentes et besoins des Français.

ou qu'ils ne savent plus choisir entre elles ou que la conception politique du territoire ne suffit plus à trouver les bonnes solutions, soit parce que les experts géographes voient leur légitimité contestée et leur travail théorique remis en cause par les acteurs de terrain. On confie alors désormais toute réflexion sur le territoire à des « sages », à des comités ou des commissions pluralistes, chargées de dresser l'état des lieux et de proposer des solutions intelligentes au législateur.

Depuis vingt ans par exemple les rapports parlementaires prospectifs se multiplient¹⁹ et sont de plus en plus ambitieux et originaux dans les solutions qu'ils proposent (comme la réduction du nombre de régions par le rapport Raffarin qui préconise également la création des métropoles). De même se développent des rapports commandités par les ministères à des spécialistes universitaires ou de la société civile, qui renouvellent assez radicalement les conceptions en la matière comme pour la politique de la ville, bousculée par le rapport Bacqué-Mechmache de juillet 2013 dont certaines conclusions seront reprises par la loi de programmation de la ville du 21 février 2014 qui crée des « conseils citoyens » assez originaux. Pensons également à ces comités Attali de 2007 ou Balladur de 2008,²⁰ composés de multiples personnalités civiles françaises et étrangères, et qui proposent la réduction du nombre de régions, l'élection des conseillers communautaires au suffrage universel direct, la création des métropoles comme collectivités territoriales, voire la disparition des départements. Sans parler des nombreux rapports institutionnels du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes sur les politiques territoriales qui ont potentiellement inspiré plusieurs lois.²¹

Ces commissions ne sont pas nouvelles, et s'inscrivent par exemple dans la continuité du comité Guichard dont le rapport *Vivre ensemble* de 1976 influença fortement les réformes de 1982, ou du rapport Rueff de 1960 qui

19 Citons, entre autres, les rapports MAUROY d'octobre 2000 : Refonder l'action publique locale, MERCIER de juin 2000 : Pour une République territoriale : l'unité dans la diversité, PIRON de février 2006 : Gouverner en France : quel équilibre territorial des pouvoirs, WARSMANN d'octobre 2008 sur La clarification des compétences des collectivités territoriales, HERVE de juin 2011 sur le nouveau Bilan de la décentralisation, ou encore RAFFARIN-KRATTINGER d'octobre 2013 sur L'avenir de l'organisation décentralisée de la République.

20 Commission ATTALI créée en août 2007 pour repenser la libération de la croissance française et qui rendra un pré-rapport en janvier 2008 et un rapport final en octobre 2010, comité BALLADUR créé en octobre 2008 et qui a rendu son rapport « Il est temps de décider » en mars 2009.

21 V. ainsi les rapports de la Cour des comptes de 2005 sur l'intercommunalité, de février 2009 sur la conduite de la décentralisation par l'Etat ou de 2013 sur l'organisation territoriale de l'Etat, ou les études du Conseil d'Etat comme celle de mars 2013 sur la décentralisation des politiques sociales.

suscita en son temps une réactivation de la décentralisation économique. Ce qui est notable, c'est leur multiplication depuis le début du XXI^e siècle, l'inventivité territoriale qu'elles apportent²² et le fait qu'elles se font le porte-parole de penseurs qui ne sont pas tous experts géographes ni politiciens de longue haleine, mais qui regardent le territoire en dehors de ses seuls impératifs politiques ou policiers considérés plus haut (faire société, protéger le pouvoir central).

Certes, le dernier mot appartient toujours au Parlement ou au Gouvernement, qui choisissent dans leurs propositions celles qui servent le mieux leurs propres intérêts. La suppression des départements a été rapidement abandonnée par le Premier ministre Valls dès lors qu'elle risquait de le priver du soutien nécessaire des élus centristes, essentiellement départementaux. De même, la création des métropoles en 2010 ne répond pas exactement aux préconisations du rapport Balladur, qui voulait en faire de véritables collectivités territoriales mais qui ne sont devenues que des établissements publics, exception faite ultérieurement de celle de Lyon. Le nombre définitif des régions a quant à lui été tranché en dehors des propositions des rapports.

Dans cette nouvelle approche, un élément essentiel semble alors jouer : la répétition. C'est en effet souvent l'accumulation des mêmes propositions dans les différents rapports qui en mûrit l'acceptation et pose la réforme comme une évidence, du moins dans son principe. La suppression des départements proposée par le seul rapport Attali n'était pas suffisamment relayée par d'autres analyses et ne reposait alors que sur un rapport de force politique fragile, qui n'a pu l'imposer. Les métropoles sont au contraire envisagées par plusieurs rapports, qui ont permis finalement de les créer comme établissements publics ou collectivités territoriales.

Il faut signaler alors que ces réformes portées par des rapports de « sages » ne sont plus aussi facilement affiliées de façon manichéenne à des politiques de décentralisation ou de simple aménagement du territoire, comme pour celles proposées par les experts. Au contraire, cette nouvelle approche semble fusionner les deux conceptions, objectiver le territoire au profit d'une recherche dite neutre de « gouvernance » optimale, ou d'un « management territorial » qui mélange, sans craindre le paradoxe, décen-

22 Nous pensons ainsi à la création des conseillers territoriaux par la loi du 16 décembre 2010, fusionnant élus départementaux et régionaux, inspirée du rapport Balladur, à la suppression envisagée dans le projet de loi initial de la loi NOTRe de 2015 du département, préconisée par le rapport Attali, à la suppression de la clause générale de compétence pourtant historiquement liée à toute la décentralisation depuis le XIX^e siècle, mais proposée par les rapports Balladur et Warsmann et adoptée par la loi du 16 décembre 2010, ou à la réduction drastique du nombre de régions, souhaitée par le rapport Balladur et Raffarin, et reprise par la loi du 16 janvier 2015.

tralisation, libre administration, intercommunalité ou aménagement du territoire, alors que ces différentes politiques reposent sur des conceptions politiques et des situations juridiques très différentes, et parfois opposées.²³

Le Comité Balladur par exemple promeut l'élection directe des conseillers des communautés intercommunales ou la création des métropoles comme collectivités territoriales, mais envisage en même temps la fusion des régions, ce qui porte atteinte à leur dimension identitaire et politique, et propose la suppression de la clause générale de compétence qui est pourtant l'âme des collectivités conçues comme des sociétés plus que comme des outils, ce qu'elles risquent alors de devenir avec de simples compétences d'attribution. La libre administration, liberté constitutionnelle, ne se distingue plus de la décentralisation, politique centrale, dans cette approche non politisée du territoire qui maintient les collectivités comme instruments au service des plans de développement national.

Ce changement de concepteurs des réformes territoriales ne modifie donc toujours pas le rapport de domination que le Centre impose au Territoire. Les récentes réformes s'inscrivent toujours dans les contraintes des formats initiaux, et la danse forme/réforme ne fait que se renouveler selon le tempo du moment. Il faut que tout change pour que rien ne change, nous apprenait le film *Le Guépard*. Mais une analyse plus fine montrerait néanmoins les avancées réelles que les réformes apportent aux formes premières, et les changements apportés par les nouveaux processus décisionnels.

Lyon, janvier 2018

23 Voir de l'auteur : La centralisation territoriale. Fondements et continuité en droit public français, thèse soutenue à l'université Montpellier I, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01121381/>

Chapitre IV

La réforme juridique sous la pression de la mondialisation

La crise du droit d'auteur ou l'impossible réforme internationale ?

*Edouard Treppoz**

- I. Le blocage
 - 1. Un texte favorable aux auteurs
 - 2. La sécurisation
- II. Le contournement
 - 1. Les options fermées
 - 2. Les options ponctuelles

Le constat est connu et partagé : le droit d'auteur est en crise.¹

Les causes de cette crise sont multiples. Outre le fait que la matière paie aujourd'hui sans doute les excès du siècle passé, la crise de légitimité provient principalement des modifications induites par le numérique. L'irruption de cette nouvelle technologie a permis l'émergence de nouveaux usages de consommations et de productions, mais aussi de nouveaux acteurs, le tout bouleversant l'équilibre du siècle passé.

Ainsi, aujourd'hui, chacun peut « consommer » la culture, sans aucune contrainte technique. Le numérique transforme les supports tangibles rivaux en des fichiers fongibles non rivaux et dé-multipliables à l'infini. La technique crée l'abondance que seul le droit contraint. A ces nouveaux modes de consommation répondent de nouveaux modes de création. Alors que les moyens de créations étaient autrefois onéreux et donc réservés aux professionnels, leur bas prix les rend aujourd'hui accessibles aux amateurs. Chacun désormais peut s'improviser réalisateur ou compositeur à moindre coût. Ce mouvement de démocratisation de la création et de banalisation du créateur est démultiplié par un accès facilité aux créations préexistantes. Chacun peut alors aisément créer à partir de ce nouveau tréfonds universel de la création que charrie chaque jour l'internet. La création du présent devient un collage infini des créations du passé. Là encore, la seule limite provient du droit d'auteur, limitant ces nouvelles productions. Le droit d'auteur est alors vu, à tort, comme une limite à la diffusion du savoir et à la production de nouveaux biens culturels.

* Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3.

1 Notamment : A. BENSAMOUN, Portrait d'un droit d'auteur en crise, 224 RIDA (avril 2010) 3-159, 9 et P.-Y. GAUTIER, Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », 54 Propr. intell 2015, 10 *et seq.*

Parallèlement à ces nouveaux usages émergent de nouveaux acteurs globaux et principalement américains. Ces derniers ont su utiliser ces nouvelles technologies, pour développer de nouveaux services devenant rapidement essentiels à une échelle mondiale. Sans doute, faut-il rappeler que l'essor de ces nouveaux acteurs a été rendu possible par une certaine mansuétude assumée tant du droit européen qu'américain soucieux du développement de l'internet, mansuétude qui supposait d'en protéger les opérateurs.² Or, pour ces acteurs, le droit d'auteur constitue très certainement un frein à leur expansion. Développant une offre en apparence gratuite, ces derniers se rémunèrent néanmoins par le flux, notamment par le biais de la publicité ciblée. Dès lors, une pression moindre du droit d'auteur permet d'accroître le flux créé et par là même la rémunération de ces opérateurs.

Ainsi, convergent de manière paradoxale les intérêts du public et ceux des opérateurs en opposition franche au droit d'auteur. Un *lobbying* puissant peut alors s'organiser pour décrier la légitimité de ce dernier, en se prévalant de l'intérêt général, masquant pourtant difficilement l'intérêt particulier des opérateurs.

Cette crise de légitimité du droit d'auteur a justifié une décroissance de la protection conférée, tant par le législateur que par la jurisprudence. Ainsi, la loi République Numérique a créé deux nouvelles exceptions,³ fruits d'une alliance efficace entre les intérêts généraux du public et les intérêts particuliers des opérateurs sur internet. Le juge n'est pas en reste avec la consécration d'un contrôle de proportionnalité depuis l'important arrêt *Klasen*.⁴ Si les contours de ce contrôle de proportionnalité ne sont pas encore établis, il est possible qu'ils permettent à un internaute de s'approprier sans droit certaines images « iconiques ».⁵ Ce mouvement est loin d'être spécifique à la France. Le Canada a ainsi mis en place une exception spéci-

2 Ainsi, tant en Europe avec la Directive commerce électronique n° 2000/31, qu'aux Etats-Unis avec le DMCA (Digital Millennium Act), le principe fut celui d'une responsabilité limitée.

3 Sur les nouvelles exceptions introduites par la loi pour une République numérique : V.-L. BENABOU, La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle, Recueil Dalloz 2016, 531.

4 Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27391 : Recueil Dalloz 2015, 1672, note A. BENSAMOUN/P. SIRINELLI, Revue trimestrielle de droit commercial 2015, 509 ; obs. F. POLLAUD-DULIAN, La Semaine juridique – Entreprise et affaires (JCP E) 2016, 57 ; note A. ZOLLINGER, Propriétés intellectuelles 2016, n° 58, 89 ; note M. VIVANT/Ch. GEIGER, Propriétés intellectuelles 2016, n° 61, 418 ; obs. Ch. DE HAAS, L'Égipresse 2015, 330–474 ; note V. VARET, Juris art etc. 2015, n° 26, 6 ; note E. TREPPOZ, Communication, commerce électronique 2015, n° 7, 29 ; note Ch. CARON, Revue de jurisprudence commerciale 2016, 11 ; note Ch. ALLEAUME/D. MARTIN/E. TREPPOZ, Du bon usage du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur, in : Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 1011–1020.

fique pour les créations issues des utilisateurs d'internet.⁶ L'objectif était précisément de s'adapter à cette nouvelle donne technologique et créative, en diminuant d'autant l'exclusivité conférée à l'auteur. Enfin, la tendance est la même en Europe. De manière remarquable, la tant attendue directive droit d'auteur dans le marché numérique met en place des exceptions obligatoires dont la finalité n'est autre que de réduire l'exclusivité conférée à l'auteur dans l'univers numérique ;⁷ la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas en reste, imposant une forme d'épuisement pour toute œuvre licitement présente sur l'internet. Le mouvement a commencé en autorisant les hyperliens,⁸ il pourrait se prolonger en autorisant toute reprise non commerciale de ces œuvres.⁹

Il ne s'agit pas ici de s'appesantir sur les bienfaits ou les méfaits de cette crise. Elle est un fait objectivement constatable. Notre propos est autre et porte sur la possible traduction de cette crise en droit international. La question consiste donc à savoir si ce déclin en droit interne du droit d'auteur peut se répercuter en droit international. La difficulté provient de la spécificité de ces sources internationales moins malléables et donc moins évolutives que les sources internes.

Se prononcer sur cette possible réception de la crise interne du droit d'auteur en droit international suppose de rappeler brièvement la construction internationale à l'œuvre depuis 1886. Ce paysage est marqué par la Convention de Berne, véritable astre au sein de la galaxie du droit d'auteur international,¹⁰ dont la dernière révision date de 1971 et à laquelle plus de cent soixante pays ont adhéré. L'innovation s'est ensuite faite en dehors de la Convention Berne. Ainsi, la propriété industrielle et le droit d'auteur ont intégré les questions de réglementation commerciale traitées par l'Organisation mondiale du commerce. Outre une intégration presque parfaite de

5 Cette analyse résulte d'une lecture a contrario des décisions du juge du fond appliquant le contrôle de proportionnalité en faveur du droit d'auteur : TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 9 mars 2017, n^o 15/01086 : *Juris art etc.* 2017, 46-3, E. TREPPOZ, *Propriétés intellectuelles* 2017, 64-69, J.-M. BRUGUIERE et la décision de la Cour d'appel de renvoi dans l'affaire *Klasen CA* de Versailles, 16 mars 2018.

6 P.-E. MOYSE, *Le droit des utilisateurs au Canada*, *Juris art etc.* 2015, 25-30.

7 Ainsi, l'article 3 met en place une exception de *data mining*, tandis que l'article 4 impose une exception transfrontière dans le cadre de l'enseignement numérique. On en rapprochera le mécanisme mis en œuvre par l'article 7 conférant une licence non exclusive à des fins non commerciales ... en vue de la numérisation, la distribution, la communication au public.

8 CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, Aff. C-466/12.

9 Voir les conclusions de l'Avocat Général CAMPOS SANCHEZ-BORDONA rendues le 25 avril 2018 dans l'affaire C-161/17.

10 J. C. GINSBURG/E. TREPPOZ, *International Copyright Law – U.S. and E.U. Perspectives* (Cheltenham 2015) n^o 1.1.

la Convention Berne,¹¹ ces accords ADPIC ont permis une modernisation des obligations internationales avec notamment la question du logiciel, mais aussi une plus grande effectivité. Par ailleurs, un traité en date de 1996 a modernisé le droit d'auteur selon une logique d'adaptation à ces nouvelles technologies. Pour autant, l'approche à l'époque n'était pas celle de la décroissance, mais plutôt d'une recherche d'alignement.¹² L'enlisement du cadre multilatéral a ensuite justifié un regain du bilatéralisme, avec comme objectif le renforcement des obligations internationales en faveur des titulaires de droit.¹³

L'observateur attentif des sources internationales constatera néanmoins une tendance timide à la décroissance. L'évolution ne s'effectue, en effet, plus toujours en faveur d'un renforcement des droits des titulaires, mais vient parfois les limiter. De manière ainsi remarquable, le traité de Marrakech de 2013 impose une exception en faveur des aveugles et des déficients visuels.¹⁴ Plus insidieusement, la version remaniée du Trans-Pacific Partnership Treaty prescrit à son article 18.66 une solution d'équilibre en matière d'exception. L'obligation internationale, qui n'obligeait qu'à un minimum, exige désormais un équilibre, faisant disparaître la marge de manœuvre de l'Etat en faveur d'un surplus de protection. Ces deux exemples montrent que le droit international n'est pas insensible à cette crise du droit d'auteur, imposant une certaine décroissance.

Le constat, certes encore timide, de cette volonté de décroissance en droit international ne justifie pas pour autant sa légitimité. Il montre, au minimum, la réalité d'une pression pour réceptionner à tous les niveaux de normativité cette crise du droit d'auteur. Pourtant, cette volonté se confronte à la particularité du droit d'auteur international, imposant de manière obligatoire une logique favorable à l'auteur. De manière remarquable, le droit d'auteur international a mis en œuvre un blocage substantiel du niveau de protection conféré à l'auteur. Toute tentative de décroissance voit dès lors sa licéité questionnée au niveau international. Il faudra dès lors expliciter le blocage mis en œuvre au niveau international, pour apprécier la légitimité des stratégies de contournement.

11 On notera néanmoins que l'article 6 bis de la Convention de Berne consacrant le droit moral n'a été qu'imparfaitement intégré aux Etats-Unis.

12 Sur laquelle : E. TREPPOZ, L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement, *Communication, commerce électronique*, n° 7, juillet 2010, étude 14.

13 Sur cette évolution : S. VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy* (Oxford 2008), 349 *et seq.*

14 A. LUCAS/A. LUCAS-SCHLOETTER/C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, (5^e éd., Paris 2017) n° 1932 : « c'est la première fois qu'une Convention administrée par l'OMPI édicte des normes rendant obligatoires des exceptions au droit d'auteur ... l'innovation est en elle-même spectaculaire ».

I. LE BLOCAGE

La juste compréhension du blocage mis en place par la Convention de Berne suppose d'expliquer d'abord l'approche pro-auteur de la Convention, pour décrire ensuite, la sécurisation mise en place par la Convention.

1. *Un texte favorable aux auteurs*

La Convention de Berne voit le jour à la fin du XIX^e siècle à une époque où s'affirme la conception romantico-personnaliste de la création. Cette conception marquera dès l'origine la Convention.¹⁵ Le texte s'affirme en effet comme un texte de droit continental réceptionnant partiellement une approche de droit d'auteur à la française, loin de l'approche plus économique du *copyright*. Cela explique que les États-Unis attendront plus d'un siècle pour y adhérer. Trois dispositions sont, à ce titre, exemplaires de cette opposition des modèles et de l'approche continentale adoptée par la Convention. Ainsi, le droit moral reconnu à l'article 6 bis de la Convention constitue un marqueur de cette approche de droit d'auteur. Certes, il n'y est pas aussi intense qu'en droit français. Il reste néanmoins étranger à la conception du *copyright* américain, qui bien qu'adhérant à la Convention ne le reconnaît qu'imparfaitement. La prohibition des formalités à l'article 5.2 de la Convention témoigne aussi d'une approche naturaliste de la matière, loin de l'utilitarisme dont témoigne la procédure d'enregistrement américaine. On rappellera qu'aux États-Unis l'enregistrement subordonne encore la recevabilité de l'action en contrefaçon pour les œuvres américaines.¹⁶ Enfin, et pour se limiter à l'essentiel, la durée de protection est non seulement longue au sein de la Convention, mais surtout subordonnée à la mort de l'auteur, personne physique. Là encore, l'approche était autre aux États-Unis, prévoyant une durée de protection courte renouvelable et dont le délai de computation n'était pas fonction de la mort de l'auteur.¹⁷ Par ce choix d'une approche continentale, la Convention de Berne opte pour une protection forte tant des intérêts patrimoniaux que moraux des auteurs.

Le plus notable alors est que la Convention procède par *minima* conventionnels, conditionnant le principe du traitement national. Or, ces *minima* ne forment que des planchers au-dessus desquels chaque Etat membre peut rehausser sa protection. Ainsi, l'article 19 de la Convention autorise implicitement à conférer une protection plus large que celle édictée par la Con-

15 P. GOLDSTEIN/B. HUGENHOLTZ, *International Copyright – Principles, Law, and Practice*, (3^e éd., Oxford 2013) 34 sur l'influence de la logique naturaliste française.

16 R. A. GORMAN/J. C. GINSBURG/R. A. REESE, *Copyright: Cases and Materials*, (9^e éd., St Paul 2017) 118 *et seq.*

17 GORMAN/GINSBURG/REESE, *supra* note 16, 74 *et seq.*

vention. Cette dernière ne vise donc pas à trouver un point d'équilibre entre des droits antagonistes et notamment ceux de l'auteur et/ou des utilisateurs, mais à assurer les auteurs d'un minimum de protection. Elle n'impose donc pas un plafond, mais un plancher en deçà duquel les intérêts de l'auteur sont sauvegardés. L'Etat membre ne peut alors protéger moins. Il peut néanmoins protéger plus. De manière remarquable, si chaque Etat peut localement offrir une protection plus élevée, ce surplus de protection doit être conféré à l'étranger au titre du traitement national. Ainsi, si un Etat décide de protéger les logiciels par le droit d'auteur ce que n'impose pas explicitement la Convention de Berne, ce dernier devra accorder ce surplus aux auteurs étrangers. La rédaction du traitement national à l'article 5.2 de la Convention inclut en effet « les droits spécialement accordés par la Convention », mais aussi les « droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux ». Il est alors intéressant de comparer cette rédaction à celles du traitement national que connaissent les autres Conventions de propriété intellectuelle et ne visant que les *minima* conventionnels. A titre d'exemple, le traitement national au sein du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (Traité WPPT) ne porte que sur « les droits exclusifs expressément reconnus dans le présent traité ». La différence est lourde de conséquences. Selon tous ces textes, si la loi locale confère une protection moindre que les *minima*, l'auteur unioniste bénéficiera de ces *minima*. La particularité de la Convention de Berne est que si la loi locale confère une protection plus étendue, l'auteur unioniste bénéficiera de ce surplus. Ce ne serait pas le cas à l'aune du traitement national inclus dans le Traité WPPT.

Non seulement, la Convention opte pour une approche continentale dans le cadre de ces *minima* conventionnels, mais surtout, elle met en place un mécanisme assurant localement l'auteur du plus haut niveau de protection. Cette orientation substantielle en faveur de l'auteur se prolonge alors au sein de la Convention, qui en assure la sécurisation.

2. La sécurisation

La sécurisation de ces *minima* dépend des blocages, tant internes qu'externes, mis en place par la Convention. L'objectif est précisément d'éviter une décroissance de ces *minima* en défaveur de l'auteur.

Comme tout texte, la Convention de Berne est susceptible d'être révisée. La difficulté ici résulte des conditions de révisions prévues à l'article 27. En premier lieu, les révisions doivent avoir pour but « d'introduire des améliorations de nature à perfectionner le système de l'Union ». On a pu montrer que ce système est marqué par une approche favorable à l'auteur. Il serait donc possible de considérer qu'une révision limitant la protection de

l'auteur ne permettrait pas d'introduire des améliorations de nature à perfectionner ledit système. La protection serait néanmoins de courte durée. Il suffirait en effet de réviser ledit article 27. C'est là qu'intervient la seconde protection mise en place par l'article 27 et difficilement franchissable. Selon cet article, toute révision des articles non institutionnels « requiert l'unanimité des votes exprimés ». Or, aujourd'hui, 168 pays sont membres de la Convention, ce qui politiquement exclut toute révision, l'unanimité s'avérant illusoire. Ce mécanisme explique l'absence de révision depuis 1971. A titre de comparaison, on notera que la Convention de Rome à son article 29 subordonne une révision à un accord des deux tiers des États présents. L'explication est sans doute temporelle, l'unanimité étant la règle à l'époque de la Convention de Berne pour évoluer ultérieurement en faveur de la majorité. Il demeure que les conditions de révision requises au sein de la Convention de Berne s'avèrent particulièrement contraignantes, avec comme conséquence l'impossibilité contemporaine de modifier ce texte phare du droit d'auteur international. Le système est donc bloqué de l'intérieur.¹⁸ Une voie alternative serait alors de prévoir cette décroissance par des textes externes à la Convention.

Si la Convention de Berne n'a pas pu être révisée depuis 1971, le paysage international du droit d'auteur a pourtant évolué tant d'un point de vue multilatéral que bilatéral.¹⁹ Le blocage institutionnel lié à l'article 27 de la Convention de Berne a imposé de réformer le paysage international du droit d'auteur sans toucher à la Convention de Berne. La réforme internationale s'est donc effectuée, non plus *au sein*, mais *à côté* de la Convention de Berne. Des pays membres de la Convention peuvent en effet décider par de nouveaux traités, distincts de la Convention, de moderniser le cadre international du droit d'auteur. Telle était la logique à l'œuvre pour le traité OMPI de 1996, adaptant le droit d'auteur à l'internet. Chaque Etat membre de la Convention de Berne est alors libre de rejoindre ce nouveau traité, s'agrégeant aux acquis internationaux dont l'effectivité devient à géométrie variable en fonction des adhésions aux différents textes internationaux. Pourtant, ce pas de côté ne confère pas une liberté totale aux États membres. Ces nouveaux traités ne peuvent en effet totalement s'affranchir de la Convention de Berne. La raison est simple et dépend de l'article 20 de la Convention, imposant un blocage, cette fois-ci, externe à la Convention. Ainsi selon cet article, les Etats parties à la Convention de Berne peuvent

18 J. BLOMQUIST, *Primer on International Copyright and Related Rights*, (Cheltenham/Northampton 2014) 234 : « Together these two provisions (article 20 and 27) mean that it is difficult to imagine any substantive revision of the Convention within the foreseeable future ».

19 VON LEWINSKI, *supra* note 13, 349 *et seq.*

« prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèrent aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention ».

La Convention de Berne subordonne donc toute modification externe du droit d'auteur international à deux conditions en fonction du domaine d'application matérielle de la Convention. Dans un cas, le nouveau traité porte sur un champ substantiel distinct. La conséquence est alors que les stipulations de ce nouveau traité, autres que celles de la Convention de Berne, ne doivent pas être contraires à la Convention. Dans l'autre hypothèse, le nouveau traité porte sur le même champ substantiel que la Convention. Ce dernier doit alors conférer aux auteurs des droits plus étendus. Ainsi, un traité sur le droit moral ne pourrait retenir une protection moindre que celle conférée par l'article 6 bis de la Convention. Cette hypothèse montre clairement que la Convention de Berne, par le biais de l'article 20, fait rayonner son impérativité et son niveau de protection à des textes qui lui sont étrangers, s'imposant ainsi comme la norme de référence au sein du droit d'auteur international.²⁰ Concrètement, un Etat membre de la Convention de Berne adhérant à un texte conférant moins de protection à l'auteur que ladite Convention, en violerait l'article 20.²¹ On rappellera que, depuis l'intégration de la Convention au sein de l'OMC, il serait possible de saisir l'organe de règlement des différends d'un tel manquement. L'effectivité de ce blocage externe est alors réelle.

Avec cet article 20, la Convention de Berne exclut en apparence toute décroissance, faisant produire un effet cliquet à la protection existante au sein de la Convention de Berne. Il faut néanmoins s'interroger sur un possible contournement de la Convention, afin de mettre en œuvre cette décroissance du droit d'auteur au niveau international.

II. LE CONTOURNEMENT

Pour mettre en œuvre ce contournement, il faut se confronter à la Convention afin de montrer des voies possibles de décroissance. Nous verrons que si certaines options sont fermées, des ouvertures sont envisageables.

20 On notera d'ailleurs que cette soumission est assumée, les textes ultérieurs prévoyant une intégration ou une sauvegarde de la Convention de Berne.

21 S. RICKESTON/J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond* (Oxford 2006) T. 1, n° 6.129 : « An inconsistent future agreement will clearly constitute a breach of article 20, as this imposes an obligation on Union members not to make such agreements. »

1. *Les options fermées*

Certaines options, bien qu'évoquées et parfois pratiquées, nous semblent devoir être refusées en ce qu'elles ne respectent pas la Convention de Berne.

La première de ces options supposerait de transformer le minimum conventionnel de la Convention de Berne, non plus en un plancher, mais en un plafond. La Convention de Berne deviendrait un texte de compromis entre des droits antagonistes et non un texte favorable aux auteurs. La mise en œuvre d'une telle transformation n'est pas encore à l'œuvre, bien que des signes annonciateurs soient perceptibles. Ainsi, le traité OMPI de 1996 reconnaît, dans le cadre de son préambule, la nécessité de « maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne ». Sans véritable portée normative, cette recherche d'équilibre témoigne au minimum d'un changement d'époque et d'atmosphère. Le risque devient réalité à la lecture de la version révisée du *Trans Pacific Partnership Treaty*. On rappellera que son article 18.66 impose précisément une solution d'équilibre en matière d'exceptions.²² La rupture est radicale. Auparavant, la recherche d'un équilibre n'avait jamais constitué une obligation internationale. La seule obligation internationale dépendait du triple test, sauvegardant les prérogatives de l'auteur. En conséquence, un Etat membre ne pouvait, par le jeu des exceptions, vider de tout contenu l'exclusivité de l'auteur. En revanche, rien n'interdisait à ce même Etat de retenir un système très favorable à l'auteur. L'équilibre n'était pas imposé. Seule la sauvegarde des droits de l'auteur l'était. Le TPP rompt cette approche, en transformant un minimum en un maximum. Une telle évolution nous paraît problématique, en ce qu'elle s'oppose aux exigences de la Convention de Berne. Transformer un minimum conventionnel en un maximum conventionnel aboutit à conférer moins de droits que ceux conférés par la Convention. Une telle solution s'oppose à l'article 19 de la Convention qui permet d'aller au-delà des *minima* conventionnels. On rappellera par ailleurs que ce surplus de protection bénéficie aux étrangers unionistes par le biais du traitement national. En conséquence, il nous semble qu'une telle transformation accorderait des droits moins

22 Article 18.66 TPP : « Each Party shall endeavour to achieve an appropriate balance in its copyright and related rights system, among other things by means of limitations or exceptions that are consistent with Article 18.65 (Limitations and Exceptions), including those for the digital environment, giving due consideration to legitimate purposes such as, but not limited to: criticism; comment; news reporting; teaching, scholarship, research, and other similar purposes; and facilitating access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled. »

étendus que ceux conférés par la Convention et serait donc contraire à l'article 20. L'auteur unioniste ne pourrait plus profiter des surplus de protection que pouvait octroyer l'Etat de protection. En ce sens, l'article 18.66 du TPP nous paraît contraire à l'acquis international en droit d'auteur.

La seconde option supposerait, à l'image du Traité de Marrakech, d'imposer des exceptions. La crise du droit d'auteur porte sur l'exclusivité conférée à l'auteur, prétendument au détriment de l'intérêt général. Les instruments permettant d'offrir un meilleur équilibre entre ces intérêts antagonistes sont nombreux, de la durée aux conditions de protection. Néanmoins, les exceptions constituent l'instrument le plus efficace pour qui souhaiterait limiter l'exclusivité de l'auteur. La crise du droit d'auteur passe donc par celle des exceptions.²³ Le Traité de Marrakech constitue alors un tournant politique « spectaculaire »²⁴ en droit d'auteur international, édictant pour la première fois une exception obligatoire au niveau international. La décroissance devient une réalité au sein même des sources internationales. Il n'est pas pour autant certain qu'elle soit légitime. Les observateurs attentifs ont pu noter que ce traité, à la différence du traité OMPI, n'est pas qualifié d'arrangement particulier au sens de la Convention. L'objectif est d'éviter le jeu perturbateur de la Convention de Berne et de son article 20 précisément, applicable aux arrangements particuliers. La manœuvre ne nous semble pourtant pas fonctionner, tant la qualification et l'application de l'article 20 de la Convention doivent dépendre du seul contenu objectif du traité. Or, en l'espèce, il ne fait guère de doute qu'il s'agit objectivement d'un arrangement particulier. De plus, ce dernier porte sur le domaine d'application de la Convention. En conséquence, sa conformité à l'article 20 de la Convention de Berne exige qu'il confère des droits plus étendus à l'auteur. En l'espèce, l'analyse est nécessairement autre.²⁵ Ce traité imposant une exception confère des droits moindres à l'auteur et, par là même, viole l'article 20 de la Convention, comme le reconnaît majoritairement la doctrine.²⁶

Aucune des options timidement mises en place pour réceptionner au niveau international la crise interne du droit d'auteur, ne semble alors légitime. Il est néanmoins possible que d'autres tentatives émergent, dont certaines apparaissent plus difficiles à canaliser.

23 Sur cette crise : D. PIATEK, *La crise des exceptions en droit d'auteur*, Institut Varrenne, Collection de thèse, 2017.

24 LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER/BERNAULT, *supra* note 14, n° 1932.

25 J. REINBOTHE/S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright* (2^e éd., Oxford 2015) 649 proposant une analyse en faveur d'un texte optionnel.

26 BLOMQUIST, *supra* note 18, 29 ; REINBOTHE/VON LEWINSKI, *supra* note 25, 649 *et seq.* et LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER/BERNAULT, *supra* note 14, n° 1931.

2. *Les options ponctuelles*

Fortes de cette contrainte internationale mise en œuvre par la Convention de Berne, deux voies de décroissance sont envisageables. L'une théorique supposerait d'imposer cette décroissance là où précisément la Convention de Berne n'est pas applicable. L'autre reposerait sur la figure du juge mettant œuvre cette décroissance par un contrôle de proportionnalité confrontant le droit d'auteur à d'autres intérêts antagonistes.

La première voie suppose de rappeler les conditions d'application de la Convention de Berne. Cette dernière exige, pour être applicable,²⁷ une situation internationale, l'internationalité de la situation dépendant de la revendication d'une protection dans un pays autre que le pays d'origine de l'œuvre.²⁸ En conséquence, les États-Unis peuvent conditionner la recevabilité de l'action en contrefaçon à l'enregistrement pour les seules œuvres américaines. Une telle condition disparaît pour les œuvres étrangères, assurant la conformité du droit américain à l'article 5.2 de la Convention de Berne, applicable à ces seules œuvres étrangères. Il serait alors possible techniquement d'imaginer un texte international applicable aux seules situations internes et imposant cette décroissance. Ainsi, il serait possible d'imposer des formalités²⁹ par un texte international applicable aux seules situations locales. Plus généralement, la décroissance serait imposée par un texte international pour des situations locales, hors du champ de la Convention. Techniquement, cette manœuvre permettrait d'éviter que ce traité international soit contraire à la Convention de Berne. On peut toutefois se demander si une convention internationale imposant localement l'enregistrement comme condition de recevabilité ne serait pas indirectement contraire à l'article 20. Au-delà de cette question théorique, il semble politiquement difficile de généraliser une telle solution qui conduirait à mieux protéger les œuvres étrangères que locales. Dans un autre champ substantiel et à une autre époque, Niboyet avait systématisé « la loi du maximum de différence entre le traité et la loi interne », justifiant un phénomène

27 Cette condition est d'ailleurs trop souvent malmenée par les juges : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n° 11-15165 appliquant la Convention de Berne à une situation locale, pour une critique de cette solution : Y. GAUBIAC, *La Convention de Berne encore méconnue*, Communication, commerce électronique 2008, novembre, Etude n° 11 et CJUE, 16 novembre 2016, Aff. C-301/15 appliquant la Convention de Berne à la loi française sur le livre indisponible sans en vérifier le champ d'application spatial.

28 Article 5 de la Convention de Berne.

29 Pour une présentation française du débat initié principalement aux États-Unis : D. BELOT, *La durée de protection en droit d'auteur et droits voisins*, Thèse Lyon 3, 2017, 356 *et seq.*

d'attraction, au-delà d'un certain seuil de différences, du droit interne par le droit international.³⁰ Si cette voie est techniquement possible, elle nous semble néanmoins politiquement illusoire.

La seconde voie repose alors sur la figure du juge international. Il faut alors rappeler deux évidences relatives au rôle contemporain du juge. La première repose sur la conquête du système normatif de référence, Hébraud³¹ notant que la norme jurisprudentielle fait corps avec la règle qu'elle interprète, empruntant la valeur de cette dernière. Ainsi, le juge national a pu s'émanciper de la loi par le contrôle de conventionnalité. La seconde remarque porte sur la conquête du dernier mot par le juge international. Alors que le dialogue des sources se finit en droit interne par un bris de jurisprudence,³² ce même dialogue mis en œuvre par un juge supra-national donne la primauté au juge. La raison est simple et repose sur l'incapacité de réviser la norme internationale excluant ainsi de combattre la jurisprudence du juge. Or, en droit d'auteur international, l'émergence de la figure du juge international est une réalité difficilement contestable. On rappellera que si la Cour internationale de justice pouvait être saisie par les États membres dans le cadre de la Convention de Berne,³³ ce qui n'arriva pourtant jamais, l'OMC connaît un organe de règlement des différends régulièrement saisi en matière de propriété intellectuelle.³⁴ Or, en appliquant ces normes internationales, l'Organe de règlement des différends est nécessairement conduit à les interpréter. On se limitera à citer la décision de cet organe sur le triple test³⁵ dont la nature interprétative peut difficilement être contestée.³⁶ Très attendue, la prochaine décision sur le paquet de cigarettes neutre reposera sur un équilibre délicat entre la propriété intellectuelle et les exigences de santé publique.³⁷ A supposer que les panélistes retiennent une approche défavorable à la propriété intellectuelle selon une logique de décroissance, aucun bris de cette jurisprudence par la loi ne sera possible, le dernier mot étant ici celui de l'organe d'appel. A cette première figure s'ajoute la recrudescence de l'arbitrage investissement. Popularisé en ma-

30 J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé* (Paris 1947–1950), T. 3, 262.

31 P. HEBRAUD, *Le juge et la jurisprudence*, in : *Mélanges offerts à Paul Couzinet* (1974) 329.

32 Ph. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi* : Mélanges offert à René Savatier (Paris 1964), 603 *et seq.*

33 Article 33 de la Convention de Berne.

34 A ce jour, on dénombre trente-huit saisines.

35 WT/DS160/24/R.

36 Voir la critique de certains académiques contestant le caractère cumulatif des conditions, sur l'ensemble du débat : LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER/BERNAULT, *supra* note 14, n° 371.

37 DS434 en attente de la décision du panel.

tière de propriété intellectuelle par le contentieux des mêmes paquets de cigarettes neutres, l'arbitrage investissement suppose la saisine d'un tribunal arbitral pour apprécier le respect par l'Etat de ses obligations internationales, respect contesté par un investisseur privé.³⁸ La propriété intellectuelle constituant un investissement,³⁹ il est fort probable que ces tribunaux se saisissent du droit d'auteur international et en proposent leur interprétation. Là encore, les éléments possibles d'une décroissance sont en place, sans qu'aucun bris de jurisprudence ne soit possible.

Si la décroissance est normalement impossible au niveau international, l'émergence de juges internationaux pourrait remettre en cause ces blocages de manière difficilement réversible. La décroissance au niveau international se fera alors par l'entremise de ces nouveaux juges internationaux, qui eux seuls pourraient s'ériger paradoxalement au-delà des contraintes du droit d'auteur international.

38 Pour une présentation : N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle* (Paris 2016) 609.

39 Pour une récente illustration : *Bridgestone v. Republic of Panama*, ICSID case n° ARB/16/34.

L'uniformisation du droit dans une perspective européenne, l'exemple du cas avorté du droit commun de la vente

*Jean-Sylvestre Bergé**

La question passionnante de la réforme du droit est examinée dans cette contribution à travers le prisme des initiatives européennes tendant à l'uniformisation du droit national des Etats membres. L'Europe juridique dont il est question ici est l'Union européenne (UE – 2009), anciennement Communauté économique européenne (CEE – 1957), devenue Communauté européenne (CE – 1992). Cette UE s'est notamment donné pour ambition de réaliser deux grands espaces : l'espace du marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Au titre du premier d'entre eux, le marché intérieur, la question s'est posée de manière récurrente de l'uniformisation du droit des contrats des Etats membres. De nombreuses initiatives ont été menées en ce sens. Si l'on couvre la période de 2003 à aujourd'hui, on peut dire que l'uniformisation du droit des contrats dans une perspective européenne dessine une généalogie en six temps successifs qui ont conduit à ce que l'on peut appeler « le cas avorté du droit commun européen de la vente ».

L'étude de cette non-réforme du droit européen permet de mettre au jour les difficultés propres à l'espace européen quand il s'agit de réformer en profondeur son droit pour conduire à une uniformisation des solutions juridiques.

Les six temps de la généalogie sont les suivants :

- I. Un premier travail sur le vocabulaire : l'acquis communautaire
- II. L'hypothèse d'un 28^{ème} droit
- III. Le droit commun européen de la vente et sa nature « nationale »
- IV. Des études savantes systématiques
- V. Un processus d'adoption voué à l'échec
- VI. Le retour à une réforme plus modeste du droit existant

Nous les envisagerons tour à tour.

* Professeur à l'Université de Lyon (Université Jean-Moulin – Lyon 3), membre de l'Institut universitaire de France. Le style oral de cette contribution a été conservé.

I. UN PREMIER TRAVAIL SUR LE VOCABULAIRE : L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

A l'initiative de la Commission européenne,¹ différents groupes de chercheurs ont travaillé en Europe à l'élaboration d'un « cadre commun de référence » lequel s'inscrit dans un vaste mouvement de réflexion sur la formation d'un droit européen des contrats. En décembre 2007, plusieurs projets ont été présentés par ces différents groupes à la Commission, laquelle a été amenée à se prononcer sur leur devenir dans le courant de l'année 2009.² Au titre de ces projets, figure un travail conduit sur le thème de l'existence d'une « Terminologie contractuelle commune », sous l'égide de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de Législation Comparée.³

Une réflexion de ce type soulève de multiples questions. La plus intéressante sans doute porte sur le vocabulaire utilisé pour procéder au travail de comparaison. A cet égard, deux difficultés principales se posent : celle du choix des « termes contractuels » et celle du vocabulaire utilisé pour dessiner la géographie de la comparaison. Sur le premier point, l'existence même d'une « terminologie contractuelle commune » à plusieurs espaces suppose une recherche sur le sens commun de différents termes contractuels mis ainsi en comparaison. L'ouvrage retient neuf entrées principales – *Contrat / Obligation – Devoir / Acte juridique – Fait juridique / Règles impératives et Ordre public / Bonne foi / Faute – Manquement / Préjudice / Dommages et intérêts – Indemnité / Anéantissement [du contrat ou d'une clause contractuelle]* – qui regroupent chacune une multitude de termes. Sur le second point, les auteurs de cet ouvrage ont adopté le parti, qu'il faut approuver, d'intégrer à leur analyse un nombre important de sources nationales, internationales et européennes, en prenant soin de distinguer systématiquement le niveau interne ou national, du niveau international ou européen.

-
- 1 Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action, COM (2003) 68 final.
 - 2 Sur les différents projets et leur articulation, v. B. FAUVARQUE-COSSON *Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés*, Recueil Dalloz 2008, 556.
 - 3 *Terminologie contractuelle commune – Projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant et Société de Législation Comparée (Avant-Propos : B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD ; Introduction : A. TENENBAUM), (éd. Société Législation comparée, Paris 2008) 532 p. Ce travail a été coordonné par Aline TENENBAUM. Il est le fruit d'une œuvre collective réunissant rédacteurs (C. CHENAIS, G. GUILLAUME, A. TENENBAUM) et collaborateurs (F. CHENEDE, C. PERFUMI, I. POPOVA, TH. RIEHM).

II. L'HYPOTHÈSE D'UN 28^{ÈME} DROIT

En 2010, le mot est publiquement lâché : l'Union européenne préparerait sous l'impulsion de la Commission un « vingt-huitième système » de droit des contrats,⁴ apte à s'appliquer de manière alternative aux vingt-sept droits nationaux des contrats alors applicables dans les différents États membres. Tel est l'enseignement que l'on peut tirer du communiqué de la Commission rendu public le 21 mai 2010⁵ et qui s'inscrit dans cette volonté de donner une impulsion nouvelle au cadre commun de référence élaboré en droit européen des contrats.⁶

Cette annonce appelle différents niveaux de lecture. Au premier niveau, il est possible d'observer que la référence à un « vingt-huitième système », compris comme un ensemble organisé de solutions juridiques ayant vocation à s'ajouter à ceux existant dans les différents États membres, n'est pas nouvelle. Elle a été notamment utilisée par le passé dans le domaine de la protection sociale où l'élaboration d'un outil européen de coordination des systèmes nationaux a été conçue comme un droit « n+1 » n'ayant pas vocation à se substituer aux droits nationaux mais au contraire à s'y ajouter.⁷

L'hypothèse d'un vingt-huitième système soulève un deuxième niveau de lecture. Ce dernier n'est pas propre à la matière contractuelle. Il vaut pour l'ensemble des objets juridiques susceptibles d'entrer dans le champ d'intervention du droit européen. De manière abstraite et générale, on peut dire que ce deuxième niveau de lecture s'articule autour deux options possibles : celle d'un droit européen qui alimente, telle une source, un droit des contrats construit, pour l'essentiel, dans le format et selon les canons des législations nationales et celle d'un droit européen capable de construire un objet juridique distinct de celui que nous côtoyons en droit national.

Quel visage veut-on donner à la construction d'un vingt-huitième droit européen des contrats ? Va-t-il emprunter les traits d'un droit national et être rédigé à l'image d'un titre 3, livre 3 du Code civil ? Il s'agirait alors de construire un « système » de solutions à part entière avec tout ce que cela implique en termes de recherche de complétude et de cohérence. Au contraire, va-t-il se construire de manière autonome, distinctement du droit national

4 Rappelons qu'à l'époque l'UE ne comptait que 27 États membres (avant l'adhésion de la Croatie en 2013). La figure du 28^{ème} droit désignait alors l'hypothèse d'un droit européen venant s'ajouter aux 27 droits des États membres.

5 Commission européenne (UE), communiqué IP/10/595, 21 mai 2010.

6 Sur cette dynamique, voir B. FAUVARQUE-COSSON, Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats, *Recueil Dalloz* 2010, 1362.

7 Par exemple, à propos du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, modifié.

avec une approche juridique du contrat différente de celle que nous lui connaissons dans les vingt-sept contextes nationaux des États membres ?

Entre ces deux options, il faut choisir. Implicitement la Commission a semblé s'orienter dans cette communication vers la première possibilité. Celle qui offre le plus de visibilité et qui correspond le mieux à l'image que les spécialistes de droit des contrats se sont forgée de leur matière dans leurs systèmes juridiques nationaux.

Mais ce n'est peut-être pas la plus réaliste. A chaque fois que le droit européen a voulu imiter des institutions juridiques empruntées à d'autres niveaux que le sien, il s'est heurté à de sérieux obstacles. On en veut pour exemple passé, le Traité de Rome (2004) établissant une « Constitution » pour l'Europe. On songe, de manière plus actuelle, aux difficultés rencontrées par la monnaie unique européenne créée par substitution de monnaies nationales mais en marge d'une gouvernance économique de dimension réellement européenne.

Toutes choses égales par ailleurs, le droit européen des contrats pourrait connaître le même sort.

III. LE DROIT COMMUN EUROPEEN DE LA VENTE ET SA NATURE « NATIONALE »

En 2011, la Commission présente sa fameuse *Proposition* de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente.⁸

En tant que telle, la proposition ne s'inscrit pas dans une conception que l'on peut qualifier de radicale des rapports entre le droit national et le droit européen. En effet, le droit commun européen de la vente n'a pas vocation à faire disparaître le droit national. Notre droit français de la vente, par exemple, n'est pas affecté dans son énoncé par cette proposition d'instrument européen. Le droit européen vient, au contraire, s'ajouter à lui, comme un régime optionnel que les parties à un contrat transfrontière ont la possibilité, si elles le peuvent et le veulent, de choisir.

La Commission a pourtant fait le choix de présenter ce droit européen comme un droit de nature « nationale ». C'est ainsi qu'on peut lire dans l'exposé des motifs qui précède la proposition de règlement que

« le droit commun de la vente sera un *second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque Etat membre*. Lorsque les parties seront convenues de faire usage du droit commun européen de la vente, ses dispositions seront les *seules règles*

8 Com(2011) 635 final.

nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, *aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer* ».⁹

Ces formules à l'emporte-pièce rappellent la théorie du « dédoublement fonctionnel » telle qu'elle a été développée à propos du juge national chargé d'appliquer le droit international.¹⁰ Nous aurions ici affaire à un dédoublement fonctionnel de la loi européenne, ayant vocation à emprunter la nature juridique de normes nationales.

La portée juridique de cette assertion est nulle. Par nature, un exposé des motifs de ce type n'a pas vocation à figurer dans le règlement proprement dit, lequel comportera, comme il est d'usage, les seuls considérants, articles et éventuelles annexes.

Elle n'en reste pas moins intéressante dans la mesure où elle donne une indication sur l'état d'esprit dans lequel les auteurs de ce projet ont entendu le présenter. En affirmant par différents biais la nature « nationale » du droit commun européen de la vente, la Commission emprunte une posture radicale qui nous semble aussi fautive qu'inutile. Cette position doit nous faire réfléchir à l'importance des différents niveaux d'application du droit et à la nécessité pour les acteurs du droit européen de demeurer, au stade de l'énoncé de ce droit, au niveau européen qui est le leur.

Dire que le droit commun européen de la vente est un droit de nature nationale est tout simplement faux. D'un point de vue formel, le règlement est un instrument de droit européen dérivé ayant les traités de l'Union européenne comme base juridique. Sa validité et son interprétation relèvent du contexte juridique européen.

Au regard de son contenu, le droit commun européen de la vente a également une dimension européenne. Il a vocation, en effet, à s'appliquer à des contrats transfrontières européens (article 4 de la proposition : le contrat doit présenter des points de localisation dans des États différents et une des parties au moins doit être établie dans un État membre), chaque fois qu'il est choisi par les parties comme droit applicable. Il ne saurait donc être analysé comme un droit national applicable, pour l'essentiel, à des situations internes.

Si la Commission a cherché à mettre en exergue la nature nationale de ce projet de droit commun européen de la vente, c'est peut-être qu'elle a voulu prendre en considération la faculté laissée aux États membres d'appliquer le règlement à des situations internes (article 13 a. de la proposition). Dans ce cas, en effet, le droit commun européen de la vente se confond avec un droit national appliqué de manière ordinaire à des contrats présentant des éléments de localisation sur un seul territoire national. Cette justification

⁹ Non souligné dans le texte, p. 6 in fine et 7 *in limine*, Com(2011) 635 final, préc.

¹⁰ G. SCELLE, Précis de droit des gens. Principes et systématique (Paris 1932) spéc. vol. 2, 317 et s.

n'en est pas moins critiquable. C'est, en effet, aux États et à eux seuls de décider de la portée éventuellement interne du droit commun européen de la vente. A ce stade du processus, la Commission n'a donc pas à préjuger de la décision qui pourrait être prise par chacun des États membres. Par ailleurs, l'exercice de cette option par les États membres soulève de graves difficultés de sorte qu'elle risque fort de demeurer une hypothèse d'école ou d'application marginale. Deux raisons peuvent conduire un Etat à exercer cette faculté : soit l'Etat décide de renoncer purement et simplement à son droit national de la vente, pour lui préférer, par substitution, le droit commun européen de la vente ; soit il décide de s'engager dans la voie de la coexistence de deux droits « nationaux » d'applicabilité concurrente. La première option ne nous semble guère envisageable (quel Etat va amputer son droit civil, commercial et de la consommation d'une partie seulement de son contenu pour satisfaire une préférence européenne, avec toutes les difficultés d'articulation que ce choix implique ?). La seconde est inutilement complexe (comment expliquer à des juristes nationaux, notamment à nos étudiants, qu'ils disposent de deux droits « nationaux » de la vente d'application alternative pour des situations internes identiques ?).

Si l'affirmation du caractère national du projet de droit commun européen de la vente ne s'appuie pas sur la nature juridique de l'instrument, c'est sans doute qu'elle traduit, plus modestement, une démarche volontariste qui consiste pour la Commission à prêter au texte de droit européen des vertus équivalentes à celles qu'on est en droit d'attendre d'un droit national. Cette attitude peut se comprendre dans la mesure où elle permet d'amplifier le discours sur le caractère « autonome » du règlement européen (sur l'affirmation du caractère autonome de la proposition de règlement, voir le considérant n° 29). Le message est clair. En choisissant le droit commun européen de la vente, les parties à un contrat transfrontière s'extraient totalement de l'application d'un droit national étatique concurrent, elles choisissent un autre droit. Pour que ce choix leur paraisse pertinent, il faut que le droit commun européen de la vente présente une autonomie au moins équivalente à celle d'un droit national de la vente. En disant que le droit européen est un « autre » droit national, la Commission cherche à conforter cette autonomie.

Si l'usage de cette allégorie du « droit européen » présenté comme « droit national » se comprend, il n'est pas certain qu'elle serve à grand-chose. Elle nous semble, en effet, assez vaine. Il y a trois raisons à cela. Tout d'abord, le droit commun européen de la vente ne s'applique pas ou ne règle pas, de l'aveu même de la proposition de règlement, toutes les questions juridiques susceptibles de se poser à l'occasion d'une opération de vente. Il a, comme la très grande majorité des textes de droit européen, un caractère incomplet, ce qui fragilise considérablement ses velléités d'auto-

nomie. A la différence d'un droit national qui a vocation à offrir une palette complète de solutions, l'instrument de droit européen demeure dépendant, au moins pour partie, de réglementations autres, notamment nationales.

Ensuite, à supposer même que le règlement offre une solution à une question de droit posée à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat de vente, il y a fort à parier que son interprétation autonome ne deviendra réalité qu'au terme d'un processus extrêmement long. L'apprentissage, par l'ensemble de la communauté des juristes, du contenu éventuellement propre, c'est-à-dire autonome, des notions que le règlement utilise, ne saurait se faire en un jour. Très nombreux sont les cas où les juristes de droit interne se contenteront de reproduire les notions qu'ils connaissent en droit national à l'occasion de l'application de l'instrument de droit européen. La Cour de justice aura beau vouloir faire un travail d'unification, il lui faudra des dizaines et des dizaines d'années pour stabiliser quelques-unes seulement des notions qui lui paraîtront devoir mériter une interprétation véritablement autonome.

Enfin, le texte de la proposition de règlement entretient une certaine ambiguïté sur la question de l'application des dispositions impératives protectrices des consommateurs. Dans le dispositif en vigueur en droit positif actuel, on sait que le consommateur ne peut, dans un certain nombre de cas, être privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle, nonobstant le choix d'une loi d'un autre Etat.¹¹ Pour éviter que le consommateur ne soit privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle, chaque fois que le droit commun européen de la vente est choisi par les parties, la proposition de règlement affirme que la comparaison des droits nationaux est neutralisée du fait de la présence dans chaque droit national d'un droit commun européen de la vente qui garantit un niveau de protection des consommateurs égal ou supérieur à l'acquis existant.¹² En supposant qu'elle puisse être vérifiée par les spécialistes de droit de la consommation, l'affirmation par le règlement d'un niveau supérieur ou égal de protection des consommateurs n'épuise pas, nous semble-t-il, l'exercice de comparaison avec les droits nationaux. La présence d'un droit commun européen de la vente ne fait pas disparaître, on l'a vu, les droits nationaux. Il s'ajoute à eux et ne se substitue pas à eux. Contrairement à ce que prétend la Commission, on ne peut donc exclure l'hypothèse où le droit national du pays de la résidence habituelle du consommateur définirait un niveau de protection supérieur à celui prévu par le droit commun européen de la vente, choisi comme droit applicable par les parties au

11 Art. 6 § 2 du Règlement n° 593/2008 (Rome 1) sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

12 V. en particulier, exposé des motifs, p. 13 et les considérants 11 et 12 du règlement.

contrat. L'application de la proposition de règlement ne saurait donc être totalement autonome.

Ces différentes remarques montrent, nous semble-t-il, que la Commission a confondu deux étapes distinctes dans le raisonnement juridique. En pensant le contenu du droit commun européen de la vente en termes de « droit national », elle a cru pouvoir garantir sa meilleure application au niveau national. Or il s'agit là de deux questions différentes. Le contenu d'un texte de droit européen ne peut être pensé autrement qu'au niveau européen. Il ne sert à rien de travestir un règlement de l'Union européenne en lui faisant endosser les attributs d'un droit national qu'il n'est pas.

En revanche, il est très important de résoudre, le plus en amont possible, les difficultés évidentes d'articulation que soulève l'application d'un texte européen de ce type dans le contexte national ou même international.¹³ Plutôt que de chercher à minimiser ces questions d'articulation, la proposition de règlement gagnerait grandement en qualité à les expliciter. Cette perspective n'est évidemment envisageable que si l'on accepte de considérer que, dans le contexte notamment européen, le droit se décline au pluriel (ici que le droit européen de la vente vient s'ajouter et non se substituer à un droit national et international de la vente) et que son application doit être considérée à différents niveaux (national, international et européen). Cette double considération laisse peu de place à la radicalisation, d'où qu'elle provienne : nationale ou, comme ici, européenne.

IV. DES ÉTUDES SAVANTES SYSTÉMATIQUES

Ce quatrième temps, que nous ne ferons qu'évoquer ici, est important. Il marque l'engouement de la doctrine pour la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente. Deux initiatives (parmi d'autres) méritent d'être présentées.

La première, dirigée par O. Deshayes,¹⁴ se subdivise en deux parties à peu près égales. La partie I réunit dix contributions qui passent en revue différents thèmes-clés : la place de cet instrument eu égard à la technique plus générale des instruments optionnels, son caractère autonome, son interprétation et son application, son champ d'application, la manière dont il appréhende la formation du contrat, son contenu et les moyens d'action en cas d'inexécution. La seconde partie contient une table de concordance qui

13 Sur ce dernier aspect, notons que la proposition prend soin de viser à différentes reprises la question de l'articulation de cet instrument avec la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, v. notamment le considérant 25.

14 O. DESHAYES (éd.), *Le droit commun européen de la vente – Examen de la proposition de Règlement du 11 octobre 2011*, coll. TEE (SLC, Paris 2012) 449 p.

établit ainsi une sorte de généalogie entre le texte de la proposition de droit commun européen de la vente et d'autres textes qui l'ont précédé : la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, les principes du droit européen des contrats, le projet de cadre commun de référence et la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

La seconde initiative est un commentaire,¹⁵ article par article, de la proposition de règlement (le règlement proprement dit puis ses annexes dont, naturellement, l'annexe I qui forme le cœur du dispositif). Il a été dirigé par R. Schulze qui est l'un des grands inspirateurs d'un droit civil de dimension européenne. Quinze contributeurs venus de toute l'Europe (on signalera dans l'équipe la présence de deux spécialistes français de droit des contrats) ont ainsi prêté main-forte. Le travail se veut systématique, jusque dans les entrées de chaque article. Quatre paragraphes sont, en effet, le plus souvent proposés : fonction, contexte, explication et critique. Même si le travail se veut synthétique, l'appareil scientifique est généralement très nourri de sorte que le lecteur est très souvent invité à poursuivre sa réflexion au moyen d'autres références documentaires ou critiques.

V. UN PROCESSUS D'ADOPTION VOUE A L'ECHEC

Le processus législatif est alors engagé. En juillet 2012, la proposition avait été transmise au Conseil de l'UE, au Parlement européen et au Conseil économique et social européen. Le Conseil de l'UE, dans sa formation « Justice et affaires intérieures » (JAI), s'est penché à trois reprises sur la proposition. Lors de la dernière réunion qui s'est tenue les 7 et 8 juin 2012, les ministres des 27 Etats membres de l'Union européenne ont décidé de repousser à plus tard l'examen de la question débattue de la base juridique de l'instrument et de privilégier la discussion sur le droit de la vente proprement dit, énoncé en annexe.¹⁶

Ce choix est critiquable, en ce qu'il relègue à l'arrière-plan les questions de politique juridique tenant à l'articulation (et donc à la nature juridique) de ce droit européen avec le droit international et les droits nationaux existants.

Décider de privilégier l'examen de l'annexe à la proposition de règlement (notamment l'annexe I : « Droit commun européen de la vente », soit 88 pages et 186 articles de réglementation du contrat de vente) sur le texte

15 R. SCHULZE (éd.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* (Baden Baden 2012) 780 p.

16 Pour un compte rendu public de cette réunion : http://www.consilium.europa.eu/ue_docs/cms_data/docs/pressdata/fr/jha/130836.pdf

du règlement proprement dit (16 pages, 37 considérants, 16 articles), c'est tout simplement décider de terminer par le début !

L'Union européenne n'a pas, on le sait, de compétence générale à l'image de la compétence reconnue aux États. Elle n'a que des compétences d'attribution qui sont conférées par les traités européens. Le choix de la base juridique est déterminant. C'est lui qui ouvre une perspective législative européenne et qui conditionne la marche à suivre.

Dans la proposition de règlement, la base juridique envisagée est l'article 114 du TFUE, c'est-à-dire la procédure ordinaire de rapprochement des législations nationales qui a « pour objet l'établissement du marché intérieur ». Ce choix, comme n'importe quel choix de ce type, est sujet à discussion. On peut notamment se demander si l'instauration d'un droit commun européen de la vente est bien de nature à « établir » le marché intérieur, c'est-à-dire à faciliter les échanges, dans le respect des principes de subsidiarité et proportionnalité applicables en présence d'une compétence partagée en l'UE et ses États membres, ce qui est le lot du marché intérieur (article 3 TFUE). On peut s'interroger sur l'impact de cet instrument sur des actions européennes qui relèvent d'autres bases juridiques : en matière d'harmonisation des règles de conflit de lois (article 81 TFUE) ou de protection des consommateurs (article 169 TFUE). On peut, enfin, se demander si une autre base juridique ne devrait pas lui être préférée (article 352 TFUE), laquelle implique, néanmoins, un vote à l'unanimité.

Ces discussions sur la base juridique sont un préalable, non pas seulement institutionnel, mais également matériel. Le choix de la base juridique marque, en effet, l'empreinte que le système juridique de l'Union européenne entend exercer sur un droit de la vente qu'elle déciderait d'adopter au niveau régional. De multiples alternatives sont, en effet, envisageables. On n'écrit pas un droit commun européen de la vente de la même manière s'il s'agit : 1° de faciliter des échanges économiques transfrontières par l'émergence d'un droit de portée internationale, concurrent de textes existants (article 114 TFUE), 2° de promouvoir un niveau élevé de protection des consommateurs qui suppose, le cas échéant, une remise en cause de certaines politiques d'harmonisation dite « maximale » (article 169 TFUE), 3° de définir un droit équivalent à un droit de niveau national qui soulève de difficiles questions en droit international privé (article 81 TFUE) ou 4° de construire un modèle véritablement européen de la vente, détaché de telle ou telle politique ou action européenne particulière (article 352 TFUE).

Or ces discussions sont reportées à la fin du processus précise le Conseil « Justice et affaires intérieures » (Communiqué de presse, p. 20). Faute d'accord sur le sujet, l'étude du droit commun européen de la vente proprement dit est devenue une étape préalable.

L'annexe I de la proposition de règlement formalise la substance du droit commun européen de la vente. Les acteurs politiques qui composent le Conseil entendent s'atteler à sa lecture et son éventuelle modification (le Conseil économique et social européen a d'ores et déjà fait des propositions en ce sens). Autrement dit, l'instance politique qu'est le Conseil fait le choix de travailler d'abord des questions techniques avant de se poser des questions politiques.

Pour mener à bien ce travail de technicien (au sens le plus noble du terme), les ministres des 27 États membres de l'Union européenne seraient avisés de prendre appui sur les travaux des experts. L'expertise foisonne en ce domaine et elle s'organise à l'échelon national et européen. Nos ministres doivent-ils s'intéresser à ces démons (petits et grands) qui hantent l'esprit des meilleurs spécialistes de la matière. Nous avons interrogé l'un d'eux, voici le petit échantillon qu'il nous a livré :

« la définition même du contrat (notamment dans une perspective d'harmonisation, sinon d'unification, à l'échelon international) ; l'encadrement juridique des pourparlers (notamment la nature de la responsabilité) ; la protection du consentement c'est-à-dire les vices du consentement mais aussi les techniques plus contemporaines du type délai de réflexion / délai de rétractation (faut-il leur faire une place en droit commun ?) ; pour en rester aux vices du consentement, l'erreur, la violence et le dol posent problème car leur encadrement légal est aujourd'hui lacunaire ; le « contenu du contrat », au travers de l'objet et de la cause, revient sempiternellement sur le tapis, sachant qu'il est impossible de raisonner la cause, sans répercussions sur l'objet (et vice versa, à tel point que la suppression de la cause se traduirait vraisemblablement par la réintégration de ses fonctions dans un objet redéfini) ; la lésion, bien évidemment, qui est au cœur de tout sans être nulle part... Que faut-il en faire dans un système certes libéral mais également social ? ; quant à l'exécution : les clauses abusives (à la frontière formation / exécution) : quel sort leur réserver en droit commun, par-delà les relations de consommation (essentiel) ? ; les clauses limitatives et élusives de responsabilité ; évidemment l'imprévision... (essentiel) ; les sanctions de l'inexécution avec notamment le problème de la place de la résiliation unilatérale ; le lien entre manquement contractuel et faute civile délictuelle ; évidemment la bonne foi / le raisonnable / la confiance légitime, standards qui ont également toute leur place au stade de la formation en considération de leur plasticité... s'agit-il de normes ou de principes directeurs propres à déterminer la création des normes ou à infléchir l'application desdites normes ? » etc.

En supposant qu'une instance politique telle que le Conseil puisse ne serait-ce qu'évoquer quelques-uns de ces sujets difficiles, il est souhaitable que personne ne perde de vue les discussions de dimension proprement européenne.

Commencer par la fin et finir par le début est une méthode de travail comme une autre. Mais ça n'est pas la plus facile. Elle suppose un effort

très grand d'anticipation et, en l'occurrence, le maniement subtil de deux cultures juridiques : l'une en droit des contrats, l'autre en droit européen.

La suite montrera que les instances législatives européennes ont été incapables de fournir un effort de cette envergure et qu'elles ont dû abandonner le projet.

VI. LE RETOUR A UNE REFORME PLUS MODESTE DU DROIT EXISTANT

Sans mot dire, la proposition de règlement portant un droit commun européen de la vente va être abandonnée à la faveur notamment d'un renouvellement de la Commission en 2014.

Un succédané va lui être trouvé dans deux nouvelles propositions de directives qui tendent à uniformiser certaines des règles nationales applicables aux contrats de consommation conclus au titre de la fourniture de services sur Internet ou en ligne et à distance au titre de la vente de biens.¹⁷

C'est ainsi que l'on peut lire dans les deux exposés de motifs :

« Comme annoncé par la Commission dans son programme de travail pour 2015, ces deux propositions s'appuient sur l'expérience acquise lors des négociations sur un règlement relatif à un droit commun européen de la vente. Elles ne suivent notamment plus l'approche d'un régime optionnel et d'un corps complet de règles. Les propositions contiennent, au contraire, un ensemble de règles ciblées et totalement harmonisées. Elles tiennent également compte d'un certain nombre d'amendements adoptés par le Parlement européen en première lecture concernant la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, en particulier la restriction du champ d'application à la vente en ligne et à toute autre vente à distance de biens et l'extension du champ d'application à certains contenus numériques fournis en échange d'une contrepartie non pécuniaire ».¹⁸

Les deux propositions s'efforcent donc de tirer profit des travaux antérieurs menés au titre du projet de droit commun européen de la vente mais pour, cette fois-ci, embrasser une vieille ambition européenne : l'harmonisation totale des législations nationales des Etats membres en matière de contrats conclus par les consommateurs.

Les deux propositions de directive s'inscrivent dans une finalité commune : uniformiser certaines solutions juridiques applicables aux contrats de consommation visés. Le but est clairement affiché : « Les États membres

17 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM/2015/634 final) ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens (COM/2015/635 final).

18 COM (2015) 634 et 635 final, exposé des motifs, 2.

ne maintiennent ni n'introduisent des dispositions divergeant de celles établies dans la présente directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection du consommateur ».¹⁹

Cet objectif a le mérite de la clarté. Le syndrome d'une harmonisation totale révélée tardivement par la jurisprudence de la Cour de justice²⁰ est encore dans tous les esprits.

La justification de cette harmonisation totale est connue : s'agissant de mesures législatives impératives, comme ici avec la protection des consommateurs, il est préférable que les mêmes règles s'appliquent dans l'espace européen, spécialement pour des situations contractuelles nées à distance et qui sont susceptibles de couvrir plusieurs territoires juridiques nationaux.

C'est donc sans grande surprise que l'on trouve sous la plume de la Commission un argumentaire bien rodé pour justifier cette paradoxale mais nécessaire absence de marge de manœuvre laissée aux Etats dans le travail de transposition de la directive.²¹

Aussi convenu soit-il, un tel discours n'est pas à l'abri de toute discussion. On se limitera ici à deux remarques.

D'une part, l'harmonisation totale ne vaut que pour le domaine effectivement couvert par la directive. Les expériences passées – on songe, par exemple, à l'affaire Leroy Somer²² – ont montré que le terrain privilégié de discussion d'un processus d'harmonisation totale devait être conduit sur la délimitation exacte de ce domaine. Il ne saurait en être autrement pour ces deux propositions de directive si elles venaient à être adoptées.

D'autre part, l'harmonisation totale n'existe réellement que si, dans le domaine uniformisé par la directive, l'instrument est capable de s'affranchir de tous les particularismes nationaux. Pour cela, il est nécessaire que la Cour de justice livre un travail long (par petites touches, arrêts après arrêts) et aléatoire (le juge européen ne commande pas l'ordre des questions qui lui sont présentées par les juges nationaux de renvoi) d'interprétation autonome de l'ensemble des notions juridiques mobilisées par la directive.

En définitive, ces deux textes renouent avec un vieux rêve du droit européen : l'uniformisation des solutions nationales. Cette volonté ne peut être comprise que pour ce qu'elle est : la poursuite d'un projet ambitieux dont la réalisation dépend de la capacité de l'ensemble des acteurs du droit européen (nationaux et européens) à identifier les exactes limites auxquelles il

19 Respectivement, art. 4 et 3 des propositions COM (2015) 634 et 635 final.

20 V. notamment, CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, Commission c. France à propos de la directive 85/3714/CEE sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

21 V. en particulier, les motifs 3 à 9 du préambule des deux propositions de directive.

22 CJCE, 4 juin 2009, Moteurs Leroy Somer, aff. C-285/08.

est nécessairement confronté. Le chemin du droit européen est encore long, ce qui, pour un droit somme toute très jeune, n'est pas très surprenant.

*
* *

Pour conclure, qu'il nous soit permis une formule : réformer le droit, c'est faire du droit.

Réformer et donc faire du droit européen, c'est nécessairement accepter d'embrasser une opération complexe qui requiert une connaissance fine de la nature de la construction européenne, ce que des acteurs majeurs de ce droit, tels que la Commission européenne, feignent parfois d'ignorer ... mais ce, toujours à leurs dépens !

Lyon, le 23 janvier 2018

Idiosyncrasies of Japan and Asia towards the Harmonisation of Law

Comparison with Latin American States

*Souichirou Kozuka**

- I. Regional Differences in the Harmonisation of Law
 - 1. The Selective Approach of Japan and Asia Towards Uniform Law Instruments
 - 2. Comparing Asia with Central and South America
 - II. Analysis of the Determinants for the Attitudes Towards Harmonisation
 - 1. Historical Backgrounds: Political and Economic Perspectives
 - 2. The Outlook for the Future
- Conclusions

I. REGIONAL DIFFERENCES IN THE HARMONISATION OF LAW

The “Japanese attitudes towards law”, sometimes referred to as the “legal consciousness of the Japanese”, is one of the most heatedly debated subjects in Japanese legal studies. It has often been claimed that the Japanese see the law and contracts differently from Westerners.¹ Various situations and issues have been focused on in the course of debates examining the claim over the “legal consciousness” thesis.

No one has addressed the harmonisation of private law in this context thus far. However, how Japan has engaged in this initiative, originating in the uniform law movements in late nineteenth century,² offers another avenue of debate on this subject. Because the uniform law instruments for global (as opposed to regional) harmonisation are equally available to all the states, it can easily be observed how open a state is in the reception of

* Professor, Faculty of Law, Gakushūin University, Tōkyō.

The author’s research for this chapter has been funded by the Japan Society for the Promotion of Science (JSPS), grant identifier 15H01917 and 20H00051.

1 See L. NOTTAGE, The development of comparative law in Japan, in: Reimann/Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd ed, Oxford 2019) 201, 219–224.

2 For an overall review of the uniform law movements, see R. DAVID, *The International Unification of Private Law*, in: David *et al* (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II (Tübingen 1971), ch. 5, paras. 327 et seq.

harmonised (uniform) law.³ Furthermore, the benefits of harmonisation of law is usually found in overcoming the difficulties arising from the divergence of domestic law rules and the costs associated with determining another state's law. The case for the harmonisation of law formulated in such a manner is of universal relevance.⁴ If significantly different attitudes towards the harmonisation of private law is still found in a certain state or among different regions, there must be cultural, institutional or historical reasons for it.

If it is found that the Japanese attitude towards harmonisation differs from that of European states, it must be questioned whether the observed attitudes are unique to Japan or common among Asian jurisdictions (1.). In doing so, and in assessing supposed Japanese or Asian idiosyncrasies, further comparisons with another non-European region, for example, Latin America, may be useful in identifying what is truly unique to Japan or Asia and what is in fact common among non-European regions (2.).

1. *The Selective Approach of Japan and Asia Towards Uniform Law Instruments*

a) *Japan and uniform law*

It must first be identified whether Japan's attitude to the harmonisation of law is in fact different from the "Western" or European states. As far as participation in the harmonisation works is concerned, there does not seem to be any difference. Rather, Japan was the first non-European state that proactively took part in the early uniform law activities. In 1904, Japan requested participation in the Hague Conference on Private International Law (hereinafter 'the Hague Conference') and was admitted as a member during its fourth session.⁵ It was many years before the United States or even the United Kingdom joined the Hague Conference. Prior to that, the Japanese Maritime Law Association was established in 1901, and it joined the Comité Maritime International (CMI). It is no surprise that a state work-

3 Recently, the term "harmonisation of law" appear to be preferred to the traditional "unification of law." Correspondingly, "uniform law instruments" might better be replaced by the "harmonised legal instruments." In this article, however, these terms are used interchangeably.

4 See R. GOODE/H. KRONKE/E. MCKENDRICK (eds.), *Transnational Commercial Law: Texts, Cases and Materials* (2nd ed., Oxford 2015) 18–21.

5 M. DOGAUCHI, *Historical Development of Japanese Private International Law*, in: Basedow/Baum/Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective* (Tübingen 2008) 27, 37 n. 49. The memoir of the Japanese delegation's request for admission to the Hague Conference on International Private Law is published at http://www.pilaj.jp/hague_materials/006_169_184.pdf.

ing hard on (domestic) codification with the aim of amending the unequal treaties with the Western powers desired to participate in a project on unification among “civilised nations” (*bunmei koku*).

Later, when UNIDROIT (The International Institute for the Unification of Private Law) was established in 1926 as an auxiliary organ of the League of Nations, Japan played an important role as a permanent member of the League’s Council. Japan’s well-known diplomat Mineichiro Adachi was elected as one of the first members of the Governing Council of UNIDROIT. After the Second World War, Japan has maintained its seat in the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) since the first term, from 1968, and up to the present without interruption.⁶

However, Japan seems more cautious about the reception of uniform law instruments.⁷ It often takes many years to become a party to widely accepted uniform law conventions. For example, it acceded to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in 2008, 28 years later than its adoption of 1980 and only after 73 other states had become parties.⁸ Even though Japan is surrounded by sea and heavily relies on shipping in international trade, Japan ratified the Brussels Convention of 1924 (the Hague Rules) only in 1957 and its 1979 Protocol incorporating the Visby Rules with SDR amendments as late as in 1993.⁹ Japan has not become a party to many conventions on private international law and procedural law, including the Taking of Evidence Convention of 1970.¹⁰

In order to conduct a precise evaluation of Japan’s reception of uniform law instruments, the author has analysed the data.¹¹ 114 uniform law instruments (including nine model laws) for which an updated status is publicly reported have been considered. Categorising them by international organisations that sponsored the instruments, 19 are UNCITRAL instruments (including the

6 H. SONO, Going Forward with Uniform Private Law Treaties: A Study in Japan’s Behavioral Pattern, *Japanese Yearbook of International Law* 60 (2017) 10, 15–16.

7 See generally, SONO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert..

8 H. SONO, Japan’s Accession to and Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Japanese Yearbook of International Law* 53 (2010) 410.

9 SONO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert.) 27–28. On the overview of the maritime law codification, see S. KOZUKA, Maritime Law Codification in Japan: Elements considered and not considered, in: Nawrot/Pełowska-Dąbrowska (eds.), *Codification of Maritime Law: Challenges, possibilities and experience* (Abingdon/New York 2020) 217.

10 T. FUJITA, When does Japan not conclude uniform private law conventions?, *Japanese Yearbook of International Law* 60 (2017) 59.

11 S. KOZUKA, The selective reception of uniform law in Asia, *Japanese Yearbook of International Law* 60 (2017) 86.

New York Convention, which is generally recognised as an UNCITRAL instrument although being adopted in 1958 before the establishment of UNCITRAL), 38 are the Hague Conference conventions, 13 are UNIDROIT conventions (including the Cape Town Convention and its Aircraft Protocol jointly sponsored with the International Civil Aviation Organization (ICAO)), 10 are CMI conventions (adopted by the Diplomatic Conference on Maritime Law), 18 are conventions under the auspices of the International Maritime Organization (IMO), 2 are conventions adopted jointly by the UNCTAD and IMO, and 14 are ICAO conventions (including the Warsaw Convention adopted by the International Conference on Private Air Law in 1929). Subsequently the author counted the number of receptions of these uniform law instruments by states. The term “reception” means either becoming a Contracting Party to a convention through ratification, acceptance, approval or accession,¹² or enacting a domestic law almost fully consistent with a model law. The status of “reception” is based on the information from the respective sponsoring organisations, published on their websites.¹³ The data identifies 201 jurisdictions in 198 states,¹⁴ including Faroe Islands, Hong Kong and Macau.¹⁵ Canada, the US and other federal states are treated as a single jurisdiction, though there are cases where only some of their internal jurisdictions have implemented a uniform law instrument, in particular a model law.¹⁶ The data was checked against latest developments in January 2017. Though the

12 Cf. Arts. 14 and 15 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

13 The respective websites containing the information on the status of conventions are as follows: UNCITRAL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html;
The Hague Conference: <https://www.hcch.net/en/instruments/status-charts>;
UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/> (the “Instruments” tab);
CMI: <http://www.comitemaritime.org/Status-of-Ratification-of-Maritime-Conventions/0,2769,16932,00.html>;
IMO: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>;
ICAO: <https://www.icao.int/secretariat/legal/Pages/TreatyCollection.aspx>.

14 The names of the surveyed states and jurisdictions are in Appendix B to KOZUKA, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**. Some of the states included are not members of the United Nations: the Cook Islands (member of IMO and ICAO), the Holy See (member of UNIDROIT and UNCTAD), Niue (which is a party to some IMO conventions), the State of Palestine (which has acceded to the New York Convention) and Kosovo (which has acceded to the Legalisation (apostille) Convention).

15 Faroe Islands, Hong Kong and Macau have associate member status of IMO.

16 For example, regarding the 1985 version of the Arbitration Model Law, all the provinces and territories in Canada have enacted legislation to implement it, while only California, Connecticut, Georgia, Illinois, Louisiana, Oregon and Texas have done so in the United States (and Florida has enacted a state law based on the 2006 version of the Model Law).

reception status has changed since then (including Japan's adoption of the Bunkers Convention and the Nairobi Wreck Removal Convention, to be effective in 2020¹⁷), for the sake of comparison no updating has been done.¹⁸

The outcome clearly shows Japan's selective approach to the reception of uniform law instruments. Among the 114 uniform law instruments, Japan's reception numbers only 24. This figure is significantly low as compared with the European states. France and the Netherlands have completed the largest number of receptions in the world, a total of 56. Italy and Switzerland follow with 50 receptions. By comparison, though the 24 receptions by Japan is in fact larger than the average of all the jurisdictions in the world (19.09), it is smaller than the average number of receptions by European jurisdictions, which is 31.02.

b) Japan and Asia concerning the selective reception of uniform law instruments

Japan's apparently selective reception of uniform law instruments, despite its active participation in their creation, is not so peculiar when compared with other Asian jurisdictions. On the one hand, major Asian jurisdictions are well represented at international organisations engaged in the unification and harmonisation of private law. As of 2017, 8 among 24 Asian states¹⁹ were members to the Hague Conference, 6 were members of UNIDROIT and 13 had served at least once as a member of UNCITRAL. Major economies in the region, namely China, India, Japan and the Republic of Korea, were all present in these organisations, as well as in the Legal Committees of IMO and ICAO.²⁰

On the other hand, these Asian jurisdictions are as selective as Japan in the reception of the adopted uniform law instruments. The average number

17 The signing of the two conventions have been approved by the Diet in 2019. The amendments to the Act on Ship's Civil Liability and Compensation for Oil Pollution (LCOP) that are needed to implement them will be fully in force on 1 October 2020.

18 The complete table containing the status of receptions for all the uniform law instruments is on the website of the Japan Branch of the International Law Association at http://www.ilajapan.org/jyil/components/archive/vol60/table_kozuka.pdf.

19 For the sake of the analysis in this article, Asia does not include the Middle East or the former Soviet Union states in Central Asia. The names of the 24 Asian states are listed in Appendix A to KOZUKA, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

20 The membership of the Hague Conference and UNIDROIT are published on the respective organisation's websites (<https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> and <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>). The past member states of UNCITRAL are listed in THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, A Guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law (Vienna 2013) 37–41.

of receptions by Asian jurisdictions is 13.42. Among 26 Asian jurisdictions (of 24 states), the jurisdiction with the largest number of receptions is Hong Kong (30 receptions), followed by Macau (27), India (25), Japan (24), Singapore (24) and mainland China (23). Almost half (12) of all the Asian jurisdictions have made 10 or less receptions. It is striking that no Asian jurisdiction has a greater number of receptions than the average of European jurisdictions. Given that the high number of receptions by Hong Kong and Macau result partly from the succession when these territories were handed over to China, these could be considered anomalies in Asia. Excluding those two jurisdictions, the average number of receptions fall to 12.17.

While early participation in the uniform law activities is unique to Japan within Asia, the Japanese attitude towards uniform law, viewed from its reception, seems closer to that of its Asian neighbours than the European model. The days are long gone when Japan aspired to join the “civilised nations” through the uniform law project. One might say that the Japanese attitudes towards harmonisation is marked by the Asian legal culture. However, to avoid being trapped in an easy reference to the “Asian culture”, it must first be asked just what the unique features of Asia are in its approach to uniform law. It is for this reason that we now turn to the data from Latin American jurisdictions.

2. *Comparing Asia with Central and South America*

a) *The legal family*

In terms of legal families, a large variety of families are found within the Asian region. As a result of inheriting the colonial legal system, there are some common law jurisdictions, such as India, Malaysia and Singapore, and some civil law jurisdictions, such as Indonesia. Japan is basically a civil law state, though its law was not transplanted as a comprehensive system from a single jurisdiction, instead having been eclectically adopted from various codes and legislation in the Western states. Such an independent legal system, in turn, influenced the law of the Republic of China before the Second World War (as now in force in Taiwan) as well as the law of the Republic of Korea. The People’s Republic of China, when modernising its law in the last few decades, adopted the same eclectic approach of comparing and selecting from the various existing laws. There are even elements of the socialist regime, as in the People’s Republic of China, Vietnam and, to some extent, India.²¹ The coexistence of divergent legal systems within

21 India has implemented some socialistic regulations, such as imposing on banks the duty to devote a certain percentage of its loans to priority sectors (priority sector lending). See M. L. TANNAN, *Tannan’s Banking Law & Practice in India*, Vol. 1

Asia closely resembles the situation in Europe, where the unification of law was needed to overcome the differences between the common law (English law), French law, German law and socialist law. According to the generally accepted theory, such diversity in legal systems may lead to larger interest in harmonisation efforts, as the expected benefits become larger.

In contrast, Central and South American states are marked by the common foundations of their legal systems. To start with, Latin America can largely be divided into two sub-regions: the Central and South American states on the American continent and the island states in the Caribbean. The former states, with a few exceptions, were the Spanish colonies during the sixteenth and seventeenth centuries and became independent in early nineteenth century. The foundation of the legal system in the Spanish colonies in the Americas was the contemporary Spanish law, which desperately needed modernisation.²² Not least for this reason, the Napoleonic Codes had significant influence on the newly independent states in the nineteenth century.²³ The French Civil Code also had an impact on Brazil, which formed an independent empire in 1822 after the Portuguese king, who had fled from the invasion of Napoleon, returned to Lisbon.

Despite the shared foundation inherited from Spanish (and Portuguese) law and the common influence of the French Civil Code, the national codification in this region took place rather independently. It is argued that the Latin American civil codes of the nineteenth century were characterised by the “secessionist” mind, after the independence from the Spanish *audiencias*.²⁴ They were also marked by the eclectic approach of making references to various preceding codes and laws (which coincidentally resembles the codification approach of Japan and China).²⁵ Still, there were mutual influences on the intellectual level. The Civil Code of Chile of 1857 was based on the work of a lawyer born in Caracas, Andrés Bello. The Code, having effect beyond the country’s border, was adopted by such states as El Salvador, Ecuador and Colombia. It also became one of the sources that inspired the draft of an Argentine Civil Code by Vélez Sarsfield, which

(21st ed., Nagpur 2005) 631. See more generally, W. W. LOCKWOOD, “The Socialist Society”: India and Japan, *Foreign Affairs* 37 (1958) 117.

22 J. KLEINHEISTERKAMP, Development of comparative law in Latin America, in: Reimann/Zimmermann, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, 252, 255.

23 A. PARISE, Harmonisation of Private Law in Latin America and the Emergence of Third-generation Codes, in: Momberg/Vogenauer (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America* (London 2017) 29, at 33–35; A. M. GARRO, Unification and Harmonization of Private Law in Latin America, *American Journal of Comparative Law* 40 (1992) 587, at 604–607.

24 PARISE, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, 33.

25 KLEINHEISTERKAMP, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, 260–273.

entered into force in 1871. The Civil Code of Argentina, in turn, was adopted by Paraguay in 1876.²⁶

On the other hand, many Caribbean island states gained their independence in the 1960s from the British Commonwealth and are common law jurisdictions. Other jurisdictions in the Caribbean include the overseas territories of France, autonomous countries within the Kingdom of the Netherlands and municipalities of the Kingdom of the Netherlands.²⁷

All these indicate that the divergence among the Central and South American jurisdictions is smaller than that in Asia. One might, consequently, assume that there will be less enthusiasm for the unification of law among Latin American states than in Asia.

b) Receptions of uniform law instruments in Latin America

Using the same data on the uniform law instruments, the average number of receptions for Latin American states is 18.15. It is higher than the average of Asian jurisdictions (13.42) and close to the world's average (19.09). When divided into two sub-regions, the average for the Central and South American states is 19.10, while that for the Caribbean states is 16.69. The state with the largest number of receptions in the region is Mexico, which has made 34 receptions. It is followed by Argentina (31 receptions), Brazil and Ecuador (each 26 receptions) and Colombia (25 receptions). These numbers of receptions are only slightly larger than that of the top Asian jurisdictions, noted above. Therefore, the higher average of Latin America's receptions, as compared with Asia, is due to the tail end. While almost half (twelve) of all the Asian jurisdictions have made 10 or less receptions, in Latin America the equivalent states number only 4 (Dominica (10 receptions), Bolivia (9 receptions), Haiti (8 receptions) and Suriname (8 receptions)) among 35. As a result, the standard deviation for the Latin American states is 5.97 (6.57 for the Central and South American states and 2.83 for the Caribbean states), while the standard deviation for Asia is 8.10

Generally speaking, Latin American states are more open about the reception of uniform law instruments than Asia. This observation may seem puzzling if the benefits of unifying private law resides in eliminating the divergences among national laws, in particular the difference between the

26 PARISE, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 34–35; GARRO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 606–607; KLEINHEISTERKAMP, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 263–271.

27 These jurisdictions cannot be a contracting party to uniform law treaties. Still, there is a project named OHADAC (Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe), aiming to promulgate uniform law among Caribbean jurisdictions, including these non-independent islands.

common law and civil law. The data show that the opposite is true. It may imply that the interest in the harmonisation of law is driven not simply the expected benefit from eliminating the divergence among the adjacent jurisdictions. The possible factors that may influence are political as well as economic circumstances found in the historical background of the respective countries (1.). One must note that the aim behind the harmonisation of private law has itself changed over time, which may affect the future attitudes of states towards legal harmonisation (2.).

II. ANALYSIS OF THE DETERMINANTS FOR THE ATTITUDES TOWARDS HARMONISATION

1. *Historical Backgrounds: Political and Economic Perspectives*

a) *The political implications of the region*

A very unique experience of Latin American states is that they made several efforts towards the regional unification of law. The focus was primarily on private international law.²⁸ The first product of such efforts was the Treaty of Lima, adopted at the Congress of Lima in 1878.²⁹ The Treaty was based on the nationality principle, which Argentina and Uruguay did not find acceptable. The latter states called for another congress to discuss the unification of private international law. The Congress of Montevideo that took place as a result adopted the Treaties of Montevideo, consisting of eight treaties and a protocol, in 1889.³⁰ Among them was the Treaty on International Civil Law, which was based on the principle of domicile. These developments took place earlier than the constitution of the Hague Conference in Europe, but it was regionally limited and had no interest in, or aspiration to, global unification.

These regional efforts, in fact, followed the regional efforts to establish the international legal order that was original to the region.³¹ The efforts

28 As an overview, E. G. LORENZEN, *The Pan-American Code of Private International Law*, *Tulane Law Review* 4 (1930) 499; GARRO, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, 589–591.

29 The Treaty of Lima was ratified only by Peru and never entered into force. See A. DELIĆ, *The Birth of Modern Private International Law: The Treaties of Montevideo (1889, amended 1940)*, <http://opil.ouplaw.com/page/Treaties-Montevideo>.

30 The First Treaties of Montevideo were ratified by Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru and Uruguay. Some of the Treaties have also been acceded to by Colombia and Ecuador. DELIĆ, *supra* note **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

31 A. NAKAI, *Shūken kokka taikai to kokusai kihan wo meguru chi'ikiteki kōsō: 19-seiki laten amerika no hōteki chi'iki shugi* [Regional System of States and Alternative International Norms: “Legal” Pan-Americanism of Latin America in the 19th Century], *Kokusai Seiji* 189 (2017) 65. On the public international law aspect of the

originated in the concept of “derecho público americano” as expressed by the independence leader Simon Bolívar. Beginning with the Congress of Panama in 1826, the Latin American states held several congresses with the aim of concluding treaties to guarantee the independence of the American states against foreign interference, especially from the European powers. After a few decades of attempting in vain to conclude an effective treaty, the states turned to regional unification of private international law.

The regional efforts continued in the twentieth century, leading to a series of Pan-American Conferences. Then, a commission of jurists to work on public and private international law issues was introduced. Based on the commission’s work, the sixth Pan-American Conference approved the Bustamante Code in 1928.³² The Ibero-American, as opposed to the Pan-American, initiative also continued,³³ leading to the second Montevideo Congress held between 1939 and 1940. Eight treaties and a protocol to update the first Montevideo Treaties were produced at this Congress.³⁴ After the Second World War, the Organization of American States was formed, and it has worked on the unification of private international law – aspiring to create harmony with the private international law rules of the United States – through the International Conference of Private International Law (CIDIP).³⁵ This historical background may be relevant in interpreting the relatively small number of receptions of uniform law instruments in Latin America. Among other reasons, the success of the Bustamante Code may have eliminated the need for the private international law conventions of the Hague Conference.

The long-time experience with regionalism in Latin America is a significant difference from Asia. After all, there has been no comparable movements towards a regional legal order in Asia. At the Paris Peace Conference in 1919, Japan did raise the issue of racial equality and tried to stipulate it

American regionalism, see M. INGULSTAD/L. Lixinski, Pan-American exceptionalism: Regional international law as a challenge to international institutions, in: Jackson/O’Malley (eds.), *The Institution of International Order: From the League of Nations to the United Nations* (Milton 2018) 65.

32 LORENZEN, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 500–501. The Bustamante Code has been ratified by Brazil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru and Venezuela. See <http://www.oas.org/juridico/english/signs/a-31.html>.

33 On this point, see KLEINHEISTERKAMP, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 276

34 The Second Treaties of Montevideo have been ratified by Argentina (only some of the Treaties), Paraguay and Uruguay; DELIĆ, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert..

35 C. M. VÁSQUEZ, Regionalism versus Globalism: a View from the Americas, *Uniform Law Review* (2003) 63.

in the Covenant of the League of Nations.³⁶ However, Japan had no regional ally, other than the Republic of China, though China did support the Japanese proposal despite conflicts with Japan over many problems.

Even after the Second World War and Asian states' independence, the absence of movements toward the regional unification of law has been conspicuous. Unlike the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), which produced the Model Law on Secured Transactions,³⁷ and the World Bank's promulgation of principles for the same purpose,³⁸ the Asian Development Bank (ADB) has not drafted any legal instrument.³⁹ This was despite the fact that many Asian states went through periods of law reform, especially in areas related to finance in the 1990s, either to enable a former socialist regime to transition to the market system or to address the Asian financial crisis that severely hit some economies in the region toward the end of the decade.

There have reportedly been sporadic ideas on regional legal unification. The best known among them is the project for the Principles of Asian Contract Law (PACL). There is also a project on the Asian Principles of Private International Law (APPIL).⁴⁰ However, none of these efforts ultimately gained political momentum.⁴¹

36 N. SHIMAZU, The Japanese attempt to secure racial equality in 1919, *Japan Forum* 1 (1989) 93; V. NIQUET, One Hundred Years after the Paris Peace Conference: A Welcomed Change in Mutual Perceptions, *Japan Review* 3 (2019) 4.

37 The European Bank for Reconstruction and Development, Model Law on Secured Transactions (1994).

38 The World Bank, Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems (2001), replaced by the World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes (2015).

39 S. HUBER, Transnationales Kreditsicherungsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 81 (2017) 77, 94.

40 W. CHEN/G. GOLDSTEIN, The Asian Principles of Private International Law: objectives, contents, structure and selected topics on choice of law, *Journal of Private International Law* 13 (2017) 411; M. UEMATSU, APPIL (Asian Principles of Private International Law) and its Perspective Regarding International Jurisdiction, *Ritsumeikan Law Review* 37 (2019) 35.

41 See R. MICHAELS, Preamble I, in: Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2nd ed., Oxford 2015) 31, 99, para. 155. On PACL, Y.-C. SU, 'Codification of Civil Law in East Asia – A General Report in: Wang (ed.) *Codification in East Asia* (Cham 2014) 181, 194; S. HAN, Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia, *Villanova Law Review* 58 (2013) 589; N. KANAYAMA, PACL (Principles of Asian Civil Law), in: Moore (ed.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (Cowansville/Québec 2012) 995; ID., PACL (Principles of Asian Contract Law), in: Jaluzot (ed.), *Droit japonais, droit français: Quel dialogue?* (Geneva/Zurich 2014) 185.

b) Economic integration after the Second World War

In contrast to the absence of legal regionalism, the economic ties have been close within the Asian region, and the regional integration of markets is taking shape in Asia. Prior to the Second World War, intra-regional trade in Asia grew rapidly, even under the colonial system. Asia also developed ever stronger ties with the United States economically. Singapore was the primary port to handle products for export, the most important being the rubber shipped from the Malaya and Dutch East India to the US. It also served as the hub of products for local consumption, such as rice from Thailand to be consumed by workers on the rubber plantations. The labour force moved mainly from southern China to the Southeast Asia.⁴² The textile industry of Japan grew by increasing exports to the US and Southeast Asian markets, while importing cotton from the US, and gradually shifted its production to China, while the local textile industry also burgeoned in China.⁴³ All these developments in economic ties, however, did not give rise to arguments for eliminating the differences in law, notwithstanding that the relevant legal systems were in fact diverse. More recently there has emerged a production network for electronic products in East and Southeast Asia. Components are produced in various production sites scattered over the region and then assembled at one place (most typically in mainland China) to be exported all over the world.⁴⁴ As a more institutional development, ASEAN (Association of Southeast Asian Nations), which now consists of ten countries in South East Asia,⁴⁵ has established the ASEAN Economic Community (AEC) in 2015. It is moving toward the creation of

42 K. SUGIHARA, Patterns of Chinese Emigration to Southeast Asia, 1869–1939, in: Sugihara (ed.), *Japan, China, and the Growth of the Asian International Economy, 1850–1949*, Vol. 1 (Oxford 2005) 244.

43 N. KAGOTANI, Japan's Commercial Penetration of South and Southeast Asia and the Cotton Trade Negotiations in the 1930s: Maintaining Relations between Japan, British India and the Dutch East Indies, in: Akita/White (eds.), *The International Order of Asia in the 1930s and 1950s* (Farnham et al. 2010) 179.

44 See M. S. MANGER, The Economic Logic of Asian Preferential Trade Agreements: The Role of Intra-Industry Trade, *Journal of East Asian Studies* 14 (2008) 151; I. HAN/K. OH/J. YOO, Changes in Competitiveness of LCD Industry of East Asia: from Bamboo Capitalism to Water Lily, *International Telecommunications Policy Review* 19(1) (2012) 15; M. ANDO/F. KIMURA, Expanding fragmentation of production in East Asia and domestic operations: Further evidence from Japanese manufacturing firms, *Journal of International Commerce, Economics and Policy* 4 (2013) 1; W. THORBEKE, Understanding the Flow of Electronic Parts and Components in East Asia, RIETI Discussion Paper Series 16-E-072 (2016).

45 The current Member States of ASEAN are: Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Singapore, Thailand and Vietnam.

an integrated market according to the AEC Blueprint 2025.⁴⁶ These economic incidents of integration, however, have not given momentum to harmonisation of private law.

Latin American states initiated attempts for economic integration much earlier than Asia. The idea of regional economic integration started with the essay by Dr. Prebisch in 1950.⁴⁷ Current entities working towards this aim include ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), which in 1981 evolved from LAFTA (Latin American Free Trade Association); SICA (Sistema de la Integración Centroamericana), which in 1993 evolved from ODECA (Organización de Estados Centroamericanos); CAN (Comunidad Andina), which developed from the Andean Pact as the sub-group of LAFTA in 1996; and since 1973 CARICOM (Caribbean Community). Independent of these initiatives and with an early origin, Mercosur, consisting of Brazil, Argentina, Uruguay and Paraguay, was established in 1995 by the Ouro Preto Treaty of 1994. Venezuela joined Mercosur in 2006, but it has been suspended since 2017. However, these economic integrations have achieved only limited success and, probably for that reason, have not led to significant legal harmonisation.

Thus, economic integration has not resulted in legal harmonisation either in Asia or in Latin America. The reason is not identical, though. While Asian jurisdictions are experienced in generating economic ties without harmonising private law, Latin American states have suffered from the lack of success in economic integration itself.

The future is yet to be seen. The negotiations over the Trans-Pacific Partnership (TPP) led to the successful conclusion of the CPTPP (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership) among 11 states on the Pacific Rim, notwithstanding the later withdrawal of the United States from the original TPP.⁴⁸ Through this Partnership, Asian members are brought together with Latin American states that have experiences in the regional harmonisation of law. On the other hand, somewhat overlapping with the Latin American members of the CPTPP, Mexico, Colombia, Peru and Chile launched in 2011 new regional initiatives under what has been dubbed the Pacific Alliance (PA). With many observer states in the Asian-Pacific region, including Australia, China, India, Indonesia, Japan and Korea, the Alliance has the potential to provide members with access to already

46 ASEAN Economic Community Blueprint 2025 (The ASEAN Secretariat 2015).

47 R. PREBISCH, *The economic development of Latin America and its principal problems*, E/CN.12/89/REV.1 (1950).

48 The signatories to the CPTPP are: Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore and Vietnam.

well-established economic zones in the Asian-Pacific area. These developments might bring about new momentum for legal harmonisation.

2. *The Outlook for the Future*

a) *Theoretical shift in the role of legal harmonisation*

So far, this article has addressed the harmonisation of private law only. In fact, uniform law in the late nineteenth to the twentieth century was conceived as an extension of the domestic law of that era, which was the nation state's law.⁴⁹ Codification was a significant step in nation-building, and the civil code, among other items, was considered the foundation of society, as the well-known phrase "*constitution civile*" indicated.

This assumption, however, no longer holds with the recent uniform law instruments.⁵⁰ Behind these recent reforms lies the "instrumentalist" view of (private) law. The idea, in fact, came from a Peruvian economist, Dr. de Soto, who argued that the law forms part of the institutional setting of business activities.⁵¹

Based on such an instrumentalist view, law reform has come to be regarded as a tool for regulatory reform. Of importance now is the mode of legal transfer, which either aims to improve the effective achievement of a policy goal, sometimes suggesting the reform of the goal itself,⁵² or, alternatively, advances the de-contextualised principles of the relevant law, which can be transplanted and re-contextualised in the recipient jurisdiction. Such a shift in the nature of uniform law instruments is reflected in the recent focus on the law and development by UNIDROIT and UNCITRAL.⁵³

If states are selective in the reception of uniform law instruments, the selection may be affected by such an instrumentalist view. In this regard, it is noted that there are some extremely popular uniform law instruments, which enjoy a large number of receptions by the jurisdictions around the

49 J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol. 1 (7th ed., Oxford et al. 2019) 7.

50 See S. KOZUKA, *The Bifurcated World of Uniform Law: The Uniform Law of 'Islands' and of 'The Ocean'*, in: UNIDROIT (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law – Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday* Vol. 1 (Rome 2016) 333.

51 H. DE SOTO, *The Mystery of Capital. Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (London 2000) 18–21.

52 M. SIEMS, *Bringing in Foreign Ideas: The Quest for "Better Law" in Implicit Comparative Law*, *Journal of Comparative Law* 9 (2014) 119.

53 S. KOZUKA, *Do we need harmonisation for everything? The possibilities and limits of harmonising finance law*, in: Akseli/Linarelli (eds.), *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Change and Reform* (Oxford 2020) 55, 58.

world. They are the New York Convention (158 receptions), the Warsaw Convention (154) and its Hague Protocol (138), the CLC Protocol of 1992 (139), the Montreal Convention of 1999 (122), the Fund Convention's Protocol of 1992 (115), the Legalisation (Apostille) Convention (112), the Child Abduction Convention (96), the Intercountry Adoption Convention (95), the Geneva Convention on the Recognition of Rights in Aircraft (87), the Guadalajara Convention (87), the CISG (85) and the Bunkers Convention (85). The author calls these 13 instruments the "must have" uniform laws. If a state wishes to serve as a full-fledged entity in its foreign relations, it cannot fail to become a party to most of these.

b) Policy priorities in the reception of uniform law instruments

To the extent private law (including uniform private law) is considered as a tool of economic policy, the selection of non-"must have" instruments may reveal the state's policy priorities. In Asia, among the most popular instruments are the Arbitration Model Law (16), the E-Commerce Model Law (15 receptions) and the Cape Town Convention along with its Aircraft Protocol (each 10).

Interestingly, Japan marks a different preference from its Asian neighbours in this respect. The Arbitration Model Law of 1985 has been implemented by enacting the Arbitration Act in 2001,⁵⁴ but reception has been done with neither the E-Commerce Model Law nor the Cape Town Convention and its Aircraft Protocol. Such a pattern is similar to European states. In Europe, while the Arbitration Model Law (either the 1985 or the 2006 version) has attracted 28 receptions, the Cape Town Convention and its Aircraft Protocol enjoy 14 receptions, and the E-commerce Model Law counts only 5 receptions. Likely, Japan and (Continental) Europe share a scepticism about the instrumentalist view of private law.⁵⁵

Turning one's eyes to Latin America, the most popular non-"must-have" instrument among the Central and South American states is the 1995 Cultural Property Convention of UNIDROIT (11 receptions among 19 states). It is followed by the E-commerce Model Law and the 1952 Rome Convention on Surface Damages caused by aircraft (each 10 receptions). The 1975 Montreal Protocols to the Warsaw Convention are also popular, with 9 receptions for Protocols No.1 and No.2 and 7 receptions for Protocol No. 4.

54 L. NOTTAGE, Japan's New Arbitration Law: Domestication Reinforcing Internationalisation?, *International Arbitration Law Review* 7 (2004) 54.

55 As regards the irrelevance of policy in the recent contract law reform, see S. KOZUKA/L. NOTTAGE, Policy and Politics in Contract Law Reform in Japan, in: Adams/Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law* (Oxford 2014) 235.

Some maritime law conventions also appear to enjoy a good number of receptions, such as the Collision Convention (8 receptions) and the Hague Protocol (each 7 receptions). The data show that the Central and South American states have their own focus, namely cultural property law and air law. Given that the American continent is huge and that Central and South American states rely on air transport to be connected to big markets, namely the United States and Europe, their policy priorities on air law are understandable. The strong interest in the Cultural Property Convention may be related to the historical emphasis on the American regime of international law vis-à-vis the European rules. Both are different from the Japanese and Asian policy focus, which is reflected in those uniform law instruments that the latter selects for reception.

The Caribbean states seem to have far different priorities. Maritime law conventions, such as the 1910 Collision Convention, the 1910 Salvage Convention, the 1924 Brussels Convention (the Hague Rules), the 1992 CLC Protocol and the 1992 Fund Protocol (each 11 receptions), as well as the 1952 Arrest Convention (9 receptions), the 1952 Civil Jurisdictions Convention, the 1976 LLMC and the Bunkers Convention (each 7 receptions), enjoy a large number of receptions among 13 states in this region. The number of receptions of these instruments is comparable to those of the New York Convention and the Legalisation Convention (10 receptions for each), two of the most popular uniform law instruments in the world. It marks a sharp contrast with the lack of interest in other uniform laws, including air law (only 6 receptions for the Warsaw Convention and 5 receptions for the 1999 Montreal Convention). This may partly be due to the fact that several Caribbean islands are known as the open registries for vessels.⁵⁶ These states receive almost all the maritime law conventions (instruments produced by the CMI and IMO). For other states in this region, the reception of many maritime law conventions may be the result of treaty succession at the time of independence from the British Commonwealth.

CONCLUSIONS

The data shows that Japan is indeed different from European jurisdictions in the pattern of reception of uniform law instruments. Still, it also differs from its Asian neighbours in the lack of interest in instruments having the

⁵⁶ As of the end of 2015, the Bahamas was the seventh largest ship registry in terms of gross tonnage. Antigua and Barbuda ranked 27th, St. Vincent and the Grenadines ranked 44th and St. Kitts and Navies 67th. However, the number of receptions cannot be explained by that fact alone, as not all the states in the region are open registry states.

aim of law reform, which are popular in Asia. The Hague Conference's private international law conventions do not receive much attention from either Japan or Asia in general. The observation might look similar to Latin American states, but probably for different reasons, given that the latter have successfully adopted the Bustamante Code in the region. Generally speaking, Asian jurisdictions, except for Japan, seem to be comfortable with the instrumentalist view of private law. However, the policy priorities of Latin American states in the cultural property and air law in Central and South America, as well as in the maritime law conventions among the Caribbean states, are not shared by Asian jurisdictions (or by Japan).

The lesson is much less interesting than the data itself. The reality is too complicated to be explained by any one of the historical, cultural or economic elements. Multiple factors contribute to the divergent patterns observed. That being said, one thing seems clear. The claim that the differences between civil law and common law will motivate states towards legal harmonisation – for the sake of avoiding research costs and coordinating with another state's law – is too optimistic, if not simplistic. There is ample room for comparative law studies to make contributions.

La réforme du droit des affaires en Afrique, les imperfections du règlement des litiges selon le traitement de L'OHADA

*Mandiou Traore**

- I. L'organisation du règlement de litiges dans l'espace OHADA
 - 1. Les juridictions du fond, juge de droit commun du droit OHADA
 - 2. La Cour commune de justice et d'arbitrage, juge de cassation du droit OHADA
- II. Les limites du règlement de litiges dans l'espace OHADA
 - 1. La dépossession des juridictions nationales de cassation de leurs compétences en droit des affaires
 - 2. Les difficultés liées au partage de compétence en matière pénale
- III. Conclusion

« La globalisation s'empare du droit et provoque en lui des phénomènes de brassage qui ont transformé sa morphologie ». ¹ Le droit africain n'est pas resté en marge de la mondialisation. Au contraire, ce fait a eu un écho favorable en Afrique en ce sens qu'il a été le facteur déclencheur de mise en place par les États de droits communautaires pour non seulement répondre aux exigences de leurs économies, mais également, créer un environnement juridique et judiciaire propice à l'investissement.

Au lendemain des indépendances africaines, le droit africain notamment celui des États francophones d'Afrique subsaharienne était essentiellement calqué sur le modèle civiliste français hérité de la colonisation. ² Ces textes

* Doctorant en droit privé, Équipe de droit international et comparé (EDIEC), Université Jean-Moulin Lyon 3.

1 B. DIARRAH, Conflit de compétences entre juridictions communautaires OHADA-UEMOA, *Revue de droit uniforme africain* 2010, 3-77. Voir <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-11-71.html>.

2 Au Mali, le modèle étatique de la justice est largement inspiré de celui de la France. Il est prévu par exemple à l'art. 81 de la constitution du 25 février 1992, un pouvoir judiciaire dont la mission est de veiller au respect des droits et libertés et d'appliquer dans le domaine qui lui est propre les lois de la République. La justice est rendue par des tribunaux d'instances, des tribunaux du commerce, des tribunaux de travail, des tribunaux administratifs, des juridictions de paix à compétences étendues, des juridictions pour mineurs et des cours d'appels et d'assises. Il existe au sommet de cette hiérarchie judiciaire, une Cour suprême qui exerce le pouvoir judiciaire. Cette Cour est composée de trois sections : la section judiciaire, la section administrative et la section des comptes. Voir dans ce sens, M. B. DEMBELE,

qui étaient épars, anachroniques et inadaptés aux exigences du commerce, méritaient un grand effort de réforme afin de les adapter aux besoins des nouvelles économies africaines. C'est dans cet esprit que des entités régionales d'intégration juridique ont été mises en place aux rangs desquelles : a) l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) qui s'est traduite par l'émission d'une législation uniforme en matière de propriété intellectuelle ; b) en matière de sécurité sociale, nous avons la CIPRES (Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale) créée en 1992 et qui regroupe les 14 États francophones. Les missions de cette organisation visent à favoriser la ratification des conventions de l'OIT³ par tous les États-parties et à permettre l'adoption de conventions multilatérales ; c) enfin nous pouvons mentionner la CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances) qui est une autre expérience réussie d'intégration juridique.⁴

Il est évident que de toutes ces organisations d'intégrations juridiques, l'OHADA⁵ est la plus osée. En effet, l'idée de la création de l'OHADA provient non seulement du constat de la vétusté des textes législatifs des États francophones d'Afrique subsaharienne hérités de la colonisation, mais également de la mise en cause des institutions judiciaires. Les maux qui gangrènent ces institutions sont relatifs à la dégradation des moyens matériels, l'insuffisance de formation des magistrats et auxiliaires de justice etc. C'est suite aux différents constats énumérés que les États francophones d'Afrique ont décidé d'aller vers la création d'un droit commun des affaires.

Le Traité constitutif de l'OHADA a été signé à Port Louis (Ile Maurice) en Avril 1993,⁶ entré en vigueur le 18 septembre 1995, il a été révisé à Québec en 2008. L'OHADA est composé aujourd'hui de 17 États d'Afrique subsaharienne⁷ ayant en commun un même droit des affaires. L'art. 1 er indique que « le présent Traité a pour objet l'harmonisation par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires

Les mécanismes de résolution des litiges au Mali : de la justice coutumière à la justice étatique, in : Hiez/Menetrey (dir.), *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, (Paris 2016) 327 *et s.*

3 Organisation Internationale du Travail.

4 A. AKAM AKAM, *L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique*, in : Akam Akam (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA* (Cameroun 2009) 23.

5 Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

6 A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (O.H.D.A)*, (2^e éd., Niger 2008) 17.

7 Les 17 pays membres de l'OHADA par ordre alphabétiques : Benin, Burkina Faso, Cameroun Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Tchad, Togo.

appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». ⁸ L'Art. 2 du même texte poursuit en ces termes :

« Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécutions, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité ». ⁹

Il convient de souligner, que l'acte uniforme ¹⁰ sur le droit de l'arbitrage est en cours de révision au moment même où des études sont en cours pour une éventuelle mise en place d'un acte uniforme sur la médiation. Au regard du rythme d'uniformisation, il y a fort à parier qu'à terme, c'est une bonne partie du droit privé en Afrique qui fera son entrée dans le champ d'intervention de l'OHADA.

En ce qui concerne le règlement du contentieux relatif aux droits des affaires en Afrique, le législateur ¹¹ OHADA a jugé nécessaire de mettre en place une juridiction communautaire, nommée Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA). ¹² Cette Cour est compétente pour con-

⁸ Art. 1er Traité OHADA.

⁹ Art. 2 Traité OHADA.

¹⁰ L'acte uniforme est l'outil à travers lequel l'uniformisation du droit OHADA est réalisée, art. 5 al. 1 du Traité.

¹¹ Aux termes de l'art. 3 Traité OHADA, « La réalisation des tâches prévues au présent Traité est assurée par une organisation dénommée Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) comprenant un Conseil des Ministres et une Cour commune de justice et d'Arbitrage. Le Conseil des Ministres est assisté d'un Secrétariat Permanent auquel est rattaché une Ecole régionale Supérieur de la Magistrature ».

¹² Aux termes des dispositions de l'art. 1er al. 1 du Règlement de procédure de la CCJA adopté le 18 avril 1996 et modifié par le règlement N° 01/ 2014/CM adopté au Burkina Faso le 30 janvier 2014 : « La Cour commune de justice et d'arbitrage est composée de neuf juges. Toutefois, le Conseil des Ministres peut sur rapport circonstancié et approfondi du Secrétaire Permanent, saisi à cet effet, soit par le Président de la Cour, soit par un Etat Parties, et compte tenu aussi bien des nécessités de service que des possibilités financières de l'organisation, fixer un nombre impair de juges supérieur à neuf ». Voir www.ohada.com/reglements/1665/reglement-n-01-2014-cm-ohada-modifiant-et-completant-le-reglement-de-procedure-de-la-cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-du-18-avril-1996.html.

C'est compte tenu des nécessités de services et des possibilités financières que le nombre de juge a été augmenté à treize depuis le 10 avril 2015, voir <https://www.ohada.org/index.php/fr/cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-ccja/ccja-en-bref>.

naître du contentieux lié à l'interprétation et à l'application uniforme du Traité, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes. Elle assume une triple fonction : dans un premier temps, elle est juge de cassation et se prononce sur toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales des Etats. Ensuite, en cas de cassation, elle évoque et statue comme juge de fond de troisième degré. Enfin, elle rend également des avis sur toute question concernant l'interprétation et l'application du Traité, des Règlements et des Actes uniformes.

Le système juridique OHADA fait ressortir une supranationalité normative et judiciaire. Sur le plan normatif, il y a les actes uniformes qui dès leur entrée en vigueur abrogent toutes les dispositions antérieures ou postérieures contraires au droit interne des Etats-Parties dans la matière concernée. Ils sont directement applicables et obligatoires. Sur le plan judiciaire, la CCJA fait office de juridiction suprême communautaire en matière d'interprétation et d'application du Traité OHADA, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes. Les juridictions nationales à l'exception des Cours nationales de cassation des Etats-Parties, sont compétentes pour connaître des contentieux relatifs au droit issu de l'OHADA en première instance et en appel, quant au pourvoi en cassation, il est directement intenté devant la Cour commune qui joue le rôle de juridiction de cassation commune. Ce partage de compétence entre d'une part, les juridictions nationales et la CCJA fait l'objet de controverses doctrinales. Pour une partie de la doctrine, la CCJA est un troisième degré de juridiction car, « en cas de cassation, elle peut évoquer et statuer sur le fond » (Art. 14 al. 5 du Traité). En ce qui concerne les juridictions nationales de cassation, elles se mobilisent pour la rétrocession de leurs compétences¹³ en matière de règlement des litiges liés au droit uniforme OHADA. Dès lors, il existe un rapport peu ou prou conflictuel entre les deux ordres de juridictions au sommet desquels la CCJA peut censurer une décision, ou un arrêt rendu par une juridiction nationale lorsqu'elle estime que le droit uniforme n'a été appliqué.

Les lignes qui suivent, tenteront de répondre à la question de savoir si le modèle actuel de règlement des litiges institué par le Traité OHADA ne met pas en cause l'objectif d'intégration juridique et judiciaire tant recherché par le législateur OHADA.

13 Les juridictions nationales de cassation des Etats Parties au Traité OHADA ne sont pas compétentes pour connaître des contentieux relatifs au droit uniforme OHADA. Quand elles sont saisies par les parties par le biais d'un pourvoi, elles doivent immédiatement se déclarer incompétentes et renvoyer les parties et la cause devant la CCJA. Cependant, il est bon de noter que l'application des sanctions pénales revient aux juridictions nationales de cassation telle qu'il ressort de l'art. 5 du Traité : « Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues ».

Il s'agit dans le cadre de cette communication, de présenter d'abord l'organisation du règlement de litiges dans l'espace OHADA (I.), ensuite, de faire ressortir ses limites (II.) pour, en conclusion, procéder à des propositions de réforme.

I. L'ORGANISATION DU REGLEMENT DE LITIGES DANS L'ESPACE OHADA

Le Traité OHADA en se fixant comme objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire dans son espace d'intervention, a prévu un système particulier de règlement des litiges liés au droit des affaires. Ce modèle fait non seulement intervenir les juridictions nationales des Etats-parties au Traité, mais également la CCJA qui est la juridiction suprême communautaire en matière de contentieux lié au droit des affaires. Ce modèle de procédure introduit par le législateur OHADA, présente une particularité à l'égard des autres juridictions communautaires où il convient de respecter le principe d'épuisement des voies de recours interne avant toute autre action de saisine.

1. *Les juridictions du fond, juge de droit commun du droit OHADA*

Il ressort clairement de l'Art. 13 du Traité OHADA que « le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats-parties ». Celle-ci sont érigées en juge de droit commun des normes OHADA et placées sous la subordination de la CCJA qui exerce son rôle par la cassation sans renvoi. Cette supranationalité judiciaire de l'OHADA est aussi doublée d'une supériorité normative dans la mesure où les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.¹⁴

La supériorité juridique et judiciaire de l'OHADA sur les droits nationaux ne fait l'ombre d'aucun doute. La CCJA a eu l'occasion de préciser la portée de l'Art. 10 du Traité dans un avis en date du 30 avril 2001 sur demande de la République de Côte d'Ivoire, concernant l'effet abrogatoire des Actes uniformes sur le droit interne. La Cour a admis que cet article contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats-parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures

14 Art. 10 du Traité OHADA. Il convient d'indiquer que les actes uniformes constituent le droit commun des Etats parties au Traité OHADA. Ils sont non seulement directement applicables et obligatoires, mais se substituent à toute disposition de droit interne antérieure ou postérieure.

et postérieures. Elle estime ainsi que cet article contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes uniformes. L'Art. 10 apparaît alors comme la seule disposition susceptible de consacrer la supranationalité des Actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque Acte uniforme.¹⁵

Il est évident que l'avènement de l'OHADA a nécessité un renoncement de souveraineté normative et judiciaire de la part des Etats membres. Les juridictions nationales sont obligées de se conformer aux Actes uniformes qui constituent désormais le droit commun des affaires dans l'espace couvert par l'OHADA.

Les juges internes des Etats-parties au Traité, doivent désormais s'appropriier des actes uniformes qui constituent leur droit national des affaires. Cette appropriation est en cours, en témoignent plusieurs arrêts rendus par ces juridictions du fond.

Relativement à l'Acte uniforme portant droit commercial général du 17 avril 1997, la Cour d'appel de Port-Gentil (Gabon) par un arrêt en date du 9 décembre 1999, *Société Kossi*, a fait application de cet acte uniforme aux baux commerciaux conclus avant le 1^{er} janvier 1998, date où il a été rendu applicable au Gabon. Elle a ainsi décidé :

« considérant que l'Art. 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose que les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ; Considérant qu'en vertu du principe de l'effet immédiat de ces actes, les baux commerciaux en cours avant le 1^{er} janvier 1998 sont désormais régis par les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial qui abroge la loi française de 1926 applicable au Gabon et ayant le même objet ; Qu'en définitive, la société Kossi bénéficie du régime des baux commerciaux institué par l'acte précité »¹⁶

Cet arrêt en dit long sur le degré d'appropriation du nouveau droit des affaires en Afrique par les juridictions du fond. La loi française de 1926 applicable dans le même domaine était désuète, elle ne correspondait plus aux réalités de la vie économique.

Une autre illustration de cette appropriation du droit issu de l'OHADA par les juridictions du fond porte sur l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution du 10 avril 1998. Dans l'affaire *Société EFG*, la Cour d'appel de Port-Gentil infirme, par un arrêt du 28 avril 1999, l'ordonnance qui autorise la Société CAGRINO à pratiquer une saisie conservatoire sur un certain nombre d'engins appartenant à la société EFG pour apprécier une créance évaluée à

15 OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope (Paris 2014) 36.

16 *Société Kossi c/ Paroisse Saint-Paul des bois*, Cour d'appel de Port-Gentil du 09/12/1999, ohadata J-02-45.

254 millions de francs CFA. La décision du juge d'appel est fondée sur l'Art. 54 de l'acte. Aux termes de ces dispositions, toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement. Le juge d'appel constate que la société CAGRINO n'apporte pas aux débats la preuve du péril ou de la menace pesant sur le recouvrement de sa créance.¹⁷

A travers ces deux arrêts, il ressort clairement que les juridictions du fond des Etats-parties au Traité OHADA font application des actes uniformes qui constituent désormais le droit commun des affaires au sein de l'espace OHADA. Au-dessus de ces juridictions nationales, se trouve la CCJA.

2. *La Cour commune de justice et d'arbitrage, juge de cassation du droit OHADA*

L'organisation judiciaire dans l'espace OHADA est fortement hiérarchisée. Cette hiérarchisation volontariste vise essentiellement à résoudre les maux qui accablent la justice en Afrique. Ces maux se résument entre autres au manque de formation des acteurs judiciaires, à l'insuffisance notoire des infrastructures, à la corruption en milieu judiciaire et à la problématique de distribution de la justice. C'est au regard de tous ces constats, que les rédacteurs du Traité OHADA ont mis en place une Cour commune de justice et d'arbitrage dotée du pouvoir d'invalider les décisions rendues par les juridictions nationales de fond en instance et en appel. Il convient d'indiquer que le pouvoir de réformation des décisions des juges du fond reconnu à cette Cour, ne se retrouve dans aucune autre expérience d'organisation d'intégration.

La CCJA est compétente pour connaître du contentieux relatif à l'application des actes uniformes en première instance et en appel.¹⁸ Cette même Cour est aussi compétente pour assurer, au sein de tous les Etats-parties, l'interprétation et l'application commune du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. En plus des compétences de règlement de litiges liées aux actes uniformes et de leur interprétation, la Cour exerce une fonction consultative. En effet, il ressort de la lecture de l'Art. 14 du Traité que

17 *Arrêt Société EFG c/ Société Cagrino*, Cour d'appel de Port-Gentil du 28/04/1999, ohadata J-02-44.

18 Art. 13 Traité OHADA.

« la Cour peut être consultée par tout Etat-partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'Art. 13 ci-dessus »¹⁹

S'agissant de la saisine de la Cour, l'Art. 14 al. 3 du Traité affirme que

« saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats-parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des Règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales »²⁰

A la lecture de cet article, l'on comprend pleinement que les juridictions nationales de cassation n'ont plus le monopole de la cassation à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Telle est la volonté des rédacteurs du Traité. L'alinéa 4 du même article ajoute que

« la Cour se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel, rendues par toute juridiction des Etats-parties dans les mêmes contentieux ».

Il importe de noter qu'en plus des fonctions consultative et contentieuse, la Cour est aussi un centre d'arbitrage. Cependant, il ne sera question que de la fonction judiciaire de la Cour dans la présente communication.

La CCJA dispose d'une compétence exclusive en matière de droit des affaires. Cette exclusivité s'explique aussi par l'enjeu d'uniformisation de la jurisprudence OHADA. Comme on le dit, un droit uniforme fait appel à une jurisprudence uniforme.

Le partage de compétence entre les juridictions nationales et la Cour commune pose d'importantes difficultés dans les rapports entre les deux ordres de juridictions. Ce qui marque des limites du modèle de règlement de litiges institué par les rédacteurs du Traité OHADA.

II. LES LIMITES DU REGLEMENT DE LITIGES DANS L'ESPACE OHADA

Le règlement de litiges dans l'espace OHADA fait intervenir à la fois le juge national qui est chargé d'appliquer le droit des affaires en première instance et en appel, et le juge suprême communautaire dont le rôle est d'assurer l'interprétation et l'application du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

La juridiction suprême communautaire en cas de cassation, peut évoquer et statuer sur le fond.²¹ A travers cette faculté de censure des décisions ren-

19 Art. 14 al. 2 Traité OHADA.

20 Art. 14 al. 3 Traité OHADA.

21 Art. 14 al. 5 Traité OHADA.

dues par les juridictions nationales, à l'exception bien entendu des décisions appliquant des sanctions pénales, la Cour est érigée en une véritable Cour suprême communautaire qui, en cas de cassation, peut substituer sa décision à celle attaquée devant elle et émanant d'une juridiction nationale d'un Etat-partie au droit OHADA. Ce partage de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales du fond des Etats-parties, exclut complètement les juridictions suprêmes nationales qui ne sont plus habilitées à connaître du contentieux relatif au droit issu de l'OHADA.

1. La dépossession des juridictions nationales de cassation de leurs compétences en droit des affaires

Les Cours nationales de cassation des Etats membres de l'OHADA bénéficiaient de la plénitude de leurs compétences en matière de droit des affaires avant la mise en place de l'organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires. Les rédacteurs du Traité OHADA en ont décidé autrement, mettant ainsi ces juridictions suprêmes en marge du règlement des litiges liés au droit des affaires à l'exception de l'application des décisions relatives aux sanctions pénales. Comme le disait un auteur, « l'intervention des juridictions nationales de cassation se définit par soustraction de la compétence de la CCJA. En termes plus simples, les juridictions nationales de cassation ne sont plus compétentes pour connaître un litige relevant du droit des affaires, que lorsque celui-ci n'implique pas l'application ou l'interprétation du Traité OHADA, d'un acte uniforme ou d'un Règlement ». ²² Dès lors, l'on peut en déduire que le critère de compétence de la CCJA porte sur le droit uniforme issu de l'OHADA. Ce qui suppose que les juridictions nationales de cassation des Etats-parties au Traité sont compétentes pour connaître des litiges portant sur toutes les autres branches du droit, à l'exception du droit des affaires.

Si cette répartition de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation apparaît assez claire, une hypothèse a été tout de même ignorée par les rédacteurs du Traité. C'est celle dans laquelle un litige implique à la fois des règles de droit national non uniformisé et du droit uniforme communautaire. Dans une telle hypothèse, deux catégories de normes sont en cause, à savoir : les normes issues de l'OHADA et celles du droit national. Dès lors, entre la CCJA et les Cours suprêmes nationales, quelle est celle qui va connaître d'un tel litige ? Au regard d'une telle difficulté, Paul Gérard Pougoue, professeur à l'Université de Yaoundé II, prédisait que la délimitation du domaine de compétence de la CCJA ne serait pas toujours aisée à cause « du lien de connexité pouvant exister, dans certains litiges,

²² AKAM AKAM, *supra* note 4, 39.

entre un point de droit non unifié et un autre qui l'est ». ²³ Il est important de souligner que le Traité OHADA n'apporte aucune réponse à cette hypothèse. La juridiction nationale de cassation doit-elle renvoyer la partie du litige portant sur le droit OHADA et se déclarer compétente pour connaître de l'autre partie portant sur le droit national ? Il est intéressant de s'attarder un peu sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Niger le 16 août 2001. ²⁴

« Attendu que la Cour commune n'est compétente que pour l'application des Actes uniformes ; que lorsque le pourvoi n'est pas exclusivement fondé sur les Actes uniformes comme c'est le cas en l'espèce où des dispositions du code de procédure civile, du code civil (nigériens) ainsi que du code CIMA ²⁵ sont invoquées, il appartient à la Cour suprême nationale de saisir la Cour commune des questions spécifiques aux Actes uniformes » ;

« Attendu qu'en ce cas, elle ne peut d'ailleurs le faire que si l'application des Actes uniformes a été prépondérante pour la prise de la décision attaquée, et que le pourvoi est surtout basé sur ces actes ; qu'en l'espèce, le moyen mis en exergue est la violation de la procédure de référé ; que la CCJA n'est exclusivement compétente que lorsque le pourvoi est basé uniquement sur l'application des Actes uniformes ». ²⁶

La Cour suprême du Niger a mis l'accent sur la prépondérance du droit uniforme OHADA dans une hypothèse de pourvoi mixte (qui implique à la fois le droit national et le droit OHADA). Le droit uniforme doit être prépondérant dans la prise de décision, à défaut, la juridiction nationale de cassation peut connaître du litige bien qu'il implique une partie du droit OHADA. Il est clair que la notion de prépondérance invoquée par la Cour est l'expression de la résistance des juridictions nationales de Cassation à la suprématie de la CCJA.

Les relations entre ces deux ordres de juridiction sont à mille lieues d'un rapport basé sur le dialogue des juges. Il existe une relation conflictuelle entre les juges nationaux et communautaires au point que les premiers réclament la rétrocession de leurs compétences en matière de droit des affaires.

Les difficultés entre les deux ordres de juridictions s'étendent également à la répartition des compétences en matière pénale.

²³ AKAM AKAM *supra* note 4, 41.

²⁴ Cour suprême du Niger, chambre judiciaire, arrêt N° 1-158/C du 16 août 2001, *SNAR-LEYMA c/ Groupe Hima Souley*. www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-02-36.html.

²⁵ Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance.

²⁶ AKAM AKAM, *supra* note 4, 49.

2. *Les difficultés liées au partage de compétence en matière pénale*

Il est clair que la sanction pénale implique des questions de souveraineté qui nécessitent la compétence exclusive des Etats-parties au Traité. Les rédacteurs du Traité OHADA, compte tenu de la sensibilité que requiert la matière pénale, ont décidé que les actes uniformes qui font office d'instruments permettant la mise en œuvre de la politique d'intégration juridique et judiciaire, puissent déterminer les incriminations pénales, et qu'il appartient aux Etats-parties au Traité OHADA, de fixer le quantum des peines applicables. L'Art. 5 al. 2 du Traité est très explicite : « Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales. Les Etats-parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».²⁷ Il existe dès lors, un partage de compétence entre d'une part, les actes uniformes qui déterminent les incriminations pénales et d'autre part, les juridictions nationales qui sont chargées de fixer la sanction pénale applicable. Ceci a fait l'objet de beaucoup de critiques au sein de la doctrine. Certains auteurs estiment qu'il est impossible au plan judiciaire de dissocier la portée des incriminations de celles des sanctions.

La limitation des compétences de la CCJA en matière de droit pénal des affaires a pour corollaire la diversification des sources du droit en la matière. Ce qui s'oppose à l'idée même d'uniformisation du droit des affaires dans laquelle les rédacteurs du Traité se sont inscrits. Suivant cette logique de détermination des incriminations pénales par les actes uniformes et de fixation du quantum des peines par les Etats-parties au Traité, chaque Etat aura sa propre jurisprudence, mieux encore selon un auteur « sa propre détermination des incriminations résultant des Actes uniformes ».²⁸

La CCJA s'est déclarée incompétente à faire droit à un pourvoi formé contre une décision faisant application de sanctions pénales.

« La Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ».²⁹

L'une des difficultés posées par cette approche de renvoi aux législations nationales pour la détermination des sanctions pénales, est la création de

27 Art. 5 al. 2 Traité OHADA.

28 AKAM AKAM, *supra* note 4, 83.

29 CCJA, Arrêt N° 053/2012, Port Autonome de Douala c/ Ministère Public. En ce sens www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-14-79.html, voir aussi L. CADIET, (dir.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Tome 48, bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, Travaux de l'Association pour l'efficacité du droit et de la justice (AEDJ) dans l'espace OHADA (Paris 2013) 202.

deux blocs d'Etats au sein de l'OHADA, à savoir : les Etats qui ont complété le droit communautaire en prévoyant des sanctions pénales dans leurs législations internes notamment le Cameroun³⁰ et le Sénégal³¹ et ceux qui ne l'ont pas fait.

Dans l'hypothèse où tous les Etats-parties au Traité arriveraient à légiférer en la matière, il serait très difficile d'avoir une lecture cohérente de toutes ces lois. Chaque Etat appliquera des sanctions différentes à une même incrimination pénale contenue dans les actes Uniformes.

Au regard de ce qui précède, l'on est en droit de dire que les rédacteurs du Traité OHADA ne sont pas allés au bout de leur logique d'uniformisation du droit des affaires en Afrique. Cette approche de renvoi aux législations nationales des Etats pour la détermination des sanctions pénales fait naître d'importantes difficultés. En effet, cette détermination peut être différente d'un Etat à un autre. Ce qui peut engendrer, comme le souligne un auteur des « paradis pénaux »,³² encore appelés pays refuge ou « forum shopping ». Ainsi selon le même auteur, un comportement pourrait être considéré comme une infraction grave en certains endroits, alors que le même comportement serait licite en d'autres lieux.

III. CONCLUSION

La signature du Traité de Port-Louis en avril 1993, consacrant ainsi la création de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires, fut une date mémorable dans l'histoire du droit Africain. A travers cet acte, ce sont 14 Etats de la zone franc qui se sont engagés pour mettre en commun leur droit des affaires afin de mettre terme à l'application des textes vétustes hérités de la colonisation qui étaient en complet déphasage avec les nouvelles exigences des activités économiques des Etats Africains. Ce fut un immense pas en avant qui s'est inscrit en rupture totale avec un droit passéiste, non conforme au développement économique des Etats concernés.

La mise en place du droit uniforme OHADA s'est accompagnée de la création d'une Cour commune chargée d'assurer l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. Cette Cour a été dotée d'importants pouvoirs no-

30 Loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA.

31 Loi n°98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte Uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

32 AKAM AKAM, *supra* note 4, 98.

tamment celui d'évoquer en cas de cassation. Dans une telle hypothèse, la Cour peut substituer sa décision à celle des juridictions nationales de cassation des Etats-parties. Ce pouvoir d'évocation de la CCJA est la source d'une relation conflictuelle entre celle-ci et les juridictions nationales des Etats-parties. Au regard de ce constat, il est judicieux de procéder à des réformes en vue de la mise en place d'une relation plutôt basée sur le dialogue des juges à travers l'instauration d'une procédure de renvoi préjudicielle comme c'est le cas en droit de l'Union Européenne. Cette procédure exige que le juge national et la CCJA, dans l'ordre de leurs compétences propres, soient appelés, directement et réciproquement, à l'élaboration d'une décision en vue de l'application uniforme du droit communautaire. Comme le disait un auteur, il ne doit y avoir ni « gouvernement des juges » ni « guerre des juges ». Il doit y avoir place pour le « dialogue des juges ».³³

Il est aussi nécessaire de rétrocéder aux juridictions nationales suprêmes toutes leurs compétences en matière de droit des affaires OHADA. L'objectif de création d'espace judiciaire intégré que se sont fixés les rédacteurs du Traité OHADA, ne doit pas être exclusif, mais inclusif. Toutes les juridictions nationales doivent être compétentes pour connaître des contentieux nés de l'application du droit uniforme. L'OHADA s'agrandit avec la perspective d'harmonisation de nouvelles matières³⁴ qui vont certainement échapper à la compétence des juridictions nationales de cassation.

33 B. BOUMAKANI, Le juge interne et le droit OHADA, *Penant* (avril-juin 2002) 839-133.

34 Les matières retenues par la décision N° 011/2011/CM/OHADA du 17 juin autorisant une étude sur la faisabilité d'extension du domaine du droit des affaires sont : le crédit-bail, l'affacturage, la sous-traitance, la franchise, les contrats Built Operate and Transfert ou Partenariats Public Privé, la médiation commerciale, le règlement des conflits de lois et la circulation des actes publics). Voir dans ce sens, F. M. SAWADOGO, Les 20 ans de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : Bilan et perspectives, communication présentée par l'auteur à l'occasion du 20^e anniversaire de l'OHADA à Ouagadougou du 10 au 17 octobre 2013, 21, http://www.daldewolf.com/documents/document/20151125101654-47_8_communication_-_pr_sawadogo.pdf.

Comparison of Law, Legal Transplants and International “Legal Fashion“ in German and Japanese Corporate Law

*Harald Baum**

- I. Comparison of Law, Legal Transplants and “Legal Fashion”
 1. Comparison of Law
 2. Legal Transplants
 3. “Legal Fashion“
 4. No Free Lunches
- II. From Corporate Law to Corporate Governance
- III. Corporate Governance Codes as a “Must Have” Regulatory Tools
 1. Origins and International Dissemination
 2. Germany as an Early Convert
 3. Japan as a Late Convert
- IV. Independent Directors as a State-of-the-Art Corporate Governance Device
 1. The Ubiquity of Independent Directors
 2. The Function of the Independent Director
 3. The Origin of the Independent Director
 4. The Anglo-American Independent Director as a Transplanted Legal Fashion
- V. Outlook

I. COMPARISON OF LAW, LEGAL TRANSPLANTS AND “LEGAL FASHION”

1. *Comparison of Law*

Comparison of law has always shaped or at least influenced legislation to varying degrees either directly or indirectly, and it continues to do so all the more in today’s arena of globalization and universal availability of comparative legal information. Japan is long since a model for using a comparative basis to optimize its lawmaking.¹ Within the European Union, virtually all legislation is prepared on the foundation of comparative groundwork. The

* Prof. Dr. Harald Baum, Affiliate, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg; Professor of Law, University of Hamburg; Research Associate, European Corporate Governance Institute, Brussels.

1 See H. BAUM, Comparison of Law, Transfer of Legal Concepts, and Creation of a Legal Design: The Case of Japan, in: Haley/Takenaka (eds.), *Legal Innovations in Asia. Judicial Lawmaking and the Influence of Comparative Law* (Cheltenham 2014) 60; for an overview of the development of modern Japanese law, see W. RÖHL (ed.), *A History of Law in Japan Since 1868* (Leiden 2005).

same is true for Germany when it comes to important legal reforms, to name but one of the EU Member States.² The motive of the lawmakers is, as a rule, to find the best possible regulatory solution for a specific social and economic issue. This includes, or should at least include, the challenging attempt to find a solution that actually fits in the specific path-dependent institutional setting of the receiving legal order.³

2. *Legal Transplants*

Where foreign concepts are integrated into national laws, one speaks of legal transplants, a phrase more or less simultaneously brought into use by the legal historian Alan Watson⁴ and the comparatist Otto Kahn-Freund.⁵ There is a heated discussion as to whether a reception of foreign legal institutions is actually feasible in a sensible way.⁶ Some analysts, such as Alan Watson, regard “borrowing ... [as] the most fruitful source of legal

2 A recent example is the German Mediation Act of 2012, which was prepared on the basis of a comprehensive comparative expert opinion of the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg; an English version can be found in K. J. HOPT/F. STEFFEK (eds.), *Mediation – Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford 2013).

3 For a discussion of the importance of the given social and cultural context, see A. N. LICHT, *Culture and Law in Corporate Governance*, in: Gordon/Ringe (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (Oxford 2018) 129; C. MILHAUPT/K. PISTOR, *Law and Capitalism* (Chicago 2008); for the Japanese context, A. A. ZIEGERT, *Path Dependence and the Differentiation of Law in East Asia and Europe – The Case of Japan*; Sydney Law School Research Paper No. 11/69; I. OZAKI, *Law, Culture and Society in Modernizing Japan*, in: Vanoverbeke/Maesschalck/D. Nelken (eds.), *The Changing Role of Law in Japan* (Cheltenham 2014) 50; for the concept of path-dependency see M. ROE, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, *Harvard Law Review* 109 (1996) 641; L. BEBCHUK/M. ROE, *A Theory of Path Dependence in Corporate Governance and Ownership*, *Stanford Law Review* 52 (1999) 127; R. GILSON, *Corporate Governance and Economic Efficiency: When Do Institutions Matter?*, *Washington University Law Quarterly* 74 (1996) 327; R. MANN/C. MILHAUPT, *Path Dependence and Comparative Corporate Governance*, *Washington University Law Quarterly* 74 (1996) 317.

4 A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* (Edinburgh 1974).

5 O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *Modern Law Review* 37 (1974) 1.

6 An authoritative overview article on the discussion can be found in G. REHM, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, *The Rabel Journal of Comparative and International Law* 72 (2008) 1; see further M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann/Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford 2006) 441; R. COTTERRELL, *Comparative Law and Legal Culture*, in: *ibid.*, 709.

change”,⁷ and some see legal borrowing as a movement toward efficiency in the context of legal competition.⁸ But others are more skeptical. Pierre Legrand, for example, flatly rejects the possibility of any meaningful legal transfer.⁹ In the view of cultural comparatists, law can only be understood within the culture it belongs to; any interpretation within a different cultural context leads automatically to a different meaning.¹⁰ According to this viewpoint, a legal transplant is necessarily read in a different cultural environment, so it amounts to no more than a “meaningless form of words” because the actual meaning of the rules does not survive the journey to a different legal culture.¹¹ We cannot discuss – let alone solve – this complex issue here. But, for the purpose of this paper, let us assume that legal transplants have, at least in principle, the *potential* to improve regulation – if used in an appropriate manner.¹²

An indicator for a legal transplant or, more generally, a “non-native” regulatory concept is the continued use of the transplant’s original name in the receiving legal order even though it is a foreign loan word in that order’s language. A prominent example of interest here is the ubiquitous term “corporate governance” that has gained by now an almost universal acceptance and usage. It is as easily found as *terminus technicus* in, for example, standard German and Japanese legal texts.¹³ In Germany’s legal

7 A. WATSON, Aspects of Reception of Law, *American Journal of Comparative Law* 44 (1996) 335; see also *ID.*, *supra* note 4, at 95; for a nuanced discussion of Watson’s views, see W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, *American Journal of Comparative Law* 43 (1995) 489.

8 See U. MATTEI, Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics, *International Review of Law and Economics* 14 (1994) 3.

9 Cf. P. LEGRAND, What “Legal Transplants”?, in: Nelken/Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures* (Oxford 2001) 55, 57; see also *ID.*, *European Legal Systems Are Not Converging*, *International & Comparative Law Quarterly* 45 (1996) 52, 57.

10 See the analysis by COTTERRELL, *supra* note 6, at 712.

11 P. LEGRAND, The Impossibility of Legal Transplants, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997) 111, 120; for problems related to the “indigenization” of transplants in the area of corporate governance, see C. JORDAN, The Conundrum of Corporate Governance, *Brooklyn Journal of International Law* 30 (2005) 983.

12 For a discussion about the risks and benefits of importing international *economic* theories into a given legislative environment, see K. LANGENBUCHER, *Economic Transplants. On Lawmaking for Corporations and Capital Markets* (Cambridge 2017).

13 For a general analysis of the influence US company law in Germany and Japan, see J. VON HEIN, *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland* (Tübingen 2008) and H. KANDA/C. MILHAUPT, Re-examining Legal Transplants: The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law, *American Journal of Comparative Law* 51 (2003) 887; K. EGASHIRA, The Influence of American Law in the Field of Commercial Law in the Post-World War II Era, *Law in Japan* 26 (2000)

parlance it became “Corporate Governance”, with the only change being the capitalization of the words. In Japanese parlance the term morphed into “kōporēto gabenansu” and – written in *katakana*¹⁴ – it can easily be identified as an English loan word.¹⁵ The corporate governance codes of both countries are accordingly, and respectively, titled “Deutscher Corporate Governance Kodex” and “Kōporēto gabenansu kōdo”.¹⁶

3. “Legal Fashion“

The fact that an imported term has become part of the standard legal language of the country receiving the transplant seems to indicate, at first glance at least, that there was *no* corresponding national regulatory concept before the transplantation. Things are not as straight forward as such, however, if the transplant in question is a general regulatory concept like “corporate governance”. The term broadly means “the system by which companies are directed and controlled”.¹⁷ If we take the German stock corporation as an example, it goes without saying that from its very beginning in the 19th century the pertinent corporate law had detailed regulations on organizing, directing, and controlling companies. The German Stock Corporation Act (the *Aktiengesetz*) even provides for a two-tier board structure with a specific corporate organ, the supervisory board, exclusively responsible for supervising the management board. Nevertheless, as will be discussed later in greater detail, Germany felt the need to establish its own corporate governance code in 2002.¹⁸ Yet if corporate control already enjoyed such a massive statutory back-up in the Stock Corporation Act, the question arises as to what exactly should be gained by adopting a corporate governance code that deals, by and large, with many of the same issues.

50, respectively. For the relationship between Germany’s and Japan’s company law, see E. TAKAHASHI, ‘Reception’ and ‘Convergence’ of Japanese and German Corporate Law, *ZJapanR/J.Japan.L.* 38 (2014) 109.

14 The Japanese syllabary which is regularly used for the transcription of foreign words and names in modern Japanese.

15 A glance at recent publications dealing with corporate governance issues in both countries demonstrates this: see for Germany, e.g., T. KREMER *et al.* (eds.), *Deutscher Corporate Governance Kodex* (Munich 2016); P. HOMMELHOFF ET AL. (eds.), *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern* (Berlin 2017); and for Japan, see e.g., T. FUJIWARA, *コーポレート・ガバナンス [Kōporēto gabanansu]* (Tōkyō 2013); K. KARATSU, *日本再興のためのコーポレートガバナンス改革 [Nihon saikō no tame no kōporēto gabanansu kaikaku]* (Tōkyō 2014).

16 See www.dcgk.de and www.jpx.co.jp, respectively; English translations of both codes are provided.

17 This is the classic definition in the so-called “Cadbury Report”, see *infra* at III.1.

18 See *infra*, at III.2.

This casts doubts on the assumption that the lawmaker's efforts were primarily aimed at finding the best solution for an unsolved *national* legal problem. The regulatory agenda seems rather to be directed towards the *international* arena. And indeed, as will be discussed later, the German Corporate Governance Code expressly intends this kind of signaling.¹⁹ In the context of legal competition, the regulatory setting is obviously designed to meet what is perceived as the expectations of "good corporate governance" by international institutional investors and their advisers, such as the proxy advisory firms. And, in the international arena, corporate governance codes are indeed regarded as the embodiment of quality corporate governance, and to have one is today "de rigueur". In other words, the codes have evolved into an international "legal fashion".

The same observation can be made for a central feature of almost all corporate governance codes: the concept of the monitoring board of stock corporations staffed with "independent directors".²⁰ The concept has become the latest international "legal fad" in corporate law and a "must have" corporate governance tool regardless of whether it actually improves a country's given corporate system. As will be discussed later, it appears to be highly questionable how such an outsider-oriented corporate governance device can be successfully integrated in an insider-oriented corporate governance system like Japan's. Also, it remains an open question why Germany, with its traditional distinction between a managing and a supervisory board staffed with outside directors, some of whom represent controlling and thus supervising shareholders, needs independent directors.²¹

4. *No Free Lunches*

The question whether a legal transplant makes up for a normative void in a country's regulatory setting or whether it only follows a present "legal fashion" for better or worse is *not* trivial because all regulation comes with an often heavy price tag for those that have to observe it. Also, there is the danger that alternative and potentially more promising regulatory venues will not receive the appropriate attention by lawmakers focused on internationally standardized solutions. There are, in other words, no free regulatory lunches. These aspects of transplanting fashionable legal concepts often do not gain sufficient attention.

The rest of the paper is organized as follows: Part II explores the shift of emphasis from corporate law to corporate governance; Part III deals with the worldwide spread of corporate governance codes since the 1990s and

¹⁹ See *infra*, III.2.

²⁰ See *infra*, at IV.

²¹ See *infra*, at IV.4.b) and IV.4.a) respectively.

discusses the outcome for Germany and Japan; Part IV narrows the focus on independent directors as today's state of the art corporate governance device or, depending on the observer's point of view, as the latest fad in corporate law, and it discusses the outcome for Germany and Japan; and Part V concludes.

II. FROM CORPORATE LAW TO CORPORATE GOVERNANCE

Some 40 years ago, as in the previous 150 years, corporate problems were "still" mainly addressed by corporate law and the academic discussion was focused on the improvement of company laws. The term and concept of "corporate governance" as such was virtually unknown until the mid-1970s.²² The underlying problems were, of course, known as long as corporations exist. The discussion started in the US in the wake of corporate scandals when the nation's supervisory agency, the SEC, tried to improve corporate control in the second half of the 1970s.²³ Today, in all modern industrialized states the academic and policy discussions focus on corporate governance as a key regulatory concept.²⁴ International organizations, like the OECD, are ardent promoters of good corporate governance.²⁵ In the early 2000s the literature on corporate governance exploded.²⁶ Improving corporate governance is regarded as *the* solution to almost all kinds of corporate and economic ills. Some talk of an outright "corporate governance obsession".²⁷

A recent study, intriguingly titled "From Corporate Law to Corporate Governance", claims that corporate law has become more or less "trivial"

22 See B. R. CHEFFINS, *The History of Corporate Governance*, available as ECGI – Law Working Paper No. 184/2012 at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1975404>.

23 *Ibid.*, at 2 ff.

24 K. J. HOPT, *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*, 59 *Am. J. Com. L.*, 1, 3 (2011). One of the first comparative studies was K. J. HOPT/H. KANDA/M. ROE/E. WYMEERSCH/S. PRIGGE (eds.), *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research* (Oxford 1998); follow-up studies include K. J. HOPT/E. WYMEERSCH/H. KANDA/H. BAUM (eds.), *Corporate Governance in Context: Corporations, State, and Markets in Europe, Japan, and the US* (Oxford 2005); A. M. FLECKNER/K. J. HOPT (eds.), *Comparative Corporate Governance* (Cambridge 2013).

25 The OECD first published its *Principles on Corporate Governance* in 1999; for the present version see *infra* note 72.

26 The number of papers on the SSRN website that deal explicitly with corporate governance issues nearly tripled within the last ten years from some 3,500 papers in 2006 to more than 11,000 papers by 2015; see M. PARGENDLER, *The Corporate Governance Obsession*, *Journal of Corporation Law* 42 (2016) at 361 with further references; available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2491088>.

27 *Ibid.*, at 359.

as a result of an analytical "reframing of corporate law into something far broader".²⁸ The shift from corporate law to corporate governance is analyzed as a shift from "a largely legal focus to one that focuses on the corporation's inputs, outputs and how they are managed and, ultimately, the manner in which governance interfaces with other institutional elements that make up the capitalist system".²⁹ In other words, we see a move from a rather simple and static legal view of the corporation to a far more complex and dynamic one.³⁰ In a broad understanding, corporate governance is concerned with all different types of principal-agent conflicts that bedevil corporations, the one between managers and shareholders, between minority shareholders and controlling block-holders, and between shareholders as a group and non-shareholders (other stakeholders).³¹

Being a "midway solution between markets and governments" made corporate governance attractive to all sorts of regulators, yet whether the emphasis on this concept is "worth the candle" is regarded by some as an open question.³² To answer that question one has to take into consideration costs that arise in the form of policy approaches that are crowded out by the focus on corporate governance.³³ Others criticize that corporate governance policies may be symbolic, serving a "mythological or ritual" function rather than dealing with real world problems.³⁴ In this vein, it is also critically noted that international corporate governance rankings are a big business for some but that it remains unclear what exactly is being measured and what these rankings may tell investors about the company's future economic success.³⁵ In general, skepticism is growing whether the internationally promoted "global" corporate governance standards are really universally

28 R. J. GILSON, From Corporate Law to Corporate Governance, ECGI Law Working Paper No. 324/2016. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract_id=2819128 at 10.

29 *Ibid.*, at 7.

30 *Ibid.*, at 43.

31 HOPT, *supra* note 24, at 5 f. For a general discussion of the agency conflicts, see R. KRAAKMAN/J. ARMOUR/P. DAVIES/L. ENRIQUES/H. HANSMANN/G. HERTIG/K. HOPT/H. KANDA/M. PARGENDLER/W.-G. RINGE/E. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach* (3rd ed., Oxford 2017) 29.

32 PARGENDLER, *supra* note 26, at 361.

33 *Ibid.*

34 M. KAHAN/E. B. ROCK, *Symbolic Corporate Governance Politics*, Boston University Law Review 94 (2014) 1997.

35 B. C. TINGLE, *What is Corporate Governance? Can We Measure it? Can Investment Fiduciaries Rely on it?*, Queen's Law Journal 43 (2) (2018) 1 (with detailed empirical data); skeptical also I. LOVE, *Corporate Governance and Performance around the World: What We Know and What We Don't*, World Bank Research Observer 26 (1) (2011) 42.

adaptable without giving ample consideration to the local institutional frame in a given national economy.³⁶

We do not need to delve deeper into the questions about the merits and demerits of the corporate governance movement. For our purpose it is sufficient to state that international observers obviously expect any sophisticated corporate regulation to deal with corporate governance issues in one way or another. As has been aptly stated: “[W]ith the rise of the corporate governance movement, an international bandwagon that started in the United States and the United Kingdom, swooped over to Continental Europe and Japan, and has since permeated all industrialized countries.”³⁷ We now turn to the question of how the narrative that good corporate governance has to be embodied in corporate governance *codes* has become an international legal conviction.

III. CORPORATE GOVERNANCE CODES AS A “MUST HAVE” REGULATORY TOOLS

1. *Origins and International Dissemination*

The European Corporate Governance Institute in Brussels lists more than one hundred corporate governance codes of countries and international organizations on its website “Index of Codes”, starting in Albania and ending in Yemen.³⁸ After the US had set the frame for the corporate governance movement in the late 1970s, the UK somewhat unexpectedly initiated the corporate governance *code* movement in the 1990s. The starting point was the so-called “Cadbury Code of Best Practices”. After a series of scandals involving serious corporate fraud had become public, in 1991 the U.K. government together with London Stock Exchange and the Financial Reporting Council commissioned a committee chaired by Sir Adrian Cadbury to propose a way to improve the direction and control of public companies, the core issues of corporate governance.³⁹ In 1992 the Committee published its path-breaking

36 Cf. e.g., M. HOHMANEN/H. LIANG, Universal Corporate Governance, ECGI Working Paper in Finance Nr. 585/2018 with further references.

37 K. J. HOPT, Comparative Company Law 2018, ECGI Working Paper No. 460/2019, at 2.

38 Available at: http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php. For a brief comparative analysis, see A.F.M. DORRESTEIJN/C. DE GROOT, Corporate Governance Codes: Origins and Perspectives, European Company Law (2/2014) 5.

39 For a detailed historical analysis, see B. R. CHEFFINS, The Rise of Corporate Governance in the UK: When and Why, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 18/2015; available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2598179>.

report, the so-called “Cadbury Report”.⁴⁰ Out of the Report grew the “Code of Best Practices”. It was the beginning of the British corporate governance movement.⁴¹ The brief Code introduced, for the first time, the idea that listed companies should publish a statement of compliance with the Code as a continuing listing obligation.⁴² This was the birth of the famous “comply-or-explain” principle. In various stages the Code of Best Practices was transformed into the present UK Corporate Governance Code.⁴³

The Report soon attracted international attention and became an unlikely but highly influential bestseller.⁴⁴ Various reasons contributed to the Code’s worldwide success. It helped that the Report and ensuing Code were initiated by the London Stock Exchange, at that time the most international of all exchanges.⁴⁵ Furthermore, liberalized access to capital made corporations from a wide range of jurisdictions responsive to the demands of international institutional investors, often from the US, who viewed a corporate governance code as a benchmark for good corporate governance.⁴⁶ This trend was substantially promoted by an OECD report in 1998 and its Principles on Corporate Governance of 1999 which were strongly influenced by representatives from the UK and the US, among others from Cadbury himself.⁴⁷ Later on, international institutions like the World Bank and International Monetary Fund engaged in convincing developing countries to adopt the OECD Principles as a component of their assistance in the wake of the Asian financial crisis and others.⁴⁸

A strong additional accelerant was the so-called “legal origins” theory which appeared at that time. The misguided theory was highly influential because the World Bank and the IMF used it as guideline for their counseling

40 See A. CADBURY, Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (London 1992); available at: <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>.

41 P. L. DAVIES/S. WORTHINGTON, Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law (9th ed., London 2012) 424.

42 CHEFFINS, *supra* note 39, at 24.

43 Financial Reporting Council, The UK Corporate Governance Code (2018); available at www.frc.org.uk.

44 See C. JORDAN, Cadbury Twenty Years on, Villanova Law Review 58 (2013) 1; for a critical analysis of the Code’s development, see D. NORDBERG, Cadbury and a Road Not Taken: Contestation Over Board Design and Development of UK Corporate Governance (23 May 2017); available at: <https://ssrn.com/abstract=2972545>.

45 *Ibid.*, at 5.

46 CHEFFINS, *supra* note 39, at 52.

47 JORDAN, *supra* note 44, at 6 f. with further references. For the present version of the OECD Principles see *infra* note 62.

48 JORDAN, *supra* note 44, at 7.

on corporate governance.⁴⁹ In a nutshell and somewhat crudely put, the theorem meant that legal origins mattered and that the Anglo-American legal (common law) institutions were “superior” to civil law institutions in promoting the growth of financial markets.⁵⁰ In this way the theory justified the worldwide imposition of Anglo-American legal concepts of corporate governance and their embodiment in corporate governance codes irrespective of their appropriateness in the given jurisdiction’s institutional context.⁵¹ If nothing else, one may call this a pervasive international legal fashion.

2. *Germany as an Early Convert*

Not only developing but also developed countries submitted to that legal fashion. Germany, a country with no roots in common law, nevertheless adopted the Anglo-American legal concept of corporate governance and established its Corporate Governance Code in 2002.⁵² In spite of having a detailed statutory regulatory regime dealing with more or less all core issues of good corporate governance in a total of 40 provisions in the Stock Corporation Act (Articles 76–116), which have been almost annually updated over the last two decades, the initial and subsequent versions of the Code merely replicated a substantial portion of these provisions, albeit in a simplified and thus not coherent language.⁵³ This caused problems for the companies because it was not clear which statutory text was the decisive one.⁵⁴ Continuing criticism has led to abolition of most of these passages in the 2019/20 revision of the Code.⁵⁵

49 *Ibid.*, at 8 f.

50 Cf. for example R. LA PORTA/F. LOPEZ-DE-SILANES/A. SHLEIFER/R. VISHNY, *Law and Finance*, *Journal of Political Economy*, 106 (1998) 1113. For a highly critical assessment see D. CABRELLI/M. SIEMS, *A Case-Based Approach to Comparative Law*, in: *id.* (eds.), *Comparative Company Law* (Oxford 2013) at 7 ff. with further references; see also S. DEAKIN/P. SARKAR/M. SIEMS, *Is There a Relationship between Shareholder Protection and Stock Market Development?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 9/2018; available at: <https://ssrn.com/abstract=3105234>.

51 JORDAN, *supra* note 44, at 9.

52 GOVERNMENT COMMISSION FOR THE GERMAN CORPORATE GOVERNANCE CODE, *German Corporate Governance Code* (as of March 2020); available at: <http://www.dcgk.de>; for a detailed analysis of the 2019/20 revision, see K. J. HOPT/P. LEYENS, *Der deutsche Corporate Governance Kodex 2020 – Grundsatz- und Praxisprobleme*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2019, 929.

53 M. LUTTER, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (eds.), *Handbuch Corporate Governance* (2nd ed., Stuttgart 2009) at 123, 127.

54 Critical, ARBEITSKREIS EXTERNE UND INTERNE ÜBERWACHUNG DER UNTERNEHMEN, *Die Zukunft des Deutschen Corporate Governance Kodex*, *Der Betrieb* 2016, 395.

The intended advantages were that there should be an official English version of the Code which is easy to access and to understand, as the Code, somewhat different from the Stock Exchange Act, uses internationally familiar terms of corporate governance. The aim of attracting foreign investors is a reaction to changes in the financing of German companies, whereby there has been a shift from a national bank-based system to international capital markets as a source of external finance.⁵⁶ This regulatory aim is directly addressed in the foreword of the initial version of the Code:

“[T]he Code aims to make the German Corporate Governance system transparent and understandable. Its purpose is to promote the trust of *international* and national investors, customers, employees and the general public in the management and supervision of listed German stock corporations.”⁵⁷

The Code is based in principle on the British “comply-or-explain” approach, a legal transplant in Germany’s law based on a different tradition. The difference is exemplified by the way the principle is given legal force. This is achieved by the Stock Corporation Act and not, as in the UK, by listing rules. Listed companies in Germany have the *statutory* duty to publish annually a declaration of compliance with the Code, where they have to disclose whether they comply or, if not, explain to what extent they are not complying with the Code.⁵⁸ Unlike the British model, however, German companies have not only to “explain” that they are not following a recommendation of the Code but, since 2009, have *additionally* to state the reasoning for their decision to abstain. This transparency duty is increasingly (mis)used by shareholders to contest decisions of the general meeting via the courts and to block corporate decisions by claiming that the reasons stated for abstaining were not correct.⁵⁹ To avoid these pitfalls the compliance rate is so high that the German Corporate Governance Commission encourages companies *not* to comply. This example demonstrates that the legal transplant is obviously at least partly dysfunctional.

A further difficulty is posed by the misguided understanding of the comply-or-explain principle held by the legislature, which (generally) expects companies to comply as relates to major issues. Female representation in the supervisory board is but one example. As too many companies had

55 HOPT/LEYENS, *supra* note 52, at 933.

56 LUTTER, *supra* note 53, at 125, 127; E. MICHELER, *Transplanting Corporate Governance Codes – The Role of Legal Doctrine*, Working Paper 2012. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2087620>, at 7.

57 Emphasis added. The 2020 version does not directly address “international investors” any longer; available at <http://www.dcgk.de/en/code//foreword.html>.

58 Section 161 Stock Corporation Act.

59 For a critical analysis, see ARBEITSKREIS, *supra* note 54, at 398 f.

offered an explanation but not complied with the pertinent recommendation in the Code, the legislator in 2016 introduced a binding statutory obligation for large listed companies to introduce a 30% minimum of female supervisory board members – a laudable legislative undertaking though perhaps not exactly in the legal transplant’s “comply *or* explain” spirit.⁶⁰

Another problem was a threefold obligation to report on the company’s corporate governance policy. First, if the company does not comply with a recommendation of the Code, it has to explain this fact in accordance with Article 161 Stock Corporation Act. Second, according to Section 3.10 of the earlier versions of the Code, the Management Board and Supervisory Board had to compile each year a so-called Corporate Governance Report and publish this report in connection with the Statement on Corporate Governance required by Article 161. This reporting duty was abolished in the 2019/20 reform and merged with the report described in the next two sentences.⁶¹ (Originally) Third, since 2009, companies have been obliged to file an annual report with key figures about the company’s corporate governance policy. This report is based on Article 289a of the Commercial Code. These three reports were only partly aligned in terms of aim and content.⁶²

3. *Japan as a Late Convert*

Like Germany, Japan is a country with no original roots in common law though, for historical reasons, it adopted elements of the US’s economic regulation after 1945. In 2015, more than a decade after Germany had created its Code and notwithstanding its highly ambivalent experiences with that Code, Japan succumbed to the international trend and established its own corporate governance code, the “Kōporēto gabenansu kōdo”.⁶³ A year earlier it had already adopted a stewardship code for listed companies.⁶⁴

60 For the background to this legislation, see U. SEIBERT, *Frauenförderung durch Gesellschaftsrecht – Die Entstehung des Frauenfördergesetzes*, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1 (2016).

61 HOPT/LEYENS, *supra* note 52, at 990 f.

62 Critical, ARBEITSKREIS, *supra* note 54, at 400.

63 An English translation of the amended 2018 version of the Code can be found at: www.jpx.co.jp/english/equities/listing/cg/; for a critical assessment, see J. BUCHANAN/D. H. CHAI/S. DEAKIN, *Taking a Horse to Water? Prospects for the Japanese Corporate Governance Code*, *ZJapanR/JJapan.L.* 47 (2019) 69.

64 *Suchuwādoshippu Kōdo*, an Engl. translation of the present version amended in 2017 is available at: www.fsa.go.jp/en/refer/councils/stewardship/20170529.html; an analysis of the code and its history can be found in H. KANSAKU, *Genuine Self-regulation in Japanese Capital Markets: The Stewardship Code*, in: Baum/Bälz/Dernaier (eds.), *Self-regulation in Private Law in Japan and Germany* (2018) 61;

This second layer of regulation was introduced independent of the fact that the country had only shortly before fundamentally reformed its company law with the creation of the comprehensive Companies Act of 2005.⁶⁵ The respective reforms of 2015 and 2014, with their embrace of the underlying British concept of corporate governance, can be understood as an attempt to align the country's corporate governance structure with the international standards.⁶⁶ This trend has been met with skepticism.⁶⁷

The Code mostly follows the recommendations of the OECD. It is characterized by an adoption of the British "comply-or-explain" approach, which was novel for Japan and is a legal transplant without historical precedents there.⁶⁸ Like in the UK, the Japanese Code is part of the listing rules, here those of the Tōkyō Stock Exchange, and, different from Germany, its "comply-or-explain" principle is not given legal force by a statutory act. Japan thus follows the UK's example and is spared the difficulties described above that arise in Germany in the context of Article 161 Stock Corporation Act.

Like in Germany, the rate of compliance is very high. In 2017, only two years after its establishment, 88.9% of the companies listed at the TSE complied with at least 90% of the Code's recommendations.⁶⁹ In both jurisdictions, the recommendations are obviously regarded as quasi-statutory

critical, G. GOTO, *The Logic and Limits of Stewardship Codes: The Case of Japan*, The University of Tokyo Business Law Working Paper Series, No. 2018-E-01.

65 *Kaisha-hō*, Law No. 86/2005.

66 For an analysis of the policy background of the reforms, see S. KOZUKA, *Reform After a Decade of the Companies Act: Why, How, and to Where?*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 37 (2014) 39; H. MORITA, *Reforms of Japanese Corporate Law and Political Environment*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 37 (2014) 25; E. TAKAHASHI, *Entwicklung und Hintergründe der Regelungen zur Corporate Governance in Japan mit einem Schwerpunkt auf der Reformdiskussion von 2013*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 35 (2013) 63.

67 See S. K. VOGEL, *Japan's Ambivalent Pursuit of Shareholder Capitalism*, *Politics & Society* 47(1) (2019) 117; A. TOKUTSU, *Do Corporate Law Reforms Increase Profitability? The Japanese Context*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 48 (2019) 111; for a general comparative analysis of Japan's corporate governance system, see L. NOTTAGE, *Perspectives and Approaches: A Framework for Comparing Japanese Corporate Governance*, in: Nottage/Wolff/Anderson (eds.), *Corporate Governance in the 21st Century: Japan's Gradual Transformation* (2008) 21; C. PEJOVIĆ, *Reforms of Japanese Corporate Governance: Convergence in the Eye of the Beholder*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 35 (2013) 107.

68 For the discussion about the introduction of this principle and the practice of compliance in Japan, see BUCHANAN/CHAI/DEAKIN, *supra* note 63, at 87 ff.

69 T. SPIEGEL, *Independent Directors in Japan: Changing Corporate Governance?*, *ZJapanR/J.Japan.L.* 46 (2018) 85, 116 with further references.

law which is best complied with, even if this may actually be no more than a purely formal compliance. The cumulation of (i) different “General Principles”, (ii) various “Principles”, and (iii) numerous “Supplementary Principles” makes the Code very comprehensive, and true compliance with it is costly and complicated. Many smaller listed companies – in 2019 more than 3,700 companies were listed at the TSE – may simply do not have the means to comply properly.⁷⁰

Whether the merits of following the international fashion of adopting a corporate governance code outweigh the costs of complying with that code is anyone’s guess – for Germany as for Japan.

IV. INDEPENDENT DIRECTORS AS A STATE-OF-THE-ART CORPORATE GOVERNANCE DEVICE

We now turn to the “independent director” as a state-of-the-art corporate governance device, this being one of the central features of almost all corporate governance codes. Both in Japan and Germany, the institution of the independent director was accordingly introduced alongside the respective corporate governance codes.

1. *The Ubiquity of Independent Directors*

Today, any sophisticated jurisdiction must deal with independent directors in one way or another to be considered credible. Accordingly, the US, the Member States of the European Union, and virtually all major Asian jurisdictions have by now rules for appointing at least some independent directors to the boards of their publicly listed companies.⁷¹ On the supra-national level, the OECD recommends in its Principles of Corporate Governance of 2015 that important tasks should be assigned to independent board members who “can contribute significantly to the decision-making of the board”.⁷² The European Model Company Act of 2015 recommends an “appropriate balance of independent non-executive directors”.⁷³ Independent directors have obviously become global players, and, at least until very recently, independent directors seemed to be regarded as some kind of

70 Cf. BUCHANAN/CHAI/DEAKIN, *supra* note 63, at 104 f.

71 For detailed analyses, see the various contributions in: PUCHNIAK/BAUM/NOTTAGE (eds.), *Independent Directors in Asia: A Historical, Contextual and Comparative Approach* (Cambridge 2017).

72 The G20/OECD Principles of Corporate Governance (OECD Publishing 2015); available at <http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>.

73 Sec. 5 of the final draft in 2015 European Model Company Act, available at <http://law.au.dk>.

largely unquestioned prescription for a panoply of corporate governance problems.⁷⁴ In the US, over the last decades, the primary legislative and judicial response to almost every major corporate scandal has been to increase reliance on independent directors.⁷⁵

This is somewhat surprising given the fact that there is only shaky empirical support for staffing boards with independent directors.⁷⁶ It does seem that the empirical evidence leans towards indicating that there is no obvious benefit to including independent directors on boards. It also suggests that too much independence may be a bad thing. Nevertheless, in 2013, in US public companies, 85% of directors were independent and 60% of boards had only one non-independent director – the Chief Executive Officer (CEO).⁷⁷ In this way the fundamental, although often ignored, paradox arises that 'independence actually creates dependence', as the independent director has to rely on company insiders, namely the CEO, for his or her information.⁷⁸

In the wake of the global financial crisis of 2008 the concept of the independent director came under closer and critical scrutiny as it became clear that independence could not substitute for experience.⁷⁹ This has somewhat weakened the faith in the concept, but independent directors still remain an

74 For an overview see H. BAUM, The Rise of the Independent Director in the West: Understanding the Origins of Asia's Legal Transplants, in: Puchniak/Baum/Nottage (eds.), *supra* note 71, at 21; also available as "The Rise of the Independent Director: A Historical and Comparative Perspective", Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series, No. 16/20, at <http://ssrn.com/abstract=2814978>.

75 This appears somewhat paradoxically to be a reaction to the collapse of Enron in 2001, one of the major corporate scandals in the US in recent years. Enron's board was composed mostly of independent directors, and the head of Enron's audit committee was a professor of accounting at Stanford University, whom one might regard as highly qualified for the job. Nevertheless, the Sarbanes-Oxley Act of 2002 – aimed at improving corporate governance in effect – codified the monitoring model that had not worked at Enron.

76 For details See W.-G. RINGE, Independent Directors: A Theoretical Framework, in: Puchniak/Baum/Nottage (eds.), *supra* note 71, at 58. Two much-cited critical empirical meta-studies are S. BHAGAT/B. BLACK, The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance, *Bus. Law.* 54 (1999) 921, and S. BHAGAT/B. BLACK, The Non-Correlation Between Board Independence and Long-Term Firm Performance, *Journal of Corporation Law* 27 (2002) 231.

77 U. VELIKONJA, The Political Economy of Board Independence, *North Carolina Law Review* 92 (2014) 855, 857 f. with further references.

78 J. N. DRUEY, Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts, in: Kalss/Nowotny/Schauer (eds.), *Festschrift Peter Doralt* (Vienna 2004) 151 ff.

79 See RINGE, *supra* note 76, at 77 f.; BAUM, *supra* note 74, at 54, with further references.

entrenched feature on boards of public companies. We see, in other words, another lasting and truly international “legal fashion”.

2. *The Function of the Independent Director*

The term “independent director” is indiscriminately used in the international discussion about corporate governance, but there is no universal definition and the context in which independent directors operate in each jurisdiction is highly path-dependent. If the main task assigned to the independent directors is to monitor management as a means to solve the classic agency conflict between managers and dispersed shareholders as owners of the firm, independence from the entrenched CEO of the stereotypical US Berle-Means corporation seems to be the most important criterion. If, on the other hand, the directors’ task is defined predominantly as protecting minority shareholders against a controlling block holder in an archetypical Continental European company or in many Asian companies, independence from the latter will be the decisive characteristic.

The question is thus whether the concept of the independent director was designed to solve the classical agency conflict between managers and dispersed shareholders or the agency conflict is between controlling and non-controlling shareholders or both.⁸⁰ At least historically, the concept was designed to address the first agency conflict only.

3. *The Origin of the Independent Director*

The US and the UK are commonly credited with creating the concept of the “independent director” and the related model of a “monitoring board of directors” and with exporting it around the world.⁸¹ We first look at the US and thereafter the UK.

The concept originated in the US in the 1970s in reaction to corporate scandals and became firmly entrenched in the American corporate world over the next four decades as a remedy against all kinds of corporate governance ills.⁸² The US lawmaker’s answer to corporate problems was regularly to increase the level of independence within company boards. In the 1970s, the US stock market was characterized by widely dispersed individ-

80 For a general discussion of the agency conflicts, see KRAAKMAN *et al.*, *supra* note 31, at 29.

81 For a comparative overview, see BAUM, *supra* note 74, at 33; a comprehensive analysis can be found in Y. ZHAO, *Corporate Governance and Directors’ Independence* (Alphen aan den Rijn 2011).

82 For a detailed historical analysis, see J. N. GORDON, *The Rise of Independent Directors in the United States, 1950–2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices*, *Stanford Law Review* 59 (2007) 1465.

ual (household) ownership. This shareholder structure was associated with passivity, the “rational apathy” of individual minority shareholders. Today we still see a dispersed ownership but now made up by institutional shareholders. What has not changed, however, is the passivity of these owners with respect to corporate governance, what has been labeled as a kind of “rational reticence”.⁸³

The above structure can be easily distinguished from active institutional, family or state block holdings by substantial shareholders as observed in Continental Europe and much of Asia. Not surprisingly, the rules on board composition in the US are applicable to diffusely held public companies *only*, but *not* to controlled companies where a shareholder (or a coordinated group of shareholders) holds more than 50% of the voting rights.⁸⁴ In this sense, the US has clearly made the decision that the primary function of independent directors is to monitor management on behalf of dispersed shareholders who are – unlike a controlling shareholder – prevented from doing so themselves as a result of their own collective action problems. Obviously, the US has envisaged independent directors to be of limited or no value when there are controlling shareholders as a controlling shareholder can monitor and, if need be, replace management or manage the company themselves. This has not, however, prevented countries where block holdings by substantial shareholders are the rule to nevertheless adopt the concept in order to obtain good international corporate governance rankings.⁸⁵

We now turn to the UK. There, the adoption of the monitoring board model is fairly recent.⁸⁶ But it has been highly influential in spreading the model and with it the independent director around the world. Similar to the ownership structure of US public corporations, shareholdings in UK listed companies were and are normally not concentrated and blockholdings play no important role.⁸⁷ In 1992, the Cadbury Report mentioned previously

83 R. J. GILSON/J. N. GORDON, Agency Capitalism: Further Implications of Equity Intermediation, ECGI, Law Working Paper N° 239/2014; available at: <http://ssrn.com/abstract=2359690>.

84 Section 303 A, NYSE Listed Company Manual 2016; available at <http://nysemanual.nyse.com/lcm>.

85 A prominent example is Singapore. In 2001, in reaction to the Asian financial crisis of the late 1990s, Singapore adopted the US-style independent director model to make its corporate governance state of the art and, indeed, acquire the best ranking for this; see D. W. PUCHNIAK/L. L. LAN, Independent Directors in Singapore: A Corporate Governance Outlier?, in: Puchniak/Baum/Nottage (eds.), *supra* note 71, at 311.

86 For a detailed historical analysis, see CHEFFINS, *supra* note 39; for a brief overview see BAUM, *supra* note 74, at 43 ff.

87 See P. L. DAVIES, Shareholders in the United Kingdom, ECGI Working Paper No. 280/2015, with further references.

identified the domination of many companies by a single highly powerful CEO as a central governance problem.⁸⁸ Accordingly, the Cadbury Code of Best Practices – and today the Corporate Governance Code⁸⁹ – proposed a board staffed with a sufficient number of non-executive directors. A majority of these were suggested to be independent.⁹⁰ In the early 2000s the number of independent directors on the boards of companies listed in the UK oscillated around the high benchmark of 90%.⁹¹ After the global financial crisis, however, a stronger emphasis on experience emerged and the number of independent directors on the boards of companies listed in the UK started to sink, but still they make up the majority of board members today.

Though the UK was late to embrace the independent monitoring model pioneered by the US, it was able to make considerable refinements to the model by making it a fundamental corporate governance principle enshrined in a corporate governance code with its “comply-or-explain” principle as described above.⁹² From the UK, the concept of the independent monitoring model started to conquer the European Union and, also, the developments in the UK helped to spread the concept to the major Asian economies.⁹³

4. *The Anglo-American Independent Director as a Transplanted Legal Fashion*

We now turn to the German and Japanese experiences to see how the Anglo-American independent director has worked as a transplanted legal fashion in totally different corporate governance environments.

a) *Germany: Outside or Independent Directors?*

Germany was probably the first jurisdiction to establish a formalized separation between management and supervision, this occurring as early as 1861. Since then, the German corporate governance system has been characterized by a two-tier board structure.⁹⁴ Members of the management

88 P. L. DAVIES/S. WORTHINGTON, *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law* (9th ed., London 2012) 424 f.

89 *See supra* note 43.

90 P. L. DAVIES, *Corporate Boards in the United Kingdom*, in: Davies/Hopt/Nowak/van Solinge (eds.), *Boards in Law and Practice* (Oxford 2013) 713, 738.

91 M. ROTH, *Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder*, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 175 (2011) 605, 616 with further references.

92 *Supra*, at III.1.

93 *See* D. W. PUCHNIAK/K. KIM, *The Independent Director in Asia: A Taxonomy*, in: Puchniak/Baum/Nottage (eds.), *supra* note 71, at 89 ff.

94 For a comparative discussion in English, *see* M. ROTH, *Corporate Boards in Germany*, in: Davies *et al.*, *supra* note 90, at 253 ff.

board were not—and still are not— allowed to simultaneously act as members of the supervisory board. The management board is exclusively staffed with executive directors. It has direct responsibility for the management of the company. The law requires the supervisory board, by contrast, to be composed exclusively of outside non-executive directors.⁹⁵ The tasks of the supervisory board are usually regarded as twofold: *ex post* monitoring of the management board and *ex ante* advising on business strategy. Arguably, the latter is in substance a form of proactive or preventative monitoring.

Being an outside director does not, of course, mean the same thing as being an independent director. Rather, the non-executive directors staffing the supervisory board were – and to some extent still are – typically either affiliated with the company and its management or were constituency directors representing major shareholders. Accordingly, the traditional structure has been aptly described as an ‘insider system’ of corporate governance.⁹⁶ This pattern corresponded with the traditional widespread block-holding structure. Until today, we see a prevailing strong presence of group affiliation and block-holding families among listed companies.

The German Stock Corporation Act still has no general provision on independence, but it provides only a few mandatory requirements for supervisory directors. Instead, independence is predominantly dealt with in the German Corporate Governance Code.⁹⁷

According to the Code, supervisory board members are to be considered independent from the company and its management board if they have no personal or business relationship with either of these that may cause a substantial and not merely temporary conflict of interest.⁹⁸ Initially, independence required this absence of potentially conflicting personal or business relations only with the company or its executive bodies but *not* from a controlling shareholder. In this way, the “wrong” agency conflict, i.e. the conflict between managers and dispersed shareholders, but not the for-Germany-more-important conflict between minority shareholders and a controlling block-holder, was addressed. Given the Code’s aim of signaling good corporate governance in Germany it was, however, sufficient to be

95 The regulation is presently found in Section 105, Stock Corporation Act of 1965. For an assessment K. J. HOPT, The German Law of and Experience with the Supervisory Board, ECGI Working Paper No. 305/2016; available at <http://ssrn.com/abstract=272270>.

96 K. J. HOPT, Law and Corporate Governance: Germany within Europe, *Journal of Applied Finance* 27 (2015) 8.

97 Section C.II., German Corporate Governance Code 2020; references of the Code *supra*, at note 52.

98 Recommendation C.7., German Corporate Governance Code 2020; for a detailed discussion, see HOPT/LEYENS, *supra* note 52, at 956 ff.

consistent with the US and the UK model of the independent monitoring board of that time – whether or not that was well suited for the German corporate structure.

This changed only in 2012 when after a heated discussion the list of criteria for independence was extended to include a relationship with a controlling shareholder (or an enterprise associated with him or her) as excluding independence.⁹⁹ Since then, depending on the size of the company, with smaller companies at least one shareholder representative – and with bigger companies at least two – are to be independent from the controlling shareholder.¹⁰⁰ Given that the historical legislator of the Stock Corporation Act conceived the Supervisory Board as a representative organ of the *shareholders* – to compensate them for a loss of direct influence on the management – it may indeed appear to be irritating that, today, being a shareholder or having a relationship with a shareholder potentially disqualifies an individual from serving as a member of that Board or a committee thereunder.¹⁰¹ Critics have emphasized that representatives of controlling shareholders have the incentives and probably the expertise to monitor the management board efficiently.¹⁰² Thus it comes as no surprise that the idea of independent monitoring by outsiders still meets with considerable skepticism, such skepticism being rooted in the persistently strong presence of family-controlled and dependent companies.¹⁰³

Furthermore, there was also no substantial need in Germany to address the problem of minority protection in the Corporate Governance Code because the extensive mandatory regulation found in the Stock Corporation Act and elsewhere provided sufficient protection in any event. One thus suspects that the likely aim was rather to adhere to the international legal fashion. Once more we see a legal transplant that does not actually fit in the

99 An overview over the discussion can be found in T. FLORSTEDT, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds vom kontrollierenden Aktionär, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2013, 337.

100 Recommendation C.9., German Corporate Governance Code 2020.

101 M. HOFFMANN-BECKING, Unabhängigkeit im Aufsichtsrat', *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2014, 801, 806. By contrast, the Swedish Corporate Governance Code takes a positive view toward the role the company's major shareholder can play in corporate governance, see J. L. HANSEN, Active Owners and Accountable Directors, in: Birkmose/Neville/Sørensen (eds.), *Boards of Directors in European Companies* (Alphen aan den Rijn 2013) 241, 260 with further references.

102 N. PASCHOS/S. GOSLAR, Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach den neuesten Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2012, 1361 f.; HOFFMANN-BECKING, *supra* note 101, at 807; HANSEN, *supra* note 101, at 250 ff.

103 HOPT, *supra* note 96, at 10.

specific path-dependent institutional setting of the receiving legal order. It is a small wonder that Germany still has one of the lowest proportions of independent (supervisory) directors in Europe.

b) Japan: Independent Directors in an Insider-Oriented Corporate Governance Model

Even more than Germany, Japan is famous for its insider-oriented corporate governance model. Thus, the decision to opt for the outsider-oriented governance concept of the independent director came only after a lengthy discussion and against much resistance from the industry. The introduction was made gradually and in homeopathic doses, starting first with the "outside director" (*shagai torishimari-yaku*) and followed later on in 2009 by the "independent director" (*dokuritsu torishimari-yaku*).¹⁰⁴

The organizational structure of the Japanese stock corporation traditionally follows a hybrid monistic model.¹⁰⁵ But today the picture is more complex as three optional organizational forms are available.¹⁰⁶ In the traditional model with a managing board and a statutory board of auditors (*kansa yak-kai*), half of the latter must be staffed with outside auditors since 2001. The attempt to introduce a mandatory rule to appoint in addition to outside auditors also one outside *director* failed in the company law reform of 2014.¹⁰⁷ In the company with three committees (nomination, audit and remuneration), introduced in 2002, the majority of the committees' members must be outside directors. The same is true for the third available option, the company with a supervisory committee, introduced in 2014, where the majority of the committee's members must be outside directors. Outside (*shagai*) means auditors or directors may not have been employed by the company, its subsidiary or by a parent or sister company during the last 10 years.¹⁰⁸

104 A comprehensive analysis of these developments can be found in G. GOTO/M. MATSUNAKA/S. KOZUKA, Japan's Gradual Reception of Independent Directors: An Empirical and Political-Economic Analysis, in: Puchniak/Baum/Nottage (eds.), *supra* note 71, at 135, 137 ff., 160 ff.; *see also* G. GOTO, Recent Boardroom Reforms in Japan and the Roles of Outside/Independent Directors, in: Oda (ed.), *Comparative Corporate Governance. The Case of Japan* (Cologne 2018) 33; an in-depth analysis in German is provided by T. SPIEGEL, *Independent Directors in Japan. Die japanische Corporate Governance und effektives Monitoring aus rechtsvergleichender Sicht* (Tübingen 2017) 75 ff., 103 ff., 197 ff.

105 *See* H. TAKADA/M. YAMAMOTO, The „Roesler Model“ Corporation, *ZJapanR/J.Japan.L.* 45 (2018) 45.

106 An overview can be found in SPIEGEL, *supra* note 104, at 103 ff.

107 For details *see* GOTO/MATSUNAKA/KOZUKA, *supra* note 104, at 166 ff.

108 Art. 2 no. 15 Companies Act.

The obligation to appoint at least one *independent* auditor or director was first introduced in the Listing Rules of the TSE in 2009. This obligation is mandatory for listed companies in Japan and was supplemented in 2012 by a recommendation that these companies should at least *try* to appoint one additional independent director. On top of this, the Corporate Governance Code of 2015 stipulates the duty for all listed companies regardless of their organizational structure to appoint at least two independent directors.¹⁰⁹ But this duty is only on a comply or explain basis and thus not mandatory. A director is independent (*dokuritsu*) if he or she meets the criteria for an outside director, and in addition it is required that the person in question is unlikely to have conflicts of interest with the general shareholders.¹¹⁰ A major shareholder and his or her representative are accordingly not regarded as independent, but they may act as an outside director.

The concept of the independent director is thus realized in Japan by the interplay of three different regulatory levels. This regulatory complexity seems to reflect the intense political struggle over the concept's introduction. Nevertheless, only two years after the enactment of the Code, in 2017 almost 85% of the listed companies had appointed the two independent directors recommended by the Code.¹¹¹

The government's promotion of the adoption of the independent director met with fierce resistance from the industry because the Anglo-American concept is diametrically opposed to Japan's traditional insider-oriented corporate governance system. This can be characterized – albeit in a stark simplification – as follows: At least until very recently, a company was generally perceived as a socially integrated community with a quasi-family character (*uchi no kaisha*) in which there was no room for outsiders.¹¹² Key concepts were – and to some extent still are – lifelong employment in large companies for the core of the workforce, professional careers within the company, board members chosen from the company's senior employees, payment at least predominantly linked to seniority, comparatively low income differences within the company (especially when compared to the

109 Principle 4.8. *Kōporēto gabenansu kōdo*.

110 Rule 436-2 TSE Listing Rules; for details of the complex definition, see SPIEGEL, *supra* note 104, at 218 ff., 223 ff.

111 See SPIEGEL, *supra* note 69, at 116 with further references.

112 Some speak of the “community firm”, see J. BUCHANAN/D. H. CHAI /S. DEAKIN (eds.), *Hedge Fund Activism in Japan: The Limits of Shareholder Primacy* (Cambridge 2012) 297 ff.; others call it an “insiders’ community”, see S. KOZUKA, *Diversity in Japanese Companies’ Boardroom: Sign of Shifts in the Japanese Model or Corporate Reform as Fashion?*, *European Business Law Review* 30(2) (2019) 223, discussing whether increasing female participation in the boards might be an additional driver for breaking the traditional mold.

US), and company unions (as opposed to European-style industry unions).¹¹³ Accordingly, internal corporate governance is oriented in a mostly “firm-centric” manner, targeting the interests of the company in its entity and only to a lesser degree an increase in shareholder value.¹¹⁴

This picture corresponds with the ownership structure of Japanese companies, its being characterized by significant participation of so-called “stable shareholders” (*antei kabunushi*) often in the form of cross-shareholdings. These are firms that have a lasting financial or other business relationship with the company. Cross-held shares are held predominantly to secure the commercial relationship and to protect the involved companies’ management against external interference, namely in the form of hostile acquisitions of substantial blocks of shares or outright hostile takeovers.¹¹⁵ Furthermore, the managers and directors of the involved companies often exchange blank voting proxies amongst one another, with the result that there is factually no proper control of management by the shareholders as owners of the companies. This again corresponds with the secondary role shareholders play in the traditional understanding of the company. In 1990, stable shareholdings made up two-thirds of the outstanding shares, and in 2012 these still amounted to about one-third.¹¹⁶

It was these stable shareholders who successfully thwarted the manifold attempts of (mostly) foreign activist shareholders, namely hedge funds, to acquire undervalued Japanese companies in the mid-2000s. Since 1945 no genuine hostile takeover has been successful.¹¹⁷ Nor did hostile acquisitions of substantial shareholdings – done in order to enforce policy changes in the management of undervalued companies – prove a lasting success. Most foreign hedge funds have quietly exited the Japanese market.¹¹⁸ For the foreseeable future the “market for corporate control” will play no important role as a means of external corporate governance; rather, insider governance seems to prevail.

113 See e.g. H. BAUM, *Marktzugang und Unternehmenserwerb in Japan* (Heidelberg 1995) 81 ff.; PEJOVIĆ, *supra* note 67, at 114 ff., 132 ff.

114 BUCHANAN/CHAI/DEAKIN, *supra* note 112, at 298.

115 For details see H. BAUM/M. SAITO, *Übernahmerecht*, in: Baum/Bälz/Dernauer/Koziol (eds.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, (2nd ed., forthcoming 2021), Chap. 6, Marginal Notes 3 ff.

116 GOTO/MATSUNAKA/KOZUKA, *supra* note 104, at 149.

117 See D. PUCHNIAK/M. NAKAHIGASHI, *The Enigma of Hostile Takeovers in Japan: Bidder Beware*, *Berkeley Business Law Journal* 15/1 (2018) 4, 14 f.

118 For details see J. BUCHANAN/D. H. CHAI/S. DEAKIN, *Unexpected Corporate Outcomes from Hedge Fund Activism in Japan*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 494, March 2018.

It is an open question how independent directors as outsiders can be sensibly integrated in this insider-oriented corporate governance model. So far, it has been not sufficiently clarified what the exact function of an outside director should be in such a surrounding.¹¹⁹ Gradual changes in the employment system over the last 20 years and a substantial increase in foreign (non-activist) shareholdings have, so far at least, not prompted a change towards a “shareholder centric” governance model or an embrace of the underlying shareholder value concept for which the independent director stands. Rather, Japanese managers continue to see themselves as guardians of the company in its totality, including all of its stakeholders.¹²⁰ Indeed, the Japanese “community firm” seems to be experiencing a longer life than foreign observers expected – even without boards staffed with a majority of independent directors.¹²¹ If the number of listed companies is a measure, it even seems to be a remarkably successful model. Whereas the number of listed companies has constantly decreased in the US and the UK since the start of the millennium, it has steadily grown in Japan during that period.¹²²

V. OUTLOOK

Today’s national regulators seem obliged to navigate a kind of regulatory Scylla and Charybdis – like the Greek hero Ulysses who had to master the historical challenge. On the one hand, they have to conform to the expectations of the global investment community (as to what constitute internationally perceived “good” corporate governance standards along the lines of Anglo-American practices) if they want to attract capital in the international financial markets. At the same time, they face the task of designing an optimal regulatory architecture suited for their national markets with their path-dependent institutional frameworks. This dual obligation may cause frictions if the global standards and the given institutional set-up derive from different regulatory and organizational traditions. In such a case it is far from certain whether conforming to the international expectations actually improves corporate governance in the given jurisdiction. Rather, the regulator may feel forced to adopt regulatory standards which are unnecessary or even unsuitable when viewed from the national perspective. As all

119 SPIEGEL, *supra* note 104, at 276 f.

120 BUCHANAN/CHAI/DEAKIN, *supra* note 63, at 77.

121 BUCHANAN/CHAI/DEAKIN, *supra* note 112, at 311.

122 See J. FRANKS/C. MAYER, *Evolution of Ownership and Control Around the World: The Changing Face of Capitalism*. European Corporate Governance Institute (ECGI) Finance Working Paper No. 503/2017, at 28 f.

regulation comes with a price tag of compliance costs and an out-crowding of potentially better alternative solutions, the outcome may be suboptimal.

The examples discussed here may well fall into this category. Nonetheless, it seems as if doubts are growing about the suitability of uniform, globally standardized solutions. Accordingly, the national institutional contexts may (again) receive increasing attention, and international legal fashion in corporate law may correspondingly become perhaps less pervasive in the future.

Chapitre V

Coopération internationale et réforme nationale

Japan's Civil Code-Centered Legal Assistance to Asian Market Reform Countries

Normative Choices in the Reform Process

*Yuka Kaneko**

- I. Introduction
- II. Legal Reforms in Transition Economies
 - 1. Implications of Russian Civil Code
 - 2. Donor as a Side Runner: Civil Code Support by the Netherlands
 - 3. Policy Implications of a Comprehensive Civil Code
 - 4. Civil Codes of Asian Market-Reform Countries and Japanese Support
- III. General Provisions as the Basis of Interpretation
 - 1. Vietnam
 - 2. Cambodia
 - 3. Laos
- IV. Protection of True Will vs. Promotion of Transactions
 - 1. Vietnam
 - 2. Cambodia
 - 3. Laos
- V. Policy Implication of Remedies for Contracts Violation
 - 1. Vietnam
 - 2. Cambodia
 - 3. Laos
- VI. Conclusion

I. INTRODUCTION

The Japanese Official Development Assistance (ODA) took a unique position in this historical phenomenon of legal technical assistance, what began in the mid-1990s, and maintained its attitude centering on the drafting and implementation of basic civil laws through its 20-year history: Vietnam

* Professor, Law & Development Program, Graduate School of International Cooperation Studies, Kōbe University. Japan. LL.B. Tōkyō University.
This article is a revised version of an earlier work by the same author: Y. Kaneko, Japan's Civil Code-Centered Legal Assistance to Asian Market Reform Countries: Normative Choice of Reforms, in: Kaneko (ed.), *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia: Beyond Western Capitalism*. Springer Kobe University Monograph Series in Social Science Research (Singapore 2019).

1995, Civil Code; Vietnam 2005, Civil Code; Vietnam 2004, Civil Procedure Code; Vietnam 2015, Civil Code; Vietnam 2015, Civil Procedure Code; Cambodia 2006, Civil Code; Cambodia 2004, Civil Affairs Lawsuit Code; Laos 2017, Civil Code, among others. Also, since 2011, legal assistance has been provided for Myanmar, initially specializing in the support of commercial laws (such as corporate law, bankruptcy law, and securities trading law) but gradually reaching such basic areas as civil procedure law. There are pros and cons in the policy of Japan that has continued to provide support to fundamental codes that can be identified as the core of a country's civil normative order. There are criticisms that Japan's civil-oriented legal assistance does not directly benefit Japanese investors (e.g. 24 August 2017 edition of the *Nihon Keizai Shimbun*), and also the extreme of criticism that it is an export of the Japanese legal system based on economic intention.¹

Motivated by the purpose of reconsidering the outcomes of Japan's legal assistance, this article will review the context of Civil Code reform in the "transition" countries after the collapse of the Soviet Union in 1991, with a focus on the changing relationship between economic law (or public regulation) and civil law (or private autonomy) along the historical path of socialist legal reforms. An inquiry will be made into the 1995 Russian Civil Code, which has led the legal reforms in the Asian market reform countries since the 1990s.

Second, the normative confrontation at the boundaries of civil, commercial and consumer laws will be investigated on selected issues of debate in Civil Code drafting. In Asian market reform countries, establishment of an integrated normative regime so as to get rid of "legal pluralism" has been a goal of law-making since independence from colonial rule. By establishing a civil code as an integrated source of norms, these countries will be able to achieve true independence from the remaining influence of colonial law. The civil code will also extend an integrated regime to coordinate individual laws in commercial spheres brought by the "legal transplants" of various international donors.

Whether Japan, as one of the donors of legal assistance, has attempted to direct the code drafting toward a certain policy orientation, or instead has provided mere technical support based on the policy choices already made by the recipient countries, is a question the author has no intention of answering due to a lack of any inside information regarding Japan's legal assistance. This chapter only intends to investigate the provisions of the codes which are the direct products of Japan's assistance projects in Vietnam, Cambodia and Laos, as well as to relate the result of interviews with

1 V. TAYLOR, *New Markets, New Commodity: Japanese Legal Technical Assistance*, *Wisconsin Intl. L. J.* 23 (2) (2005) 251–281.

those who took part in the drafting committees in these recipient countries, all done with the aim of identifying the policy direction so as to address the normative issues under debate. Target issues will be selected by a review of socialist law reforms (section II.), and focus will be placed on the standardization of general principles as the hierarchical bases of normative interpretation (section III.). Further addressed is the norm conflict between the protection of true will and the promotion of transactions (section IV.) as well as the norm conflict between consumer protection and the commercial customs in regards to breach of contract (section V.).

II. LEGAL REFORMS IN TRANSITION ECONOMIES

1. *Implications of Russian Civil Code*

The trend of legal development in countries transitioning from socialism after the collapse of the Soviet Union provides one viewpoint for analysis of the Asian market reform countries, which are known for following the legal trends and reforms in post-cold war Russian as well as those of China.

The World Bank, European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), and the United States Agency for International Development (USAID) developed legal technical assistance for transitioning countries immediately after the collapse of the Soviet Union in 1991. It is remarkable that the formation of the theory promoting “legal transplant” also occurred at this time, centered around American institutional economists. “Legal transplant” is originally a term in comparative law that suggests the inheritance of Roman law by Western countries,² but the contemporary notion of “legal transplant” is an argument promoting American law to the transition countries, with the neo-liberal legal orientation that features contractual freedom and ownership maximization.³ This inclination is prominent in the “Legal Origin” theory promoted by the so-called LLSV group,⁴ which is, however, arbitrary in its grouping of legal systems and inductive in reaching its conclusions. In particular, that it includes Russia and the other former socialist countries as well as the debt-burdened countries of Central and South Ameri-

2 A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Edinburgh 1974/1993) 74.

3 R. POSNER, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, *World Bank Research Observer* 13-1 (February 1998) 1–11; D. M. TRUBEK, *The Rule of Law in Development Assistance: Past, Present, and Future*, in: Trubek/Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge 2006).

4 R. LA PORTA/F. LOPEZ-DE-SILANES/A. SHLEIFER/R. W. VISHNY, *Law and Finance*, NBER Working Papers (1996) No. 5661; R. LA PORTA/F. LOPEZ-DE-SILANES/A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, NBER Working Papers (2007) No. 13608.

ca and Asia as being incorporated in the “French legal origin” is a surprising distortion. Using economic data as of 1993 – when Russia had just gone through a change of political system and the debt-burdened countries were at the lowest point of the economic crisis – induces the categorical conclusion that countries that inherited French law have lower economic performance than the countries that inherited Anglo-American law. Regardless of this academic flaw, the LLSV group’s theory boasts remarkable influence and has become an obstacle to countries trying to advance the development of a continental law system centered around a Civil Code.

In the same mid-1990s, international organizations such as the World Bank and EBRD launched so-called “model laws” in key economic law areas such as secured transaction law, insolvency law, corporate governance and competition law, as well as “legal indicators” that evaluated the degree that these model laws had been introduced in the countries subject to reform.⁵ The “Legal Indicators Survey” by the EBRD and “Report on the Standards and Codes” (ROSC) promoted by the World Bank and IMF are typical examples of such legal indicators. The contents of the model laws often overlapped with the above-mentioned LLSV group’s tone, representing the neo-liberal route among the American laws.⁶ The law reforms have also been linked with trade negotiations, such as WTO accession negotiations, FTAs (free trade agreements) and BITs (bilateral investment treaties).

In Russia, the 1990s was a turbulent period of legal development that was tossed about by pressure mechanisms, such as these model laws and legal indicators and WTO accession negotiations. The incoming pressure of the American model and the independent route of Russian law centered on a parliament conflicted, indicating a situation that could be described as a battlefield of legal reforms. The rapid introduction of the American model did occur with the enactment of a competition law and securities exchange law immediately after the collapse of the Soviet Union in 1991, a bankruptcy law and securities law in 1992, and a revision of the civil procedure law in 1995; however, a subsequent reversal has continued with the 1995 revision of competition law, a 1998 revision of securities law, a 1999 revision of bankruptcy law and enactment of a civil procedure law in 2002.

5 WORLD BANK, *Initiatives in Legal and Judicial Reform* (World Bank 2001/2003).

6 Y. KANEKO, *A Review of Model Law in the Context of Financial Crisis: Implications for Procedural Legitimacy and Substantial Fairness of Soft Laws*, *Journal of International Cooperation Studies* 17-3 (Kōbe University 2009) 1–16; Y. KANEKO, *An Asian Perspective on Law and Development*, in: *Symposium: The Future of Law and Development*, Part III, 104 *Nw. U. L. Rev. Colloquy* (2009) 186; Y. KANEKO, *Accompanying Legal Transformation: Japanese Involvement in Legal and Judicial Reform*, in: Cordero (ed.), *Legal Culture and Legal Transplants*, Vol. I, *International Academy of Comparative Law* (2012).

In 1995, Part One of Russia's Civil Code was introduced into this whirlpool of rebounding revisions. This has been followed by Part Two of the Civil Code (details of debtor law) in 1996, Part Three (inheritance) in 2001, Part Four (intellectual property rights) in 2006 and revisions in 2013.

A characteristic of the current Russian Civil Code is its comprehensiveness, which integrates and does not distinguish boundaries between civil, commercial and consumer laws. It is clear that its position as providing the fundamental rules of private law extends over every aspect of the social space that has been shaken by the transition.⁷ This comprehensiveness in the Civil Code may be understood as an intention to build a breakwater to protect the autonomous legal system from the incoming tide of the American model. At that time, the United States' corporate law support team was passionate about transplanting into Russia a comprehensive company law model with a strong flavor of charter autonomy and deregulation,⁸ but this attempt was prevented by Part One of the 1995 Civil Code, which introduced its own corporate law provisions. As a result of the establishment of the 1998 Limited Liability Company Law via support from the United States, Russia's corporate law system took on a binary structure: the system for joint stock companies prescribed by the Civil Code, on one hand, incorporated a corporate governance system that included strengthening the power of general shareholders meetings and emphasizing stakeholders such as employees and creditors, while the 1998 Limited Liability Company Law which received US support prescribed a deregulated form of corporate governance; speculative foreign investors utilized only the latter. It would seem as if the legislative sovereignty of the country had been split and the social phenomenon of legal pluralism was caused by the intervention of external pressure.

In the midst of external pressure, the choice that Russian legislators connected to the hopes of overcoming the confusion of normality order was the re-establishment of the "Civil Code" which has been the forerunner of socialist legal reforms since the 1960s. The first Civil Code in 1922 of the New Economic Policy was substituted by the 1961 Civil Fundamental Principles as well as by each republican Civil Code such as the Russian Republican Civil Code in 1964 during the reform of the socialist law in the 1960s, where the dogmatic dualism of "economic contract" as a means of imple-

7 The Consumer Protection Law in 1992 explicitly mentions its subordinate relation to the Civil Code (Art. 1), mainly providing for compulsory provisions for consumer sales contracts.

8 B. BLACK/R. KRAAKMAN, A Self-Enforcing Model of Corporate Law, *Harvard L. Rev.* 109 (1996) 1911; H. HANSMANN/R. KRAAKMAN, The End of History for Corporate Law, *Yale Law School Working Paper* (2000) No. 235; *Harvard Law School Discussion* (2000) Paper No. 280.

menting the specialist production plan in state or collective sectors, on one hand, and “civil contract” as a means of consumer relations, on the other, was being overcome through a gradual increase of contractual autonomy. The Russian reformist “civil law” school demonstrated remarkable leadership in rescuing the normative confusion after the collapse of the Soviet Union by way of the drafting works of the 1995 Russian Civil Code.

2. *Donor as a Side Runner: Civil Code Support by the Netherlands*

A shadow-minded entity who supported this wish was the legal assistance team provided by the Leiden University of the Netherlands.⁹

At this time, the LLSV group mentioned above supported vigilance against the establishment of the Civil Code in Russia, done behind the backdrop of the allegation that the French law system carries lower economic performance than the common law system. It is possible to read the hostility to this assistance provided by Leiden University to Russia by the common law circle, given the tendency that Dutch law had been regarded as belonging to the French legal family, at the time the LLSV group wrote “Legal Origin” theory – all this despite the fact that the Netherlands had already abolished the 1938 Civil Code, which has been said to be a copy of the Napoleonic Civil Code, and introduced the Dutch Civil Code of 1992, adopting a deductive Pandectist form with the general rule at the apex, and adopted the concept of “juridical acts” (*Rechtsgeschäfte*) in Germany.

Rather, it is pointed out that a hybrid character that makes us feel the influence of British law is pointed out in the 1992 Dutch Civil Code, leaving a number of points that were regarded as comparative issues to the judicial interpretation to be developed in the case law based on the newly added general principles.¹⁰ The reason why the Leiden University group supported the Russian Civil Code seemed to be not an intention of entering into a battle for law based on national flags, but a purely academic intention to contribute to the legislative process.¹¹

The comprehensive characteristic of the Civil Code of 1995 of Russia was the influence of Dutch law. The Netherlands 1992 Civil Code had been

9 F.J.M. FELDBRUGGE, The codification process of Russian civil law, in: Arnscheidt/Van Rooij/Otto (eds.), *Law Making for Development: Exploration into the Theory and Practice of International Legislative Projects* (Leiden 2008) 321; W. SNIJDERS, The Russian Experience: A Dutch perspective on legislative collaboration, in *ibid.*, 245.

10 A. S. HARTKAMP, Development of Private Law in the Netherlands: From the Viewpoint toward European Law, *Journal of Civil and Commercial Law* 109, No. 4–5 (1994) 623–660 (in Japanese).

11 SNIJDERS, *supra* note 8.

attracting attention as an attempt to unify private law, integrating all spheres of civil, commercial, consumer protection and labor law. In the French law, which was regarded as the mother law of the Dutch law in the past, the Civil Code and the Commercial Code are arranged side by side, while consumer law is externally attached. Although German law took consumer law into the Civil Code with the obligation law reform in 2002, it maintains the binary composition of the Civil Code and the Commercial Code. The 1942 Italian Civil Code takes an integration principle, but consumer law is externally attached. The trend of such normative pluralism of code systems implies that the civil norms of each country are still unable to get rid of historical constraints and move towards sustainable growth ideal, maintaining the binary structure of Civil Code (as modernist ideal) and Commercial Code (as merchandize practice). In a sense, the Civil Code is not self-sufficient as a basic law of private relation, and the capitalist market regime needs to be adjusted by the competition law that applies at the intersection of civil, commercial and consumer transactions.

Among them, the Russian law was an avant-garde attempt to reestablish the Civil Code as a self-sufficient source of basic norms.

3. Policy Implications of a Comprehensive Civil Code

But then, did Russia centralize the choice of norms to either civil, commercial or consumer law? The Russian Civil Code has no general principles, such as the principle of good faith, while Dutch law relies on a number of provisions, leaving room for flexible interpretation by the court. Perhaps Russia has inherited the socialist legitimacy, purporting to rule by the legislature that comprises the people's representatives, instead of turning to the judicial branch to create the law.

As previously mentioned, the socialist Civil Code has evolved in the interaction of "economic law" and "civil law," while these two axes have come closer to each other towards the realization of policy goals of the socialist plan within the framework of contractual autonomy. Points of debate include the contract, according to the plan (e.g. 1964 Russian Civil Code Art. 159), the principle of actual performance to implement the socialist plan (Art. 168), prohibition of unilateral termination (Art. 169), specific performance as the rule in contract infringement (Art. 218), the principle of full compensation having a function as indirect compulsion on contract performance according to the socialist plan (Art. 218), and the obligation of actual performance being maintained regardless of payment of compensation (Arts. 191, 221, also 1961 Civil Fundamental Principle Art. 36). The question is how these principles have changed their implications after the collapse of the planned economy.

The 1995 Russian Civil Code maintains the basic structure of strict performance by differentiating the concepts of imperfect tender and the impossibility, making it a rule for the former that the obligation of actual performance is not substituted by the payment of contractual damage unless specifically provided by the law or contract (Art. 396, sec. 1) and detailing the standards for contractual damage in imperfect tender in the general provisions on obligations (Arts. 393-406). Further, the specific provisions on sales contracts explicitly provide for remedies for imperfect tender based on the perfect tender rule (Art. 478), while providing separately for risk sharing rules in cases of force majeure (Arts. 459, 476). Particularly, the principle of actual performance is made a strict rule for consumer contracts (Art. 505), which is confirmed by the Consumer Protection Law (Art. 13, sec. 3). In other words, the Russian 1995 Civil Code maintained the basic legal designs which have been developed for the reform of "economic contracts" as an overly contractual intervention by compulsory legal provisions but it also contained a contemporary policy consideration as a remedy to contractual asymmetry, such as for consumer protection.

On the other hand, the Russian 1995 Civil Code maintains a stance of prioritizing the true will of contractual parties rather than the interests of bona fide third parties to the transaction, which had been a firm principle in the socialist Civil Code. It simply invalidates an expression of will in legal acts that is the result of fraud or compulsion, without considering the interests of bona fide third parties (Art. 179). It lacks the system of apparent representatives on unauthorized acts of agency to protect the interests of a bona fide third party (Art. 183). It recognizes the original ownership in loss of possession against the original owner's will (Art. 302), despite the principle of protection of a bona fide third party who trusted registration as evidence of ownership (Art. 223, sec.2). Even though such a stance seems a remnant of the specialist dogma, we cannot deny its contemporary reformist implications for policy-oriented intervention by compulsory provisions where done to correct contractual asymmetry in the interests of weaker parties such as consumers and small and medium enterprises.

Thus, the Russian Civil Code has interventionist provisions that were carried over from the tradition of socialist law, allowing room for public regulation of contractual autonomy, but such an interventionist tendency implies a chance of policy balancing at the intersection of normative conflicts.

A related question is, then, how and by whom such a policy balancing can be implemented. In contrast to the Dutch Civil Code, which contains varieties of general principles as the basis of attaining flexibility of judicial interpretation for normative integration, the Russian 1995 Civil Code makes limited mention of general principles, as if rejecting judicial discretion.¹² The number of provisions under the code is remarkably many, as if

guiding the literal application of law by the judge.¹³ A question is the dualism of civil and economic legal spheres as maintained in the Russian procedural law from the socialist era; this contrasting with the integrity of the Civil Code as a body of substantive law, where an economic arbitration court deals with disputes between economic entities under the Arbitration Procedural Code. Though the Civil Procedure Code applied in the ordinary court only assumes a civil case in a narrow sense, its unique procedural tradition is known as a social dispute resolution, where the court summons all stakeholders to a face-to-face relationship and through an advisory role guides the overall resolution of the dispute, giving effect to the judgment for all parties concerned. While the 1995 amendment of the Russian Civil Procedure Code accepted an American-style adversarial system, the 2002 Civil Procedure Code restored the original tradition of social dispute resolution by reinstating the judge's obligation to clarification as well as the obligation of ex officio collection of evidence.

The implication of setting the Russian Civil Code as the highest legislation of private law was not only symbolic of the unification of substantive norms, also potentially encompassing the extension of the ideal of social dispute resolution to the wider spheres of socio-economic phenomena, including consumer relations and SME disputes. Nevertheless, the question remains what adjustments will be possible at the intersection of norms, while avoiding dualization of the dispute resolution rules, especially when the judge's discretion of interpretation is narrow.

4. *Civil Codes of Asian Market-Reform Countries and Japanese Support*

Challenges embodied in the Russian Civil Code are likewise handed down to transition countries that follow Russian law. As in the transition countries in East Europe and Central Asia, codification works in socialist market reform countries in Asia, as seen in China's 1997 Contract Act, Vietnam 1995, 2005 and 2015 Civil Code, Cambodia 2008 Civil Code, Laos 2020 Civil Code, have shared the same question of structural choice.¹⁴

12 The general principles of the Russian 1995 Civil Code refer to equity, contractual freedom, non-intervention in civil relation, civil remedies, and compliance with the laws (Arts. 1–3), while lacking any mention of such principles as good faith and prohibition of abuse of rights or the social order and good morals. There is merely reference to good faith and justice as the basis of interpretation of contractual terms (Art. 6, sec. 2).

13 For example, the number of provisions on contract under the Russian code amounts to 650, this contrasting 180 in the Japanese Civil Code.

14 Y. KANEKO, A Procedural Approach to Judicial Reform in Asia: Implications from Japanese Involvement in Vietnam, *Columbia Journal of Asian Law* 23-2 (2010) 315–

In particular, in Vietnam, the Commercial Code (1997 and 2005) coexists outside the Civil Code (1995, 2005 and 2015), as well as the 2010 Consumer Protection Law, the 2011 Labor Code, and the 2013 Land Code. It was the result of the concept of “economic contract” dominated by the directive plan of the Soviet era was extracted from the Civil Code as independent provisions in the Commercial Law. It may be thought that it was Vietnamese attention to the Russian conservative “economic law school” confronting the Russian “civil law school” attempting norm reunion through the Civil Code. However, in the process of the code revision of 2015, a policy was made to clearly establish the Civil Code as an abstract normative source, by dropping concrete specific provisions to lower-level legislation. In the 2015 Civil Code, the general provision of Article 1 of the 2005 Civil Code that set the range of application of the Civil Code was deleted, and even the term “civil” was deleted from the previous usage of the terms “civil contract” and “civil obligations”. While such a policy highlighting the Civil Code as the highest norm for all spheres of private laws seemed to be a result of the involvement of Japanese support, it also tends to promote the diversification of norms and to make mutual coordination with fragmented subordinated laws difficult.

For example, with regard to the contract infringement rule, the 2015 Civil Code has established a Pandect deductive structure by introducing an abstract concept of “civil acts” (equivalent to the “judicial acts”) in the general principles in Part I, and also places the rules on defects of will (mistakes, frauds, obsessions, etc.) as the general principles applicable to such “civil acts” (Arts. 127 to 138); and then it deductively applies these rules on defects of wills to Part III on the general rules of obligations and contracts (Art. 410). Defective rules of the Vietnamese Civil Code clearly follow the tradition of the socialist Civil Code, emphasizing the integrity to the will, and find contracts with a defect of will simply invalid: in cases of mistake, the contract is invalid unless there is an explicit agreement to amend in accordance with the intention of the parties, without differentiating the mistakes on fundamental factors of contract and on motivations; similarly, fraud and compulsion make a contract simply invalid. The relief is a restoration of the original situation (Art. 131). However, in the 2010 Consumer Protection Law (Arts. 10 to 11) that was placed in the outer frame of the Civil Code, remedies for defects of will, such as fraud and compulsion, are regarded as civil damage compensation incidental to administrative and

358; Y. KANEKO, An Alternative Way of Harmonizing Ownership with Customary Rights: Japanese Approach to Cambodian Land Reform, *Journal of International Cooperation Studies* 18-2 (Kōbe University 2010) 1–21; KANEKO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert..

criminal penalties: which is a remedy led by an administrative intervention, a deviation from the traditional civil approach of finding a defective contract “invalid” and restoring the original state. As another example, while the provisions on the sales contract in the Civil Code prescribe three choices of remedies for an incomplete performance of a contract, namely, repair and exchange, acceptance with claims for damages, and cancellation (Arts. 437–445), the 2005 Commercial Law (Arts. 39–41) put in the outer frame of the Civil Code maintains actual performance as the rule, while allowing damage compensation only incidentally on the basis of buyer’s good faith. In other words, even though the Civil Code assumes the autonomous rule of private contractual ordering, the Consumer Protection Law and the Commercial Law are based on administrative oversight which make them reminiscent of the “economic contract” field of the socialist planning era. Although the Civil Code provides for the general principles as the highest norms of the private law order, there is a limit to the spatial range of its application.

The limit of the highest normality of civil law in Vietnam is more prominent in the area of procedural law. Following the Russian approach of a dual court system separately maintaining the civil and the economic courts, Vietnam also had the civil procedure law and the economic case disposition ordinance originally parallel. Although they were unified according to the 2004 Civil Procedure Law, the “civil department” and the “economic department” are still divided within the court.

Further noteworthy is the impact of Japan’s legal technical assistance. In parallel with Russia supported by the Leiden University team, Vietnam, Cambodia and Laos drafted the Civil Code with the assistance of a Japanese scholars’ team sponsored by the Japan International Cooperation Agency (JICA) and the Ministry of Justice of Japan. A notable difference between these two drafting works is the incorporation of general principles (such as good faith and public order and morals) that are reminiscent of the Pandectist style in the Civil Codes drafted under Japanese assistance, with an implication to rely on judicial interpretation to elaborate these principles by accumulating case law. The politburo of the Vietnamese communist party issued resolutions No. 48 and No.49 in 2005, explicitly referring to the binding effect of judicial precedents, which has materialized in the 2015 Civil Procedure Code (Art. 45, sec. 2) and was further elaborated by a series of decisions by the Supreme People’s Court.¹⁵ However, in reality, the principle of social-

15 Resolution of Justice Committee of the Supreme People’s Court No.3 in 2015, etc. However, most of the cases selected as the precedents by the Supreme People’s Court are technical detailing of court procedures (e.g. Decision No.4/2012/NQ-HDTP) without touching on debated substantive issues.

ist legitimacy that do not permit the creation of law by justice seems to have been maintained in Vietnam and Laos. In Vietnam, the 2014 revised Civil Procedure Code clearly states the *stare decisis* effect of a cassation judgment of the Supreme People's Court, but visible changes have not yet occurred as regards the formation of judicial interpretation – with the exception of a limited numbers of resolutions at the judicial council of the Supreme People's Court, without addressing the interpretation of substantive law.

III. GENERAL PROVISIONS AS THE BASIS OF INTERPRETATION

In considering the question of whether the normative conflicts under the Civil Code are solved through the administrative discretion, through detailed standardization of legislation or through judicial interpretation, a key to compromise, the focus will be the general provisions under the code, which guides the integrated application of norms. General principles are often given at the beginning of the Civil Code as the fundamental norms binding the entire body of the code, particularly in a Pandectist-style code featuring a hierarchical structure of norms to be interpreted in a deductive way. The initial stance of Civil Code drafting in the Asian market reform countries was to entrust the legislature to elaborate the details of subordinating legislation, which seemed to be a stance of following the Russian 1995 Civil Code which repeatedly emphasized the obligation of civil actors to be bound by state laws and regulations (Arts. 1–3). But gradually, perhaps in response to the Japanese involvement in the drafting process, the drafting stance has shifted to streamlining the general principles under the Civil Codes in an expectation of entrusting the judiciary to incrementally develop case law to identify the normative content of such general principles through the accumulation of individual dispute resolution led by the parties. At the same time, the drafters seem to aim at a standardization of such general principles within the code itself.

I. Vietnam

While Book One (General Provisions) of the 2005 Civil Code of Vietnam used to include a long list of general principles consisting of ten clauses (Arts. 4–13), the present 2015 Civil Code (Art. 3) has reduced this list to only five items. The deleted items included the obligation of civil actors to follow laws and regulations, as well as the obligation to follow public order and good morals, while the reason for deletion was explained as removing

the possible basis of public intervention in contractual freedom,¹⁶ which is a deviation from the aforementioned stance of socialist civil codes. The deletion also included the encouragement of flexible dispute resolution through the traditional culture of conciliation.

The remaining items in the list are the principles of equality, freedom of contract, good faith, national and public interests, and civil liabilities. A certain effort of the drafters to standardize such inherently abstract principles is recognized in some provisions, such as the explicit reference to governmental organizations as a civil actor (Arts. 97–100), which was meant to manifest the principle of “equality” in the bargaining position between parties.¹⁷ The principle of “good faith” was also the target of such standardization as a guiding principle to concretize the various aspects of civil transactions.¹⁸

As for the basis for interpreting vague laws and contracts, the 2015 Civil Code of Vietnam (Arts. 5–6) provides for analogy based on customs and the sense of justice, following the stance of the Russian Civil Code (Art. 6). However, the Vietnam 2015 Civil Code (Art. 121) further details the basis of such interpretation in the general provisions on “civil transactions”, which is the equivalent of “juridical acts” (*Rechtsgeschäft*), setting the priority of the true will of the parties, the purpose of the civil transaction, and the local custom in the place of conclusion of the civil transaction. A remarkable change to the original clause in the 2005 Civil Code (Art. 126) is the deletion of the reference to the “literal wording,” and the inclusion of the “purpose” instead. Further, in the general provisions for contracts, the basis of contractual interpretation is detailed such that the true will should be prioritized over the wording, as well as should be the benefits of parties, the nature of the contract, local customs, and the interests of the party in the weaker bargaining position (Art. 404).

Thus, an obvious tendency of the Vietnam 2015 Civil Code is to reduce the legislative guidance on private relations so as to place more importance upon contractual freedom, while shifting the mode of guidance on such

16 This finding is the result of the author’s interview of 25 October 2017 with Prof. NGUYEN Hong Hai, the drafter of Vietnam 2015 Civil Code.

17 See Footnote 13 at H.H. NGUYEN, A Study on the Civil Code Revision: The 2015 Civil Code of Vietnam, in: Kaneko (ed.), *Civil Law Reforms in Post-Colonial Asia. Beyond Western Capitalism* (Singapore 2019) 85–100.

18 See Footnote 25 at NGUYEN, *supra* note FEHLER! TEXTMARKE NICHT DEFINIERT., which refers to some examples of such standardization, including the prior notice requirement in foreclosure of mortgages (Art. 300), the obligation of the creditor to mitigate the damage in the causal link (Art. 362, Art. 585 sec. 5, etc.), *clausula rebus sic stantibus*, or changes of circumstances in the general provisions on contract (Art. 400).

contractual freedom from the legislative/administrative mode to the judicial mode, by standardizing the general principles as the basis of judicial interpretation of contracts. Such a shift in contractual intervention is in other words a shift from the state of supervision on contractual relation to the autonomous mode of contractual realization by the parties at the court, which seems to be the product of Japan's involvement.

However, the outcome of this shift cannot be tested until the capacity of the judiciary is improved, so as to allow a logical interpretation of general principles to accumulate in the integrated regime of case law. Also, there remains the trend of subsidiary legislation, such as commercial and consumer protection laws, continue to function as the basis of administrative intervention in contractual freedom, even if the Civil Code makes much of the autonomous mode guided by the role of the judiciary.

2. *Cambodia*

Cambodia's Civil Code is a product of Japanese assistance in the drafting work occurring over four years (1999–2003), which was adopted in 2008 and entered into force at the end of 2011. It consists of eight chapters (general provisions, persons, property rights, obligations, contract and tort, secured credits, relatives, inheritance), with general provisions at the start of each of the eight chapters. While such a hierarchical structure of general provisions, as well as the separation of real property rights and obligations reminds us of a Pandectist system, its general provisions only contain five simple provisions, and it lacks the concept of "juridical acts". Detailed explanations of technical terms, which could have been defined as elements of a "juridical act" (such as the expression of will, terms, defects in will, invalid expressions of will, voidable expressions of will, agency) are all given in the general provisions on the obligations.

The general provisions in Book One include the principles of human dignity and equality (Art. 2), private autonomy (Art. 3), prohibition of abuse of rights (Art. 4), and good faith. These general provisions are in principle applied to all spheres of the Civil Code, except property law and family law, where special legislation can be excluded from the application of these general provisions (Art. 1).

Given the scarcity of normative provisions as well as the relaxed hierarchical order which tends to conclude within each Part, the hurdle seems to be lowered by the Civil Code drafters for the convenience of local judges making their first attempt at judicial interpretation of the Code.

3. Laos

Since the end of 2017, the draft Civil Code had been considered before the people's national assembly in Laos and was enacted in December 2018. However, certain fundamental changes occurred to its content before the promulgation as of May 2020, whose detail is unknown to the author. Instead, references in this section will be made to the commentaries given by the Japanese team that assisted in the drafting of the code, based on the 2015 version of the draft Civil Code.¹⁹ A simplified method of codification was chosen to consolidate the existing laws in the private spheres (such as the 2003 Land Law, the 2005 Secured Credit Law, the 2005 Inheritance Law, and the 2008 Law on Contract and Out-of-Contract Obligations) with general provisions put at the top of the entire draft code and the code consisting of a total of nine chapters (general provisions, persons, family, property and ownership, contractual obligations, secured credits, tort, inheritance, final provisions). Among the total of 615 articles, 112 have simply been transplanted from the existing provisions, 251 contain some modification from the original provisions, and 252 are newly introduced provisions. While the structure of the draft code recalls the *institutiones* style, it also incorporates some characteristics of the Pandectist system by placing general provisions at the top of each chapter, as separately provided for property (Book 4 and Book 6) and obligations (Book 5). The Japanese assisting team has described the draft as a hybrid model.²⁰

Accordingly, the bases of judicial interpretation are given in a hierarchical order of norms such that Book 1 provides for the general principles for “judicial acts”, which are transformed from the original 2008 Law on Contract and Out-of-Contract Obligations (Art. 5) with certain modifications. Such general principles include the principles of voluntary agreements, equality, good faith, observance of law and customs. Further, the draft code (Art. 16) provides for legality of purpose, voluntariness, capacity to act, and legality of forms as the requirements of a “judicial act” – borrowed from the original 2008 Law on Contract and Out-of-Contract Obligations (Art. 10) – and further detailing the elements of each requirement (draft Arts. 17, 18). The draft (Art. 390) is expected to further detail the basis of contractual interpretation in the general provisions in the Book on Obligations.

Although the Japanese assistance team was of the view that these general provisions are not the normative basis for judicial interpretation in a strict

19 H. MATSUO, *Civil Code Drafting in Laos and Legal Assistance – Property, Ownership, and Security Interests*, *Comparative Law Studies* 77 (2015) 137–144 (in Japanese).

20 MATSUO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 109.

sense (Okawa 2015),²¹ the attempt at a hierarchical order of norms as well as the efforts at standardization of their elements appearing in the draft code are good enough evidence of the intention of Lao drafters to entrust the integrated implementation of the code to the initiative of the parties and the judiciary.

IV. PROTECTION OF TRUE WILL VS. PROMOTION OF TRANSACTIONS

If the path as of the socialist civil code reform was an attempt of the integration of civil relations in a narrow sense and the economic law regulating production relations based on the socialist plan, it pursued such an experiment through paying full respect to the true will of the parties, invalidating a legal act due to defects in will without incorporating devices for the protection of bona fide third parties. The 1995 Russian Civil Code that, as aforementioned, integrated the civil and economic spheres maintains the tradition of protecting the true will in civil relations, as seen in its stance not having a system of apparent representatives for unauthorized acts of agency and by prioritizing the original owner who lost the property against his will over a bona fide third party. Opposing to this, the civil codes of the Asian market reform countries show a shift from the Russian style protection of true will to the promotion of transactions, which implies the influence of Japanese involvement.

1. Vietnam

According to a drafter of the 2015 Civil Code of Vietnam, the drafters held an explicit policy stance in favor of modifying the previous 2005 Civil Code toward the promotion of transactions.²² In this context, a system of apparent representatives was newly incorporated in Book One on the clauses of “civil transactions” which is equivalent to the concept of judicial acts, so as to bind the agent’s act against the principal in cases of express authorization (Art. 142, sec. 1 c) and unauthorized acts of agency (Art. 142, sec. 2). This is a remarkable shift from the original stance maintained since the first Vietnamese 1995 Civil Code, in which the drafters were highly skeptical of the idea of validating an agreement against the true will of the parties.

Another remarkable change under the Vietnam 2015 Civil Code was the introduction of an independent Book Two titled “Ownership and other Property Rights,” which was meant to clearly separate the concepts of real

21 K. OKAWA, *Civil Code Drafting in Laos and Legal Assistance – General Provisions and Persons / Legal Persons*, *Comparative Law Studies* 77 (2015) 111–119 (in Japanese).

22 The finding is the result of the author’s interview of 25 October 2017 with Prof. NGUYEN Hong Hai, a drafter of Vietnam 2015 Civil Code.

rights and personal rights.²³ While the Russian 1995 Civil Code had chosen this separated structure of property and obligations, the 1995 and 2005 versions of Vietnam's Civil Code did not follow it, and instead had a chapter titled "Property and Ownership" which simply listed the types of ownership according to the categories of actors, while the issues of the secured interests and the transfer of land use rights, a major category of property rights, were dealt with in separate chapters despite their major roles in the real economy.²⁴ A drafter of the 2015 Civil Code explains that this change is due to the policy stance of promoting transactions to accelerate further economic growth.²⁵ Not only was there a change in the chapter's title, but also its substance included major changes to the property rules to reflect the promotion of transactions, such as abstract rules for the transaction of immovable properties for the benefit of bona fide third parties (Art. 133, sec. 2) as well as the immediate acquisition of movables by a bona fide third party in transactions (Art. 133 sec. 1). The rationale for this abstract rule is that a transaction of immovables takes three steps: first, an initial contract between the parties; second, the transfer of property; and third, the perfection against third parties by registration, where the once established confidence associated with the perfection by a third party cannot be denied by asserting the invalidity of the original contract. This effect of protecting third parties is considered to be a result of the abstract rule embraced by the Vietnamese drafters. Such substantive rules in the Civil Code on real rights are expected to be automatically applied to the land use rights regulated under the Land Law, since land use rights are treated as leasehold rights and defined as one of the real rights restricting an ownership right (Art. 159, sec. 2; Art. 106, sec. 1).

On the other hand, the 2015 Civil Code of Vietnam sets out a strict basis for public intervention in contractual freedom when the true will of the parties has been violated. The general provisions on "civil transactions" provides for strict rules regarding defects in will such as mistake, fraud, compulsion, and failure to meet with formalities; such defects in will simply result in the invalidity of a civil transaction (Arts. 127–128), and their remedy is simply a restoration of the status quo. Such upper-level rules are duplicated in a deductive way in the general provisions on contracts (Art. 410). The 2010 Consumer Protection Law of Vietnam (Arts. 10–11) provides further for administrative and criminal penalties, as well as the

23 See NGUYEN, *ibid.*

24 Y. KANEKO, Reevaluating Model Laws: Transplant and Change of Financial Law in Vietnam, *Journal of International Cooperation Studies* 19-2/3 (Kōbe 2012) 1–37.

25 The finding is the result of the author's interview of 25 October 2017 with Prof. NGUYEN Hong Hai, a drafter of Vietnam 2015 Civil Code.

civil damage claimed attached thereto, in fraud and compulsion cases causing defects in consumer contracts.

The Code seems to embody two mutually conflicting policy orientations, namely the promotion of market transactions for the pursuit of economic development and the protection of weaker parties in transactions, and the Code is incapable of defining a theoretical integration of the two.

2. *Cambodia*

The promotion of transactions seems to be a basic policy stance consistently established in the Cambodian Civil Code, which received Japanese assistance. Book Four on obligations contains a system of apparent representatives serving to validate an agent's act beyond the scope of authorization as well as the agent's acts after the termination of representation (Art. 372).

Book Three on property rights provides for the immediate acquisition of movables by a bona fide third party in transactions (Art. 134 sec. 2, Art. 192). As for transactions of immovables, the drafting process of the Civil Code experienced controversy when the initial draft code that the Japanese assisting team handed over to the Cambodian minister in 2003 did not provide for an abstract rule, envisaging a registration system that only had the effect of public notice. However, the 2001 Land Law drafting assistance provided by the World Bank and the Asian Development Bank introduced the Torrens-style land title registration system which aimed at the perfection of title or the absolute proof of freehold ownership once registration is finalized through cadastral dispute resolution. In order to fill the gap between the draft Civil Code and the Land Law, the former was amended to recognize the perfection effect of land registration as a requisite of the transaction of immovables (Art. 135).²⁶ As Torrens-style title registration perfects ownership without differentiating between a third party with or without knowledge of the defects in the original contract, the policy effect is more for the promotion of transactions.

3. *Laos*

The Civil Code of Laos which was adopted by the people's national assembly in 2018 and promulgated in May 2020 with some modifications is expected to provide for a system of apparent representatives that did not exist in the 2008 Law on Contract and Out of the Contract Obligations (Okawa 2015, p.118).²⁷

²⁶ See KANEKO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert..

²⁷ K. OKAWA, Civil Code Drafting in Laos and Legal Assistance – General Provisions and Persons/Legal Persons, *Comparative Law Studies* 77 (2015) 111–119 (in Japanese).

On the other hand, the draft code does not have a provision on the immediate acquisition of movables nor abstract rules for real estate transactions benefiting bona fide third parties.²⁸ Even though title registration is a prerequisite for the transfer of immovables, the effect of registration is not considered as absolute proof of ownership, as in the case of Torrens-style registration, since contrary evidence is admissible even after the finalization of registration, according to Rule No.500/ 2008 of the Prime Minister's Office Land Management Agency, etc.²⁹ The majority opinion in the code drafting committee is against the prioritization of a second purchaser with registration in cases of a double-sale of real estate.³⁰ In sum, the policy orientation of the drafters in Laos does not amount to prioritizing the promotion of transactions at the expense of the protection of true will, giving the issue a different nuance than that taken by the aforementioned Vietnamese drafters.

V. POLICY IMPLICATION OF REMEDIES FOR CONTRACTS VIOLATION

The Russian 1995 Civil Code (Art. 393 and thereafter) maintains, as aforementioned, a series of detailed compulsory provisions on compensation for damage caused by the imperfect performance of a contract. This is a remnant of the socialist civil codes that saw a gradual integration of the concepts of "economic contract" and "civil contract" through the development of strict damage compensation rules as a substitute for the public compulsion of actual performance of an economic contract, something done as a means of implementing socialist plans. Such intervention by compulsory provisions of law might be considered an impediment to freedom of contract in respect of the trend in international commercial sales contracts to mitigate the perfect tender rule, but it could prove friendly to the interests of consumers.

A comparative review shows, on the other hand, that the majority of civil law tradition has placed importance on specific performance while narrowing unilateral termination, this in contrast to the common law tradition based on monetary compensation upon a termination. While the former is inclined toward the consumer's interests, the latter seems to facilitate the actions of sellers in the commercial transactions.

Inquires will be made in the following section as to the trend in the Asian market reform countries, which have been influenced not only by

28 MATSUO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 130.

29 MATSUO, *supra* note Fehler! Textmarke nicht definiert., 131.

30 H. MATSUO, Development of Civil Code in Laos, *Asian Law Studies* 6 (2012) 170 (in Japanese).

Russian law but also by different legal traditions since the colonial period as well by contemporary external pressures of legal reforms.

1. Vietnam

The drafters of the 2015 Vietnam Civil Code paid special attention to the standardization of contractual liabilities so as to encourage transparent judicial rulings, in response to the criticism that the Vietnamese judiciary is still inflexibly bound by the notion of perfect performance of contract consistent with the tradition of socialist economic plans.³¹ Book Four on Obligations first differentiates the general rules on delayed performance and imperfect performance where, on the one hand, a party's negligence is involved (Art. 351 sec.1) and, on the other, force majeure, which is a matter of distribution of risk (Art. 351 sec.2; Art. 441). As for the former, the principle of perfect performance is maintained as the principle (Art. 352), and damage compensation is elaborated in detail (Arts. 360–364), without identifying whether such compensation is a substitute or a supplement to the perfect performance. The general provisions on contracts basically function deductively but also accept such standardized compensation rules given in the upper provisions on obligations (Art. 419) – though newly referred to is the principle of *clausula rebus sic stantibus* (Art. 420), where the parties (or the court) are obliged to modify the contract so as to let the contractual relation continue instead of being terminated. On the other hand, the chapter on sales elaborates the details of remedies for contractual violations, posing an alternative choice between a claim for completion (reform or exchange), damage compensation in connection with an acceptance of the imperfect tender, and cancellation of the contract (Arts. 437–445).

Thus, the Civil Code drafting policy looks to maintain the socialist contract tradition of actual performance as the principle of civil obligations, but it modifies it in the detailed provisions for sales contract, in a sense, making use of the Pandectist system.

However, subsidiary legislation such as the 2005 Commercial Law provides for stricter rules of contract liability outside of the Civil Code, making perfect tender a principle while admitting compensation for damage only as a supplementary means of remedy for a bona fide purchaser (Arts. 39–41). Even if the Civil Code chooses to follow autonomous rules for sales contracts, subsidiary legislation may maintain administrative intervention into commercial and consumer sales contracts.

31 This finding is the result of the author's interview of 25 October 2017 with Prof. NGUYEN Hong Hai, a drafter of Vietnam 2015 Civil Code.

2. *Cambodia*

Book Four, Chapter 4 of the Cambodian Civil Code provides for remedies in cases of contract infringement, referring to three categories: delay of performance, impossibility of performance, and imperfect performance (Art. 389); set out are the remedies of completion of performance based on the defect, compensation for damage, and cancellation (Arts. 390, 398), of which the claimant has a freedom of choice (Art. 395). Further, the provisions on sales refer to the remedies in cases of latent defects, including substitution and repair, cancellation, reduction of price, and compensation for damage (Arts. 543–546). Thus, the basic stance is the promotion of party autonomy as done by providing a variety of remedies and the free choice of the parties to the contract, in accordance with the Japanese assistance. The question is how this stance of the Code has been interpreted by the judiciary in response to the needs of the actual socio-economy after several years' of implementation since the adoption of the Code.³²

3. *Laos*

The 2008 Law on Contract and Out of Contract Obligations, which is the origin of the contract provisions of the draft Civil Code of Laos that is being debated since 2012, has only a few provisions on remedies for contract infringement. While the non-performance of an obligation results in compensation for damage except in cases of force majeure (Art. 33), additional penalties can be imposed according to the legal standards and by mutual agreement (Art. 36). The party whose interest is adversely affected by the contract infringement can unilaterally alter or cancel the contract (Art. 37). As for the individual provisions for sales contracts, compensation for damage can be claimed for a defect in quality in addition to other remedies, such as substitution, reduction of price, and cancellation (Art. 40). It is explicitly stated that a buyer can both cancel and claim compensation for imperfect performance by the seller (Art. 43).

A member of the Japanese team that assisted in the drafting of the Laos Civil Code has criticized the Lao drafters' choice on contract provisions, which are a deviation from the original 2008 Law on Contract and Out of Contract Obligations that basically follows the lines set by the United Na-

32 A review of the implementation of the Civil Code has been attempted in connection with supplementary training projects addressed to local lawyers. This finding is the result of the author's interview of 25 March 2015 with a JICA legal assistance office in Penh, as well as the participants of such training.

tions Convention on the International Sales of Goods (CISG).³³ For example, the Lao Civil Code draft (Art. 408) exempts not only compensation but also all other types of claims of the buyer in cases of force majeure, which is criticized as being a result of misunderstanding the stance of the CISG. The CISG exempts only compensation in the case of force majeure, without affecting other claims of the buyer, such as reduction of price and cancellation (Art. 79 sec. 1–5), this being the result of a theoretical differentiation of the contractual liabilities involving fault on the part of the seller and the remedies for latent defects which are based on risk allocation without requiring the element of the seller's default.

It may be true that the Japanese assisting team had difficulties in transferring highly theoretical concepts needed for code drafting to the Lao drafters.³⁴ The question is how code drafting assistance can be pursued in a country whose technical capacity does not always meet the expectations of the donor. Perhaps, the stance of assistance should be flexibly modified to meet with the local socio-economic needs, as Laos has a special need to protect the interests of consumers as the final market in the ASEAN region and as the region's least developed economy in terms of industrialization.

VI. CONCLUSION

This article has paid attention to the changes over time of the socialist civil codes in Asia through a consideration of the donor involvement to the code drafting provided for the Asian market reform countries. In order to understand the contemporary code-drafting tendencies of Asian socialist reform countries, it is helpful to keep in mind the context of overcoming the dualistic socialist tradition of public regulation in economic legal spheres and private autonomy vis-à-vis the narrow sphere of consumer relations which is the context interlinked with the common goal for the contemporary legal evolution across all jurisdictions from a modern capitalist legal system toward a system that can mitigate the disparity of bargaining positions between commercial actors and consumers. Although there are criticisms on the Japanese involvement in the code drafting suggesting that it represents the exportation of the Japanese model in order to serve the interests of

33 See M. NOZAWA, *Civil Code Drafting in Laos and Legal Assistance – Contract and Out-of-Contract Obligations*, *Comparative Law Studies* 77 (2015) 137–144, 143 (in Japanese).

34 The author's anonymous interview of 18 August 2016 with a person who used to be a member of the Civil Code drafting team and who spoke of the technical difficulties and mental stress that he had experienced throughout his involvement in the project.

Japanese investors in these countries, perhaps such criticisms fail to recognize the implication of socialist civil codes development in these countries. Japanese involvement has been mere technical assistance to meet the needs of local code drafters, which is equivalent to the role taken by the Netherlands-Leiden University team in its support of drafting the Russian 1995 Civil Code. However, a fundamental difference between the two assistance projects was the fact that the counterparts of Japanese assistance have often wholly lacked basic knowledge and experience as regards code-drafting, which would have necessarily resulted in more substantive involvement of the Japanese team in the Asian codifications – and which might have caused a misunderstanding in terms of its overly intense relation to national interests. Also, as a natural effect of such intense involvement, the substantive contents of the codes sometimes reflect the trends of debates in Japanese academia or in industrial sectors regarding the reform of Japan's own Civil Code, which do not always directly meet with the local needs of the counterpart countries.

As for the points of debate for legal policy development in the contemporary context, this article has reviewed such issues as the conflict of policy choices protecting true will and promoting capitalist transactions, and the controversies in contract law reforms as between the stances of following trends in, on one hand, international commercial customs and, on the other, consumer protection. As the Asian market reform countries pursue their individual paths for economic growth – through their participation in international economic frameworks such as the World Trade Organization (WTO) and free trade agreements (FTA), as well as in the reception of international assistance from various foreign donors – they are increasingly exposed to conditionalities and other forms of foreign pressure to undertake legal reforms that meet with the needs of commercial entities. The introduction of the Russian 1995 Civil Code seemed to be an attempt to establish higher-ranking norms that integrate all spheres of civil, commercial, and consumer transactions by extending the reach of a single leading code that has a reformist tendency so as to protect the true will of the party in the weaker bargaining position. Such a policy stance is not, however, always taken by the Asian market reform countries, whose codifications often reveal a positive tendency to follow international commercial interests which promote transactions at the expense of true will and limit contract liabilities for the benefit of sellers.

As for the impact of Japanese involvement in such a process of policy choices in the Asian civil codes, a hypothetical view might find that the deviation of the Asian civil codes from the Russian reformist stance might be a direct result of Japanese involvement. But another possible hypothesis would be that Japan's role has been one of mere technical assistance and

the tendency of these Asian countries had already selected policies toward the promotion of economic growth. Although this contribution cannot clearly conclude which was the case, due to limited access to information on policy formation as done by the Japanese assistance projects, so far the author is inclined to favor the second hypothesis based on the fact that each Civil Code in the target countries (Vietnam, Cambodia and Laos) more or less reveals mutual differences in the policy choices on the debated aspects, even though they received similar assistance from Japanese teams led by similar members.

Perhaps, a more crucial issue is the common law–civil law conflict in the law reforms in these Asian market reform countries, who are increasingly affected by commercial law models imposed by international donor's agencies mostly based on American law trends toward neo liberalism, this deviating from continental law models applied in Japanese legal assistance as well as in terms of Russian influence. While the continental contract law is evolving toward a flexible intervention by the judiciary for the purpose of modifying the asymmetrical contractual bargaining position of weaker parties, with a number of bases for judicial intervention incorporated in the Civil Code, such as the interpretive principle of good faith, judicial practice allowing consideration of pre-contract negotiations, judicial consideration of a change in the circumstances (*clausula rebus sic stantibus*), and admission of the defense of lack of fault in the breach of contract and when the judiciary of the Asian socialist reform countries, as the result of donor involvement, intends to follow such a policy-minded approach of judicial activism and contractual intervention, more conflicts will inevitably occur between such judicial intervention and the commercial norms guided by laissez-faire orientation.

Further, when the mode of integrated application of norms of the civil code is considered across the spheres of civil, commercial and consumer laws, an obvious tendency in these Asian market reform countries has been the substantial role played by public supervision over the private spheres. This can be observed in Vietnam, where the Civil Code as the general law in the private sphere is supplemented by subsidiary legislation such as the Commercial Law and the Consumer Protection Law, which for their part are increasingly providing the basis for administrative intervention in market transactions. In this trend of increasing public methods of regulation, the role of the Civil Code is expected to go beyond a general law for the private sphere only; rather, it is the supreme law that provides the basic norms to regulate all market mechanisms, through both public and private means of supervision. If this is the case, the role of donor assistance in drafting Civil Codes is expected to also consider the administrative system of implementation as well as the judicial system. Otherwise, the Civil Code

would lose its importance, without having an effect on the increasing administrative regulations imposed on the market. In that sense, for example, the fact that the 2015 Civil Code of Vietnam deleted the list of human rights which the 2005 Code advocated could be seen as a retreat in the role of the Civil Code as the ultimate source of norms to regulate the limit of public intervention in private relations.

Perhaps, the goal of legal assistance with code drafting is not influencing the point in time when the code is adopted; rather, it is the initial adoption that is the starting point for a second stage of involvement in the further evolution of the code. All of the countries that received Japanese code drafting assistance are still in the initial stages of adopting relevant legislation, and they remain interested in a continuous involvement of the Japanese support teams. For example, the Vietnamese Civil Code has been amended every ten years, and the preparation of the next amendment was started soon after the adoption of the 2015 Civil Code, in which the code drafters had a keen interest in conducting joint empirical research with their Japanese counterparts on the impact of code implementation on the socio-economic reality in Vietnam.³⁵ For the least industrialized countries of Laos and Cambodia, there are further needs to identify country-specific issues regarding code development so to meet local socio-economic conditions. As the initiator of code drafting assistance in the Asian region, Japanese technical assistance is expected to continue to take the role of a side runner in the long journey of Asian civil code development. This will be a difficult process of seeking out an integrated, normative regime that balances numerous conflicts between the different interests of civil parties, commercial parties, consumers, laborers and SMEs as actors in the market, and which will also accompany the continuous historical process of post-colonial efforts toward re-establishing an integrated legal system.

35 This finding is the result of the author's interview of 25 October 2017 with Prof. NGUYEN Hong Hai, a drafter of Vietnam 2015 Civil Code.

Promulgation of Civil Procedure in Vietnam from the Viewpoint of Japanese Technical Legal Support

*Shiro Kawashima**

Introduction

- I. 2004 Civil Procedure Promulgation in Vietnam
 1. Background to the Enactment of the Civil Procedure Code
 2. Establishment of the 2004 Civil Procedure Code: Overview of the Code
- II. Conclusion – Realization of an Adversary System?

INTRODUCTION

In recent years there has been significant economic development in Southeast Asia. The rapid development of the market economy unavoidably demands (1) the sharing of common rules that cross national borders and (2) the development of systems to meet the corresponding needs.

It is generally the case that Southeast Asia consists of several countries comprising different races, histories and political systems, and although there are differences in the speed of economic development, each country is currently working towards the advancement of not only the economic and social development of their own country, but also the welfare and happiness of the citizens under the country's basic policies.

The rational modernization and visualization of the civil and private law system, even where it is based on the history and traditions peculiar to a given country, is inevitably required in order to create and establish a social safety net through the law. While being awash with globalization, for the purpose of social and economic development the country must provide an after-the-fact redress system for the appropriate and prompt resolution of civil disputes through impartial institutions; the completeness and accessibility of the system guarantees the free and open economic activity of individuals and businesses.

At the center of such a legal redress system is civil procedure. In the area of this basic procedural law, since the start of this century each Southeast

* Professor of Law, Doshisha University, Kyōtō, Japan. B.L., Waseda University, M.L., Hitotsubashi University, Ph.D., Kyushu University. Deep thanks go to Prof. Béatrice Jaluzot, Prof. Yuka Kaneko and all of the conference participants in Lyon, France.

Asian country has seen a major reform of the processes that were formed and utilized under the historic background of each country. For example, new civil procedure law was established in Vietnam in 2004. It was promulgated as a result of support for the development of laws in foreign countries.¹ It is thought that an “adversary system” has been adopted with the legislation, which is a fundamental form in a modern code of civil procedure.

I focus this article on the promulgation of the Civil Procedure Code of Vietnam in 2004.

I. 2004 CIVIL PROCEDURE PROMULGATION IN VIETNAM

1. *Background to the Enactment of the Civil Procedure Code*

a) *The previous laws and the path to revision*

Vietnam was the first country to receive from Japan development support as regards the operative legal system. Vietnam adopted the Doi Moi Policy in 1986, which was the Vietnamese new economic program. This aimed to change the planned economy and promote market-oriented economic reform under socialism. In accordance with this basic policy, a constitution that recognized private property rights was enacted in 1992, and the country had to establish certain legal systems that could accommodate a market economy by way of Constitutional revisions in 2001.

During this era there were three Orders promulgated by the National Assembly’s Standing Committee that regulated civil court processes, namely the Order on Civil Case Resolution Procedure of 1989, the Order on Economic Case Resolution Procedure of 1992 and the Order on Labor Case Resolution Procedure in 1996. When adopted these Orders were planned to be revised as laws passed by the National Assembly in later years.

There were several differences in the regulations of these Orders, but they had certain basic elements in common:² for the most part, the procedural characteristics included a wide scope in terms of subject-matter; there was wide scope regarding the judgment that could be rendered, which was not limited to the subject matter of the claim (i.e. there was no principle by which the judgment was restricted to addressing the applicable subject matter under the claim); the principle of ex officio examination of evidence was adopted; a detailed examination of evidence was performed in the

1 See K. KAGAWA/Y. KANEKO (eds.), *Hōseibi shien ron – Seido kōchiku no kokusai kyōryoku nyūmon* [Legal System Development Support Theory – Introduction to International Support of System Development] (Tōkyō 2007) 1.

2 Regarding the following, see M. ISEKI, *Betonamu minji soshō-hō* [Vietnam’s Civil Procedure Law]; KAGAWA/ KANEKO, *supra* note 1, at 85–86.

absence of the parties as preliminary examination prior to the trial; the trial was in principle limited to occurring in one continuous session in order to allow the prompt conclusion of the procedure; and the effect of the judgment could extend broadly beyond the plaintiff and defendant. Further, socialist legal characteristics of the provisions included separate procedures for economic and civil cases, the prosecutor's ability to commence a suit, the panel structure of the courts for trials that includes citizen lay judges (called people's jurors), the procurator's authority to attend the trial, the procurator's right of appeal, the existence of a cassation system and provisions for rehearing a case.

b) Support from Japan and the United States

In general, Japan's legal system development support for Vietnam commenced in 1994 in the areas of civil and commercial law; subsequently, it was in 1992 that Japan's legal system development support as regards actually drafting a new civil procedure code commenced. The writing of the draft law was based upon two fundamental policies. One aim was to respond to the demands of contemporary Vietnam, and the other was to make the continual development of civil procedure possible, that is, the aim to establish a civil procedure code that measured up to the tides of internationalization.³

It was the United States that conveyed the requirement of internationalization to the Vietnamese government, and it was the United States that created a direct opportunity for the establishment of a new civil procedure code in Vietnam in a concrete form.⁴

In 2001, the "U.S.-Vietnam Bilateral Trade Agreement" was signed between the United States and Vietnam. Chapter II, Articles 11-13 of the Agreement defined details of procedural regulations concerning civil procedure. Drafting support was performed as a part of the STAR Project (Support for Trade Acceleration Project) by USAID (the United States Agency for International Development).⁵

The aims of the draft included (1) introduction of emergency preservation measures (civil preservation) in order to strengthen the protection of intellec-

3 D. Q. PHONG, *Betonamu minji soshō no seitei to shikō ni okeru betonamu saikō jinmin saiban-sho no yakuwari* [Role of the Supreme People's Court in the Enactment and Operation of Vietnam's Code of Civil Procedure] ICD News 20 (2005) 32, 34.

4 Y. KANEKO, *Betonamu minji soshō to saiban dōtai – Kihan taikai no mosaku* [Vietnam's Civil Procedure and Trial Dynamics – The Search for Norm System], in: *id.* (ed.), *Ajia no hō-seibi to hō-hatten* [Asian Legal System Development and Legal Development] (University Education Press 2010) 79, 81.

5 What follows is according to KANEKO, *supra* note 4, at 81, 85.

tual property rights, (2) strengthening the “independence of the judiciary” by removing the procurator’s right to commence actions, and (3) a dramatic transition from an “inquisitorial system” to an “adversary system”, in order to strengthen the rights of parties and lawyers, and to ensure that trials were conducted based upon only the evidence that was introduced in open court.

This support for the drafting of a civil procedure code bill that was provided by the United States’ STAR Project was identified as differing from the support provided by Japan. That is, the “support” offered by the United States regarding the civil procedure code had the character of protecting the United States’ own interests based upon the bilateral agreement.

Incidentally, Vietnam did not allow foreigners to be directly involved in the legislative process.⁶ Vietnamese bureaucrats researched foreign legislative materials and experiences, and safeguarded the principle of drafting legislation containing substantive content that was most suitable to Vietnam’s circumstances. On that point, Japan’s legal system development support was limited to providing reference materials and advice for that purpose. Three Japanese specialists who were professors of civil procedure were assigned to provide support, which was performed by providing comments and recommendations on the drafts written by Vietnamese officials. In response to this, the Vietnamese side referred in turn to the comments and revised the drafts. The Vietnamese side requested comments on specific points which they took particular interest in, but the Japanese side did not limit themselves to those points and provided comments and suggestions on points that they thought necessary throughout the entire drafts.⁷

In a short period of approximately two years, the draft civil procedure code was prepared, and in June 2004 the new Civil Procedure Code was enacted by the National Assembly. With the Civil Procedure Code coming into force, the aforementioned three Orders were repealed.⁸

c) Specific issues in the establishment of the Civil Procedure Code

According to the explanation from the Vietnamese side, the specific issues arising from the establishment of this Civil Procedure Code are as follows.⁹

The first issue was the “scope of the civil procedure code provisions”. There was the question of whether to include several special types of cases in the Civil Procedure Code, namely cases related to electoral enrollment, domicile registration and labor strikes.

⁶ Regarding what follows, see ISEKI, *supra* note 2, at 86.

⁷ ISEKI, *supra* note 2, at 87.

⁸ It has been pointed out that, ultimately, Vietnam did not incorporate the United States’ particular civil procedure law; ISEKI, *supra* note 2, at 90.

⁹ PHONG, *supra* note 3, at 34–38.

The second issue was the “rights and obligations of related parties with an interest in a case”. Namely, there was the question of whether related parties could apply to a court to protect their rights or interests, whether the prosecutor could do so, etc.

The third issue was the “party’s right of self-determination”, that is, the principle of *jus disponendi*. The question related to what extent a party’s right of self-determination should be recognized from the aspect of commencing or ending a lawsuit. The issue was whether to recognize the rights for a government institution or other organization (for example, organizations to protect the rights of women and children, labor organizations, etc.) to commence a lawsuit in order to protect the rights or interests of an individual. Further, whether to adopt the principle of restriction so as to restrict the judgment to the applicable subject matter at issue. These are problems of an adversary system generally.

The fourth issue was the “party’s obligation to submit evidence”. Here, the questions included whether to place time limits on the parties’ submission of evidence and under what circumstances a court should be permitted to gather evidence. These were issues of the principles of advocacy under which parties have the authority and responsibility to produce facts and evidence, and they derive from the notion of the adversary system.

The fifth issue was “emergency preservation measures (civil preservation)”. This was an unavoidable issue particularly due to the requirements of internationalization (as a condition of Vietnam’s entry into the World Trade Organization).

The sixth issue was “procedural determination of approval of settlement etc.” This issue related to the process of the parties reaching an agreement and its contents.

The seventh issue was “securing the effectiveness of a judgment’s force”. This issue relates to compulsory execution (law on the enforcement of judgment).

The eighth issue was the preparation of “guidance documents”. This issue related to detailed “guidance documents” that embody the legislation, for example, the format of written judgments that are prepared by the judicial council of the Supreme People’s Court following the establishment of the Civil Procedure Code.

2. Establishment of the 2004 Civil Procedure Code: Overview of the Code

a) In principle adoption of the adversary system

A thorough examination of the 2004 Civil Procedure Code must be left for a later date, but as an overview, the comments from Japan were largely adopted in the area of respecting the autonomy and right of self-determi-

nation of parties.¹⁰ This demonstrates the fundamental adversarial structure of the Civil Procedure Code. However, rules that are strongly reminiscent of the prior fundamental structure can also be seen.

aa) Adoption of the jus disponendi principle (respecting the self-determination of parties)

The principle of being restricted to the subject of the suit under the jus disponendi principle was not adopted in the civil procedure rules of the earlier legal era. For example, in the procedure for an eviction action by the owner of a house, the court could also order people other than the defendant (third parties) who were living in the house to vacate. In these circumstances, even if there was not a counterclaim filed by the defendant, the court could order the plaintiff to reimburse the associated expenses incurred by the residents. Under the old law, as there was no restriction to the subject of the suit under the jus disponendi principle, it can be thought that the procedure operated on the basis of an authoritative and custodial procedure oriented towards complete resolution of a conflict, where the role of the court was to capture the social conflict in the subject of the lawsuit and resolve all of the legal problems that were included.

Regarding this issue, a provision was established within the 2004 Civil Procedure Code that limited the court's judgment to the scope as set out in a lawsuit's petition or written request (restriction to the subject of the suit. Article 5 of the 2004 Civil Procedure Code (hereinafter referred to as the "2004 Code")); also added were provisions regarding a counterclaim and its procedure (2004 Code, Articles 172–178). Through this, the scope of a court trial and the ensuing judgment became limited, the self-determination of parties in the area of the civil dispute resolution process is respected, and private autonomy is recognized by the court.

Further, provisions including the right of self-determination of parties regarding the bringing an action (2004 Code, Article 5) and concluding an action in accord with the intent of the parties (procedural settlement, etc. 2004 Code, Articles 10, 180–188; regarding appeals, Article 270) were also established. These are all related to the principle of jus disponendi, expressed as the principle of no adjudication without prosecution, but it means that the basic foundation was adopted in the 2004 Code.

¹⁰ What follows is according to ISEKI, *supra* note 2, at 87–88.

bb) Partial adoption of the principles of advocacy (principle of prohibiting ex officio examination of evidence and the principle of admission)

Under the old law, the principle of ex officio examination of evidence existed and judges would examine the case in detail under their own authority when preparing to hear oral pleadings (i.e. the trial). In a sense, it was a process like a “preliminary hearing” in a criminal case.

Regarding this, the 2004 Civil Procedure Code provides that the collection and submission of evidence is within the authority and responsibility of the parties, and the consequences of insufficient evidence are the responsibility of the parties (2004 Code, Article 84; see also Article 7). However, there is a provision prescribing that, limited to the circumstances where a party cannot collect evidence itself and upon application by the party, the court can summon a witness or order the submission of documents (2004 Code, Article 85). The general rule thus adopts the principle of the production of evidence by parties, and allows for a supplementary and limited ex officio examination of evidence (corresponding to the third principle of the principles of advocacy).

Further, there is a provision whereby a fact does not need to be proven if a party makes an admission regarding that fact (2004 Code, Article 80 (2) and (3)). This corresponds to the second principle of the principles of advocacy).

These regulations have the stated aim of reducing the burden of the court, but they also imply recognition of the right to self-determination of the parties and the allowance of autonomy. However, in that the discovery of new evidence after final judgment is a reason for reopening a case (2004 Code, Article 304) and in that the incompatibility of a judgment with the objective facts is a ground for applying for cassation review (2004 Code, Article 283 (1)), it is apparent that there still remains an aspect of prioritizing factual accuracy rather than the stability of the position of the parties based on a final judgment.¹¹

However, the principle regarding “facts” (the burden of pleading principle whereby a fact in issue not argued by the parties cannot form the basis of a judgment), which is the first principle of the principles of advocacy under Japanese law,¹² is not specified within the legislation.¹³

11 ISEKI, *supra* note 2, at 88.

12 For example, see S. KAWASHIMA, *Minji soshō-hō* [Civil Procedure Law] (Tōkyō 2013) 431.

13 KANEKO, *supra* note 4, at 97.

cc) Retention of a judgment's broad scope of effect

The effect of a judgment is related to the procedural structure and particularly the structure of the parties and the trial. The Japanese side suggested establishing provisions regarding the effect of a judgment, but the 2004 Civil Procedure Code does not go beyond retaining the provision that all citizens, government agencies and organizations must observe legally effective judgments (2004 Code, Article 19), which is similar to Article 136 of the Constitution. Because government agencies in this context may include a court hearing in a subsequent case, this can be thought of as being similar to the principle of *res judicata*. There are no provisions in the 2004 Civil Procedure Code that specify limits on the objective and subjective scope of the *res judicata* of a judgment.

b) Establishment of detailed procedural provisions

In the area of procedural operation, it was found that most of the comments submitted by the Japanese side were adopted.¹⁴

As an example, provisions regarding jurisdiction have been established, including the scope of civil jurisdiction, subject-matter jurisdiction, geographical jurisdiction, and transfer of jurisdiction (2004 Code, Articles 25–38).

Further, provisions regarding emergency preservation dispositions (civil preservation) that were insufficient in the old law have been established, as have provisions regarding providing security in such instances and regarding appeals (2004 Code, Articles 99–126). The primary utility of these emergency preservation dispositions is demonstrated by being able to use them before commencing a lawsuit, but the emergency preservation dispositions in the 2004 Civil Procedure Code can only be used after commencing a law suit.

Also, provisions which did not exist under the old law regarding the various restraints on the examination of evidence (measures against the obstruction of evidence collection, giving testimony, etc.) and the maintenance of order in court have been newly established under the Chapter titled “Handling Acts of Obstructing Civil Proceedings” (2004 Code, Articles 384–390). In particular, the provisions regarding matters such as orders to submit documentation (2004 Code, Article 389) have stronger coercive power than those in Japan (also see 2004 Code, Article 7).

Concerning oral hearings, which constitute the central mechanism for conducting trials under civil procedure, a basic structure is defined for the examination of evidence, such as the questioning of the parties and witnesses and the presentation of closing arguments (2004 Code, Articles 213–235).

¹⁴ ISEKI, *supra* note 2, at 88.

However, the process at the stage of preparing for oral hearing (preparation process stage) is generally not defined (see 2004 Code, Article 179 onwards). Therefore, although the examination of evidence at the preparation stage was not transparent and there is a problem with the involvement of the parties in the process – and given that the methods of limiting the use of the results of examination of evidence during the preparation process are not always sufficient – there has been included a provision of sorts concerning the matter (see 2004 Code, Articles 227, 236).¹⁵

II. CONCLUSION – REALIZATION OF AN ADVERSARY SYSTEM?

During the establishment of the 2004 Code, one of the conditions required of Vietnam by the United States was, as mentioned previously, “the transition from an authoritative system to an adversarial system”. However, this requirement was somewhat abstract and the idea of an adversarial system itself is ambiguous. Moreover, because authoritative systems are not completely avoided in capitalist countries in the modern world, even though the elements of the adversary system are placed at the center of their civil procedure laws, it seems there is a sense of a complimentary existence of adversarial and authoritative systems which contributes to correct and prompt trials and judgments under civil procedure.¹⁶

The central basic principle of American civil procedure is the “adversary system”. This can be interpreted in Japanese as a “system of opposing parties”, “system of confrontation between parties”, and a “system of competing arguments”, and it is used as the fundamental way of thinking to express the adversary system in American civil procedure (the same expression is similarly used in criminal procedure). Procedurally, the basic thinking is that the opposing parties each submit legal and factual assertions and evidence that benefit their own interests, and, based upon this, a judge positioned as a neutral third party delivers a judgment. Under this system in the United States, it seems that civil procedure can be justified as a process of discovering the substantive facts, and it is evaluated as being not just a simple dispute resolution process, carrying instead also the notion of an enlightened system for the realization of rights.¹⁷

¹⁵ ISEKI, *supra* note 2, at 88.

¹⁶ In Japan this is called a blend of the adversarial system and the authoritative system, which are found to have a complementary relationship. That is to say, from the aspect of the substantive form of the case, the adversarial system (*jus disponendi*, principles of advocacy) is suitable, while from a procedural aspect the authoritative system (progression by authority) is used. See KAWASHIMA, *supra* note 12, at 297.

¹⁷ K. ASAKA, *Amerika minji tetsuzuki-hō* [American Civil Procedural Law], (3rd ed., Tōkyō 2016) 6.

Compared to Japanese law and continental law, such as German law, the interesting part of American law, i.e. an aspect that is unavoidable under the common law, is that fundamental rules regarding *jus disponendi* and advocacy, which are discrete contents of the adversarial system, do not seem to exist.

For example, it is clear that, when looked at from a formal aspect, the principle of restriction to the subject of the suit (Japan Code of Civil Procedure, Article 246) within *jus disponendi* does not exist in the United States. Rule 54 (c) of the United States Federal Rules of Civil Procedure provides that, as long as it is not a default judgment (namely, as long as the parties' right to attend court and submit arguments is guaranteed (meaning as long as the right to their day in court is realized)), the court can provide relief which is not restricted to the subject of the suit. However, regarding this legislation, within the common law a prerequisite to the granting of such relief (delivery of judgment) is that there is no element of surprise in the process of argument between the parties; in other words, the opportunity for the opposing party to argue against such a grant of relief is substantially guaranteed and is clearly identified as a prerequisite for granting the relief.¹⁸

The interesting thing about American procedural law, which is deficient from a formal aspect but is functionally compensated for by the substantive aspects of a trial, is that it differs from the relative resolution of disputes intended in countries such as Japan, and in a sense it creates an opportunity for leading towards an all-inclusive resolution of social disputes.¹⁹ This has an aspect that approaches the form of procedural resolution under the old law in Vietnam mentioned earlier. However, in order to realize the substantive guarantees of self-determination and the autonomy of the parties and the substantive, all-inclusive dispute resolution seen in the United States, there seems to be a large amount of reliance not only upon the capability of judges, but also the ability of the parties and in particular lawyers. In that way, the issues of human resource development and the practical permeation of the results of legislative amendments become apparent.

18 Y. TANIGUCHI, *Amerika minso ni okeru atarashii kenri no seisei* [Creation of New Rights in American Civil Procedure], *Minji tetsuzuki-hō no kiso riron I (Minji tetsuzuki-hō ronshū – Dai 1 kan)* [Basic Theory of Civil Procedure 1 (Essays on Civil Procedure – Vol. 1)] (Tōkyō 2013) 125.

19 TANIGUCHI, *supra* note 18, at 152, finds that modern American civil procedure intends to provide an all-inclusive resolution for social disputes (real disputes, not a dispute where the plaintiff has artificially cut out and removed aspects), and he furthermore suggests this is not a legal fiction of simple resolution through the expansion of *res judicata*, but rather an attempt to realize a substantive resolution through the completeness of the trial facts. Civil procedure for Indian law within the United States is, as it were, a “public trial with all people gathered”.

Also, Vietnam's 2004 Civil Procedure Code does not address the first principle of the principles of advocacy, the "burden of pleading principle".²⁰ If the provisions regarding the parties' right to submit evidence and the burden of proof (2004 Code, Article 6 (1) and 79) are presupposed, it seems the principle of separating facts and evidence, in other words, the principle of separating procedural materials and evidentiary materials, has not been put into effect. But in reality, if facts are not asserted, then the point of dispute does not become clear, nor does what needs to be proven. Evidence establishes the facts that are the points of dispute, and considering the burden of proof, the facts to be proven must be accepted; also, looking at the contents to be included in a written judgment (2004 Code, Article 238 (5)), it is possible to recognize the substantive weight of the assertion of facts. Under Japanese law too, there are in fact no provisions on this point, but the fundamental principle is recognized in precedents and in theory (there is theoretical argument regarding the identification of the facts in issue (criteria for separating the facts in issue and tangential facts)).²¹ This fundamental idea can be substantively achieved if the function for preventing surprise is realized in the trial process. Accordingly, it is hard to imagine that the principles of advocacy are instantly contradicted by the absence of provisions regarding the first principle of the principles of advocacy. However, at the same time, securing the fundamental principle relied upon in actual trials in individual cases also creates a large problem.

Moreover, in American law also, this point is not always clearly defined within the United States Federal Rules of Civil Procedure either.²²

Incidentally, it seems that the adversarial system in the United States is backed by the classical argument about the foundation of civil procedure. Classical research in the United States, particularly regarding the distinguished "forms of action", includes the formative work by Fuller.²³ According to this, the essential "adjudication method" is "participation via evidence and rational argument", and this form can be best achieved by a certain set of procedural attributes, for example, the adversary system, a neutral adjudicator who has excellent understanding, the justification of a decision, and a retrospective ruling. If so, the adversary system in the United States is "participation via evidence and rational argument", and if a fundamental structure of civil procedure guaranteeing such participation is provided, it seems that judicial jurisdiction, judicial independence, and an

20 KANEKO, *supra* note 4, at 88.

21 See KAWASHIMA, *supra* note 12, at 436.

22 See the United States Federal Rules of Civil Procedure, 15 (b).

23 L. L. FULLER, The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review* 92 (1978) 353.

assurance of delivered judgments backed by retrospective reasoning will be fulfilled along with the requirements of the adversary system (required elimination of the authoritative system). If this Fuller method does not include restriction to the subject of the suit or the principle of assertions but has evidence and participation as the central elements, it seems that Vietnam's 2004 Civil Procedure Code, which appears to provide a "deliberation place" where related parties become entangled in a wide civil procedure process, can be evaluated as having cleared the basic conditions instructed by the United States.²⁴

Moreover, in the United States, it seems there is also a background where the prominence of public litigation together with an authoritative system was not evaluated that negatively. This represents transformation in the adversary system in the United States, as well as the removal of poly-centric disputes from the subject of civil procedure as lacking the essential attributes of Fuller's adjudication method, and it has provided the highly-respected opportunity to incorporate contended cases.²⁵

Having come to view it in this way, one can feel the frustration between the donor countries and Vietnam of living together but in different worlds, or one can sense the flexibility shown by the receiving country in order to realize the results.

The persevering effort to practically realize civil procedure law can be perceived in the subsequent reform of Vietnam's civil procedure law, including the strengthening of parties' rights and reinforcement of the authoritative system. Also, the activity towards publishing precedents traces the reality of civil procedure trials from the results and can be thought of as being inspection and supervision work. Accordingly, it remains for me to keep on researching the practice of civil procedure and its reform movement.

24 Findings of fact in American civil procedure are conducted on a "preponderance of the evidence" standard, which is understood as being lower than the "high probability" level of proof under Japanese law. KAWASHIMA, *supra* note 12, at 467. Additionally, in the United States, comparing the mildness of legislation regarding factual assertions, emphasis is placed on the value of the evidence. This also relates to the value of discovery.

25 A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review 89 (1976) 128. See also S. KAWASHIMA, *Kōkyō soshō no kyūsai hōri* [Remedial Process in Public Interest Litigations] (Tōkyō 2016) 43.

An Attempt at Comparing Compulsory Execution in Japanese and Myanmar Law

Execution against Real Property based on Monetary Claims – Views from an Operational Efficiency Standpoint

*Yoshifumi Akanishi**

- I. Introduction
- II. Myanmar's Compulsory Execution System
 - 1. The purpose and scope of compulsory execution for monetary claims
 - 2. Jurisdiction
 - 3. Executive Agency
 - 4. Appeals/Objections and Stay (Suspension) of Proceedings
 - 5. Classification of Subject and Mode of Compulsory Execution
 - 6. Flow of the Compulsory Execution Process for Execution against Real Property for Monetary Claims
- III. Conclusion

I. INTRODUCTION

Each nation has its own civil execution system which reflects its history and social/economic system. On the other hand, I think, to a certain degree, there are similar devices e.g. attachment and sale. And especially for developing countries, civil execution system will change with the advance of internationalization. Also, the relationship between Japan and Myanmar will be deepened through investment and other interaction. I think, at the moment, trying to compare the civil execution systems in Japanese and Myanmar law is relevant in considering the reform of law in the future in both countries.

Compulsory execution in Japan deals primarily with the execution of monetary claims and the compulsory execution law addresses primarily about execution against real property. Further, the structure of attachment and the sale of real property is thought of as being to some extent a versatile process even in compulsory execution systems outside of Japan. On this occasion, limited to the above situation, this paper will attempt to compare points noticed in the processes under Japanese and Myanmar law, primarily focusing on the efficiency of execution. However, due to limitations in the

* Professor, Kinki University Law School.

available materials and lack of examination, some misunderstandings may remain, and I await other researchers' findings and will accept them as future areas of examination.

Please note that this examination does not enter into a deep structural comparison of execution law or the underlying substantive details; rather, it is confined to limited findings based on a practical standpoint.

II. MYANMAR'S COMPULSORY EXECUTION SYSTEM

Myanmar's compulsory execution system¹ is defined in the *Code of Civil Procedure* (India Act V of 1908) as contained in Volume XII of the *Burma Code* (hereinafter referred to as "the CPC", as is customary); besides the main clauses of the CPC, compulsory execution is primarily prescribed in the Rules contained in Order 21. (In this paper, the main clauses of the CPC are referred to as "Sections" and Rules within an Order will be referred to by the Order and Rule number; however, regarding compulsory execution the Rules in Order 21 will be referred to simply as "Rules" and will omit "Order 21"). The materials examined include (1) the "Status Paper" and "Report" mentioned in Footnote 1, (2) a document received from the Yangon Western District Court (a pamphlet titled "The Procedure of the Court in Execution" written by Judge Daw Swe of the same Court, hereinafter referred to as the "District Court Pamphlet") during our visit to Myanmar in February 2017,² and (3) knowledge obtained from a discussion with judges of the same Court at a roundtable meeting that was arranged during the same visit.³ Discussion of the compulsory execution system within Japan will be limited in this paper to providing a brief explanation where necessary. In Japan, the number of cases concerning compulsory execution against real property is decreasing (according to the judicial statistics for Fiscal Year 2015 there were 2,278 pending cases that year), and although there were more cases of exercising security interests via auction of real property (21,222 pending cases according to the same statistics), the execu-

1 Regarding Myanmar's execution system, refer to NISHIMURA & ASAH, Status Paper on the Civil and Commercial Dispute Resolution System in Myanmar (2015) pp. 45 ff. (hereinafter referred to as the "Status Paper") and MORI HAMADA & MATSUMOTO, Report on the Legal System in the Republic of the Union of Myanmar, Chapter 5 "Civil Procedure and Arbitration Law in Myanmar" (2013) pp. 204 ff. (hereinafter referred to as the "Report").

2 The author studied the Myanmar legal system in a group of three with Professor Yuka Kaneko, Graduate School of International Cooperation Studies, Kōbe University, and Professor Shiro Kawashima, Faculty of Law, Dōshisha University

3 If there are errors in this paper concerning the results of the discussion, such errors are the responsibility of the author.

tion of security is subject to the compulsory execution provisions. Regarding the execution of security in Japan, even if there is no document that evidences the right to make a claim (Title of Obligation), a creditor can apply for an auction sale if there is a document that evidences the security interest (e.g. a certificate of registered matters). On this point, in Myanmar execution based on a mortgage is prescribed in Order 34, but there does not appear to be any provisions that allows execution based on a security interest itself without a Decree, therefore it is necessary to sue for a Decree that orders an auction and the amount to be repaid.⁴ This scenario will be excluded from this examination.

1. *The Purpose and Scope of Compulsory Execution for Monetary Claims*

In Japan, compulsory execution is a process to compulsorily realize a claim (monetary claim), and the debtor's property is subject to execution of a monetary claim.

In Myanmar also, the purpose of execution is to realize a monetary claim that was determined by way of a court judgment, but in the CPC it is described as the execution of a Decree (Section 38).⁵ Decrees for the payment of money can be executed by detention in a civil prison or attachment and sale of the judgment-debtor's property (Rule 30) (the "judgment-debtor" is hereinafter referred to as the "debtor"). Accordingly, both the debtor's property and the debtor's physical self are within the scope of execution.⁶

"Decree" is defined in Section 2 (2)(9) as a formal expression of an adjudication which determines the rights of the parties that are contesting a suit in the Court and which is issued by a judge based on a judgment. Further, Order 20 Rule 6 (1) defines that a decree must contain the name of the suit, the names of the parties, particulars of the claim, and clear specification of the relief granted or any other determination of the suit. A decree is not the judgment itself, but it is understood as an order for execution based on the judgment.⁷

4 See "Status Paper", *supra* note 1, at 62 ff.

5 In the CPC, general provisions concerning compulsory execution are defined in Section 36 onwards, and detailed provisions are defined in the Rules of Order 21.

6 T. NAKANO, *Minji Shikkō-hō* [Civil Execution Act] (Supplementary Edition 6, Tōkyō 2010) at 6, says: "Execution that makes a person (their life, body or labour) the subject of execution (i.e. execution against the person) is not only inconsistent with our cultural notions, but because of its ineffectiveness it is generally concealed in the shadows."

7 K. KOMATSU, *Adversary System in Myanmar Civil Trials* (1), ICD News No. 68, 73. For a specific example of a decree, see Attachment IV-2-15 of the "Status Paper".

In Japan, a Title of Obligation, such as that issued pursuant to a final judgment, is a requirement for execution, and it is a document that notarizes a right of claim for the purpose of execution; because a decree itself is expressed as being for the purpose of execution, it can be thought of as being a little different in concept from a Title of Obligation. However, as a decree is a public document that describes the details of the relief that should be realized via execution and is executed on this basis, it may be appropriate to say that it corresponds in function to a Title of Execution (a Title of Obligation with a certificate of execution attached).⁸

2. *Jurisdiction*

In Japan there is exclusive jurisdiction (Article 19 of the Civil Execution Act). Therefore, for execution against real property for a monetary claim, the District Court that has jurisdiction over the location in which the real property is located has jurisdiction, but when several pieces of land and or buildings are subject to execution, discretionary transfer is permitted (Article 44 of the same act). In Myanmar the court that issues a decree has jurisdiction, but when executing against real property outside of the court's geographical jurisdiction, the decree may be sent to another court upon the application of the decree-holder (Sections 38, 39) (The "decree-holder" here refers to a judgment-creditor, but this person will hereinafter be referred to as the "creditor"). Also, where the real property is located across the jurisdiction of two or more courts, it is provided that any court may order the attachment and sale of the entire real property (Rule 3). Therefore, jurisdiction lies with both the judgment court and the court where the real property is located, but it is thought that in principle the court with jurisdiction is the one that delivers the judgment. In Myanmar, there is a time limit for applying for execution, which in principle is 3 years from the day that the decree is issued but may be extended to 12 years in some circumstances, after which time an order for execution cannot be issued (it will be dismissed pursuant to Section 48 and Articles 182, 183 of the First Schedule of the Limitation Act). In Japan, execution is possible as long as the right of claim has not been extinguished by a time limitation, and whether the time period has lapsed is determined not by the execution court, but by the institution that issued the Certificate of Execution (e.g. the clerk of the judgment court) (Articles 25, 26 of the Civil Execution Act).⁹

8 Of course, this is a figurative expression and there is no process for granting a certificate of execution.

9 On the other hand, I think ascertaining the lapse of a time period is easy to judge, so, if the execution court ascertains a lapse of the time period, the court can also, in my opinion, dismiss the application.

3. *Executive Agency*

In Japan the executive agency is the execution court and the court execution officer (Article 2 of the Civil Execution Act). The execution court differs from the court that formulated the final judgment or other Title of Obligation (judgment court). The execution court performs execution with the aim of effectively realizing the relevant right of claim based on the Title of Obligation formed from the judgment.

As described above, in Myanmar the execution court is in principle the court that issued the decree (and a court which receives transfer of a decree) (Section 38), and the court which issues a decree is the same court that delivers judgment. Therefore, during the execution process the execution court must also determine substantive objections and the court has accumulated large discretion to order a stay of the execution, which can be thought of as a background factor for causing delays. In Myanmar, the division of the roles of the execution court and the court execution officer are not clearly defined in the legislation.

4. *Appeals/Objections and Stay (Suspension) of Proceedings*

In Japan, objections to the disposition of an execution and appeals against disposition of an execution are the avenues of appeal against procedural issues. Such objections and appeals do not have the effect of staying execution as a matter of course (the court has the authority to stay execution pursuant to Articles 10 (6) and 11 (1) of the Civil Execution Act). In an appeal against disposition of an execution, there is a provision for the court to dismiss the appeal if it has been filed for the purpose of delaying the execution procedure (Article 10 (5) of the same act).

Avenues for appeal based on substantive reasons (e.g. absence or extinguishment of a right of claim, or a third party possessing a right that obstructs the delivery of the property subject to execution) include actions to oppose execution (Article 35 of the Civil Execution Act), third-party actions against execution (Article 38 of the same act), and actions to oppose a grant of a certificate of execution (Article 34 of the same act). Actions to oppose execution and third-party actions against execution are lawsuits where the creditor is the opposing party (An action to oppose execution disputes, for example, whether there is a right to claim, and it is filed in the court that delivered judgment. A third-party action against execution is a claim that the third party has ownership or some other right over the subject property which obstructs assignment of the property and seeks rejection of the compulsory execution; it is filed in the execution court.). These actions do not stay the execution as a matter of course, but the person who raises the objection may apply to the court hearing the objection for a provisional stay of

execution (Article 36 (1) of the same act) or must submit an authenticated copy of a successful judgment to the executive agency and request a stay or revocation of the execution (Articles 39 (1) and 40 (1) of the same act).

In Myanmar, it appears that procedural objections and substantive objections are not clearly separated in the legislation in the way that they are in Japanese law. This may be because the execution court and judgment court are not separated. Also, it appears that the provisions for staying execution when an objection is filed are not as organized as they are under Japanese law. In Myanmar, there are provisions for third-party objections to an attachment (Rules 58-62), and Rule 63 specifies that a person dissatisfied with the determination of an objection may commence a lawsuit.¹⁰ According to Rule 58 (1), when investigating a third-party objection, the court can examine the parties and other relevant persons in the same manner as a lawsuit, and as a result has the authority to postpone the sale of property (Rule 58 (2)), which in practice does not differ greatly from the Japanese law. However, the creditor is not named as a party to the objection like in Japan, but instead it is a process of objecting to execution; further, there are no provisions regarding stay or revocation of the process that are individually defined for each of the methods of objection. There is a provision for dismissing an objection that is filed for the purpose of delaying execution (Rule 58 (1)).

In Myanmar law, stays of the execution process are defined in Rules 26–29. According to these rules, the court that receives a decree for the purpose of execution will, upon sufficient cause being shown, stay the execution for a reasonable time to enable the debtor to apply to the court that issued the decree or to a court of appellate jurisdiction for a stay of execution (Rule 26). Further, if a suit is pending between the creditor and debtor, the court may accept a security and stay execution until the pending suit is decided (Rule 29). The court therefore has a very large scope of authority to stay execution (according to Section 151, in Myanmar the court generally has wide discretion to make orders necessary for the ends of justice or to prevent abuse of the process of the court.). However, the relationship a stay of execution has with substantive objections and suits is not clear, and it seems that the substantive provisions regarding when a stay should be ordered and for how long are insufficient (but there are individual provisions such as Rule 58 (2) mentioned above).

In Japan, excluding stays under the authority of the court (for example, in appeals against a disposition of execution under Article 10 (6) and in actions to oppose a grant of a certificate of execution under Article 32 (2) of the Civil Execution Act), execution may be stayed based on an application for a provisional stay of execution (Article 36 (1) of the same act) and

¹⁰ See pp. 208–209 of the “Report”.

when a document staying execution is submitted to the execution court (Article 39 of the same act). Other than the authority to stay an execution that derives from an objection to a disposition of execution, the execution court does not make a substantive decision regarding a stay of execution; rather the substantive decision is left to the judgment of the appeal court or the court that receives the action to oppose execution, etc. In other words, even if an appeal against the execution process is submitted, the execution is not stayed as a matter of course on the basis of the appeal submission itself. This is due to considerations for the efficient progression of the execution process.

In Myanmar, unlike under Japanese law, regardless of whether it is a procedural objection or substantive objection, the submission of an order staying execution is not required to stay the execution, and if an objection is submitted or there is another pending suit between the creditor and debtor, the execution court is either obliged to stay execution or has the discretion to do so (however, the wording of Rule 29 can be read as the court mentioned in the Rule refers to the court that received the objection). Then, if waiting for the result of the objection or appeal takes a considerable amount of time, this too can be said to be a factor in causing delay. That the execution court and judgment court are not separated may be thought of as a background factor, but establishing requirements for a stay of execution based on the filing of an appeal or the submission of an objection are desirable.

In Myanmar, when an objection is submitted concerning a procedural issue and the decision is appealed, the entire record of the case is sent to the responsible court, meaning the execution process cannot practically proceed (information received during the discussion with the Yangon Western District Court judges). On this point, in Japan, Article 7 of the Rules of Civil Execution provides that "If an appeal against a disposition of execution is filed and the execution court finds no need to send the record of the civil execution case, it is sufficient for the court clerk of the execution court to send only the record of the appeal case to the court clerk of the court of appeal." This is done in order to prevent suspension of the process.

In Japan, appeals against a decision on an objection to a disposition of execution are in principle not allowed (as an exception, Article 12 (1) of the Civil Execution Act allows an appeal against an order to rescind a civil execution procedure) and re-appealing an appeal against a disposition of execution is also in principle not allowed (as an exception, Article 10 (8) of the same act allows an appeal against a dismissal). It seems that no such limits apply in Myanmar.

5. *Classification of Subject and Mode of Compulsory Execution*

In Japan, monetary execution and non-monetary execution (delivery, surrender, manifestation of intention, action/inaction) are separated by the type of Title of Obligation (type of right of claim); monetary execution is further classified into execution against real property, execution against movables, and execution against a claim based on the type of property that is subject to the execution. Modes of execution against real property are compulsory auction (attachment and sale) and compulsory administration.

In Myanmar, under the heading of “Procedure of Execution” in the CPC, the authority of the court is to, upon application of a creditor to execute a decree, order the (1) delivery of property, (2) attachment and sale or sale without attachment of property (3) civil detention, (4) appointment of a receiver, or (5) other action appropriate to the nature of the relief granted (Section 51). Within these, in (1) and (5) the details of the right of claim can be considered consistent with the mode of execution, but (2), (3), and (4) are not details of a right of claim but a mode of execution. Further, within Order 21 under the heading of “Mode of Execution”, Rule 30 onwards defines execution methods corresponding to the classification of the contents of the decree. That is, decrees are classified into decrees for the payment of money (Rule 30); decrees for specific movable property (Rule 31); decrees for specific performance of a contract, restitution of conjugal rights, or an injunction (Rules 32, 33); decrees concerning a document or negotiable instrument (Rule 34); decrees for delivery of real property (Rule 35) and decrees for delivery of real property in the occupancy of a tenant (Rule 36), with execution methods defined for each type of decree. Amongst those, concerning a decree for the payment of money (monetary claim), it is prescribed that attachment and sale of the debtor’s property, civil detention, or both can be applied.¹¹ According to the “District Court Pamphlet”, beyond that an order for payment in installments (over a period of six months) is also a stand-alone execution method for a monetary claim. Decrees for payment in installments are defined in Order 20, Rule 11, and according to this provision, when issuing a decree for the payment of money, the court may order payment in installments; also, after issuance of a decree for the payment of money, upon application of the debtor and after notice to the creditor, the court may order payment in installments after adding such conditions as the attachment of the debtor’s property or the taking of a security. According to the discussion with the Yangon Western District Court judges, in most cases the debtor will apply for payment in installments, and the court often allows this. There are also often objections

¹¹ See pages 205–207 of the “Report” for a translation of this part of the CPC.

from both the creditor and debtor regarding the order for payment in installments (the debtor objecting to the conditions of the installments), and awaiting the result of the investigation, decision, and appeal of the decision requires time, which becomes a cause of delay. Further, as the creditor must wait (for six months) to see whether the debtor defaults on the payment of the installments before being able to execute, this is also a cause of delay.

Concerning modes of execution, Section 51 contains general provisions and Order 21 Rule 30 onwards contains separate provisions applicable to specific decrees, but the relationship between the right of claim and execution method is not always clear; apart from the legislation there are execution methods that are used in practice (e.g. payment in installments), which gives the feeling that, different from the law in Japan, there is a deficiency regarding classification based on the right of claim and subject of execution. However, in Myanmar, such classification is, from a practical standpoint, prescribed in detailed execution methods that correspond to the specific contents of the decree.

Regarding payment in installments, in the case of a Title of Obligation for payment in installments in Japan, the creditor can seek execution on a certificate of execution alone, without having to allege or prove that the debtor has failed to make installment payments (Supreme Court decision delivered 15 December 1966 reported in *Minshū* 20-10, 20). Further, regarding a Title of Obligation for simple repayment, the execution court cannot permit a change to payment by installments *ex officio*. The parties may reach an agreement between themselves, but in such case, the creditor must withdraw the execution, or the debtor must prepare and submit to the court a record of proceedings of settle the case (Article 39 (1)(iv) of the Civil Execution Act), or a document granting a grace of performance (Clause (1)(viii) of the same article) in order to obtain a stay of execution.

6. *Flow of the Compulsory Execution Process for Execution against Real Property for Monetary Claims*

a) *In Japan, the sale of real property is generally performed in accord with the following pattern: (Article numbers refer to the Civil Execution Act except where specified)*

- (1) The creditor sends the Title of Obligation (e.g. final judgment) and Certificate of Execution to the debtor, identifies the real property that is subject to execution, and applies for compulsory execution to the court that has jurisdiction over the location of the real property (Articles 22, 26, 29, 43 and 44).
- (2) The court issues a commencement order for compulsory execution and an attachment declaration (Article 45).

- (3) Court investigation of claim: The court determines and gives public notice of a time limit for demands for liquidating distribution and also a notice requiring the notification of claims (Article 49)
- (4) Court preparation for sale: Investigation of the current conditions (court execution officer), order for appraisal (appraiser), description of the property (court clerk) (Articles 57, 58 and 62)
- (5) The court determines a standard sales price (Article 60)
- (6) The sale is performed (court clerk, court execution officer) (Article 64, etc.)
- (7) Bidding and bid opening (Article 66, Rules of Civil Execution Articles 44–48, etc.)
- (8) Permission for sale is determined (Articles 69–71, etc.)
- (9) Payment of the purchase price (Article 78)
- (10) Delivery order (Article 83)
- (11) Distribution of the proceeds (Article 84)

b) Comparison with Myanmar System (Identification of points from a comparative law stance, following the pattern of execution in Japan described above)

- (1) Concerning decrees for payment of money, the creditor applies for compulsory execution with the court that issued the decree, with a copy of the decree attached (Section 38 and Rules 10, 11),¹² and the court issues a process to commence execution; the process must bear the date on which it was issued, be signed by the judge, be sealed with the seal of the court, and delivered to the “proper officer” (it is unclear whether this means an execution officer) (Rule 24).

The order for an execution commencement process can be thought of as corresponding to the commencement order for compulsory execution under Japanese law, but according to the above Rule, unlike in Japan, it appears that an order for attachment of the real property subject to execution is not described in the execution commencement process. This may instead be according to the order for attachment issued in relation to the separately conducted application for attachment (Rule 54).

An application for compulsory execution is in principle made in writing (Rule 11(2)). Within the application, the creditor selects from the execution modes defined in Section 51 (in cases of execution against real property pursuant to Rule 11 (2)(j), the options are attachment and sale or sale without attachment, civil detention, or both). If the creditor selects attachment and sale of the real property, it applies

¹² See Attachment IV-10-(5)-(b) of the “Status Paper” for an actual example.

for attachment and specifies the applicable real property by identifying the lot number or attaching a map (Rule 13 (1)).¹³

- (2) A court which receives an application (in principle the court of first instance that issued the decree) is to summon the parties.¹⁴

Concerning the summons, Rule 22 defines that where an application is made more than three years since the date the decree was issued, the court is to give notice to the person against whom the application is made and require them to provide a reason why the decree should not be executed. However, rather than being limited to these circumstances, summons are widely used as a preliminary process before commencing execution (page 49 of the “Status Paper”, and information obtained from the discussion with the Yangon Western District Court judges); the debtor rarely appears at this time, but often appears after the execution commencement process has been issued (page 49 of the “Status Paper”). Regarding summons, where a decree is for the payment of money and the creditor selects civil detention, the debtor must be summoned as a preliminary process in order to be given notice and have the opportunity to be heard (Section 51, Rule 40); it is further prescribed that when attachment is selected, the creditor can apply for the debtor or other person to be summoned to attend court for oral examination regarding whether the debtor has any property or other means of satisfying the decree (Rule 41). These provisions can be read as being performed after execution has commenced and where civil detention or attachment is used as the individual execution method, and they are separate from the general summons issued at the time of commencing the execution procedure.

Japan’s system does not have a summons as a process to commence execution, but this is because the subject of execution is the debtor’s property, which the creditor specifies when applying to commence execution. Thus, summoning the debtor is unnecessary. In Myanmar, it is inferred that a summons is a prerequisite to the decision to commence execution. But when looking at the practice described above, it is actually more often performed after execution has commenced, so it seems that the difference from the above-mentioned summons issued when detention or attachment is selected is unclear. When the operation of the above-mentioned payment in installments is also considered, in Myanmar the court’s discretion in the operation of the execution process is large, and the circumstances of the debtor are given as much

13 See Attachment IV-10-(6) of the “Status Paper” for an actual example.

14 See pages 48–49 of the “Status Paper”.

consideration as possible. But the role of the summons system and a detailed description of its operation in the provisions seem insufficient. In its operation, the time required for a summons seems a factor causing delay in the process.

A summons for an attachment can also be read as being used as a property disclosure method; on this point Japan has a similar property disclosure procedure (Civil Execution Act Article 196 onwards). However, the system is not used often, and there are strong opinions that the conditions for non-fulfillment and sanctions (a non-penal fine of 300,000 yen or less) should be revised. Further, currently in executions against a claim, a system is being considered where the court can make enquires with banks and other institutions regarding the savings account information of a debtor who breaches an obligation to pay money. The status of the use of Rule 41 in Myanmar is a point of interest.

(3) Attachment

In Japan, when commencement is ordered the attachment of the subject real property is declared and registration of the attachment is commissioned (Articles 45 (1) and 48 of the Civil Execution Act). During this it is proclaimed that the auction process has been commenced. The attachment becomes effective when the debtor is served with the commencement order, or when the attachment is registered, whichever is earlier (Article 46 (1) of the same act).

Registration as a public notice is important as any further transfer, offering the property as security or a grant of usufructory rights between the debtor and a third party essentially cannot countervail the execution process.

In Myanmar, there appears to be no provisions defined regarding the registration of attachment based on the authority of the court (Section 17 (1) of the Registration Act includes “order of a court that contains a limit on a right related to immovable property” as a document subject to mandatory registration, which seems to apply to attachment¹⁵ but is not interpreted that way in Myanmar). Therefore, in Myanmar, even if an attachment order is issued as a compulsory execution method, it seems the public notice of such cannot be said to be sufficient. In Myanmar, the provisions on attachment prohibit actions, such as the debtor transferring rights in the subject property to a third party or setting the property as security, have the effect of prohibiting a third party from gaining a benefit from any such actions by the debtor, and they

15 See MORI HAMADA & MATSUMOTO (Yangon office), *Front Line of Myanmar Law*, p. 225.

specify that the attachment is to be proclaimed by traditional methods such as beating a drum and by affixing a copy of the attachment order to the subject property (Rule 54 (2)); however this system of public notification cannot be thought of as sufficient. The attachment becomes effective against transferees of the property without consideration of the date of the attachment order, and against all other persons from the time they reasonably should have had knowledge of the attachment order or the time that the order was proclaimed by the beating of a drum or other method defined in Rule 54 (2), whichever is the earlier (Rule 54 (3)). However, according to the above provisions, it seems that in many cases persons who receive a transfer of rights or a security via a transaction with the debtor (who conceals the existence of the attachment) are actually unaware of the existence of the attachment order at the time of the transaction.¹⁶ Further, because the attachment is not registered, it seems that persons who acquire ownership of the subject property from the debtor after the attachment order is made, for example via a contract of sale, can register the contract of sale, and subsequent acquirers can inspect the register and conduct subsequent good faith transactions regarding rights in the property. In that case, because the acquisition of rights after the attachment order become invalid or cannot act against the buyer of the property at auction, regardless of the good or bad faith of the acquirer, and because there is insufficient public notice of the attachment, one can ask if this doesn't have severe results for a good faith acquirer of rights. In particular, following future economic development, whether problems will occur if transactions are conducted without always inspecting the property subject to the transaction is a point of interest. In Japan, the acquisition of rights after attachment is effective between the parties to the transaction, but it is ignored by the execution process; that is, it will not prevail against the purchaser of the subject property.

(4) Preparation for Sale

In Myanmar, there does not appear to be any provisions in a form similar to Japan's for a survey and appraisal of the property's value as initiated by the court, nor does there appear to be the preparation of documents by the court regarding the relationship of rights. However, according to Rule 66 (2) and (3), the court must prepare a notice that details the revenue assessed against the property, any encumbrances, the

¹⁶ According to p. 60 of the "Status Paper", as regards land, the execution officer erects upon the land a notice with the attachment order affixed, so if the site is inspected then the existence of the attachment should be clear.

amount for the recovery, and any other thing that is important for the purchaser to know. Also, as the court has the authority to summons any person to court for examination and require the submission of necessary documents pursuant to Rule 66 (4), the court does proactively investigate the property subject to sale. Further, according to pages 60–61 of the “Status Paper”, the debtor submits the grant, map, price information, etc. concerning the subject real property, and an expert conducts an appraisal, upon which the court determines the minimum bid price. In this way, it can be thought that in practice the court takes the lead in having the debtor submit documentation and preparing for sale. But instructions regarding specific tasks such as an execution officer inspecting the site and reporting are unclear, and the establishment of provisions is desirable.

(5) Sale process

In Japan, the sale process is conducted by an execution officer, and currently most cases are by way of period bidding (Article 34 of the Rules of Civil Execution). In Myanmar, the sale (auction) is conducted by an execution officer or deputy execution officer (Bailiff or Deputy Bailiff), and all sales appear to be via auction. Other provisions regarding the sale process are defined in Rules 64 to 68 (a Japanese translation is in pages 55–56 and 60–61 of the “Status Paper”).

In Myanmar, if the amount of the decree may be raised (via mortgage, lease or private sale of the property), the debtor can apply to the court for postponement of the sale and the court may consider the reason and postpone the sale for an appropriate period (Rule 83). This point also gives consideration to the debtor’s circumstances, but the discretion of the court is large and can be thought of as being linked to delay of the process.

(6) Payment of the purchase price and acquisition of ownership by the purchaser

In Japan the purchaser acquires ownership upon payment of the purchase price (Article 79 of the Civil Execution Act). In Myanmar ownership is transferred at the time of sale (Section 65), which does not seem to differ from Japan (however, the relationship with the system for later cancellation of the sale is unclear). However, regarding payment of the purchase price in Myanmar, the purchaser must pay a 25% deposit at the time of declaration of purchase and pay the balance within 15 days; if such payment is not made, the property will be re-sold (Rules 84–87). In effect, this means that payment in installments is accepted, which seems to give instability to the sale process and invite delay in the process. On

this point in Japan, payment in installments of the purchase price is not accepted. However, in the case of a creditor who is to receive a distribution, it may pay the difference in price after deducting the amount they are to be distributed or receive (Article 78 (4) of the Civil Execution Act); in Myanmar the same provision exists (Rule 72).

In Japan, the effect of the purchaser acquiring ownership via payment of the purchase price is not affected even if the right of claim in the Title of Obligation is non-existent or extinguished. Justifiably, if A and B conspire to defraud a title of obligation (an order for payment declared provisionally executory) against C, the effect will be that it is invalid against C, and if A applies for compulsory execution against the property of C on the basis of the title of obligation and D is the successful bidder, D will not acquire title to the relevant real property.¹⁷ Also, where the debtor did not have ownership of the real property subject to execution in the first place, the successful bidder will not acquire ownership as there is no basis for acquiring such ownership. In Myanmar, the thinking in such cases is unclear, but it appears the same considerations are given in the procedure for subsequent cancellation of a sale.

(7) Cancellation (setting aside) of sale

In Myanmar, persons with certain interests may apply for the sale to be set aside if a certain amount is paid as a deposit, or for the reason of there being a fraud or major irregularity in the process (see Rules 89–90 and pages 57–58 of the “Status Paper”). In the case where the debtor did not own a sellable interest in the property, the purchaser can apply to the court for the sale to be set aside (Rule 91). An application under the above Rule 89 or 90 seems to be possible even after the purchase price has been paid and it is unclear whether there is a time limit (According to pages 61–62 of the “Status Paper”, objections related to the auction may be submitted within 30 days after payment of the purchase price, therefore it seems the same time limit would apply to setting aside, but it is unclear in the provisions). Regarding fraud and procedural irregularity, it depends on the specific reasons, but the acceptance of circumstances outside of the execution process as a reason to set aside the sale may make the process unstable and become a factor in causing delay. The provisions for allowing objections within the above-mentioned 30-day period can be thought of in the same way. Defining specific conditions for setting aside the sale and submitting objections may be beneficial for avoiding complications. In Japan, as de-

¹⁷ Supreme Court decision 27 February 1968, *Minshū* Vol. 22, No. 2, p. 316.

scribed in (6) above, acquisition by the purchaser via payment of the purchase price (Article 79 of the Civil Execution Act) is not affected by the absence of an executable claim, but ownership will not be acquired if (1) the debtor was defrauded of a Title of Obligation, or (2) the debtor did not have ownership of the subject real property. On this point, the provisions of Myanmar's Rule 91 can be said to be based on the same reasoning as (2). If Myanmar's provisions in Rule 90 concerning setting aside the sale due to procedural irregularity or fraud are said to have the same reasoning as (1), then it shares the effect of the Japanese case precedents. However, the specific conditions are not clear within the provisions.

(8) Confirmation of sale

In Myanmar, when the sale is confirmed, the court grants a certificate to the purchaser identifying the purchased property and the purchaser, a copy is sent to the Sub-Registrar within the district in which the relevant land is located, and the purchaser's information is certified by the superintendent of land records (Rules 94, 94A, 94B). If this carries the meaning that a purchase via auction is described in the land registrar or is registered under the authority of the Registration Act,¹⁸ then it has the same meaning as the commissioning of registration in Japan (Article 82 of the Civil Execution Act). Provisionally, if the result of public sale is mandatory registration under the court's authority, then registration of the attachment under the court's authority at the commencement of the execution process would be more consistent and avoid confusion in transactions concerning the real property subject to the attachment. However, according to page 62 of the "Status Paper", if the debtor does not respond to the change of title, the purchaser can apply to the court for a change of title, and the execution officer (bailiff) can sign and issue documents instead of the debtor (obligee) and take them to the government office for registration; it appears as if there is not a system of registration under the authority of the court.

18 Regarding registration in Myanmar, according to p. 218 onwards of "Front Line of Myanmar Law" (*supra*, note 15), when transferring or leasing real estate the two processes of registration under the Registration Act and changing the contents of the Land Record are necessary. Concerning the history of land rights and registration systems in Myanmar, *see* I. OKAMOTO, Land Tax Systems and Land Ownership in Colonial-Period Burma, in: Institute of Developing Economies (ed.), Southeast Asian Economic Development and Land Systems.

(9) Distribution

When there are multiple creditors in Japan, the creditors other than the person who applied for compulsory execution can request and receive a distribution (Article 87 (1) of the Civil Execution Act).

In Myanmar, when there are several persons holding a decree for the payment of money, they may receive a proportional distribution by applying to the court for compulsory auction (Section 73 (1)). That means multiple applications for auction are required in order to receive a distribution; if a separate execution process is performed for each application, this may hinder the efficiency of the process, but in essence an application for auction may achieve the same function as a request for distribution. In Japan, if there are multiple applications to commence an auction the applications will be received, but processing of the first application will occur first, and the subsequent application will be processed in the case that the first is ended due to withdrawal etc. (Article 47 of the Civil Execution Act).

(10) Order for delivery (Rule 95)

In Myanmar, the court may order delivery to the purchaser even when a tenant or other person is entitled to occupy the property (Rule 96). On this point, in Japan, an order for delivery cannot be made against a tenant who occupied the property prior to attachment if there is no mortgage, and occupancy by a tenant who has occupied the property after a mortgage was provided but prior to attachment will be recognized for a period limited to 6 months (Article 83 of the Civil Execution Act, Article 395 (1)(1) of the Civil Code). Myanmar's provisions can be read as allowing an order of delivery against an occupant who is entitled to occupy the property, but in practice the occupancy is recognized until the end of the tenancy period (according to the discussion with the Yangon Western District Court judges). Consistency between practice and provisions is desirable.

(11) Obstruction of Transfer of Possession

Rules 97–99 provide for the civil detention of the debtor or others who obstruct the purchaser from obtaining possession (see page 59 of the “Status Paper”). Described in practical terms, the same provisions may be inferred as having the effect of providing indirect compulsion (the impression gained from the roundtable meeting with the Yangon Western District Court judges). In Japan, police assistance can be received in cases of malicious interference (Article 6 (1) of the Civil Execution Act), but in Myanmar there is not an impression of smooth cooperation with the police. If this is the case, improvement on this point is desirable.

III. CONCLUSION

1. Under Myanmar law, there is a system of civil detention, which is touched upon in pages 207-208 of the "Report" and pages 51-52 of the "Status Paper" (the "Status Paper" says that civil detention is used but not frequently, as the creditor must bear the debtor's living expenses). The author heard from the Yangon Western District Court judges that they had not experienced receiving an application for civil detention, so it seems civil detention is rarely used, at least in Yangon city. From the point of view of Japanese law, as described in Footnote 5, there is no room for the adoption of a similar system, but it can be thought that its practical function in Myanmar is not large (although the impression from the roundtable meeting with the Yangon Western District Court judges was that it has a practical function of indirect compulsion). This point is a question for future examination within Myanmar.
2. In Myanmar, the fundamental law is the CPC based on the India Act V of 1908, and other provisions have been subsequently established based on practical requirements. In practice, the circumstances of the parties are given consideration, which is an aspect that should be regarded highly. However, following social and economic development, there are some areas where the contents of the legislation and the actual practice are not always consistent. On this point, it appears necessary to make the operations and regulations consistent. Further, the legislation itself has a complex structure, being divided into general provisions and Rules under Orders, and they are not always well-organized.

Also, because the room for judicial discretion is large and because detailed requirements for practical processes are not clear, the consequences of the parties submitting various applications and objections are difficult to see, which places a heavy burden on the court and may be a factor in bringing out delays in the process.

3. A few other points that were noticed are summarized as follows:

Establishment of a system for submitting appeals and objections that is appropriate to each stage of the process is desirable.

Further, clarification of the relationship between the submission of appeals and objections and a stay of execution seems to be necessary. Also, practical measures concerning sending the record of the case to other courts seem to be required. Limiting the circumstances where the decision on an objection can be appealed should also be examined for the purpose of efficient execution.

The role of the procedure for summoning people within the execution process needs to be clarified.

The practice of payment in installments and its role seems to require clarification, including whether it is an order of the court (and should be granted in a decree) or done by agreement between the parties.

In relation to the current status of the registration system in Myanmar, if the registration of land transactions under the Registration Act has become common practice (as according to the discussion with the Yangon Western District Court judges), then it may be good to consider the registration of attachments under the authority of the court also.

It seems the provisions regarding the acquisition of rights after attachment and coordination with security holders and tenants are insufficient. Even if it is not much of a problem at present, instances of acquiring ownership, security or tenancy without knowledge of the existence of an attachment will increase as real estate transactions become more dynamic, which means coordination with the execution process will become necessary. On this point, the Japanese system for addressing rights that compete against the attachment may be a helpful reference. In any case, examination of the public proclamations of attachment may be necessary.

Establishment of a process for investigating the current conditions in respect of the real property subject to execution and the relationship of rights is desirable.

Regarding the sales process, an examination of the following matters is desirable, including whether to retain the provisions for postponing sale upon the debtor's request, the practice of paying the purchase price in installments and the system for setting aside a sale; with this comes the establishment of conditions if such provisions are retained, as well as the establishment of conditions for distribution when there are multiple creditors.

4. This paper has examined Myanmar's compulsory execution law from the procedural aspect of efficient operation, having comparison with Japanese law as a benchmark. However, it has been limited to relatively superficial observations without knowledge of the actual practices within Myanmar, and there may be many points based upon misunderstandings that do not conform with the actual circumstances. About these points I would like to receive all of your findings and advice, and conduct further examination in the future.

Outline comparison of Japanese and Myanmar Law regarding compulsory execution against real property for a claim of payment of money

(Provisional outline) March 2017

	Japan	Myanmar
	Civil Execution Act (CEA) Rules of Civil Execution (RCE)	Code of Civil Procedure (CPC) Sections and Order (esp.21)-Rules
1 Classification of compulsory execution	<p>1 – Monetary claim (CEA- Art. 34 onwards) “CEA” hereinafter omitted (Subject of execution)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Assets of debtor i.e. <ul style="list-style-type: none"> – Immovable property – Movable property – Claim etc. <p>(Mode of execution)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Attachment and sale – Compulsory administration – Collection of monetary claim etc. <p>2 – Non-monetary claim (Art. 168 onwards) (Categories)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Delivery/vacation – Manifestation of intention (registration process) – Performance/ Non- performance of an action <p>(Modes of execution)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Direct execution (delivery etc.) – Execution by substitute (removal of a house etc.) – Indirect compulsory execu- tion 	<p>1 – Monetary claim – Decree for payment of money (Order 21, Rule 30) “Order21” hereinafter omitted (Subject of execution)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Assets of debtor – Body of debtor <p>(Mode of execution)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Attachment and sale – Detention in civil prison – Other manner as the nature of the relief granted may require (sec- tion 51(e)) Installment? <p>2 – Non-Monetary claim (Sec. 51, Rule 31 onwards) (Categories)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Delivery/vacation – Performance /non-performance – Execution of document of en- dorsement of negotiable instru- ment etc. <p>(Mods of execution)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Direct execution – Appointing a receiver – Detention in civil prison (effect of indirect compulsory execution?) – Attachment and sale (as substitu- tion measures?) etc.
2 Base of execution	Title of obligation + Grant of a certificate of execution (Arts. 22, 26)	Decree (Sec. 36–38)
3 Executive agency	Execution court (including clerk) different court than the judg- ment court Enforcement officer (Art. 2)	Execution court – same court as the judgment court (Enforcement officer?) (Sec. 2(2), 38)

<p>4 Jurisdiction</p>	<p>Principal: – The district court having jurisdiction over the location (where the real property is situated) – Transfer to another court is possible (Arts. 19, 44)</p>	<p>Principal: – The district court which issued the Decree (same as the judgment court) – Transfer of decree to another court is possible (Sec. 37~39) – Where immovable property is situated within the jurisdictions of two or more courts, any court may attach and sell the property. (Rule 3)</p>
<p>5 Objections and appeals</p>	<p>1 – Substantive objection – Action to oppose execution (Art. 35) – Third party action against execution (Art. 38) 2 – Procedural objection – Appeal against a disposition of execution (Art. 10) (When specially provided) Within one week – Objection to a disposition of execution (Art. 11)</p>	<p>1 – Substantive objection – Action to oppose execution (Separate suit between creditor and debtor)? – Third party objection against execution (Rules 58~63) 2 – Procedural objection There are not any concrete provisions?</p>
<p>6 Stay of procedure (suspension)</p>	<p>1 – Due to substantive objection: A The court upon a petition may order a stay until the final judgment. (Art. 36 (1)) B Mandatory Stay or Revocation due to submission of the certain documents (Arts. 39(1), 40) 2 – Due to procedural objection A court of appeal or an execution court may order stay. (Arts. 10(6),11(2))</p>	<p>The court has the general authority to stay the execution. (Rule 26(1)) 1 – Due to substantive objection: a Where a suit is pending against the decree holder ~ the court may stay execution until the pending suit has been decided. (Rule 29) b Third party objection against execution The court has authority to postpone the sale. (Rule 58(2)) 2 – In case of appeal Order of stay by appellate court or the court which passed the decree (Order 41 Rule 5(1)and (2))</p>

7 Restriction of appeal against judgment of objection	<p>1 – Appeal is possible against a judgment about a substantive objection.</p> <p>2 – Judgment about a procedural objection</p> <ul style="list-style-type: none"> – Against the decision of <i>appeal</i> against a disposition of execution → As a rule re-appeal is impossible (Exception Art. 10(8)) – Against the decision of <i>objection</i> against a disposition of execution → As a rule appeal is impossible (Exception Art. 12) 	<p>There are no restrictions on appeal?</p> <p>The court may restrict an appeal if the court thinks it is an abuse or delays the procedure?</p> <p>(Sec. 151)</p>
8 Application for execution	<p>By written application (RCE. Art. 1)</p> <p>Submission of a copy of title of obligation with a certificate of execution</p> <p>Identification of subject of attachment by creditor (RCE. Art. 21)</p>	<p>As a rule by written application</p> <p>Submission of a copy of Decree (Rule 11)</p> <p>Selection of mode of execution (when attachment is selected, identification of subject of attachment by creditor is necessary) (Rule 13(1))</p>
9 Commencement order	<p>When the required preliminary measures have been taken, execution court issues a commencement order and declares an attachment of the real property. (Art. 45(1))</p>	<p>The court executing the decree issues a notice to the debtor for requiring him to show cause why the decree should not be executed. (Rule 22)</p> <p>When the required preliminary measures have been taken, the court issues its process for the execution of the decree. (Rule 24)</p>
10 Attachment	<p>Creditor identifies subject of attachment beforehand, and applies for execution. RCE. Art. 21)</p> <p>An execution court declares an attachment pertaining a commencement order. Art. 45(1)</p> <p>A court clerk commissions registration of the attachment. (Art. 48)</p>	<p>When the creditor chooses attachment as a mode of execution, the creditor must identify the subject of attachment beforehand. (Rule 13(1))</p> <p>Summoning and examination of the debtor upon an application of the creditor. (Rule 41)</p> <p>Notification by beating of drum or other customary mode and affixment of a copy of the order on a conspicuous part of the property etc. (Rule 54(2))</p>

	Any transaction between the debtor and a third party after an attachment is valid, but the outcome of that transaction cannot prevail over the creditor and the purchaser through the execution process. (Art. 46 etc.)	Whether the attachment is effective between the parties is unclear. (Rule 54(1))
11 Preparation for sale	Court – lead procedure (Arts. 57 ~62) – Investigation of the current conditions (enforcement officer) (Art. 57) – Appraisal (appraiser) (Art. 58) – Making the description of the property (court clerk) (Art. 62)	Court – lead procedure? The Court may summon any person and examine him in respect to any matters (material things for a purchaser to know) and require him to produce any document in his possession. (Rule 66(2)~(4)) (The role of the enforcement officer is unclear, and as a whole, the investigation procedure is not as clear)
12 Sale procedure	A court clerk specifies the method of sale, and an enforcement officer implements the sale. (Art. 64(1)(3)) In practice, period bidding is adopted in almost all cases (CER. Arts. 46–48) Next-highest purchaser offer system is adopted. (Art.67) Appeal against an order of permission or non-permission of sale (Art. 74)	Bailiff or deputy bailiff implements the sale. (Rule 65(1)) (Rules 64 ~68) Public auction at the site (provisions for period bidding etc. do not exist.) Re-sale on default (Rules 84(1), 86, 87) Postponement of sale to enable debtor to raise amount of decree (Rule 83) Application to set aside sale (Rules 89, 90) Objection against auction (30 days)?
13 Payment of the price	Acquisition of ownership of the property by purchaser (Art. 79) Acquisition of ownership is not affected by non-existence of an obligation. (Exceptions) 1 When the debtor did not have ownership (due to lack of grounds for acquiring ownership) 2 When the title of obligation was obtained by deception	Acquisition of ownership of the property by purchaser. (Sec. 65) Whether acquisition of ownership is affected by non-existence of the obligation is unclear. 1 When the debtor did not have ownership, the purchaser may apply to the court to set aside the sale. (Rule 91) 2 Any person whose interests are affected by the sale may apply to

	<p>(because the debtor as the owner of the subject property has been excluded from the execution procedure) (Supreme court precedent) Commission of registration (Art. 82)</p>	<p>the court to set aside the sale on the ground of a material irregularity or fraud. (what constitutes a material irregularity or fraud is not clear) Registration by official authority is not performed Deposit by purchaser (payment by installment) is adopted. (Rules 84-87)</p>
14 Delivery order	<p>Arrangement between the possession (occupancy) by the tenant and the attachment or the setting of a mortgage (based on the timing of the contract and the order of the attachment and setting of the mortgage) (Art. 83, Civil Code 395(1)(-1))</p> <p>Delivery order is a title of obligation (Art. 22(-3)). Purchaser can apply the court to execute the delivery upon a delivery order.</p>	<p>Arrangement between the possession(occupancy) by the tenant and the attachment is not clear. In practice, the possession (occupancy) of the tenant before the attachment has priority over the purchaser? (Rules 95, 96)</p> <p>Purchaser must file a suit to remove the person?</p>

Chapitre VI

Evaluer la réforme en droit

Reform of the Law of Obligations

The German Experience Fifteen Years On

*Moritz Bälz**

- I. Introduction
- II. Historical Background of the Reform
- III. Main Aims of the Reform
- IV. Four Key Areas of the Reform
 - 1. Prescription
 - 2. Liability for Non-performance
 - 3. Codification of Case Law
 - 4. Incorporation of Special Statutes on Consumer Protection
- V. A Very Brief Assessment of the Reform 15 Years on
- VI. Some Comparative Observations
 - 1. Eliminating Existing Shortcomings of the Code
 - 2. Internationalization
 - 3. Enhancing Transparency and Legal Certainty

I. INTRODUCTION

Inspired by the recent law of obligations reforms in France and in Japan, the 2017 conference in Lyon, from which the contributions in this volume derive, contemplated fundamental questions of private law reform. For the key civil law codifications of both jurisdictions, the French *Code civil* and the Japanese *Minpō*, it was the most comprehensive reform since their respective enactments in 1804 and 1898. As this volume demonstrates, such comparison offers intriguing insights by revealing both striking similarities and stark contrasts between the two reform projects. The following contribution aims at adding a third perspective to the bilateral dialogue by giving an – admittedly very brief – account of the German experience. As is well known, already in 2002 Germany had implemented a fundamental reform of its law of obligations (*Schuldrechtsmodernisierung*), mainly the law of contract. Looking at the German reform, as a third example which by now has stood the test of practice for more than 15 years, can hopefully enrich the French-Japanese comparison undertaken in this volume.

* Professor of Japanese Law and its Cultural Foundations, Goethe University Frankfurt.

Offering a succinct account of the German experience is a more ambitious task than it might seem at first glance. For the 2002 reform of the German law of obligations constitutes the most momentous reform of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*) since its inception. It can certainly not be the aim here to give a comprehensive account of the numerous and often fundamental changes and how they have played out since their enactment. Even less can this contribution summarize and evaluate the extensive and at times heated debates which preceded, accompanied and followed the reform.¹ Instead, at the risk of some rough generalizations, this contribution tries to highlight some key points of the German experience.

In what follows I shall start by outlining the historical background (II.) and the main aims of the reform (III.). The following part then will familiarize the reader with some key changes introduced by the reform (IV.). Finally, I shall attempt to give a very brief evaluation (V.) and conclude with some comparative observations (VI.).

II. HISTORICAL BACKGROUND OF THE REFORM

Overall, since first entering into force in the year 1900, the German Civil Code has proved remarkably resilient.² Despite radically different political regimes over the 20th century and major disruptions including two world wars, the code encountered few formal changes, the main exception being family law, where extensive changes aimed at overcoming the BGB's patriarchal structure.³ Even the transposition of European consumer directives

1 For more comprehensive reports on the German reform in English, see, among others, S. GRUNDMANN, Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002, European Review of Contract Law (ERCL) 1 (2005) 128; M. REIMANN, The Good, the Bad, and the Ugly: The Reform of the German Law of Obligations, Tulane Law Review 83 (2008/2009) 877; P. SCHLECHTRIEM, The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe (2002), Oxford University Comparative Law Forum 1 at *ouclf.law.ox.ac.uk*; R. ZIMMERMANN, The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives (Oxford 2005). For references to the vast literature in German, see, e.g., D. OLZEN, in: von Staudinger (ed.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243 (Berlin, Neubearbeitung 2019) Einleitung zum Schuldrecht, n. 180–205.

2 R. ZIMMERMANN, Characteristic Aspects of German Legal Culture, in: Reimann/Zekoll (eds.), Introduction to German Law (Munich 2005) 1, 13.

3 It should be noted that the regional scope of application has changed repeatedly, last but not the least with regard to the former East Germany, where from 1976 until the reunification of Germany in 1990 a socialist civil code (*Zivilgesetzbuch*) replaced the BGB.

into national law left the language of the code widely unchanged. This is because the directives were mostly implemented in special statutes, a process which can be conceived as de-codification.⁴ Similarly, also major changes in tenancy law and labour law mainly occurred outside the code. The sweeping changes to the code by the 2002 Modernization of the Law of Obligations Act (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)⁵ therefore stood as a clear watershed.

Discussions on the need for reform of the German law of obligations date back to the late 1970s.⁶ Germany witnessed particularly vivid discussions on the final report of an expert commission published in 1992.⁷ By the end of the 1990s, however, these discussions had mostly abated. Most people considered such ambitious a project highly unlikely to be realized in the foreseeable future. Like quite a few other reforms of German law in recent times, the reform eventually was triggered by changes in European law, in this case the 1994 European Consumer Sales Directive.⁸ The German legislature was required to implement new standards on consumer sales by 31 December 2001.⁹ But the reform eventually went far further.

It was the German Ministry of Justice which decided to use the momentum for reform, to opt for the so-called ‘big solution’ (*große Lösung*).¹⁰ The public was quite surprised when the Ministry in 2000 published a 630-page Discus-

4 S. GRUNDMANN/M.-S. SCHÄFER, The French and the German Reforms of Contract Law, *European Review of Contract Law (ERCL)* 13 (2017) 459, 467.

5 *Bundesgesetzblatt* 2001 I, 3138. A bilingual (German and English) synopsis of those provisions of the BGB which were affected by the Reform Act, prepared by Geoffrey Thomas and Gerhard Dannemann, is available in the German Law Archive at <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=632>.

6 More extensively on the historical background of the reform, ZIMMERMANN, *supra* note 1, 30–35.

7 BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (ed.), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (Bundesanzeiger 1992).

8 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Official Journal L* 171, 7.7.1999, 12.

9 In the end, the reform transformed two more European directives into German law, namely Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, *Official Journal L* 200, 8.8.2000, 35, and Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), *Official Journal L* 178, 17.7.2000, 1.

10 The Minister herself presented the rationale for such comprehensive reform in a 2001 article: H. DÄUBLER-GMELIN, Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 2281.

sion Draft, which has been compared to “a bomb dropped on the German legal community”.¹¹ This Draft met with severe criticism from legal practitioners as well as from scholars.¹² However, in the end, by accepting part of the criticism and preserving the impetus for reform, the Ministry of Justice managed to push the reform through within little more than one year, letting one well-known scholar speak of a “veritable *Blitzkrieg*”.¹³ The new rules were promulgated in late 2001 and entered into force within less than six weeks on 1 January 2002. The BGB was re-promulgated on 2 January 2002.¹⁴

III. MAIN AIMS OF THE REFORM

From a comparative perspective, it is interesting to look at the aims which have driven this ambitious reform:

It has already been mentioned that the German legislature was obliged to transform new European standards on consumer sales into national law. The German Minister of Justice took the view, which was heavily contested at the time, that the changes required by European law were so fundamental that, in the interest of the integrity of the BGB, the opportunity should be used to modernize the law of obligations much more comprehensively.¹⁵ Specifically, this was assumed with a view to the rules on the buyer’s claim for performance (*Erfüllungsanspruch des Käufers*), the seller’s right to cure a defect (*Nachbesserungsanspruch des Verkäufers*) as well as the rules on prescription (*Verjährung*). By transposing the European rules on consumer sales into general contract law, the German legislature, therefore, opted to expand their scope in many respects from consumer sales to all sales, and from sale contracts to all types of contracts.¹⁶

Leaving this external trigger aside, the overall aims of the reform can be summarized as follows: Firstly, the reform was to eliminate some grave and widely perceived deficiencies of the existing Code. Most prominently, a broad consensus had long formed that the fragmented rules on prescription were in dire need of reform. To name just one more example, new rules on liability for non-conformity in sales law were widely seen as overdue.

11 REIMANN, *supra* note 1, 884.

12 For the diversity of this criticism, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 1, sub I.2; for the scholarly criticism in particular, see, e.g., the contributions in W. ERNST/R. ZIMMERMANN (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform – Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz* (Tübingen 2001).

13 REIMANN, *supra* note 1, 884.

14 Bundesgesetzblatt 2002 I, 42.

15 DÄUBLER-GMELIN, *supra* note 10, 2281.

16 GRUNDMANN/SCHÄFER, *supra* note 4, 468 et seq.

Secondly and importantly, the reform aimed at bringing the German law of obligations more in line with international developments. The BGB as it first entered into force in the year 1900 was a product of the heyday of nation states and national codification projects, it has been labelled “the crowning symbol of German legal unity”.¹⁷ Since then, international harmonization of laws, for Germany in particular the Europeanization of private law since the 1980s, changed the scene and challenged the national legislature even beyond the technical obligations to transform specific European standards into national law. The German minister of justice took the view that only by modernizing its law of obligations would Germany be able to have an impact on international developments and that a contract law conforming to international standards would offer substantial advantages for German business.¹⁸ Primarily, the reform took inspiration from the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), e.g., with regard to the introduction of a general concept of breach, but also from other international models, such as the Principles of European Contract Law (PECL). It helped the German legislature in this context that the European Consumer Sale Directive had used the CISG as a model as well.

Thirdly, the reformers hoped to enhance the legitimacy, transparency, and legal certainty of the German law of obligations.¹⁹ Already the reform commission which had prepared the aforementioned 1992 report²⁰ had been given the task of preparing a draft which – last but not the least on the basis of case law and contractual practice – would make the law of obligations clearer and more in keeping with the times.²¹ Major parts of the reform were thus not meant to change the rules substantively but to codify recognized doctrines and to rephrase and reorganize existing rules.

IV. FOUR KEY AREAS OF THE REFORM

The reform covered mainly four areas: the rules on prescription (1.), liability for non-performance (2.), the codification of case law (3.), and the incorporation of a number of special statutes into the BGB (4.). The reform

17 ZIMMERMANN, *supra* note 2, 7.

18 DÄUBLER-GMELIN, *supra* note 10, 2289.

19 See B. DAUNER-LIEB, Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann, *supra* note 12, 305, 306, who convincingly points out that this aim, while uncontroversial in theory, is particularly difficult to achieve in practice.

20 See *supra* note 7.

21 See the explanations by the minister of justice at the time H. ENGELHARD, Zu den Aufgaben einer Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Neue Juristische Wochenschrift 1984, 1201.

was in fact – despite its name – mostly confined to contract law, and the name of the reform act can only be explained by the initially much broader scope of the project.²² The notable exception is the rules on prescription, which equally apply to claims arising in tort or unjust enrichment and, even beyond the scope of the law of obligations, to claims in property law, family law, and the law of succession.

1. Prescription

For legal practice, the new rules on prescription arguably constitute the most significant part of the reform. The pre-2002 highly differentiated prescription regime had long been criticized as overly complicated, inconsistent and in many cases inappropriate.²³ *Inter alia*, the general prescription period of 30 years (the former § 195 BGB), which in practice worked rather as the exception than the rule, was considered excessively long. By contrast, with regard to buyer's warranty claims under contracts of sale, the special period of only six months stipulated by the former § 477 BGB was considered unreasonably short. The latter had caused the German courts to expand tort law in rather questionable ways, by framing warranty claims as tort claims in order to help buyers of non-conforming goods whose contract claims could no longer be enforced.

The new regime (§§ 194–218 BGB) is influenced by the Principles of European Contract Law.²⁴ It is based on a short general prescription period of three years (§ 195 BGB), in part similar to the rule applicable for tort claims prior to the reform (former § 852 BGB). The new general prescription period runs from the end of the year in which the claim arises and the obligee obtains, or absent gross negligence should have obtained, knowledge of the circumstances giving rise to the claim and the identity of the obligor (§ 199 para. 1 BGB; so-called subjective system). As this alone would mean that claims could be brought decades after they arose, additional objective maximum prescription periods (longstops) apply – their being ten to thirty years, depending on the kind of claim – after which no claims can be enforced any longer irrespective of the obligee's knowledge (§ 199 para. 2 to 4 BGB).

Finally, there are specific prescription periods for certain categories of claims. In accord with the Consumer Sales Directive, in cases of non-conforming performance of sales contracts, § 438 BGB provides for a period

22 ZIMMERMANN, *supra* note 1, 2.

23 See H.-P. MANSEL/M. STÜRNER, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack (eds.), *Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil – EGBGB, Vorbemerkungen zu §§ 194–218*, n. 1 with further references.

24 See ZIMMERMANN, *supra* note 1, 123.

of two years for movables, of five years for buildings, and of 30 years for certain third-party rights *in rem* (in particular, ownership) which entitle the third party to reclaim the object. Similarly, for defects in construction, § 634 a BGB provides for a period of two years for warranty claims for non-conforming movables, and of five years for defective buildings. Longer periods apply, both for sales contracts and construction contracts, where a defect has been fraudulently concealed (§§ 438 para. 3 and 634 a para. 3 BGB).

To mention just one more fundamental change introduced by the reform with regard to prescription, the parties now can agree not only to shorten but also to extend the period of prescription up to a maximum of 30 years (§ 202 para. 2 BGB). The latter was not permitted under the old regime.

2. *Liability for Non-performance*

Arguably most interesting from a doctrinal point of view are the changes which the reform brought about with regard to liability for non-performance in general, and for non-conformity in sales law and construction law in particular:

Before the reform, the BGB's general law of obligations provided for different remedies for impossibility (*Unmöglichkeit*) and for delay (*Verzug*). In addition, the rules governing particular types of contracts, such as sales and construction contracts, stipulated specific remedies for non-conformity (*Gewährleistungsrecht*), which gave rise to many questions of delineation. By contrast, the pre-2002 Code did not offer a general remedy for deficient performance. Nor did the statutory rules expressly cover consequential loss suffered due to deficient performance. This significant gap had long been filled by the courts using the non-codified doctrine of 'positive breach of contract' (*positive Vertragsverletzung*). The latter is familiar to Japanese readers, as it was – somehow ironically – later also transplanted into Japanese law despite the fact that the Japanese *Minpō* in its Art. 415, different from German law, did already provide for a comprehensive remedy.²⁵

The reform of the law of obligations introduced a central remedy based on the notion of breach of an obligation (*Pflichtverletzung*). According to the new core provision of § 280 para. 1 BGB, the obligee may claim damages for any breach of contractual duty, unless the obligor can show that he is not responsible for the breach. By introducing a comprehensive remedy the new regime in principle followed the model of the CISG. At the same time, the new approach resembles the concept of "non-performance" in the

25 Z. KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Frankfurt a. M./Berlin 1970) 68 et seq. See also M. BÄLZ, *Japans später Beitritt zum UN-Kaufrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 73 (2009) 683, 700.

Principles of European Private Law. From a Japanese perspective, the decision of the German legislature to adopt such a comprehensive remedy can be considered a confirmation of the critique of Japan's reception of German doctrine as being in part excessive.²⁶

It should be noted that it was not without exceptions that the German reform followed international models. Notably, with regard to damages,²⁷ even the new rules, as opposed to the CISG, in principle require fault (*Verschulden*). The practical effect of this deviation from international standards should, however, not be overestimated, as under § 280 para. 1 BGB the responsibility of the obligor is legally presumed and may be given even without fault in certain cases.

The special rules on non-conformity (*Gewährleistungsrecht*) in sales and construction contracts were amended as well. While the details are complex, the legislature has opted in favour of preserving the unity of German sales law and adjusting, in principle, the general sales law to the rules of the European Consumer Sales Directive. Only certain rules apply exclusively to consumer contracts (§§ 474–479 BGB). Furthermore, various changes were made to harmonize the rules on non-conformity with the general rules on breach of an obligation.

3. Codification of Case Law

A third major part of the reform consists of the codification of various recognized doctrines.²⁸ Within a century since its enactment, the rules of the BGB had become covered by a thick layer of case law. The courts, often in a dialogue with academic scholars, had for decades worked on filling inevitable gaps, erasing inconsistencies, and adjusting rules to new economic and technical developments and societal changes. Thus, by the end of the 20th century, on many important points the pre-reform Code no longer reflected the rules as applied in legal practice. This phenomenon, of course, is not unique to Germany, reflecting instead the basic concept of codification. While completeness is no longer considered a realistic aim of a codification, it is the very idea of a code that it stipulates the key rules and principles of the respective field, a motif unsurprisingly found also in the law of obligations reforms in France and Japan. Actually, given the brief and gen-

26 A. KAMO, Blick aus Japan auf die deutsche Schuldrechtsmodernisierung. Eine Studie zur Rechtsübertragung, in: Artz/Gsell/Lorenz (eds.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung (Tübingen 2014) 121, 132–133 [for a reprint of this article see ZJapanR/J.Japan.L 38 (2014) 171].

27 The fault requirement was given up with regard to revocation (*Rücktritt*).

28 For details, see, DAUNER-LIEB, *supra* note 19, 305.

eral wording of the original French *Code civil* and the original Japanese *Minpō*, it might feature there even more prominently.²⁹

The reform of the German law of obligations therefore introduced several of these *praeter legem* recognized rules into the BGB. To give a few prominent examples: The rule on liability for the violation of pre-contractual duties, the so-called *culpa in contrahendo*, was codified, rudimentarily though, in § 311 BGB. The principle of change of circumstances (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), introduced by the German courts after the First World War to cope with the economic slump, was, with some adjustments, now expressly stipulated in § 313 BGB. The general right to terminate long-term contracts for a compelling reason (*Kündigung aus wichtigem Grund*), which had long been accepted by courts and scholars alike, was incorporated into § 314 BGB.

These doctrines are now expressly mentioned in the Code and thus “made visible”. They were, however, mostly codified in rather general terms. § 314 BGB, to give only one example, defines only in very abstract form when a “compelling reason” is given. The prerequisites for the application and the consequences of the new rules, to a large extent, are left to be developed further by case law and legal scholars. Some have criticized the reform on this point as mostly symbolic and of little value for the operation of law.³⁰ On this point and as with regard to codification in general, a legislature must balance the aim of enhancing legal certainty through detailed and precise rules against the aim of leaving to the courts sufficient room to reflect further developments. No less importantly, as also the Japanese and the French reforms seem to demonstrate, a reform legislature must weigh the risk of aiming too high with regard to detailed rules – which are notoriously hard to agree upon – and of thus losing the impetus for reform altogether.

4. *Incorporation of Special Statutes on Consumer Protection*

The reform has greatly changed the face of the BGB due to the decision to incorporate various special statutes, mostly concerning consumer protection, into the Code. It has already been mentioned that, while the BGB had formally proved remarkably resilient for an entire century, the German legislature, often in order to transpose European standards on consumer protection into national law, had created a number of special statutes complementing the BGB. Prominent examples include the Standard Contract Terms Act,³¹

29 See, for Japan, KAMO, *supra* note 26, 124–125.

30 DAUNER-LIEB, *supra* note 19, 327–328.

31 *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (usually abbreviated as *AGB-Gesetz*). The law in its original form dates of 1977 and thus

the Consumer Credit Act,³² the Doorstep Selling Act³³ and the Product Liability Act.³⁴ The German legislature could have opted in favour of the French model and created a consumer code.³⁵ Instead, in order to apply consumer protection rules more easily and to harmonize them with general contract law, the 2002 law of obligations reform incorporated most of these special statutes into the BGB.³⁶ Some detailed and easily changing rules, in particular on information duties, were initially shifted into an ordinance and today can be found in the Introductory Code to the Civil Code.³⁷

As these consumer protection rules are mostly based on European law, incorporating them into the BGB had to ensure that the standards required by European law were fully met. Furthermore, European private law has its own concepts, not all of which are easily harmonized with German doctrine. This made it difficult to fit the rules of the various special statutes into the Code homogeneously. The law of obligations reform to a large extent simply inserted the existing provisions of the special statutes ‘undigested’ as new, very detailed paragraphs into the BGB. A true, more consistent codification, arguably, would have taken many more years. The result is that often these new paragraphs are perceived as alien elements in the Code, one prominent author going so far as to speak of “the ugly result of the reform”.³⁸

V. A VERY BRIEF ASSESSMENT OF THE REFORM 15 YEARS ON

With regard to the reform of the German law of obligations, we enjoy the benefit of assessing a reform project from considerable temporal distance. As opposed to Japan’s reform of the law of obligations, which will enter into force in April 2020, and the rules introduced by the French reform, which (with some exceptions) have applied since 2016, the new German

precedes the Council Directive 93/13/EEC of April 1993 on unfair terms in consumer contracts. While the latter is limited to consumer contracts, the German AGB-Gesetz as well as today’s §§ 305–310 BGB, which have succeeded the Act, in principle apply also to commercial contracts.

32 *Verbraucherkreditgesetz*.

33 *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*.

34 *Produkthaftungsgesetz*.

35 For an in-depth discussion of the various options available to the legislature, see K. RIESENHUBER, *Verbraucherschutz und Schuldrechtsmodernisierung*, in: Tadaki/Baum (eds.), *Saiken-hō kaisei ni kan suru hikō-hō-teki kentō. Nichidoku-hō no kanten kara*. Schuldrechtsmodernisierung in Japan – eine vergleichende Analyse (Hachijōji 2014) 147, 168–175.

36 Of the aforementioned special statutes, only the Product Liability Law, which is not part of consumer contract law, still remains a separate statute.

37 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB)*.

38 REIMANN, *supra* note 1, 913.

law of obligations by now has stood the test of legal practice for quite some time. Giving a detailed assessment – if only of the most important of the new rules introduced by the reform – is presently neither feasible³⁹ nor required for the purpose of this volume. However, the temporal distance allows us to make some general remarks on whether the reform has achieved its key aims:

With regard to the aim to eliminate some widely perceived deficiencies of the pre-2002 Code, the prevailing view today seems to be that the new rules have brought substantial improvements on numerous, but certainly not on all points. For example, the new rules on prescription are generally regarded as simpler, more consistent and more adequate than those of the pre-2002 Code. However, controversies remain not only as to whether for individual rules more preferable options could have been chosen, but also as to whether, as a principle matter, the rules on prescription should not have followed the model of the Principles of European Contract Law more closely.⁴⁰ Similarly, most observers agree that consolidating the complex array of provisions on liability of non-performance overall was a good decision. Nevertheless, various individual rules have given rise to controversies, including such fundamental provisions as § 280 BGB. A few provisions, like § 444 BGB (concerning agreements excluding the liability of the seller), had to be clarified by another revision shortly after the 2002 reform. Considered as a whole, it is hard to deny that even the new regime remains rather complicated. This arguably limits its suitability to serve as model for other jurisdictions.⁴¹

The reform to a considerable extent has achieved its aim of contributing to the internationalization and Europeanization of German civil law. The reform not only transformed three European consumer directives into national law,⁴² it also clearly brought the rules of the BGB – which for its part continues to be “a characteristic manifestation of German legal culture”⁴³ – closer to international standards as expressed *inter alia* in the CISG and the Principles of European Contract Law. Again, the new rules on prescription, which were hardly connected to the aforementioned directives, can be named here. For example, their new basic approach to combine short subjective with longer objective prescription periods, can be similarly found in the Principles of European Contract Law as well as in recent reforms of

39 For a more comprehensive assessment, see, e.g., the contributions in M. ARTZ/B. GSELL/S. LORENZ (eds.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung* (Tübingen 2014).

40 ZIMMERMANN, *supra* note 1, 158.

41 M. DERNAUER, *Der Schuldrechtsreform-Entwurf: Versuch einer Bewertung*, in: Tadaki/Baum, *supra* note 35, 412, 416.

42 See, *supra* note 8 and 9.

43 ZIMMERMANN, *supra* note 1, 4.

other jurisdictions, including Japan and France.⁴⁴ Indirectly the reform has forced German scholars to more intensively look beyond national borders and thus has diminished the national isolation of legal scholarship.⁴⁵ This should be valued as an important achievement of the reform.

As regards the aim of enhancing the legitimacy, transparency, and legal certainty of the BGB, a verdict is more difficult. More than 15 years after the reform, the courts are routinely applying the new rules. Overall, one can state that the system works without major mishaps being observed and that the rupture has been less severe as than some had feared.⁴⁶ It is noteworthy in this context that the courts to a large extent continue to apply pre-2002 case law, which thus shows a remarkable persistence.⁴⁷ The much-criticized legal uncertainty caused by the sweeping reform by now seems to have been reduced to a reasonable level. One can observe that those *praeter legem* doctrines codified by the reform in rather general language have gradually developed further over time. Whether one deplores that the legislator in 2002 missed an opportunity to regulate more specifically and to achieve substantial gains in legal certainty⁴⁸ in part depends on the degree to which one is willing to trust in the judiciary.

Nevertheless, even if the formerly heated debate has long abated, some observers still deplore the price paid for the reform with regard to the consistency and intellectual integrity of the Code.⁴⁹ Given the vigor of the idea that the Civil Code constitutes a system in Germany, this can be considered a substantial cost of the reform and reaches beyond matters of aesthetics.⁵⁰ Courts and, arguably even more so, scholars are certainly once again striving to strengthen doctrinal consistency; however, not all damage done to the Code can be repaired. The controversial decision to consolidate numerous special statutes into the Code is highly unlikely to be reversed in the

44 For parallels between Germany, Japan and France on this point, see Y. NAGATA, *Die Verjährung im japanischen Zivilrecht und ihre Reform* (Tübingen 2017) 193–194.

45 ZIMMERMANN, *supra* note 1, 36–37.

46 See, e.g., OLZEN, *supra* note 1, note 205 and H. SPRAU, in: Palandt (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch* (76th ed., Munich 2017), Einleitung note 10a; 2; cf. furthermore, as of 2012, CH. GRIGOLEIT, *System der Leistungsstörung. Einheitlichkeit und Differenzierung im kaufrechtlichen Leistungsstörungsrecht*, in: Artz/Gsell/Lorenz, *supra* note 39, 55, 58. With a view to the overall successful realignment of the general rules on non-performance and the rules on non-conformity in sales law and contract law, S. LORENZ, *Systematik und Neuordnung von Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht im deutschen Recht*, in: Tadaki/Baum, *supra* note 35, 45, 79.

47 J. SCHMIDT-RÄNSCH, *Zehn Jahre Schuldrechtsreform*, in: Artz/Gsell/Lorenz, *supra* note 39, 143, 143–144.

48 DAUNER-LIEB, *supra* note 19, 327

49 For a representative voice, see, ZIMMERMANN, *supra* note 2, 16.

50 REIMANN, *supra* note 1, 914.

foreseeable future. A doctrinal reconciliation will never be achieved in full given that many elements introduced into the Code from European private law are not at the disposal of the German legislature. To be fair, even if the consolidation did make the face of the Code uglier,⁵¹ the divide in German private law as such, between the doctrinal structures of the Code and the concepts of European private law, would exist even if the legislature had opted against a consolidation and instead either kept the existing special statutes or opted for creating a French-style consumer code. On the positive side, incorporating consumer protection rules into the BGB has enhanced the awareness that consumer contract law forms an important part of contract law and should be developed as such, not as a less important and entirely independent body of rules.⁵²

VI. SOME COMPARATIVE OBSERVATIONS

Let us finally reflect on how the German reform of the law of obligation compares to its French and the Japanese counterparts contemplated in this volume. Given the limited space here, I shall focus in what follows on the aims of the reform. In this respect, compared to the Japanese and the French cases, we observe both substantial similarities and striking differences.

1. *Eliminating Existing Shortcomings of the Code*

The goal to eliminate existing deficiencies of the code can of course be found in all three reform projects. Arguably, it will be hard to find any comprehensive legal reform which does not purport to “improve” existing rules.

With regard to which specific rules in the law of obligations were amended, we observe some overlap. For example, the law of prescription has featured prominently both in the German and the Japanese project (France had reformed its prescription rules, prior to its law of obligations reform, already in 2007). Given that the pre-reform rules differed substantially and given that the same rule does not necessarily fit the needs in all jurisdictions, it is not surprising that many amendments in one of the three jurisdictions do not have exact counterparts in the others. There was, for example, simply no need to abolish a cause requirement in German or Japanese law, as such an element simply did not exist. The change of circumstances principle, which was codified in all three codes for the first time, was recognized already by German and Japanese doctrine prior to the reform, whereas its introduction into the French *Code civil* brought about an

51 See REIMANN, *supra* note

52 For a balanced view on this point, see, also RIESENHUBER, *supra* note 35, 175.

important substantive change as well. Whether or not the development of the principle of good faith (*principe de bonne foi*) into an overarching principle of French contract law can be called an elimination of a deficiency, it is from a German perspective a highly interesting step, one which clearly brought French contract law closer to the German.⁵³

2. *Internationalization*

As mentioned earlier, bringing the German law of obligations closer to emerging international standards constituted another major aim of the German reform. Similarly, internationalization constituted a major factor also in the French reform, even if it is not stipulated expressly in the ratification act. This does not come as a surprise given that, despite some setbacks regarding the efforts to create a European civil code, the influence of European law on the private law of all member states remains strong and various soft law instruments such as the Principles of European Contract Law continue to receive much attention.

In addition, in Germany and France there was a strategic goal at work. With the 2002 reform the German legislature did not only wish to learn from and to align German national law with international models; at the same time it hoped to preserve and extend the influence of German law on international developments.⁵⁴ Enhancing the attractiveness of French law both as a model for international harmonization projects and as law governing international contracts by choice of the parties arguably was even stronger a factor in the French case.⁵⁵

In Japan, by contrast, even though the original *Minpō* is the product of intensive reception of foreign, mainly continental European models, and despite Japan's rather belated accession to the CISG in 2008,⁵⁶ bringing Japanese rules closer to international models did not feature as prominently among the aims of the reform. Officially, the reform was, firstly, to modernise the *Minpō* in the sense of adjusting it to changes in socio-economic

53 GRUNDMANN/SCHÄFER, *supra* note 4, 470–472.

54 DÄUBLER-GMELIN, *supra* note 10, 2289.

55 See, from a comparative perspective, J. SMITS/C. CALOMME, The Reform of the French Law of Obligations. Les Jeux sont faits, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23 (2016) 1040, 1042; H. J. SONNENBERGER, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016–131 vom 10.2.2016, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, 6, 16–18, who doubts that the reform will make French law more competitive as the applicable law for international transactions, as other factors seem far more important.

56 See, BÄLZ, *supra* note 25.

circumstances since its enactment, and, secondly, to make the code more transparent and easier to understand for normal citizens.⁵⁷ This, certainly, does not mean that for the Japanese reform of the law of obligations the models of other jurisdictions – not least French and German law, as well as international conventions and principles – have not been studied intensively. The Japanese Ministry of Justice has compiled an impressive collection of comparative law materials assembled for the reform.⁵⁸ Japanese scholars, in particular, have contributed their deep comparative law knowledge during the various stages of the reform. Nevertheless, it appears that international models served mainly as sources of inspiration, rather than there existing the desire for international harmonization as an aim in itself. While, of course, the various actors had their individual views, key players instead emphasized the goal to create modern rules suiting Japan's specific (primarily domestic) needs.⁵⁹

3. *Enhancing Transparency and Legal Certainty*

Finally, as regards the aim of enhancing legal certainty and bringing the written law closer to law in practice, one can observe clear parallels. While all three codes, – the German BGB, the French *Code civil* and the Japanese *Minpō* – since their inception and over the dramatic ruptures of the 20th century have shown a remarkable resilience, in all three jurisdictions towards the end of the century pressure for legislative reform seems to have mounted. Many observers took the view that the time had finally come to recodify, reorganize and reinvigorate their respective civil codes.

57 *Shimon dai 88-gō* [Consultation no. 88 of the Minister of Justice with the Legislative Council of the Ministry of Justice at the 160th meeting, 28 October 2009], <http://www.moj.go.jp/content/000005084.pdf>. See also, M. DERNAUER, Der Schuldrechtsreformentwurf: Eine Bewertung, *ZJapanR/J.Japan.L* 39 (2015) 35, 38; M. OKUDA, *Saiken hōsei ni kan suru gaikan* [Overview of the Reform of the Law of Obligations], in: Tadaki/Baum, *supra* note 35, 3, 8; K. YAMAMOTO, Die Schuldrechtsreform 2020 in Japan und die Rechtsvergleichung, in: Yamamoto/Koziol (eds.), *Das reformierte japanische Schuldrecht. Erläuterungen und Text* (forthcoming, Tübingen 2021) sub II.1.

58 HÖMU-SHŌ MINJI-KYOKU SANJI KANSHITSU [Chamber of Councilor, Civil Bureau of the Ministry of Justice/Ministry of Justice] (ed.), *Minpō (saiken kankei) kaisei ni kan suru hikaku-hō shiryō* [Comparative law materials regarding the reform of the Civil Code (law of obligations)], Bessatsu NBL 146 (2014).

59 See, e.g., *Minpō kaisei kenkyū-kai* [Working Group for the Reform of the Civil Code], *Nihon Minpō-ten kaisei hōan I* [Draft for the reform of the Japanese Civil Code I] 160 et seq and 184 et seq. This is one of several academic groups which contributed to the preparation of the reform. For a detailed analysis, see, YAMAMOTO, *supra* note 57, sub III.2.

However, contemplating the three reform projects more closely, even this aim shows different nuances. As already mentioned, the Japan reform expressly aimed at making the *Minpō* more transparent to normal citizens. Such aim for most German jurists appears to be a very elusive goal, if not utterly unrealistic.⁶⁰ The BGB from its inception was a code designed as a highly technical code for professionals, aiming for abstraction and precision even at the expense of transparency for a general public. The codification of case law through the reform of the law obligations, undertaken to enhance clarity, strived to make it easier for professionals to apply the rules of the code. If the reform has at the same time made it easier to teach the law of obligations to law students, as most will agree it has,⁶¹ this constitutes a welcome by-product. But that even laymen would be able to know their rights and duties simply from reading the revised code clearly was not aimed for.

Which of the three reform projects will in the long run prove most successful in achieving more transparency is, as of now, difficult to say. While the German reform profited from extensive discussion on a reform of the law of obligations reaching back to the 1970s, the reform in its final form was pushed through by the Ministry of Justice in an extremely short time. The legislature certainly could have achieved more with regard to consistency and precision had the Ministry of Justice not feared the rare momentum for reform could be lost altogether if the debate were continued much longer.

It has been said that for the German BGB, “the future for [its] intellectual integrity [...] does not look bright”.⁶² This is because the German reform of the law of obligations, the most comprehensive since the enactment of the BGB, has not brought reforms of the law of obligations to an end. Besides a major reform of the law of damages prepared more or less in parallel and enacted shortly after the reform of the law of obligations,⁶³ various European directives, *inter alia* on consumer rights,⁶⁴ mortgage credit,⁶⁵ and

60 DERNAUER, *supra* note 57, 38–40. See, generally, also DAUNER-LIEB, *supra* note 19, 306–307, with further references in note 8. It should be noted that, of course, there are critics of this aim of the Japanese reform also among Japanese scholars. See, e.g., T. SUIZU, Die Schuldrechtsreform in Japan – betrachtet aus dem Blickwinkel der Kodifikationsidee, *ZJapanR/J.Japan.L* 32 (2011) 249, 258–259.

61 GRIGOLEIT, *supra* note 46, 58; OLZEN, *supra* note 1, 205.

62 ZIMMERMANN, *supra* note 2, 17.

63 *Zweites Schadensrechtsänderungsgesetz*, in force since 1.8.2002.

64 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, *Official Journal L* 304, 22.11., 64.

65 Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property, *Official Journal L* 60, 28.2.2014, 34.

package travel,⁶⁶ have since 2002 required implementation, and extensive new provisions on treatment contracts (§§ 630a et seq. BGB) and, most recently, architecture and engineering contracts (§§ 650p et seq. BGB) have been added to the code. German lawyers have grown used to the fact that German private law has become a “permanent building site where two architects are working simultaneously, one in Berlin and one in Brussels/Strasbourg”.⁶⁷ Thus, rather than promising a new century of resilience, the sweeping reform of the year 2002 has marked the beginning of a period of continuous reform. At least for the German BGB, preserving consistency and transparency of the code therefore remains a major challenge for the future as well.

66 Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, Official Journal L 326, 11.12.2015, 1.

67 As predicted by W.-H. ROTH, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, *Juristenzeitung* 2001, 475, 488.

La réforme française du droit des contrats, réussite et failles

*Blandine Mallet-Bricout**

*« Un Code n'est pas seulement corps, mais esprit, souffle et volonté ;
un Code civil suppose une réduction du complexe au simple, une
remontée vers les principes, un accord sur les valeurs, le sentiment
d'un ordre civil fondamental, un style et même une langue. »*

Ph. REMY, Regards sur le Code, *in* Le Code civil 1804–2004,
Livre du Bicentenaire (Daloz Litec, 2004) 99.

- I. Introduction
- II. La méthode d'évaluation en questions
 - 1. Temporalité et légitimité de l'évaluation
 - 2. Problématique des critères d'évaluation
- III. Les résultats de l'évaluation en suspens
 - 1. Evaluation qualitative et interne de la réforme du droit français des contrats
 - 2. Perspectives d'évaluation : l'avenir de la réforme du droit français des contrats

I. INTRODUCTION

Il peut paraître quelque peu paradoxal de poser la question de l'évaluation d'une réforme aussi récente que celle du droit français des contrats, celle-ci ayant eu lieu par une ordonnance du 10 février 2016¹ et étant entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Le recul sur cette réforme est donc faible, ce qui peut soulever la question de la possibilité même de son évaluation. Il est dès lors indispensable, à titre liminaire, de se demander quel peut être le sens d'un tel sujet, en dépit de l'obstacle temporel qui vient d'être évoqué. Le sujet invite en effet à s'interroger sur les objectifs de l'évaluation d'une réforme, peut-être aussi sur l'unité ou la diversité des évaluations, et sur une forme de gradation temporelle dans l'évaluation.

Après plus d'une décennie de réflexion doctrinale, émaillée de plusieurs avant-projets et projets de réforme (avant-projet du « groupe Catala », avant-projet du « groupe Terré », projets successifs du Ministère de la Justice), la réforme du droit français *des contrats, de la preuve et du régime*

* Professeur à l'Université de Lyon (Jean-Moulin-Lyon 3).

¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

des obligations est donc intervenue en février 2016. La perspective d'une réforme du droit français des obligations avait été lancée à l'occasion du bicentenaire du Code civil en 2004, le Livre III du Code civil français n'ayant pas été modifié, si ce n'est à la marge, depuis son adoption en 1804. Pour reprendre une belle expression du Doyen Jean Carbonnier, ce Livre III était « le symbole du temps arrêté »²... Cette réforme est ainsi, et avant tout, le fruit des réflexions croisées et des débats juridiques – parfois puissants – qui l'ont précédée ; elle consacre dans une certaine mesure la jurisprudence de la Cour de cassation, et introduit en parallèle dans notre droit de nouvelles institutions juridiques, voire un nouveau regard sur la relation contractuelle et l'équilibre parties / juge. Face à des textes parfois désuets et dans le contexte sous-jacent d'un rapport de forces inter-étatique, la rénovation du droit français des obligations était devenue peu à peu un enjeu important pour maintenir l'influence et le prestige du droit français au sein de l'Europe.

Le domaine de la réforme est circonscrit au droit commun des contrats, au régime de la preuve et au régime de l'obligation, donc à une partie seulement du droit des obligations, l'idée du ministère de la Justice (qui a mené à bien la réforme) étant de procéder en deux temps : d'abord le droit commun du contrat, de la preuve et du régime des obligations, puis la responsabilité civile au sens large, ce qui inclut la responsabilité contractuelle.³

Ainsi que cela a été souligné par Béatrice Jaluzot,⁴ s'intéresser à l'évaluation d'une réforme présuppose sans doute de regarder ses objectifs, afin de vérifier si le résultat est en adéquation avec les buts visés. Or, le *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 met en avant deux objectifs principaux dans le cadre de cette réforme : la sécurité juridique et le renforcement de l'attractivité du droit français. On observera que ces objectifs (sécurité / attractivité ou prestige) sont aussi ceux retenus pour la réforme du droit japonais des obligations, ce qui peut laisser supposer, si l'on est un peu pessimiste, qu'il s'agirait

2 Expression citée dans le *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

3 Voir la contribution de S. PORCHY-SIMON, Le rôle de la doctrine dans la réforme actuelle de la responsabilité civile, dans ce même numéro, 49 *et seq.* Voir également le dossier : Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications, La Semaine juridique, édition Générale (supplément au n° 30-35, 25 juillet 2016) ; et l'ouvrage : Vers une réforme de la responsabilité civile française, Regards croisés franco-québécois (Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2018). Il faut préciser, en outre, qu'une réforme de la prescription a eu lieu en 2008 en droit français (Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008).

4 Voir B. JALUZOT, Qu'est-ce qu'une réforme juridique ? Réflexions épistémologiques inspirées de la comparaison des droits, dans ce même numéro, 1 *et seq.*

d'objectifs standard, dont tout législateur se réclame assez aisément, ou au contraire, si l'on est plus optimiste, que cela pourrait révéler une certaine uniformisation des préoccupations des législateurs en matière contractuelle, dans une perspective globale, mondialisée, préoccupation sans doute en relation directe avec la problématique de la concurrence des droits et des systèmes juridiques. On observera également que la modernisation du droit français des contrats n'est pas citée comme objectif officiel de la réforme, mais cette perspective innerve sans doute la réforme de diverses manières : réécrire les textes du Code civil de telle façon qu'ils rendent compte des évolutions jurisprudentielles intervenues depuis deux siècles, proposer des innovations techniques, voire introduire dans le droit français des contrats une nouvelle vision de la relation contractuelle, constituent d'évidence des réponses à un tel objectif. La modernité n'est-elle pas au cœur de toute réforme, dans la mesure où elle constitue, *a priori*, un pas en avant dans l'évolution du droit ? Les concepts de modernité/modernisation restent toutefois assez évanescents, toute réforme reposant également sur une tradition fondatrice, ainsi que cela a été souligné par Béatrice Jaluzot.⁵

L'évaluation de cette réforme française majeure nécessite, d'abord, de soulever d'indispensables questions préalables sur la méthode adoptée (II.), pour, ensuite, tenter une esquisse des résultats déduits de cette évaluation, mais qui devront rester en suspens (III.).

II. LA METHODE D'ÉVALUATION EN QUESTIONS

L'évaluation d'une réforme peut présenter des obstacles insurmontables, tant elle est *a priori* écartelée entre une approche contentieuse et une approche non contentieuse (beaucoup plus difficile à saisir), ce qui pose de manière sous-jacente la question des moyens techniques de l'évaluation. Mais en amont de ces questions importantes, d'autres se posent quant à la méthode d'évaluation d'une réforme, qui tiennent au moment et aux instances légitimes pour effectuer l'évaluation, d'une part (1.), et aux critères de l'évaluation, d'autre part (2.), toutes questions qui figurent au cœur même de la problématique.

1. Temporalité et légitimité de l'évaluation

a) Quel moment ?

Quant au moment de l'évaluation d'une réforme, on serait tenté de dire que celle-ci ne doit intervenir qu'*un certain temps* après l'entrée en vigueur de

5 B. JALUZOT, *supra* note 4.

la réforme⁶ ... Mais d'où vient une telle assertion si ce n'est simplement d'une intuition ? Il n'existe aucun critère temporel objectif d'évaluation ; en réalité, l'évaluation peut intervenir à plusieurs moments. La succession d'évaluations présente d'ailleurs un intérêt en ce qu'elle est susceptible de révéler des résultats différents selon le moment auquel elle a lieu. Pour prendre l'exemple du droit français, le *Livre du centenaire* du Code civil, au début du XX^e siècle, ne révèle pas les mêmes analyses et préoccupations de réformes que les études publiées à l'occasion du bicentenaire, au début du XXI^e siècle.⁷

Une évaluation de la réforme du droit des contrats à quelques mois de son entrée en vigueur n'est donc pas, en elle-même, illégitime. Simplement, on pressent qu'elle ne saurait reposer, *a priori*, sur les mêmes critères ou les mêmes moyens qu'une évaluation plus tardive de la réforme. Après quelques mois seulement d'application de la réforme, le recul est faible, mais encore faut-il s'entendre sur ce terme de « recul » : recul doctrinal ? recul de la pratique ? recul jurisprudentiel ? recul du monde économique ? Il ne peut s'agir ici que d'une évaluation biaisée par sa temporalité et son caractère nécessairement partiel : après quelques mois d'analyse et d'application, c'est essentiellement sous un prisme doctrinal que cette évaluation peut avoir lieu, les appréciations des praticiens étant moins connues et plus difficiles à croiser. D'un point de vue doctrinal, l'on peut effectivement identifier une forme de recul sur la réforme, qui trouve ses fondements dans les nombreux travaux et analyses qui l'ont précédée ou qui l'ont immédiatement suivie. Ainsi, une évaluation doctrinale à court terme, voire anticipée, est possible dans le cadre d'une réforme longuement préparée.

La doctrine française s'est en effet largement prononcée sur les avant-projets et projets de réforme, et a ainsi participé à l'évolution des futures dispositions du Code civil jusqu'au texte final de l'ordonnance rédigé par la Chancellerie. Elle était donc en mesure, dès la parution de l'ordonnance de réforme, de commenter celle-ci, d'en percevoir ses potentielles implications

6 Voir l'opinion de H. BARBIER, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *Revue trimestrielle de droit civil* (avril 2016) 247, 248 : « toute réforme législative, orpheline de jurisprudence, ouvre per se une période d'insécurité dans l'attente de l'application des nouveaux textes ».

7 Voir Le Code civil 1804–1904, *Livre du Centenaire* (réédition par la Société d'études législatives, Librissimo, Phoenix éditions, 2013) ; Le Code civil 1804–2004, *Livre du Bicentenaire* (Daloz Litec, 2004). En 1904, l'heure était plutôt à la critique du Code, jugé pas assez « social » face à la montée en puissance de la classe ouvrière, outre que la jurisprudence avait commencé son œuvre de construction prétorienne (théorie de l'abus de droit, affinement de la responsabilité civile ...), soutenue par de grands auteurs de l'époque (Saleilles, Gény). La concurrence née de l'entrée en vigueur en Allemagne du *BGB* n'en était que plus forte.

théoriques et pratiques. A cet égard, la temporalité de l'évaluation d'une réforme longuement préparée par rapport à celle d'une réforme brutale présente des implications différentes : bien que l'expression puisse paraître à première vue un peu paradoxale, l'évaluation du premier type de réforme repose sur un « recul anticipé », qui confère aux analyses doctrinales leur légitimité.

b) Quelles instances d'évaluation ?

Quant aux instances d'évaluation d'une réforme juridique, on pense immédiatement aux praticiens du droit, aux juges, à la doctrine déjà évoquée, et plus largement à l'évaluation réalisée par la société envisagée globalement, dans la mesure où le droit produit toujours, d'une manière ou d'une autre, des effets économiques et sociaux.

Quant aux praticiens, plongés immédiatement et sans répit dans la réforme du droit des contrats, ils procèdent sans doute à une évaluation très pragmatique de la réforme, au jour le jour. Certains ont porté un regard anticipé sur les textes de l'ordonnance ou des avant-projets et projets, mais ils sont rares et ce regard reste individualisé, sans grande portée au-delà de l'opinion de leurs auteurs. Peu de voix institutionnelles se sont publiquement prononcées sur la réforme, telles que le Conseil National des Barreaux, le Conseil Supérieur du Notariat, ou encore l'Association française des juristes en entreprise, alors même que ces instances ont pu participer aux consultations (officieuses ou officielles) lancées par le ministère de la Justice lors de l'élaboration du projet d'ordonnance. Néanmoins, le Haut comité juridique de la place financière de Paris, a rendu public un document, ensuite commenté par la Chancellerie, dans lequel il demande la modification de certains textes nouveaux du Code civil.⁸ Le dialogue se poursuit donc, post réforme, entre les praticiens du droit et le ministère de la Justice, alors même que la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 est toujours en discussion.⁹

8 Propositions d'améliorations de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, 10 mai 2017 (document disponible sur le site internet www.hcjp.fr).

9 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (disponible sur le site internet www.legifrance-gouv.fr).

En droit français, le gouvernement peut être habilité par le Parlement à légiférer par voie d'ordonnance, c'est-à-dire sans aucune discussion devant le Parlement ; toutefois, une loi dite « de ratification », discutée au Parlement cette fois, doit venir confirmer l'ordonnance dans un certain délai, et peut apporter au texte de l'ordonnance des modifications. A l'heure où sont écrites ces lignes, la loi de ratification de

Quant aux juges, acteurs de la réforme, leur devoir de réserve leur impose de ne pas diffuser leur appréciation personnelle, d'autant plus que la réforme du droit des contrats leur confère un rôle d'ores et déjà souligné comme étant significatif.¹⁰ L'évaluation de la réforme par les juges passe en réalité par une évaluation du contentieux post réforme et des solutions apportées par la Cour de cassation à de nombreuses questions qui se posent à la lecture des nouveaux textes. Il s'agira ainsi d'un autre temps d'évaluation de la réforme. L'*open data* devrait faciliter les choses, les études statistiques réalisées à partir de logiciels dédiés se développant à grande vitesse, et posant par ailleurs la question sensible d'une justice prédictive.¹¹

Il faudra également attendre quelques années avant que la réforme donne lieu à une évaluation par la société envisagée globalement ... si tant est que celle-ci s'intéresse un tant soit peu à une telle réforme, à caractère technique et dont le citoyen ne perçoit pas facilement les enjeux.¹² Car il faut sans doute admettre que toutes les réformes juridiques ne suscitent pas la même nécessité d'une évaluation par la société, à court ou plus long terme : autant la réforme du « mariage pour tous », en 2013,¹³ a entraîné des évaluations croisées (juridiques, sociologiques, anthropologiques...), anticipées ou immédiates après son entrée en vigueur, autant la réforme du droit des contrats n'a suscité aucune manifestation populaire et n'en suscitera sans doute jamais, en dépit de son importance.

On en revient donc, pour l'heure, à la doctrine, instance légitime d'évaluation de la réforme à ce stade de son application ; en effet, la diffusion des évaluations concerne pour l'essentiel les écrits doctrinaux.¹⁴

l'ordonnance du 10 février 2016 est en discussion au Sénat et à l'Assemblée nationale ; les parlementaires ont proposé diverses modifications du texte de la réforme.

10 Voir *infra*, II.2.a.

11 Voir notamment, A. GARAPON, Les enjeux de la justice prédictive, La Semaine juridique, édition Générale (2017 – n° 1) 47 ; M-C. LASSERRE, L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ?, Les Petites affiches (30 juin 2017 – n° 130) 6.

12 A moins que l'indifférence ne soit pas celle du grand public, mais plutôt « celle de la classe juridique au grand public, une certaine répugnance à voir dans les lois, au-delà d'un métier, une culture », selon les termes de Jean CARBONNIER (Le Code civil, in : Les lieux de mémoire, T.2, vol. 2 (Bibliothèque illustrée des histoires, Gallimard, 1986), article reproduit in : Le livre du Bicentenaire (note 7), 17.

13 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

14 De très nombreux articles et ouvrages ont été publiés sur la réforme du droit des obligations ; pour ne citer que les ouvrages collectifs commentant la réforme, voir en particulier : Pratiques contractuelles – ce que change la réforme du droit des obligations (Ed. Législatives, 2016) ; P. CHAUVIRE (dir.), La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Association H. Capitant, Journée nationale de

2. *Problématique des critères d'évaluation*

Il faut alors entrer dans le vif du sujet et se demander sur la base de quels critères a pu se faire cette évaluation à court terme. Qu'est-ce qu'une réforme réussie ? Convient-il d'évaluer cette réforme sous une perspective juridique et/ou économique ?

a) *Qu'est-ce qu'une réforme réussie ?*

La question posée nécessite de se demander sur la base de quels critères il convient d'évaluer le texte adopté. Ces critères peuvent-ils être objectifs ou présentent-ils une part de subjectivité ? Sont-ils tous évaluables sur la même période de temps ? Chaque instance d'évaluation définit-elle ses propres critères ? La question, on le voit, est complexe, au-delà de la seule problématique soulevée précédemment, celle de l'adéquation des résultats de la réforme aux objectifs annoncés du législateur.

Il existe, en effet, une multiplicité de critères d'évaluation : sécurité juridique, modernité, attractivité, innovations, simplicité des règles, technicité, réponses aux enjeux économiques etc. De même, la variabilité des critères ne fait *a priori* aucun doute selon l'instance évaluatrice. Par exemple, la sécurité juridique sera probablement le premier critère d'évaluation de la réforme du droit des contrats pour les professionnels du droit (juristes, notaires ...), tandis que le caractère innovant du texte sera davantage mis en avant par la doctrine ; quant aux juges, ils seront probablement satisfaits si la réforme autorise une certaine souplesse d'appréciation, tout en ne reportant pas pour autant sur eux l'entière charge d'une interprétation nécessaire des nouveaux textes.

Ainsi, les critères d'évaluation de la réforme du droit des contrats ne sont pas uniformes, et à court terme, celle-ci peut être potentiellement biaisée. Par exemple, il faut se garder de croire que les failles potentielles ou d'ores et déjà avérées de la réforme sont toutes identifiées, voire qu'elles sont toutes réalistes : c'est le rôle de la doctrine de commenter le texte de la réforme, d'imaginer les interprétations possibles de telle ou telle disposition, de sensibiliser les praticiens à tel ou tel piège, mais il y a aussi une part d'incertitude dans cette première approche de la réforme... on peut

Nancy, T. XX (éd. Dalloz, 2016) ; M. GRIMALDI/C. VERNIERES (coord.), Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ? (éd. Defrénois Lextenso, 2017) ; La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, avant-propos F. Barrière (éd. LexisNexis, 2017) ; S. BROS (dir.), Les innovations de la réforme du droit des contrats (Fondation Varenne, Collection Colloques et Essais, 2018) ; L. ANDREU/M. MIGNOT (dir.), Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations (éd. Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017).

jouer à se faire peur ! Il faut donc admettre que seule la pratique du nouveau droit des contrats et l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation dans les années à venir, permettront d'avoir une vision plus sûre de la réussite de cette réforme : permettra-t-elle de sécuriser le droit des contrats ou créera-t-elle des îlots d'insécurité contractuelle ? Le juge se saisira-t-il pleinement de son pouvoir d'appréciation ? Quelle sera la part de liberté contractuelle, et réciproquement la place accordée à l'ordre public ?

b) Evaluation juridique ou évaluation économique ?

En outre, la problématique des critères renvoie à une question fondamentale, celle de savoir si ces critères doivent permettre une évaluation juridique de la réforme, ou aussi une évaluation extra-juridique, en l'occurrence principalement économique. Le droit n'a en effet aucune véritable consistance dans une perspective isolée ; il n'a de sens qu'en tant qu'élément interactif avec la société et le monde économique. On ne peut donc se passer d'une évaluation économique des règles contractuelles, c'est-à-dire d'une évaluation de leur impact économique (potentiel ou avéré). C'est alors le rôle des économistes, non des juristes, d'évaluer la réforme, tant la tâche est sans doute périlleuse et complexe. L'analyse économique du droit perce néanmoins depuis quelques années dans certains écrits doctrinaux, laquelle favorise un nouveau regard croisé économie-droit, qui a notamment pour objectif d'élargir les techniques d'évaluation au-delà de la seule perspective juridique.¹⁵ Ainsi par exemple, un économiste a-t-il récemment évalué l'une des nouvelles règles-phare de la réforme du droit des contrats, le vice de violence par abus de dépendance (art. 1143 c. civ.),¹⁶ sous son propre prisme.

III. LES RESULTATS DE L'EVALUATION EN SUSPENS

La détermination des résultats, réussite ou échec, lacunes ou failles, n'est bien sûr par neutre : dire qu'une réforme est une réussite ou un échec constitue une responsabilité, plus ou moins forte selon la qualité de l'« évaluateur » et la portée de son jugement. L'impact politique peut être important, car il s'agit d'un signal lancé non seulement à l'endroit des milieux juridiques, mais aussi au monde économique. Et l'on sait à quel point une réforme juri-

15 Voir notamment, E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit* (éd. Thémis Bruylant, Montréal 2000) ; B. DEFFAINS/E. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats* (Bruxelles 2009) ; *Civil law perspective on law and economics* (éd. Dalloz Lextenso, 2009).

16 Voir L. BENZONI, *Violence économique, dépendance économique et enjeux de la juste mesure du pouvoir d'achat. Le point de vue de l'économiste*, *Actualité Juridique Contrat* (oct. 2016) 424.

dique, dans certains domaines du droit, peut avoir des répercussions économiques importantes. Il en est ainsi, notamment, du droit de l'entreprise, du droit du travail et du droit des contrats, l'instrument-contrat se situant au cœur de l'activité civile mais aussi économique, manifestation sans doute primordiale de l'interaction droit-économie. Il faut se souvenir, par exemple, des rapports successifs *Doing Business*, qui ont évalué le droit applicable, et plus particulièrement les législations, dans un grand nombre de systèmes juridiques dispersés sur les cinq continents, tout en suscitant de vives controverses sur la pertinence des critères retenus et sur leur caractère éventuellement biaisé : il n'est pas si facile d'évaluer le droit, ni d'évaluer une réforme qui n'est finalement que l'émanation d'un système juridique dans un contexte spécifique, avec sa part de tradition comme on l'a vu,¹⁷ sa pratique propre,¹⁸ tout en ayant potentiellement une applicabilité très étendue.¹⁹

Si l'on reprend les critères mis au jour dans le cadre de notre réflexion sur la méthode d'évaluation d'une réforme, peut-on dire que la réforme du droit commun des contrats, de la preuve et du régime de l'obligation est une réussite, ou bien faut-il nuancer un peu le jugement ? On l'aura compris des propos qui précèdent, ces résultats relèvent plutôt d'une « évaluation prédictive », si tant est qu'elle ne se confonde pas avec une prédiction plutôt qu'une évaluation. Quels éléments peut-on, à ce stade précoce de l'évaluation, mettre en avant ? Il faut sans doute admettre qu'une telle évaluation qualitative de la réforme est pour l'heure d'ordre interne (1.), dans l'attente d'une évaluation plus définitive et réaliste, qui découlera de la confrontation de la réforme du droit français des contrats à son avenir, temporel et spatial (2.).

1. *Evaluation qualitative et interne de la réforme du droit français des contrats*²⁰

a) *Multiplicité des regards et divergence des critères*

Le regard porté sur la réforme du droit des contrats peut diverger selon l'interlocuteur en cause : au regard pragmatique des praticiens du droit s'oppose le regard plus analytique de la doctrine, davantage tourné vers une prise de hauteur qui rend compte des lignes force de la réforme plutôt que

17 Voir *supra*, B. JALUZOT, *supra* n. 4.

18 La seule lecture des textes applicables ne rend certainement pas compte du droit applicable dans un Etat donné ; la façon dont les praticiens les mettent en œuvre et dont les juges les interprètent est bien sûr essentielle pour évaluer avec justesse un système juridique.

19 Voir *infra*, II.2.b.

de ses impacts et dangers concrets. Encore qu'il faille bien sûr nuancer ce constat, mais quelques exemples permettent de l'illustrer.

Le regard pragmatique des praticiens du droit

Les critères de la sécurité des actes juridiques et de la facilitation des opérations économiques sont sans doute les premiers visés par les praticiens du droit. Il existe peu de commentaires de praticiens diffusés dans les revues juridiques ; quant aux sites internet des cabinets d'avocats, ils ont parfois diffusé une information sur la réforme, mais le plus souvent neutre (informatif).

Les praticiens sont, depuis l'ordonnance de réforme, plutôt en situation d'attente et d'interrogation. Il leur faut assimiler les changements, comprendre les nouveautés, s'interroger sur les moyens de prévenir contractuellement les potentielles difficultés nées des textes de la réforme. De plus, ils doivent gérer tout à la fois la rédaction de nouveaux contrats sous l'empire du nouveau droit et la gestion de contentieux ou la mise en œuvre de contrats rédigés sous l'ancien droit des contrats. La problématique de l'application de la réforme dans le temps est également un sujet de préoccupation.²¹

Néanmoins, dans le cadre des commentaires ayant précédé la réforme, certains praticiens du droit ont pu prendre ouvertement position, dans un sens souvent inquiet à l'égard de telle ou telle innovation. L'évaluation des projets de réforme s'est faite surtout à l'aune de la sécurité juridique et de la crainte d'une mise en cause facilitée de leur responsabilité professionnelle. Par exemple, un avocat, en 2015,²² a ouvertement critiqué l'introduc-

20 Afin de simplifier la référence complète à la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016, il est souvent d'usage d'évoquer « la réforme du droit des contrats », bien que cette formulation soit réductrice du contenu de ce texte. Nous la retenons ici et dans les propos qui suivront, d'autant plus que les exemples cités renverront plus spécialement au droit commun des contrats, sans insister sur la preuve ou le régime de l'obligation.

21 Sur laquelle, voir notamment, G. CHANTEPIE, L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats, *AJCA*, (oct. 2016) 4 ; C. FRANÇOIS, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, *Recueil Dalloz* (2016) 506 ; S. GAUDEMET, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, *La Semaine Juridique*, édition Générale (9 mai 2016 – n° 19) 559 ; D. MAINGUY, Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats, *Recueil Dalloz* (2016) 1762 ; J-B. SEUBE, Dispositions transitoires : l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle tout prévu ?, in « Pratiques contractuelles » (Editions Législatives, 2016) 285.

22 P. MORELON, Quels sont les dangers de la réforme annoncée du droit des contrats pour les professionnels du conseil et de la rédaction d'acte ?, *Droit et patrimoine* (mai 2015 – n° 247) 52.

tion dans la réforme d'un nouveau vice du consentement, la violence reposant sur l'abus de l'état de dépendance dans lequel se trouve l'une des parties au contrat,²³ au motif que cette cause de nullité du contrat serait très large, porterait atteinte à un pilier du droit civil des contrats – l'autonomie de la volonté, et que le juge serait désormais érigé en protecteur de la partie faible, ce qui risquerait d'entraîner une multiplication des actions en justice.

Le regard analytique de la doctrine

Face à une telle fronde, la doctrine a répondu de manière plus nuancée et plus abstraite : certes il convient d'encadrer les conditions de mise en œuvre de ce nouveau vice du consentement (et des propositions ont été faites en ce sens)²⁴, mais son introduction dans la réforme révèle un positionnement politique, conforme à la volonté exprimée par le Parlement de prévoir « des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ». ²⁵ De plus, l'autonomie de la volonté, qui fonde notamment la force obligatoire des conventions, ne saurait reposer que sur un consentement éclairé et non contraint.²⁶ Ainsi, ce que le Parlement veut, la réforme le consacre. Et en élevant ses observations au rang de grandes idées ou de grands principes, la doctrine confère à la réforme sa légitimité, laissant aux praticiens la mission de la mettre en œuvre concrètement, avec son cortège de potentiels questions et dangers. Encore qu'il soit indispensable de souligner les efforts de certains auteurs pour évaluer les textes nouveaux à l'aide de mises en situations concrètes.

Par ailleurs, la doctrine peut aussi lire, potentiellement dans les textes nouveaux, ce qu'elle souhaite y voir : lorsqu'une disposition autorise plusieurs interprétations, des auteurs peuvent ainsi s'opposer, afin de défendre un positionnement idéologique, par exemple plus ou moins tourné vers la

23 Voir le nouvel article 1143 c. civ. Le commentaire portait sur la version précédente de la disposition, dans l'avant-projet de réforme puis le projet de réforme du droit des contrats de février 2015 (art. 1142).

24 Voir notamment, J-P. CHAZAL, Violence économique ou abus de faiblesse ?, Droit et patrimoine (oct. 2014) 47 ; G. LOISEAU, La consécration de la violence économique, in : Stoffel-Munck (dir.), Réforme du droit des contrats et pratique des affaires (Dalloz, 2015) 33.

25 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (laquelle contient l'habilitation du gouvernement à réformer le droit des obligations par voie d'ordonnance).

26 Voir notamment les observations de P. DUPICHOT, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, Droit et patrimoine (mai 2015 – n° 247) 45.

défense de la liberté contractuelle, ou au contraire vers la nécessité de protéger l'une des parties, ou encore en faveur de l'interventionnisme du juge au nom de l'efficacité économique des relations contractuelles. Ainsi par exemple, une discussion doctrinale a-t-elle eu lieu sur le sens de l'article 1216 nouveau du Code civil, relatif à la cession de contrat : celui-ci prévoit en effet « l'accord du cédé » pour parfaire la cession ; or la nature juridique de cet « accord » suscite le débat, entre ceux qui considèrent qu'il s'agit d'une simple autorisation donnée par le cédé, que le juge pourrait alors accorder en cas de refus abusif par le cédé d'autoriser la cession,²⁷ et ceux qui y voient plutôt un consentement du cédé, lequel ne pourrait dès lors être forcé par le juge.²⁸

En définitive, sous une perspective doctrinale, l'évaluation de la réforme ne peut qu'être individuelle et dès lors être plus ou moins affirmative selon le commentateur : tel auteur pourra affirmer que telle interprétation d'une disposition ne fait aucun doute (ce qui tend à la réussite de la réforme au regard de sa stabilité), tandis qu'un autre insistera au contraire sur le caractère incertain de la même disposition, ce qui crée une instabilité pour l'avenir (et constitue alors plutôt une faille).

b) Tentative d'évaluation objective de la réforme

Consensus doctrinal sur une réussite globale de la réforme

Si l'on veut néanmoins, en dépit de ces écueils, tenter une évaluation objective de la réforme, peut-être peut-on tout d'abord relever qu'il existe un consensus doctrinal dans le sens d'une réussite globale de cette réforme. Sur des critères objectifs, tels que la lisibilité du Code civil (quant à sa

27 Voir M. MIGNOT, Les Petites affiches (30 mars 2016) 7, Section 4 ; L. AYNES, La cession de contrat, Droit et patrimoine (juil.-août 2016 – n° 260) 65-66 ; L. GRATTON, La cession de contrat – Rapport français, in : Behar-Touchais (dir.), Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain, Vol. 2 (éd. IRJS, 2017) ; J. KLEIN, Cession de contrats, in : La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, avant-propos F. Barrière (LexisNexis, 2017) 45.

28 Voir R. BOFFA, Les opérations translatives, La Semaine juridique, édition Immobilière et Notariale (2015) 1215, spéc. n° 11 ; C. JAMIN/N. DISSAUX, Commentaire de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1101 à 1386-1 du Code civil (éd. Dalloz, 2016) 118 s. (« le cédé n'est pas un tiers à la cession ») ; G. CHANTEPIE/M. LATINA, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil (éd. Dalloz, 2016), n° 599 et n° 606 ; B. MALLET-BRICOUT, La cession de contrat dans l'Ordonnance de réforme du droit des obligations, in : Bros, *supra* note 14, Les innovations de la réforme du droit des contrats (Fondation Varenne, Collection Colloques et Essais, 2018).

structure et au style de rédaction), l'appréhension pédagogique des différentes phases contractuelles – de la négociation à l'extinction –, l'intégration de jurisprudences fondatrices et incontestées, la modernisation globale du droit commun des contrats, à l'aide d'innovations diverses et d'un regard davantage « affairiste » sur le contrat et les règles qui lui sont applicables,²⁹ la doctrine semble s'accorder.³⁰ Mais il s'agit là de grandes qualités plutôt abstraites de la réforme.³¹ Dès lors que l'on entre dans les détails techniques de la réforme, des divergences de points de vue peuvent apparaître, parfois caricaturaux, comme sur le maintien ou non de la cause comme condition de validité du contrat.³² Le consensus sur les failles de la réforme – car il y en a – est donc, dans une certaine mesure, relatif.

Consensus relatif sur les failles de la réforme

Certains regrets semblent unanimement partagés, qui portent sur des imprécisions, des omissions, ou encore la critique de certaines définitions. Ainsi, la définition du contrat d'adhésion est-elle questionnée (art. 1110),³³ tout comme la nouvelle notion de « contenu » du contrat suscite quant à elle la perplexité : le terme apparaît dans l'intitulé d'une sous-section du Code civil et vient remplacer, dans les conditions de validité du contrat (art. 1128), l'objet et la cause. Il faut désormais « un contenu licite et certain », aux côtés du consentement des parties et de leur capacité. Le « contenu » du contrat constitue-t-il un nouveau concept juridique ? Cela est discuté, surtout au regard du détail de la sous-section en question, un

29 L'introduction du contrat cadre, la reconnaissance des conditions générales, la gestion de certaines problématiques relevant des contrats spéciaux (prix des prestations de service, prix dans un contrat cadre ...) ou des relations d'affaires (confidentialité, imprévision, avant-contrats, contrat d'adhésion, violence économique ...).

30 Voir nos observations : 2016 ou l'année de la réforme du droit des contrats, chronique Législation française, Revue trimestrielle de droit civil (avril 2016), 463–470.

31 Ainsi le Professeur Laurent AYNES souligne-t-il, par exemple, que « le projet améliore l'accessibilité et l'efficacité économique du droit des contrats », in *La réforme projetée du droit des contrats : synthèse*, Droit et patrimoine (mai 2015 – n° 247) 56.

32 Finalement, le législateur français a opté pour un abandon des notions de cause et d'objet du contrat, au profit d'un nouveau concept, le contenu du contrat. Sur le sujet, voir L. AYNES, *La cause inutile et dangereuse*, Droit et patrimoine (2014 – n° 240) 40 ; M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, *Revue des contrats* (2015-3) 639 ; T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, *Recueil Dalloz* (2015) 1551 ; F. CHENEDE, *La cause est morte ... vive la cause ?*, *Contrats concurrence consommation* (2016) 4.

33 V. notamment F. CHENEDE, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil*, *La Semaine juridique*, édition Générale (2016) 1334 ; T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion – Article 1110 nouveau du code civil*, *Recueil Dalloz* (2016) 1771.

étrange *melting pot* difficilement lisible (v. art. 1162 à 1171). La question présente pourtant des enjeux pratiques, car plusieurs articles du Code civil renvoient expressément au « contenu » du contrat (v. art. 1102, 1112-1, 1214),³⁴ ce qui impose de le définir. La doctrine s'interroge également sur la rédaction du nouveau devoir général d'information (art. 1112-1), ainsi que sur le nouveau régime de l'imprévision (art. 1195), ou encore sur l'omission dans la réforme de la promesse synallagmatique.

D'autres appréciations sur certaines dispositions de la réforme peuvent au contraire diverger selon les auteurs. L'article 1195 du Code civil, par exemple, ne résout pas clairement la question de savoir dans quelle mesure les parties peuvent ou non écarter ou aménager contractuellement le processus mis en place par le législateur pour parvenir à une révision du contrat, et notamment diriger contractuellement la potentielle et remarquable intervention du juge dans ce processus.³⁵ Ces divergences révèlent indéniablement des failles de la réforme et créent une insécurité regrettable. Certaines pourront peut-être être levées dans le cadre de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, attendue pour le semestre 2018 et susceptible de modifier ou clarifier certains textes. En outre, le constat de possibles lectures différenciées de la réforme suscite un questionnement sur la pertinence des résultats d'une telle évaluation à ce stade. Qui a raison ? Qui a tort ? Seul l'avenir permettra sans doute de répondre à ces interrogations.

2. Perspectives d'évaluation : l'avenir de la réforme du droit français des contrats

L'avenir de la réforme est sans doute la clef de son évaluation : son avenir temporel, d'une part, lequel renvoie à sa postérité, et son avenir spatial, d'autre part, lequel renvoie à son rayonnement au-delà de nos frontières.

34 L'article 1112-1 alinéa 3, relatif au nouveau devoir général d'information précontractuelle (« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »), l'article 1214, relatif au renouvellement d'un contrat à durée déterminée (« Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »), et l'article 1102 (« Chacun est libre (...) de déterminer le contenu (...) du contrat dans les limites fixées par la loi »).

35 Voir notamment les opinions de : N. MOLFESSIS, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *La Semaine juridique*, édition Générale (2015) 2390 ; P. STOFFEL-MUNCK, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, *Revue des contrats* (2016, Hors série) 30 ; F. CHENEDE, Le nouveau droit des obligations et des contrats – consolidations – innovations – perspectives (éd. Dalloz, 2016) n° 25.81.

a) *Quelle postérité ?*

Seul l'avenir, en effet, permettra d'évaluer si l'objectif de sécurité juridique visé par le législateur, s'est vérifié ou non. Cela suppose, en premier lieu, l'absence de changements incessants de la loi nouvelle, sa stabilité, ce qui n'est pas toujours le cas dans le cadre de nos réformes françaises. Que l'on songe, par exemple, à la Loi du 19 février 2007 *instituant la fiducie*, qui a donné lieu dans les deux ans qui ont suivi l'introduction de cette institution en droit français à plusieurs évolutions législatives, signe, sans doute, d'une imperfection de la première mouture. Pour ce qui concerne la réforme du droit des obligations, l'hypothèse d'une loi de ratification par le Parlement venant modifier le texte applicable semble devenir une réalité.³⁶ Mais l'on n'imagine pas une réforme de la réforme à cette occasion ! Il s'agira plus probablement (et raisonnablement) de correctifs mineurs.³⁷

Mais c'est surtout sur le long terme que pourra être mesurée la postérité de cette réforme : est-ce une réforme pour un siècle ? On peut penser que l'absence de précipitation dans son élaboration serait un gage de sa longévité. Mais il reste beaucoup d'inconnues, notamment quant aux nouveautés introduites dans le Code civil : la nouvelle demande interpellative aura-t-elle du succès³⁸ ? Le vice de violence par abus de dépendance sera-t-il fréquemment admis en justice³⁹ ? Comment le déséquilibre manifeste dans le cadre des contrats d'adhésion s'articulera-t-il avec les dispositions d'autres codes qui sanctionnent également ce type d'abus⁴⁰ ? Les possibilités de sanctions unilatérales en cas d'inexécution du contrat seront-elles mises en œuvre⁴¹ ? Plus généralement, la montée en puissance de l'unilatéralisme,⁴² soulignée par tous les observateurs, se vérifiera-t-elle dans la pratique juridique ? Ces questions, et bien d'autres, renvoient toutes à une probléma-

36 Les versions successives du texte de la loi de ratification peuvent être consultées sur le site www.legifrance-gouv.fr.

37 Pour l'heure et en l'état des discussions, il est notamment envisagé de modifier la définition du contrat d'adhésion, celle des conditions générales, ou encore celle du dol, et de modifier les articles 1165 (abus dans la fixation du prix) et 1223 (réduction du prix par le créancier).

38 Voir les articles 1123, 1158 et 1183 c. civ.

39 Art. 1143 c. civ.

40 Voir l'article 1171 c. civ. ; comparer, art. L. 442-6 c. com. et art. L. 212-1 c. consom.

41 V. notamment A. AYNES, Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix), in : Stoffel-Munck, *supra* note 24, 113 ; O. GOUT, La place de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution du contrat, in : Pignarre (dir.), *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre, Dialogues autour de la réforme du titre III du Livre III du Code civil*, (Institut Universitaire Varenne, collection Colloques et Essais, 2016) 213.

42 Voir par exemple, les dispositions contenues aux articles 1195, 1164, 1165, 1223.

tique centrale de la réforme, la grande inconnue sans doute : le renouvellement des rôles respectifs des parties et du juge, et corrélativement, le renouvellement de la place accordée au juge dans la relation contractuelle. Sera-t-il le promoteur d'un nouvel équilibre contractuel (il possède désormais certains instruments juridiques à cet effet)⁴³, ou bien restera-t-il au maximum en retrait, afin de préserver la liberté contractuelle⁴⁴ ? En arrière-plan de cette interrogation figure un débat doctrinal puissant entre les promoteurs du « solidarisme contractuel »⁴⁵ et les auteurs qui n'adhèrent pas à une telle philosophie de la relation contractuelle. Le législateur français, de toute évidence, n'a pas souhaité trancher entre ces deux positionnements, recherchant un équilibre entre protection de la partie faible et efficacité économique dans une perspective affairiste.

b) *Quel rayonnement ?*

Outre cette future évaluation, qui nécessite de 'laisser du temps au temps', une évaluation complémentaire pourra avoir lieu, élargissant les critères au-delà de nos frontières. Lorsque le *Rapport sur l'ordonnance au Président de la République* vise comme objectif l'attractivité du droit français des contrats, il ne la cantonne pas à l'attractivité du nouveau droit à l'égard des acteurs économiques français. Il évoque « une forte attente en dehors de nos frontières », la facilitation de l'application du droit des contrats « dans des contrats de droit international », le rapprochement « de la législation de nombreux droits étrangers » (à propos de l'abandon de la cause comme condition de validité du contrat), et le contexte d'une « économie mondialisée et en perpétuelle évolution ». Le Rapport n'évoque pas spécifiquement l'Europe, mais les enjeux portés par le droit européen sont aussi dans l'ombre de la réforme : une évaluation favorable de ce nouveau droit des contrats par nos partenaires européens ne peut que renforcer le rôle poli-

43 On observe notamment dans les nouveaux textes du Code civil, une multiplication des standards (le raisonnable, l'attente légitime, la disproportion, la bonne foi...) ; le juge peut également intervenir pour sanctionner l'abus dans la fixation du prix (art. 1164, art. 1165 c. civ.), ou encore décider du sort du contrat en cas d'imprévision (art. 1195 c. civ.), parmi bien d'autres illustrations.

44 Celle-ci est désormais élevée au rang de principe dans le nouvel article 1102 du Code civil.

45 V. en particulier les écrits de C. JAMIN, en particulier : Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in : Mélanges Jacques Ghestin (éd. LGDJ, 2001) 441, et ceux de D. MAZEAUD : Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in : Mélanges François Terré (éd. Dalloz-Puf-JurisClasseur, 1999) 603 ; La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ... , in : Mélanges Jean Hauser (éd. LexisNexis & Dalloz, 2013) 905.

tique de la France dans les débats sur la législation européenne ou sur un droit harmonisé des contrats.

Ainsi, en Europe et bien au-delà, la réforme du droit français des contrats suscite de l'intérêt, ne serait-ce que dans la perspective du choix de la loi applicable à un contrat présentant des éléments d'extranéité. De ce point de vue, une réforme de droit interne des contrats, quelle qu'elle soit, ne saurait être proprement « interniste », refermée sur elle-même ; d'un point de vue économique, celle-ci est forcément ouverte sur le monde, et son évaluation se fera nécessairement, à moyen et à long terme, par les praticiens étrangers. Le rayonnement de la réforme du droit français des contrats au-delà de nos frontières entraînera l'inévitable évaluation de celle-ci par nos partenaires économiques étrangers. Où l'on voit que l'économie croise le droit, que la mondialisation des échanges démultiplie les évaluations. Car il faut garder à l'esprit que la sanction de l'évaluation peut, certes, venir de réactions internes, mais également de réactions externes : si nos partenaires étrangers tendent à se détourner du droit français en choisissant un autre droit des contrats applicable à leurs conventions, ou au contraire s'ils ne rechignent pas à la désignation de la loi française, voire y sont franchement favorables, ce sera le signe d'un échec ou d'une réussite. C'est sans doute là que réside la véritable évaluation de notre réforme du droit des contrats : dans ces futures réactions pragmatiques et dans ces regards étrangers sur le droit français des contrats rénové, au-delà de nos discussions doctrinales internes.

Lyon, le 12 janvier 2018

Le rôle de la doctrine dans la réforme du droit

La réforme du droit des obligations au Japon, échec ou succès ?

*Atsushi Ōmura**

- I. Le rôle joué (ou qu'il reste à jouer) par la doctrine
 1. Le rôle de la doctrine avant la législation
 2. Le rôle de la doctrine après la législation
- II. Pourquoi le rôle de la doctrine ?
 1. Des auteurs aux enseignants ?
 2. Les juristes-universitaires en tant que critiques ou/et chercheurs

Au début de cette année j'ai reçu une carte de vœux de la part d'un avocat japonais très connu. Il avait écrit à quel point il trouvait dommage que les résultats de la réforme du droit des obligations ne seraient pas de bonne qualité et que la réforme ne passerait pas à la postérité.

Il visait ici le projet de loi modifiant le Code civil, qui avait été déposé à la Diète japonaise en 2015. Il venait au terme d'une longue discussion menée depuis 2009 au sein de la Commission de la législation fondamentale auprès du Ministère de la Justice. Ce projet de loi devrait être voté en mai prochain.

Celui-ci propose la révision totale, non seulement de la majeure partie du Livre 3 de notre Code civil (intitulé « Les Obligations »), à l'exception de la responsabilité délictuelle, mais aussi des dispositions concernant l'acte juridique et la prescription extinctive situées dans le Livre 1er du Code (« Partie générale »). Au départ, on disait que cette réforme serait la plus grande réforme du Code depuis la Codification. Mais aujourd'hui, comment la qualifier ? Que signifie l'appréciation de l'avocat citée ci-dessus ?

Deux points de vue coexistent. D'un côté, nous trouvons la position des médias. Un journal économique influent, en annonçant le dépôt du projet de loi, l'a résumé à la manière suivante: « le projet propose d'abord de réduire le taux d'intérêt légal de 5 % à 3 %, ensuite d'unifier les durées de prescription libératoire à 5 ans. De plus il révisé totalement le Code dans l'intérêt des consommateurs ». Cette dernière phrase n'est pas facile à comprendre. Elle fait allusion à de nouvelles dispositions telles que l'introduction de règles sur les conditions générales ou sur la protection de la caution. En effet, quatre points principaux avaient été mentionnés dans l'exposé des

* Professeur à l'Université de Tokyo, faculté de droit.

motifs : 1) l'introduction d'un régime d'intérêt légal flottant, 2) l'unification des durées de prescription libératoire, 3) l'introduction des nouvelles règles sur les conditions générales et 4) la protection de la caution. Pour le monde des affaires, les deux premiers points, surtout le premier, sont importants. Ce qui signifie à *contrario* que le reste n'est pas si remarquable.

D'autre côté, une partie de la doctrine reste opposée à la réforme. Un auteur, notamment, assez militant, a indiqué que le projet ne répond pas à la demande des praticiens, qu'il n'est qu'une simple copie des lois étrangères auxquelles les auteurs comparatistes s'intéressent beaucoup. Il a insisté sur la nécessité de l'abandonner et il a proposé de reprendre la réforme à son commencement pour refaire un nouveau Code civil qui soit authentique.

Beaucoup d'auteurs ne sont pas nécessairement contre la réforme, mais parmi eux, plusieurs critiquent le projet de loi en le comparant au Code actuellement en vigueur et qui a été voté à la fin du XIX^e siècle. Celui-ci a certainement résisté aux épreuves du temps, mais nous pouvons rappeler que juste après la codification, il n'était pas unanimement apprécié. Un auteur l'avait critiqué en disant que ce n'était que la copie des lois étrangères. Il s'agit bien ici d'un reproche a été fait, non au projet de loi actuelle, mais à notre Code civil, au moment où il a été adopté.

Alors, pour quelles raisons le Code civil actuellement en vigueur est-il apprécié ? Comme nous l'avons déjà indiqué, le fait qu'il a pu faire face aux changements de la société japonaise est un aspect important. Mais cette seule explication ne suffit pas. Il me semble que cette estime vient aussi des efforts des civilistes de l'époque, qui avaient insisté sur la signification du Code et avaient joué un grand rôle dans l'application du Code. Par exemple, l'un des trois rédacteurs de notre Code civil, Masaakira Tomii, après avoir terminé ses études de doctorat à Lyon, était retourné au Japon en 1883. Il est revenu en France en 1897, mais pourquoi avait-il quitté son pays à une époque où les travaux de codification étaient encore en cours ? C'était pour présenter l'existence et l'importance de notre Code aux juristes européens. Ses conférences sur la codification japonaise et sa traduction du Code ont permis de diffuser les travaux japonais et cela a conduit, par conséquent, à attirer l'attention et à faire apprécier ses qualités.

Ces faits signifient que l'estimation du projet de loi actuellement discuté n'est pas si facile et nous ne pouvons pas nous oser à en donner une appréciation finale et définitive. Dans notre exposé, nous nous limiterons à examiner le rôle de la doctrine au moment de la réforme législative. Dans cette perspective, nous traiterons plus largement du rôle de la doctrine (I.) puis nous présenterons les raisons pour lesquelles nous nous intéressons à cette question (II.).

I. LE ROLE JOUE (OU QU'IL RESTE A JOUER) PAR LA DOCTRINE

Le rôle de la doctrine dans les travaux de la réforme du droit des obligations doit être examiné, dans le passé (1.) et pour le futur (2.).

1. *Le rôle de la doctrine avant la législation*

a) *Fixer l'objet de discussion*

L'un des caractères particuliers de la réforme du droit des obligations au Japon, c'est le rejet presque total dans le dernier avant-projet des propositions substantiellement importantes qui avaient été insérées dans le premier avant-projet. Par conséquent, on ne peut compter, parmi les innovations principales, que les quatre propositions déjà citées dans notre introduction. Un groupe de civilistes, dont le Ministère de la Justice a recruté un grand nombre afin d'en faire les membres de la Commission de réforme, avait publié une proposition de loi officieuse. Elle était rédigée en cinq tomes, accompagnée de l'exposé des motifs. Sous l'influence de cette proposition, le premier avant-projet s'était doté de nombreuses propositions novatrices : la représentation trompeuse, les actes usuraires, l'obligation de renseignement, la cession de créances collectives, les actions indirecte et paulienne, les méthodes d'interprétation des contrats et la notion du consommateur. Quant aux conditions générales et la protection de la caution, le texte comportait des propositions plus audacieuses que celles qui ont été retenues.

On pourrait considérer ces exclusions comme un rejet de l'influence de la doctrine. Cependant, bien que la plupart des propositions doctrinales aient été finalement refusées, il ne faut pas sous-estimer le fait que beaucoup de propositions ont été discutées, ce qui a permis au groupe des civilistes issus du monde académique d'élargir les champs de discussion.

Dans le contexte de la législation japonaise, ceci est assez rare. Jusqu'à récemment et d'un point de vue sociologique, nous n'avons connu que deux types de processus législatifs en matière civile. L'un est la législation « sous la pression extérieure ». Les meilleurs exemples en sont la Codification civile de 1898, la refonte totale du droit de la famille en 1947. Le premier s'est réalisé sous la pression des pays occidentaux et le deuxième sous celle de l'occupation américaine. Le second type est la législation « d'urgence ». La loi de 2003 réformant l'hypothèque et celle de 2012 sur les enfants maltraités en sont des exemples. Ce type de réformes est principalement adopté sous la pression d'affaires médiatisées. Quant à la réforme du droit des obligations, aucune pression extérieure apparemment influente, ni aucune affaire médiatique n'a exigé un tel traitement d'urgence. Le Ministère de la Justice a lancé spontanément un programme de réforme. En reprenant une

métaphore médicale, on peut dire que c'est plutôt une sorte « d'examen thérapeutique préventif à long terme ».

b) Attirer l'attention de l'opinion publique

L'autre caractéristique de la réforme actuelle est que son de réforme a attiré l'attention de la part des milieux des affaires. De nombreux colloques ont été organisés afin de bien faire comprendre le contenu prévu. De nombreux articles de vulgarisation ont été publiés dans le même but. Il avait été demandé aux spécialistes de droit civil de jouer le rôle de « présentateurs » de la réforme. En réalité, au cours de ce processus, le monde industriel, les ordres d'avocats, les syndicats et associations de consommateurs, les ministères concernés ou encore les tribunaux, tous ont présenté leur opinion. L'un était contre telle proposition, l'autre contre une autre, etc. A la fin de la discussion, seules les propositions unanimement acceptées ont été maintenues, ce qui a été publié dans le dernier avant-projet. Au plan théorique, ceci est dommage. Mais il est très important de discuter de cette manière, c'est-à-dire, de permettre à tout groupe d'intérêt influent d'examiner le projet de loi. Et quelle que soit leur position, les propositions du groupe civiliste étaient au point de départ de la discussion, ce qui est la marque du rôle tenu par la doctrine dans ce processus de réforme.

De nombreux groupes avaient présenté leur avis au Ministère de la Justice, à l'occasion d'appels à commentaires du public. Dans ce cadre, le contenu du projet de loi a été décidé en tenant compte de l'opinion publique. Dans une société démocratique, c'est un principe hautement souhaitable. Mais en réalité, ceux qui ont intervenus sont des groupes de pression, et non des citoyens profanes. En ce sens, on peut penser que les voix de la « société civile » ne sont pas réellement et suffisamment écoutées.

2. Le rôle de la doctrine après la législation

a) L'ajustement des règles particulières

Comme nous l'avons déjà indiqué, les règles innovantes ne sont pas très nombreuses dans le projet de loi et parmi elles, celles concernant les conditions générales et la protection de la caution ont été introduites avec de profondes modifications, qui ont permis à la Commission d'arriver à un compromis. Mais il reste toujours de fortes oppositions à ces deux catégories de règles, principalement de la part de la doctrine.

Ainsi, concernant les conditions générales, il est prévu que, lorsqu'une partie contractante, celle qui impose les conditions générales, déclare à l'autre partie, son client, que celles-ci s'appliquent au contrat, alors les conditions générales en deviennent partie intégrante, même si celui-ci ne

les a pas acceptées (art. 548-2, projet). Cependant, lors des séances de la Commission, presque personne n'a défendu cette règle. Après la promulgation de la loi, *la plupart des auteurs ont exprimé le besoin de limiter le champ d'application de la règle* en appelant à une interprétation restrictive l'expression « déclarer à l'autre partie ». Quant à la protection de la caution, la règle exigeant un acte notarié pour la formation du contrat de cautionnement dans le cas où le débiteur principal est un professionnel, il est prévu qu'elle ne s'applique pas au conjoint de celui-ci (art. 465-9, al. 3, projet). Lors d'une séance, un membre de la Commission s'y est opposé, il a même déclaré qu'il faudrait traiter cette exception comme lettre morte, même si elle venait à être écrite. On peut penser qu'à minima, la doctrine essayera d'en promouvoir une interprétation limitative.

Comme nous l'avons affirmé à plusieurs reprises, beaucoup de propositions novatrices n'ont pas été introduites dans le projet de loi. La plupart des règles sont déjà consacrées par la jurisprudence, et même en ce cas, la Commission n'est pas arrivée à prendre une décision à l'unanimité, car il restait très souvent un ou deux membres, toujours les mêmes, qui n'étaient pas d'accord. Il est facile de comprendre ce processus de décision à la lecture des procès-verbaux.

Après la promulgation, la doctrine proposera probablement une interprétation visant à maintenir et à clarifier la position de la jurisprudence. Car tout le monde était d'accord avec ces solutions jurisprudentielles, y compris le membre de la commission qui s'y était opposé et qui en réalité n'acceptait pas de se soumettre à la position de la majorité. Cette sorte d'interprétation, qui est en quelque sorte une « interprétation évolutive », répondra à une demande de la société japonaise contemporaine, où le « veto » de représentant industriel fonctionne encore. Et il revient à *la doctrine d'œuvrer afin de faire renaître la proposition rejetée au cours du processus pre-legislatif*.

Alors, vous vous demandez pourquoi la Commission doit toujours décider à l'unanimité. Oui, c'est une question que l'on peut se poser. Mais il faut observer que, même si elle décidait à la majorité, le texte resterait toujours confronté à un problème de cohérence. Aujourd'hui, il est pratiquement impossible de confier à une seule personne le soin de préparer un projet de loi, non seulement au Japon mais dans d'autres pays tels que la France. *Face à cette situation, la législation est toujours imparfaite, donc il est inévitable d'ajuster la loi votée en la complétant ou en y suppléant*.

b) *L'extraction des principes généraux*

Jusqu'ici, nous avons présenté le point de vue selon lequel il n'y a presque rien d'innovant dans le projet de loi relatif à la réforme du droit des obliga-

tions au Japon. Mais il est inutile d'insister trop sur ce point car par ailleurs de nouvelles règles acceptées à l'unanimité, sans discussion substantielle sont assez nombreuses et elles sont à même d'introduire dans la loi les nouvelles conceptions du contrat, déjà répandues parmi des auteurs.

En voici quelques exemples. Le projet de loi comprend les règles suivantes: le refus de la résolution du contrat en cas d'inexécution légère (art. 541 projet), la possibilité de résolution partielle du contrat (art. 542 al. 2 projet), la cession de créance future (art. 466-6 projet), ou encore la cession de contrat (art. 539-2, art. 605-2 projet). Ces règles nous permettent de considérer le contrat d'abord comme une structure composée d'un centre et d'une périphérie, structure qu'il est possible de décomposer, et de considérer comme une chose détachable des parties contractantes.

En outre, le projet de loi affirme l'importance du contrat dans la société contemporaine, en reformant uniquement les parties du Code qui concernent les contrats. Dans un sens, il est plus important d'insister sur le rôle social du contrat, que d'en mieux connaître la structure. Nous essayons de créer une nouvelle institution dans la société contemporaine en utilisant la technique contractuelle. La mission du législateur est de produire un droit des contrats qui serve une telle innovation. La réforme actuelle signifie que le renouvellement du contrat social, grâce auquel nous avançons vers « une société contractualisée » Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, Alfred Fouillé a dit « qui dit contractuel dit juste ». Le sens profond de la réforme du droit des obligations, précisément du droit des contrats, réside dans ce point, c'est-à-dire l'affirmation d'un nouveau principe de la société civile. La déclaration du principe de la liberté contractuelle (art. 521 projet) doit être interprétée en ce sens.

Il appartient, en conséquence, à la doctrine de présenter les principes directeurs du nouveau droit des contrats.

II. POURQUOI LE RÔLE DE LA DOCTRINE ?

On peut résumer le changement de rôle des juristes-universitaires dans le Japon contemporain par une formule : des joueurs aux entraîneurs (1). Cependant les juristes universitaires se doivent d'être non seulement des enseignants mais aussi des critiques-chercheurs (2).

1. *Des auteurs aux enseignants ?*

a) *L'anonymisation des rédacteurs*

Comme nous l'avons déjà indiqué, il est difficile aujourd'hui de confier à un ou plusieurs professeurs éminents la mission de rédiger un projet initial pour une réforme législative. Or qui s'occupe de la rédaction proprement

dite ? Ce sont des fonctionnaires du Ministère de la Justice. Nous pensons que la situation est très similaire en France.

Les fonctionnaires chargés de la rédaction du texte produisent un commentaire quasiment officiel après la promulgation de loi. On le traite comme s'ils représentent la volonté du législateur. Après le vote du projet de loi sur la réforme du droit des obligations, le même type d'ouvrage sera publié, que les gens consulteront souvent afin de connaître la volonté du législateur.

Cependant les auteurs en tant que personnes administrativement chargés écrivent de manière modérée, en style neutre. On ne peut y retrouver le caractère original des auteurs car ils se limitent à présenter le résumé des travaux préparatoires collectivement réalisés. Quant aux juristes-universitaires, il est possible que certains exercent une influence sur tel ou tel article, mais *aucun nom propre ne restera dans la mémoire collective du monde des juristes.*

b) Le glissement à l'éducation professionnelle

Aussi le recul de la doctrine se trouve dans d'autres domaines que la législation. Depuis la création des Écoles de droit (Law School) en 2004, spécialisées dans la formation des juristes professionnels, les juristes-universitaires ont été conduits à consacrer la plupart de leur énergie à l'enseignement professionnel. Les problèmes récemment apparus autour de ces Écoles les obligent toutes à lancer des plans de réforme, ce qui demande aux professeurs de consacrer de plus de temps aux enseignements.

De plus, le nouveau concours d'accès aux professions judiciaires a fait en un effet pervers sur le rôle de la doctrine. Il attribuait une position privilégiée à la jurisprudence, particulièrement dans la première épreuve. En conséquence les candidats ont jugé bon de toujours suivre la position jurisprudentielle, et cette tendance à indirectement exercé une influence sur les professeurs, qui consacrent plus de temps à enseigner les règles jurisprudentielles.

Cette attitude des juristes-universitaires a accélère la chute de l'autorité de la doctrine. Les professeurs ne sont que de simples enseignants, pour qui il n'est plus nécessaire de posséder ni esprit critique, ni attitude de chercheur.

2. Les juristes-universitaires en tant que critiques ou/et chercheurs

a) Critique pour les citoyens

Le simple enseignement du Code et des règles jurisprudentielles conduit les enseignants et les étudiants à traiter la règle de droit comme une règle judi-

ciaire. Sellons cette conception du droit, seuls le législateur et les juges créent la règle de droit. Elle ne suscite que peu d'intérêt envers le rôle des citoyens ou de la société civile en tant qu'une force créatrice du droit. Cependant le Code civil n'est pas seulement une source de règle judiciaire, il est aussi celle d'une règle de conduite. On ne peut pas nier que le Code civil soit un symbole de la société, plus encore, on pourrait dire qu'il est la société elle-même. Cette vision nous permet de considérer les citoyens comme ceux qui sont capables, en interprétant à leur manière, la règle de droit, de lancer des idées pour améliorer leur société. A défaut le Code civil ne mérite pas son nom.

Cependant il n'est pas facile pour les citoyens de comprendre le sens du Code civil. Il en va de même dans d'autres disciplines : l'art, la littérature ou le sport etc. C'est ainsi que l'on a besoin d'esprits critiques capables d'expliquer aux citoyens-profanes mais amateurs, le contenu des règles juridiques et d'en présenter le sens. Dans ce cas, les critiques ne devraient pas imposer leurs opinions personnelles, mais *proposer une méthode afin d'examiner le droit de manière critique. Ce rôle important incombe aux juristes-universitaires.*

b) Recherche pour sciences du droit

La crise des Écoles de droit est manifeste : le nombre des candidats diminue sans cesse. Il y a deux raisons à cela. Premièrement le droit ne peut plus maintenir sa position dominante, de quasi-monopole, au sein des diverses techniques d'organisation de la société. Deuxièmement les professions judiciaires ne semblent plus attirantes ou intéressantes pour les jeunes gens, parce que les Écoles de droit ont déjà formés des juristes en nombre suffisant pour répondre aux besoins de notre société.

Afin de surmonter la premier obstacle, il est opportun de se rappeler l'avènement de l'école scientifique en France. A la fin du XIX^e siècle, cette école relevé le défi de rénover la méthodologie du droit civil, en faisant appel non seulement au droit public, mais aussi à la sociologie ou la science politique. Il nous semble qu'une nouvelle école scientifique est nécessaire pour le Japon du XXI^e siècle. Cette fois-ci, l'objet de la libre recherche scientifique n'est pas seulement les règles juridiques mais le système juridique dans son ensemble. Les « sciences » sont ici appelées afin de mieux comprendre les divers aspects de phénomènes juridiques tels que le droit comme règle de conduite, le droit comme régime social etc.

Quant au second problème, les universités japonaises devraient revaloriser l'importance de l'enseignement non-professionnel du droit pour les étudiants, qui n'ont pas nécessairement envie d'être des juristes professionnels. En ce sens, mieux vaut développer la méthode contractuelle, que nous

appelons « contracta design », qui permet de créer un lien social ou un nouveau modelé standard. A cette fin, non seulement les techniques et théories contractuelles, doivent être enseignées, mais encore les méthodes de découverte ou de formulation des problèmes.

La fameuse formule du Doyen Carbonnier, « le Code civil est la constitution civile de la société » est aussi connue au Japon. Cette formule laisse aux citoyens le soin de constituer la société. En fait, même avant l'apparition de cette belle formule, depuis les années 1960, deux civilistes japonais éminents avaient insisté sur l'importance du sens commun des citoyens dans leur méthodologie du droit et conception de la science juridique. D'après eux, les juristes-universitaires offrent les éléments afin de trouver la meilleure interprétation possible des règles et ce sont les citoyens qui décident de leur valeur. Ces deux catégories, collaborant hors des tribunaux, forgent le droit comme règle de conduite, qui à son tour, exerce une influence sur la règle judiciaire. Le devise de la réforme du droit des obligations, était « le Code civil facile à comprendre pour les citoyens ». Si l'on le prend cela en compte sérieusement, il est absolument nécessaire de faire renaitre ce type de science du droit.

Table des auteurs

Yoshifumi Akanishi

Professeur, Université Kinki Law School.

Moritz Bälz

Professeur de droit japonais et de ses fondements culturels, Université Goethe, Frankfort.

Harald Baum

Associé, Institut Max Planck pour le droit comparé et le droit international privé, Hambourg ; Professeur de droit, Université de Hambourg.

Jean-Sylvestre Bergé

Professeur à l'Université de Lyon (Université Jean-Moulin – Lyon 3), membre de l'Institut universitaire de France.

Christophe Chabrot

Maître de conférences de droit public, Faculté de Droit de l'Université Lumière-Lyon 2, Centre de recherches Droits, Contrats, Territoires (EA 4573).

Catherine Fillon

Professeure, Université Jean-Moulin Lyon 3.

Béatrice Jaluzot

Maître de conférences HDR en droit privé, Sciences-po Lyon, directrice de l'Institut d'Asie Orientale, Unité mixte de recherche 5062 (CNRS).

Yuka Kaneko

Professeure, Programme Droit et développement, Graduate School of International Cooperation Studies, Université de Kōbe.

Eri Kasagi

Chargée de recherche au CNRS, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC), Unité mixte de recherche 5114, CNRS, Université de Bordeaux.

Shiro Kawashima

Professeur de droit , Université Dōshisha, Kyōtō,

Souichirou Kozuka

Professeur à l'Université Gakushūin, Faculté de droit, Tōkyō.

Blandine Mallet-Bricout

Professeur à l'Université de Lyon (Jean-Moulin-Lyon 3).

Yuko Nishitani

Professeur de droit international privé à l'Université de Kyōto.

Masamichi Nozawa

Professeur à la Law School de l'Université Rikkyo.

Takashi Oka

Professeur à l'Université Gakushūin, Faculté de droit.

Atsushi Ōmura

Professeur à l'Université de Tokyo, faculté de droit.

Stéphanie Porchy-Simon

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, directrice de l'équipe de recherche Louis Josserand.

Satoru Takenaka

Professeur à l'Université Gakushūin, Faculté de droit.

Mandiou Traore

Doctorant en droit privé, Équipe de droit international et comparé (EDIEC), Université Jean-Moulin Lyon 3.

Edouard Treppoz

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3.