

## 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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.