

LES DROITS DE TRADITION CIVILISTE EN QUESTION

**À propos des Rapports
Doing Business de la Banque Mondiale**

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE**

Les auteurs de la présente réponse sont : François BARRIÈRE, Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas Paris II ; Philippe DIDIER, Professeur à l'Université René Descartes Paris V ; Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université du Maine, Avocat au Barreau de Paris ; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, Secrétaire général de la Société de Législation Comparée ; Michel GERMAIN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II ; Michel GRIMALDI, Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II ; Jacques POURCIEL, Notaire à Venerque ; Bernard REYNIS, Vice-Président du Conseil Supérieur du Notariat ; Jacques TERRAY, Avocat honoraire au Barreau de Paris, anciennement directeur du département Banque/Finance Gide Loyrette Nouel.

**LES DROITS
DE TRADITION CIVILISTE
EN QUESTION**

**À propos des Rapports
Doing Business de la Banque Mondiale**

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE**

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris, France
tel : 33 (0) 1 44 39 86 23
fax : 33 (0) 1 44 39 86 28
e-mail : slc@legiscompare.com
www.legiscompare.com

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (alinéa 1er de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

© Société de législation comparée - 2006
I.S.B.N. 2-908199-46-7

Table des matières

PROPOS INTRODUCTIFS	7
I. INTRODUCTION CRITIQUE À LA MÉTHODE DES RAPPORTS	13
§. 1. - Les principes de l'analyse économétrique	18
A - L'établissement d'une corrélation	18
B - L'interprétation de la corrélation	20
§. 2. - La critique de la méthode mise en œuvre par les rapports	21
A - Les propositions à vérifier	22
1. Première proposition : la supériorité du marché sur l'intervention de l'État	22
2. Seconde proposition : l'infériorité des législations issues du droit français par rapport à celle issue de la <i>common law</i>	25
B - La vérification des propositions	26
1. La faiblesse des hypothèses	26
2. La faiblesse des corrélations	29
II. LES CHAPITRES DES RAPPORTS	35
§. 1. - À propos du Chapitre <i>Starting a business</i> : sur la création d'entreprises	36
§. 2. - À propos du Chapitre <i>Hiring and Firing workers</i> : sur le droit du travail	42
§. 3. - À propos du Chapitre <i>Registering property</i> : sur la publicité foncière	52
§. 4. - À propos du Chapitre <i>Getting credit</i> : sur l'obtention des crédits	56
§. 5. - À propos du Chapitre <i>Protecting investors</i> : sur la protection des investisseurs	62

§. 6. - À propos du Chapitre <i>Enforcing contracts</i> :	
sur l'exécution des contrats.....	71
§. 7. - À propos du Chapitre <i>Closing a business</i> :	
Sur le droit de la faillite	73
III. LES ATOUTS DE LA TRADITION CIVILISTE FRANÇAISE	79
§. 1. - Les atouts structurels	81
A - L'accessibilité	81
1. L'accès matériel : la connaissance de la règle	84
2. L'accès intellectuel : l'intelligibilité de la règle.....	86
B - La sécurité	88
C - La flexibilité	91
1. La vitalité des sources.....	92
2. La généralité de la règle.....	94
3. Le caractère supplétif de la règle	95
§. 2. - Les atouts substantiels (l'exemple du droit des contrats)	98
A - L'ouverture.....	99
B - L'équilibre.....	102
C - L'économie.....	105
IV. LA VALEUR PROPRE DU DROIT	113
§. 1. - La règle de droit	115
§. 2. - Les métiers du droit.....	120
CONCLUSION GÉNÉRALE	125
PUBLICATIONS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT	129

À PROPOS DES RAPPORTS *DOING BUSINESS* DE LA BANQUE MONDIALE

par

L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA
CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE¹

Propos introductifs

1. *Rapports critiques pour les droits civils* - Les Rapports publiés sous la responsabilité de la Banque Mondiale et respectivement intitulés *Doing business in 2004 : Understanding regulation* et *Doing business in 2005 : Removing obstacles to growth*² appellent, à n'en pas douter, une réaction de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, qui a pour mission d'assurer la défense et l'illustration de la culture juridique romaniste³.

¹ Les auteurs de la présente réponse sont, par ordre alphabétique : François BARRIÈRE, Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas Paris II ; Philippe DIDIER, Professeur à l'Université René Descartes Paris V ; Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université du Maine, Avocat au Barreau de Paris ; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, Secrétaire général de la Société de Législation Comparée ; Michel GERMAIN, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II ; Michel GRIMALDI, Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II ; Jacques POURCIEL, Notaire à Venerque ; Bernard REYNIS, Vice-Président du Conseil Supérieur du Notariat ; Jacques TERRAY, Avocat honoraire au Barreau de Paris, anciennement directeur du département Banque/Finance Gide Loyrette Nouel.

Ont également apporté une aide précieuse les étudiants du Magistère de juriste d'affaires de l'Université Panthéon-Assas Paris II.

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 12 place du Panthéon, 75005 Paris, capitant@club-internet.fr; www.henricapitant.org.

² Le Rapport 2006 intitulé « *Creating Jobs* », récemment paru dans sa version définitive, n'a pu faire l'objet de développements précis ; contentons-nous de souligner que ce Rapport 2006 renoue avec la vigueur anti-civiliste de la version 2004 de sorte qu'il légitime encore davantage la présente réaction...

³ En témoignage de l'émoi suscité par ce Rapport, voir cet extrait du discours du Premier Président Guy CANIVET prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 2005 : « Le droit français est, dans l'ordre mondial, brutalement rappelé à l'impératif d'efficience par des

Car cette dernière, et plus particulièrement la tradition juridique française, s'y trouve ostensiblement critiquée et même mise en accusation.

Relevons d'emblée que l'offensive, dépasse très largement le droit français. Car, contrairement à une idée reçue, plus de 150 États, qui représentent près de 60 % de la population mondiale, connaissent un système de droit écrit, pur ou mixte. La *civil law* est même, à l'état pur, le système de presque 24 % de la population mondiale tandis que seulement 6,5 % de cette population vit sous un système de pure *common law*⁴.

2. *Sens de la réponse* - En réplique à ces Rapports, on aurait pu se contenter de reprendre une à une, pour les dénoncer, les contrevérités énoncées sur un ton péremptoire, qui les émaillent. La démarche choisie se veut plus ambitieuse.

Limitée à contredire et à réfuter la kyrielle d'assertions erronées qu'ils contiennent, la réponse se fût enfermée dans la logique de documents qui privilégient l'analyse économique sur la réflexion juridique. Le regard que les auteurs du Rapport de la Banque Mondiale, économistes et non-juristes, jettent sur le droit est, en effet, biaisé par l'usage d'une méthode qui leur est spécifique et sur laquelle on reviendra : l'analyse des facteurs de développement économique.

Pas davantage n'usera-t-on de critiques *ad hominem* contre les auteurs des Rapports. On se contentera de laisser le lecteur, libre par ailleurs de mener son enquête, se forger sa propre opinion sur tel ou tel qui entendent dicter aux hommes de toutes nations la marche vers le meilleur droit.

3. *Grandes lignes des Rapports* - Dans ces Rapports, tout est bien ou mal, la vertu de tempérance est délaissée comme s'il existait un « axe du mauvais droit » dont le droit civil serait le coupable chef de file. Peu versés dans la philosophie du droit, les auteurs évoluent dans une sphère utilitariste qu'ils situent manifestement « au-dessus » de la recherche, au cours des

écoles américaines d'analyse économique des facteurs de développement. Postulant le rôle déterminant de la qualité des lois et règlements régissant la vie des affaires sur la croissance économique, ces études, à partir de l'observation de nombreux systèmes de droit, proposent de démontrer que les réglementations les plus lourdes produisent les plus mauvais résultats parce qu'elles sont généralement associées à une inefficacité des institutions publiques, à de longs retards de décisions, à des coûts élevés des formalités administratives, à l'inefficacité des procédures judiciaires, à plus de chômage et de corruption, à une moindre productivité et à l'assèchement des investissements. À partir des critères qui en sont déduits, sont défavorablement cotés et classés les systèmes inspirés du modèle français». V. depuis, mettant en exergue le rôle du juge dans la protection des valeurs fondatrices des sociétés, G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ*, 2005, 33, spéc. p. 41 et s.

⁴ Chiffres d'une étude effectuée par l'Université d'Ottawa et repris in Étude du Conseil d'état, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, p. 21 et 22.

siècles du juste, de l'équitable ou encore du bien commun... *Tabula rasa* d'un passé vain en quelque sorte.

S'appuyant sur un système de raisonnement plus simple - trop simple même, car principalement d'ordre quantitatif - que celui des juristes, les auteurs des Rapports énoncent d'entrée quelques *postulats* qui se veulent fondamentaux mais qui sont éminemment contestables : un système unique convient à tous (*one size fits all*) ; la loi écrite nuit à l'évolution économique ; les pays pauvres sont ceux qui légifèrent le plus ; plus on réforme mieux l'économie se porte (mais en même temps, moins on légifère, mieux l'économie se porte, ce qui est paradoxal tant il est difficile de réformer sans légiférer...) ; un système d'origine jurisprudentielle se prêle mieux aux évolutions sociales qu'un système de droit écrit, etc...

Ces bases contestables et autres pétitions de principe, pour la plupart énoncées dès le premier chapitre, fondent l'étude des sept questions suivantes (chapitres 2 à 8) : création d'une entreprise, emploi et licenciement des salariés, propriété immobilière et publicité foncière, obtention du crédit, protection des investisseurs, exécution des contrats et enfin liquidation de l'entreprise créée⁵. Le dernier chapitre du Rapport 2004, consacré à la pratique de la réglementation (*The Practice of Regulation*) reprend les idées exprimées au début du Rapport : partant du constat de la diversité de la réglementation à travers le monde, il entend démontrer que les pays les plus pauvres sont ceux qui réglementent le plus, de manière incohérente au surplus. De nouveau, l'impact négatif de l'héritage de la culture juridique française dans les anciennes colonies est largement dénoncé, mais fort heureusement : *heritage is not destiny*. De nouveau, les mérites de la tradition de *common law*, avec des juges indépendants et des jurys, sont vivement loués. Enfin, ce chapitre propose quelques principes de *Good Regulation* : simplifier et déréglementer les marchés compétitifs, renforcer la protection des droits de propriété, utiliser les technologies modernes, réduire l'implication des juges dans les affaires, et, surtout, réformer continuellement.

4. *Clé du « meilleur droit »* - Les auteurs de ces Rapports prétendent ni plus ni moins donner la clé du meilleur Droit, parachevant ainsi la quête millénaire de l'*homo juridicus*. Leur ambition semble délivrer un guide sûr, un petit guide-âne du bon droit, à tous les législateurs de la planète. Or, la Banque Mondiale a donné un large écho à ces travaux, entretenant bon gré mal gré la confusion sur le point de savoir s'il s'agit de la position officielle

⁵ Les deux volets « *registering property* » (publicité foncière) et « *protecting investors* » (protection des investisseurs) ont été ajoutés dans la version 2005 qui reprend largement pour le reste les autres chapitres moyennant des données « actualisées ».

de cette institution multilatérale dont on rappellera qu'elle a pour raison d'être de lutter contre la pauvreté dans le monde (*fighting poverty*)...

À une telle entreprise, c'est, pour le juriste de *civil law* un devoir impérieux de répondre.

Certes, un éclairage utile, voire indispensable, sur l'efficacité de la norme juridique peut procéder du déploiement, à côté d'autres approches traditionnelles, d'une analyse économique appliquée au droit et au premier chef de la fameuse *law and economics* apparue à Chicago à la suite des travaux précurseurs de Ronald Coase et de Richard Posner. Les travaux des courants fort divers de l'analyse économique du droit - car il n'est pas une mais des analyses économiques ! - offrent certainement une grille complémentaire de lecture des disciplines juridiques dont les enseignements pourraient être utiles au législateur et au juge. Et, à cet égard, il faut saluer l'effort entrepris récemment de développer une analyse économique française du droit au sein des universités, lesquelles doivent combler leur retard dans ce domaine et susciter des synergies entre juristes et économistes : on se félicitera ici en particulier des progrès accomplis par le programme de recherches « Attractivité économique du droit »⁶ dont les premières conclusions devraient paraître prochainement.

Mais si l'analyse économique du droit peut et doit être une source d'inspiration et de réflexion pour le juriste, au même titre que la sociologie, la philosophie ou la démographie, elle ne saurait prétendre à l'hégémonie, ni s'ériger en nouveau veau d'or. On ne cédera donc pas ici aux sirènes du « tout économique » et de la « caution scientifique » offerte par les calculs économétriques, impressionné qu'il faudrait l'être par une accumulation de chiffres et de diagrammes...

Comment, d'ailleurs, ne pas mesurer le péril, l'inconscience - et donc la faute lourde, voire inexcusable, comme disent les juristes - qu'il y aurait à abandonner les clefs du droit entre les mains d'une science qui, jusqu'à présent, s'est montrée plus habile à expliquer le passé qu'à pronostiquer le futur. Les économistes expliquent mieux (encore que très diversement) les crises qu'ils ne les résolvent et tout récemment un hebdomadaire économique réputé consacrait un dossier spécial au thème « Pourquoi les économistes se trompent (presque) toujours »⁷. Ce serait certainement une aberration de la part des politiques que de s'en remettre, pour l'élaboration, qui leur incombe, des règles de la Cité, aux calculs désincarnés, déductions abstraites ou anticipations modélisées d'économistes. En effet, la création des règles de droit ne saurait, à peine d'ineffectivité, faire abstraction de la

⁶ Programme de recherche coordonné par Bertrand du MARAIS, Maître des requêtes au Conseil d'État.

⁷ *Enjeux / Les Échos*, dossier spécial, janv. 2006, « Pourquoi les économistes se trompent (presque) toujours ».

nature humaine et des comportements sociaux qu'elles ont pour dessein de régir. Et c'est pourquoi il existe incontestablement des « forces de résistance »⁸ à l'analyse économique du droit, « quelques points d'accroche » entre analyse économique et droit⁹ dont il faudra se demander s'ils ne sont en fin de compte largement justifiés.

5. *Plan* - Aussi, la réponse élaborée par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française se déploiera-t-elle en quatre temps.

On présentera d'abord une longue introduction critique à la méthode employée par les auteurs des Rapports, afin de permettre au juriste qui en est peu coutumier d'en apprécier et la teneur et la valeur (I.).

Puis on s'attachera à reprendre point par point les données et conclusions présentées dans les principaux chapitres des Rapports afin d'en éprouver la pertinence (II.).

Ensuite de quoi, on mettra en évidence les atouts intrinsèques de la tradition civiliste française, et ce notamment d'un point de vue économique (III.).

Enfin, en guise de conclusion, on démontrera que le droit présente une valeur propre, une réelle spécificité par rapport à l'économie, de sorte que la volonté d'asservir, par principe et sans nuance, le juridique à l'économique devrait être rejetée (IV.).

⁸ H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45.

⁹ V. *Petites affiches*, n° 99, 19 mai 2005, « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », sous la direction scientifique de Guy CANIVET, Bruno DEFFAINS et Marie-Anne FRISON-ROCHE.

I. INTRODUCTION CRITIQUE À LA MÉTHODE DES RAPPORTS

6. *L'objet du programme Doing Business.* - Le programme *Doing Business* est une étude annuelle de l'environnement juridique dans lequel les entreprises exercent leurs activités à travers le monde. À ce jour, trois Rapports ont été publiés : *Doing Business 2004 : Understanding Regulation* et *Doing Business 2005 : Removing Obstacles to Growth* et, tout récemment, *Doing Business 2006 : Creating jobs*¹⁰.

Le programme *Doing Business* est mis en œuvre par le département *Private Sector Development* de l'*International Finance Corporation, (IFC)*, l'une des cinq institutions qui, prises ensemble, forment ce qu'on appelle couramment la Banque Mondiale¹¹.

Au sein du groupe Banque Mondiale, l'*International Finance Corporation* a comme mission spécifique d'aider au développement économique par la promotion du secteur privé. Elle remplit son mandat d'une part en fournissant directement des financements à des projets dans des conditions analogues à celles d'opérateurs privés ; d'autre part en fournissant une expertise aux entreprises et aux gouvernements de pays en voie de développement.

Dans le cadre de cette seconde mission, l'IFC a développé différents programmes destinés à étudier l'environnement auquel sont confrontées les entreprises privées, spécialement dans les pays émergents ou en voie de développement. Elle a par exemple lancé le programme *Investment Climate Surveys* qui vise à évaluer, pays par pays, l'ensemble des paramètres qui influent sur le développement des entreprises (infrastructures, finance ...). Le programme *Doing Business* appartient à cette veine d'initiatives. Sa spécificité tient au fait qu'il s'attache exclusivement à l'impact de l'environnement juridique sur le développement des entreprises privées.

¹⁰ Il a été déjà précisé plus haut que seuls les deux premiers Rapports feront l'objet d'une réponse détaillée.

¹¹ Par simplicité, on emploiera l'expression Banque Mondiale pour désigner indifféremment chacune des cinq institutions constituant le groupe Banque Mondiale.

L'objet du programme *Doing Business* est multiple. À un premier degré, il est de collecter des informations. Ce programme sert à établir la description sommaire de l'environnement juridique de chaque pays à partir d'un jeu de questions identiques pour tous. Ce recellement permet de comparer les divers systèmes nationaux.

À un second degré, le programme a un objectif beaucoup plus ambitieux. Au-delà de la simple collecte, il s'inscrit dans une démarche de *benchmarking*¹² des législations¹³. L'objectif est alors de les évaluer c'est-à-dire de porter un jugement de valeur sur celles-ci. Il s'agit de les classer pour identifier les « meilleures ». Ce classement doit orienter l'action des investisseurs (qui doivent diriger leurs investissements vers les pays bénéficiant de la meilleure législation) et des pouvoirs publics (qui doivent faire évoluer leur droit pour le rapprocher de la législation bénéficiant du meilleur score)¹⁴.

7. *Filiation intellectuelle Doing Business et groupe LLSV* - Cette entreprise est menée par une équipe de rédacteurs appartenant à la Banque Mondiale. Pour autant, elle s'appuie sur des travaux antérieurs réalisés par un groupe d'universitaires américains. Ce dernier groupe est animé par les Professeurs Andrei Shleifer du *Department of Economics* de la *Graduate School of Art and Science* de la *Harvard University* et par le professeur Robert Vishny de la *Graduate Business School* de la *University of Chicago*. Par simplicité, ce groupe sera désigné par la suite sous l'appellation généralement adoptée dans la littérature spécialisée de *LLSV* par abréviation du nom de ses membres les plus actifs¹⁵.

Les Rapports indiquent ainsi que l'équipe *LLSV* a été l'auteur de toutes les *background studies* sur lesquelles le Rapport s'est fondé¹⁶. De même, il est indiqué que le Professeur Shleifer est intervenu comme conseiller scientifique pour, selon les termes du Rapport, « apporter la rigueur académique et faire le lien entre la théorie et la pratique »¹⁷. Enfin, la méthodologie employée pour établir chacun des chapitres des Rapports

¹² De l'anglais *Benchmark* : une référence par rapport à laquelle, on évalue des choses semblables.

¹³ *Doing Business 2004*, préface p. ix.

¹⁴ *Doing Business 2004*, préface p. x.

¹⁵ Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER, Robert VISHNY. Occasionnellement d'autres collaborateurs peuvent intervenir : Simeon DJANKOV, Edward L. GLAESER...

¹⁶ *Doing Business 2004*, Acknowledgment p. vii ; *Doing Business 2005*, Acknowledgments p. 133.

¹⁷ *Doing Business 2004*, préface, p. ix.

reprend strictement les publications antérieures du groupe *LLSV* comme cela est indiqué dans la partie « références » des Rapports¹⁸.

La filiation du programme *Doing Business* avec les travaux de ces universitaires renommés n'est pas anodine. En effet, l'équipe d'économistes animée par le Professeur A. Shleifer est à l'origine d'une école de pensée apparue il y a une dizaine d'années et connue comme le mouvement *Law and Finance* du nom du premier travail du groupe¹⁹. Les travaux précurseurs de *LLSV* ont ouvert la voie à d'autres travaux.²⁰ Assez curieusement, ces autres travaux sont ignorés dans les Rapports *Doing Business* qui s'en tiennent aux seuls travaux de l'équipe du Professeur Shleifer. Dans sa forme la plus récente, cette école de pensée revendique la création d'une nouvelle discipline baptisée la *New Comparative Economics*²¹. À ce jour, l'équipe *LLSV* a publié plusieurs dizaines d'articles couvrant les questions les plus diverses.

8. *Le prisme déformant LLSV* - Le programme *Doing Business* n'est ainsi pas créé *ex nihilo*. Il puise ses racines intellectuelles dans un terreau bien circonscrit. Il n'est pas un travail de synthèse reflétant la diversité des opinions relatives à l'impact de l'environnement juridique sur le développement économique. Il est l'émanation d'une école dont, par sa

¹⁸ Le chapitre *Starting a business* reprend Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, and Andrei SHLEIFER, « The Regulation of Entry », *Quarterly Journal of Economics*, 117, 1–37, Feb. 2002 ;

Hiring and firing workers reprend Juan BOTERO, Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, and Andrei SHLEIFER, *The Regulation of Labor*, Working Paper 9756, National Bureau of Economic Research, June 2003 ;

Enforcing a contract reprend Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, and Andrei SHLEIFER, « Courts », *Quarterly Journal of Economics*, 118, 453–517, May 2003 ;

Getting credit reprend Simeon DJANKOV, Caralee Mc. LIESH, and Andrei SHLEIFER, *Remedies in Credit Markets*, Working Paper, Department of Economics, Harvard University, July 2003 ; et Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER, and Robert VISHNY, « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, 106, 1113–55, 1998.

Closing a business reprend Simeon DJANKOV, Oliver HART, Tatiana NENOVA, and Andrei SHLEIFER, *Efficiency in Bankruptcy*, Working Paper, Department of Economics, Harvard University, July 2003.

Le chapitre, *Protecting investors*, apparu dans le Rapport 2005 reprend *Corporate theft*, inédit.

Le chapitre, *Registering property*, apparu dans le Rapport 2005, reprend *Property*, inédit.

¹⁹ Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER, and Robert VISHNY, « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, 106, 1113–55, 1998.

²⁰ Pour un échantillon voir les exemples cités par M. SIEMS, *Numerical Comparative Law : Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity ?*, Working paper, European University Institute, Florence, 2004.

²¹ Les principes de cette discipline ont été exposés dans un *Working paper* du Harvard Institute for Economic Research, n° 2002. Pour une contre-analyse : B. DALLAGO, « Comparative Economic Systems and the New Comparative Economics », *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 1, n. 1, 2004, pp. 59-86.

conception même, il épouse la méthodologie, les résultats et donc les conclusions. Ce lien congénital entre le programme *Doing Business* et la pensée du groupe *LLSV* explique la démarche générale adoptée dans les Rapports. Celle-ci peut se résumer à un postulat et une méthode.

Le postulat posé par le groupe *LLSV* et repris par le programme *Doing Business* est que le cadre juridique d'une économie, c'est-à-dire sa législation, en commande le développement (Hypothèse dite *Law matters*)²². Ainsi, une législation adaptée pourrait accélérer le développement économique, de même qu'une législation inadaptée pourrait le freiner voire le stopper. Dès lors, tout effort d'aide au développement serait vain s'il ne commençait pas par une réforme du cadre législatif²³.

La proposition selon laquelle le cadre légal d'une économie en commande le développement est un postulat au sens plein du terme.

C'est un postulat en ce sens qu'il est, dans l'esprit du groupe *LLSV* et dans l'esprit des rédacteurs des rapports, une proposition hors débat. Le travail du groupe *LLSV* n'est ainsi pas de rechercher dans quelle mesure la législation plutôt qu'un autre facteur favorise ou gêne le développement économique. L'entreprise du groupe *LLSV* se situe en aval de cette question. Pour eux, la seule question à trancher est : compte tenu du fait qu'une législation cause ou empêche le développement économique, quelles sont les caractéristiques des législations que l'on observe dans les économies les plus développées ? Ainsi, l'idée selon laquelle le droit commande le développement économique est fondamentale dans la démarche du groupe *LLSV* car c'est elle qui donne un sens à toute leur entreprise : c'est parce que le cadre légal permet le développement d'une économie qu'il est important d'identifier ceux des cadres légaux que l'on rencontre dans les économies les plus efficaces, donc les plus développées. Toujours pour les tenants de cette approche, en reproduisant les cadres juridiques qui ont permis le succès des pays les plus développés, les pays les moins développés pourront enfin amorcer leur « décollage » économique.

Sans doute, l'essor d'une économie est-il favorisé par un système juridique qui, favorable ou non à leurs intérêts, permet aux investisseurs d'asseoir leurs prévisions : d'où le souci de nombreux pays émergents de se doter d'un État de droit.

²² V. aussi : T. BECK, A. DEMIRGÜÇ-KUNT and R. LEVINE, « Legal institutions and financial development », in Mary SHIRLEY and Claude MÉNARD (eds), *Handbook of new institutional economics* (2004).

²³ V. pourtant : B. CHEFFINS, *Does law matter?: the separation of ownership and control in the united kingdom*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper N°. 172; S. COOLS, *The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers*, Harvard John M. Olin discussion paper series 09/2004.

Pour autant, le postulat adopté par le groupe ne va pas sans interrogation.

Ainsi, entre affirmer que le droit influence le développement économique et affirmer que la transformation du droit étatique est le préalable nécessaire au développement économique, il y a un pas que l'on hésite à franchir : sans verser dans une vision marxiste des choses, le développement économique ne provoque-t-il pas lui-même des transformations juridiques en retour ? Par exemple, peut-on dire que c'est la suppression de l'autorisation nécessaire à la création d'une société anonyme par la loi du 24 juillet 1867 qui a causé le développement de l'industrie française ? N'est-ce pas tout autant la nécessité de réunir de plus en plus de capitaux qui a poussé le législateur de l'époque à libéraliser la création de la SA ? Et est-ce la création de la *Securities and Exchanges commission* (SEC) en 1934 qui a causé le formidable développement du marché financier américain ou sont-ce les excès d'un marché déjà développé qui ont suscité le besoin de création d'une telle autorité de contrôle des marchés ?

En outre, le postulat du groupe *LLSV* tend à focaliser l'attention sur un seul paramètre du développement économique tout en esquivant la discussion sur l'importance relative de ce facteur par rapport à d'autres facteurs. Car s'il est *a priori* parfaitement soutenable que le droit influence le développement économique, il est beaucoup plus discutable de postuler que le droit constitue le facteur le plus important de ce développement.

Une fois posé le postulat suivant lequel le droit commande le développement économique, le groupe *LLSV* et les rédacteurs des rapports *Doing Business* cherchent à identifier les caractères d'une législation idéale, c'est-à-dire dans leur conception d'une législation qui permettrait le décollage économique. Ils se proposent d'atteindre cet objectif en comparant les législations pour en apprécier les effets sur le développement économique.

Pour ce faire, le mouvement animé par le Professeur A. Shleifer et repris par le programme *Doing Business* a recours à une méthode qui est, elle aussi caractéristique. Délaissant les outils traditionnels du droit comparé, considérés comme trop peu opérationnels, il se fonde exclusivement sur l'utilisation de l'économétrie. Toute compréhension et toute appréciation que l'on peut avoir des jugements posés par le groupe *LLSV* et les Rapports *Doing Business* impliquent de garder à l'esprit et le postulat de cette école et son parti pris méthodologique.

Pour un juriste formé dans la tradition de l'*ars aequi et boni*, ce prisme choisi par le groupe *LLSV* et diffusé par le programme *Doing Business* est pour le moins perturbant. Il paraît constituer un obstacle insurmontable. Cependant, pour peu que l'on accepte d'en jouer le jeu, il semble possible de l'apprivoiser. Ce qui se révèle alors c'est que l'avalanche de chiffres et de

formules peine à masquer les limites de l'analyse avancée. Chemin faisant, on ne peut s'empêcher de relever des erreurs grossières et des jugements de valeurs aux fondements incertains. C'est alors la crédibilité et la pertinence du programme *Doing Business* tel qu'il est mené aujourd'hui qui s'en trouvent atteintes.

C'est ce que l'on examinera en exposant les principes de l'analyse économétrique qui, hormis en droit de la concurrence, restent méconnus de nombreux juristes (§ 1), puis en présentant de façon critique la mise en œuvre de la méthode employée (§ 2).

§ 1. LES PRINCIPES DE L'ANALYSE ÉCONOMÉTRIQUE

9. *Notion d'économétrie* - Par la force des choses, les sciences humaines se heurtent à une difficulté : l'impossibilité de pratiquer des expériences *in vivo*. Il ne paraît pas en effet concevable d'isoler un groupe humain pour vérifier si son comportement confirme ou non une théorie. La vérification des théories se fait nécessairement différemment.

En économie, il s'est développé un champ d'étude qui cherche à fournir des instruments à même de surmonter cette impossibilité : l'économétrie. L'économétrie développe les moyens par lesquels il serait possible de tester scientifiquement une théorie sur le comportement des individus sans avoir recours à une expérimentation *in vivo*.

Pour cela, elle s'appuie sur l'application de techniques mathématiques et statistiques afin d'établir et d'interpréter l'interdépendance de plusieurs phénomènes économiques, ce que dans la langue savante on appelle une corrélation.

On exposera successivement ici la question de l'établissement d'une corrélation (A) puis celle de l'interprétation de cette corrélation (B).

A. - L'établissement d'une corrélation

10. *Notion de corrélation* - Le point de départ consiste à établir que le lien entre deux phénomènes, c'est-à-dire entre deux séries d'évènements ponctuels, peut s'exprimer sous la forme d'une fonction mathématique.

Le recours à la fonction mathématique n'est ici qu'un mode de communication : c'est une façon de transmettre à l'interlocuteur un message. Le message que l'on transmet est « il existe un lien entre deux séries d'évènements ». Ce message aurait pu être transmis par une phrase comme cela vient d'être fait, mais il aurait tout aussi bien pu être communiqué par le biais d'un dessin ou d'un geste. Le recours à la fonction

mathématique ne change donc rien au contenu du message ; elle n'est qu'un langage particulier.

En acceptant cette façon particulière de s'exprimer, on peut dire que toute loi qui gouverne les relations entre deux phénomènes, c'est-à-dire entre deux séries d'évènements, peut s'exprimer sous forme d'une fonction²⁴.

C'est en s'appuyant sur cette convention de communication que l'économétrie entend offrir les moyens de vérifier une théorie sur l'interaction entre deux phénomènes sans passer par une vérification *in vivo*.

Le premier temps de la démarche consiste à poser *a priori* une *hypothèse* qui serait de nature à expliquer le lien entre deux phénomènes.

Le second temps de la démarche consiste à *rechercher*, par expérience, si l'observation des faits vérifie ou infirme l'hypothèse avancée. Pour cela, on identifie deux séries d'observations, une représentative du premier phénomène, l'autre représentative du second phénomène. Si la réalité est compatible avec l'hypothèse, alors le lien entre le premier et le second phénomène, c'est-à-dire le lien entre la première et la seconde série d'observations peut s'exprimer sous forme d'une fonction mathématique. Si effectivement il existe une fonction telle qu'elle associe de façon constante chaque élément de la première série à un élément de la deuxième série, alors il existe effectivement un lien entre les deux phénomènes. Dans la langue économétrique, on dira qu'il existe une corrélation entre le premier et le second phénomène. Réciproquement, si on ne peut pas trouver de fonction qui à tout élément de la première série en associe un de la seconde, c'est que les deux phénomènes ne sont pas corrélés.

Le cœur de la vérification de l'hypothèse consiste donc à rechercher s'il existe une fonction qui à tout élément de la première série en associe un de la seconde. Apparaît alors l'utilité du recours au langage mathématique. Car les mathématiques pures ont élaboré des méthodes pour déterminer, à partir de deux séries de chiffres, les paramètres de la fonction la plus proche de celle qui à chaque élément de la première série en associe un de la seconde. Cette opération est dénommée dans les mathématiques pures une régression.

²⁴ Par exemple, la proposition « Tout individu convaincu de vol sera condamné à une peine » établit un lien, dans notre exemple un lien de causalité, entre une première série d'évènements - *des individus sont convaincus de vol* - et un second évènement - *ces individus reçoivent une peine* - . Dans le langage que constituent les mathématiques, la première série d'évènements - *des individus sont convaincus de vol* - est par convention nommé la série des « x » tandis que la seconde - *ces individus reçoivent une peine* - est nommée la série « f(x) ». La règle « une personne convaincue de vol est condamnée » est par convention nommée « f ». « f » est une fonction en ce sens qu'à tout évènement de la série x est associée un évènement de la série f(x). Sur le fond, il est donc indifférent d'écrire « Tout individu convaincu de vol sera condamné à une peine » ou d'écrire « il existe une fonction f qui à tout voleur x associe une peine f(x) ».

Dans une régression, ce sont les résultats qui sont connus et c'est la fonction qui est l'inconnue.

Dès lors que quelques hypothèses ont été formulées, le calcul des probabilités permet d'estimer pour deux séries de données les paramètres de la fonction la plus proche de celle qui associe ces couples de données. Ainsi, pour deux séries de données, il est toujours possible de retrouver une fonction associant les deux séries de données. Mais la pertinence du résultat dépend de l'écart que l'on tolère entre les valeurs données en hypothèse et celles obtenues par application des valeurs estimées. Plus l'écart toléré est important moins le résultat est pertinent : l'établissement d'une régression suppose toujours de préciser son degré de pertinence.

C'est en s'appuyant sur le mécanisme de la régression que l'économétrie prétend vérifier l'existence d'une corrélation. En effet, a-t-on dit, si deux phénomènes sont corrélés, c'est que leur rapport peut s'exprimer sous la forme d'une fonction. Dès lors, pour vérifier si deux phénomènes sont corrélés, il suffit d'opérer une régression à partir des deux séries d'observations empiriques. Si on peut reconstituer une fonction qui à tout élément de la première série en associe un de la seconde et si cette reconstitution se fait avec un degré de pertinence suffisant, il est alors établi que les deux phénomènes sont corrélés : on a vérifié que les deux phénomènes étudiés sont liés.

B. - *L'interprétation de la corrélation*

11. Corrélation et causalité - L'analyse de données permet d'établir l'existence ou l'absence de corrélation entre un phénomène X et un phénomène Y. Cependant, il convient de bien comprendre que la notion de corrélation demeure nettement distincte de la notion de causalité. La corrélation montre que deux phénomènes sont liés. La causalité explique que l'un provoque l'autre. La corrélation est une observation induite d'un nombre fini de cas particuliers. Elle n'est jamais à l'abri d'un contre-exemple c'est-à-dire d'un cas particulier pour lequel elle ne se vérifie pas. Elle n'est qu'une estimation. La causalité est une loi. Elle est vérifiée quels que soient les exemples pris.

La distinction entre corrélation et causalité explique la prudence avec laquelle il faut utiliser la « preuve économétrique ». Le fait que l'on observe une corrélation entre un phénomène X et un phénomène Y ne permet pas de trancher si c'est X qui cause Y, si inversement, c'est Y qui cause X ou même si X et Y sont causés par Z, troisième phénomène qui n'est pas pris en compte dans l'étude. Dans chacune de ces trois relations il y a corrélation

entre X et Y, pour autant, la question de la causalité se pose en des termes radicalement différents de ceux de la corrélation²⁵.

On en déduit classiquement que la compilation et l'analyse de données n'ont pas de valeur explicative indiscutable mais qu'elles offrent, au mieux, un moyen de vérifier que la réalité est compatible avec une hypothèse préalablement émise : elles ne suffisent au contraire jamais à affirmer que ladite proposition ou hypothèse est scientifiquement vraie²⁶.

Or, c'est cette méthode d'analyse très particulière qu'emploie le groupe LLSV pour « *benchmarker* » les législations et découvrir une infériorité structurelle supposée de la tradition française par rapport à la tradition de *common law*. En outre, on ne pourra s'empêcher d'observer que la façon dont le groupe LLSV met en œuvre la méthode encourt la critique.

§ 2.- LA CRITIQUE DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉTHODE PAR LES RAPPORTS

12. Mise en œuvre critiquable - La démarche du groupe LLSV est ainsi dictée par l'utilisation de l'économétrie. L'équipe pose *a priori* une grille de lecture, constituée des propositions à vérifier (A), pour ensuite procéder à la « vérification » de ces propositions par l'établissement de corrélations « significatives » (B). Mais à chacune de ces étapes, l'analyse paraît critiquable.

²⁵ Par exemple, je pourrais me mettre à mon balcon tous les matins à la même heure, mesurer la clarté du ciel et compter le nombre d'oiseaux que je vois voler. Très probablement, je pourrais établir qu'il y a une forte corrélation entre la clarté du ciel et le nombre d'oiseaux que je vois. Dois-je en déduire que plus *le ciel est clair, plus les oiseaux volent* ou que *plus les oiseaux volent, plus le ciel est clair* ou tout simplement qu'il y a autant d'oiseaux qui volent quel que soit le temps, mais que quand le ciel est bouché, je ne les vois pas ? *La corrélation que je peux observer ne me permet pas de trancher la causalité entre les observations que j'ai faites.*

²⁶ Ainsi la démarche qui est à l'œuvre en économétrie consiste d'abord à poser une hypothèse sur la causalité entre un phénomène X et un phénomène Y : il s'agit en d'autres termes de proposer une explication théorique. Puis, dans un second temps de vérifier grâce à une régression, si les données collectées sont compatibles avec l'hypothèse posée. Si les données sont incompatibles avec l'hypothèse ou même si elles ne sont compatibles qu'en tolérant un écart excessif, l'hypothèse peut être rejetée comme fautive. Pour autant, *si à l'inverse, les données sont compatibles avec l'hypothèse, on n'a pas pour autant démontré que l'hypothèse était vraie.* On a juste montré qu'elle est vraisemblable. En effet, la vérification de l'hypothèse ne porte par définition que sur *n* cas particuliers. *Cela n'établit pas que la proposition est toujours vraie.*

A. - *Les propositions à vérifier*

13. Les travaux du groupe *LLSV* cherchent à vérifier deux grandes propositions : une proposition que l'on pourrait dire fondamentale (1) et une proposition qui est secondaire dans leur travaux mais dont la portée pour les juristes français est tout aussi importante (2).

1. Première proposition : la supériorité du marché sur l'intervention de l'État

14. *La grille de lecture* - Le groupe étudie l'évaluation des mécanismes institutionnels par lesquels se fait l'encadrement d'une économie. Le groupe *LLSV* part du postulat libéral qu'une économie capitaliste ne peut se développer que si les droits de propriété (au sens que les économistes donnent à l'expression) sont protégés. Pour mener à bien cette entreprise, le groupe commence par poser une grille de lecture.

Selon cette grille de lecture, les mécanismes choisis par une législation reflètent un équilibre entre deux maux d'égale gravité : d'une part, le risque d'expropriation par un intérêt privé (sous forme de vol, de préjudice illégitime, de coût d'agence dans les sociétés, c'est-à-dire de l'exploitation par les dirigeants de l'asymétrie d'informations qui existe entre eux et les associés...) et, d'autre part, le risque d'expropriation par la puissance publique (sous forme d'impôt, de pot de vin...). Les arrangements institutionnels que l'on observe et qui varient d'une législation à une autre correspondent à des choix d'équilibre différents entre les deux maux fondamentaux.

Selon le groupe *LLSV*, ces choix peuvent être analysés par rapport à une graduation composée de quatre arrangements institutionnels fondamentaux :

(i) *le marché*. C'est alors l'effet de discipline inhérent au marché qui suffit à protéger les droits de propriété. Dans ce modèle, les atteintes aux droits de propriété sont corrigées par les opérateurs eux-mêmes, qui s'accordent sur leur réparation. Par exemple, la victime d'une pollution passe un contrat avec le pollueur par lequel celui-ci l'indemnise de son dommage.

(ii) *le juge*. Les droits de propriété sont protégés par l'intervention d'un tiers impartial qui dispose du pouvoir de les faire respecter. Par exemple, la victime de la pollution s'adresse au juge qui impose au pollueur de l'indemniser.

(iii) *la régulation*²⁷. Les droits de propriété sont protégés par l'intervention de l'État (entendez : l'Administration) sous la forme de réglementations, de contrôles et d'autorisations. Par exemple, il existe une réglementation qui encadre les activités susceptibles de causer des pollutions. À un degré d'interventionnisme supplémentaire, celui qui exerce une activité susceptible d'être polluante doit obtenir une autorisation administrative préalable qui va vérifier qu'il ne causera pas de pollution.

(iv) *la propriété publique*. Si la propriété privée ne permet plus de produire les richesses dans des conditions normales de marché, la propriété publique s'impose.

Le choix entre ces quatre arrangements fondamentaux dépend des caractéristiques de chaque société. Selon l'équipe LLSV, idéalement, le marché devrait être adapté puisque c'est lui qui protège le mieux la liberté des opérateurs contre la dictature de l'État. Cependant, il peut apparaître que le marché protège insuffisamment contre la dictature privée. Autrement dit, le marché n'est pas en mesure de corriger spontanément les atteintes aux droits de propriété. Dans ce cas, il convient de passer à un régime de contrôle par le juge. Mais à son tour, le juge peut se révéler parfois impuissant contre le risque de dictature privée, il convient alors de passer à un régime de régulation et ainsi de suite.

15. *La lecture de la grille* - Le thème récurrent du groupe LLSV est que les arrangements institutionnels des économies contemporaines font une place excessive à la régulation, et ce au détriment de mécanismes moins attentatoires à la liberté telle l'intervention du juge ou, mieux encore, le marché. De ce point de vue, le groupe LLSV s'inscrit dans le cadre du renouveau de la pensée libérale. Sa démarche s'appuie sur une condamnation de l'intervention de l'État dans l'économie.

La proposition éminemment libérale que cherche à vérifier le groupe LLSV par le biais de l'économétrie est que l'intervention de l'État est moins efficace que le juge ou le marché. Il existerait une sorte d'infériorité structurelle de cette forme d'encadrement juridique. Selon lui, un recours excessif à la régulation freinerait le développement économique. Le *leitmotiv* de ses travaux est qu'il faudrait réduire la place de la régulation, c'est-à-dire réduire le domaine d'intervention de la puissance étatique.

Dans ce débat, le groupe LLSV se positionne comme une alternative à deux grandes écoles de pensées économiques plus anciennes expliquant le fonctionnement de l'État.

²⁷ On fera attention que le mot *regulation* est pris dans son sens américain. Il est alors synonyme de réglementation administrative.

La première théorie rejetée présente les interventions de l'État comme le moyen de corriger les défaillances du marché. Ainsi, ce serait l'observation des inefficacités engendrées par un fonctionnement non encadré du marché qui amènerait l'État à intervenir : ces interventions viendraient remédier aux insuffisances du marché. Cette théorie connue sous le nom d'économie publique ou *welfare economics*, a comme héraut l'économiste anglais Arthur Pigou qui le premier l'a systématisé dans l'entre-deux guerres²⁸.

La seconde théorie rejetée voit dans les interventions de l'État le moyen par lequel des groupes d'intérêts se protègent de la concurrence. L'idée est que l'affirmation selon laquelle l'État intervient dans l'intérêt général est un mythe. L'action de l'État serait en réalité la simple résultante du jeu de différents *lobbies*. Plus particulièrement, la réglementation en matière économique serait le moyen pour les opérateurs déjà installés de se protéger contre l'arrivée de nouveaux concurrents. Elle servirait à créer des rentes de situation. Apparue dans les années soixante sous la plume d'économistes comme G. Stigler²⁹ ou de juriste comme R. Posner³⁰, elle s'apparente au mouvement dit du choix public (*Public choice*).

Le groupe *LLSV* rejette ces deux théories et en propose une troisième. Pour lui, les interventions de l'État seraient dictées non pas par les intérêts des entreprises déjà présentes mais par l'intérêt des dépositaires de l'autorité étatique. Ceux-ci, qui par définition contrôlent l'appareil d'État, utiliseraient leurs prérogatives pour se créer des rentes de situation. Plusieurs stratégies pourraient être ainsi observées. Une première stratégie observable serait le clientélisme. Ainsi, en imposant des contraintes législatives aux entrants sur un marché, les détenteurs de l'autorité publique rendraient service à leur clientèle en contrepartie de services qu'elle-même leur rendra, par exemple en votant pour eux et donc en les maintenant en fonction. Une autre stratégie observable consisterait en la corruption : multiplier les obstacles légaux à l'activité des entreprises de façon à pousser les opérateurs à verser un pot de vin pour s'en affranchir. Dans ce schéma de pensée, une autorisation administrative est le moyen de plus simple et le plus efficace pour obtenir un pot de vin. Le groupe *LLSV* soutient même assez cyniquement que ce serait la justification réelle des autorisations administratives.

Le fil directeur des travaux du groupe *LLSV* consiste donc à vérifier que les interventions de l'État en matière économique sont aujourd'hui à la fois excessives et néfastes. Aussi est-ce thème qui est abondamment développé

²⁸ A. PIGOU, *The economics of welfare*, 4 ed., Londres, 1932.

²⁹ G. STIGLER, « The theory of economic regulation », *Bell Journal of Economic and Management Science*, n° 2(1), 1971, p. 3 et s.

³⁰ R. POSNER, « Theories of economic regulation », *Bell Journal of economics*, n° 5, 1974, p. 335 et s.

dans les différents articles qui servent de base aux Rapports *Doing Business*. Ainsi, tous ces articles s'efforcent de montrer qu'une réglementation étatique n'apporte pas les effets bénéfiques attendus de celle-ci.³¹ Réciproquement, les mêmes relevés établirait une forte corrélation entre la présence d'une intervention étatique et de fortes rentes de situation comme par exemple un fort degré de corruption. Ce faisant, on établirait le bien fondé de l'analyse proposée..

Cette discussion sur l'inefficacité structurelle des interventions de l'État constitue l'essentiel de la réflexion menée par le groupe *LLSV*. Mais en marge de celle-ci, il en a développé une seconde axée sur la comparaison de la *common law* et des autres familles juridiques : celle-ci conduit à l'affirmation d'une supériorité indiscutable de la *common law* en particulier à l'égard du droit français. Ce dernier constituerait un véritable obstacle au développement économique.

2. *Seconde proposition : l'infériorité des législations issues du droit français par rapport à celles issue la common law*

16. *Droit français et étatismes* - En bref, la proposition avancée par le groupe *LLSV* en la matière est que la tradition juridique d'origine française se caractérise par une intervention plus forte de l'État par rapport à ce qu'on observe dans la tradition de *common law*. Compte tenu de l'analyse que le groupe fait de l'efficacité des interventions de l'État, il en résulterait que la tradition juridique française serait structurellement moins efficiente que la tradition de *common law*, caractérisée par la place plus grande qu'y occupe le juge. La place même qu'occuperait la régulation dans la tradition juridique française serait un obstacle à son évolution.

Cette infériorité du droit français se révélerait aujourd'hui d'autant plus dommageable que ce dernier serait largement répandu. La proposition développée par l'équipe *LLSV* est que lors de leur période de domination, pour partie intellectuelle et pour partie militaire, les deux grandes nations européennes l'Angleterre et la France ont exporté leur système juridique. En d'autres termes, elles ont imposé aux nations dominées un arrangement institutionnel conçu pour répondre à leur propre environnement économique et politique. Ce faisant elles ont « plaqué » cet arrangement institutionnel qui pouvait n'avoir aucun rapport avec les différents environnements auxquels étaient confrontées les nations dominées. Le résultat serait que les nations dominées auraient hérité lors de la décolonisation de systèmes juridiques inadaptés, handicapant leur développement économique. Ce

³¹ Cette absence de corrélation servirait à établir que l'analyse « pigouvienne » doit être rejetée car elle ne se vérifierait pas en pratique.

handicap serait encore plus marqué dans le cas des pays soumis à l'influence française, dans la mesure où le système juridique français, par la place qu'il accorde à l'État, serait structurellement inférieur.

À cet égard encore, le groupe *LLSV* s'appuie sur une argumentation économétrique pour vérifier le bien fondé de ses propositions. Les relevés opérés indiqueraient ainsi une forte corrélation entre l'appartenance à une tradition juridique et le développement économique (cas de la tradition de *common law*) ou à l'inverse l'absence d'un tel développement (cas de la tradition française).

B. - *La vérification des propositions*

1. *La faiblesse des hypothèses*

17. *Partialité de la proposition à valider* - Dans la méthode économétrique, les qualités de la proposition avancée sont fondamentales. L'expérience montre en effet que l'on peut constater de fortes corrélations entre des phénomènes dont il est certain qu'ils sont sans rapports. Par exemple, un auteur a pu montrer avec humour qu'il existait une corrélation entre l'appartenance à la tradition juridique française et une bonne réussite en coupe du monde de football. Réciproquement, il existerait une corrélation entre une forte proportion de joueurs professionnels et de mauvais résultats dans cette même coupe³² !

L'existence de régressions n'est pertinente que si elle s'appuie sur une hypothèse qui présente un minimum de vraisemblance. En aucun cas, l'existence d'une forte corrélation ne supplée aux carences de l'hypothèse. Or dans le cas du groupe *LLSV*, le moins que l'on puisse dire est que la proposition avancée - et dont on recherche la validation - n'est ni exempte de critique ni impartiale. C'est particulièrement le cas à propos de la prétendue infériorité du droit français.

18. *La clef de l'histoire ?* - Dans leur article, *Legal origins*³³ les membres du groupe *LLSV* ont développé leur proposition expliquant l'infériorité du droit français. Pour eux, par rapport aux pays de *common law*, les pays de droit français sont caractérisés par une réglementation plus importante, une protection des droits de propriété moins assurée, une

³² M. WEST, *Legal determinants of world cup success*, John M. Olin Center for Law & Economics (University of Michigan), Paper #02-009,

³³ E. GLAESER and A. SHLEIFER, « Legal Origins », *Quarterly Journal of Economics*, Nov. 2002.

corruption plus forte, des institutions publiques moins efficaces et une liberté politique plus faible.

Cette infériorité structurelle du droit français serait due à ses caractères intrinsèques³⁴. Pour le groupe *LLSV*, le droit français se caractérise par le fait qu'il repose sur des juges professionnels, une législation codifiée et une procédure écrite, par opposition à la *common law* qui repose sur des juges non-professionnels [le jury], des principes généraux et une procédure orale.

Dans *Legal origins*, l'équipe *LLSV* soutient que cette opposition entre droit français et *common law* remonterait au XII^{ème} siècle et se serait maintenue depuis. Son explication est relativement complexe. Elle peut être synthétisée en plusieurs affirmations :

1) La France a eu une histoire plus violente que l'Angleterre. Il en aurait résulté que les seigneurs féodaux français étaient plus puissants que leurs homologues anglais.

2) Les tribunaux français étaient exposés à une pression plus forte de la part des seigneurs locaux que ne l'étaient les tribunaux anglais à l'égard de leurs propres seigneurs. En particulier, dans le contexte français, l'institution du jury n'a pas pu prospérer. Il en aurait résulté que les juridictions royales, les seules en mesure d'échapper aux pressions des seigneurs locaux ont pris le pas sur les juridictions locales (c'est-à-dire les jurys). Vu à travers leur grille de lecture, cela signifie que pour assurer le même niveau de paix civile, la France a dû faire le choix d'un arrangement institutionnel ayant recours à un plus fort degré d'autoritarisme étatique. Dans les siècles qui ont suivi, le droit français aurait été marqué par le désir constant du Roi de renforcer son pouvoir à son bénéfice exclusif.

19. Traits du droit français d'après LLSV - Les trois caractéristiques du droit français d'après le groupe *LLSV* seraient révélatrices de cet état de fait.

1) En droit français, le juge professionnel est préféré car étant un juge étatique il est subordonné au Roi et tranche dans un sens qui maximise la rente de situation de celui-ci. Cela se fait au détriment de la qualité du jugement car un juge professionnel est moins bien placé pour trancher un litige qu'un jury composé de gens ordinaires. Par opposition dans la *common law*, le système judiciaire, qui allie juges indépendants et jurys soustraits au pouvoir du souverain, produit un droit plus en rapport avec les désirs de la population.

2) En droit français, la législation est codifiée car cela permet de minimiser le rôle du juge. Il ne fait qu'appliquer des solutions choisies par le souverain c'est-à-dire le Roi. Celles-ci sont évidemment dictées par la maximisation de sa rente de situation. Une législation codifiée est le moyen

³⁴ V. sur ce point également *infra* III sur les atouts du droit civil.

pour le souverain de contrôler les juges à son profit. Par opposition, dans la *common law*, les précédents ne posent que des principes généraux que les juges sont en mesure d'appliquer avec une grande marge de liberté.

3) En droit français, la procédure est écrite car le recours à l'écrit est le moyen pour le souverain de surveiller les juges et de vérifier qu'ils interviennent bien conformément à ses intérêts. Ce désir de surveillance des juges expliquerait aussi que l'appel soit largement ouvert.

La différence entre droit français et *common law* aurait été fixée dès le XII^{ème} siècle et se serait toujours maintenue depuis.

20. Appréciation critique - Cette grille de lecture du droit français et de son histoire a de quoi laisser perplexé. Elle révèle en particulier de sérieuses méconnaissances de la matière !

1) Par exemple, s'agissant de l'indépendance du juge étatique, c'est oublier que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont donné maints exemples de leur indépendance : que l'on se souvienne de l'arrêt *Canal*, par lequel le Conseil d'État annula l'ordonnance qui, au cours des événements d'Algérie, avait institué une juridiction d'exception dont les décisions n'étaient susceptibles d'aucun recours³⁵ ; ou encore de l'arrêt *Minit foto*, qualifié de « coup d'État jurisprudentiel », par lequel la Cour de cassation a autorisé les juges du fond à annuler de leur chef les clauses abusives³⁶ ; ou encore de ces arrêts par lesquels la Cour de cassation a condamné, sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les lois rétroactives s'appliquant aux instances en cours³⁷.

De même, s'agissant de la place du jury, c'est oublier un peu vite qu'il jury est une institution familière en matière criminelle, où les jurés d'assises disposent d'une compétence plus large qu'un jury de *common law*, puisqu'ils sont compétents aussi bien sur la question de la culpabilité de l'accusé que sur le prononcé de la peine.

³⁵ CE, 19 oct. 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. Lebon, p. 552. Par l'arrêt *Canal*, le Conseil d'État a annulé une ordonnance prise par le Président de la République sur le fondement d'une loi référendaire qui instituait une cour militaire de justice au motif que la procédure prévue devant cette cour et l'absence de tout recours contre ses décisions portaient atteinte aux principes généraux du droit pénal. Cette décision fut la cause d'une très vive tension entre le général de Gaulle et le Conseil d'État.

³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, in H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000, n° 158 ; *Gazette du palais*, n° 58, p. 95.

³⁷ Cass. ass. plén., 23 janv. 2004, *Bull.* n° 2 ; *BICC* n° 594, p. 11. Allant plus loin que l'arrêt *Zielinski* de la Cour européenne, l'Assemblée Plénière a même estimé qu'il était sans importance que l'État soit partie au litige pour que l'application d'une loi nouvelle aux instances en cours soit subordonnée à deux conditions d'application (l'indication par le législateur de son application aux litiges en cours et l'invocation par celui-ci d'impérieux motifs d'intérêt général).

C'est oublier encore qu'aux États-Unis les juges fédéraux sont nommés par le Président : avec la grille de lecture que propose le groupe *LLSV*, il faudrait en conclure que cela leur donnerait une forte incitation à répondre aux attentes du Président s'ils souhaitent avancer dans leur carrière.

2) Sur le second trait, considérer que la codification se caractérise par le caractère précis des règles par opposition à la *common law* qui pose des principes, c'est aller un peu vite en besogne et ignorer ou feindre d'ignorer, tout ce que le droit français doit à la jurisprudence : il n'est qu'à penser aux articles 1382 et suivants, à l'article 1134 ou encore à l'article 3 du Code civil, et au travail d'interprétation qu'en a fait la Cour de cassation (on y reviendra plus loin : *infra*, III).

De même, considérer que la codification caractérise le droit français depuis le XII^{ème} siècle n'est vrai que si on accepte une marge d'erreur de sept siècles : faut-il rappeler que le premier des Codes ne date que de 1804 et qu'auparavant il ne s'agissait au mieux que d'une mise par écrit des coutumes décidée par Charles VII en 1453 !

Enfin (mais on pourrait continuer sur ce registre pendant longtemps...), poser en principe la supériorité du jury au motif qu'il exprimerait mieux la volonté de la population, c'est faire sien le postulat que le droit n'est que ce veut la majorité. Or est-il sûr que le meilleur droit soit celui que veut la foule ? Le droit ne doit-il pas être le reflet de quelques vérités supérieures, comme la dignité de la personne ou la recherche du bien, qui dépassent le pouvoir du nombre ? N'existe-t-il pas une vertu pédagogique de la loi ? Qui ne connaît les deux maximes qui se répondent : *Quid leges sine moribus ? Quid mores sine legibus ?* En France, par exemple, la consécration en 1972 de l'égalité des filiations légitime et naturelle, l'abrogation en 1981 de la peine de mort, ne correspondaient peut-être pas au vœu du plus grand nombre. Voilà pourtant des réformes sur lesquelles aujourd'hui aucune majorité ne souhaite revenir.

Ainsi, à bien des égards, la proposition qui fonde l'analyse du groupe se révèle grossièrement inexacte sur le plan factuel et largement contestable sur le plan philosophique. On aura donc beau en tirer toutes les corrélations que l'on voudra, la proposition avancée restera essentiellement fragile. D'autant plus que les corrélations proposées n'emportent pas non plus la conviction.

2. La faiblesse des corrélations

21. *Corrélation, causalité et invraisemblances* - Dans la méthode économétrique, la corrélation doit servir de moyen de vérifier ou d'infirmer la proposition avancée. Mais encore faut-il que les corrélations apparaissent pertinentes. Il serait trop laborieux de reprendre chacune des corrélations établies par le groupe *LLSV*. Néanmoins, sans le suivre dans le détail de son

argumentation, on peut prendre un exemple d'une corrélation censée étayer les propositions émises.

Dans *Regulation of entry*, le groupe *LLSV* étudie l'effet des contraintes que l'on fait peser sur les créateurs d'entreprises, afin de trancher entre les trois théories des interventions de l'État (corriger les défaillances du marché, protéger les entreprises en place ou obtenir des pots de vin).

Pour apprécier la première théorie (les interventions de l'État pallient les défaillances du marché), il étudie la corrélation entre la lourdeur des formalités et 6 indicateurs de performance des interventions de l'État. Il adopte comme indicateurs de performance :

- 1) Le nombre de certification ISO 9000 pour mille habitants.
- 2) Le poids de polluant organique émis dans l'eau par jour et par salarié en 1996.
- 3) Le nombre moyen d'empoisonnements accidentels par million d'habitants entre 1981 et 1994.
- 4) Le nombre moyen d'infections intestinales par millions d'habitants entre 1981 et 1994.
- 5) L'importance de l'économie au noir exprimée en pourcentage du PIB.
- 6) L'importance de l'emploi au noir exprimée en pourcentage de la main d'œuvre déclarée.

En opérant une régression, ils établissent qu'il n'y a pas de corrélation entre le nombre de procédures, leur durée ou leurs coûts et les indicateurs de performance. Ils en concluent que la théorie est fautive. Ce qui est remarquable, c'est que le choix des indicateurs est pratiquement sans rapport avec le contenu des formalités imposées aux créateurs d'entreprises. En réalité, dans ce travail, on ne mesure pas l'efficacité de la législation c'est-à-dire son aptitude à atteindre ses objectifs. On opère de simples rapprochements entre une mesure quantitative de la réglementation et des événements sociaux sans rapport. De toute façon, dans un tel cas, la présence ou l'absence de corrélation n'est pas significative.

Réciproquement, pour étayer sa propre hypothèse, le groupe établit une corrélation entre d'une part, le volume de procédures requis lors de la constitution d'une entreprise et le degré de corruption des pouvoirs publics. Il affirme que plus il existe de formalités, plus le sentiment de corruption est important. Mais, d'une part, là encore la conclusion n'emporte pas la conviction. En effet, la mesure de la corruption se fait à partir de résultats empruntés à des sondages d'opinions provenant de diverses organisations. Or ces sondages portent sur l'opinion des prospects sur le degré de corruption dans leurs pays en général. Ce ne sont pas des enquêtes réalisées spécifiquement pour tester l'impact des procédures de constitution des entreprises. Le fait que l'on puisse éventuellement identifier une corrélation

entre le volume des procédures et le sentiment de corruption n'établit ni que c'est le volume des procédures qui cause la corruption, ni que c'est la corruption qui cause le volume des procédures. D'autre part et surtout, à supposer même que les procédures d'autorisation soient l'occasion de certaines corruptions, il resterait à savoir si ce ne sont pas là des inconvénient secondaires, des dommages « collatéraux », qui, pour regrettables qu'il soient seraient négligeables au regard des bienfaits de ces procédures. À la limite, dire qu'une procédure d'autorisation est l'occasion de corruption, c'est énoncer un truisme sans intérêt. La question essentielle est autre : savoir si le mal se réalise et, dans l'affirmative, s'il atteint un degré tel qu'il condamne la procédure. Faut-il cesser de faire des dons pour sauver Venise au motif que certains des fonds récoltés auraient été détournés ?

22. *Doing Business et LLSV* - En définitive, la littérature du groupe *LLSV* laisse perplexe tant elle paraît dogmatique et paradoxalement peu rigoureuse. Sans doute fera-t-on valoir que les Rapports ne reprennent pas ouvertement toutes les propositions du groupe *LLSV*. Formellement, on n'y retrouve pas les formules apologétiques de la *common law* et dépréciatives du droit français que l'on rencontre couramment dans les écrits du groupe. Pour autant, la lecture du Rapport 2004 laisse peu de doute sur les préférences des auteurs. Quant au Rapport 2005, si on peut y deviner un infléchissement diplomatique, ses fondements intellectuels demeurent inchangés. Par leur origine, par leur méthode, par leurs conclusions, les Rapports *Doing Business* demeurent indélébilement marqués par une pensée clairement identifiée, qui se trouve exposée dans le chapitre 1 intitulé « *Measuring with impact* ». Dès lors cela suggère deux observations.

23. *Doing Business et renouvellement du droit comparé* - En premier lieu, au-delà de ses faiblesses, les Rapports *Doing Business* soulèvent la question du renouvellement des méthodes du droit comparé dans la perspective d'en faire un instrument efficace³⁸. En particulier, l'emploi des techniques de l'économétrie peut aider les juristes à proposer des analyses plus opérationnelles. Rendant hommage à l'ambition du projet scientifique du groupe *LLSV*, un auteur écrivait : « The LLSV study is a ground-breaking endeavor. Orthodox comparative lawyers would have shrunk back from such an ambitious endeavor and if they had attempted, it would have wound up with a tome of 2000 pages and 6000 footnotes filled with caveats and

³⁸ M. SIEMS, *What Does Not Work in Comparing Securities Laws: A Critique on La Porta et al.'s Methodology*, Working paper, European University Institute, Florence, 2004; M. SIEMS, *Numerical Comparative Law : Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity?* Working paper, European University Institute, Florence, 2004.

qualifications that would have rendered it unreadable »³⁹. Certes, en l'espèce le recours à l'économétrie ne s'est pas révélé productif. Pour autant, il serait peut-être excessif d'associer dans la même condamnation, les conclusions défendues par le groupe *LLSV* et la méthode employée. En elle-même, la méthode économétrique est neutre. Par exemple, la même méthode a pu être utilisée pour défendre la thèse que la culture d'un pays avait plus d'impact sur son évolution que son appartenance à une famille juridique, contredisant ainsi le postulat de l'équipe *LLSV*⁴⁰.

Ce qui rend les conclusions du groupe *LLSV* et donc les Rapports *Doing Business* peu convaincants, ce n'est pas l'emploi de méthodes quantitatives en tant que telles. C'est plutôt qu'en l'espèce elles sont employées de façon sommaire et semblent sous-tendues par la volonté d'obtenir, plus que démontrer, le résultat escompté, à savoir la faible efficacité économique du droit civil. À dire vrai, la méthode a semblé le prétexte à une vaste auberge espagnole dans laquelle, sous les atours trompeurs de la science, le groupe *LLSV* ne trouve que ce qu'il y a préalablement apporté. Mais il ne faut pas confondre les qualités intrinsèques d'un outil et l'usage que l'on en fait. Ces mêmes outils pourraient apporter un éclairage instructif sur les systèmes juridiques pour peu qu'ils soient au service d'analyses moins indigentes et qu'ils soient maniés avec plus de rigueur. Un premier pas pourrait être fait en les combinant aux autres instruments de la comparaison au premier rang desquels l'histoire⁴¹.

24. *Doing Business et confusion des genres* - En second lieu, les Rapports *Doing Business* soulèvent la question de la confusion des genres littéraires. Tels qu'ils ont été établis, les Rapports *Doing Business* ont opéré comme une caisse de résonance au service d'une école de pensée et même plus au service d'une chapelle au sein de cette école. On peut certainement se réjouir qu'une institution comme la Banque Mondiale aide au débat des idées. Pour autant, on peut regretter que le patronage de la Banque ne joue

³⁹ D. VAGTS, « Comparative company law – The new wave » in *Jean-Nicolas Festschrift Druey*, 2002, p. 596 at 604 : (« L'étude du groupe *LLSV* est une entreprise révolutionnaire. Des comparatistes traditionnels auraient reculé devant un projet si ambitieux et s'ils l'avaient entrepris, il se serait terminé par un volume de plus de 2000 pages et 6000 notes de bas de pages pleines de réserves et de nuances à faire qui auraient rendu le tout illisible »).

⁴⁰ A. LICHT, C. GOLDSCHMIDT and S. SCHWARTZ, « Culture, law, and corporate governance », à paraître dans *International Review of Law and Economics*.

⁴¹ A. MUSACCHIO, *Law, Politics, and Finance in Brazil: Historical Lessons for Corporate Governance Reform in Latin America*, 2004, inédit ; A. MUSACCHIO, *Law, Politics, and Finance: Creditor Rights, Contract Enforcement, and the Rise and Decline of Bond Markets in Brazil, 1850-2002*, 2003 inédit ; N. LAMOREAUX and J.-L. ROSENTHAL, « Legal Regime and Contractual Flexibility: A Comparison of Business's Organizational Choices in France and the United States during the Era of Industrialization », *American Law and Economics Review*, Spring 2005 vol. 7, p. 28.

qu'au profit d'une seule équipe, connue qui plus est pour ses positions souvent extrêmes. Plus gravement, en sponsorisant une équipe universitaire comme elle l'a fait avec le groupe *LLSV*, la banque méconnaît la frontière qui doit exister entre la recherche universitaire et l'expertise institutionnelle. De la première, on attend de l'imagination et de l'innovation. On lui reconnaît en conséquence une part de liberté et de subjectivité. De la seconde, on attend qu'elle aide les décideurs à faire des choix éclairés par une analyse rigoureuse et une présentation objective qui impliquent prudence et pluralisme.

25. *Doing Business : le Da Vinci Code du droit comparé ?* - On conclura cette introduction à la méthode *LLSV* en se risquant à un rapprochement : l'année 2004 a été marquée par le succès d'un roman qui au prix de rapprochements hâtifs, d'hypothèses hasardeuses et de quelques contrevérités, a prétendu révéler la clef de deux mille ans d'histoire. Or, en se plongeant dans les Rapports *Doing Business*, on ne pourra pas s'empêcher de se demander s'il n'y a qu'en littérature de divertissement que ce genre se rencontre...

II. LES CHAPITRES DES RAPPORTS

26. *Analyse critique des principaux chapitres* - La méthode du groupe LLSV et ses limites ayant été exposées, il nous faut à présent entrer dans le détail de chacun des chapitres qui composent les Rapports 2004 et 2005, le Rapport 2006 paru depuis peu n'ayant pu être intégré dans le champ de la présente analyse.

Quelques remarques préliminaires sont ici nécessaires :

➤ *sur la tonalité générale des différents Rapports* : le Rapport 2005 s'avère sur bien des points substantiellement différent et beaucoup moins critique à l'égard de la tradition juridique française⁴² que la version 2004 ; toutefois, le Rapport 2006 renoue avec la virulence anti-civiliste du Rapport 2004 : ainsi, il n'hésite pas à se disqualifier lui-même en classant par exemple la France à la 44^{ème} place en termes d'environnement juridique des affaires, c'est-à-dire derrière la Jamaïque, le Botswana ou les îles Tonga... suivant un classement dont le peu de sérieux n'a pas échappé, cette fois, à la presse économique⁴³ ;

➤ *s'agissant de la méthode retenue* : on présentera aussi objectivement que possible les données des différents chapitres pour en éprouver la pertinence afin, suivant le cas, de les confirmer définitivement, de les infirmer ou de les relativiser après les avoir replacées dans leur contexte.

⁴² On se félicitera ici de ce que les réactions d'émotion de la communauté juridique française, confrontée aux contrevérités du Rapport 2004, aient porté à certains égards leurs fruits et contraint les auteurs du Rapport à plus de rigueur...

⁴³ V. par ex. l'article de R. HIAULT dans *Les Échos* du 13 sept. 2005, sous-titré « Polémique sur le Rapport *Doing business* de la Banque Mondiale » : « Quel crédit apporter à un rapport classant la France à la 44^{ème} position derrière la Jamaïque, le Botswana, les îles Tonga ou encore la Namibie en ce qui concerne la facilité des entreprises pour y réaliser des affaires ? » ainsi que la réponse de Bertrand du MARAIS (mentionnée dans le même article) qui, coordinateur du programme de recherche sur l'attractivité économique du droit, voit dans cette nouvelle édition ni plus ni moins une « fraude intellectuelle et d'une incroyable audace ».

§1. - À PROPOS DU CHAPITRE *STARTING A BUSINESS* :
SUR LA CRÉATION D'ENTREPRISES

27. *Chapitre 2 ; une SARL dans la ville la plus peuplée...* - Un chapitre 2 du Rapport *Doing Business* est consacré à la création d'une société.

De façon simplificatrice, les données de ce Rapport raisonnent sur la création d'une entreprise sous la forme, dite la « plus populaire », d'une société commerciale à responsabilité limitée : en France, il devrait s'agir de la société à responsabilité limitée (SARL)⁴⁴. D'autres présupposés sont retenus qui ne devraient pas avoir, en droit français, d'impact sur la forme sociale retenue : par exemple, il est supposé que la société opère « dans la ville la plus peuplée ».

28. *Données tronquées puis corrigées* - Le Rapport 2004 de la Banque Mondiale avançait dans sa première mouture que, pour créer une SARL en France, il faudrait :

- 10 procédures ;
- 53 jours ;
- une dépense de 3% du revenu par habitant (*income per capita*) ;
- un capital minimum de 32,1 % du revenu par habitant (*income per capita*).

D'après le Rapport de la Banque Mondiale, plus ces quatre indicateurs seraient réduits, plus la création de sociétés serait aisée : expression de la philosophie libérale qui lui est sous-jacente.

Le Rapport 2005 est opportunément venu « corriger » certaines de ces données tronquées, à la suite d'observations et de critiques formulées par les juristes français. C'est ainsi que le nombre de procédures est passé de 10 à 7, et le nombre de jours nécessaires à la création d'une entreprise de 53 à 49, puis à 8 ! Le coût est passé de 3 % à 1,1 % du revenu par habitant (*income per capita*). Le pourcentage du capital minimum est passé de 32,1 % à 0 % du revenu par habitant (*income per capita*).

Il reste cependant que l'étrangeté de ces variations d'une année sur l'autre, en l'absence de tout changement majeur du droit français, permet de douter de la fiabilité des données recueillies...

⁴⁴ On peut d'ailleurs s'étonner que le Rapport 2004 n'ait pas pris la peine de nommer, pays par pays, les types de sociétés qui ont été considérés comme répondant aux postulats édictés par ce même Rapport ; la transparence s'en serait trouvée améliorée et l'utilité pratique du Rapport accrue. Depuis la parution de ce Rapport, cette information est toutefois disponible sur le site Internet de la Banque Mondiale.

29. *Formalités de constitution d'une SARL* - On rappellera qu'en droit français, les formalités de constitution d'une SARL sont schématiquement les suivantes.

D'abord les statuts doivent être signés (article L. 223-6 C. com.), étant précisé que l'acte peut être passé sous seing privé (était donc erronée, dans le Rapport 2004, la mention du recours à un notaire)⁴⁵.

Après la signature des statuts, il doit être procédé aux formalités de publicité suivantes⁴⁶ :

- insertion dans un journal d'annonces légales ;
- dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce ;
- immatriculation de la SARL au registre du commerce et des sociétés.

Alors, la SARL acquiert la personnalité morale. S'en suivra une publicité automatique au BODACC (Bulletin officiel d'annonces civiles et commerciales), qui ne retarde pas l'acquisition de la personnalité morale.

30. *Des formalités inutilement alourdies dans le Rapport* - Le Rapport 2005 de la Banque Mondiale a pourtant fondé ses données chiffrées sur les formalités suivantes, nettement alourdies⁴⁷.

1°/ En premier lieu, la vérification du nom à l'INPI (Institut national de la propriété industrielle), pour lequel un jour serait nécessaire. Dans les commentaires sur le site Internet de la Banque Mondiale, il est précisé que cette formalité est recommandée (*advisable*). Il est vrai qu'un certain usage de la vérification du nom s'est instauré. Mais ce n'est pas là une formalité impérative (comme l'observe d'ailleurs le commentaire en ligne de la Banque Mondiale). Pourquoi, dès lors, présenter cette « exigence » comme une procédure obligatoire ? Et, en tout état de cause, cette procédure, qui peut se faire *en ligne*, ne nécessite pas « une journée » ;

2°/ Le dépôt des fonds, moyennant remise d'un certificat du dépositaire. C'est effectivement une exigence des articles L. 223-7 alinéa 4 du Code de commerce et 22 alinéa 1 du décret du 23 mars 1967. Ce dépôt doit être préalable à la signature des statuts. Là encore, une journée est décomptée par le Rapport de la Banque Mondiale pour y procéder : pourtant il est aisé d'effectuer cette formalité en même temps que les autres.

⁴⁵ Est notamment annexé aux statuts, l'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulte pour la société. La signature des statuts emporte reprise des engagements par la société après l'immatriculation (article 26 al. 2 du décret du 23 mars 1967).

⁴⁶ V., par ex., Ph MERLE, *Sociétés commerciales*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 182 et 183 ; A. COURET et *alli.*, *Mémento sociétés commerciales*, Paris, Ed. F. Lefebvre, 2005, n° 5142.

⁴⁷ C'est ce qui résulte de la méthodologie exposée sur le site Internet de la Banque Mondiale.

3°/ La publication d'une notice dans un journal d'annonces légales. C'est effectivement une formalité obligatoire, mais elle ne nécessite pas d'attendre la parution du journal d'annonces légales, dans la mesure où il suffit de pouvoir présenter une copie de la demande d'insertion dans le journal.

4°/ L'enregistrement des statuts par l'administration fiscale. Cette mention peut surprendre. Le Centre de Formalités des Entreprises ou CFE se contente de « deux originaux des statuts paraphés, datés et signés par les associés », et l'accomplissement de cet enregistrement fiscal n'a pas d'incidence sur la validité de la société, et, plus précisément, sur l'acquisition de la personnalité morale. Le décompte d'un jour pour cette « procédure » n'a donc pas de sens.

5°/ Le dépôt d'une « liasse unique » auprès du CFE, qui, après un contrôle formel des déclarations, se charge d'adresser à chaque administration concernée la déclaration de la création de la société. Ainsi c'est après avoir été saisi par le CFE que le Registre du commerce et des sociétés sera amené à délivrer un extrait sous forme K-Bis prouvant l'immatriculation de la société. Il est décompté un délai de quatre jours pour l'accomplissement de cette formalité : le délai d'immatriculation proprement dit est d'un jour franc qui, ajouté à trois jours de délai pour le traitement par le CFE, accrédite sur ce point la pertinence du délai de quatre jours retenu par la version 2005 du Rapport *Doing Business*.

6°/ L'établissement des registres et comptes d'actionnaires. Cette formalité n'existe pas dans les SARL mais seulement dans les sociétés anonymes qui ne sont pourtant pas évaluées ici.

7°/ En septième et dernier lieu, l'information du bureau de poste. Cette formalité est facilitée depuis la loi du 1^{er} août 2003 par la remise par le greffier du tribunal de commerce, dès qu'il reçoit le dossier d'immatriculation, d'un récépissé permettant d'accomplir les démarches nécessaires : elle ne fait donc, là encore, courir aucun délai supplémentaire.

31. *Appréciation critique* - Ces observations chiffrées appellent donc une grande réserve et certains commentaires complémentaires.

1°/ Le Rapport 2005 met en exergue les bénéfices de la loi du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique qui aurait, en réduisant le capital social de la SARL à un euro, permis de dynamiser la création de sociétés alors que 50.000 Francs puis 7.500 euros étaient nécessaires auparavant. À lire le Rapport, on a parfois l'impression que ses auteurs auraient été à l'origine de cette réforme... alors qu'il n'en est évidemment rien⁴⁸.

⁴⁸ Ni l'exposé des motifs ni les travaux parlementaires n'y font la moindre allusion...

2°/ Toujours sur le capital social, puisque le capital minimum est devenu symbolique (1 euro), on ne comprend pas très bien la pertinence de l'élément chiffré avancé par la Banque Mondiale. Un capital d'un euro ne représente qu'une part infime de l'« *income per capita* ». Plus généralement, on peut regretter l'affirmation absolue suivant laquelle le capital devrait être d'un faible montant, sans prendre en compte le risque que le dirigeant social ou l'associé majoritaire doive se porter caution pour que la société obtienne un crédit, ni évoquer la nécessité des fonds propres pour éviter un état de cessation des paiements à terme. Tout comme le risque supplémentaire d'actions en responsabilité contre les dirigeants d'une société sous capitalisée est omis. Que la constitution d'une société soit facilitée par un faible coût est une chose ; que la société ainsi constituée réponde aux attentes de celui qui la fonde et de ses créanciers en est une autre....

3°/ Le Rapport de la Banque Mondiale passe encore sous silence les possibilités qu'ont, en droit français, les sociétés en formation (c'est-à-dire non encore titulaire de la personnalité morale) d'accomplir tous types d'actes, avec notamment la procédure de reprise des actes passés au cours de la période de constitution⁴⁹ (permettant à la société en formation d'agir et que ces actes soient rétroactivement réputés les siens lorsqu'elle acquerra la personnalité morale). Or, la faculté d'agir pendant la période de formation relativise la portée d'éventuels délais. Entre le moment où la société est en formation et le moment où elle acquiert la personnalité morale, la société n'est pas figée. Le délai entre le début de la formation de la société et son immatriculation n'est donc pas synonyme d'absence de capacité à agir.

4°/ En outre, le Rapport gagnerait sans doute à prendre en compte le recours à l'Internet pour procéder à des formalités permettant d'obtenir l'immatriculation de la société. Le Rapport 2005 relève l'existence d'un enregistrement en ligne pour la France, sans que l'on comprenne bien pourquoi cette possibilité n'est pas retenue par la Banque Mondiale comme critère de notation. Le Rapport pourrait donc sans doute avantageusement prendre en compte de façon expresse la faculté de procéder à des demandes d'inscription ou de dépôt d'actes ou de pièces au registre du commerce et des sociétés par la voie électronique (art. 1, I du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 modifié), permettant un gain de temps et un coût plus faible lors de la constitution de sociétés.

5°/ Le Rapport fait fi d'autres avancées du droit français en lien avec le domaine de la création de l'entreprise, telles que la possibilité offerte à l'entrepreneur de domicilier son activité sociale et de l'exercer dans son

⁴⁹ Art. L. 210-6 C. com. *Adde* RIPERT et ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 2, 18^e éd. Paris, LGDJ, 2002, par M. GERMAIN, spéc. n° 1057 et s.

domicile privé ou encore l'interdiction pour l'employeur d'opposer une clause d'exclusivité à un salarié en cours de création d'entreprise⁵⁰.

De manière plus générale, on peut se demander si la cause de l'augmentation de nombre de créations de sociétés ne réside pas également dans les aides au financement, que ce soit les avances à taux zéro pour les créateurs en difficultés ou certaines mesures proposées par la loi du 1^{er} août 2003. De même, l'on peut se demander si les nouveaux financements pour la « revitalisation » économique prévus par la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie ne pourraient pas aussi participer à ce mouvement, nouvel aspect passé sous silence par ledit Rapport.

6°/ Ce chapitre aurait mérité que son champ d'analyse fut élargi pour gagner en crédibilité, que ses chiffres fussent davantage justifiés (comment le chiffre d'augmentation du nombre de sociétés est-il obtenu par le rapport ?) et que certains éléments adjacents fussent pris en compte (risque de crédit pour l'entrepreneur, aides à la création d'entreprises, possibilités d'agir pendant la période constitutive).

On peut également être surpris de ce que le rapport de la Banque Mondiale ne rappelle pas que la source du droit français relatif aux constitutions de SARL (et d'autres types de sociétés) est le droit communautaire. En effet, la première directive du conseil du 9 mars 1968 (directive européenne n° 68/151/CEE) impose diverses obligations en ce domaine, dont, notamment, en son article 10, un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution (sauf à avoir recours à la forme authentique des statuts et des actes constitutifs). Ce contrôle préventif, imposé par le droit européen s'accompagne d'un délai supplémentaire afin de constituer une SARL en France. La logique des constitutions de sociétés au sein des États membres de l'Union européenne (15 pays hier, 25 aujourd'hui) est nécessairement similaire, car devant être en conformité avec cette directive européenne. Les résultats entre ces 25 États ne devraient donc pas être très différents et les notations par conséquent, analogues et ce sans que l'existence ou non d'un quelconque Code, l'existence ou non d'un droit de « tradition française » (pour reprendre le vocable du Rapport) ou autre puisse avoir la moindre conséquence.

7°/ Le Rapport de la Banque Mondiale fait apparaître l'Australie comme étant un pays où la rapidité de la création de la société est exemplaire. Il eut sans doute été intéressant que le Rapport rappelle que, dans ce pays, aucun contrôle n'est exercé lors de l'enregistrement. En effet, il est singulier d'apprécier la durée d'un délai sans s'interroger sur ce qui peut la justifier

⁵⁰ Cf. la loi sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003 et la loi sur les petites et moyennes entreprises d'août 2005.

(vérification sur le fond, vérification formelle ou absence de vérification). Et il est permis de penser qu'il est préférable de prendre le temps nécessaire à des vérifications préalables, plutôt de perdre ensuite son temps et son énergie en régularisations ou contentieux divers.

8°/ Il semble également regrettable que le Rapport ne fasse pas mention des causes de nullité d'une société. En effet, « créer » une société en un jour, lui faire immédiatement acquérir une personnalité morale sans tenir compte des risques postérieurs de remise en cause est superficiel ; la nullité de la société représentant un risque (et donc un coût) pour les tiers créanciers, les actionnaires et les dirigeants. Sur ce point, force est de constater que le contrôle a priori effectué en France couplé aux causes fort limitées de nullité de sociétés, fait que ce pays⁵¹ offre une sécurité juridique indéniable (aux fondateurs de la société, aux tiers créanciers, etc.), atout malheureusement passé sous silence par ledit Rapport. Cette sécurité juridique permet d'économiser des coûts (provisions pour risque, frais en cas de contentieux, etc.), que le Rapport - dans sa volonté d'analyse économique - n'aurait pas du manquer de prendre en compte.

32. « Top ten reformers » *sans presque réformer !* - Ainsi, ce chapitre 2, relatif à la création d'une entreprise, contient une quantité proprement accablante d'inexactitudes, qu'il s'agisse du nombre de procédures, de la durée ou du coût nécessaires à la création d'une entreprise (l'une des plus notable, parce qu'à la fois fautive et malveillante, étant le rôle attribué aux notaires, considérés comme une « charge inutile »).

Corrigeant le tir, le Rapport 2005 place la France en meilleure position parmi les pays ayant engagé des réformes en matière de création de sociétés (« *top ten reformers* »), ceci en raison de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, qui, à elle seule, aurait favorisé la création de 14 000 nouvelles entreprises, soit une augmentation de 18 % par rapport à l'année 2002⁵²...

Mais on peut douter ouvertement que cette seule loi - qui permet, il est vrai, de créer une société avec un capital réduit à un euro - ait suscité en une année, voire moins, tant de vocations d'entrepreneurs.

Les bienfaits dont le Rapport la crédite sont bien plutôt le fruit d'un processus engagé depuis des années, en vue de faciliter les procédures à suivre pour créer une société. Par suite, le meilleur rang attribué à la France résulte d'une correction tardive et discrète de données initialement tronquées.

⁵¹ Cf. RIPERT et ROBLOT, traité préc., par M. GERMAIN, spéc. n° 1072.

⁵² Comp. les statistiques de l'INSEE : augmentation de 8,75% du nombre de création d'entreprises entre l'année 2002 et 2003 et de 7,2 % de septembre 2003 à septembre 2004. Il faut sans doute voir, dans le chiffre avancé par le Rapport 2005, l'incidence « positive » d'une correction tardive des données tronquées recueillies et commentées dans le Rapport 2004.

33. *Conclusion du chapitre 2* - On terminera ce chapitre sur deux réflexions.

Tout récemment, une nouvelle édition du « Guide des formalités légales au registre du commerce de 36 pays à travers le monde » est parue (une traduction intégrale en anglais existe) à l'initiative du greffe du tribunal de commerce de Paris⁵³. Il y est discuté des principes de l'immatriculation, des obligations y afférentes, des coûts, des statuts, etc. Or, il y est relevé, pour la France, un délai d'immatriculation d'un jour franc, soit le délai le plus court en Europe, et ce en dépit d'un contrôle approfondi des dossiers qui est un gage de sécurité juridique. Et il y est encore relevé que, des 36 pays étudiés, la France est celui qui connaît le tarif d'immatriculation le plus bas : 59 euros (contre, par exemple, 350 euros en Australie...).

Ensuite, la constitution d'une société n'est pas une fin en soi : la société est constituée pour vivre. Par conséquent, la démarche est singulière qui consiste à évaluer les conditions légales de constitution d'une société sans rechercher si elles ne sont pas de nature à permettre ensuite à la société de fonctionner de manière satisfaisante. La durée et le coût de la constitution d'une société, comme la durée et le coût de la création de toute situation juridique, ne doivent pas être appréciés en eux-mêmes, mais au regard de la sécurité juridique qu'ils peuvent conférer. Les pays où l'obtention du permis de conduire est la plus rapide et la moins onéreuse ne sont pas nécessairement ceux où la sécurité routière est la mieux assurée ! On y reviendra plus loin : on peut légitimement préférer une politique raisonnée de prévention à une politique de sanction.

§ 2. - À PROPOS DU CHAPITRE *HIRING AND FIRING WORKERS* : SUR LE DROIT DU TRAVAIL

34. *Présentation du chapitre 3* - Le chapitre 3 du Rapport 2005 entend donner à tous les pays du monde les clefs de la réussite en matière de droit social. Il loue les mérites de la flexibilité et dénonce les conséquences néfastes d'une législation trop stricte ou interventionniste sur l'emploi.

Il suggère notamment de recourir davantage aux contrats à durée déterminée, d'introduire des rémunérations particulières pour les salariés débutants, de renforcer la flexibilité dans le temps de travail, de modifier les autorisations administratives de licenciement.

Il cite en exemple de réussite l'économie américaine, dont on sait qu'elle connaît effectivement un taux de chômage particulièrement bas.

⁵³ *Le guide des formalités légales aux Registres du commerce de 36 pays à travers le monde*, disponible sur www.greffe-tc-paris.fr.

Les Rapports successifs vont jusqu'à calculer le pourcentage d'augmentation du taux d'emploi en Espagne si ce pays calquait sa législation sur celle des États-Unis : 2,3% dans le Rapport 2004, chiffre qui sera révisé à la hausse (6,2%) dans le Rapport 2005.

Mais l'efficiencia du droit du travail est une question des plus complexes : il est en effet difficile pour le juriste ou l'économiste qui s'adonne à la réflexion de se départir tout à fait de ses opinions politiques. Car la matière on s'en doute, est éminemment politique et des plus passionnelles, ne serait-ce que parce que le droit du travail français s'est construit historiquement en opposition aux solutions libérales et individualistes du droit civil, et que sa philosophie est pour le moins éloignée de la philosophie des auteurs des Rapports.

Ainsi, le Rapport *Doing Business* 2005 de la Banque Mondiale est, dans ce domaine organisé en trois parties : l'embauche (1), le déroulement de la relation de travail (2) et la rupture de contrat de travail (3). Avec un objectif clairement affiché : inciter l'adoption d'une législation française beaucoup plus souple⁵⁴.

1. Sur l'embauche

35 - S'agissant de l'embauche, dans le Rapport de 2004, les idées majeures se retrouvent autour d'un grand thème : *introducing part-time and fixed-term employment contracts*, c'est à dire introduire des contrats à temps partiel et des contrats à durée déterminée. En 2005 une autre idée est relativement développée : le salaire minimum serait trop élevé ce qui serait un obstacle (supplémentaire) à l'embauche et ce notamment pour les jeunes. La réponse du Rapport à cette problématique est ensuite clairement énoncée *increase the length and scope of term contracts* qui signifie augmenter la durée et le champ d'application des contrats à durée déterminée.

Toutefois en 2005 apparaît une précision nouvelle, absente du Rapport 2004 et néanmoins fondamentale: « if they are not accompanied by reforms of regular contracts, term contracts could contribute to the development of a dual labor market ». Les contrats à durée déterminée pourtant décrits comme pouvant endiguer une grande partie du chômage, notamment des jeunes et des femmes apparaissent ici plus en retrait. Les rédacteurs du Rapport 2005 ont tenu à nuancer leurs propos en précisant que si le développement de ces contrats n'était pas accompagné d'une réforme des contrats à durée indéterminée, cela conduirait à un régime à deux vitesses. Ainsi en 2005 les

⁵⁴ Les développements qui suivent sont le résultat d'un travail des étudiants du Magistère de juriste d'affaires de Paris II et ont été publiés dans la Revue de droit des affaires de l'Université Paris II de 2005.

contrats à temps partiel et les contrats à durée déterminée sont cette fois seulement présentés comme un instrument propre à aider les économies et dont l'utilisation doit être limitée.

Il convient de présenter brièvement les contrats promus par le rapport, puis de les comparer d'une façon globale avec les dispositifs législatifs français existants, afin de démontrer que le droit français n'est pas cet instrument extrêmement rigide décrit par le rapport mais un droit très riche de par les possibilités qu'il offre et les fondements qui le sous-tendent.

36. *Contrats à durée déterminée* - Le Rapport de 2005 précise qu'il ne devrait pas y avoir de limitation quant à leur champ d'application et quant à leur durée. La France est d'ailleurs citée parmi les mauvais exemples car elle ne permet l'utilisation de ce type de contrat que dans certains cas « many countries impose excessive limitations...write term contracts only for specific tasks ».

Actuellement, il y a trois principaux cas de recours en France au contrat à durée déterminée :

- Remplacement d'un salarié en cas d'absence, de suspension du contrat de travail, de départ définitif en attente de suppression de poste ou de nouveau recrutement en contrat à durée indéterminée ;
- Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ;
- Emploi à caractère saisonnier ou contrat d'usage.

Le contrat peut être conclu pour une durée maximum de dix-huit mois et n'est renouvelable qu'une fois (on est donc loin des « un an » fustigé par le rapport). Qui plus est, même si ces cas de recours sont limitatifs, ils s'inscrivent parfaitement dans les objectifs des rédacteurs du Rapport en permettant l'adaptation de la masse salariale à la production de l'entreprise.

37. *Emplois à temps partiel* - Là encore le Rapport en préconise le développement et condamne le modèle français qui excluait leurs bénéficiaires des avantages accordés à temps plein (« exempt part-time employment from carrying the mandatory benefits of full-time workers »).

Pourtant, deux catégories distinctes ont été développées en France : les emplois à temps partiel sur la semaine (soit moins de 35 heures) et les emplois à temps partiel sur l'année. Ces contrats ont connu un relatif succès. Quant à leur régime, il faut préciser que contrairement à ce qu'énonce le Rapport, le législateur français s'est efforcé de garantir une équivalence de droits. Le contrat doit notamment énoncer la répartition exacte des horaires, les temps de pause doivent être respectés, il ne peut y avoir plus d'une interruption de travail dans la journée (d'une durée maximum d'une heure). Ces salariés bénéficient comme les titulaires de contrat de travail à temps

complet des mêmes conventions collectives, leur rémunération (salaires et primes) est proportionnelle.

Rappelons en outre qu'il existe depuis 1993 la possibilité de mettre en place des groupements d'employeurs permettant à plusieurs entreprises de se répartir les salariés en fonction de leurs besoins. On retrouve ici l'idée d'une certaine flexibilité.

De façon plus générale, il convient de souligner que le droit français a beaucoup développé le travail temporaire ou encore le contrat de formation en alternance. La rémunération correspond alors à un pourcentage du salaire minimum de sorte que celui-ci ne peut plus ainsi être considéré comme un obstacle à l'embauche (l'employeur se retrouvant par ailleurs tenu de la formation mais exonéré en échange de cotisations sociales).

38. Philosophie française différente - À l'heure actuelle les contrats à durée déterminée comme les emplois à temps partiel sont souvent synonymes de précarité et de difficultés d'insertion. Le premier est devenu le passage quasi obligé pour les jeunes en quête d'un emploi, une sorte de « super-période » d'essai. Le second représentait, en 1972, 6% de la population active, actuellement il concerne plus de 17% de la population active. Ces chiffres (loin d'être un constat de réussite comme semble le dire le Rapport) sont perçus en France comme l'illustration du développement de la précarité. Plus ils sont élevés, plus semble s'instaurer un régime à double vitesse. Selon une enquête menée par l'INSEE en 1999, 40% des salariés à temps partiel se disaient en réalité « demandeurs d'emplois à temps plein ». Sachant qu'en France beaucoup d'avantages sociaux et de garanties sont fonction de l'ancienneté dans l'entreprise, les contrats à durée déterminée n'ont pas forcément bonne presse. Ainsi de nombreux auteurs, à l'instar de M. Antoine Mazeaud, soutiennent que l'objectif en France n'est pas de « légaliser la précarisation au nom de la flexibilité mais de la cantonner dans des domaines justifiés ». Ces contrats permettent certes l'existence ou le maintien d'une intégration dans la vie professionnelle mais le risque demeure l'enfermement dans la précarité.

39. Volonté de réformes - Le Rapport 2005 précisait déjà qu'on ne pouvait se contenter de jouer sur les contrats à durée déterminée ou à temps partiel sans envisager une réforme parallèle sur les contrats de droit commun. Après avoir vu les chiffres d'emplois précaires se développer, le législateur français propose actuellement de plus vastes réformes afin d'empêcher l'instauration d'un double régime, de deux contrats de travail.

Dans un rapport dit *Camdessus*⁵⁵, présenté le 19 octobre 2004 au Ministre de l'économie, le comité proposait des directives pour aller beaucoup plus loin dans les réformes. Il était constitué de l'ancien directeur général du FMI, de responsables syndicaux, de chefs d'entreprises et d'économistes et partait du même constat que celui opéré par le rapport de la Banque Mondiale, à savoir le très faible taux d'emploi des jeunes et des seniors. Toutefois, il ajoutait à ce constat celui de l'échec des mesures parcellaires comme le développement des contrats à durée déterminée ou des contrats à temps partiel. Deux propositions majeures ressortaient de ce rapport : autoriser sans restriction le cumul d'un emploi et d'une retraite ce qui répond bien à l'attente de la Banque Mondiale concernant l'emploi des « seniors », et remplacer les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée par un contrat unique à durée indéterminée. Le but est donc de dépasser la dualité économique instaurée par la coexistence des deux contrats. Enfin, le comité *Camdessus* soulignant le coût sans cesse croissant engendré par la hausse du SMIC, appelait à interrompre cette hausse. Mais, à la différence du Rapport *Doing Business*, il suggérait de compenser cette mesure par une revalorisation progressive de la prime pour l'emploi, la baisse des coûts salariaux ne devant pas pour autant entraîner une baisse du pouvoir d'achat des personnes concernées. Ce rapport, ayant reçu l'approbation tant du patronat que des syndicats, illustre la convergence d'idéaux très souvent opposés, montrant ainsi la nécessité de réformes en la matière.

40. *Contractualisation, CNE et bientôt CPE ?* - L'analyse des Rapports, suivant laquelle le droit social français serait par trop rigide se justifie, sans doute moins aujourd'hui en raison de réformes récentes largement médiatisées (sans même envisager le possible assouplissement des fameuses « 35 heures »).

D'abord, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, traduit un engagement gouvernemental profond en faveur d'une « contractualisation du droit du travail »⁵⁶, qui semble témoigner d'un certain écho aux suggestions

⁵⁵ Comp. le groupe de travail présidé par Michel CAMDESSUS, présenté le 19 octobre 2004 au Ministre de l'économie et des finances et publié in *Le sursaut Vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation française, 2005, : partant des mêmes constats que la Banque Mondiale, ce rapport propose des solutions différentes (dont celle consistant à remplacer les contrats à durée déterminée par un contrat unique à durée indéterminée, « contrebalancée » par une taxation des licenciements). Il propose également de mettre un terme à la hausse du SMIC et de compenser cela par une revalorisation progressive de la prime pour l'emploi. *Adde* également, B. REYNÈS, « Variations sur le contrat de travail unique », *D.*, 2005, chron. p. 2348 et s.

⁵⁶ V. B. TEYSSIÉ, « La loi et le contrat », in *Vive la loi !*, actes du colloque du Sénat du 25 mai 2004, éd. Panthéon-Assas Paris II et du Sénat.

formulées dans la Commission que présidait Michel de Virville. L'exposé des motifs du projet de loi relatif au dialogue social relève que le gouvernement français prend dorénavant « l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative en droit du travail ».

Ensuite, chacun aura à l'esprit la réforme controversée créant, en application de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, un « contrat nouvelle embauche » ou CNE tendant à donner plus de flexibilité au marché du travail. Or, ce nouveau contrat à durée indéterminée répond aux 5 caractéristiques suivantes :

- L'entreprise ne doit compter au plus que 20 salariés ;
- Le contrat de travail doit être écrit ;
- Il doit être à durée indéterminée
- Il doit préciser clairement qu'il s'agit d'un contrat « nouvelle embauche », en application de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 ;
- Surtout, il doit prendre en compte les modalités particulières de rupture prévues par l'ordonnance du 2 août 2005 dont la caractéristique principale est de pouvoir être interrompu sans motif durant deux ans⁵⁷.

Enfin, et la presse s'en fait largement l'écho, le Premier ministre Dominique de Villepin souhaite également créer un « contrat première embauche » ou CPE : là encore, le droit social français semble en passe de gagner en flexibilité pour les uns, en précarité pour les autres...

2. Sur le déroulement de la relation de travail

41 - Pour mener à bien son activité, l'entreprise doit intégrer les diverses contraintes du droit social dans le déroulement de la relation de travail. Le Rapport 2004 insiste sur deux points majeurs relatifs aux « conditions of employment » : la politique des salaires minima tout d'abord, puis la rigidité des horaires. Les pays de *common law* tels que les États-Unis ou le Royaume Uni, dans lesquels la protection du salarié est la plus faible, sont pour cette raison montrés en exemple par le Rapport de la Banque Mondiale.

Les politiques nationales quant aux salaires minima sont à l'évidence très variées. Certains pays d'essence très libérale, tels la Finlande, la Suède ou encore la Suisse ne connaissent pas de salaire minimum. De plus, dans les pays connaissant ces minima, l'écart avec le salaire moyen peut passer de 5% en Russie à 80% au Venezuela. Et le Rapport suggère donc de favoriser l'emploi des femmes enceintes et des jeunes par la conclusion de contrats d'apprentissage ou de stage.

⁵⁷ V. sur ce « CNE », <http://www.travail.gouv.fr/dossiers/CNE> .

42. *Protection équilibrée des femmes enceintes* - La logique, ici encore, une fois semble être prise à rebours. Afin de favoriser l'emploi et sa stabilité pour les jeunes et les femmes après un congé maternité, il semble utile de légiférer pour permettre la protection de ces salariés plus exposés au chômage. Concernant les femmes après un congé maternité, n'est-il pas préférable d'assurer leur réintégration au sein de l'entreprise qui les employait avant le terme de leur grossesse plutôt que de faciliter leur embauche dans des conditions plus précaires qu'auparavant ?

Ainsi, aux fins louables de protection de l'embauche et du maintien de l'emploi de la femme enceinte, le droit français a mis en place certaines dispositions de droit commun, relayées par les conventions collectives. Il ne semble pas qu'il faille en rougir car le droit poursuit d'autres fins que la seule recherche de rentabilité : conciliation d'une vie professionnelle et familiale, temps consacré à l'éducation des jeunes enfants donc des générations futures... Ces dispositions se situent au sein de la section V « Protection de la maternité et éducation des enfants » du titre II du livre I du Code du travail, aux articles L. 122-25 et s. La première de ces dispositions impose la non discrimination à l'embauche des femmes enceintes par l'employeur qui « ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve des dispositions de l'article L. 122-25-1, prononcer une mutation d'emploi. Il lui est conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée ». Toute mutation ou changement d'activité au sein de l'entreprise peut être proposée par le chef d'entreprise mais est toujours « subordonnée à l'accord de l'intéressée » (L. 122-25-1 Code travail). De plus, la période de congé maternité ne s'analyse pas comme une rupture du contrat de travail puis une réintégration au seul bon vouloir de l'employeur mais à une suspension du contrat de travail (L. 122-26 Code travail). Dès lors, l'employeur « ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée » mais aussi pendant la période de suspension du travail de travail résultant du congé maternité.

43. *L'embauche des jeunes* - Quant à l'emploi des jeunes, la solution saluée par le Rapport 2005 consistant à développer stages et contrats d'apprentissage semble aussi appeler une certaine réserve. Car le droit social français permet d'ores et déjà de recourir à de tels contrats. Cependant il faut garder à l'esprit que, contrairement à ce que préconise le Rapport, ces contrats s'inscrivent dans un processus d'apprentissage et non dans un processus d'embauche définitive à l'issue de cette période d'expérience professionnelle. Le stage permet l'application directe des connaissances

appries antérieurement et le contrat d'apprentissage permet le suivi en continu d'une activité professionnelle parallèle aux cours théoriques. Ce ne sont en aucun cas des contrats de travail pérennes mais des solutions transitoires qui font partie d'un processus raisonné de formation de l'étudiant.

44. *L'organisation des congés payés* - Concernant les congés annuels, le Rapport jauge la compétitivité du droit social selon deux critères : les congés sont-ils obligatoirement rémunérés ? Quel est le nombre de jours annuels de congés payés dans le secteur de l'industrie ? Ces critères, corroborés par d'autres, permettent d'établir différents scores de 0 à 100, caractérisant la flexibilité des législations du pays concerné. Évidemment, les pays ayant les scores les moins élevés sont réputés plus flexibles et donc plus « compétitifs », ce qui peut surprendre si l'on veut bien se souvenir que l'article 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations-Unis à New York le 10 décembre 1948 dispose que « Toute personne a droit (...) à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques ».

Surtout, le Rapport occulte dans ces critères le bénéfice des congés payés et assimile à une meilleure productivité les seules règles fixant le moins de congés possibles. Or, un minimum de congés annuels garantis par le législateur n'est-il pas lui-même propice à une meilleure productivité du salarié ? On sait que la France offre une période de cinq semaines de congés payés par an et que, en outre, les conventions collectives peuvent accroître ou améliorer les conditions de temps de repos.

45. *L'aménagement du temps de travail* - Le Rapport est plus précis s'agissant de l'aménagement du temps de travail, puisque cinq critères sont pris en considération :

1. Les pauses obligatoires en journée,
2. Le nombre d'heures de travail maximum légal,
3. La rémunération des heures supplémentaires,
4. Les restrictions concernant le travail de nuit,
5. Les restrictions concernant le repos hebdomadaire.

Le Rapport part d'un constat simple: « many industries have seasonal highs and lows ». Le cycle d'activité d'une entreprise est de fait rarement linéaire. Il faut donc permettre une certaine flexibilité dans la gestion du temps de travail. Dans notre législation un système de cycle est permis afin d'éviter un recours systématique aux heures supplémentaires. Cependant, cette possibilité n'est ouverte qu'à certaines entreprises dans le cadre de décrets ou d'accords collectifs. On pourra sans doute regretter ces exigences. Néanmoins, cela permet d'éviter un rythme de travail aléatoire et instable.

Ainsi, outre les conditions formelles de recours au cycle, celui-ci n'est possible que si les séries de semaines se répètent à l'identique. Exemple : semaine 1 : 35.00h ; S2 : 37.00h ; S3 : 32.00h ; S4 : 36.00h ; S5: 35.00h; S6: 37.00h ; S7 : 32.00h ; S8 : 36.00h Dans ce cas précis, le cycle pourra être utilisé et la moyenne du temps de travail aboutit à 35 heures par semaine ; l'entreprise ne devra donc pas recourir aux heures supplémentaires.

Des heures supplémentaires, il en est également question puisque le Rapport encourage leur recours, encore une fois pour l'adaptation aux variations d'activité, surtout si leur quota maximal annuel est négocié directement entre l'employeur et le salarié. Évidemment, le Rapport dénonce une majoration trop importante. Cependant, il faut être encore ici prudent et considérer le déséquilibre contractuel qui oppose les parties en présence. Le recours aux heures supplémentaires n'est donc pas interdit mais coûte cher aux entreprises qui ne souhaitent pas embaucher plus. En effet, s'agissant de grosses structures, si le recours aux heures supplémentaires est systématique, cela n'est-il pas révélateur d'une nécessité d'embauches ? L'argument du travail précaire ou informel des jeunes ou des femmes n'est pas dès lors opérant si une protection légale est mise en place, non seulement pendant la gestion des forces de travail mais aussi lors de la résiliation du contrat de travail.

3. Sur la rupture du contrat de travail

46. - Le Rapport *Doing Business* dénonce le recours à des juges élus dans la matière du licenciement : il estime que la présence de représentants de salariés et d'employeurs a pour effet d'allonger les procédures et d'engendrer un obstacle à la conciliation. La critique atteint le Conseil des Prud'Hommes (CPH), compétent pour les conflits individuels, conflits qui traitent des relations entre le salarié et son employeur, est une juridiction élue.

Mais, d'une part, ces juges élus ont une compétence pratique, et près de 80% des décisions du CPH sont confirmés en appel. Le ministère de la justice, en octobre 2001 a évalué à 10,2 mois la durée moyenne de traitement des affaires alors que le Rapport *Doing Business* 2004 avait évalué la durée à trois ans⁵⁸. Aussi, 25% des affaires sont achevées en 4 mois.

D'autre part, la mission principale du CPH est celle de la conciliation. La conciliation est une phase obligatoire de l'instance prud'homale qui précède la procédure. La conciliation est à rapprocher de la médiation où le juge désigne une tierce personne afin de permettre une conciliation. Le référé prud'homal permet une décision rapide lorsqu'il s'agit d'une demande non

⁵⁸ Sources : « Le Conseil de Prud'Hommes », Cabinet Boumendil & Consultants.

sérieusement contestable (demande d'indemnité en cas de licenciement irrégulier par exemple) ou lorsqu'il est question de faire cesser un trouble manifeste. Dans ce cas, la décision est rendue quelques jours après que la demande a été déposée. En cas de contestation ultérieure, des recours devant les juridictions sont toujours possibles.

Outre le CPH, l'Inspection du travail a été critiquée par le Rapport *Doing Business* en tant qu'elle serait un obstacle au licenciement. Or, cette affirmation méconnaît son véritable rôle. En effet, les inspecteurs du travail n'interviennent que pour le licenciement des salariés protégés, tandis que leur nombre diminue depuis plusieurs années en France.

Enfin, la principale critique adressée au droit du travail français porte sur la procédure beaucoup trop formaliste du licenciement pour motif réel et sérieux.

47. *Conclusion du chapitre 3* - Les Rapports de la Banque Mondiale ont contribué utilement à engager une réflexion sur le « sacro-saint » Code du travail français, outil emblématique de libération pour les uns et de sujétion pour les autres. Les différents rapports *Camdessus* et *de Virville*, la création de CNE ou de CPE témoignent de ce qu'une volonté de réforme est à l'œuvre. Quant à celle, affichée, de vouloir créer des emplois (« *Creating jobs* » dans le Rapport 2006), elle est naturellement partagée par tous et constitue une proposition éminemment consensuelle. Il subsiste cependant des divergences fondamentales de philosophie entre les pays sur la véritable teneur et la réalité des « emplois » dont la création est envisagée : mieux vaut un stage déguisé en contrat de travail pour les uns, tenants des propositions libérales des Rapports, mieux vaudrait « pas de travail du tout qu'un travail précaire » pour les autres ! Si la vérité est souvent au juste milieu qui se défie de *l'hybris*, il ne nous appartient nullement de nous prononcer sur une question qui dépasse largement l'objet de la présente réponse.

On formulera ici toutefois de quelques observations conclusives.

➤ D'abord, la philosophie des auteurs des Rapports en cette matière, est toute entière tournée vers la partie forte, « l'employeur » en tant qu'il constitue un centre de profits présents ou attendus. Et la masse plus ou moins homogène et interchangeable des salariés est avant tout considérée comme une variable d'ajustements qui se doit d'être flexible. La volonté affichée par certains droits, dont le droit français, de protéger par exemple la femme enceinte, au nom de préoccupations relevant d'un autre ordre de valeurs que l'économique, n'est par conséquent guère prise en considération par le groupe *LLSV* : ne faut-il pas s'en émouvoir ?

➤ Ensuite, certains pays réputés libéraux de l'Europe continentale, à l'instar des Pays-Bas, connaissent une réglementation protectrice contre les licenciements : sans doute doit-on y voir l'idée que le

contrat de travail n'est pas exactement un *bargain* comme les autres contrats puisque, bien souvent, c'est de ce seul contrat que l'une des parties (et au-delà sa famille) tire son mode de subsistance. Partant, l'affirmation brutale suivant laquelle « When you can fire, you can hire »⁵⁹ et dont le Vice-président de la Banque Mondiale M. Danino se faisait récemment l'écho⁶⁰ peut paraître réductrice...

➤ Enfin, il est insuffisant d'affirmer que le droit français serait indifférent à la compétitivité des entreprises à raison des protections établies en faveur du salarié. Par exemple, la question du licenciement économique n'a pas été abordée par les Rapports *Doing Business* 2004 et 2005 alors même que ses causes justificatives peuvent être des indicateurs déterminants de la prospérité d'un pays : difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation dans l'intérêt de l'entreprise ou encore cessation de l'activité.

§3. - À PROPOS DU CHAPITRE *REGISTERING PROPERTY* : SUR LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

46. *Présentation du chapitre 4* - Huit pages seulement du Rapport *Doing Business* 2005 constituent le chapitre consacré à « l'enregistrement de la propriété », c'est-à-dire au régime de la publicité foncière.

Les pays y sont classés en fonction de trois critères caractérisant l'enregistrement des transferts de propriété :

- le nombre de procédures, c'est-à-dire de formalités ;
- le nombre de jours nécessaire pour les accomplir ;
- et enfin le coût de leur accomplissement.

Les auteurs du Rapport font observer que, les transferts de propriété, pour une large part, ne sont pas enregistrés dans les pays en voie de développement. Et ce en raison essentiellement du coût et de la durée de la procédure susceptible d'absorber jusqu'à 35 % de la valeur de la propriété et de prendre jusqu'à 956 jours (avec une multitude d'intervenants). Ils font également observer que dans les pays dans lesquels les formalités à accomplir sont les moins nombreuses et les délais les plus brefs, le nombre de mutations non enregistrées est moins important. La fusion du registre foncier et du cadastre serait, selon eux, la meilleure voie administrative pour raccourcir délais et coûts, sous réserve qu'il existe un cadastre suffisamment fiable qui dispense des contrôles des limites séparatives des propriétés à l'occasion de leur mutation.

⁵⁹ « Quand on peut virer, on peut embaucher ».

⁶⁰ Intervention au Colloque « Paris Place de droit », 15 nov. 2005, Maison du Barreau.

49. *Termes de comparaison variables* - Dans le palmarès de 145 pays qu'il établit, la France figure parmi les dix pays les plus mal classés au regard du nombre de formalités nécessaires pour enregistrer un titre de propriété, formalités qui seraient au nombre de dix.

Quant aux délais nécessaires, si la France ne figure pas parmi les dix derniers pays, il s'en faut de peu : il y faudrait 193 jours pour enregistrer un droit de propriété, alors qu'il en faudrait 212 dans le pays occupant le 10^{ème} plus mauvais rang...

Dans l'exposé relatif à la France, il est fait référence à dix formalités. Curieusement, pour les deux autres pays dont le Rapport fait état (Italie et Royaume-Uni), la procédure se trouve décrite seulement à compter de la 8^{ème} étape ! Il est permis légitimement de s'étonner que les termes de la comparaison soient si différents... Une explication peut être fournie de cette apparente discordance : elle réside dans l'ambiguïté du questionnaire qui, dans l'énoncé du cas précise « le contrat a été signé, et le prix payé, le transfert du titre de propriété va intervenir », alors qu'un peu plus loin, il est demandé à l'expert interrogé de décrire l'ensemble des procédures requises pour le transfert du titre, leurs coûts et délais. Ce qui explique sans doute pourquoi certains pays ont repris l'ensemble des procédures précontractuelles et d'autres non⁶¹.

50. *Appréciation critique des données* - Le chapitre est émaillé de trop nombreuses erreurs :

1°/ La conclusion de l'avant-contrat prendrait dix jours. L'intervention d'un notaire y est présentée comme une nécessité. Ce qui est faux puisque l'établissement d'un avant-contrat n'est pas plus obligatoire que l'intervention du notaire et que de nombreux compromis de vente sont chaque jour établis par actes sous seing privé, soit directement entre les parties contractantes, soit par l'intermédiaire du négociateur immobilier ou du notaire. Quant au délai de dix jours avancé, il est purement fantaisiste.

2°/ L'obtention de l'origine de propriété trentenaire prendrait de 10 à 15 jours. Ceci est faux puisque, à la faveur de l'effet relatif de la publicité foncière, le titre de propriété du vendeur contient déjà ladite origine trentenaire.

3°/ L'obtention d'un extrait cadastral modèle 1 et d'un plan exigerait 7 jours. Il est expliqué que le notaire peut obtenir cette information sur Internet, mais qu'il doit disposer d'une copie officielle, demandée par écrit.

⁶¹ Cela démontre les difficultés suivantes : d'une part, celles tenant à la compréhension par tous d'un questionnaire établi en une seule langue, l'anglais ; d'autre part, celles tenant à la traduction en quelques indices de procédures qui, d'un pays à l'autre, sont totalement différents et impliquent des acteurs également fort différents.

Cette dernière affirmation est fautive : le notaire édite lui-même l'extrait cadastral de sorte que le prétendu délai n'en est pas un.

4°/ L'obtention de pièces d'urbanisme prendrait 30 jours, ce délai pouvant être raccourci à 2 ou 3 jours si un cabinet spécialisé en urbanisme intervient. Ceci est également inexact, les délais étant les mêmes quel qu'en soit le demandeur et surtout très variables suivant les communes concernées.

5°/ L'obtention par le notaire de certificats de mesurage (par un géomètre), d'absence de termites, d'amiante et de plomb nécessiterait de 30 à 60 jours. Mais on remarquera : - que cette obtention est requise dans un louable souci de santé publique (amiante, saturnisme, etc.) ; - que ces différents diagnostics sont en passe d'être fusionnés pour plus de simplicité et de célérité en un document unique pour plus de simplicité ; - que la durée évoquée de deux mois pour l'obtention de ces diagnostics est pure fantaisie, dix jours étant très largement suffisants même pour un immeuble de structure complexe. À quoi l'on ajoutera surtout que ces certificats sont pratiquement exigés pour la conclusion de l'avant-contrat, de sorte qu'ils sont donc le plus souvent obtenus préalablement à toute mise en vente...

6°/ La purge du droit de préemption urbain (DPU) nécessiterait 60 jours. Pourtant, ce DPU est loin de concerner toutes les ventes immobilières tandis que la réponse de la collectivité locale est donnée généralement au bout de 30 à 45 jours maximum.

7°/ La préparation de l'acte notarié se ferait sur 1 ou 2 jours. Si ce bref délai - qui atteste l'efficacité du notaire - est exact, le Rapport précise à tort que chaque partie doit avoir son notaire, méconnaissant ainsi l'hypothèse pourtant usuelle de l'intervention d'un notaire unique. Et il aurait gagné à souligner, dans la perspective exclusivement économique qui est la sienne, que, dans le cas où chaque partie a son notaire, le coût de l'acte ne s'en trouve pas majoré, les deux notaires se partageant alors l'émolument fixé par le tarif.

8°/ La signature de l'acte authentique devant le notaire (devant celui de l'acquéreur, si chaque partie a son notaire) et le paiement des frais et des taxes nécessiteraient un jour. À noter que le Rapport confond, à tort, sous l'appellation « frais de notaires », la rémunération du notaire et les droits et taxes qui représentent l'essentiel des sommes perçues (plus de 90%) par le notaire, qui les collecte pour le compte de l'État. Ainsi, sur les 7% du prix de vente que l'acquéreur verse en sus au notaire, moins de 1% est conservé par celui-ci pour rémunérer à la fois le conseil aux parties, la rédaction de l'acte et la garantie de ses fautes éventuelles. Il eût été utile de relever, à ce stade des opérations, que le notaire conserve l'original de l'acte, la minute, et que, pour justifier de son droit de propriété, l'acquéreur reçoit une simple copie enregistrée : cette obligation de conservation de l'acte participe ainsi à la

sécurité juridique et constitue, pour les temps futurs, une mémoire économique, sociologique et familiale du pays.

9°/ La publicité de l'acte à la Conservation des hypothèques, en vue de sa publicité, qui assure son opposabilité aux tiers : cette ultime formalité prendrait, à compter de son dépôt, de deux à six mois et neuf mois à Paris. Là encore, les erreurs s'accumulent : les délais à Paris sont les mêmes qu'en province et de l'ordre, effectivement de deux à six mois. Mais surtout, observons que si le notaire dispose légalement d'un délai maximum de deux mois pour adresser le dossier de publicité foncière à la conservation des hypothèques, le jour même où ce dossier parvient à ce service l'opposabilité aux tiers est assurée par la publicité opérée sur le registre. Peu importe ensuite que la Conservation ne retourne le dossier formalisé au notaire qu'avec un délai de quelques semaines supplémentaires.

Enfin, en utilisant les technologies modernes, notaires et conservateurs des hypothèques français, qui n'ont pas attendu les remontrances des Rapports, mettent en œuvre depuis cette année une dématérialisation totale de leurs échanges avec pour objectif un raccourcissement considérable des délais, tant pour les états hypothécaires (deux jours au lieu de dix) que pour les formalités de publication des actes.

On notera également que la qualité du fichier immobilier français, à la fois personnel et réel, n'a rien à envier, c'est le moins que l'on puisse dire, avec celui tenu aux USA par les Clercs des Comtés...

Pour conclure, le délai réel entre l'accord des parties sur la vente et la publication de l'acte qui la rend opposable aux tiers est en moyenne en France de 90 jours, soit en définitive, inférieur de moitié au délai annoncé dans le Rapport 2005. Sans doute les erreurs relevées tiennent-elles à la méconnaissance de ce que la plupart des délais énoncés ne se cumulent pas, mais courent simultanément. C'est ici le lieu de déplorer que le Conseil Supérieur du Notariat français, détenteur des statistiques de la profession n'ait pas été consulté...

51. *Conclusion du chapitre 4* - On retiendra donc de l'examen critique de ce volet que si le chapitre *Registering property* a pu livrer des informations d'une extrême utilité, il est émaillé d'informations trop souvent inexactes ou incomplètes. En outre, ne prenant en compte que la seule rapidité et le seul coût de la conclusion d'une vente immobilière, il feint d'ignorer que la valeur des règles qui régissent la conclusion d'une convention se mesure aussi au contentieux dont celle-ci, une fois conclue, peut être l'occasion. À cet égard, il méconnaît grossièrement le rôle préventif du notaire, dont il croit pouvoir dire en un autre endroit qu'il serait un « fardeau inutile » (*unnecessary burden*, in Rapport 2004, Chapitre *Starting a business*).

Pourtant, la tradition française tend à assurer la sécurité des citoyens dans les transactions immobilières : leur sécurité juridique, notamment en établissant des origines de propriété quasiment incontestables, en garantissant la conservation de l'acte et en assurant la publicité de l'acte ; leur sécurité matérielle, en veillant aux opérations de mesurage qui permettent de vérifier la contenance de l'immeuble ; et aussi leur sécurité physique en suspendant la passation de l'acte à l'accomplissement d'une série d'expertises, de diagnostics, visant à assurer la salubrité publique de l'habitat. Cette sécurité, aux multiples aspects, se traduit évidemment, à terme, par des économies⁶², qui ne peuvent échapper qu'à celui qui ne voit pas, ou ne veut pas voir, « plus loin que le bout de son nez ». Il est permis de préférer un système où les contrôles sont assurés *a priori* à un système où, précisément parce qu'elle est expéditive (ce qui lui vaut une « bonne note » dans le Rapport 2005), la vente se trouve exposée à des contestations *a posteriori*, qui appelle une assurance dont le coût pourrait bien dépasser celui de l'acte notarié.

Les partisans du modèle unique devraient méditer la récente aventure d'un américain qui a acheté en Inde, pays dont le droit et la publicité foncière de type *Torrens* sont hérités du colonisateur anglais, une vaste demeure dans un quartier chic de Delhi pour 641.000 € dont il est apparu tardivement qu'elle était celle du Premier ministre indien et qu'elle n'avait jamais été mise en vente...⁶³

§ 4. - À PROPOS DU CHAPITRE *GETTING CREDIT* : SUR L'OBTENTION DES CRÉDITS

52. *Présentation du chapitre 5* - Le chapitre 5, relatif à l'obtention du crédit, constitue un plaidoyer en faveur de la déréglementation. Ce chapitre stigmatise ainsi les « French civil law countries », classés parmi ceux qui offrent la protection la plus faible aux créanciers. À l'inverse, il loue les mérites prétendus des systèmes de *common law*, liés à leur caractère jurisprudentiel : une justice souple, adaptable, fondée sur des principes généraux comme le *fiduciary duty*, tandis que la loi fige les situations, empêche le juge d'intervenir et permet aux personnes inventives de contourner les textes, voire de violer les droits des investisseurs.

Autant de critiques qui appellent une réponse de fond⁶⁴. Par ailleurs, le chapitre critique le droit français des sûretés (actuellement en cours de

⁶² V. *infra* III. § 2 C.

⁶³ *Revue Études Foncières*, 2005.

⁶⁴ Ce chapitre entend également l'apologie des registres informatifs privés, par opposition aux registres publics. Pour la France, la note de couverture des registres privés est de 0 car l'étude

réforme) et classe la France parmi les 8% de pays qui ne procurent aucune des garanties nécessaires à la protection des créanciers ; du reste, dans le Rapport 2005 qui dresse une échelle entre l'indice des droits des créanciers et débiteurs et la richesse d'un pays, la France se retrouve tout en bas de l'échelle, avec un score de 3 (contre 6.3 pour le score moyen des pays riches). De là à établir un lien direct entre pauvreté et système de droit civil, il n'est qu'un pas, à nouveau volontiers franchi par les auteurs du Rapport⁶⁵.

Les auteurs de l'étude partent ainsi de l'idée que la prospérité d'un pays est fonction de la facilité relative qu'ont les personnes, commerçants ou particuliers, à obtenir un crédit de la part d'une banque. Les critères retenus pour apprécier cette facilité sont liés à la confiance qu'ont les banques d'être remboursées.

La méthode retenue ne fait pas de distinction selon la taille des demandeurs de crédit, ni selon l'objet du financement. Dans un pays comme la France, où les différents types de financement forment des catégories indépendantes les une des autres, ce manque de précision donne aux observations qui sont faites l'aspect d'un dessin à gros traits. Les remarques s'appliquent avec justesse à certaines activités et pas du tout à d'autres.

La préoccupation exclusive de la sécurité du prêteur nuit également à l'objectivité du constat, car le Rapport se désintéresse absolument du sort des débiteurs malchanceux et des créanciers autres que les prêteurs. Les enjeux de société tels que la sauvegarde de la vie privée ou la dignité des débiteurs surendettés, menacés de précarité et d'exclusion sociale, ne sont que faiblement pris en compte.

Sous le bénéfice de ces réserves liminaires, on abordera successivement les trois questions suivantes :

- l'information disponible sur la solvabilité des candidats à l'emprunt,
- le coût et l'efficacité des sûretés dont le prêteur peut disposer,
- les moyens juridiques à la disposition du prêteur impayé.

1. Sur l'information sur la solvabilité des emprunteurs

53. - S'agissant de l'information sur les emprunteurs d'abord, en bon économiste, l'auteur du Rapport souligne opportunément le rôle majeur que

relève que, comme dans la plupart des pays en voie de développement, ils n'existent pas en France, le système informatif français étant principalement constitué par les fichiers de la Banque de France. Encore faut-il mentionner les informations détenues par le greffe du tribunal de commerce, également disponibles sur minitel ou internet. Quant à la note obtenue pour les registres publics, elle passe de 12 à 17 de 2004 à 2005, sans autre forme d'explication.

⁶⁵ On peut reprocher aux auteurs de ce Rapport de n'avoir pas pris en compte le rôle, particulièrement important, joué en France, par les sûretés personnelles, particulièrement par le cautionnement.

jouent les agences de crédit dans l'incitation des banques et des sociétés de crédit à octroyer des prêts. Il relève l'existence d'agences privées dans la plupart des pays de l'OCDE. La France constitue de ce point de vue une exception notoire, et le système d'observation que la Banque de France met à la disposition des établissements de crédit ne remplit que partiellement le rôle dévolu aux agences. Très complet en ce qui concerne les entreprises lorsque leur taille ou le volume de leurs emprunts dépasse un certain seuil, le système ne couvre pas les particuliers, ni les entreprises dont le niveau d'endettement est inférieur au seuil fixé.

Cette lacune du système français nuit effectivement au jeu de la concurrence, car elle pénalise lourdement les nouveaux entrants, notamment les étrangers, dans le marché du crédit. Elle joue un rôle de protection des situations acquises, et explique en partie au moins le faible niveau d'endettement des Français et le coût élevé du crédit à la consommation.

Au contraire, les banques françaises disposent, grâce au fichier de la Banque de France (la banque de donnée FIBEN), d'un outil d'information remarquable sur le tissu régional des entreprises de taille moyenne. De même, les crédits au logement donnent lieu à la constitution de dossiers particulièrement détaillés, et les incidents de paiement sont rares par rapport à ceux de pays comparables.

Même si certains établissements financiers et certaines associations de consommateurs ont parfois tendance à s'abriter derrière les impératifs de protection de la vie privée (dont la CNIL⁶⁶ est le gardien), pour combattre l'introduction en France d'agences privées sur le modèle américain, allemand ou, plus récemment, belge, on peut penser que l'obstacle n'est pas dirimant. Ne suffirait-il pas de solliciter dans chaque cas l'assentiment de la personne concernée ? Il ne s'agit en tout cas pas, l'exemple belge est là pour le prouver, d'une déficience du système juridique français, mais plutôt d'une pesanteur sociologique qu'une volonté politique plus affirmée pourrait faire disparaître sans un quelconque bouleversement juridique.

2. Sur le coût et l'efficacité des sûretés

54. - Quant à l'analyse du coût et de l'efficacité du droit français des sûretés que fait le Rapport, elle souffre de l'absence des distinctions qui s'imposent entre les différents procédés de garantie utilisés par les prêteurs selon l'objet du financement consenti.

Le financement du logement offre aux établissements prêteurs des garanties satisfaisantes, et ne donne pas lieu à un nombre anormal d'incidents de paiement. La combinaison d'une sûreté réelle sur le bien (privilegé du

⁶⁶ Commission nationale de l'informatique et des libertés.

prêteur de deniers ou hypothèque) et d'une assurance-vie contractée par le prêteur sur la tête du débiteur répond de façon adéquate aux préoccupations des deux parties.

De même, les prêts de trésorerie accordés aux entreprises moyennes avec mobilisation de leurs comptes-clients (« Loi Dailly ») remplissent leur objet et sont considérés comme couvrant convenablement le risque du prêteur. On peut encore citer le crédit-bail mobilier, qui permet aux entreprises de détenir des équipements coûteux sans les avoir acquis à l'origine, et aux bailleurs d'avoir une assurance solide de les récupérer en cas d'incident. Les observations qui précèdent en ce qui concerne les particuliers comme les entreprises sont valables aussi bien en cas de recouvrement amiable que si un recours en justice devient nécessaire : les tribunaux assurent le bon fonctionnement de ces sûretés.

Les crédits qui offrent aux banques le moins de sécurité sont les crédits « en blanc », autrement dit les découverts, et les crédits à la consommation. Les raisons de cette relative insécurité sont liées à l'attitude protectrice qu'adoptent souvent les tribunaux envers les débiteurs insolvables et à la relative absence de données fiables sur la solvabilité des petits emprunteurs. Ce qui explique le peu de propension des banques à consentir de tels crédits, et partant le faible niveau d'endettement des Français par rapport aux autres pays membres de l'OCDE. Mais un avant-projet de réforme du droit des sûretés vise à développer le crédit hypothécaire à la consommation en diminuant son coût : une même hypothèque - dite hypothèque rechargeable - pourrait garantir des emprunts successifs, qui pourraient être contractés auprès de créanciers différents.

55. *Réforme du droit des sûretés* - En effet, une réforme très profonde des sûretés est en cours : un avant-projet et un rapport ont été remis officiellement au Ministre de la Justice fin mars 2005⁶⁷, qui ont été suivis d'une loi habilitant le gouvernement à réformer le droit des sûretés par ordonnances (article 24 de la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie). Elle devrait rassembler dans un nouveau Livre IV du Code civil les lois particulières qui étaient jusqu'ici éparpillées entre différents Codes et quelquefois incompatibles.

La réforme a pour objectif de conforter le crédit en rendant les règles plus lisibles et accessibles, dans la plus pure tradition civiliste. Seraient ainsi notamment facilité l'octroi de sûretés sur les actifs d'exploitation, simplifiés leur mode de constitution et de réalisation, sans pour autant que soit jamais sacrifiée une protection équilibrée du donneur de sûreté.

⁶⁷ On trouvera ce rapport à la *Revue des Contrats*, 2005, p. 782 et s., ainsi que sur le site internet de l'Association Capitant, www.henricapitant.org.

On retiendra en particulier la reconnaissance en droit français de sûretés personnelles originales que sont la lettre d'intention et la garantie autonome, celle d'un gage sans dépossession à vocation générale, et non plus limité à certains domaines, tandis qu'elle se propose d'admettre une hypothèque rechargeable favorable au développement du crédit (*supra*, n° 54).

Conçue par des universitaires et des praticiens, elle s'efforce de concilier les impératifs de clarté et de rigueur du droit civil avec les exigences de rapidité et de souplesse de l'activité économique moderne.

3. *Sur le recouvrement des créances impayées*

56. - S'agissant du dernier volet de ce chapitre, consacré au recouvrement des créances, on observera liminairement que le Rapport ne s'intéresse qu'à la protection des droits des prêteurs, et non pas à celle des autres créanciers que sont les fournisseurs, les employés (et leurs fonds de retraite...) ou encore le fisc, conformément au postulat de départ que la prospérité d'un pays reposerait principalement sur l'octroi de crédit.

Le système juridique le mieux noté est dans ces conditions le système anglais où les banques échappent, au moyen de la *floating charge*, au concours avec les autres créanciers.

Les quatre traits définis par le Rapport pour caractériser une procédure de faillite favorable au développement du crédit (consentement des créanciers au dépôt de bilan ; exécution des gages possible après la déclaration de faillite ; premier rang pour le paiement des créanciers gagistes ; gestion par un administrateur ou par le débiteur lui-même) désignent un régime juridique tourné vers la satisfaction exclusive des créanciers bénéficiaires de sûretés, qui sont presque exclusivement les banques.

Il est vrai que le droit français, tel que les tribunaux l'ont interprété, a effectivement tendu, notamment à partir du deuxième choc pétrolier en 1980, à privilégier la survie des entreprises par rapport au remboursement des banques. Nombre de juristes français se sont plaint eux-mêmes des sacrifices que l'utopie d'un redressement à tout prix, au lendemain de la loi du 25 janvier 1985, conduisait parfois à imposer aux créanciers sans pour autant que l'entreprise soit effectivement redressée...

Mais on sait également que cette orientation a été progressivement abandonnée dans ce qu'elle avait d'excessif, ce dont témoignent les réformes réalisées par la loi du 10 juin 1994 et par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 ainsi que la réforme en cours du droit des sûretés.

57. *Efficacité des garanties innommées* - Par ailleurs, en France, il existe pour les banques bien d'autres moyens légaux d'échapper au concours avec

les autres créanciers qui ne sont nullement recensés parmi les sûretés formelles, ce qui explique qu'une analyse à gros traits ne les ait pas détectés : ce sont les gages-espèces et les autres modes de transfert fiduciaires de propriété, comme la cession des créances par bordereau (dit Dailly) ou la délégation de loyers dont la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient encore récemment de reconnaître l'efficacité même en cas de procédure collective⁶⁸. Leur efficacité tient à l'existence du droit de rétention, qui met le détenteur à l'abri des réclamations des autres créanciers. Il en va de même des différents procédés de compensation conventionnelle *in futurum* ou de fusion de comptes, qui permettent aux banques de pratiquer une compensation automatique, en cas d'incident, entre les recettes de l'entreprise et sa dette envers la banque. On sait d'ailleurs que dans le domaine du droit des sûretés réelles en particulier, la pratique a contribué à faire pénétrer une liberté contractuelle généralement insoupçonnée⁶⁹. Surtout, l'avant-projet de réforme des sûretés accuse cette tendance : il contient des règles qu'il est loisible aux parties d'écarter (p. ex., l'obligation pour le créancier gagiste sur biens fongibles de conserver ces biens en nature), il propose des modèles qu'il est loisible aux parties d'adopter (p. ex., l'hypothèque rechargeable).

Aussi, les observations du Rapport concernant le rang des créanciers et le traitement des créanciers munis d'une sûreté perdent-elles de leur portée à raison du recours généralisé à diverses techniques innommées de garantie.

58. *Conclusion du chapitre 5* - Pour conclure, le chapitre « Getting credit » du Rapport a le mérite de fournir une grille d'analyse économique comparative, qui identifie certaines lacunes et certaines pesanteurs de l'activité bancaire en France.

Mais l'angle d'observation choisi ne permet pas de vérifier le jugement négatif qui est exprimé, et qui plus est sans nuance, sur le système juridique français. Quant aux mesures quantitatives qui ont pu être effectuées, on sait d'expérience à quel point leur précision est inversement proportionnelle à la largeur du champ d'observation retenu, et tributaire de la qualité scientifique des « arpenteurs »...

Surtout, l'attractivité des techniques civilistes de garanties sur créances ne paraît avoir à rougir de la *common law* : une décision de la Chambre des Lords en date du 30 juin 2005, dans une affaire *Spectrum*, n'est-elle pas

⁶⁸ Cass. com., 30 mars 2005, n° 02-10.422, inédit, *Banque et droit*, juill./août 2005, p. 64, obs. N. RONTCHEVSKY (délégation de locataire à titre de garantie) ; Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669, à paraître au *Bulletin, D.*, 2005, AJ, p. 3081, obs. X. DELPECH (cession Dailly de créances à exécution successive).

⁶⁹ Sur lesquelles, V. not. Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, Paris II, 2005.

venue requalifier de façon générale en simples *floating charges* toutes les *fixed charges* établies depuis plus de 25 ans sur les comptes de créances clients (ou *book debts*) dont le débiteur gardait, comme c'est l'usage, la gestion⁷⁰ ? Très douloureuse surprise en vérité pour les créanciers anglais puisque, contrairement à une idée reçue, le rang d'une *floating charge* en cas de faillite est médiocre et s'incline souvent devant celui des créances salariales.

§ 5. - À PROPOS DU CHAPITRE *PROTECTING INVESTORS* : SUR LA PROTECTION DES INVESTISSEURS

59. *Présentation du chapitre 6* - Le Rapport 2005 de la Banque Mondiale a inclus en son sein un nouveau chapitre, intitulé *Protecting Investors* (protection des investisseurs).

Le Rapport *Doing Business* retient que la protection des investisseurs se décompose en trois dimensions : l'information du public (*disclosure of ownership and financial information*), les protections juridiques des « petits » investisseurs (*small investors*) et l'efficacité des tribunaux ou régulateurs (*enforcement capabilities in the courts or securities regulators*). Toutefois, le Rapport 2005 ne se préoccupe que du premier aspect : l'information du public. Le Rapport analyse soit les dispositions relatives à une société cotée sur le marché réglementé le plus important du pays en question, soit, lorsque le pays ne dispose pas d'un marché réglementé, les dispositions applicables à une société non cotée de taille « importante » et ayant de nombreux salariés et actionnaires. D'autres postulats figurent au sein du Rapport. La France disposant de marchés réglementés - par le biais d'Euronext Paris S.A., composante française de la bourse « paneuropéenne » qui inclut les bourses de Bruxelles, Amsterdam et Lisbonne - c'est dans ce cadre là que le Rapport s'inscrit. L'étonnement ne manque pas à la lecture du principe de comparaison des régimes applicables : à des sociétés cotées dans certains pays, à des sociétés non cotées dans d'autres pays. Comparer les régimes de sociétés non cotées dans tous les pays aurait été compréhensible. Mélanger les deux laisse le lecteur perplexe !

Le Rapport note les différents pays en fonction d'un *disclosure index* (index d'information du public). La France obtient la note satisfaisante de 6 (sur une échelle de 7), comparé à une moyenne de 5,6 pour les pays de l'OCDE et de 3,6 pour la « région Europe et Asie Centrale ». Le Chili, la République tchèque, Hong-Kong, l'Irlande, le Japon, la République de

⁷⁰ House of Lords, *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)*, [2005] UKHL 41.

Corée, la Lituanie, le Nigeria, les Philippines, la Slovaquie, l’Afrique du sud, la Suède, Taiwan, la Tunisie et le Zimbabwe obtiennent, tout comme la France, cette note de 6. Le Canada, Israël, l’Espagne, le Royaume-Uni et les U.S.A. obtiennent une note de 7.

60. *Critères de notation* - La notation est obtenue de la manière suivante. Les sept questions suivantes sont posées et, à chaque réponse positive, un « bon point » est accordé :

- *Is family ownership disclosed?* (le public est-il informé des détentions d’actions par le cercle familial des dirigeants ?)
- *Is indirect ownership disclosed?* (le public est-il informé des détentions indirectes d’actions ?)
- *Is beneficial ownership disclosed?* (le public est-il informé des détentions d’actions possédées par d’autres personnes pour le compte de cette personne ?)
- *Is information on voting agreements between shareholders disclosed?* (le public est-il informé des conventions de vote entre actionnaires ?)
- *Are internal audits required before releasing financial statements?* (des audits internes sont-ils requis préalablement à la diffusion des états financiers ?)
- *Is an external audit required?* (un commissaire aux comptes externe à la société est-il requis ?)
- *Is ownership and financial information publicly available to investors?* (le public a-t-il accès à l’information financière et aux déclarations de franchissement de seuils ?)

61. *Critique de l’absence prétendue d’audit interne préalable* - Pour la France, une réponse positive a été donnée à toutes ces questions, sauf à celle relative à la nécessité d’un audit interne préalablement à la diffusion des états financiers. Sur ce dernier point tout d’abord, on peut être surpris du caractère absolu de la réponse. Il est exact que la loi française n’impose pas formellement une telle obligation. Néanmoins, un grand nombre de précautions sont prises en matière d’approbation des comptes d’une société faisant appel public à l’épargne (ce qui est le cas de toutes les sociétés cotées en France) :

- Ainsi, les comptes sont arrêtés par l’organe de direction, en présence des commissaires aux comptes.
- Ils doivent être communiqués ou mis à disposition des actionnaires préalablement à leur approbation.
- L’organe de direction doit établir et soumettre aux actionnaires, avant la présentation des comptes, un rapport sur la situation de la société et

l'activité de celle-ci pendant l'exercice écoulé, lequel doit exposer de manière « claire et précise », selon l'article 148 du décret du 23 mars 1967, un certain nombre d'éléments⁷¹, en ce compris les modifications apportées au mode de présentation des comptes annuels ou aux méthodes d'évaluation suivies les années précédentes⁷², et en pièce jointe un tableau faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices⁷³.

- Doit être joint au rapport de l'organe de direction à l'assemblée générale annuelle des actionnaires (et mis à disposition des actionnaires préalablement à l'assemblée et présenté lors de cette assemblée), un rapport émanant du président du conseil d'administration (ou de surveillance) et rendant compte des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil (ce qui inclus les travaux d'arrêtés des comptes) et rendant compte des procédures de contrôle interne mises en place par la société⁷⁴.

- Quant au contenu plus précis de ce rapport sur le « contrôle interne », un *corpus* a été précisé par diverses organisations (c'est ainsi que concernant les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, les exigences de l'Autorité des marchés financiers en matière de document de référence sont un guide utile⁷⁵, la description des procédures de contrôle interne peut se fonder sur les recommandations de diverses organisations patronales⁷⁶, représentatives des sociétés par actions⁷⁷, des commissaires aux comptes⁷⁸, et de l'Autorité des marchés financiers⁷⁹. C'est

⁷¹ Cf. art. L. 232-1 C. com. et art. 148 du décret du 23 mars 1967. On y retrouve :

- la situation de la société et son activité au cours de l'exercice écoulé ;
- les résultats de cette activité ;
- les progrès réalisés ou les difficultés rencontrées ;
- les activités de la société en matière de recherche et de développement ;
- l'évolution prévisible de la situation et les perspectives d'avenir ;
- les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle le rapport est établi ;

- l'organe choisi, dans les sociétés anonymes, pour exercer la direction générale de la société.

D'autres mentions doivent figurer dans le rapport annuel aux actionnaires qui sont détaillées dans le Code de commerce, le décret du 23 mars 1967 ou le règlement général de l'Autorité des marchés financiers et ses instructions.

⁷² Art. L. 232-6 C. com.

⁷³ Art. 148 du décret du 23 mars 1967.

⁷⁴ Art. L. 225-37 al. 6 et art. L. 225-68 al. 7 C. com. Cette obligation s'applique pour toute société faisant ou non appel public à l'épargne et quelle que soit sa taille.

⁷⁵ Cf. Bull. COB janv. 2002, p. 60 et s. ; recommandations COB, Bull. COB janv. 2003, p. 17 et s.

⁷⁶ Pour le MEDEF et l'Afep, V. Communication du 17 déc. 2003, disponible sur www.medef.fr.

⁷⁷ Cf. ANSA, Comité juridique, communication n° 3267 du 5 nov. 2003.

⁷⁸ CNCC, Avis technique, BCF 2/04, p. 35 et s.

⁷⁹ Cf. Bull. AMF, mars 2004, p. 39 et s. ; « AMF, Gouvernement d'entreprise, contrôle interne et évolutions réglementaires récentes », févr. 2005, disponible sur www.amf-france.org

ainsi que ce rapport doit présenter de manière générale tant les moyens de contrôle (personnes impliquées, codes de déontologies, etc.) que les procédures de contrôle elles-mêmes (*reporting*, suivi des engagements hors bilan, etc.), ainsi que l'appréciation du président sur l'adéquation et l'efficacité des procédures⁸⁰.

- Les sociétés faisant appel public à l'épargne doivent aussi mentionner dans ce rapport les diligences ayant permis de le réaliser (telles les discussions eues avec les commissaires aux comptes ou le comité d'audit) ainsi que, le cas échéant, l'existence de la notification par le commissaire aux comptes d'une déficience majeure dans le contrôle interne. Dans les groupes de sociétés, les procédures d'élaboration et de consolidation des comptes doivent aussi figurer.

- Les commissaires aux comptes doivent, outre leur certification des comptes (avec ou sans réserves ou leur refus d'une certification), préparer un rapport qui sera mis à disposition des actionnaires et présenté à l'assemblée générale annuelle des actionnaires. Plus exactement, ils doivent préparer trois rapports. Un rapport général qui décrit l'accomplissement de leur mission⁸¹ et dans lequel ils doivent faire part des observations que les comptes de l'exercice appellent de leur part et, éventuellement, des raisons les amenant à refuser leur certification des comptes (ou le recours à des réserves). Ce rapport relate également leurs observations sur la sincérité des informations données dans le rapport de gestion et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière de la société, ainsi que sur la concordance de ces informations avec les comptes annuels⁸² (en présence de groupes de sociétés, les informations sont données à un niveau consolidé). Il décrit aussi les modifications apportées dans la présentation des comptes annuels ou dans les méthodes d'évaluation⁸³, les frais généraux non déductibles des bénéfices assujettis à l'impôt sur les sociétés lorsqu'ils n'ont pas été mentionnés dans le rapport de l'organe de direction, les irrégularités et inexactitudes relevées par les commissaires aux comptes au cours de l'accomplissement de leur mission⁸⁴ (ce rapport devra dans un tel cas être transmis à l'Autorité des marchés financiers⁸⁵), etc. Le deuxième rapport a trait aux conventions conclues directement ou indirectement entre la société et l'un de ses dirigeants, membre du conseil d'administration ou de surveillance ou actionnaire disposant de plus de 10 % des droits de vote⁸⁶. Le

⁸⁰ Et ce dans les sociétés faisant appel public à l'épargne. Cf. *Rép. Pélissard*, Ass. Nat. 15 juin 2004, p. 4716, n° 37190.

⁸¹ Art. L. 225-100 al. 2 C. com.

⁸² Art. 193 du décret du 23 mars 1967.

⁸³ Art. L. 232-6 C. com.

⁸⁴ Art. L. 225-240 al. 1 C. com.

⁸⁵ Art. L. 621-22, IV C. mon. et fin.

⁸⁶ Art. L. 225-40 al. 3 C. com. et art. 92 du décret du 23 mars 1967.

troisième rapport des commissaires aux comptes fait état des observations sur le rapport établi par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sur les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière⁸⁷.

- Les comptes doivent être approuvés par les actionnaires dans une limite de temps strictement définie.

En outre, le droit français impose la nomination de deux commissaires aux comptes et non d'un seul, imposant de surcroît entre une « rotation ». Cela, joint à l'interdiction du cumul des fonctions d'audit et de conseil, garantit l'indépendance des commissaires aux comptes.

Le Rapport *Doing Business* ne tient pas non plus compte de l'existence de recommandations en matière de gouvernement d'entreprise qui sont largement suivies en pratique⁸⁸ et prévoient le recours à des comités des comptes, face française des *audit committees* anglo-américains⁸⁹.

62. *Absence regrettable de critères complémentaires* - Si ce chapitre du Rapport *Doing Business* accorde en l'état une note très honorable à la France (6 sur 7), il convient néanmoins de se demander si ce chapitre ne gagnerait pas en crédibilité en adoptant des critères supplémentaires.

⁸⁷ Art. L. 225-235 al. 5 C. com.

⁸⁸ Selon le rapport 2004 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, toutes les sociétés du CAC 40 ont un comité d'audit et/ou des comptes (p. 12).

⁸⁹ Cf. « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », MEDEF, AFEP, AGREF, rapport du groupe de travail présidé par D. BOUTON, daté du 23 sept. 2002, p. 11 et s., spéc. p. 13 sur la question de l'examen des comptes : « Le comité des comptes doit être en mesure d'exercer pleinement sa mission ; à cet effet : - les délais d'examen des comptes doivent être suffisants (au minimum deux jours avant l'examen par le conseil)- l'examen des comptes par le comité des comptes doit être accompagné d'une note des commissaires aux comptes soulignant les points essentiels non seulement des résultats, mais aussi des options comptables retenues, ainsi qu'une note du directeur financier décrivant l'exposition aux risques, et les engagements hors bilan significatifs de l'entreprise ».

Cf. aussi « Le conseil d'administration des sociétés cotées », rapport du groupe de travail de l'AFEP et du CNPF, présidé par M. VIENOT, juill. 1995, spéc. p. 19, qui recommanda que « chaque conseil [d'administration] se dote d'un comité ayant pour tâche essentielle de s'assurer de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables adoptées pour l'établissement des comptes consolidés et sociaux de l'entreprise et de vérifier que les procédures internes de collecte et de contrôle des informations garantissent celles-ci. Il s'agit moins d'entrer dans le détail des comptes que d'apprécier la fiabilité de l'appareil qui concourt à leur établissement ainsi que la validité des positions prises pour traiter les opérations significatives. Il est également souhaitable qu'à l'occasion de l'examen des comptes le comité se penche sur les opérations importantes à l'occasion desquelles aurait pu se produire un conflit d'intérêts et qu'il soit appelé à donner son avis sur la nomination des commissaires aux comptes ainsi que sur la qualité de leurs travaux. Enfin ce comité doit avoir la faculté de rencontrer, hors de la présence des mandataires sociaux ou plus généralement des administrateurs qui exercent les fonctions actives dans l'entreprise, les personnes qui, à un titre ou à un autre, participent à l'élaboration des comptes ou à leur contrôle : direction financière, direction de l'audit interne, commissaires aux comptes. Il doit rendre compte au conseil de ses travaux et porter à sa connaissance tous les points qui lui paraissent poser problème ou appeler une décision, facilitant ainsi ses délibérations ».

En effet, on peut être surpris que le Rapport *Doing Business* ne prenne pas en compte les critères permettant d'assurer l'indépendance des commissaires aux comptes (dualité de commissaires aux comptes, rotation des commissaires, interdiction de cumuler en principe les fonctions d'audit et de conseil, etc.).

On ne comprend pas non plus pourquoi le référentiel comptable est absent de la liste des critères (la protection des investisseurs semble accrue par l'utilisation de l'un des référentiels comptables reconnus internationalement, tels les IFRS/IAS). De même, l'existence ou non d'un contrôle interne devrait être prise en compte. Ou encore, le contenu des prospectus ou documents de référence (degré de détail, types de rubriques à détailler, responsabilité des signataires, etc.) devrait être souligné, ainsi que le rôle du régulateur dans les vérifications.

Plus généralement, la prise en compte de l'obligation ou non d'informer le marché des événements significatifs pouvant avoir une incidence sur le cours (ou une information périodique rapprochée) devrait figurer parmi les éléments de notation. Bien sûr, dans une approche plus globale de l'analyse de la protection des investisseurs que l'angle réduit de ce seul chapitre, le spectre d'analyse devra s'intéresser à d'autres aspects, tels les interdictions de délits d'initiés, les manipulations de cours et autres abus de marché par exemple. On le voit, les critères permettant d'appréhender la protection des investisseurs dans des sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé ne manquent pas. La prise en compte du climat des affaires, le « *business climate* », devrait également figurer comme critère de notation.

Ce qui amène à deux observations. Premièrement, les notations des pays de l'Union européenne devraient être similaires en ce domaine, tant l'harmonisation y est grandissante (ne serait-ce qu'avec les récentes directives européennes dites « prospectus » - sans omettre le règlement européen n° 809/2004 mettant en œuvre cette dernière et qui a adopté des schémas identiques de présentation et de contenu des prospectus -, « transparence », « IFRS », ou « abus de marché », qui ont été en grande mesure transposées à ce jour). Deuxièmement, il semble que confondre, comme le fait le Rapport *Doing Business*, la protection des investisseurs dans les sociétés cotées et dans les sociétés non cotées (pour les pays ne disposant pas de marchés réglementés) n'est plus vraiment justifié. Il semble tout à fait regrettable que les investissements dans des sociétés cotées (et faisant appel public à l'épargne) soient mis sur le même plan que des investissements dans des sociétés non cotées et ne faisant pas appel public à l'épargne. Car la nature de l'investissement y est fondamentalement différente. L'existence ou non de sollicitation l'est aussi. Les règles propres aux marchés réglementés se justifient par les contraintes inhérentes à la nature même des marchés réglementés. Le nier - en traitant sur le même plan comme le fait le Rapport

Doing Business, sociétés cotées et non cotées - enlève, à nos yeux, une partie de sa pertinence au classement proposé.

63. *Appréciations favorables du FMI et de l'OCDE* - Plus généralement, on peut observer que le Fonds monétaire international a publié en novembre 2004 un rapport de plus de 100 pages intitulé « France : Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Monetary and Financial Policy Transparency, Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems, Securities Settlement, and Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism »⁹⁰.

Or, les conclusions principales de ce rapport du FMI - qui méritent d'être ici reproduites dans leurs grandes lignes tant leurs conclusions divergent par leur reconnaissance indiscutable de l'efficacité économique de l'environnement français des investissements - sont les suivantes :

« Le secteur financier est résistant et bien contrôlé. Sur la base des analyses présentes aucune faiblesse cause de risques du système n'a été identifiée.

Les concentrations bancaires sont arrivées au point où les opérations de rapprochement nationales pourraient engendrer des questions de respect de la stabilité à long terme.

Le système de contrôle du secteur financier est segmenté et spécialisé. Il nécessite de puissants mécanismes de coordination.

L'intégration progressive entre tous les secteurs financiers et les intégrations transfrontalières représentent de nouveaux défis qui auront des implications sur la stabilité et la concurrence. L'efficacité et l'aptitude à répondre aux signaux politiques pourraient être accrues en rationalisant et en modernisant les réglementations du secteur financier (tels les schémas de l'épargne administrée).

Un niveau élevé de respect des normes internationales de politiques financières a été atteint. Les autorités travaillent actuellement sur les dernières questions encore en attente, comme par exemple, la réglementation de la réassurance, le système de règlement-livraison, la lutte contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme hors du système bancaire »⁹¹.

⁹⁰ Disponible sur www.imf.org .

⁹¹ « The main findings of the FSAP are :

- The financial sector is strong and well supervised. On present analysis, no weaknesses that could cause systemic risks were identified.

- Concentration in banking may have reached a point where further domestic consolidation could raise competition and long-term stability issues.

- The supervisory system of the financial sector is segmented and specialized and requires strong coordination mechanisms.

Dans le résumé (*executive summary*) de ce rapport du FMI, on relèvera notamment que :

- « la solidité du système financier est soutenue par de forts indicateurs financiers et un respect continu des normes de réglementation et de contrôle approuvées par le Comité de Bâle (BASEL), l'Association internationale des directeurs d'assurance (IAIS), l'Organisation internationale des commissions de valeurs mobilières (IOSCO), le Groupe d'action financière internationale (FATF), et le Comité des systèmes de paiement et livraison (règlement-livraison) (CPSS). Le degré de respect du code de transparence est très élevé dans tous les domaines concernés »⁹² ;

- « les marchés de valeurs mobilières sont très étendus et très avancés. Les marchés de valeurs mobilières et dérivés ont été restructurés. Le marché des emprunts d'État est important et le marché obligataire des sociétés s'accroît rapidement depuis l'introduction de l'euro »⁹³ ;

- « l'infrastructure du système de règlement-livraison des paiements et transferts de valeurs mobilières est généralement solide et moderne. Cependant, des aménagements sont envisageables dans le règlement-livraison des paiements et valeurs mobilières de particuliers »⁹⁴ ;

- « le cadre général légal institutionnel de la lutte contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme est très complet. La France maintient un très haut niveau de respect des 40+8 recommandations du Groupe d'action financière internationale (FATF), et a été au-delà des normes dans de nombreux domaines tels que la couverture sectorielle, les exigences relatives aux déclarations d'informations comptables ou financières pour les importations et les exportations d'instruments financiers. Néanmoins, de plus amples aménagements doivent

- Progressive integration across financial sectors and international borders will present challenges, with implications for stability and competition. Efficiency and responsiveness to policy signals could be enhanced by rationalizing and modernizing financial sector policies (such as administered savings schemes).

- A high degree of observance on international standards for financial policies has been achieved. The authorities are working to fill remaining gaps, for example, in the regulation of reinsurance, the clearing and settlement system, and AML/CFT provisions outside the banking system ».

⁹² « The strength of the system is supported by the financial soundness indicators and the strong conformity to the supervisory and regulatory standards approved by the Basel Committee, IAIS, IOSCO, FATF, and CPSS. The degree of observance of the transparency code is high in all relevant areas ».

⁹³ « Securities markets are large and sophisticated. Exchange-traded equities and derivatives markets have been restructured. The government debt market is large and the corporate debt market has been growing rapidly since the introduction of the euro ».

⁹⁴ « The infrastructure for clearing and settlement of payments and securities is generally sound and modern. However, there is some room for improvement in the clearing and settlement of retail payments and securities, where the multilateral netting systems lack fully adequate safeguards to ensure timely settlement in case of default ».

être effectués dans d'autres domaines, et principalement dans la mise en oeuvre des résolutions spéciales du Comité des Nations Unies relatives au financement du terrorisme, ce qui est un problème commun aux autres états de l'Union européenne. La qualité globale des déclarations de transactions suspectes (STR), la réglementation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, son application et son contrôle dans des secteurs autres que les établissements de crédit et certaines sociétés d'investissement ; l'élaboration des critères dans les domaines pour lesquels les institutions financières doivent exercer une diligence accrue »⁹⁵.

Bien plus, cette appréciation favorable du FMI est corroborée par les dernières statistiques de l'OCDE sur les investissements directs étrangers en France (IDE), telles qu'elles ressortent du rapport *Tendance et évolution récente de l'investissement*⁹⁶.

C'est ainsi qu'on y apprend qu'en Europe, les entrées d'IDE ont diminué de 23 %, à un degré variable selon le pays, mais que la France est restée en 2003 une des destinations favorites des investisseurs. Les entreprises étrangères y ont en effet investi 47 milliards USD, soit légèrement moins qu'en 2002 mais trois fois plus qu'en Allemagne et qu'au Royaume-Uni ! Ce chiffre excellent est à comparer avec le reflux massif des IDE aux États-Unis : dans ce dernier pays, l'IDE est en effet tombé à 40 milliards USD en 2003, contre 72 milliards en 2002 et 167 milliards en 2001. La France continue en effet d'attirer beaucoup d'IDE « classiques » (c'est-à-dire ne relevant pas de la « nouvelle économie »), notamment parce que l'investissement dans l'immobilier d'entreprise se porte très bien, spécialement depuis la diminution à 5,09 % des droits d'enregistrement sur les ventes d'immeubles.

64. Conclusion du chapitre 6 - Même si la note de 6/7 est bonne en soi, on peine à comprendre ce qui ne justifie pas ici l'obtention d'une note maximum, notamment si l'on se réfère à d'autres études. On ne pourra donc encore une fois que s'étonner, dans ces conditions, de la fiabilité et du sérieux des critères retenus par le Rapport *Doing Business* 2006, dont on sait

⁹⁵ « The overall legal and institutional framework for AML/CFT is comprehensive. France maintains a high level of compliance with the FATF 40+8 Recommendations, and has gone beyond the standard in a number of areas, such as sectoral coverage and reporting requirements for the import and export of monetary instruments. However, further improvements could be achieved in some areas, mainly: the implementation of UN Security Council Special Resolution on terrorism financing (an issue common to other EU countries); the overall quality of suspicious transactions reporting (STR); AML/CFT regulation, supervision and enforcement for sectors other than credit institutions and certain investment firms; and criteria for when financial institutions should exercise increased diligence ».

⁹⁶ V. sur www.oecd.org.

qu'il n'hésite pas à classer la France, pays membre du G7, à la 44^{ème} place en termes d'environnement des affaires...

§ 6. - À PROPOS DU CHAPITRE *ENFORCING CONTRACTS* : SUR L'EXÉCUTION DES CONTRATS

65. *Présentation du chapitre 7* - Le chapitre 7 « *Enforcing Contracts* » se livre à une analyse comparative de l'efficacité des différents systèmes judiciaires en matière d'exécution forcée des contrats (133 pays étudiés, à partir d'une même situation commerciale hypothétique).

Le thème a été jugé particulièrement important en raison de la corrélation établie entre le nombre de transactions commerciales et l'efficacité des sanctions judiciaires, sans qu'il soit précisé que le droit français des contrats pose comme principe de base celui de l'exécution forcée en nature du contrat. Sans compter que notre droit positif contractuel exploite différents instruments qui, tel l'acte authentique, permettent de garantir l'exécution du contrat ou de faciliter la sanction de son inexécution, sans qu'il soit nécessaire d'exercer une action judiciaire. Ce qui se traduit notamment par un gain de temps et des économies substantielles réalisées par le créancier. Ainsi, les clauses pénales, les clauses résolutoires expresses, la suspension pour inexécution et la résolution unilatérale pour manquement grave, produisent de tels effets bénéfiques dans la perspective de la force exécutoire du contrat.

Si la tradition française de la soumission des litiges commerciaux à une juridiction spécialisée est plutôt favorablement appréciée, le principe de la représentation obligatoire par un avocat « caractéristique des systèmes juridiques de tradition civile française » est quant à lui dénoncé comme lent et inefficace ! Cette dernière remarque ne laissera pas d'étonner le juriste français, pour qui le principe du respect des droits de la défense est, depuis 1977, un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République suivant la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Et c'est bien le souci d'assurer une meilleure défense du justiciable qui explique, pour une large part, que le principe de la représentation obligatoire ait été récemment rétabli devant la Chambre sociale de la Cour de cassation (décret n° 2004-836 du 20 août 2004).

Le Rapport oppose ensuite les pays riches (principalement ceux de « *common law* ») qui n'exigent que peu d'étapes dans la procédure et les autres (souvent de tradition civiliste), avec leurs labyrinthes procéduraux. Il souligne que cette complexité procédurale est lente et coûteuse, suggérant même qu'elle favorise la corruption... mais la tradition juridique d'un pays n'est pas une « fatalité » (*heritage is not destiny*) : en atteste l'exemple de la

Tunisie, pays de tradition juridique française, relativement pauvre, néanmoins présenté comme un modèle d'efficacité⁹⁷.

Le Rapport prétend enfin relever un coût judiciaire élevé en France (plus de 23 millions de dollars, 21 étapes procédurales et 210 jours en moyenne contre 17 étapes et... 365 jours aux États-Unis)⁹⁸.

66. *Insuffisances du chapitre 7* - Ces différentes allégations appellent des réserves importantes. Ainsi, rien n'est dit du coût global de la justice aux États-Unis ni du nombre d'avocats, et du montant de leurs honoraires qui sont très inférieurs en France à ce qu'ils sont aux États-Unis ou même en Grande Bretagne⁹⁹. Plus grave encore, ces chiffres tronqués révèlent à quel point les auteurs de ce Rapport entendent instrumentaliser le droit à des seules fins de prospérité économique, au détriment, s'il le faut, des exigences fondamentales d'un procès équitable¹⁰⁰. Enfin, ils font l'impasse sur des évolutions majeures du droit français contemporain qui visent à accélérer les procédures d'exécution : on songe à la réforme des voies d'exécution en matière mobilière, qui encourage les ventes à l'amiable ; ou encore à la validation du pacte commissoire que propose l'avant-projet de réforme des sûretés, qu'il s'agisse de sûretés mobilières ou de sûretés immobilières. On reviendra plus loin sur la question de l'attractivité économique du droit français des contrats¹⁰¹.

⁹⁷ V. sur ce modèle, N. FERCHIOU, « La Tunisie est-elle un exemple à suivre en matière de droit des contrats », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 55 et s.

⁹⁸ Comp. le Rapport 2005 qui, en prenant d'autres paramètres pour évaluer le coût et la durée de la procédure, à savoir la possibilité de recourir à des procédures extrajudiciaires et notamment administratives, a fait remonter la France dans le classement général, la durée moyenne n'étant plus de 210 jours mais de 75 jours... ce qui laisse de plus en plus sceptique quant au caractère scientifiquement exact de la méthode économétrique retenue pour évaluer l'efficacité des systèmes juridiques ou judiciaires...

⁹⁹ V. à cet égard, les chiffres fournis par Maître Robert PANHARD « *Common Law* et droit latin : deux systèmes concurrents au service des personnes et des entreprises », *Les Cahiers Techniques*, p. 10 ; V. surtout *infra* III, § 2 C.

¹⁰⁰ V. l'impact qu'a pu avoir le *Human Rights Act* (ce texte transpose, en droit anglais, la Convention européenne des droits de l'homme) sur la réforme de la procédure civile opérée par la Commission britannique présidée par L.J. Woolf, et dont l'un des objectifs était de réduire les délais et les coûts. Cette Commission a renoncé au système purement accusatoire au profit d'un rôle plus important laissé au juge dans la conduite du procès (vers un modèle plus inquisitoire, inspiré de celui des pays de tradition civiliste), effectuant ainsi un rapprochement remarqué vers le modèle continental.

¹⁰¹ V. *infra* III § 2.

§ 7. - À PROPOS DU CHAPITRE *CLOSING A BUSINESS* : SUR LE DROIT DES FAILLITES

67. *Présentation du chapitre 8* - Le huitième et dernier chapitre concerne la liquidation des entreprises (*closing a business*). L'analyse des systèmes juridiques en matière de procédures collectives est fondée sur divers critères (priorité réservée aux créanciers garantis, pouvoirs des juges, durée de la procédure, coûts). Le Rapport 2005 a abandonné certains de ces critères (jugés peu lisibles). Ce chapitre, l'un des plus sévères pour la France, présente le droit des faillites sous un jour très noir. Il convient de toute façon de remarquer qu'en ce domaine, le droit français est en pleine évolution et qu'une réforme des procédures collectives par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006.

68. *Faillite d'un hôtel de 201 salariés ...* - Le Rapport raisonne sur une hypothèse savamment définie : l'entreprise est une société dont la responsabilité de ses associés est limitée, dont l'objet social est la gestion de l'hôtel dont elle est propriétaire, qui a 201 salariés et 50 fournisseurs, et qui est débitrice d'un prêt consenti par une banque et garanti sur l'immeuble dans lequel l'hôtel est exploité...

Trois indicateurs sont retenus par la version 2005 (portant sur l'année 2004) de ce Rapport :

- la durée (exprimée en années) pour que la procédure aboutisse ;
- le coût de la procédure (exprimé en pourcentage du patrimoine objet de la procédure collective) ;
- le taux de recouvrement des créances (exprimé en centimes recouverts par dollar par créancier).

Les indicateurs retenus sont sensiblement différents de ceux utilisés dans le Rapport 2004, qui se focalisait sur la priorité réservée aux créanciers garantis et sur les pouvoirs des juges dans la procédure. Le critère du taux de recouvrement des créanciers y était absent. Toute comparaison entre le Rapport 2004 et le Rapport 2005 est donc vaine.

69. *Données concernant la France* - Le Rapport 2005 énonce, concernant la France, que :

- 1,9 an serait nécessaire pour que la procédure collective aboutisse (soit environ 6 mois de moins que le chiffre retenu dans la version 2004);

- 8 % de la valeur de l'entreprise serait absorbée par les coûts de la procédure collective¹⁰² ;

- les créanciers récupèreraient en moyenne 46,6 centimes par dollar de créance (ce qui doit signifier 46,6 % de leur créance).

Ces chiffres sont à comparer avec les moyennes pour les pays de l'OCDE :

- 1,7 an pour que la procédure collective aboutisse ;
- 6,8 % de la richesse de l'entreprise sont affectés aux coûts de la procédure ;
- les créanciers récupèrent en moyenne 72,1 % de leurs créances.

Les moyennes deviennent pour les pays de « l'Europe et l'Asie Centrale »¹⁰³ :

- 3,8 ans pour clôturer une procédure collective ;
- 13 % de la richesse de l'entreprise sont affectés aux coûts de la procédure ;
- les créanciers récupèrent 28,6 % de leurs créances.

Une fois ces données avancées, le *snapshot of business environment - France* (aperçu de l'environnement des affaires - France) disponible sur le site Internet de la Banque Mondiale propose pour la section *Closing a business* un lien à des *detailed data on France* (données détaillées pour la France), lien qui se borne à afficher une page avec les mêmes informations que sur la page précédente, sans donner donc plus de détail. Sans doute sera-t-il mis à jour à l'avenir.

Sur le taux de recouvrement des créances, le calcul du Rapport *Doing Business* se détermine ainsi :

- si l'entreprise ne poursuit pas son activité pendant la procédure, le taux n'est pas calculé sur un dollar mais sur 70 cents seulement ;
- le coût de la procédure est ensuite retranché ;
- la valeur disponible est enfin actualisée pour tenir compte de la durée de la procédure¹⁰⁴.

Le résultat relevé pour la France (46,6 %) est relativement médiocre, surtout si on prend en considération la durée moyenne de la procédure (plus rapide qu'aux États-Unis par exemple) et du coût de la procédure (inférieur à 10 %).

¹⁰² Soit environ 10 % de moins que le chiffre de la version 2004. Cette variation ne semble pas évidente à comprendre et n'est pas explicitée dans le Rapport.

¹⁰³ On peine à comprendre la logique du regroupement des pays de ces deux régions du monde, un « droit commun » des procédures collectives ne semblant pas exister entre ces deux groupes, pas même d'ailleurs qu'il y en aurait un au sein de la seule Union européenne...

¹⁰⁴ La dépréciation est évaluée en fonction des taux d'intérêts fournis par les banques centrales et le FMI.

Ce résultat procède semble-t-il largement de la prise en compte du calcul sur une base de 70 cents au cas où l'entreprise cesse son activité. Ceci appelle quelques observations. Premièrement, les liquidations judiciaires dans lesquelles l'entreprise ne poursuit pas son activité représentant la majorité des procédures françaises, ceci conduit à minorer considérablement les résultats français puisque le taux sera alors calculé sur une base de 70 cents. Deuxièmement, la raison du choix base de « 70 » cents paraît difficilement justifiable : pourquoi un raisonnement sur une base de 100 cents n'est-il pas retenu car seul importe en fin de compte le remboursement du créancier ? Troisièmement, le taux de recouvrement ne semble pas prendre en compte les possibilités pour des créanciers d'exercer leurs droits de propriété (propriété réservée ou propriété fiduciaire) et de bénéficier de privilèges ou priorités pour être remplis de leurs droits¹⁰⁵. On a dès lors le sentiment que le taux de recouvrement des créances de 46% n'est qu'une moyenne mal pondérée entre le score des créanciers munis de sûretés (supposé bon) et celui des créanciers chirographaires (évidemment bien inférieur) : mais une telle moyenne n'a guère de sens.

70. Finalités multiples des procédures collectives - On peut relever que le Rapport *Doing Business* se place essentiellement dans la perspective de préservation des seuls intérêts des banquiers face à la procédure collective, tout comme dans son volet social il ne prenait en considération que la situation de l'employeur. Certes, il s'agit là d'une priorité essentielle et historique de toute procédure collective que de viser au règlement du passif : la capacité pour un prêteur de recouvrer son dû en cas de procédure collective est un élément fondamental de prévention de l'effet « domino » des faillites en chaîne. Mais des philosophies complémentaires peuvent inspirer une procédure collective : ainsi, garantir un paiement préférentiel des créanciers très particuliers que sont les salariés, ou encore assurer la sauvegarde de l'entreprise (et donc de l'emploi).

Le droit des procédures collectives français se comprend avant tout dans une perspective historique, ce que le Rapport passe sous silence. Préalablement à 1985, la majorité des procédures collectives (environ 90 % d'entre elles) aboutissait à une liquidation des biens régie par la loi du 13 juillet 1967. Une réforme d'ampleur du droit des procédures collectives a été effectuée par une loi du 25 janvier 1985. Suivant l'alinéa 1 de son article 1^{er}, la procédure de redressement judiciaire instituée était « destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». L'apurement du passif n'était donc plus en 1985 la priorité absolue et cela a effectivement conduit à un sacrifice inconsidéré des

¹⁰⁵ V. *supra* n° 54 et s.

droits des créanciers, notamment titulaires de sûretés réelles. Toutefois, contrairement à ce que le Rapport 2004 énonce, la défense de l'emploi n'a jamais été la « top priority » (priorité des priorités) mais elle constituait simplement un objectif parmi d'autres.

Surtout, les Rapports semblent faire largement fi de ce que le vent a tourné au cours des deux dernières décennies. Déjà, la loi du 10 juin 1994 est venue restaurer la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles traditionnelles au point qu'on a pu parler à ce sujet de « printemps des sûretés réelles »¹⁰⁶. Ainsi, par exemple, l'article L. 621-32 du Code de commerce avait restitué opportunément la priorité aux créanciers titulaires de sûretés réelles sur les créanciers chirographaires postérieurs en jugement d'ouverture en cas de liquidation judiciaire ; quant à l'article L. 621-96 al. 3 Code de commerce, il prévoyait déjà utilement que « la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire [de l'entreprise sujette à une procédure collective] » ; et l'article L. 621-122 est venu faciliter la revendication de biens grevés d'une clause de réserve de propriété.

71. Évolutions récentes favorables aux créanciers et aux solutions conventionnelles - Les récentes évolutions du droit français, telle que l'ordonnance du 24 février 2005 due à la directive « collateral » (directive n° 2002/47/CE, 6 juin 2002, JOCE 27 juin 2002, p. 43), ont considérablement amélioré la protection des créanciers, et singulièrement des banques, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant d'une garantie en instruments financiers¹⁰⁷.

Plus généralement, les réformes récentes font la part belle aux règlements amiables visant à prévenir la cessation des paiements. Allant plus loin dans cette voie que ne l'avait fait la loi du 1^{er} mars 1984, la loi sur la sauvegarde des entreprises en date du 26 juillet 2005 institue désormais une procédure nouvelle dite de « conciliation »¹⁰⁸, qui est le perfectionnement de l'ancien règlement amiable, et qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

¹⁰⁶ M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, « Le printemps des sûretés réelles ? », *D.*, 1994, chron. p. 243 et s.

¹⁰⁷ J.-J. DAIGRE, « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », *RDBF*, Juill.-août 2005, p. 3.

¹⁰⁸ V. pour une présentation d'ensemble, S. PIEDELIEVRE, « La loi de sauvegarde des entreprises », *JCP*, éd. N., 2005, 1397 ; P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », *JCP*, éd. E, 2005, n° 1509 ; D. LEGEAIS, *RD bancaire et financier*, sept./oct. 2005, n° 162 ; F.-X. LUCAS, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. Joly*, 2005, p. 1181 et s.

L'exposé des motifs de cette loi de sauvegarde indique ainsi que le droit des procédures collectives issu des lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 appelait une modernisation, car il « trouvait sa place dans un principe d'économie dirigée, caractérisé par les nationalisations et l'interventionnisme de l'État dans la vie des entreprises [et qu'il] se traduisait par un amoindrissement considérable des droits des créanciers, au profit de la recherche à tout prix du sauvetage de la plus grande part des entreprises en difficultés, et par une attention insuffisante portée aux objectifs et au déroulement de la liquidation judiciaire »¹⁰⁹. Aussi, l'une des mesures phares de cette loi du 26 juillet 2005 est la nouvelle procédure de sauvegarde qui doit permettre d'intervenir avant toute cessation des paiements afin d'anticiper très en amont sur les difficultés financières. L'esprit n'est peut être alors pas très différent des procédures dites du *Chapter Eleven* américaines. Des comités de créanciers sont instaurés, à rapprocher non seulement de ceux qui existent en droit américain, mais aussi de la masse des créanciers, telle qu'elle existait dans la tradition française avant la loi du 25 janvier 1985.

Si les Rapports 2004 et 2005 se fondent essentiellement sur des cas pratiques pour obtenir des données comparables, certains passages laissent en outre songeur. Le Rapport 2004 commençait, dès ses premiers paragraphes, par une analyse historique du droit des procédures collectives dans différents pays. Or, on comprend mal l'utilité de décrire le droit des procédures collectives à l'époque médiévale pour procéder à une analyse économique positiviste. Ensuite, si l'on suit une telle démarche historique, on ne saurait rester au degré de superficialité du Rapport 2004. Enfin et surtout, la description, non seulement succincte, est de plus souvent erronée. En voici deux exemples : - 1^o/ Il est écrit : « In French medieval cities, bankrupts were required to wear a green cap at all times, and anyone could throw stones at them » (« dans les cités médiévales françaises, les faillis devaient constamment porter une coiffe verte et n'importe qui pouvait leur jeter des pierres »). Or pareille lapidation publique n'a évidemment jamais existé en France, même à l'époque médiévale...¹¹⁰. - 2^o/ On peut également lire dans la version 2004 qu'en matière de procédure collective « French and socialist legal traditions favor taxes and labor » (« les systèmes de tradition juridique française et socialiste favorisent le recouvrement des impôts et l'emploi »). Or, cette vision des choses doit être relativisée. Ce n'est pas seulement

¹⁰⁹ Pour une discussion de ce sujet, V., par ex., C. SAINT-ALARY HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Droit et patrimoine*, janvier 2005, p. 24 et s.

¹¹⁰ Le droit de la faillite médiévale français a été fortement influencé par le droit italien, jusqu'à la réforme réalisée au XVI^e siècle : Cf. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, p. 305 et s.

l'emploi que la tradition française favorise : c'est tout à la fois l'emploi et l'entreprise tant il est vrai que l'emploi ne peut perdurer qu'au travers de l'entreprise. C'est pourquoi la loi du 25 janvier 1985, réputée favorable à l'emploi, s'était surtout efforcée de faciliter la vente d'entreprises ou de morceaux d'entreprises dans le cadre d'un marché d'occasion des entreprises, et ce afin d'assurer autant que faire se peut la permanence de l'emploi dans leur sein. De ce point de vue la législation française est dans la ligne du droit des différents pays d'Europe, ensemble préoccupés par la protection de l'emploi, ainsi que l'ont montré des études récentes de la Chambre de Commerce et d'industrie de Paris qui renversent certaines idées reçues¹¹¹.

¹¹¹ « Les procédures d'insolvabilité en Italie, en Belgique, en Allemagne » in *La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté*, juin 2004 ; « Les procédures d'insolvabilité en Grande Bretagne, aux États-Unis » in *La lettre de l'observatoire des entreprises en difficulté*, mars 2005.

III. LES ATOUTS DE LA TRADITION CIVILISTE FRANÇAISE

72. *Réflexion sur les qualités intrinsèques du système civiliste* - L'analyse critique des différents chapitres des Rapports *Doing business* étant faite, il nous faut à présent nous extraire du débat « pied à pied » mené jusqu'à présent.

Prenant quelque recul, on dénoncera ici à titre préalable la vision dichotomique trop tranchée des Rapports entre d'une part les droits de *common law* et d'autre part la « tradition française civiliste » (de notre côté de l'Atlantique, on parle plus volontiers de la famille romano germanique), ainsi que les jugements péremptoires relatifs à l'efficacité économique de chacune de ces traditions juridiques qui découlent de cette vision caricaturale.

La présentation trop schématique du Rapport ne tient en effet nul compte des phénomènes de métissage¹¹² et d'hybridation¹¹³ qui rendent possible la coexistence des deux traditions au sein d'un même système juridique. Sur un mode mineur, la preuve a été faite maintes fois qu'une institution née dans l'un des deux systèmes peut être reçue, moyennant certaines adaptations, par l'autre : le chèque, le crédit-bail ou la fiducie inspirée du trust sont autant d'exemples d'emprunts faits à la *common law* par des pays de droit civil ; à l'inverse, l'Angleterre a adopté en novembre 2004 un *Housing Act* qui, à partir de 2007, obligera tout vendeur à faire établir par un *Home inspector*, dûment assuré, un *home information pack* détaillé sur les caractéristiques juridiques, environnementales et de sécurité de l'immeuble¹¹⁴, « pack d'informations » inspiré de l'expérience française qui oblige à l'établissement de diagnostics (surface, amiante, plomb, etc.) toujours plus nombreux ; surtout, certains États des États-Unis ont même introduit des *civil notaries*, à l'imitation des notaires de droit latin¹¹⁵ tandis

¹¹² Sur ce point, V. B. MALLET-BRICOUT, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », RIDC, 4-2004, pp. 865-888.

¹¹³ V. l'étude, préc., du Conseil d'État.

¹¹⁴ V. sur ce *Home information pack* le dossier disponible sur www.odpm.gov.uk.

¹¹⁵ B. REYNIS, « Des notaires sous la *common law* : les "civil law notaries" des USA », JCP, éd. N., 2003, pp. 504-510

que l'État d'Israël s'apprête à adopter un code civil, et ce en rupture notable avec une tradition de *common law*. Tout cela, qui a déjà été relevé de longue date par les comparatistes, se trouve aujourd'hui accentué par le processus constant d'internationalisation ou d'europanisation du droit¹¹⁶. L'idée d'autosuffisance d'un système national n'est guère plus défendable et le recours à la méthode comparative dans l'élaboration de la loi comme de la jurisprudence devient de plus en plus incontournable.

Néanmoins, puisque le droit national constitue un enjeu stratégique, lié à la puissance d'une nation, il est légitime, lorsqu'il est injustement attaqué, de vouloir le défendre, scientifiquement.

À cet effet, il nous paraît important de poursuivre dans la voie d'une réflexion nouvelle sur les qualités intrinsèques de notre tradition civiliste. En effet, cette réflexion est encore balbutiante, et, si elle n'a guère été approfondie jusqu'à présent, c'est sans doute parce qu'il semblait aller de soi que la tradition civiliste est porteuse d'atouts majeurs qui la plaçaient à l'abri de toute contestation. À dire vrai, il faut savoir gré aux Rapports *Doing Business* d'avoir provoqué une importante réflexion sur les mérites de cette tradition. Voyez, déjà, le colloque du 30 novembre 2004, ayant pour thème « Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ? »¹¹⁷ ainsi que l'ouvrage collectif « Mesurer l'efficacité économique du droit », tous deux fort intéressants¹¹⁸.

73. *Plan* - Ce qui va sans dire allant mieux en le disant, on présentera ici ce que sont d'après nous les atouts à la fois structurels (§ 1) et substantiels (§ 2) de la tradition civiliste française, avec l'espoir que le juriste de la grande famille du droit romano-germanique trouvera ci-après les quelques clés d'une tradition civiliste de « passion du droit »¹¹⁹.

¹¹⁶ Sur les convergences entre droit anglais et français, et pour une vision renouvelée des oppositions couramment invoquées, V. B. MARKESINIS, « Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets. Occasions manquées et naissances pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais », *RTD civ.*, 2005, p. 47.

¹¹⁷ V. Actes du colloque du 30 nov. 2004 de la Fondation pour l'innovation politique, F. ROUVILLOIS (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005.

¹¹⁸ G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, coll. « Droit et économie », LGDJ, 2005.

¹¹⁹ La formule est empruntée au titre de l'ouvrage du doyen CARBONNIER : *Droit et passion du droit sous la Ve république*, Paris, PUF, 1996.

§ 1. - LES ATOUTS STRUCTURELS

74. *Accessibilité, sécurité et flexibilité, la nouvelle devise civiliste ?* -

On se souvient peut-être que Jérémy Bentham avait écrit une lettre ouverte au Président des États-Unis James Madison le 30 octobre 1811 pour lui suggérer d'adopter un code à la française¹²⁰. Sans doute les qualités du droit civil convenaient-elles à ce grand utilitariste de Bentham !

L'accessibilité du droit (A), sa sécurité (B) et aussi sa flexibilité (C) nous semblent constituer les trois principaux atouts structurels majeurs des systèmes codifiés. Or, les Rapports sont curieusement taisant sur les deux premiers, cependant qu'ils nient le troisième : à plusieurs reprises, ils dénoncent la rigidité qu'ils croient pouvoir imputer aux systèmes de droit écrit, dont la technique législative serait sclérosante car la loi rapidement périmée.

A. - *L'accessibilité*

75. *Vigueur et modernité de la codification* - La tradition civiliste française est, pour une très large part, structurellement fondée sur la codification. Codifier son droit, c'est le rationaliser, l'ordonnancer, le hiérarchiser, le rendre accessible à tous : autant de qualités indispensables à tout système juridique¹²¹.

La meilleure preuve en est que, lorsque des conseillers techniques anglo-américains ont contribué à la rédaction de certaines lois commerciales des pays d'Europe centrale et orientale, ils ont adopté la méthode de la codification, comme l'ont fait tout naturellement, lorsqu'ils étaient sollicités, les conseillers venus de pays de tradition civiliste. Il n'y en avait pas d'autre à proposer. Dans ces pays qui doivent, en quelques années ou décennies, adapter leurs institutions à l'économie de marché, le seul instrument opérationnel est celui de la codification. Appelés eux aussi à tourner la page, les juges de ces pays ne peuvent fonder leurs décisions que sur la règle

¹²⁰ BENTHAM étant lui-même l'auteur d'un *Traité de législation civile et pénale*, paru en 1802.

¹²¹ Rappr. Xavier de ROUX (Vice-président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, senior partner du cabinet Gide Loyrette Nouel), « Le Code civil reste un outil privilégié » (*La Tribune*, 18 mars 2004) : « Le Code civil crée d'abord la sécurité juridique, il sait s'adapter aux évolutions de la société. Facile à lire, clair dans ses énoncés, il est par nature même d'essence démocratique. La méthode qu'il utilise, non seulement a fait ses preuves, mais devrait rester pour le législateur un modèle. Il est désormais accessible sur Internet en anglais et en espagnol. Il doit rester pour le juriste et pour longtemps l'outil privilégié ».

écrite, et non sur les précédents judiciaires¹²². Ils ont en outre besoin de repères précis, objectifs, accessibles.

Ceci vaut, de plus fort, pour les pays qui, tels la plupart de ceux d'Extrême-Orient, n'ont pas de véritable tradition juridique (ni législative et moins encore judiciaire), parce que porteur d'une civilisation dont l'idéal s'exprime, non pas dans un ordre établi par une règle de droit (loi ou jugement) sanctionnée par la contrainte étatique, mais dans une harmonie résultant de comportements sociaux dont le respect est assuré par la réprobation qu'encourt celui qui brise un consensus¹²³. Des pays comme la Chine et le Vietnam ont entrepris de se doter d'un Code civil. Et, bien avant eux, c'est par l'adoption d'un Code civil, que le Japon entendit, à l'aube de l'ère Meiji, marquer, dans l'ordre juridique, son entrée dans la modernité¹²⁴.

Enfin, la tentation, pour certains, d'un Code civil européen peut être comprise comme une aspiration à un droit européen clarifié et ordonné, en la forme comme au fond¹²⁵ : comme une réaction à un droit qui souffre de l'inflation des réglementations comme des jurisprudences européennes, et aussi d'un déficit démocratique¹²⁶, faute de tout véritable contrôle législatif.

76. *Inconstitutionnalité de la loi française excessivement complexe* - L'accès au droit est d'ordre matériel (1) mais aussi intellectuel (2), si bien que les impératifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi constituent, l'un et l'autre, des objectifs à valeur constitutionnelle¹²⁷ qui ont en commun de

¹²² Au contraire, la *common law* anglaise s'est fondée dans la continuité. Fruit de l'expérience, elle n'a jamais fait table rase du passé.

¹²³ V. les *Giri* au Japon. Plus généralement, V. : R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002 ; *L'influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française et Société de législation comparée, Paris, Pédone, 1950, 1954, ; *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, Paris, LITEC 1994 ; M. GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », in *Le Code civil*, Rev. *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 80 et s.

¹²⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n° 460.

¹²⁵ Sans préjudice de ce que pourrait être un tel Code : un Code qui évincerait les codes nationaux ou s'y ajouterait (seule solution aujourd'hui raisonnable) ; un code plénier ou un code limité au patrimoine, voire aux obligations et même aux seuls contrats ; un code limité ou non aux relations transfrontalières ; un code obligatoire ou optionnel, et, dans ce cas, avec une option soit d'entrée soit de sortie, de sorte qu'il serait applicable soit sur demande soit par défaut.

Sur cet hypothétique Code européen, V. notamment : G. CORNU, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, 351 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un Code civil européen ? », *RTD civ.*, 2002, 463 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, 2202 ; Ph. MALINVAUD, « Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.*, 2002.2542 ; Cl. WITZ, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.*, 2000, 79 ; « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », in *Livre du bicentenaire*, préc., p. 687 et s.

¹²⁶ V. *infra*, n° 80.

¹²⁷ Décision n° 99-421 DC du 16 déc. 1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421/99421dc.htm>. À propos de la loi autorisant neuf codes à être

faire de la tradition civiliste une tradition également démocratique. Et, le 29 décembre 2005, le Conseil constitutionnel a même prolongé cette jurisprudence en se reconnaissant le droit de censurer la complexité excessive des lois qui lui sont déférées¹²⁸ : c'est reconnaître de façon éclatante que la loi se doit constitutionnellement d'être simple !

publiés par voie d'ordonnance, le Conseil constitutionnel a proclamé « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » au motif que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

Sur cette décision, qui traduit la conception politique selon laquelle l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi assurent non seulement le principe de l'égalité des citoyens devant la loi mais aussi l'effectivité de la citoyenneté de chacun. V. not. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, 361.

Interprétée à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel et de ses travaux préparatoires, cette loi poserait donc deux contraintes : l'accessibilité matérielle d'une part, l'intelligibilité d'autre part. Une loi du 12 avril 2000 relative à l'accès aux règles de droit renforce à cet égard les obligations de l'État, notamment en prévoyant ceci : « les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ». Autant l'exigence d'accessibilité peut être considérée comme un principe constitutionnel, autant celle d'intelligibilité de la loi ne constitue qu'un « objectif à valeur constitutionnelle », ce qui pourrait s'expliquer par le fait qu'« une intelligibilité parfaite serait la mort de l'interprétation : or, interpréter est, pour le juge civil (art. 4 C. civ.) ou même pénal (sous une réserve, art. 111-4 NCP), un devoir qui pourrait, lui aussi, être érigé en principe constitutionnel » (Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27^{ème} éd., coll. « Thémis », PUF, 2002, p. 241).

¹²⁸ Décision n° 2005-530 DC du 29 déc. 2005, « Loi de finances pour 2006 » (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005530/2005530dc.htm) : le Conseil a censuré l'article 78, relatif au plafonnement global des avantages fiscaux, en raison de son excessive complexité, qu'aucun motif d'intérêt général ne suffisait à justifier. « 77. Considérant que l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et « la garantie des droits » requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ; qu'en particulier, le droit au recours pourrait en être affecté ; que cette complexité restreindrait l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » ; 78. Considérant qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

1. L'accès matériel : la connaissance de la règle

77. *Le petit livre des lois rapproche l'homme de son droit* - De toute évidence, la règle contenue dans un texte de loi ou dans un code est plus facile d'accès que celle qu'il faut extraire de décisions jurisprudentielles, fort longues et souvent peu explicites quant au domaine et à la portée de la règle de principe qu'elles posent (la règle non écrite fait parfois l'objet de strates successives d'interprétations jurisprudentielles, ce qui la rend parfois peu lisible, jusqu'à ce qu'une modification législative intervienne). À vrai dire, la *common law* n'est guère accessible à un non-initié. Même si les décisions des juridictions se lisent aisément, l'apparente simplicité est trompeuse : pour dégager la règle de droit (*ratio decidendi*), il faut être un véritable expert et l'un des obstacles majeurs que la *common law* doit aujourd'hui surmonter est celui de l'excès d'information qui menace tout l'équilibre du système, plus sûrement encore que l'abondance des lois et arrêts dans les pays de tradition civiliste. Ainsi, dans la préface de son ouvrage significativement intitulé *English Private Law*, Peter Birks, professeur à Oxford, observait que « le plus grand problème que doit surmonter la *common law* au début de ce nouveau siècle est le trop-plein d'information » (« information overload »). La masse des décisions jurisprudentielles désormais accessibles par internet « soumet les méthodes traditionnelles de la *common law* à un « énorme stress » et « la doctrine du précédent elle-même commence à se briser lorsque les précédents deviennent si épais et si fréquents »¹²⁹. Joint à cela que, même en terres de *common law*, les lois prolifèrent, ce qui ajoute à la mutation du paysage d'antan : suivant un rapport établi par une commission anglaise, « Le gouvernement est responsable d'un torrent de législation – plus de 2000

¹²⁹ OUP Oxford 2000, vol. I, xxix. V. aussi, dans le même sens, E. McKENDRICK, « The Common Law at work : the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2003, vol. 3, n° 2, p. 145. L'auteur observe que les ouvrages comme les décisions sont désormais encombrées de références non nécessaires aux arrêts ainsi qu'aux « *academic writings* ». Plus grave encore : « le détail prévaut et le principe est perdu (...) La vie devient une jungle d'instances particulières, sans que l'on puisse discerner de but ou de principe qui la traverse » (p. 145 et 146). On pourra encore signaler, à cet égard, les propos de Lord Justice BROOKE, prononcés lors d'une conférence à Melbourne en avril 2003 (<http://www.dca.gov.au/judicial/speeches/ljb150403.htm>). Soulignant le rôle essentiel de l'État dans la publication des jugements, l'éminent juge estime que « Le droit serait en chaos si nos décisions étaient rendues dans l'ignorance de ce qu'une autre juridiction a dit sur le même point », tout en reconnaissant que l'accès aux décisions de justice par internet nourrit l'« *information overload* ». Il met en garde contre la pratique des avocats, qui usent et abusent de la citation des arrêts qui n'apportent rien de nouveau au droit, ce qui augmente le volume des dossiers à lire pour les juges et, ajoutera-t-on à l'attention des auteurs du Rapport de la Banque Mondiale, que l'on sait très préoccupés par les enjeux économiques, le coût du traitement des litiges.

pages de lois nouvelles en 1991. Mais il n'a rien fait pour rendre la loi nouvelle plus compréhensible »¹³⁰.

Autant de raisons pour lesquelles le modèle de *common law* est peu exportable.

Les juristes des pays de *common law* l'ont du reste parfaitement compris, qui utilisent la technique de la codification à des fins de clarification du droit. Aux États-Unis comme au Royaume-Uni, la prolifération des lois est considérable ; des compilations officielles ou privées existent, elles sont parfois dénommées codes (ou bien encore *Revised laws* ou *Consolidated Laws*) ou *restatements of the law* lorsqu'il s'agit d'essayer de faciliter l'accès à une jurisprudence à la fois fine et trop subtile pour le justiciable. L'expression ne doit toutefois pas induire en erreur : ces codes, souvent construits à partir d'un plan peu familier au juriste civiliste, n'ont pas pour objet la refondation de la matière envisagée. Œuvres de consolidation, elles ne sauraient en aucune façon constituer le point de départ de l'élaboration et du développement d'un droit nouveau¹³¹. À cet égard, elles sont même d'une moindre ambition que les codifications dites à droit constant ou encore administratives des pays de droit civil. Car ces codifications à droit constant, réalisées en nombre depuis plusieurs années¹³², ne se bornent pas à empiler les textes, mais les ordonnent. Or cette mise en ordre révèle les lacunes et les contradictions du droit existant, comme elle en dégage les lignes de force. Elle peut ainsi préparer une codification normative. Aussi est-ce à juste titre qu'a pu être récemment dénoncée la « coquetterie intellectuelle qui incline à dénoncer à tout crin la codification » à droit constant : le code est un instrument irremplaçable qui « rapproche l'homme de son droit »¹³³...

¹³⁰ Rapport établi en 1994 par la *Plain language commission*, cité in *L'influence internationale du droit français*, Rapport du Conseil d'État, La documentation française, 2001, p. 26.

¹³¹ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 343.

¹³² Près de 70% des lois françaises sont codifiées de façon rationnelle dans des codes consultables en accès libre et gratuit sur www.legifrance.gouv.fr (suivant les statistiques de la Direction des Journaux officiels, au 1^{er} semestre 2002, le droit français serait codifié à hauteur de 64% si l'on prend en compte *les seules normes législatives*, taux que l'on peut aujourd'hui raisonnablement estimer à environ 70% compte tenu de l'entrée en vigueur de codes récents, tels le Code du patrimoine, le Code monétaire et financier, etc).

¹³³ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, 1^{ère} éd., Defrénois, 2004, n° 118 et n° 123 (« Plus il y aura de codes pour "parquer" les lois existantes, moins il y aura de textes en liberté : ce droit "en captivité" se laissera enfin découvrir ; il sera plus facilement connaissable par les justiciables »). Comp. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, n° 342 : « La tromperie du droit constant ».

2. *L'accès intellectuel : l'intelligibilité de la règle*

78. *Langue populaire des grands Codes* - Les qualités formelles des codes français ont de tout temps été unanimement louées. Conformément au vœu de ses rédacteurs, le Code civil français est clair, intelligible par le plus grand nombre. On y trouve sans peine de nombreux articles dont la rédaction en un français usuel, et non réservé aux seuls initiés, atteste la volonté de leurs rédacteurs que la règle soit immédiatement comprise de ceux auxquels elle est destinée¹³⁴. C'est ce qui lui permit de devenir le code des Français, tandis que le Code civil allemand (BGB), entré en vigueur en 1900, était destiné aux juristes, comme en témoignent sa structure, sa technicité et sa langue. Là où le Code civil allemand parle une langue savante, le Code civil français parle une langue « populaire »¹³⁵. Cette simplicité de l'expression fut aussi, au Québec, une préoccupation majeure des rédacteurs du Code civil de 1994, comme le révèle le dessein affiché d'énoncer une règle de droit « accessible au « citoyen avisé », pure, autant que possible, de « tout jargon professionnel »¹³⁶.

Alors que l'inflation législative contemporaine a obscurci des pans entiers du droit, certains textes du Code civil français ou du nouveau code civil du Québec¹³⁷, constituent des modèles d'art législatif.

Et quel pays dispose d'un *corpus* cohérent de règles lisibles, rénovées et couvrant l'ensemble des procédures dans l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire, tel le Nouveau Code de Procédure Civile, qui doit tant aux travaux de Motulsky et du doyen Cornu ?

79. *Génie de la langue française ?* - Il est d'ailleurs permis de se demander si les qualités qui viennent d'être relevées ne seraient pas celles de la langue française : ne serait-ce pas de la langue en laquelle il est conçu et formulé que le droit français tire sa clarté ?

Une étude de légistique, trop peu connue, a pu conclure que, s'agissant de la transposition d'un même projet de convention européenne, la loi allemande était moitié plus courte que la loi anglaise, la loi française étant

¹³⁴ Article 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » ; article 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » ; article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ; article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Certaines formules célèbres ont même pu s'inscrire dans l'imaginaire collectif, telle celle de l'article 815 : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ».

¹³⁵ E. HUBER (qui fut le père du Code civil suisse), cité par A. MARTIN, « Le Code civil dans le canton de Genève », in *Livre du centenaire*, préc., p. 895.

¹³⁶ P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁷ Exemples : les articles 1375 et 2805 sur la bonne foi, 1405 sur la lésion ou 708 sur la capacité testamentaire du mineur.

cinq fois plus courte que la loi anglaise¹³⁸. N'est-ce pas là la marque d'un génie francophone de l'écriture des lois et, plus généralement, du maniement du langage du droit¹³⁹ ?

Il a d'ailleurs été récemment signé, par de nombreuses personnalités de différents pays, un Manifeste en faveur de la langue française comme langue juridique de l'Europe, où il est relevé « que la langue française, comme jadis le latin, est celle qui offre, grâce à son vocabulaire, sa syntaxe et sa grammaire, le plus de garanties de clarté et de précision, et qui réduit au minimum les risques de divergences d'interprétation »¹⁴⁰, manifeste qui trouve un appui scientifique notable dans l'ouvrage du Professeur Claude Hagège, « Combat pour le français »¹⁴¹.

80. *Droit démocratique* - Fort de cette double accessibilité, matérielle et intellectuelle, le droit français est un droit éminemment démocratique. On ne le souligne pas assez : un droit n'est démocratique qu'à la double condition qu'il soit élaboré par la représentation nationale et qu'il soit accessible à tous les citoyens, même non spécialistes¹⁴².

Ces mêmes qualités, qui, au-delà même du droit français, se retrouvent à des degrés divers dans les droits participant de la même culture juridique latine, expliquent que, selon les statistiques produites par l'Université d'Ottawa¹⁴³, plus de 150 États, représentant près de 60% de la population mondiale, possèdent un système de droit écrit ou, à tout le moins, un système juridique mixte. De telles statistiques - même si elles doivent être

¹³⁸ A. VIANDIER, *Recherches de légistique comparée*, Springer Verlag, 1988, p. 109, n° 10 citant l'expérience d'un certain Dale.

¹³⁹ V. par ex. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Paris, Monchrestien, 2005 ; *adde*, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 7^{ème} éd., 2005.

¹⁴⁰ Maurice DRUON, de l'Académie française, ancien ministre, ancien député européen, *Otto de Habsbourg*, ancien député européen Président de l'Union paneuropéenne, Mario SOARÈS, ancien Président de la République du Portugal, ancien député européen, Bronislaw GEREMEK, ancien ministre des Affaires étrangères de Pologne, Siméon de SAXE COBOURG, Premier ministre de Bulgarie, Dora BAKOYIANNI, maire d'Athènes, Adrian NASTASE, Premier ministre de Roumanie, Suzanna AGNELLI, ancien ministre des Affaires étrangères d'Italie, Federico MAYOR, ancien ministre de l'Education d'Espagne et député européen, ancien directeur général de l'UNESCO, Ismail KADARE, écrivain albanais, Kiro GLIGOROV, premier Président de la République de Macédoine, Antoinette SPAAK, ministre d'État de Belgique, ancien député européen, et, au titre de Secrétaire général de l'Organisation Internationale francophone Abdou DIOUF, ancien Président du Sénégal. Ce manifeste peut être consulté le site www.village-justice.com.

¹⁴¹ Cl. HAGÈGE, *Combat pour le français*, Paris, éd. O. Jacob, 2006.

¹⁴² Sans doute n'est-ce d'ailleurs pas tout à fait un hasard si ce type de système est un produit républicain - quoiqu'il ait certes été mûrement réfléchi sous l'Ancien régime à la faveur notamment de la codification royale des coutumes - tandis que la *common law* porte sans doute encore de ce point de vue la trace du contexte monarchique dans lequel elle s'est épanouie, et qui est en principe moins sensible à de tels objectifs démocratiques.

¹⁴³ *Supra*, n° 1.

maniées avec précaution, tant la classification en familles juridiques est parfois délicate - témoignent du rayonnement mondial de la tradition civiliste et de ses méthodes. À une époque où le droit devient chaque jour plus complexe à raison de la prolifération de ses sources (internes, européennes, internationales) et de l'instabilité de son contenu, mais où les chemins de la connaissance s'élargissent en autoroutes de l'information, un droit écrit et ordonné offre l'avantage de se mettre plus facilement en ligne et d'y être plus aisément consulté, tel qu'il est sur l'instant, en temps réel.

B. - *La sécurité*

81. *Un droit sûr* - Récemment la Section du rapport et des études du Conseil d'État présentait ainsi les qualités « indépendantes du contenu même du droit » français et devant être absolument préservées : « droit simple, clair, intelligible dont la compréhension ne soit pas réservée aux spécialistes, droit de principes, cohérent donc prévisible, pratiquant une abstraction propre à faciliter son adaptation aux évolutions »¹⁴⁴.

Le droit français, en effet, assure la sécurité juridique. On l'illustrera en considérant ses sources et son esprit.

82. *Contenu des règles en principe connu à l'avance* - Du point de vue des sources, un auteur anglais, John Bell, a pu écrire que les *French legal cultures*, et donc singulièrement le droit français, se caractérisent par le double poids de la loi et du code, d'une part, de la théorie et des concepts, d'autre part¹⁴⁵. D'une part, en effet, si la jurisprudence s'est peu à peu élevée au rang des sources auxiliaires du droit, la tradition héritée de Montesquieu, qui fait du juge la « bouche de la loi », demeure : le juge, qui intervient dans la mesure nécessaire à l'interprétation et à l'évolution des règles¹⁴⁶, reste interdit d'arrêts de règlement (art. 5 C. civ.). D'autre part, l'édiction de règles générales présuppose que soient dégagés et définis, par la doctrine, des notions ou des concepts autour desquels s'ordonne ou par lesquels s'explique le droit écrit.

¹⁴⁴ Étude du Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, p. 103 ; V. également, Travaux de l'Association Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français*, Journées franco-italiennes, t. XLIV, 1993. Comp. D. FASQUELLE, « Le regroupement du droit français dans le Monde », *Revue juridique de l'Océan indien*, n° spéc., 2005, p. 217 et s.

¹⁴⁵ John BELL, *French legal cultures*, 2001, cité par H. MOUTOUH, « Le droit et l'influence internationale de la France », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 81.

¹⁴⁶ V. *infra* § 1 C, la jurisprudence apportant de ce point de vue la flexibilité nécessaire.

Or un tel système de droit écrit, où la règle est connue par avance et formulée pour tous, présente, par rapport à un système de droit jurisprudentiel, où la règle n'est donnée qu'après coup et pour la solution de tel litige particulier, l'avantage de la sécurité pour les citoyens et les agents économiques : la règle est en principe connue *ab initio* avant que d'être révélée *a posteriori* par le juge. Et cet avantage en emporte d'autres : celui d'une égalité de traitement, qui tient à la généralité de la règle ; celui du moindre coût¹⁴⁷, qui tient à un moindre recours aux tribunaux¹⁴⁸.

83. *Prévention accrue des litiges* - Du point de vue de son esprit, le droit français, et plus généralement les systèmes juridiques de droit latin, considèrent que la prévention des litiges importe autant que leur résolution¹⁴⁹ : le droit se doit de promouvoir un ordre de paix, autant que d'organiser un ordre de bataille ; le procès est perçu comme le signe d'un échec du droit, plus qu'il n'est vu comme le lieu de son triomphe. Dans de tels systèmes, l'organisation d'une bonne preuve préconstituée relève des missions de l'État autant que celle d'une bonne justice¹⁵⁰ : il y existe, confié au notaire, un service public de l'authenticité, dont la mission est de prévenir le contentieux¹⁵¹, comme il y existe, confié au magistrat, un service public de la justice, chargé de le traiter. Le conseiller Réal a tenu des propos restés célèbres sur cette complémentarité du notariat et de la magistrature : « ...À côté des fonctionnaires qui concilient et jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et

¹⁴⁷ V. *infra* § 2 C, sur les qualités économiques du droit civil.

¹⁴⁸ En ce sens, V. not. R. PANHARD, « Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises », *Les Cahiers Techniques*, spéc. p. 8.

¹⁴⁹ Toute une veine littéraire illustre, en France, un sentiment de défiance envers le procès, notamment, au XVIIe, avec Racine, dans *Les Plaideurs* ou La Fontaine, dans *Le chat, la belette et le petit lapin* ou *L'huître et les plaideurs*.

¹⁵⁰ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, n° 230 et 231 : « Les actes extrajudiciaires, dressés par les officiers ministériels, sont, en effet, ceux dont le but est d'établir en matière civile, dans l'ordre des intérêts privés, la preuve des droits et des obligations des citoyens. Dans cet ordre, les officiers publics, qui ont la charge de recevoir et de dresser les actes authentiques sont principalement : les notaires, les officiers de l'état civil, les greffiers des tribunaux, les huissiers ».

¹⁵¹ V. R. STÜRNER, « L'acte notarié dans le commerce juridique européen », *Rev. dr. comp.*, 1996, p. 315 : l'auteur souligne l'importance du notariat « pour le sort de la *jurisdiction préventive* en Europe ».

enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux... sont les notaires »¹⁵².

De s'engager ainsi en présence d'un notaire, témoin officiel qui tient de l'État la mission de constater, d'authentifier les conventions des particuliers, les contractants tirent une double sécurité : parce que l'acte notarié a une *force probante* exceptionnelle, chacun est à l'abri de la mauvaise foi de l'autre, qui viendrait à contester l'existence, le contenu ou la date de son engagement ; et parce qu'il a force exécutoire, laquelle prolonge sa force probante¹⁵³, le créancier peut, sans devoir recourir au juge, procéder à une mesure d'exécution forcée contre le débiteur récalcitrant¹⁵⁴.

Comment, en présence de tels avantages, les Rapports *Doing Business* peuvent-ils considérer, péremptoirement, l'intervention d'un notaire comme un fardeau inutile ?

Au demeurant, le droit européen - dont nul ne prétendra qu'il serait d'inspiration exclusivement française - réserve à l'acte notarié toute la place qui lui revient, en le plaçant, au regard de l'exécution forcée, sur le même plan qu'une décision de justice. Le règlement du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹⁵⁵, et celui du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées¹⁵⁶, lui reconnaissent la même force exécutoire internationale. La Cour européenne de Strasbourg a jugé, dans le célèbre arrêt *Estima Jorge* du 21 avril 1998¹⁵⁷, que l'acte notarié doit, comme une décision de justice, être exécuté dans un délai raisonnable, sous peine de porter atteinte au droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : c'est que, là où il existe, avec le notariat, une magistrature préventive du procès, le droit à un *procès* équitable, qui inclut le droit à l'exécution du jugement

¹⁵² Exposé des motifs de la loi relative à l'organisation du notariat, in *Destin d'une loi : « Loi du 25 Ventôse An XI »*, p. 17, éd. Conseil Supérieur du Notariat, Institut International d'Histoire du Notariat, 2003.

¹⁵³ C'est parce que le droit constaté par l'acte notarié est tenu pour vrai qu'il est possible de passer, sans autre vérification, à l'exécution forcée.

¹⁵⁴ Si, cependant, l'on consulte les différents droits nationaux, on constate que tous les actes notariés n'ont pas la force exécutoire.

¹⁵⁵ Règlement n° 44/2001, issu d'une transformation de la Convention du 27 sept. 1968, dite Bruxelles I.

¹⁵⁶ Règlement n° 805/2004.

¹⁵⁷ C.E.D.H. 21 avr. 1998, *Estima Jorge c/ Portugal* : Recueil des arrêts et décisions, 1998-II/495 ; D., 1978. somm. comm., obs. FRICERO ; *RTD civ.*, 1998.993, obs. MARGUENAUD. Et, depuis, V. C.E.D.H. 28 oct. 1998, *Peres de Rada Cavanilles c/ Espagne* : *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VIII/3242 ; *JCP*, 1999.I.105, n° 21, obs. SUDRE .

dans un délai raisonnable¹⁵⁸, se double d'un droit à une prévention équitable, qui, à son tour, porte en lui le droit à une exécution diligente de l'acte notarié¹⁵⁹.

Dira-t-on que la sécurité juridique tient ainsi en échec l'efficacité économique ? Ce serait mal connaître le ressort des décisions bruxelloises, dont, toujours, l'impact économique est soigneusement pesé par leurs promoteurs... Simplement, on voit ici comment sécurité juridique et rationalité économique peuvent aller de pair.

C - La flexibilité

84. *Distinction du cadre normatif et du contenu de la norme* - D'après les auteurs des Rapports, les droits de source écrite ne présenteraient pas la même flexibilité que les droits jurisprudentiels. Constitutive d'un regrettable lieu commun, l'affirmation suivant laquelle les droits de *common law* seraient flexibles et les droits codifiés rigides nous paraît péremptoire et erronée. Si, de prime abord, la nature jurisprudentielle des droits de *common law* paraît facteur de souplesse, la réalité est en effet souvent autre : en droit anglais particulièrement, la règle du précédent (même assouplie et tempérée par la technique des distinctions) lie les juges tout aussi fermement, voire davantage encore, que les dispositions législatives du droit écrit envers les juges des pays de droit civil.

Surtout, il faut se garder de l'erreur courante qui consiste à inférer de l'existence d'un cadre normatif souple (par exemple prétorien en pays de *common law*) un contenu normatif flexible et, inversement, de celle d'un *cadre* normatif rigide (par exemple codifié en *civil law*) un contenu nécessairement rigide. Il suffirait en effet d'un article unique d'un Code reconnaissant une liberté contractuelle illimitée pour que l'erreur de raisonnement apparaisse de façon flagrante¹⁶⁰ ! Plus généralement, un droit codifié peut évoluer, et fort bien, grâce à trois facteurs principaux, qui

¹⁵⁸ C.E.D.H. 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce* : *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II/495 ; *D.*, 1978.74, note FRICERO ; *JCP*, 1997.II.22949, note DUGRIP et SUDRE ; *RTD civ.*, 1997.1009, obs. MARGUENAUD.

¹⁵⁹ Est-ce ce qui a conduit à la modification, en juillet 2005, des *Civil Procedure Rules* en Angleterre qui reconnaissent désormais une « certaine » force probante à l'acte notarié : « un acte notarié ... peut être admis comme élément de preuve de droit, sans preuve supplémentaire, comme étant dûment authentifié conformément aux exigences de la loi jusqu'à preuve contraire » ?

¹⁶⁰ Pour user d'une image, on sait que même l'individu le plus indigent, en tant qu'il est une personne, est titulaire d'un patrimoine au sens de la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU : l'existence d'un *contenant* (le patrimoine de la personne) ne préjuge en rien de la composition et de l'étendue de son *contenu* (actif ou passif).

tiennent à la vitalité de ses sources (1), ainsi qu'à la généralité de ses règles (2) et à leur caractère supplétif (3).

1. La vitalité des sources

85. *Subrogation textuelle au sein du Code civil* - Si l'idée d'une codification uniforme et stable, placée dans une arche « sacrée », à savoir le Code civil, a pu faire partie d'un certain « mythe codificateur », la vaste fresque des métamorphoses du Code civil montre au contraire combien le droit civil codifié a su évoluer : le *corpus* a survécu, « remanié, mais non détruit »¹⁶¹. Chacun sait que le droit des personnes et de la famille, y compris le droit des régimes matrimoniaux et, pour une large part, celui des successions, ont été entièrement refondus : ainsi, en particulier, des neuf lois sœurs qui, sous la plume éminente du doyen Carbonnier, surent garantir la « révolution tranquille » du droit de la famille et des personnes entre 1964 et 1977. Et la refonte du droit civil économique, déjà entamée, notamment pour respecter les engagements pris au sein de l'Union européenne¹⁶², se poursuit : celle des sûretés est engagée ; celle des obligations (contrats et responsabilité civile) est attendue. Bref, le Code civil - qui, soit dit en passant, a su encadrer les procréations médicalement assistées comme les preuves biologiques, et accueillir l'acte électronique - bouge...

En outre, de nombreuses lois ont été adoptées hors le Code civil¹⁶³, et certaines se retrouvent aujourd'hui dans de nouveaux Codes, tels le Code commerce, le Code de la consommation ou le Code monétaire et financier. Pour s'en tenir au seul droit contemporain des contrats, il existe, outre le droit commun, « prêt-à-porter », du Code civil enrichi par la jurisprudence, des droits spéciaux, « sur mesure », conçus dans la perspective des statuts et des besoins spécifiques des acteurs économiques (consommateur, professionnel, distributeur, salarié, etc...).

Ainsi, le droit civil français, droit écrit, droit codifié, n'a rien d'un droit rigide. À vrai dire, on inclinerait plutôt à regretter la trop courte vie des lois nouvelles, sans cesse remises sur le métier, et à s'inquiéter de la démultiplication contemporaine des lieux de production du droit. Et, précisément, le Code civil, modernisé mais non dénaturé sans cesse depuis 1804, pourrait bien, dans ce tourbillon de normes, tenir lieu de repère, de

¹⁶¹ J.-L. HALPERIN, « Le regard de l'historien », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 43, spéc. p. 53.

¹⁶² V. l'introduction au Code civil d'un régime de responsabilité du fait des produits défectueux : articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

¹⁶³ Sur ce point, V. les études récentes sur « Le droit civil hors le Code civil », publiées en 2005 par *Les Petites Affiches*.

point fixe, de « phare » plus que bicentenaire : Code central, propice à la « subrogation textuelle » et dont les autres seraient les satellites.

86. *Rôle moteur de la jurisprudence* - En outre, il y a la jurisprudence... Dès la fin du XIX^{ème} siècle, et plus encore à la fin du XX^{ème} siècle, la jurisprudence française a su, avec pragmatisme et imagination : - d'abord, « découvrir » des règles dans des textes qu'elle a chargés d'un sens étranger aux intentions de leur rédacteur (exemple : l'interprétation de l'article 1384, al. 1^{er}¹⁶⁴) ; - ensuite, reconnaître à d'autres textes une portée jusque là ignorée (exemples : l'interprétation de l'article 1134, al. 3, texte qui n'exige la bonne foi qu'au stade de l'exécution du contrat, et sur lequel elle fonde aujourd'hui une exigence de bonne foi tout au long du processus contractuel, notamment lors de la formation du contrat ; ou encore l'interprétation de l'article 1135, texte qui se borne à énoncer que les conventions obligent à toutes les suites que « l'équité » donne à l'obligation « d'après sa nature », et qu'elle « exploite » aujourd'hui pour introduire dans le contrat nombre d'obligations que les contractants n'avaient manifestement pas prévues¹⁶⁵) ; - enfin, neutraliser des textes qui lui ont paru énoncer des solutions passivistes (par exemple, l'article 1121 qui subordonne la validité de la stipulation pour autrui à des conditions qui empêcheraient le développement de l'assurance-vie ou l'article 1129, suivant lequel l'objet de l'obligation doit être déterminé ou objectivement déterminable, et qu'elle a « désactivé » pour admettre la détermination unilatérale du prix dans les conventions de fournitures de biens ou de services ; ou encore l'article 1142, dont elle a ignoré la lettre pour se admettre l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire).

Ainsi, grâce à l'audace des juges qui complètent la loi, l'adaptent et, parfois même, l'évident, le droit français évolue, malgré l'immobilisme des textes, sans la rigidité de la règle du précédent. Un ouvrage classique de Henri Capitant, régulièrement mis à jour par MM. Terré et Lequette, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile »¹⁶⁶, est un hommage rendu à la jurisprudence pour toutes les évolutions que le droit français lui doit, pour toutes les voies où elle a su l'engager.

¹⁶⁴ *Infra*, n° 87.

¹⁶⁵ *Infra*, n° 96.

¹⁶⁶ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1 et 2, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000.

2. La généralité de la règle

87. *Flexibilité de la règle générale et impersonnelle* - Exprimées en termes simples¹⁶⁷, les règles du Code civil français le sont aussi en termes généraux et non particuliers. Or, à la généralité de leur formulation, abstraite du détail, elles doivent leur souplesse et leur flexibilité, qui permettra à la jurisprudence de les adapter aux réalités nouvelles. Ainsi, dans le premier alinéa de l'article 1384, la Cour de cassation découvrira, à la fin du XIX^{ème}, un principe général de responsabilité du fait des choses, puis, à la fin du XX^{ème}, un principe général de responsabilité du fait d'autrui. De même, l'article 1134, par l'analogie qu'il établit entre le contrat et la loi, dans son alinéa 1, lui fournira la justification des solutions les plus rigoureuses déduites du principe de l'autonomie de la volonté, avant de lui fournir à présent, par la bonne foi qu'il exige dans l'exécution du contrat, dans son alinéa 3, le fondement de solutions novatrices que prône une conception plus humaniste des rapports contractuels. Et l'article 1135, longtemps resté dans l'ombre, sera alors appelé à la rescousse, pour densifier, notamment sur le fondement de l'équité et des usages, le contenu du contrat¹⁶⁸.

Ce sont des articles de cette facture qui ont, par ailleurs, permis de concilier la stabilité du droit écrit et l'évolution du droit vivant : ils assurent le changement dans la continuité. Certains, dont le numéro sonne comme un chiffre sacré, apparaissent comme les « sentinelles du droit civil français » : véritables « *maximes* », ils participent « du droit coutumier »¹⁶⁹. On a même pu dire que le Titre III du Livre III, intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » est comme « nourri d'intemporalité voire d'éternité »¹⁷⁰. Pour autant, les juristes français ne versent point dans un fétichisme ou une crainte révérencielle qui les paralyserait face à un Code qui serait intouchable : ce Titre III n'est pas intouchable. Il vient d'être réécrit - avec prudence, c'est-à-dire dans le respect de la tradition juridique française, sans rejeter l'innovation, dans un souci d'ouverture sur les autres systèmes juridiques, européens notamment - par une Commission présidée par M. Catala, parrainée par l'Association Henri Capitant : cet avant-projet a été officiellement remis au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Supra*, n° 74 et s.

¹⁶⁸ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse, Paris XII, 2003.

¹⁶⁹ Ph. REMY, « Regards sur le Code », *Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 99, spéc. p. 105.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Il peut être consulté sur le site de l'Association Henri Capitant : www.henricapitant.org.

3. Le caractère supplétif de la règle

88. *Vigueur et valeur de la règle supplétive* - Le droit français distingue entre les règles impératives, qui s'imposent aux particuliers, et les règles supplétives ou interprétatives de volonté, qui, destinées à suppléer le silence des parties, peuvent être écartées par elles. Le droit des contrats spéciaux, en particulier, offre aux cocontractants des modèles très élaborés où des dispositions simplement supplétives côtoient des règles impératives qui relèvent d'un ordre public de protection¹⁷².

Les mérites de ces dispositions supplétives sont nombreux.

En premier lieu, elles énoncent la règle qui, du point de vue du législateur, arbitre de l'intérêt général, est la meilleure¹⁷³. L'écarter est une liberté, certes ; ce n'en est pas moins dévier de la normale.

En deuxième lieu, lorsque les circonstances l'imposent, le juge peut les substituer à celles qu'avaient prévues les parties (par exemple, lorsque l'une des clauses du contrat est frappée de nullité).

En troisième lieu, elles dispensent les parties, lors de la rédaction de leur contrat, d'entrer dans le détail : elles leur épargnent la difficile tâche de tout prévoir. Peu importe, par exemple, que, dans un contrat de vente, les parties n'aient rien dit de la date du transfert de la propriété et des risques : la loi supplée leur silence. Et si, aujourd'hui, une certaine pratique, au rebours de la tradition civiliste, vante les contrats détaillés, n'est-ce pas inversement une des raisons de la hausse, parfois vertigineuse, des fameux « *transaction costs* »¹⁷⁴ ? Ce qui permet de douter de son opportunité : on y reviendra¹⁷⁵.

En quatrième lieu enfin, parce que les parties sont libres de les écarter si elles ne leur conviennent pas ou ne leur conviennent plus, elles laissent libre cours aux évolutions souhaitées par la pratique. Elles évitent que le droit n'impose des règles irréalistes, abstraites, obsolètes : elles n'interdisent pas aux particuliers ou aux entreprises de se doter, dans leur convention, de règles qui leur sont propres, qui conviennent le mieux à leur situation économique et sociale. Le droit français laisse ainsi le champ libre à

¹⁷² Nombre de lois ont créé un véritable statut visant à protéger l'une des parties, par exemple, le locataire dans le contrat de bail à usage d'habitation ou le fermier dans le bail rural.

¹⁷³ Ainsi que l'a relevé G. CORNU (*Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2003, n° 336), à travers elles, « le législateur prend en considération, non seulement la volonté probable des intéressés, mais tout un ensemble de considérations sociales, économiques, historiques, qui n'ont pas leur source dans la pensée supposée des intéressés. En fonction de ces données, il forge un modèle idéal, c'est-à-dire une solution-type qui lui paraît la mieux adaptée - tous facteurs considérés - au milieu social auquel il le destine ». Adde, C. PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 421, préface G. VINEY, Paris, LGDJ, 2004.

¹⁷⁴ Rapp. B. MALLET-BRICOUT, art. préc., p. 874.

¹⁷⁵ V. *infra*, n° 100 et 101.

l'imagination des entreprises, des associations professionnelles, des cabinets d'avocats, des offices de notaires, afin que tous ces acteurs élaborent le droit qui, au fil du temps, leur semble le plus adapté¹⁷⁶ à leurs besoins. Souvent, d'ailleurs, la pratique contractuelle d'aujourd'hui annonce la loi de demain. Par où l'on voit que, dans un système de droit civil, la pratique trouve, parmi les sources du droit étatique, une place toute naturelle¹⁷⁷.

Ajoutons que l'importance des règles supplétives est d'autant plus grande que leur domaine ne cesse de s'étendre : jadis cantonnées, pour la plupart, dans le domaine du droit des contrats et du droit commercial, elles gagnent aujourd'hui d'autres secteurs du droit civil, comme le droit des sûretés réelles et même le droit de la famille. Et la contractualisation a aujourd'hui le vent en poupe¹⁷⁸ !

89. *Conclusion* - Concluons sur les atouts structurels de la tradition civiliste française.

D'abord, en citant Portalis, dont le célèbre discours décrit si merveilleusement l'esprit d'équilibre et d'ouverture du droit français : « De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir; elles sont la source des mœurs, le *palladium* de la prospérité, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même (...) Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle,

¹⁷⁶ Cf. not. les lettres d'intention, les garanties autonomes, la titrisation, la *corporate governance*. Sur l'importance de ces acteurs, qualifiés de « *machines à produire le droit* », dans le domaine financier, V. le rapport préc. du Conseil d'État.

¹⁷⁷ Le phénomène est illustré par l'existence de contrats spéciaux, qui d'abord innommés, c'est-à-dire ignorés de la loi, ont été ensuite nommés, c'est-à-dire consacrés par elle. Ainsi, la pratique a-t-elle introduit, en France, toutes sortes de nouveaux contrats d'inspiration étrangère (souvent en *-ing* : franchising, leasing, sponsoring etc...), dont les parties ont construit le régime de toutes pièces, avant que, pour certains d'entre eux, ne viennent la reconnaissance légale (ex. : le leasing, devenu le contrat de crédit-bail, désormais partiellement régis par la loi du 2 juillet 1966). Sur la question, V. *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIV, Journées suisses de 1983, Paris, Economica, 1985.

¹⁷⁸ V. not. J. PAILLUSSEAU, « La contractualisation de la société anonyme fermée », *Gaz. Pal.*, 9-10 oct. 1998, p. 16 et s. ; F.-J. PANSIER, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », *Gaz. Pal.* 1999, 1, doctr., p. 287 et s. ; O. TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse Paris I, 1999 ; A. S. RAU et C. PEDAMON, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.*, 2001, p. 451 et s.

quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation »¹⁷⁹.

Ensuite, en observant que, finalement, loin de figer l'évolution, les codes et les lois permettent au contraire de réaliser rapidement des mutations juridiques et d'opérer ainsi de véritables révolutions qui seraient difficilement réalisables par la voie jurisprudentielle, qui suppose fatalement du temps et parfois même un immense gaspillage d'énergie. Il est bien difficile de réformer sans en appeler à la technique, fondamentalement civiliste, de la règle générale et impersonnelle, voire du code lui-même : l'accélération de l'histoire si chère à Maurice Halévy¹⁸⁰ s'accommode mal de la lente stratification de décisions nécessaire à la constitution de la *case law*. Aussi bien, les pays de *common law* sont-ils eux-mêmes contraints fréquemment de procéder, pour réformer, par voie de règles générales et impersonnelles¹⁸¹. Si, donc, l'expansion de la *common law* s'observe dans la pratique des affaires, elle s'explique, non par des causes intrinsèques qui tiendraient à la supériorité de la *common law*, mais par des causes extrinsèques, aisément identifiables : puissance de l'économie américaine, prédominance de la langue anglaise dans le monde, formidable développement des cabinets d'avocats anglo-américains, poids de ces

¹⁷⁹ Rappr. le discours du Premier Président Guy CANIVET lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 2005, si la règle générale est fixée par la loi, elle est appliquée et interprétée par le juge qui assume ainsi une « fonction supplétive, intégratrice et adaptatrice ». Dans cette « complémentarité entre la loi et la jurisprudence » résident « l'originalité et le génie du système juridique français, à la fois soucieux de permanence, de stabilité et de sécurité, mais évolutif, apte à s'adapter aux situations nouvelles et à gérer la complexité ».

¹⁸⁰ M. HALÉVY, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, 1948.

¹⁸¹ *Acts of parliament* britanniques, *statutes*, lois uniformes fédérales aux États-Unis, divers *restatements of the law*, etc. A l'inverse, le système français est devenu plus prétorien que par le passé ce qui montre que la *civil law* et la *common law*, plutôt que de s'opposer catégoriquement, exercent une mutuelle influence.

cabinets dans l'économie et la politique de leurs pays¹⁸², et, peut-être, plus grande rentabilité de ce droit pour ces mêmes avocats¹⁸³.

§ 2. LES ATOUTS SUBSTANTIELS (L'EXEMPLE DU DROIT DES CONTRATS)

90. *Exemplarité du droit des contrats* - On ne saurait ici recenser, matière par matière (droit commercial, droit des sociétés, droit boursier, droit social etc...), les points forts et les institutions efficaces du droit français, en soulignant tantôt les remarquables capacités du régime général de l'obligation, tantôt le développement d'un arbitrage international moderne en France, tantôt encore les progrès réalisés par certaines réformes récentes telle celle du 24 juin 2004 venue libéraliser le régime des valeurs mobilières.

Par son ampleur, une telle étude déborderait très largement les termes de la présente réponse. Déjà esquissée par un auteur dans une chronique éclairante¹⁸⁴ ainsi qu'au gré de l'étude critique menée ci-dessus des différents Chapitres des Rapports, elle devra certainement être conduite sur le long terme : elle constitue d'ailleurs l'un des objectifs du programme de recherches « Attractivité économique du droit ».

Aussi bien notre regard portera-t-il principalement sur le droit des contrats. D'abord, parce que cette discipline est à la base de toutes les opérations économiques ; ensuite, parce que l'attractivité du droit français des contrats est vivement mise en cause par les Rapports¹⁸⁵.

Le droit français des contrats repose sur des principes clairs et précis, aisément adaptables, énoncés dans le Code civil et donc accessibles. Il est un

¹⁸² Tandis que la profession juridique française, trop éclatée, souffre encore de nombreux handicaps structurels : V. sur ce point l'étude, préc., du Conseil d'État, p. 75 et s.

¹⁸³ Comp. *infra*, n° 100.

¹⁸⁴ B. MALLEY-BRICOUT, « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », RIDC, 4-2004, p. 865 et s.

¹⁸⁵ V. aussi la position prise par un auteur français, X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur l'attractivité du droit français des contrats », *D.*, 2005, 2745. Suivant cet auteur, dont la critique se limite aux seuls contrats civils, le droit français se serait trompé de priorités en admettant la flexibilité là où le respect de la parole donnée aurait dû l'emporter, et en la rejetant là où elle aurait dû être admise, par exemple en matière d'imprévision. En outre, toujours selon cet auteur, notre droit des contrats serait peu attractif parce qu'il « prend ses racines dans la morale et la politique, bien plus que dans l'économie ». Outre que cette affirmation est historiquement discutable (V. par ex. G. CANIVET, « Introduction » in « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », *Gaz. Pal.*, 9 et 10 mars 2005, qui affirme, pour sa part, que les rédacteurs du Code civil ont pris en compte les impératifs économiques du début du XIX^{ème} siècle), elle ne reflète plus, ni la lettre ni l'esprit de notre droit contractuel contemporain qui puise nombre de ses règles dans les réalités économiques. Ce qui sera montré dans les développements qui suivent.

droit simple, parce que non formaliste, consensuel, et aussi un droit « réaliste », parce que reflétant les valeurs essentielles de la société. L'autonomie de la volonté en constitue encore la base, ce qui, fort logiquement, conduit les juges français à tenir le plus grand compte de la volonté des parties, favorisant ainsi la sécurité juridique. Par ailleurs, ce droit a parfaitement su s'adapter aux besoins de la pratique en s'appuyant sur ses qualités structurelles.

Non seulement son esprit d'ouverture mérite d'être salué (A) mais aussi son esprit d'équilibre (B). Plus généralement, si l'on s'évade quelque peu du seul champ du droit des contrats, on peut s'essayer à mettre en lumière certaines qualités intrinsèquement économiques du droit civil (C).

A. - *L'ouverture*

91. *Ouverture aux autres sources de droit* - Loin d'être figé par la codification, le droit des contrats est ouvert à toutes les sources de droit. La loi a modifié certains textes du Code devenus inadaptés (ainsi les lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985, qui, modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil, ont donné aux juges le pouvoir de réviser le montant des clauses pénales lorsqu'il est manifestement excessif ou dérisoire). La jurisprudence a parfois construit un pan entier du droit (par exemple, le régime de la période précontractuelle), ou découvert dans ou hors le Code civil des règles et des concepts dont la portée est aujourd'hui considérable (par exemple, l'obligation précontractuelle d'information, l'obligation de sécurité, le régime de la responsabilité du vendeur-fabricant, de la cession conventionnelle et de la résolution du contrat), ou encore généralisé une règle affirmée de manière ponctuelle (telle l'*exceptio non adimpleti contractus*). La pratique a également créé ou accueilli des instruments qui sont devenus usuels (les contrats préparatoires, les clauses résolutoires expresses, les clauses de responsabilité, les lettres d'intention, la garantie autonome), et la doctrine a forgé ou systématisé des théories et des notions (règle de l'opposabilité du contrat, obligation essentielle, groupes de contrats), dont certaines ont franchi les frontières (distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat).

92. *Ouverture aux droits étrangers* - Cet esprit d'ouverture s'étend aussi aux influences étrangères. Par exemple, en matière de détermination du prix, le modèle du droit allemand ainsi que les Principes Unidroit, non encore publiés à l'époque, ont probablement influencé l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation lorsqu'elle a admis, dans les contrats cadres, la

détermination unilatérale du prix¹⁸⁶. Il en va sans doute de même pour l'admission de la violence économique¹⁸⁷, dont on trouve trace dans les droits allemand et suisse, ainsi que dans les Principes du droit européen du contrat, dans leurs dispositions respectives relatives à la lésion qualifiée, et celle de la résolution unilatérale¹⁸⁸. On pourrait de même voir la marque de l'influence anglo-américaine, et plus précisément du concept de *reliance* dans certaines décisions récentes qui témoignent de l'essor de l'exigence de cohérence et mettent en avant l'exigence de bonne foi contractuelle¹⁸⁹.

À cet égard, le pluralisme des sources du droit français - codes, lois, jurisprudence, pratique, doctrine, droits étrangers, droit européen et international etc...- son empathie pour les idées venues d'ailleurs, favorisent son ouverture sur l'extérieur, et ainsi sa modernité et sa vitalité. La pratique, lorsqu'elle est internationale, permet l'importation d'actes juridiques susceptibles de recevoir une consécration législative : crédit-bail et, plus modestement, garantie autonome.

Au demeurant, cet esprit d'ouverture se vérifie aussi hors du droit des contrats. Ainsi, les principes de *corporate governance* ont gagné la France depuis une dizaine d'années et, sans le relais de lois, elles sont à l'œuvre dans les sociétés cotées sous l'impulsion de l'Autorité des marchés financiers (AMF) : exemple significatif de la souplesse d'un droit de *civil law*, apte à accueillir, hors du corps des lois, les expériences étrangères. De même, le droit français, mais cette fois dans sa composante législative, s'est inspiré de la loi Sarbanes - Oxley, en créant par exemple, avec la loi sur la sécurité financière (LSF) du 1^{er} août 2003, un Haut commissariat aux comptes garant de l'indépendance de la profession : preuve que le droit français n'hésite pas, avec réalisme, à s'inspirer d'expériences étrangères, fussent-elles américaines ; preuve aussi que, le vent de la mondialisation soufflant, l'opposition entre pays de *common law* et de droit civil n'est plus aussi marquée qu'elle a pu l'être par le passé.

93. *Ouverture aux mutations politique, économique et sociale* - Le droit français des contrats, enfin, est ouvert sur le monde politique, économique et social¹⁹⁰ : ceux qui, législateur, juge ou doctrine, ont en leurs mains son

¹⁸⁶ Cass. Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995 : *D.*, 1995, 13, note L. AYNÈS ; *RTDciv.*, 1996, 153, obs. J. MESTRE.

¹⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002 : *D.*, 2002, 1860, note J.-P. GRIDEL ; *RTDciv.*, 2002, 502, obs. J. MESTRE.

¹⁸⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 13 oct. 1998 : *D.*, 1998, 197, note Ch. JAMIN ; *Defrénois*, 1999, 374, obs. D. MAZEAUD.

¹⁸⁹ Entres autres v., Cass. com., 8 mars 2005 : *Lamy droit civil*, juill./ août 2005, 5, note D. HOUTCIEFF ; *RDC*, 2005, 1015, obs. D. MAZEAUD.

¹⁹⁰ B. FAGES et J. MESTRE, « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations » : *RTD com.*, 1998, 81.

devenir, loin de se renfermer sur eux-mêmes, sont attentifs aux préoccupations de la Cité. Si les rédacteurs du Code civil ont évincé la lésion des causes d'annulation et de révision du contrat, c'est parce qu'ils avaient en mémoire « Le trouble dans les transactions provoqué par les nombreuses actions en rescision qu'avait entraîné la crise financière de la Révolution »¹⁹¹. Quant au législateur contemporain, il n'adopte guère de réformes sans une étude préalable de son impact économique : ainsi, la commission qui a établi un avant-projet de réforme des sûretés comprenait, outre des professeurs et magistrats, des banquiers, notaires et avocats. Le juge lui-même est, tout naturellement, attentif à la portée économique de ses décisions : la Cour de cassation a consulté les notaires, les assureurs, le ministre de l'Économie et le ministre de la Justice, avant de se réunir en Chambre mixte pour statuer sur la nature de certains dits contrat d'assurance-vie, qui ne sont que de simple opérations de placement¹⁹² et cette procédure mérite d'être signalée ; et certaines de ses décisions peuvent trouver une explication dans une approche économique (telle celle qui maintient l'arrêt d'appel ayant annulé un contrat de location de cassettes vidéo, au motif que « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties étant impossible..., était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes »¹⁹³). La doctrine enfin ne néglige nullement, dans sa réflexion, l'approche économique : c'est pour des raisons principalement économiques que certains auteurs écartent la théorie de l'imprévision, de crainte que la révision n'appelle la révision, et que l'économie ne s'en trouve déstabilisée¹⁹⁴ (même si cette opinion est discutable, comme en atteste l'absence de tout sinistre économique dans les nombreux pays dont les droits admettent la révision judiciaire pour imprévision) ; ou encore que certains cantonnent dans un domaine strictement délimité le mécanisme de la dette de valeur, de crainte que la propagation du valorisme n'aboutisse à un état de non-monnaie¹⁹⁵.

¹⁹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, spéc. n°309.

¹⁹² Ch. Mixte, 23 nov. 2004, cité infra, note 227. Sur ce recours encore inhabituel aux avis extérieurs, V. R. ENCINAS de MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, 88.

¹⁹³ Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996 : Bull. I, n° 286 ; *RTD civ.*, 1996.901, obs. J. MESTRE, (contrat de location de 200 cassettes passé avec une entreprise de location par des particuliers en vue de la création d'un vidéoclub dans un village où il apparut très vite qu'il n'existait pas de clientèle suffisante).

¹⁹⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 2004, n° 410 : « La vraie raison de maintenir l'intangibilité du contrat est que toute révision aurait inévitablement agi sur l'économie ».

¹⁹⁵ J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt (Civ. 1re, 15 février 1973) », *Deffrénois*, 1975, art. 30854.

B. - *L'équilibre*

94. *Liberté, loyauté, sécurité et équité* - La philosophie de notre système juridique actuel semble par ailleurs largement empreinte d'un esprit d'équilibre.

Sur le fond, le Code civil exprime, en matière de contrats, un idéal fondé sur la liberté contractuelle, sous la seule limite de l'ordre public et des bonnes mœurs, et sur le respect de la parole donnée : *Pacta sunt servanda*. Les parties s'accordent librement, mais, une fois accordées, elles sont liées : libres qu'elles étaient de ne pas s'engager ou de s'engager autrement, elles doivent, une fois engagées, exécuter fidèlement leurs engagements, quoi qu'il puisse leur en coûter. Leur responsabilité est le prix de leur liberté ; le déséquilibre contractuel est la rançon de leur liberté. Le contrat n'est pas réductible à un simple échange économique, à un *bargain* (une affaire), duquel il serait toujours possible de se désengager... en payant¹⁹⁶. Le modèle retenu est ainsi, non seulement porteur d'une morale, mais plus précisément vecteur d'une morale libérale et individualiste. Or, au fil des siècles, le droit français des contrats a sensiblement évolué, intégrant de nouvelles valeurs et de nouveaux impératifs : désormais, la liberté contractuelle et la force obligatoire doivent composer avec les exigences d'équité et de loyauté. Quatre exemples permettent d'illustrer cette recherche constante d'un équilibre, au sein du contrat, entre la liberté et la loyauté, la sécurité et l'équité.

95. *Phase précontractuelle* - Le premier concerne la phase précontractuelle, délaissée par le Code civil, mais pour laquelle la jurisprudence a su découvrir les solutions idoines, puis a été relayée par la loi en ce qui concerne les contrats de consommation. En droit commun, le régime de cette phase est placé sous le sceau de la liberté contractuelle, du début jusqu'à la fin des négociations. Toutefois, à des fins de sécurité juridique, la jurisprudence impose aux parties de se comporter de bonne foi : notamment, en posant le principe d'une responsabilité extra-contractuelle en cas de rupture abusive des négociations. En droit spécial de la consommation, la liberté est encadrée par des procédures qui visent à donner aux consommateurs des moyens effectifs de s'informer et de réfléchir. Se trouve ainsi restaurée une véritable liberté contractuelle, le consommateur recouvrant le pouvoir de dire « oui » ou « non » en pleine connaissance de

¹⁹⁶ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse », in *Le contrat*, Travaux de l'Assoc. Henri Capitant, Journées brésiliennes de 2005, t. LVV, Paris, Société de législation comparée à paraître, 2006. Ce rapport peut être consulté sur le site de l'Association Henri Capitant: www.henricapitant.org.

cause et librement : mentions informatives, devoir, pour le professionnel, de maintenir l'offre pendant un certain temps ; délai de réflexion et droit de repentir, imposé ou accordé au consommateur.

96. *Forçage du contrat* - Le deuxième exemple concerne la formidable expansion de certaines obligations - telles les obligations de sécurité, d'information et de conseil - que les juges, procédant à un véritable « forçage » du contrat, n'ont pas hésité à découvrir « *au simple motif qu'elles correspondaient à la justice contractuelle* »¹⁹⁷. Une telle densification du contenu du contrat par référence aux suites qu'imposent l'équité, l'usage ou la loi permet, au stade de la détermination des obligations engendrées par le contrat de concilier le principe de la liberté contractuelle et les exigences morales et sociales, telles l'indemnisation des victimes de dommages contractuels ou la protection de la partie en situation de dépendance lors de la négociation du contrat.

97. *Révision pour imprévision* - Le troisième exemple est tiré de la fameuse question de la révision pour imprévision, traditionnellement interdite en droit français depuis le fameux arrêt *Canal de Craponne*¹⁹⁸, au motif que, si les parties n'ont pas prévu l'adaptation de leur convention à des circonstances nouvelles, il n'appartient pas au juge de se substituer à elles. Cette jurisprudence *Canal de Craponne*, qui pousse à son paroxysme l'adage *Pacta sunt servanda*, connaît, dans le droit français contemporain, toute une série de tempéraments, lesquels infléchissent sensiblement la portée du principe du refus de la révision judiciaire pour imprévision, au point de le doter, aujourd'hui, d'une portée essentiellement symbolique. Ainsi, la loi est intervenue pour permettre la révision judiciaire dans les cas où son exclusion conduirait à la ruine de l'une des parties (délai de grâce, mesures de désendettement des débiteurs surendettés, cession de son droit d'exploitation par l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, rentes viagères, loyers des baux commerciaux, ruraux ou d'habitation) ou à la mort du contrat (charges apposées à des libéralités et devenues anachroniques au fil du temps). La jurisprudence elle-même, parfois, révisé sous couvert d'interprétation de la volonté des parties ; ainsi, lorsque l'indice choisi par les contractants est illicite, le juge, par faveur pour le contrat, révisé la clause, en substituant un indice licite, en se retranchant derrière l'intention des contractants. Parfois même, le juge ordonne, au nom de l'exigence de bonne foi, aux parties de renégocier le contrat devenu déséquilibré à la suite d'un changement de circonstances, sous la menace de la mise en jeu de leur

¹⁹⁷ A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, 2004, n° 280.

¹⁹⁸ Cass. civ., 6 mars 1876 : S.1876, 1.193.

responsabilité civile¹⁹⁹. La pratique enfin et surtout a élaboré des clauses de renégociation, précises et efficaces, en cas de changement de circonstances, qui permettent une adaptation du contrat aux évolutions de son environnement économique et social. L'absence de révision pour imprévision est, au demeurant, une incitation très efficace à souscrire ces clauses, comme le montre l'absence à peu près complète de contentieux en la matière²⁰⁰. Au demeurant, dans les pays dans lesquels l'imprévision est admise, l'intervention judiciaire reste semble-t-il très marginale²⁰¹.

98. *Résolution du contrat* - Le quatrième exemple a trait à la résolution du contrat pour inexécution par l'une des parties de ses obligations. Le Code civil ne prévoit cette résolution que judiciaire (article 1184 C. civ.) car dans l'esprit de ses rédacteurs, l'intervention du juge permet non seulement de préserver la force obligatoire du contrat, mais encore de protéger le débiteur de bonne foi, qui, en cas de difficultés passagères, peut obtenir du tribunal un délai de grâce. Néanmoins, les clauses résolutoires, qui stipulent une résolution de plein droit, ont fleuri, signe de la vitalité de la liberté contractuelle. La jurisprudence a su les encadrer, notamment en paralysant leurs effets lorsque le créancier qui les met en oeuvre est de mauvaise foi. Enfin, par souci d'efficacité économique, la Cour de cassation a autorisé le créancier à résoudre unilatéralement le contrat, en cas de comportement grave du débiteur²⁰². De nouveau, il a fallu exercer un contrôle sur ce pouvoir unilatéral, en réservant l'hypothèse de l'abus : si le créancier exerce ce pouvoir de manière déraisonnable, sa responsabilité sera mise en cause²⁰³.

Il importe aussi de souligner, toujours du point de vue de l'équilibre du droit français des contrats, toute la signification de l'émergence puis du développement du droit de la consommation. Certes, ce droit bride et encadre, en la forme et au fond, la liberté contractuelle, mais c'est afin de donner au consentement du consommateur qui contracte avec un professionnel toutes ses vertus, et d'éviter ainsi que ne se retrouve dans le contrat le déséquilibre économique préexistant entre les parties : d'où le formalisme imposé pour la conclusion du contrat (nécessité d'un écrit, mention obligatoires, etc.), les délais de réflexion et droit de repentir, et surtout la chasse aux clauses abusives. Toute cette législation traduit bien la

¹⁹⁹ En ce sens, Cass. com., 3 nov. 1992 : *RTD civ.*, 1992, 124, obs. J. MESTRE ; 24 nov. 1998 : *Defrénois*, 1999, 371, obs. D. MAZEAUD.

²⁰⁰ La règle supplétive remplit alors une « fonction répulsive ». V. C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2004, n° 588, p. 571

²⁰¹ V. Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le contrat, Journées brésiliennes 2005*, Paris, Société de législation comparée, à paraître.

²⁰² V. *supra*, n° 92.

²⁰³ Sur l'ensemble de cette évolution jurisprudentielle, V. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 393 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 660.

célèbre formule de Henri Lacordaire : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». C'est donc le même souci d'équilibre qui conduit à borner la liberté pour protéger le faible, et à ne point l'entraver entre les puissants.

99. *Capacité d'imagination* - Mais on voudrait, pour conclure sur les qualités d'ouverture et d'équilibre du droit français des contrats, signaler une troisième qualité de ce droit : sa capacité à imaginer des solutions nouvelles, à créer des instruments nouveaux. Ainsi, la création de l'obligation essentielle a permis de canaliser la liberté contractuelle dans l'aménagement des sanctions de l'inexécution. Par ailleurs, la théorie des opérations juridiques à trois personnes a permis « à l'aide de multiples institutions (délégation, cession de créance, stipulation pour autrui ...), d'imaginer des montages juridiques efficaces, répondant à des objectifs précis »²⁰⁴. On pourrait encore citer le modèle de la concession de service public, spécificité du droit administratif français qui a connu un rayonnement sans pareil et sert actuellement de modèle pour les partenariats public-privé (PPP) et notamment pour les contrats dits « *Build Operate and Transfer* » (BOT)²⁰⁵.

C. - L'économie

100. *Gain de temps, d'argent et d'indépendance* - Le droit français présente pour les agents économiques des avantages réels, trop méconnus, en termes de coût et de rapidité, et ce à un double point de vue à la fois micro-juridique et macro-juridique. Au plan « micro-juridique », c'est-à-dire des comportements individuels, le renvoi, exprès ou même simplement implicite, à des textes ou à des concepts légalement définis épargne aux contractants la rédaction d'interminables contrats dans lesquels ils doivent - eux-mêmes ou leurs conseils - tout prévoir, sous peine de se retrouver dans une zone de « non droit » abandonnée au pouvoir du juge. Qui n'a lu ces contrats fastidieux d'inspiration anglo-saxonne et qui s'ouvrent inmanquablement sur un guide-âne des termes juridiques usuels : lexique qui n'eût été d'aucune utilité si les parties avaient pu se référer aux codes et définitions en vigueur ? La faculté, lors de la rédaction d'une convention, de renvoyer à telle ou telle disposition d'un code, soit pour s'y soumettre soit pour l'écarter, procure aux parties, outre une sécurité juridique optimale (car

²⁰⁴ B. MALLET-BRICOUT, art. préc., p. 875. Cet article contient une vaste fresque, qui s'étend au droit boursier, à la création d'entreprise et au droit des biens (thèmes abordés par le Rapport 2005).

²⁰⁵ V. l'étude préc. du Conseil d'État, p. 62.

la règle est visée avec tout le *corpus*, jurisprudentiel et doctrinal, de son interprétation), un gain de temps et d'argent. À la concision traditionnelle de la loi française²⁰⁶ peut répondre la sobriété des contrats de droit français.

C'est là un point essentiel dont devraient prendre conscience ceux qui sont tentés de désigner, l'un la loi de l'État de New York, l'autre la *common law* anglaise, parfois sans autre raison que de « faire moderne et international ». Il n'est pas sûr que celui qui cède à cette tentation se comporte, sur le marché juridique, en consommateur avisé : le voilà livré à un conseil dont les honoraires seront facturés à un taux horaire souvent prohibitif, et dont les suggestions échapperont à son entendement, et donc à son appréciation, étranger qu'il est aux subtilités de la *common law*...

101. Prévention de la chicane - Les avantages économiques du droit français se retrouvent au plan « macro-juridique », c'est-à-dire au niveau supérieur du système juridique lui-même.

Les auteurs du Rapport demeurent muets sur une question pourtant fondamentale : quel est le coût comparé d'un procès en France et aux États-Unis ?

On doit à la vérité de dire ici que les enquêtes chiffrées font ici cruellement défaut. Toutefois, selon une étude digne de foi et qui confirme un sentiment diffus, le coût social de la justice et des procès, rapporté au PNB, serait infiniment plus élevé aux États-Unis qu'il ne l'est en France : on dépense aux États-Unis environ 65 milliards de dollars chaque année pour l'administration de la justice (frais exposés par les particuliers, entreprises et pouvoirs publics en avocats, tribunaux et experts...), soit environ 2,6 % du PNB américain, contre seulement 0,6 % en France, soit plus de quatre fois moins. Et il est particulièrement intéressant de relever que l'hypothèse d'un lien entre le moindre coût et la tradition civiliste paraît formellement accréditée par les bons chiffres de la Suisse (0,8 % du PNB) et surtout de l'Espagne (0,4% du PNB).

On ajoutera qu'il y a environ 1 avocat pour 300 habitants aux États-Unis, contre 1 pour 1700 environ en France ; et qu'un adulte sur 10 est concerné par un procès chaque année aux États-Unis, contre 1 sur 300 en France²⁰⁷. Les États-Unis concentrent tant d'avocats que l'ancien Vice-Président des États-Unis, Dan Quayle, se serait demandé si les États-Unis avaient vraiment besoin à eux seuls de 70 % des *lawyers* du monde entier, laissant entendre qu'il y aurait là la marque d'une société excessivement chicanière.

²⁰⁶ V. *supra* § 1. A. 2°).

²⁰⁷ V. notamment les chiffres cités in R. PANHARD, *Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises*, Les cahiers techniques.

On regrettera que, là-dessus, le groupe *LLSV* n'ait point mené une enquête « scientifique », qu'il ait délaissé les chiffres et statistiques dont il est d'ordinaire si friand. Comme si la crainte d'un mauvais « score » pour les systèmes de *common law* l'avait détourné de l'entreprise...

On peut se risquer sans témérité, à avancer l'hypothèse qu'un droit de principes, tel le droit français, est bien moins propice à la chicane que ne l'est un droit prétorien, tel la *common law* : un système juridique où le justiciable tient la règle de son juge, plutôt que de son code, contient, structurellement, une invitation à plaider.

Or, si cette hypothèse est juste, la *civil law* s'avèrerait moins coûteuse, et pour les individus, et pour la collectivité : la conclusion du Rapport 2004 de la Banque Mondiale suivant laquelle la *common law* serait plus efficiente économiquement serait, de ce point de vue, démentie.

Ajoutons que, si la question du coût de la justice n'est nullement évoquée dans les Rapports, celle du coût du contrat ne l'est que très imparfaitement.

Comme il a déjà été relevé, l'économie qui peut résulter, à moyen ou long terme, d'une dépense immédiate est complètement négligée. Ainsi, le recours au notaire lors de la conclusion d'une vente immobilière, qui permet de garantir le droit de propriété du vendeur, d'assurer la publication du droit de l'acquéreur et de préconstituer la preuve de la convention, prévient efficacement la survenance d'un procès. C'est donc avoir une courte vue des choses que de se borner à comptabiliser délais et coûts de l'intervention du notaire, sans mettre en regard le prix de la sécurité juridique (v. le Chapitre *Registering property*) : c'est fustiger le coût de la prévention en feignant d'ignorer celui de la maladie... Les Rapports auraient pu, dans leur appréciation de l'utilité du notariat en France, relever que le contentieux lié aux 4,5 millions d'actes notariés dressés chaque année ne s'élève qu'à 0,04 pour mille, soit un taux remarquablement faible²⁰⁸.

102. *Raison d'être économique de l'OHADA* - Cette réflexion sur les atouts économiques du droit civil serait incomplète si l'on ne s'employait à réfuter la thèse suivant laquelle la *civil law* serait frappée, à l'extérieur des frontières de l'hexagone, d'une grave inefficience économique. À cet égard, l'expérience OHADA²⁰⁹ lui apporte un cinglant démenti.

²⁰⁸ B. REYNIS, « Faut-il éliminer les notaires ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 46, l'auteur soulignant d'ailleurs qu'un rapport de la *Reverse Mortgage Institution* des USA soulignait récemment que « l'existence du notaire en France apporte une première garantie qui n'existe ni aux États-Unis, ni au Royaume-Uni, notamment du point de vue de la sécurité juridique du contrat et du respect des procédures ».

²⁰⁹ V. not. la journée de l'Association Henri Capitant consacrée à l'OHADA et les actes du colloque in *Petites affiches*, n° spécial, 13 oct. 2004. ; V. également J. ISSA-SAYEGH, « Peut-on

La raison d'être même du Traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires, signé à Port-Louis en 1993, était que le juridique servît l'économique : c'est pour créer un climat favorable à la confiance des investisseurs que fut décidée, par une volonté politique très forte, l'instauration "à marche forcée" d'un système uniforme de droit civil francophone des affaires, choisi pour ses qualités de simplicité, de modernité, de sécurité et d'adaptabilité. Après que le Préambule eut exposé le désir des États de mettre en place « un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises » et souligné la conscience de ces mêmes États « qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement », l'article 1^{er} stipule que le Traité « a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en oeuvre de procédures judiciaires appropriées... ».

C'est dire que l'OHADA, exemple sans précédent d'adoption d'un droit de *civil law* à des fins ouvertement économiques, représente un laboratoire rêvé pour l'étude de l'efficacité de ce système juridique.

Or, le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) soutient vigoureusement l'OHADA. Ainsi, dans l'une de ses revues, il est écrit ceci : « Le PNUD, qui a apporté un soutien financier et technique au processus d'élaboration de la législation relative à la mise en oeuvre de l'OHADA, poursuit ses travaux de formation du personnel juridique, en coopération avec la France et l'Union européenne ». Selon l'Administrateur associé du PNUD, Zéphirin Diabré, le soutien du PNUD à l'OHADA s'inscrit dans un effort global visant à redresser les problèmes de gouvernance dans le cadre du NEPAD, le Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique. « Pour investir en Afrique, nos partenaires du secteur privé ont besoin de la sécurité de systèmes juridiques équitables, de cadres légaux qui protègent les investissements, de réglementations claires pour la création d'une entreprise et le développement de ses activités ». Il ajoute, « c'est ce que nous faisons avec l'OHADA, dont tout le monde reconnaît le succès. Ces lois ont pour but de créer une base juridique à l'échelle du continent afin de promouvoir l'intégration économique et d'attirer des investissements. Aujourd'hui, l'Afrique n'attire que 1% des investissements étrangers directs et plusieurs pays qui ont rejoint l'OHADA

perfectionner le système sans aller vers la *common law* ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 127 et s.

sont parmi les plus pauvres du continent ». « Elle sécurise l'environnement africain des affaires », constate Mme Ishola. « Aujourd'hui, on ne peut plus créer une société qui n'existe que de nom. On connaît les individus qui sont associés. On connaît le montant du capital social minimal et on est tenu de le libérer. Pour les hommes d'affaires et les commerçants africains, les changements ont été progressifs mais notables et ils s'en félicitent ». Et, de fait, si certains investissements extrêmement importants ont été réalisés récemment, c'est grâce à la sécurité que les parties ont trouvé dans le droit uniforme²¹⁰.

Aux États-Unis mêmes, le *Department of Commerce*²¹¹, et, par ailleurs, la Banque Mondiale reconnaissent officiellement l'impact bénéfique du droit OHADA, qu'ils créditent de la création dans la zone concernée d'un climat favorable aux affaires ! Certains services de la Banque Mondiale en viendraient presque à ignorer ce que font d'autres services, car comment critiquer l'efficacité économique de la *civil law* tout en « soutenant » parallèlement l'expérience OHADA ? Comment prétendre lutter contre la pauvreté dans le monde, tout en prêtant son crédit à une étude qui ne peut avoir pour effet que de nuire à une expérience dont le monde entier salue les bénéfices attendus, à court ou long terme, pour le continent africain ? Le mutisme conservé par les auteurs des Rapports à ce sujet est éloquent : traiter du contre-exemple OHADA eut été à la fois de nature à mettre à plat les allégations de leurs auteurs et à souligner les différences d'objectifs à long terme entre les services de la Banque Mondiale... Et la lecture du *Summary* du Rapport 2006 accrédite la thèse d'une véritable « fraude intellectuelle »²¹² de ses auteurs, qui osent recommander aux pays africains de se calquer sur le droit du ... Rwanda (*top twelve reformers 2004*), sans

²¹⁰ C'est le cas notamment d'un *pipeline* financé par Exxon Mobil à hauteur de 40%, Pétronas, 35% et Chevron, 25%, qui est l'un des plus gros investissements réalisés dans la sous-région depuis ces dix dernières années (2 milliards de dollars d'investissements étrangers directs) : *pipeline* d'environ 1070 km, part de Doba au Tchad en passant Toubourou dans le grand Nord Cameroun, pour déboucher au large de Kribi au sud.

²¹¹ Par exemple, V. l'information fournie par le U.S. Department of Commerce (STAT-USA/Internet) (<http://www.stat-usa.gov>) à propos de la Guinée équatoriale et du Tchad : « OHADA members have enacted laws governing securities, establishment of commercial companies, general commercial law, recovery procedures, arbitration procedures and bankruptcy procedures. The OHADA laws are generally consistent with French commercial law, with some differences. Though some weaknesses remain, OHADA laws have certainly improved the clarity and consistency of commercial law in francophone Africa (...) However, the recently implemented Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique treaty offers some hope for more objectivity in the judiciary » ; on trouve sur internet (www.aol.countrywatch.com par ex.) d'assez nombreuses références aux atouts de l'OHADA quant à son aptitude à créer un climat plus favorable à l'investissement en Afrique

²¹² Pour reprendre l'expression de B. du MARAIS relatée dans l'article précité de R. HIAULT aux *Échos* du 13 sept. 2005, sous-titré « Polémique sur le Rapport *Doing business* de la Banque Mondiale ».

jamais dire mot, là encore, de l'OHADA qui regroupe 200 millions d'africains !

103. Conclusion - Pour conclure sur ses atouts, on redira du droit français que c'est bien aux influences réciproques et permanentes de la loi, de la jurisprudence, de la doctrine et de la pratique qu'il doit sa richesse, sa flexibilité et sa modernité²¹³. Il s'adapte continuellement aux profondes mutations d'aujourd'hui, tout en restant fidèle aux principes sur lesquels il s'est construit et qui sont les garants de sa cohérence.

Certes, il souffre de faiblesses et d'insuffisances²¹⁴. Mais aucune n'est sans remède, et aucune surtout ne condamne le système de *civil law* qu'il incarne. Bien au contraire, de vastes projets sont lancés, dont certains sont sur le point d'aboutir, qui visent à le moderniser, compte tenu, comme il se doit, des expériences étrangères.

En réalité, s'il était en recul, le phénomène s'expliquerait par des raisons étrangères à sa valeur, telles la dispersion de la profession juridique²¹⁵, la moindre puissance de l'économie française et le moindre usage de la langue française : autant de facteurs qui rendent plus difficile le maintien de son influence internationale, si réels que soient ses atouts, structurels et substantiels.

Au demeurant, la construction européenne lui ouvre de nouvelles perspectives. À l'heure où s'édifie un droit européen des contrats avec la participation de tous les artisans du droit (universitaires, magistrats, praticiens et hommes politiques), la présence des juristes français, parmi les juristes venus des différents horizons européens, est plus que jamais

²¹³ Contrairement à d'autres systèmes juridiques où domine encore l'idée que loi et jurisprudence seraient aussi insolubles que l'huile et l'eau.

²¹⁴ Sur ces faiblesses, V. l'article préc. de X. de ROUX qui relève, dans le domaine des prêts d'argent, l'effet négatif pour les créanciers internationaux des articles qui limitent impérativement la capitalisation des intérêts ou de ceux qui autorisent le juge à accorder des délais de grâce ; ou bien encore, en droit des sûretés (mais ce droit est en voie d'être réformé), la nécessité d'accueillir les procédés de gages sans dépossession ainsi que d'améliorer les rapports entre droit des sûretés et droit des entreprises en difficulté.

²¹⁵ La loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, a permis la constitution de groupes de sociétés libérales fondés sur des liens en capital (société à responsabilité limitée [SARL], société anonyme [SA], société par actions simplifiée [SAS]) et a créé une nouvelle structure, la société de participation financière des professions libérales (SPFL). Il aura fallu attendre août 2004 pour que paraissent les décrets d'application relatifs aux SFPL d'avocats, avoués, commissaires priseurs judiciaires, huissiers et notaires (cf. F. MAURY, « La consécration pratique des sociétés holdings dans le domaine juridique et judiciaire (décrets n° 2004-852 à 856 du 23 août 2004 relatifs aux SPFPL d'avocats ; avoués ; commissaires-priseurs judiciaires ; huissiers et notaires) » : *D.*, 2005.645). V. également, toujours pour lutter contre la dispersion des entreprises libérales, la création, par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, de la société d'exercice libéral par actions simplifiée.

nécessaire. Or, ils se sont lancés dans l'aventure : en atteste la participation de l'Association Henri Capitant, aux côtés de la Société de Législation Comparée et du Conseil Supérieur du Notariat, à l'élaboration d'un cadre commun de référence en matière de droit des contrats²¹⁶. Et si l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française s'y est lancée, c'est - faut-il le préciser ? - pour y défendre les valeurs des droits de tradition civiliste, forts de leur culture commune et riches de leur diversité...

²¹⁶ Rappr. G. CANIVET, discours précité : « La France est en Europe et l'Europe est un formidable creuset de création d'un droit nouveau pour l'ensemble du vieux continent, une puissante machine à intégrer les droits de chacun des États membres. Le modèle de l'avenir n'est-il pas celui qui jaillira de la rencontre du *common law* anglais et des droits du continent ? Mais plus que ce rapprochement technique, plus qu'un nouveau droit, une nouvelle culture juridique est en gestation en Europe. Elle sera plus que la somme de nos traditions respectives, car le courant politique européen engendre de nouvelles valeurs, des valeurs de liberté, de solidarité, de progrès social, tout en imposant le concept original d'un nouvel État de droit ».

IV. LA VALEUR PROPRE DU DROIT

104. *Prix et valeur* - Oscar Wilde, dans une épigramme célèbre, reprochait aux économistes de connaître le prix des choses mais non leur valeur²¹⁷ ... Le juriste d'aujourd'hui peut y voir une mise en garde prémonitoire, une pressante invitation à toujours s'attacher à la valeur des choses plus qu'à leur prix.

Or, ce que les Rapports semblent proposer aujourd'hui à la planète, c'est tout le contraire : c'est de réduire les valeurs fondatrices des différents systèmes juridiques à un unique dénominateur commun, qui est la recherche du plus bas prix ou du moindre coût. Dans cette école de pensée, le « juridiquement correct » n'a que faire du juste ; tout entier tourné vers l'utile, le profitable, il se doit d'être « juridiquement économique ». Montrez-moi votre Droit afin que je vous dise - au terme d'un processus paré d'une apparente rigueur scientifique²¹⁸ - non ce qu'il vaut, mais combien il coûte ; puis, sur la base de ces coûts, je le noterai et le classerai ; et je saurai en tirer les conséquences pour l'avenir... En quelque sorte, après les compagnies aériennes et les loueurs *low costs*, le Droit se devrait d'être *low cost* : vers la *low cost law*²¹⁹ ?

C'est ainsi que, déjà, la bonne fortune a été promise aux heureux détenteurs de la *common law*, alors que les malheureux sujets de la *civil law* se sont vus prédire médiocrité, corruption et sous-développement - à l'exception notable de la France... Mieux ou pire, les gouvernements et les parlements des États souverains n'auront qu'à bien se tenir lorsqu'ils légifèreront à l'avenir : un chemin sûr leur est tracé par les auteurs du Rapport - qui se flattent d'avoir « compris la régulation » (*understanding regulation*) - et si, d'aventure, il leur venait la tentation de s'en écarter, ils solliciteraient en vain l'aide de quelque organisation internationale puissante, qui subordonnerait son assistance à un « progrès » de leur droit ?

²¹⁷ O. WILDE, « Cynic knows the price of everything and the value of nothing ; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing ».

²¹⁸ V. *supra*, Introduction critique à la méthodologie des Rapports.

²¹⁹ Et ce même si le Droit français ne paraît nullement devoir craindre d'affronter la comparaison de ce chef : V. *supra* n° 100 et s.

À donner ainsi l'Économie, avec un grand « E », pour seule fin au droit, on risque malheureusement de provoquer la fin du Droit avec un grand « D » : suivant une expression qui n'est que trop significative, le droit deviendrait simple « environnement réglementaire », et de plus uniforme puisque « one size must fit all ». Or, le droit est trop humain pour être appréhendé sous la seule forme d'équations abstraites et pour être élaboré par le biais d'une modélisation économique désincarnée, vecteur de pensée unique.

105. Pour une analyse juridique de l'économie ! - Que la recherche d'un système de nature à assurer à tous la prospérité la plus grande - objectif, fort louable, que la Banque Mondiale se voit assigner par ses statuts - justifie une étroite prise en considération des implications économiques et financières des règles de droit ou des jugements²²⁰, nul ne saurait le nier. On se réjouira qu'au plus haut sommet de la hiérarchie judiciaire on se préoccupe de l'analyse économique de la jurisprudence²²¹. Et l'on se prend à espérer que, peut-être, cette analyse révélera le coût, non pas seulement de la rétroactivité des revirements²²², mais aussi de l'indigente motivation de beaucoup d'arrêts, qui alimente tant de procès. D'autant que le second de ces maux, à la différence du premier, peut trouver remède sans remise en cause des fondamentaux de notre système de droit civil²²³.

Mais de là à souscrire au modèle proposé par les Rapports, il y a plus qu'un pas, qu'il faut se garder de franchir.

Après s'être ému des postulats ultra-libéraux de ces Rapports et de la partialité de la méthode employée (*supra*, I), puis inquiété de la fréquente inexactitude des données retenues (*supra*, II), et enfin étonné d'une sérieuse méconnaissance des atouts de la tradition juridique française (*supra*, III), on souhaiterait susciter un large débat autour une question qui paraît majeure : le Droit n'a-t-il pas de valeur propre ? Les juristes doivent-ils abandonner la recherche du meilleur droit aux économistes (voire à un courant minoritaire mais... proluxe) ? Pourquoi les économistes ne se plieraient-ils pas à la grille de lecture du monde des juristes ? L'analyse économique du droit ou

²²⁰ V. en ce sens, en France, les déclarations du Premier Président de la Cour de cassation, Guy CANIVET, militant pour une meilleure prise en considération par les juges des conséquences économiques, financières et sociales de leurs arrêts in *Les Échos*, mars 2004.

²²¹ G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *Pet. Aff.*, 19 mai 2005, p. 23 et s.

²²² *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, cité *infra*, note 242.

²²³ On pourrait, par exemple, s'inspirer, pour la rédaction des arrêts, du modèle que fournissent les arrêts du tribunal fédéral suisse. Car enfin, outre la qualité intrinsèque de ces arrêts, la Suisse est un pays qui devrait inspirer confiance aux amateurs de rationalité économique... On rappellera également qu'à bien des égards les arrêts du XIX^{ème} siècle étaient souvent motivés avec beaucoup plus de soin.

« *law and economics* » ne fonctionne-t-elle qu'à sens unique ou peut-elle avantageusement être « bilatéralisée » ?

Que la tentation d'une analyse hégémonique du droit par l'économie doive être écartée, c'est ce que l'on voudrait illustrer en considérant successivement la règle de droit (§ 1) et les métiers du droit (§ 2).

§ 1. LA RÈGLE DE DROIT

106. *Science de l'humain* - Ce serait, de la part des juristes, trahir leur mission que d'abandonner la détermination du meilleur Droit aux seules mains des économistes : le « juste », vers lequel tend le droit depuis toujours, ne se confond pas avec le « tout économique ». Comme l'écrit un auteur américain, « ceux qui en viennent à identifier le droit à l'économie - ou le bon et vrai droit à la bonne et vraie économie - prennent le risque de perdre le contact avec la plus grande part de ce qui constitue le droit que nous connaissons tous en ce moment »²²⁴.

C'est, d'abord, qu'il est d'autres richesses que l'or : d'autres données qu'économiques - données sociales, morales, démographiques, etc. - qui doivent être prises en compte dans l'élaboration de la règle. Le droit est fondamentalement une science de l'humain et raisonner en termes exclusivement économiques risque de le couper de ses racines. C'est, ensuite, que les données économiques sont diverses, parfois contradictoires et souvent mystérieuses, de sorte que se serait folie que d'édicter des règles sur la foi de calculs aussi incertains et de prévisions aussi aléatoires.

Quelques illustrations, dont certaines ont déjà été évoquées.

1. *L'obligation, dans les ventes immobilières, de produire certains certificats (amiante, plomb, etc.)*.

Est-ce une mesure économiquement efficiente ? Non, sera-t-on tenté de dire, car elle coûte du temps et de l'argent. Mais si l'on veut bien voir un peu plus loin que le bout de « sa » vente, on prendra en considération, du même point de vue économique, le coût du traitement des maladies causées par l'amiante, le plomb etc. Et puis, toute considération économique mise à part, que pèse le souci de ventes « vite faites », mis en regard d'une impérieuse préoccupation de santé publique ? La santé n'a pas de prix ...

²²⁴ F. A. MICHELMAN, « Norms and Normativity in the Economic Theory of Law », *Minnesota Law Review*, vol. 69, 1978, p. 1015-1048, cité in Th. KIRAT, *Économie du droit*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 1999, p. 74.

2. La réserve héréditaire

La réserve est, de longue date, dénoncée pour sa nocivité économique : elle protégerait à l'excès les enfants, dont, par les assurances successorales qu'elle leur donne, elle amollirait l'esprit d'entreprise ; de plus, en présence de plusieurs enfants, elle serait cause du morcellement, voire de la ruine, des exploitations ; elle serait même - engrenage fatal ! - un facteur de dénatalité (une seule entreprise, donc un seul enfant). C'est devenu un lieu commun que de lui opposer les bienfaits de la liberté testamentaire, qui, outre-Manche, aurait stimulé l'esprit d'aventure des cadets de famille, auxquels les aînés ne laissaient rien des successions parentales, et qui aurait évité la division des terres. Mais, d'une part, la réserve exprime des valeurs dont il reste à démontrer qu'elles seraient négligeables au regard des considérations économiques : la solidarité familiale, la protection des libertés des plus jeunes contre les abus du pouvoir financier des anciens²²⁵. Et puis, somme toute, la France a-t-elle bâti un empire colonial moins vaste que celui de l'Angleterre ? Sa démographie est-elle plus faible ? Et, enfin, certains ne dénoncent-ils pas, aux États-Unis mêmes, l'insécurité juridique qui résulte des tempéraments judiciaires dont souffre de plus en plus la liberté testamentaire²²⁶ ?

3. La qualification des contrats modernes d'assurance-vie

La controverse à laquelle a donné lieu cette qualification a déjà été signalée, ainsi que les arrêts de la Cour de cassation qui l'ont tranchée²²⁷.

²²⁵ M. GRIMALDI, *Successions*, Paris, Litec, 2001, n^{os} 284 et s.

²²⁶ M. GORÉ, « *Estate planning* : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 383 et s..

²²⁷ Dans sa forme classique - qui reste encore fort usitée, à commencer par l'assurance-décès temporaire que souscrit le bon père de famille pour mettre ses enfants mineurs à l'abri du besoin où sa disparition les ferait tomber ou l'emprunteur pour éviter à ses héritiers que sa mort ne leur transfère la charge du remboursement du prêt -, l'assurance-vie repose sur une règle du jeu fort claire : l'assuré paie une prime qui couvre le risque de sa mort pendant la durée du contrat ; s'il meurt durant cette période, l'assureur paie le capital assuré, qui sera supérieur au montant de la prime payée ; s'il survit, il se sera appauvri des primes. Chacune des parties court un risque de gain et de perte. On dit parfois de ces contrats qu'ils sont des contrats de *prévoyance*.

Dans sa forme moderne, dont le succès est considérable, l'assurance-vie se présente comme un contrat dans lequel l'assureur s'engage à verser à l'assuré, s'il est en vie au terme du contrat, ou, s'il meurt avant, au bénéficiaire qu'il aura désigné, un capital qui, dans les deux cas, sera égal au montant des primes accumulées, majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion. La règle du jeu y est aussi claire que dans une assurance-décès temporaire, mais ce n'est pas la même : le capital assuré sera nécessairement payé par l'assureur, mais il ne représentera que la valeur acquise de l'épargne au jour de son paiement. Aucune des parties ne court plus de risque de gain ni de perte. C'est pourquoi on dit volontiers de ces contrats qu'ils sont des contrats de *placement*.

Sur la controverse à laquelle a donné lieu la qualification des contrats de placement, V. les notes (avec les nombreuses références) sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, 4 arrêts, Bull. civ., n^o 4 :

Certains ont loué ces arrêts comme une preuve de l'ouverture du juge aux réalités économiques : en jugeant que « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil et L 310-1, 1° et R. 321-1, 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance-vie », alors même que le contrat ne comporte de risque économique pour aucune des parties, la Cour aurait heureusement fait prévaloir la sécurité de milliers d'épargnants sur la stricte orthodoxie juridique. En vérité, cette affaire montre le péril que crée le juge à faire litière des principes juridiques pour satisfaire ce qu'il croit être un intérêt économique supérieur. D'abord, au motif qu'il conviendrait de protéger des milliers d'épargnants, le juge déstabilise très gravement les règlements successoraux et sacrifie autant de milliers d'héritiers. Ensuite, il rend incohérent le droit civil des successions et des régimes matrimoniaux et il brise la définition du contrat aléatoire, dans la crainte de la perte d'un régime fiscal qui, comme tel, est de toute façon contingent²²⁸. Bref, on ne peut rêver meilleur exemple qui montre l'incongruité d'un droit civil asservi à des considérations économique-fiscalo-financières, dont, de surcroît, il n'est pas certain qu'elles soient bien maîtrisées.

4. La force obligatoire des promesses unilatérales de vente

L'analyse économique du droit pourrait justifier cette jurisprudence, si critiquée, suivant laquelle le promettant qui retire indûment sa promesse, mais avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option, n'encourt qu'une condamnation à des dommages-intérêts²²⁹. Car, dira-t-on, pour un

J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP, éd.G., 2005, I, 111 ; LEDUC et PIERRE, « " Assurance-placement " : une qualification déplacée (à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004) », *Resp. civ. assur.*, 2005, Chron. 3 ; M. GRIMALDI, *RTD civ.*, 2005, 434.

²²⁸ Sur ce point, on renverra à l'arrêt rendu, le 26 mai 1999, par la Cour d'arbitrage de Belgique qui, insensible aux menaces d'on ne sait trop quel séisme économique-financier, a censuré, comme contraire aux exigences constitutionnelles de non-discrimination et de cohérence législative, une disposition de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre qui, sous l'angle du régime matrimonial, qualifiait de bien propre le bénéfice du contrat perçu par le souscripteur en cours de régime, alors même que les primes auraient été payées par la communauté, sauf la récompense due à celle-ci au cas seulement de primes manifestement exagérées : « En inscrivant la mesure en cause dans la loi sur le contrat d'assurance terrestre, alors que l'article 1400.7 du Code civil n'est pas expressément abrogé et que ce Code indique l'économie générale des régime matrimoniaux en leur consacrant un titre entier avec lequel une telle solution est *peu cohérente*, le législateur a rendu possible que [le] conjoint [du souscripteur] n'ait pas eu connaissance du caractère unilatéral de l'avantage produit par un tel contrat... Selon le régime légal, si l'effort de prévoyance des époux communs en biens s'était plutôt manifesté par l'achat de titres ou d'autres biens d'épargne, ceux-ci eussent été communs... Les dispositions en cause sont *discriminatoires* » (arrêt n° 54/99). Voilà une décision tout inspirée de l'esprit des systèmes de *civil law*.

²²⁹ Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1993, *Bull. civ.*, III, n° 174.

mécontent, le bénéficiaire de la promesse, on compte deux heureux, le promettant-vendeur et le tiers acquéreur ; et la vente a dû se faire à un meilleur prix que celui convenu dans la promesse, d'où un honoraire et un impôt plus élevé, etc. Quant au bénéficiaire déçu, on l'indemnise, et ça va bien comme ça... Mais qui ne voit ici l'atteinte à la valeur morale qu'est le respect de la parole donnée²³⁰ et, surtout, à l'intérêt pratique du contrat de promesse unilatérale de vente, qui est d'accorder au seul bénéficiaire un pouvoir unilatéral et exclusif sur la formation de la vente promise, et ce sans même évoquer l'idée sous-jacente que tout s'achète (vous pouvez reprendre votre parole pourvu que vous payiez...). Et puis, même s'il ne s'agit que d'un *bargain*, qui sait si la vente promise (à un entrepreneur qui voulait fixer dans l'immeuble le siège de son entreprise) n'était pas économiquement plus prometteuse que la vente intervenue (avec un étranger qui entend en faire sa résidence secondaire) ? Et, enfin, comment ne pas relever que la *common law*, dont on vante l'efficacité économique, admet, exceptionnellement, une exécution forcée en nature dans le cas des ventes d'immeubles, lorsque le vendeur se dérobe à la signature de l'acte alors que l'acquéreur a déjà acquis l'*equitable property*²³¹ ?

107. *Ordre civil et ordre marchand* - En outre, la méthode même qui consiste à apprécier telle loi ou telle jurisprudence en termes de coûts financiers favorise, de manière diffuse, le développement d'un esprit marchand dont on ne saurait trop dire combien l'impérialisme serait de nature à pervertir le droit civil. Car celui-ci doit considérer les rapports humains, autant que les échanges économiques, assurer la paix sociale autant que la prospérité économique.

De ce point de vue, certaines dérives du droit européen sont particulièrement instructives. On y voit la logique de la concurrence faire plier des principes aussi sûrs et justes, au moins en droit français, que celui de la réparation intégrale du préjudice²³² ; le principe de la libre prestation de services conduire un juge anglais à accorder à une femme l'autorisation d'exporter en Belgique, aux fins d'insémination artificielle, le sperme prélevé sur son mari quelques heures avant sa mort, alors que, faute de

²³⁰ Rapp. Ph. MALAURIE, « Regard sur le formalisme en droit privé », *Defrénois*, 2005, art. 38129 *in fine* : « Derrière le *pacta sunt servanda* il y a donc l'essentiel, du droit et des rapports sociaux : l'essentiel, c'est le respect, le respect de soi, le respect de la loi, le respect des autres, le respect de la société - le respect de la dignité humaine ».

²³¹ F. BELLIVIER et R. SEFTON-GEEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 91.

²³² CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, *D.*, 2002.2462, note Ch. LARROUMET : condamnation de la France qui, dans la loi de transposition de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, avait écarté la franchise de 500 euros pour les dommages causés aux biens.

consentement explicite de celui-ci, cette insémination était interdite en Angleterre (par où la liberté de recourir aux services offerts dans un autre État membre tient en échec le droit de s'opposer à une paternité *post mortem*)²³³ ; et ce même principe conduire la Cour de Luxembourg à condamner, au nom du libre accès des compagnies d'assurances étrangères au marché belge, la loi qui, en Belgique, imposait à l'assureur l'obligation d'informer l'assuré qu'une résiliation anticipée comporte généralement des pertes financières²³⁴ ; *quid* enfin de l'arrêt du 20 novembre 2001 par lequel la Cour de justice des communautés européennes a jugé que la prostitution constituait une activité économique au sens du droit communautaire justiciable des grandes libertés communautaires²³⁵ ?

Bien sûr, tout cela ne procède sans doute pas directement de l'analyse économique du droit ; tout cela participe néanmoins du même état d'esprit, qu'il faut dénoncer. L'ordre civil ne peut se réduire à un ordre marchand²³⁶. Le profit a son importance assurément mais la sécurité, la responsabilité, la liberté, le respect de la parole donnée, la loyauté, la dignité, la mise hors du commerce du corps humain, ont la leur. L'ordre juridique est celui de l'être autant que de l'avoir. Selon la belle expression du Doyen Cornu, un Code civil est *res publica*, et non *lex mercatoria*²³⁷. Les vicissitudes que connaît aujourd'hui la construction européenne, les doutes et les inquiétudes qu'elle fait naître dans l'esprit des peuples sur sa fidélité aux valeurs fondatrices du « vieux » continent en portent témoignage.

108. One size does not fit all - Enfin, à penser en termes de marché, l'on finit par réduire les systèmes juridiques à de simples produits ou à de simples outils, dont la diversité est dénoncée comme une cause d'embarras : le changement de droit au passage d'une frontière semble une tracasserie

²³³ *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*, [1997] 2 All E.R. 687 (C.A.), cité par C. U. Schmid, *Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne*, in *Codes et codifications*, (2005) 46 C. de D., Université Laval (Québec), p. 115 et s., n° 3

²³⁴ C.J.C.E., 5 mars 2002, *Axa Royale Belge SA c. Ochoa et Stratégie Finance SPRL*, Aff. C-386/00 : *JO C*, 109, 4 mai 2002, p. 13. Sur cet arrêt, V. C. U. Schmid, *op. et loc. cit.* : « La Cour [...] préfère forcément que le consommateur subisse des pertes considérables plutôt que de diminuer les chances des compagnies étrangères d'accéder au marché belge. Il est évident que dans ce cas, la justice contractuelle est de nouveau sacrifiée en faveur de l'intégration des marchés ». L'arrêt, préc. note 206, qui condamne la France à propos de transposition de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux appelle de semblables remarques.

²³⁵ CJCE 20 nov. 2001, aff. *Janny e. a.*, C-268/99.

²³⁶ Y. LEQUETTE, *Rapport de synthèse*, préc. ; *D'une célébration à l'autre*, art. préc. V. aussi P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit social*, 2005, 123. A. SUPIOT, « Le droit du travail bradé su le « marché des normes » », *Droit social*, 2005, p. 1087 et s.

²³⁷ Discours prononcé à l'Université Paris II Panthéon-Assas, à l'occasion de la publication de l'ouvrage, préc., *1804-2004 Le Code civil...*

aussi assommante que la différence entre l'écartement des voies ferrées ou la diversité des prises électriques... *One size fits all*...

Or, s'il est vrai que des harmonisations sont souhaitables et qu'il en est de multiples illustrations, fruits de la globalisation économique et de l'idéologie des droits de l'homme, le principe d'une standardisation qui serait systématique et ne serait qu'imposition de la loi du plus fort doit être combattu :

- du point de vue *économique* lui-même : n'a-t-on pas à plusieurs reprises soutenu que la concurrence entre les droits favorise la compétitivité économique et développe l'esprit de réforme, tant vanté par les Rapports ?

- du point de vue de la méthode : la diversité, tempérée par de nombreuses convergences, ne vaut-elle pas mieux qu'une unification hâtive, surtout lorsque celle-ci s'entend, non point de la recherche d'un système transactionnel, mais du ralliement à un modèle réputé supérieur ?

- du point de vue culturel, enfin : comme le disent les Américains eux-mêmes « *Variety is the spice of life* ». Or, parce que le droit est une culture, et qu'il ne peut ni ne doit y avoir Une culture universelle, il ne peut ni ne doit y avoir Un droit universel. Ceci, évidemment, ne signifie pas qu'il ne puisse exister certains principes juridiques de valeur universelle : ceux que portent, par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme ; ou encore ceux dont la violation est sanctionnée par le Tribunal pénal international (dont la compétence est reconnue par la très grande majorité des États, mais non par les États-Unis). Cela signifie que la conception que l'on a du contrat, de la propriété ou de la succession s'enracine dans l'histoire d'un pays, et qu'à l'ignorer, la pensée « unipolaire » ou « unilatérale » qui veut soumettre toutes les réalités sociales à un modèle unique procède de la vanité en même temps qu'elle inspire l'ennui.

§ 2. LES MÉTIERS DU DROIT

109. Spécificité de la prestation juridique - Là où, comme en France, il existe un service public de la justice, comme il existe un service public de la santé, la prestation juridique, pas plus que la prestation médicale, n'est une prestation de services comparable à celle que fournit un commerçant : ni l'une ni l'autre ne sauraient être régulées par la seule loi du marché.

Par-là s'explique notamment l'exigence d'un accès pour tous au droit, avec les conséquences qui en découlent : au premier chef, l'interdiction pour ces professions réglementées d'accomplir des actes de commerce à titre habituel ; la commission d'office de l'avocat et l'obligation faite au notaire d'instrumenter ; l'aide juridictionnelle, qui vise rendre effectif le droit de chacun à un juge, et le tarif des notaires, qui permet que les opérations les

plus rentables (ventes d'immeubles) financent celles qui le sont moins, quand elles ne sont pas déficitaires (liquidation de communauté et de succession) ; la mise en ligne, sur le site www.legifrance.gouv.fr, absolument gratuit, du *corpus* législatif et jurisprudentiel. Par-là s'expliquent également certaines des règles déontologiques sévères qui réglementent en France la profession d'avocat, telle l'interdiction emblématique du pacte *de quota litis* ou l'impossibilité pour un avocat de retenir le dossier de son client jusqu'au paiement de ses honoraires, par exception au principe qui admet que le droit de rétention du créancier puisse s'exercer sur des documents appartenant à son débiteur.

À cet égard, le statut du notariat reste largement incompris des idéologues du tout libéral²³⁸. Le notaire, dans les pays de droit latin, est un professionnel du droit nommé par l'État, dont la mission (assurer le service public de la preuve certaine) est définie par l'État, et dont les structures professionnelles (pour la France : Conseil supérieur, conseils régionaux, chambres départementales) sont imposées par l'État : ce sont les notaires de la République ou du Roi. Et ce, même s'ils sont rémunérés par les particuliers qui ont recours à leurs services. À partir de là, apprécier le notariat en termes de marché est commettre un contresens : lui reprocher de bénéficier d'une situation de monopole revient à faire grief à l'État d'organiser un service public de la preuve et d'y tenir la main, bref de déléguer l'une de ses missions régaliennes ; imputer au tarif des notaires de constituer une entente, c'est voir un accord entre concurrents là où il y a une décision de l'État²³⁹.

Quant à l'avocat, est-il utile de rappeler la teneur humaine et non marchande du serment qu'il a prêté : « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité » ?

Certes, il ne faut pas être naïf. L'avocat et le notaire sont des professionnels qui, comme tels, sont naturellement soucieux des revenus qu'ils peuvent tirer de leur métier. Et il n'est pas douteux que leurs professions se ressentent de la place croissante qu'occupe le droit dans les sociétés contemporaines et du sensible renchérissement de la prestation juridique²⁴⁰. Pour autant, les juristes français ne se sont pas tous ralliés à l'idée que la valeur du droit dépend de sa seule capacité à faire prospérer l'économie.

²³⁸ Sur cette incompréhension, v. Y. LEQUETTE, *Rapport de synthèse*, préc.

²³⁹ A. ROTH, *Rapport de synthèse*, XV^{èmes} Rencontres Notariat Université, *Le notariat : perspectives françaises et européennes*, 2005, à paraître, éd. *Les Petites Affiches*. V. à ce sujet le choix fait par la Chine et le Vietnam en faveur de l'institution notariale.

²⁴⁰ Sur la profonde évolution du métier d'avocat, v. J.-D. BREDIN, *Mots et Pas Perdus*, Paris, Plon, 2005.

110. *Risque de confusion de professions distinctes* - En outre, l'idéologie marchande conduit invinciblement à déformer la conception traditionnelle des professions du droit. S'agissant du barreau, les avocats, cesseront de se considérer comme des auxiliaires privilégiés du fonctionnement de la justice pour vivre en professionnels concurrents, qui se disputeront clients et parts de marché, et seraient fondés à se jouer les plus vilains tours au fil des procédures... Quant au notariat, il ressentira comme un carcan le statut d'officier public, délaissera le service de l'authenticité et ses servitudes, pour la prestation de conseil librement rémunérée, et s'aventurera même sur les terres mouvantes et lucratives de la défiscalisation, après quoi l'on finira par trouver extravagant qu'un même notaire puisse pareillement conseiller les deux parties à un même contrat... Délicatesse, impartialité, confraternité : autant de valeurs fondamentales qui ne sont guère de mise là où l'on ne voit que concurrence économique.

Et, au bout de tout cela, naturellement, on finira par se demander ce qui peut bien distinguer un avocat d'un notaire et, demain, un avocat d'un juriste titulaire d'un « Master » voire d'un huissier. Y voyant tous des « marchands » de droit, on les fondera en une profession unique au nom de la libre entreprise juridique... *One size fits all...*

Comme la règle de droit, les métiers du droit tendront à l'unicité et, partant, à l'appauvrissement...

111. *Éloge de la diversité juridique !* - On voudrait ici être bien compris. Il ne s'agit pas de défendre une certaine culture pour elle-même, de « s'arc-bouter » sur une tradition par peur de toute évolution. Il s'agit simplement de se demander s'il existe des raisons de passer d'un système à un autre. Est-on bien sûr que les États-Unis offrent, des professions du droit, une image qui doive tenir lieu de modèle ? Le citoyen, dans sa vie privée ou professionnelle, y est-il mieux conseillé ? Le plaideur y est-il mieux défendu ? Justice y est-elle mieux rendue ? Le Droit y est-il plus accessible ? Et puis est-ce un hasard si depuis la chute du mur de Berlin en 1989, 14 pays de l'ancienne Europe communiste ont rétabli un notariat de type latin²⁴¹ ? N'est-il pas hautement significatif qu'un pays comme la Chine, s'ouvrant aux relations commerciales extérieures, ait choisi de créer une profession notariale directement inspirée du modèle latin²⁴² et que nombre d'autres souhaitent créer cette profession²⁴³ ? En réalité tous ces pays on fait le choix

²⁴¹ Pologne, Hongrie, Roumanie, Bulgarie, Turquie, Slovaquie, Estonie, Lettonie, Lituanie, Arménie, Ukraine, Géorgie, Croatie. V. aussi en Asie, le cas du Vietnam (*Droit et patrimoine*, févr. 2006).

²⁴² Loi n°39 du 28 août 2005, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006.

²⁴³ L'Union internationale du notariat a reçu parmi d'autres des demandes de la Thaïlande, de la Corée, du Kazakhstan, d'Azerbaïdjan, de Biélorussie, de Serbie-Monténégro. En outre, certains

de la sécurité juridique, condition indispensable au développement des investissements nationaux ou étrangers. Et le notariat moderne incarne précisément ce besoin de sécurité juridique au service du développement économique²⁴⁴.

Les juristes de tous les pays, y compris de France, savent qu'il n'y a pas de système idéal, et que le leur souffre d'imperfections et des lacunes mais ils en connaissent les origines historiques et culturelles, et la manière d'y remédier. Ils se méfient, à juste titre, des emprunts extérieurs qui ne se recommandent que de présupposés idéologiques, si séduisants soient-ils.

Il serait d'ailleurs étonnant que la diversité des cultures juridiques ne bénéficie pas de la protection croissante dévolue de façon générale à la diversité culturelle. Le 20 octobre 2005, la Conférence générale de l'UNESCO n'a-t-elle pas approuvé une Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, renforçant l'idée qui figurait déjà dans la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle (2001), à savoir que la diversité culturelle doit être considérée comme un « patrimoine commun de l'humanité » et sa « défense comme un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne »²⁴⁵ ?

États des États-Unis (Texas, Alabama, Louisiane), du Canada (Colombie britannique) et d'Australie (État de Victoria) s'intéressent à la profession et participent à titre d'observateurs à certaines manifestations internationales du notariat.

²⁴⁴ Cf. discours M. ZHANG FUSEN, Ministre de la justice de Chine, Colloque sur « La propriété au service du développement économique », Shanghai, 15 et 16 nov. 2004, Éd. Centre sino-français de formation et d'échanges notariaux et juridiques à Shanghai, 2005, p. 8.

²⁴⁵ portal.unesco.org.

CONCLUSION GÉNÉRALE

112. *Il n'est de richesse que d'hommes* - Les Rapports de la Banque Mondiale ont créé un électrochoc salutaire au sein des juristes de tradition latine, particulièrement des juristes français.

Certes, la virulence du ton, l'outrance des conclusions (la France, pays du G 7, classée 44^{ème} pour la qualité de son environnement réglementaire pour les affaires ; le Rwanda, où sévit la guerre civile depuis trop longtemps, érigé en exemple à suivre par tout le continent africain sans que jamais l'expérience civiliste OHADA ne soit jugée digne d'intérêt), une certaine vanité dans la méthode (les bons et mauvais points distribués au sein de la classe des nations par un instituteur autoproclamé et souverain) et le manque de hauteur de vue (la recherche de la justice comprise comme une quête des *best practices*, etc.) justifient d'en relativiser la portée.

Certes, une part d'hypocrisie dans la démarche, et même une certaine fraude intellectuelle dans la démonstration²⁴⁶, conduiront certains à en ignorer et à en mépriser les conclusions. Car, diront-ils, si assurément les objectifs proclamés sont nobles - *Understanding regulation, Removing obstacles to growth, Creating jobs* -, il ne s'agit en réalité que d'une entreprise visant à imposer la domination du système juridique qui est celui de la puissance économique dominante. Et, leur suspicion s'étendra à la Banque Mondiale, qui, implantée à Washington et largement financée par les États-Unis, donne aux thèses du groupe *LLSV* une tribune inespérée, tout en se défendant, par un avertissement qui ne convainc guère, d'approuver personnellement des opinions qu'elle n'a de cesse de relayer chaque année²⁴⁷ ...

Il n'empêche que ces rapports attestent que le droit est « un vecteur d'influence international majeur pour un pays »²⁴⁸. Et, après tout, il n'est pas

²⁴⁶ B. du MARAIS, art. préc.

²⁴⁷ V. l'avertissement systématique suivant : « The findings, interpretations, and conclusions expressed here are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Board of Executive Directors of the World Bank ».

²⁴⁸ H. MOUTOUH, « Le droit et l'influence internationale de la France », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 79 et s.

surprenant que la puissance économique dominante souhaite asseoir son influence en exportant de gré ou de force son modèle juridique, en l'occurrence la *common law*, fut-ce au moyen d'un dénigrement des autres modèles, dont la *civil law*. La France sait bien l'intérêt d'un pays à diffuser son droit, ses techniques et ses valeurs, elle qui célébrait l'an passé son Code civil, qu'elle a su exporter dans tant de pays²⁴⁹. Il lui appartient, à elle et aux pays qui partagent la même culture juridique, de défendre les valeurs que porte cette culture, pour faire pièce à la stratégie de domination culturelle dans laquelle s'inscrivent, sous l'apparente rigueur d'études chiffrées, les Rapports *Doing Business*.

À cet effet, il convient d'abord, en se plaçant du point de vue même de l'analyse économique²⁵⁰, de démontrer la valeur de notre système juridique : et il faut ici affirmer sans ambages que le droit civil présente certainement des qualités intrinsèques éminemment « économiques » (gains de temps et d'argent mais sécurité, prévention de la chicane, etc.).

Et il convient ensuite, et surtout, de défendre une autre vision du droit, qui privilégie sa dimension culturelle²⁵¹ et en vante la diversité²⁵². S'il est certes essentiel que le droit soit attractif et apte à fournir un cadre propice aux échanges, il faut refuser la réduction du droit à un simple « environnement réglementaire favorable »²⁵³, avec en perspective une

²⁴⁹ M. GRIMALDI, *L'exportation du Code civil*, préc.

²⁵⁰ Point de vue que beaucoup n'hésitent plus à adopter en France : V. not. les diverses contributions in « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », *Gaz. Pal.* 2005, n° 68-69 ; adde M.-A. FRISON-ROCHE, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2005. L'analyse économique inspire même directement certaines propositions de réformes dans les domaines où l'on ne s'y attendrait pas nécessairement, comme en témoigne le récent *Rapport sur les revirements de jurisprudence* élaboré par une Commission présidée par Monsieur Nicolas MOLFESSIS, rendu public le 30 novembre 2004, qui stigmatise les « effets fondamentalement anti-économiques » des revirements de jurisprudence.

²⁵¹ V. P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit Social*, 2005, n° 2, p. 124 ; adde V. HEUZÉ, « À propos du Rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP*, 2005, I, 130.

Sur le déclin annoncé de l'analyse économique du droit aux États-Unis et pour une critique de la montée de l'hégémonie du droit américain en partie sous l'effet de cette doctrine, v. U. MATTEI, « Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine : un essai sur l'ascension et la chute du prestige culturel », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 68-69, p. 37.

²⁵² V. B. du MARAIS, « One size fits all », *Tribune, AJDA*, 28 juin 2004.

²⁵³ Une certaine « résistance » dirigée non contre l'analyse économique du droit qui peut être une science auxiliaire certainement utile mais contre une tentation hégémonique de celle-ci (patente dans la mouvance *LLSV* et dans les Rapports *Doing Business*) paraît de ce point de vue justifiée ; comp. sur cette question H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45 ; *Pet. Aff.*, n° 99, 19 mai 2005, « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », sous la direction scientifique de Guy CANIVET, Bruno DEFFAINS et Marie-Anne FRISON-ROCHE.

standardisation juridique universelle - au bénéfice, évidemment, de la loi du plus fort ou du plus riche, qui serait nécessairement de ce point de vue « la meilleure ». Il faut combattre cette approche, curieusement marxiste compte tenu de sa source, du droit, compris comme une « superstructure » dont la finalité serait d'assurer la permanence d'un certain système d'échange économique.

Le droit français reste un droit humaniste. Visant, certes, à encourager les échanges commerciaux, à développer les investissements, à faciliter la création d'entreprises, il entend aussi ne point laisser les individus sans protection. Il ne cultive pas l'efficacité économique pour elle-même, à tout prix et à court terme²⁵⁴, mais se veut fondateur d'un modèle de société durable. Il peut être fier d'avoir consacré, avant d'autres ou malgré d'autres, la théorie de l'abus des droits, le principe d'une responsabilité sans faute à l'époque du machinisme, celui d'une responsabilité aggravée du vendeur-fabricant à l'ère de la grande consommation ou, au siècle de la bioéthique, celui de la gratuité des « dons » d'organes, de sang ou de produits génétiques. Un code civil est, pour le juriste français, « l'instrument qui fonde nos choix de société »²⁵⁵ : des choix qui ne sauraient être dictés par le seul impératif économique²⁵⁶.

Gardons toujours à l'esprit la pensée de Jean Bodin : Il n'est de richesse que d'hommes.

²⁵⁴ De là, peut-être, le bilan nuancé que l'on a pu dresser de l'influence du droit commercial français dans le monde, v. D. VOINOT, « La législation commerciale : instrument de rayonnement du droit français dans le monde », *Pet. Aff.*, 9 mars 2005, n° 48, p. 3.

²⁵⁵ G. CANIVET, discours préc. ; *adde*, du même auteur, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.*, 2005, 33, spéc. p. 41 et s.

²⁵⁶ P. SARGOS, art. préc..

PUBLICATIONS DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT*

Journées de Droit civil de Mons, année 1938 (Paris, Sirey, 1939, 124 p.).

Journées de Droit civil de Lille, année 1939 (Paris, Sirey, 1939, 96 p.).

Premier Congrès international de l'Association Henri Capitant : Québec-Montréal, année 1939 (Montréal, 1940, 802 p.).

Travaux de la Semaine internationale de Droit de Paris de 1937, en participation avec la Société de législation comparée et la Société d'études législatives (Paris, Sirey, 1937, 1274 p.).

Travaux de la Semaine internationale de Droit de Paris de 1950, en participation avec la Société de législation comparée (Paris, Pédone, 1954).

TRAVAUX DES JOURNÉES INTERNATIONALES

Tome I, année 1945.

Travaux du groupe français. " L'opportunité d'une partie générale dans le futur Code civil français ".

Journées belges de Bruxelles et Gand. " L'intervention de l'État dans les contrats ". " La lésion dans les contrats " (Dalloz, 1946, 234 p.).

Tome II, année 1946.

Journées suisses de Genève, Lausanne, Zurich et Bâle. " L'évolution du droit de propriété ". " L'influence du droit public sur le droit privé ". " La responsabilité sans faute ". " Les droits de la personnalité ".

Journées françaises de Paris. " L'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité ". " Le contrôle de la puissance paternelle " (Dalloz, 1947, 506 p.).

Tome III, année 1947.

Journées de Luxembourg. " La notion juridique de l'entreprise ".

Journées belges de Liège. " Le problème des fictions en droit civil " (Dalloz, 1948, 328 p.).

Tome IV, année 1948.

Journées néerlandaises de La Haye et Leyde. " L'enrichissement sans cause ". " La représentation dans les actes juridiques ". (Dalloz, 1949, 162 p.).

Tome V, année 1949.

Travaux du groupe français. " Études sur le rôle du juge " (Dalloz, 1950, 154 p.).

Tome VI, année 1950.

Semaine internationale du droit de Paris. " Le problème de la méthode depuis le Code civil de 1804 ".

Journées belges de Verviers. " La propriété commerciale " (Dalloz, 1952, 192 p.).

* Certains de ces ouvrages sont épuisés. Se renseigner auprès de l'éditeur : Dalloz, 11, rue Soufflot, 75240 Paris Cedex 05. Economica, 49, rue Héricart, 75015 Paris. Litec, 141, rue de Javel, 75015 Paris. L.G.D.J., 31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15. Société de législation comparée, 28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.

Tome VII, année 1952.

Journées canadiennes de Québec et Montréal. “ L’évolution de la condition respective du mari et de la femme dans le mariage ”. “ La stipulation pour autrui et ses principales applications ”. “ Le problème de la mutabilité du régime matrimonial ”. “ Le progrès de la science et le droit de la preuve ”. “ La notion de l’ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé ”. “ La notion d’obligation naturelle et son rôle en droit civil ” (Dalloz, 1956, 908 p.).

Tome VIII, année 1953.

Journées italiennes de Pavie et Milan. “ L’intérêt d’actualité du projet de Code franco-italien des obligations ”. “ L’influence des variations monétaires en matière de contrats de prêts et de rente viagère et en matière de contrats administratifs ” (Dalloz, 1955, 308 p.).

Tome IX, année 1955.

Journées belges de Louvain, Bruxelles et Bruges. “ La limitation de la responsabilité dans les entreprises commerciales et les moyens de parer à ses dangers ”. “ L’assurance automobile obligatoire ”. “ La grève et le service public ” (Dalloz, 1957, 350 p.).

Tome X, années 1954 et 1956.

Journées uruguayennes de Montevideo. “ Le droit de veto dans les organisations internationales ”. “ La légitimation adoptive en droit français ”. “ Le droit des savants ”. “ Le mandat irrévocable ”.

Journées suisses de Fribourg, Berne et Neuchâtel. “ Le boycottage ”. “ Les consortiums d’actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes ”. “ La vente à tempérament ” (Dalloz, 1959, 460 p.).

Tome XI, année 1957.

Journées françaises de Lille. “ Les situations de fait ”. “ Les sociétés de fait ”. “ Le gouvernement de fait ” (Dalloz, 1960, 362 p.).

Tome XII, année 1958.

Journées canadiennes Québec, Montréal et Ottawa. “ Les procédés de défense des intérêts patrimoniaux de la famille légitime ”. (Dalloz, 1961, 948 p.).

Tome XIII, années 1959-1960.

Journées espagnoles de Madrid. “ Protection de la personnalité ”.

Journées françaises de Paris, Dijon et Strasbourg. “ Les renonciations au bénéfice de la loi ”. “ Les délits économiques ” (Dalloz, 1963, 812 p.).

Tome XIV, années 1961-1962.

Journées luxembourgeoises de Luxembourg. “ Les notions d’égalité et de discrimination en droit interne et en droit international ”.

Journées italiennes de Turin. “ Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques ” (Dalloz, 1965, 840 p.).

Tome XV, année 1963.

Journées brésiliennes de Rio de Janeiro. “ La responsabilité civile et pénale des administrateurs des sociétés. Les sociétés d’économie mixte, les entreprises publiques et les fondations. L’évolution des sociétés commerciales ” (Dalloz, 1967, 940 p.).

Tome XVI, année 1965.

Journées belges de Liège. “ La croissance des villes et son influence sur la réforme juridique de la propriété immobilière ” (Université Liège, 1966, 452 p.).

Tome XVII, année 1964.

Journées turques d’Istanbul. “ Les sanctions attachées à l’inexécution des obligations contractuelles ” (Dalloz, 1968, 440 p.).

Tome XVIII, année 1966.

Journées françaises de Lyon, Grenoble et Aix-en-Provence. “ Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites ” (Dalloz, 1969, 350 p.).

Tome XIX, année 1967.

Journées néerlandaises de la Haye, Rotterdam et Leyde. “ Les choses dangereuses ” (Dalloz, 1971, 444 p.).

Tome XX, année 1968.

Journées suisses de Genève et Lausanne. “ Les modes non formels d’expression de la volonté ” (Dalloz, 1972, 294 p.).

Tome XXI, année 1969.

Journées italiennes de Trieste. “ Les groupements et organismes sans personnalité juridique ” (Dalloz, 1974, 360 p.).

Tome XXII, année 1970.

Journées françaises de Paris et Montpellier. “ Le rôle du juge en présence des problèmes économiques ” (Dalloz, 1975, 274 p.).

Tome XXIII, année 1971.

Journées turques d’Istanbul. “ Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels ” (Publication de la Faculté de droit d’Istanbul, 1973, 818 p.).

Tome XXIV, année 1973.

Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke. “ La protection des consommateurs ” (Dalloz, 1975, 578 p.).

Tome XXV, année 1974.

Journées libanaises de Beyrouth. “ Le secret et le droit ” (Dalloz, 1975, 820 p.).

Tome XXVI, année 1975.

Journées belges de Bruxelles, Liège, Gand et Louvain. “ Le corps humain et le droit ” (Dalloz, 1977, 536 p.).

Tome XXVII, année 1976.

Journées françaises de Paris et Bordeaux. “ La protection juridique du voisinage et de l’environnement ” (Dalloz, 1979, 462 p.).

Tome XXVIII, année 1977.

Journées grecques d’Athènes et Thessalonique. “ L’abus de pouvoirs ou de fonctions ” (Économica, 1980, 456 p.).

Tome XXIX, année 1978.

Journées louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Baton-Rouge. “ L’interprétation par le juge des règles écrites ” (Économica, 1980, 464 p.).

Tome XXX, année 1979.

Journées égyptiennes du Caire. “ La protection de l’enfant ” (Économica, 1981, 702 p.).

- Tome XXXI, année 1980.
Journées italiennes de Florence. “ Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges ” (Économica, 1982, 636 p.).
- Tome XXXII, année 1981.
Journées portugaises de Lisbonne. “ La publicité-propagande ” (Économica, 1983, 616 p.).
- Tome XXXIII, année 1982.
Journées mexicaines de Mexico. “ Le droit au logement ” (Économica, 1984, 724 p.).
- Tome XXXIV, année 1983.
Journées suisses de Lausanne, Neuchâtel et Genève. “ Le rôle de la pratique dans la formation du droit ” (Économica, 1985, 616 p.).
- Tome XXXV, année 1984.
Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et Sao Paulo. “ La responsabilité du banquier. Aspects nouveaux ” (Économica, 1986, 662 p.).
- Tome XXXVI, année 1985.
Journées françaises de Paris et Aix-en-Provence. “ L’effectivité des décisions de justice ” (Économica, 1988, 418 p.).
- Tome XXXVII, année 1986.
Journées néerlandaises d’Amsterdam, Leyde et Utrecht. “ Les nouveaux moyens de reproduction (papier, sonores, audiovisuels et informatiques) ” (Économica, 1988, 418 p.).
- Tome XXXVIII, année 1987.
Journées canadiennes de Montréal et Québec. “ La vérité et le droit ” (Économica, 1989, 780 p.).
- Tome XXXIX, année 1988.
Journées turques d’Istanbul. “ Quelques aspects récents de l’évolution du droit de la famille ” (Économica, 1990, 818 p.).
- Tome XL, année 1989.
Journées polonaises de Varsovie. “ La protection des biens culturels ” (Économica, 1991, 584 p.).
- Tome XLI, année 1990.
Journées camerounaises de Yaoundé. “ La maîtrise du sol ” (Économica, 1992, 722 p.).
- Tome XLII, année 1991.
Journées égyptiennes du Caire. “ La responsabilité des constructeurs ” (Litec, 1993, 528 p.).
- Tome XLIII, année 1992.
Journées louisianaises de Baton-Rouge et la Nouvelle-Orléans. “ La bonne foi ” (Litec, 1994, 586 p.).
- Tome XLIV, année 1993.
Journées franco-italiennes de Nice et Gènes. “ La circulation du modèle juridique français ” (Litec, 1994, 662 p.).
- Tome XLV, année 1994.
Journées japonaises de Tokyo. “ Les groupements ” (Litec, 1995, 648 p.).
- Tome XLVI, année 1995.
Journées argentines de Buenos Aires. “ L’endettement ” (LGDJ, 1997, 720 p.).

Tome XLVII, année 1996.

Journées portugaises de Porto. “ Les garanties de financement ” (LGDJ, 1998, 864 p.).

Tome XLVIII, année 1997.

Journées luxembourgeoises de Luxembourg. “ L'étranger ” (LGDJ, 2000, 778 p.).

Tome XLIX, année 1998.

Journées libanaises de Beyrouth. “ L'ordre public : aspects nouveaux ” (LGDJ, 2001, 1168 p.).

Tome L, année 1999.

Journées panaméennes de Panama. “ La responsabilité : aspects nouveaux ” (LGDJ, 2002, 856 p.).

Tome LI, année 2001.

Journées franco-belges. “ La discrimination ” (SLC, 2004, 942 p.).

Tome LII, année 2002.

Journées mexicaines. “ Les minorités ” (Institut de recherches juridiques de l'Université nationales Autonome de Mexico, 2005, 828 p.).

TRAVAUX DES JOURNÉES NATIONALES

Tome I, Lille - 1996. “ Le renouvellement des sources du droit des obligations ” (LGDJ, 1997, 192 p.).

Tome II, Nice - 1997. “ Les professions libérales ” (LGDJ, 1998, 148 p.).

Tome III, Limoges - 1998. “ La motivation ” (LGDJ, 2000, 150 p.).

Tome IV, Nantes - 1999. “ La relativité du contrat ” (LGDJ, 2001, 258 p.).

Tome V, Toulouse - 2000. “ Le contrat électronique ” (Éditions Panthéon-Assas, 2002, 152 p.).

Tome VI, Aix-en-Provence - 2001. “ Droit et théâtre ” (PUAM, 2003, 186 p.).

Tome VII, Bordeaux - 2002. “ L'indivision ” (Dalloz, 2005, 108 p.).

Tome VIII, Grenoble - 2003. “ L'image ” (Dalloz, 2005, 108 p.).

VOCABULAIRE JURIDIQUE

Vocabulaire Juridique, sous la direction du Doyen Gérard Cornu, 8^e éd. (PUF, 2000, 926 p.).

Vocabulaire juridique, sous la direction du Doyen Gérard Cornu, 7^e éd. (PUF, Quadriga, 2005, 970 p.).

AUTRES PUBLICATIONS

Rencontres internationales de droit comparé de Damas en Syrie, année 1996. “ Les modes alternatifs de règlement des conflits ” (*Revue internationale de droit comparé* n° 2, Société de Législation comparée, 1997)

Apports de René Capitant à la Science juridique - 1990 (Litec, 1992, 96 p.).

Journée Jacques Flour “ Le Formalisme ” - 1999 (Defrénois, 15-30 août 2000, n° 15-16).

Journée Marcel Waline – (RDP, 2002, p. 911 et s.).

.L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA),
(Les petites affiches, 13 octobre 2004, n°250).

TRAVAUX DES GROUPES DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT

Publications du Groupe québécois

1. Livres

Droit civil et droits autochtones : confrontation et complémentarité (Actes du colloque du 12 avril 1991, Montréal, 1992, 195 p.).

Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance (Actes du colloque du 10 novembre 1993, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 597 p.).

Médiation et modes alternatifs de règlement de conflits : aspects nationaux et internationaux (Actes du colloque du 7 février 1997 et des Journées syriennes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 374 p.).

2. Articles de revues

“ Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge ” (Journées italiennes de 1980), (1980) 21 *Cahiers de droit* 229.

“ La publicité propagande ” (Journées portugaises de 1981), (1981) 41 *Revue du Barreau* 943.

“ Le logement ” (Journées mexicaines de 1982), (1982) 13 *Revue générale de droit* 245.

“ Le rôle de la pratique dans la formation du droit ” (Journées suisses de 1983), (1984) 14 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 375.

“ La responsabilité du banquier ” (Journées brésiliennes de 1984), (1985) 10 *Revue juridique Thémis* 145.

“ L'effectivité des décisions de justice ” (Journées Paris-Aix de 1985), (1985) 26 *Cahiers de droit* 921.

“ Les nouveaux moyens de reproduction ” (Journées néerlandaises de 1986), (1986) 46 *Revue du Barreau* 691.

“ La vérité et le droit ” (Journées canadiennes de 1987), (1987) 18 *Revue générale de droit* 801.

“ Aspects nouveaux du droit de la famille ” (Journées turques de 1988), (1988) 19 *Revue générale de droit* 373.

“ La protection des biens culturels ” (Journées polonaises de 1989), (1990) 24 *Revue juridique Thémis* 37.

“ La maîtrise du sol ” (Journées camerounaises de 1990), (1991) *Revue du notariat* 3.

“ La responsabilité des constructeurs ” (Journées égyptiennes de 1991), (1992) 22 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 255.

“ La bonne foi ” (Journées louisianaises de 1992), (1992) *McGill Law Journal* 1024.

“ Le modèle juridique français ” (Journées Nice-Gênes de 1993), publiées dans le livre *Droit québécois, droit français : communauté, autonomie, concordance*.

“ L’endettement ” (Journées argentines de 1994), (1995) 26 *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke* 1.

“ Problèmes actuels des sûretés réelles ” (Journées portugaises de 1996), (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 619.

“ L’étranger ” (Journées luxembourgeoises de 1997), (1998) 43 *McGill Law Journal* 141.

3. Publication spéciale

Actes du colloque du 7 avril 1988 sur “ la réforme du droit des obligations ”, (1989) 30 *Cahiers de droit* 555.

**GROUPES ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS DE
L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANCAISE**

ALBANIE

KRYEZIU, Selim : Correspondant albanais de l'Association Henri Capitant

ALGÉRIE

ISSAD, Mohand : Correspondant algérien de l'Association Henri Capitant

SAADI, Raïs : Correspondant algérien de l'Association Henri Capitant

ALLEMAGNE

HOHLOCH, Gerhard

SONNENBERGER, Hans Jürgen : Correspondant allemand de l'Association Henri Capitant

ARGENTINE

SALERNO, Marcelo Urbano : Président du Groupe argentin de l'Association Henri Capitant

AUTRICHE

RAINER, J. Michael : Correspondant autrichien de l'Association Henri Capitant

BELGIQUE

MERCHIERS, Yvette : Président du Groupe belge de l'Association Henri Capitant

WATTE, Nadine : Secrétaire Général du Groupe belge de l'Association Henri Capitant

BRÉSIL

WALD, Arnaldo : Président du Groupe brésilien de l'Association Henri Capitant

BAPTISTA, Luiz Olavo : Secrétaire Général du Groupe brésilien de l'Association Henri Capitant

BULGARIE

GUEORGUIEV, Emile : Président du Groupe bulgare de l'Association Henri Capitant

TZANKA, Tsankova : Correspondant du Groupe bulgare de l'Association Henri Capitant

CAMBODGE

PHOV, Samphy : Correspondant du Groupe cambodgien de l'Association Henri Capitant

CAMEROUN

POUGOUE, Paul Gérard : Groupe camerounais de l'Association Henri Capitant

CANADA

BAUDOUIIN, Jean-Louis : Président du Groupe canadien de l'Association Henri Capitant

MOORE, Benoît : Secrétaire général du groupe canadien de l'Association Henri Capitant

CHILI

DOMINGUEZ AGUILA, Ramon Horacio :Président du groupe chilien de l'Association Henri Capitant

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge : Correspondant chilien de l'Association Henri Capitant

COLOMBIE

HINESTROSA, Fernando

MONTOYA, Fernando

TAMAYO JARAMILLO, Javier

MORENO QUIJANO, Fernando

COSTA RICA

TREJOS Gerardo : Président du Groupe costaricain de l'Association Henri Capitant

BAUDRIT Diego : Secrétaire Général du Groupe costaricain de l'Association Henri Capitant

COTE D'IVOIRE

LOHOUES-OBLE, Jacqueline : Présidente du Groupe ivoirien de l'Association Henri Capitant

AYIE AYIE, Alexandre : Secrétaire Général du Groupe ivoirien de l'Association Henri Capitant

ÉGYPTE

EL BADRAWI, Abbel Mohamed : Président du Groupe égyptien de l'Association Henri Capitant

MAHDI Abdel Raouf : Secrétaire Général du Groupe égyptien de l'Association Henri Capitant

ESPAGNE

DIAZ ALABART, Silvia : Présidente du groupe espagnol de l'Association Henri Capitant

LAUROBA, Elena : Secrétaire général du groupe espagnol de l'Association Henri Capitant

GRANDE BRETAGNE

PUGSLEY, David : Président du Groupe britannique de l'Association Henri Capitant

GRÈCE

MICHAELIDES-NOUAROS, Georges : Président du Groupe grec de l'Association Henri Capitant

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas : Secrétaire Général du Groupe grec de l'Association Henri Capitant

GUATEMALA

MAYORA Eduardo : Correspondant guatémaltèque de l'Association Henri Capitant

HONGRIE

HAMZA, Gabor : Correspondant hongrois de l'Association Henri Capitant

INDE

DAVID, Anoussamy : Correspondant en Inde de l'Association Henri Capitant

IRAN

ERFANI, Mahmoud : Président du Groupe iranien de l'Association Henri Capitant

GOLDOUZIAN, Iradj : Secrétaire Général du Groupe iranien de l'Association Henri Capitant

ITALIE

DE VITA, Anna : Présidente du Groupe italien de l'Association Henri Capitant
ALPA, Guido : Secrétaire Général du Groupe italien de l'Association Henri Capitant

JAPON

YAMAGUCHI, Toshio : Président du Groupe japonais de l'Association Henri Capitant
KITAMURA, Ichiro : Secrétaire général du Groupe japonais de l'Association Henri Capitant
OMURA, Atsushi : Secrétaire général adjoint du Groupe japonais de l'Association Henri Capitant

KOWEIT

ELASSAR, Yousri
ROSHDI, Saïd

LIBAN

GANNAGE, Pierre : Président du Groupe libanais de l'Association Henri Capitant

LOUISIANE

LEVASSEUR, Alain A. : Président du Groupe louisianais de l'Association Henri Capitant
DOMAS, George J. : Secrétaire général du Groupe louisianais de l'Association Henri Capitant

LUXEMBOURG

GERARD, Edmond : Président du Groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant
ELVINGER, Marc : Secrétaire général du Groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant

MADAGASCAR

RAMAROLANTO-RATIARAY, Correspondant malgache de l'Association Henri Capitant

MALI

ALASSANE, Diallo : Correspondant malien de l'Association Henri Capitant

MAROC

KETTANI, Azzedine : Correspondant marocain de l'Association Henri Capitant

MEXIQUE

SANCHEZ CORDERO DAVILA, Jorge : Président du Groupe mexicain de l'Association Henri Capitant

PANAMA

BOUTIN ICAZA, Gilberto : Président du Groupe panaméen de l'Association Henri Capitant

CORBETTI, Ariel : Secrétaire Général du Groupe panaméen de l'Association Henri Capitant

PAYS-BAS

WEDEKIND, Wil : Président du Groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant

DANKERS-HAGENAARS, Diana : Secrétaire Général du Groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant

PÉROU

AVENDANO VALDEZ, Jorge : Président du Groupe péruvien de l'Association Henri Capitant

TORRES MENDEZ, Miguel : Secrétaire Général du Groupe péruvien de l'Association Henri Capitant

POLOGNE

SEWERYNSKI, Michal : Président du Groupe polonais de l'Association Henri Capitant

OLECHOWSKI, Marcin : Secrétaire Général du Groupe polonais de l'Association Henri Capitant

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria : Secrétaire Général Adjoint du groupe polonais de l' Association Henri Capitant

PORTUGAL

EHRHARDT SOARES, Rogerio : Président du Groupe portugais de l'Association Henri Capitant

LEITE DE CAMPOS, Diogo : Secrétaire Général du Groupe portugais de l'Association Henri Capitant

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. : Secrétaire Général Adjoint de l'Association Henri Capitant

PUERTO RICO

MUNIZ-ARGUELLES, Luis : Président du Groupe portoricain de l'Association Henri Capitant

RÉPUBLIQUE DOMINICAINE

C. ALVAREZ HIJO, Federico : Président du Groupe dominicain de l'Association Henri Capitant

ROUMANIE

CHIRICA, Dan

BOCSAN, Mircea Dan : Correspondant de l'Association Henri Capitant

RUSSIE

KROKHALEV, Serge : correspondant de l'Association Henri Capitant

SUÈDE

W. DUFWA, Bill : Correspondant suédois de l'Association Henri Capitant

SUISSE

PATRY, Robert : Président honoraire du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant

WESSNER, Pierre :Président du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant

MOREILLON, Laurent : Secrétaire général du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant

SYRIE

EL HAKIM, Jacques : Correspondant syrien de l'Association Henri Capitant

TCHAD

NODJIGOTO, Enoch : Président du Groupe tchadien de l'Association Henri Capitant

DJONATA DJATTO : Secrétaire Général du Groupe tchadien de l'Association Henri Capitant

THAÏLANDE

PRASERT LIMPRASERT : Correspondant du Groupe thaïlandais de l'Association Henri Capitant

VIJAYKADGA, Songkhla: Correspondant du Groupe thaïlandais de l'Association Henri Capitant

TUNISIE

BEN HALIMA Sassi : Président du Groupe tunisien de l'Association Henri Capitant

BOSTANJI, Sami : Secrétaire général du groupe tunisien de l'Association Henri Capitant

TURQUIE

POROY, Reha : Président du Groupe turc de l'Association Henri Capitant
KOCAYUSUFPASAOGLU, Necip : Secrétaire Général du Groupe turc de
l'Association Henri Capitant

ÜNAN, Samim : Secrétaire Général Adjoint du Groupe turc de l'Association Henri
Capitant

URUGUAY

A. FERRO ASTRAY, José : Correspondant uruguayen de l'Association Henri
Capitant

VIETNAM

VAN DAT, Luu : Président du Groupe vietnamien de l'Association Henri Capitant
NGUYEN Ngoc, Dien : Secrétaire général du Groupe vietnamien de l'Association
Henri Capitant

YUGOSLAVIE

PEROVIC, Slobodan : Correspondant du Groupe yougoslave de l'Association Henri
Capitant

ORTIC, Miodrag V. : Correspondant du Groupe yougoslave de l'Association Henri
Capitant.

