

Bien qu'il soit difficile d'ajouter quoi que ce soit à l'écrit que l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française a rédigé pour répondre aux Rapports de la Banque Mondiale des années 2004 et 2005 (*Doing Business in 2004: Understanding regulation, et Doing Business in 2005: Removing obstacles to growth*), au sujet de la meilleure manière de développer l'économie d'un pays à partir de la mise en place d'un système juridique adéquat, tant il nous semble complet et bien argumenté, en profondeur et hauteur de vue, le Groupe colombien de ladite Association veut exprimer en quelques lignes, non seulement sa totale identification avec les raisons d'ordre économique, juridique et philosophique que l'on y trouve pour conclure, en parfaite logique, non à la supériorité intrinsèque du système de la *common law* face au système de la *civil law*, mais contribuer, si possible, au débat, en faisant quelques remarques, très brèves, dont peut-être la seule justification est celle de parvenir d'un pays sous-développé qui, de surcroît, appartient à la famille de droit romano germanique.

Tout d'abord, il faut le dire avec netteté, l'affirmation selon laquelle l'environnement juridique, c'est-à-dire la législation et la procédure, conditionnent le développement économique d'un pays n'est rien d'autre qu'une pétition de principe. En tout cas, il s'agit d'un postulat dont la preuve de sa vraisemblance ne se trouve pas dans les Rapports *Doing Business*. Mais il s'inscrit dans la politique de la mondialisation, c'est-à-dire du règne promis du Marché, lequel doit mener, pour reprendre les paroles de l'historien français Guy Bois, "à l'établissement d'un ensemble capitaliste mondial, au sein duquel les Etats ne sont plus en mesure d'orienter efficacement les économies nationales, et qui se dote de sa propre 'régulation' interne au profit de son 'centre' auquel est conféré le pouvoir de décider où il convient d'investir, de produire, ou inversement de fermer des entreprises" (1). Tout naturellement, cela doit conduire à la modernisation, à rejeter tout ce que pourrait faire obstacle ou retarder l'avènement du monde nouveau (2). L'interventionnisme de l'Etat gêne-t-il le libre jeu des forces économiques, de l'offre et de la demande ? Supprimez-le ! Les législations qui s'inspirent du modèle romano-germanique et tout particulièrement du droit civil français, sont-elles, même en apparence, trop complexes, trop soucieuses de protéger le droit des faibles, voire, de garantir autant que possible les idéaux d'égalité et d'équité, en entravant le monde des affaires, comme semblent le dire les Rapports de la Banque Mondiale ? N'en doutez pas ! Il faut faire table rase, évoluer vers un système de *common law*, moins complexe, plus agile, en faveur des entrepreneurs et investisseurs. Ainsi prendra-t-on le bon chemin, celui du développement économique et de l'élimination de la pauvreté. Enfin, un monde de songes dont la réalité, après vingt ans de mondialisation, est plus proche du cauchemar.

Non à l'intervention de l'Etat ; oui au changement du système de droit, voilà donc, *grosso modo*, les grandes conclusions qu'on peut tirer des Rapports de la Banque Mondiale. Et pourtant ni l'une ni l'autre s'imposent avec la force de l'évidence ; c'est plutôt le contraire...

Commençons par l'interventionnisme d'Etat.

L'Etat doit intervenir dans l'économie. Il s'agit, comme tout le monde le sait, et cela est surtout vrai pour les pays en voie de développement, de corriger les défaillances du marché. C'est une activité à laquelle l'Etat ne peut renoncer sous peine de perdre toute légitimité et même sa raison d'être. Depuis les années 30, tout en s'inspirant des mesures mises en place par les gouvernements des pays parties prenantes à la première guerre mondiale et de la politique du *New Deal*, qui permit aux Etats-Unis de surmonter la dépression de 1929, presque tous les

pays sud-américains ont réformé leurs constitutions pour consacrer, en même temps que les droits économiques individuels fondamentaux (propriété privé, libre concurrence, liberté d'entreprise, etc.), le devoir de l'Etat d'intervenir (bien entendu au moyen de règlements) dans la production, l'utilisation, la distribution et la consommation des biens ainsi que les services publics. Les buts : la rationalisation de l'économie, assurer à tous les citoyens une meilleure qualité de vie ainsi qu'une équitable distribution des opportunités et des bénéfices. Donc pleine liberté économique mais dans les limites du bien commun. A titre d'exemples, c'est là que l'on trouve les bases sur lesquelles s'est développé un droit du travail qui se veut protecteur des droits des travailleurs au prix d'une réglementation qui peut paraître lourde et pleine d'obstacles aux yeux des entrepreneurs ; d'un droit des affaires qui se soucie des débiteurs malchanceux ; qui ne privilégie pas les créances des Banques sur celles des travailleurs ; enfin d'un droit des affaires qui, en matière de faillites, voudrait, autant que possible, sauver l'entreprise, source de travail, dans des pays où le taux du chômage atteint des niveaux parfois explosifs. En ce qui concerne le droit financier, les interventions de l'Etat sont multiples (taux d'intérêt, *habeas data*, etc.). Et comme dans presque tous les pays de la famille de la *civil law*, on compte avec un système de publicité foncière et un service public du notariat. Les obstacles qui peuvent en résulter pour les hommes d'affaires, en termes de vitesse et d'efficacité économique, sont, comme en France, largement compensés, par la sécurité qu'ils en obtiennent.

En tout cas, du point de vue de l'intérêt collectif, l'abandon du principe de l'interventionnisme d'Etat semble impossible. Bien entendu, les interventions peuvent parfois être excessives ou ne pas se justifier sur quelques points concrets. Evidemment, dans ces cas, les Rapports *Doing Business* peuvent se montrer utiles pour identifier les démarches et les formalités qui ne sont pas indispensables, et même servir comme source d'inspiration pour faire les correctifs nécessaires.

Le postulat selon lequel le système romano-germanique, et tout particulièrement les législations issues du modèle français, sont inférieures au système de la *common law*, est lié étroitement avec la convenance de supprimer ou d'alléger les interventions législatives. Une fois accomplie la condition de l'élimination de toute forme d'intervention, la pleine expansion du Marché exige de passer du droit écrit à un droit d'origine jurisprudentielle, car, dit-on, celui-ci "se prête mieux aux évolutions sociales". D'ailleurs, un système unique convient à tous ("*One size fits all*"). Il semble qu'aux yeux des rédacteurs des Rapports de la Banque Mondiale la *common law*, par sa souplesse, par sa simplicité, par son contact avec le monde réel, enfin par son accessibilité et la sécurité qu'elle apporte aux plaideurs, est appelée, tôt ou tard, à l'emporter. Le système de la *civil law* et, en tout cas, le droit français, doivent disparaître par la force même des choses. Pourtant, rien n'est plus faux, car les avantages de la *common law* se retrouvent, un à un et mieux caractérisés, dans le système de la *civil law*. Cela revient à dire qu'un système de droit n'est pas, par lui-même, supérieur à l'autre ; que le droit, en tant qu'expression culturelle d'un peuple, est héritier d'une conception particulière du monde qui remonte très loin dans l'histoire ; qu'il exprime l'aspiration à la justice de chacun, quelquefois entendue comme la recherche du résultat le plus utile du point de vue social, d'autres comme *ars boni et aequi* ; et qu'il reflète la façon particulière de penser de chaque peuple, en ce sens que le monde anglo-saxon se veut tributaire de la méthode inductive et d'une perception surtout pratique des choses, tandis que l'Europe continentale, la France en tête, plus idéaliste, puisant ses racines dans la pensée grecque, la Scolastique du Moyen-âge et les écoles de droit, Bologne en particulier, se veut tributaire de la méthode déductive et de la logique d'Aristote et de Saint-Thomas. Cette approche différente n'a eu aucune incidence sur les performances économiques. Le succès et la dynamique du

capitalisme trouvent leurs causes ailleurs. L'Histoire, du XV<sup>ème</sup> siècle à nos jours, est là pour le prouver (3). Et aujourd'hui, l'Allemagne, l'Italie et la France figurent parmi les membres du G7. L'Espagne ne fait pas, non plus, mauvaise figure. Pourquoi donc, nous posons la question en tant que juristes d'Amérique latine, renoncer à une tradition qui s'accommode bien à notre être et à laquelle on se sent si fier ? Cela nous amène à faire quelques remarques sur les principaux atouts du système de la *civil law*, tels qu'on les voit dans notre partie du monde.

Le droit écrit ou codifié est plus accessible aux agents de la vie juridique et économique que celui issu du *case law*. Pour ce faire, c'est-à-dire pour permettre une lecture aisée et intelligible des textes aux non initiés, les rédacteurs du Code Napoléon, et après eux M. Andrés Bello pour le Code civil chilien de 1855, puis adopté par la Colombie (1873) et d'autres pays d'Amérique Latine, ont voulu que le texte de Loi soit simple et clair. Ils ont réussi. Les codes qui se sont inspirés du Code civil français sont des modèles de syntaxe et de simplicité du langage. Et on trouve ces mêmes qualités dans les codes modernes, par exemple le Code de commerce colombien, largement inspiré du Code civil italien de 1942, qui appartient également à la famille de droit romano-germanique. De cela, découle un autre atout fondamental, celui de la sécurité, car les agents économiques peuvent calculer par avance les conséquences de leurs actes. Ce n'est pas le cas d'un droit à caractère jurisprudentiel. La lecture des arrêts ainsi que l'identification du précédent applicable au cas concret exigent une connaissance approfondie du droit, une *full immersion* dans un océan d'informations. De plus, et par la force même des choses, le droit de la *common law* évolue à pas lent. La dynamique des affaires, la vitesse à laquelle évolue le monde contemporain, exigent une réponse appropriée. Telle est, peut être, la raison pour laquelle, de nos jours, les lois (droit écrit) se multiplient en Angleterre et aux Etats-Unis. Malheureusement, cette prolifération législative ne se traduit pas toujours par des textes simples et clairs : articles trop longs, parfois mal rédigés, souvent contradictoires. On détecte ce style improvisé de légiférer, dont la paternité n'est pas forcément revendiquée par des juristes, dans la législation d'occasion qui se multiplie de nos jours en Amérique Latine, surtout en ce qui concerne le droit monétaire, le droit de la concurrence, la réglementation du crédit et le droit de la faillite. Le besoin de sécurité conseille de revenir aux vertus de la codification à la française : simplicité, clarté et prévisibilité.

Contrairement à ce qui est affirmé fréquemment, les droits codifiés ne sont pas rigides. Leur flexibilité, c'est-à-dire leur aptitude à s'adapter aux besoins changeants de la société et du monde des affaires, n'exige pas qu'une nouvelle loi vienne déroger à la loi ancienne lorsque celle-ci est déjà dépassée par les faits. Comme il est souligné par le Rapport français, "*un droit codifié peut évoluer, et fort bien, grâce à trois facteurs principaux, qui tiennent à la vitalité de ses sources, ainsi qu'à la généralité de ses règles et à leur caractère supplétif*". Il va de soi que quelques modifications majeures ne peuvent pas se faire qu'au seul moyen de lois abrogeant les textes mêmes du Code (filiation, divorce, régimes matrimoniaux, droit successoral). Les pays d'Amérique du Sud l'ont fait tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle. Des réformes ont été décidées en Colombie dès 1936 et on peut dire, d'une manière semblable à ce qui s'est passé en France, que le *corpus* a survécu, "*remanié, mais non détruit*" (4).

Toutefois, la vitalité des sources n'est pas seulement due au législateur. Elle provient aussi de la jurisprudence, qui a fait preuve, maintes fois, de sa capacité à répondre aux besoins du monde moderne et en particulier à l'*homo economicus*. Pour ne citer que quelques exemples, en Colombie la responsabilité extra-contractuelle a été entièrement remaniée par la Cour Suprême

de Justice à partir des vieux textes du Code de Bello (art. 2341 à 2360 du Code civil colombien) ; le principe général de la bonne foi informe les périodes de conclusion et d'exécution du contrat, exigeant aux parties de se comporter loyalement sous peine d'indemniser les dommages-intérêts ; la révision judiciaire du contrat par modification des circonstances économiques existantes au moment de la conclusion du contrat a été admise par la jurisprudence dès 1936, avant que le législateur (art. 868 du Code de commerce) ne lui ait donné charte de citoyenneté ; les droits de la personnalité sont protégés, grâce à l'imagination des juges, qui, très tôt, dès 1922, ont su trouver, dans la généralité des articles du Code civil, l'assise nécessaire pour condamner les auteurs du dommage à réparer le préjudice moral et celui lié au changement de train de vie (culturelle, sociale et familiale, indépendamment de toute incidence pécuniaire) de la victime ; et enfin, la jurisprudence n'a pas hésité à faire renforcer les termes du contrat, en mettant à la charge de certains débiteurs une obligation de sécurité.

Il y a aussi le principe général du caractère supplétif des règles de droit privé. Donc, une grande marge d'action pour la liberté contractuelle qui désormais n'a d'autres limites que celles de l'ordre public politique, à détermination judiciaire, et de l'ordre public économique, à détermination nécessairement législative, encore pour des raisons de sécurité, car le juge, qui ne peut pas décider par voie générale, n'est pas en position "*d'apprécier les avantages et les inconvénients économiques de tel contrat ou de telle clause -leurs incidences- qu'en raisonnant sur des ensembles, non sur des cas d'espèce*" (5). L'exercice de la liberté contractuelle -et cela prouve qu'il ne s'agit pas de systèmes fermés, mais ouverts à l'influence étrangère lorsqu'elle est bénéfique- a permis d'introduire des nouveaux types contractuels : *fiducie, leasing, franchising, factoring*, carte de crédit, etc. Donc, perméabilité salubre.

Pour finir : *common law, civil law*, deux systèmes qui sont, à parts égales, valides et efficaces. Chacun a ses propres avantages et ses propres défauts ; les deux permettent le développement de l'économie. Et les deux, par des moyens différents, par exemple, *consideration* et notion de cause, *remedies for a breach of contract* et sanctions pour inexécution du contrat, arrivent à peu près aux mêmes solutions de fond (6). Pourquoi, donc, renoncer à une tradition bien ancrée ? Et pourquoi laisser le sort de la justice distributive entre les mains du juge, incapable de mesurer les incidences de sa décision sur le plan général ?

Fernando Hinestrosa, Président de l'Université Extemado de Colombie, Professeur de droit civil, Président du groupe colombien de l'Association Henri Capitant et Felipe Navia, Professeur de droit civil, membre du Groupe

(1) G. Bois, *Une nouvelle servitude - Essai sur la mondialisation*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2003, p. 29.

(2) Cf. G. Bois, *op. cit.*, p. 53.

(3) V. F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Paris, Flammarion, 2001.

(4) J.-L. Halperin, *Le regard de l'historien*, in *Le Code civil 1804 - 2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, p. 43 et s., cité par le *Rapport Français, Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, vol. 1, Paris, Société de législation comparée, 2006.

(5) J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 216.

(6) V. D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTDciv., n° 2, avril-juin 1994, p. 223 et s..

