

3^e forum franco-allemand

3^{es} Deutsch-französisches Forum

La convergence des droits

Konvergenz der Rechte

Paris, 9 et 10 décembre 2008

Troisième Forum Franco-Allemand La Convergence des Droits Paris, 9-10 décembre 2008

Ouverture de la session

- M. le Président Louis Vogel, Président de l'Université Paris 2, Panthéon-Assas ;
- M. Jean-Marc Baissus, Directeur général de la Fondation pour le droit continental.

Louis Vogel : Monsieur le Président, Monsieur le Directeur Général, Madame la Directrice, chers collègues, Mesdames et Messieurs, je suis très heureux d'ouvrir cette troisième rencontre des juristes français et allemands, consacrée à la convergence des droits. La première a eu lieu ici même en 2006, j'y ai participé de façon active, elle portait sur le droit de la concurrence. La deuxième, à Berlin, à l'université Humboldt, organisée sur le plan scientifique par le doyen mon ami Rainer Schröder, était consacrée aux droits de l'immobilier et du patrimoine. Et voici la troisième, qui, en réalité, s'est ouverte hier puisqu'elle était précédée par un débat entre philosophes du droit allemand et français, qui a eu lieu à la Caisse des dépôts. Cette troisième rencontre montre que ces rencontres franco-allemandes prennent une sorte de rythme de croisière, puisque organisées au départ par la Caisse des dépôts, je me souviens, on avait constaté la nécessité de faire que les juristes français et allemands, qui sont si proches intellectuellement mais qui se voient si peu, se rencontrent régulièrement. Tout à l'heure le président du Conseil d'Etat disait justement que l'on constatait la même chose sur le plan des juridictions, c'est un peu pareil sur le plan des universités... On rencontre beaucoup plus les Anglais que les Allemands, et il était temps de faire quelque chose, pour que ceux qui pensent dans la même direction puissent se voir et se parler.

En tant que président de l'Université Panthéon-Assas, je suis très sensible à l'action de la Fondation et tout à fait conscient du rôle que l'université peut jouer dans le rapprochement franco-allemand. Vous le savez, notre université, mais cela n'est pas un modèle, d'autres font exactement la même chose, a mis en place trois filières intégrées. La première fonctionne avec l'Université de la Sarre, très proche de la frontière française, je crois qu'elle est représentée ici ce matin. Nous recevons à Paris II des étudiants français et allemands, qui commencent leur cycle d'études à Sarrebruck et les terminent à Assas.

Nous avons mis en place aussi une filière intégrée avec l'Université Humboldt de Berlin, c'est un parcours très complet, puisque les étudiants passent deux années en France puis deux ans en Allemagne, et cela se termine en Allemagne par un master de droit français,

un master délocalisé, un master de droit comparé ouvert aux juristes franco-allemands. Parallèlement, ils obtiennent un diplôme allemand, un *Magister Legum*. Nous sommes en train de fabriquer un nouveau type de juristes, capables de se débrouiller dans les deux systèmes.

Troisième filière, nous avons organisé cela avec Munich, même système, les étudiants se trouvent dans des groupes intégrés, deux ans en France et deux ans en Allemagne, et là encore, cela se termine par un master de droit européen des affaires. Nous avons maintenant des promotions d'une dizaine d'étudiants en français et la même chose en allemand chaque année, en direction de chacune de ces universités. Il y a véritablement quelque chose qui est en création, qui est souvent ignoré, parce que cela débouche ensuite sur des thèses de droit comparé, de vraies thèses de droit comparé, c'est-à-dire écrites par des personnes qui connaissent véritablement le droit de l'autre et pas seulement capables d'en parler de façon élégante.

Je crois que cette coopération franco-allemande, au-delà de la France et de l'Allemagne, concerne véritablement l'Europe, l'Europe tout entière. Quand la France et l'Allemagne marchent du même pas, l'Europe avance. Et les thèmes retenus ce matin et cet après-midi témoignent déjà des progrès accomplis. Ce matin, le régime matrimonial commun franco-allemand, qui est sur le point, ce traité, d'être signé, et cet après-midi, les thèmes qui vraiment sont d'un intérêt commun pour les juristes continentaux, l'efficacité économique du droit, thème qui nous vient des pays du Common Law, que nous saurons nous aussi acclimater, et puis le cadre commun de référence. Je voudrais pour finir remercier très chaleureusement tous les orateurs, spécialement ceux venus d'Outre-Rhin, les représentants des associations franco-allemandes, dont j'ai compris ce matin qu'il y en avait en réalité deux, une de chaque côté de la frontière : je voudrais souhaiter à nos voisins un très bon séjour à Paris et un excellent colloque à tous. Je vais me hasarder à quelques mots en allemand. Merci. *Ich wünsche Ihnen einen sehr angenehmen Aufenthalt in Paris. (Je vous souhaite un agréable séjour à Paris).*

Jean-Marc Baïssus : Je vais me permettre de vous faire une présentation des résultats d'une étude qui me semble répondre à un certain nombre de questions, qui ont donné lieu notamment à la création de la Fondation. Cette étude est à l'origine faite par deux instituts reconnus à Oxford, the *Oxford Institute of European and Comparative Law*, et the *Oxford Centre Socio-Legal Studies*. C'est une étude anglaise, cofinancée par l'Union européenne, qui a sondé les directeurs juridiques d'une centaine de grandes entreprises européennes, le critère étant plus de 250 salariés et plus de 50% d'activité à l'international. Les résultats de cette étude sont assez étonnants, de l'aveu même des chercheurs.

La première question posée aux directeurs juridiques était : selon vous, y a-t-il des différences considérables entre les systèmes juridiques européens ? Oui, à 84%, les

systèmes juridiques sont différents. Est-ce que cette différence entre systèmes juridiques conditionne votre choix en tant que directeur juridique de l'entreprise pour le droit applicable au contrat ? Oui à 86%. L'attitude du directeur juridique d'entreprise, c'est effectivement de choisir le droit applicable au contrat qu'il rédige ou qu'il commande.

Puisqu'il y a ce choix de droit contractuel, est-ce que vous estimez qu'il y a beaucoup de différence entre ce qu'offre le droit européen ? Oui, à 71%. Puisqu'il y a toujours des différences entre les droits, y a-t-il des différences entre la façon dont travaillent les juridictions en Europe ou même dans le monde ? Réponse, 79% de oui. On voit que le choix du droit et le choix de la juridiction sont des critères très importants pour les praticiens quand ils rédigent leurs contrats.

Maintenant viennent les questions plus délicates. Puisqu'il y a des différences, qu'est-ce que vous préférez ? Quel est, selon vous, le système juridique le plus fréquemment choisi, pour gouverner les contrats internationaux de ces grandes entreprises européennes ? Voici la perception. Les systèmes du Common Law les plus fréquemment choisis sont le système anglais à 38%, le système américain à 8%. Le système français est choisi pour 8% des contrats, le système allemand pour 3%, l'italien pour 1%. Voilà ce qui est perçu. C'est la réponse quand on demande à quelqu'un : à votre avis, quel est le système le plus souvent choisi ? Il est intéressant de comparer à la question suivante : quand vous négociez un contrat, quel est votre système juridique préféré ? Là, nous avons des résultats complètement différents. Si l'on additionne les contrats passés sous le régime du droit anglais ou du droit américain, nous arrivons à 20 % et non 46%. La situation de l'Italie est spectaculaire puisque dans la perception, seul 1 % des contrats internationaux sont gouvernés par le droit italien, alors que dans la réalité, c'est 12%.

Question suivante: quel est selon vous le droit le plus fréquemment utilisé pour les contrats commerciaux internationaux ? Sous entendu, selon vous que font tous vos collègues ? Qu'est-ce que vous faites collectivement ? Réponse : 70% des contrats passés par les grandes sociétés européennes sont gouvernés par le droit anglais ou américain. Quelle est la proportion des contrats gouvernés par le droit français : 1%. Par l'allemand : 2%. C'est la perception. Quelle est la réalité ? Quel est votre droit préféré quand vous faites un contrat, votre pratique personnelle ? On retrouve la Common Law : 21% pour le droit anglais et 4% pour le droit américain, soit 25%. On passe de 70% de perçus à 25% de réalité. Les pourcentages pour la France et l'Allemagne : 14% et 16% recourent, en fait, le pourcentage de juristes dans cet échantillon, formés respectivement en France et en Allemagne.

On continue dans les questions délicates. Quel est, selon vous, le pays européen qui a le système juridique le plus favorable aux entreprises ? Vous reconnaîtrez peut-être, pour ceux qui sont familiers de ces questions, le genre de questions posé par le rapport de la Banque mondiale, c'est la notion de *business-friendly*. Réponse, Angleterre : 26%, France : 11%, Allemagne : 21%. Il faut là effectuer un rapprochement avec le lieu de formation des sondés : où sont-ils formés ? 17% le sont en Angleterre, 11% en France, 20% en Allemagne. Il faut donc comparer ces deux chiffres. Au point

près, cela correspond. Si vous ajoutez les juristes ou directeurs juridiques d'entreprise, formés en Angleterre et aux Etats-Unis, 27%, vous avez exactement le même taux. Quant au recouvrement de la réponse du droit préféré ou du système le plus favorable, plus exactement par rapport à la formation, c'est au point près également que l'on retrouve la formation d'origine de ces juristes. Première conclusion : quel est le droit préféré en Europe ? Réponse, c'est le droit du directeur juridique. C'est la réalité aujourd'hui, même si la perception est différente.

On va de plus en plus dans les questions délicates. Quel pays européen selon vous a le système le moins favorable aux entreprises ? Le droit italien est le moins favorable pour 23%. Là encore, on retrouve des corrélations, négatives cette fois, avec la formation. On voit que les juristes italiens, qui représentent 13% de l'échantillon, ne doivent pas avoir beaucoup confiance eux-mêmes dans leur système. Pourtant, nous avons vu plus tôt qu'il y avait 12% de contrats gouvernés par le droit italien. Il est étonnant de voir de telles différences entre perception et réalité, l'importance de l'élément psychologique dans le choix du droit applicable.

Y a-t-il un droit que vous cherchez à éviter quand vous négociez un contrat international ? Réponse, oui à 72%, La question, évidemment, qui suit est : quel droit cherchez-vous à éviter ? Le droit américain. Pour les directeurs juridiques des grandes entreprises européennes, le droit à éviter en priorité, c'est le droit américain. Nous sommes bien sur une perception. Dans quelle mesure est-elle le reflet de la réalité, de l'expérience ? Cela reste encore à voir. Mais c'est surprenant. C'est une contradiction d'autant plus surprenante, que nous avons vu plus haut que, à 70% on estimait que c'était le régime le plus fréquemment utilisé. En d'autres termes, les juristes européens, s'ils ont des conceptions considérant que le droit de Common Law, généralement, domine les relations commerciales en Europe, quand ils parlent de leur pratique, ils se vivent comme des résistants, comme des exceptions.

Y a-t-il un système judiciaire que vous cherchez à éviter quand vous négociez un contrat international ? Oui à 70%. C'est donc véritablement un critère, quelque chose qui rentre en ligne de compte quand un juriste rédige un contrat. Lequel ? Etats-Unis : 16%, Angleterre : 9%. La France a 3%, les Allemands ne sont même pas sur le graphique. Moins de 3% des sondés ont désigné le système allemand comme étant un système à éviter. Un quart des juristes d'entreprises européens estime qu'il faut éviter le recours aux juridictions anglaises ou américaines.

Une série de questions qui a trait au dernier thème de notre journée : l'idée d'un droit commun, d'un droit international, que l'on pourrait utiliser notamment au niveau européen pour faciliter les relations économiques. La négociation des contrats internationaux serait-elle facilitée s'il y avait un droit européen, ou même un droit international unique, que pourraient choisir les parties ? La réponse est à 72% oui, nous aimerions avoir un droit unique, notamment un droit unique européen.

Plusieurs questions sont donc posées sur ces droits communs qui existent, ou sur des critères de référence qui existent déjà. Avez-vous décidé, quand vous négociez un contrat international, d'utiliser les principes UNIDROIT ? Avez-vous intégré les principes UNIDROIT dans vos contrats ? Là, on commence à avoir des surprises : jamais ou presque jamais à 83%. Quand vous négociez un contrat international, avez-vous décidé qu'il pourrait être gouverné par les principes du droit européen des contrats ? Avez-vous déjà incorporé ces principes dans vos contrats ? Réponse, jamais ou presque jamais à 96%.

Evidemment cela n'a que la valeur d'un sondage, mais quand on en est à ce niveau, il faut aussi que nous nous posions la question en tant que juristes, sur l'impact des normes que nous négocions. Quel est l'usage de la convention de Vienne CISG, Convention on the International Sale of Goods ? A 50% on n'utilise pas ou on cherche à éviter la référence à la Convention de Vienne, même si on se trouve dans un État signataire.

Quelle serait alors la meilleure solution pour votre entreprise, puisque vous vouliez un droit commun ? Et on a une série de réponses, qui sont distribuées de manière assez équilibrée sur les différentes compositions. Un système juridique européen unique pour le droit commercial, 22%. Un système juridique qui ne gouvernerait que les relations internationales, transfrontalières, on voit bien un peu la référence : 25%, un quart... Ou simplement une harmonisation des systèmes européens, vous retrouvez évidemment la problématique du CCR : 38%.

Quels seraient les avantages d'une harmonisation de ces systèmes juridiques ? Le premier critère, la première argumentation qui est retenue par ces juristes d'entreprise, c'est qu'il serait moins cher. Il s'agirait essentiellement de se poser la question du coût de la prestation juridique, pour voir, sans doute, celle de la référence à un droit commun qui perd beaucoup d'intérêt, puisque, j'en reviens à la constatation initiale, le premier droit applicable au contrat, c'est le droit du directeur juridique de l'entreprise. L'autre objectif étant d'éviter le recours aux juristes dans le pays contractant.

Voici donc une vision très rapide de cette étude. Il me semblait intéressant, en guise d'introduction à cette conférence, de mettre un peu de chiffres, de statistiques, dans des échanges où nous, juristes, parlons souvent de qualitatif, de sécurité du contrat, de rapidité, de qualité de la norme, etc. J'ai bien conscience que nous sommes sur un indice de perception. Il ne s'agit pas nécessairement du reflet de la réalité. Mais les indices de perception, quand ils sont maniés avec précaution, donnent des indications intéressantes. Là, l'indication, c'est bien la distorsion qui existe entre la pratique et la perception de la réalité. Nous sommes chez des gens de terrain, des directeurs juridiques d'entreprises.

Nous allons accueillir maintenant Madame Pascale Fombeur, Directeur des Affaires civiles et du Sceau au Ministère de la Justice et M.Gerrit Stein, son homologue, au ministère fédéral de la Justice allemand.

Première Table Ronde : le Régime Matrimonial Commun

Introduction :

- Mme Pascale Fombeur, Directrice des Affaires civiles et du Sceau au Ministère de la Justice ;
- M. Gerritt Stein, Ministerialdirektor au Ministère de la Justice allemand.

Interventions :

- M. le Pr Philippe Simler, université de Strasbourg ;
- Me Jean-Marie Ohnet, notaire à Strasbourg ;
- Me Max Braeuer, notaire et avocat à Berlin ;
- Me Eva Becker, avocate à Berlin ;
- Me Béatrice Weiss-Gout, avocate à Paris.

Modératrice :

- Mme Christelle Hilpert, Chef du bureau du droit des personnes et de la famille au Ministère de la Justice.

Pascale Fombeur : M. le Directeur Général, M. le Directeur, Mesdames et Messieurs, c'est avec beaucoup de plaisir que je participe aujourd'hui, aux côtés de mon homologue allemand, au colloque que la Fondation pour le Droit Continental consacre à la convergence des droits. Je vous remercie d'avoir mis à l'ordre du jour de cette journée, le projet de régime matrimonial franco-allemand. Je suis en effet persuadée que dans de nombreux domaines, il est important de rapprocher nos droits. C'est le cas tout particulièrement des droits de la famille, compte tenu du nombre croissant de mariages binationaux, qui représentent aujourd'hui 15% des mariages en France, et compte tenu de la mobilité des citoyens, qui sont amenés à s'installer et à déménager au-delà des frontières. Les ministères de la Justice allemand et français travaillent depuis plus de deux ans à la création de ce régime, dans le cadre d'un groupe de travail, composé d'experts de nos deux pays. Je laisserai Madame Hilpert, qui est chef du bureau du droit des personnes de la famille au Ministère de la Justice en France, et les membres experts de ce groupe, vous présenter plus en détail les résultats de leurs travaux. A ce stade, je me contenterai de me réjouir très vivement de leur présence. Je tiens à les remercier de l'excellent travail qu'ils ont accompli : ils nous ont apporté toutes leurs pratiques, toutes leurs expériences pour aboutir à un projet qui sera, je l'espère, véritablement adapté aux besoins des couples.

En matière de droit civil, il est exceptionnel de parvenir à une harmonisation du droit matériel. Même dans le cadre de l'Union européenne, nous nous contentons, avec

difficulté, d'harmoniser nos règles de conflits de lois et de faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements. Cela est encore plus vrai dans le droit de la famille, qui est marqué par des différences très importantes selon les pays d'Europe, et gouverné par la règle de l'unanimité au Conseil de l'Union européenne. Avec le régime matrimonial franco-allemand, nous sommes parvenus à un rapprochement du type le plus poussé que l'on pouvait imaginer entre les droits français et allemand, puisqu'il s'agit de créer un régime matrimonial commun, de part et d'autre du Rhin, l'objectif est de faciliter la vie des couples. Aujourd'hui, un couple franco-allemand peut choisir un régime matrimonial français ou un régime matrimonial allemand. Ces régimes sont différents, mal connus par les professionnels de l'autre pays, après la séparation du couple ou après le décès de l'un des époux, un notaire français aura du mal à liquider en France un régime matrimonial allemand qu'il ne connaît pas. En Allemagne, un notaire allemand sera mal à l'aise pour liquider un régime matrimonial français. Le régime matrimonial franco-allemand, qui obéira à des règles de fonctionnement et de liquidation communes devra mettre fin à ces difficultés, permettre une plus grande sécurité juridique pour les couples. Il sera proposé non seulement pour les couples franco-allemands, mais également à tous les couples qui vivent en France ou en Allemagne, où l'un des membres a la nationalité française ou allemande. Il s'agit d'un régime optionnel, donc un régime supplémentaire, qui est proposé en plus des régimes existants déjà en droit français ou en droit allemand. Il correspond à un régime, pour simplifier, de participation aux acquêts. Aujourd'hui, les négociations sont achevées. Elles ont abouti à un projet de traité entre la France et l'Allemagne, qui devrait être signé au début de l'année 2009, après une ultime phase de relecture. Je dois dire que ce traité constituera une grande avancée juridique, ce sera la première fois que deux pays de l'Union européenne harmoniseront leurs droits matériels, dans un domaine aussi complexe et aussi sensible. Ce sera aussi une grande avancée politique dans le cadre des relations franco-allemandes, qui témoignent, s'il en était besoin, de la proximité de nos deux pays et de la solidité du couple franco-allemand. Ce projet pourra d'ailleurs servir de moteur et d'exemple aux États qui le souhaiteront : ils pourront adhérer au traité qui sera conclu entre l'Allemagne et la France, et nous n'excluons pas qu'un jour ce régime matrimonial puisse être choisi par des couples franco-belges ou par des couples germano-luxembourgeois par exemple. En tout cas, c'est notre souhait. Ce sera proposé aux autres États de l'Union européenne. Je laisse la parole à Monsieur Stein, en le remerciant très vivement pour tout le travail accompli par lui et par son équipe au Ministère de la Justice allemande, dans le cadre de la préparation de cet important projet.

Gerrit Stein : Je remercie vivement ma très chère collègue, Mme Fombeur. Mesdames et messieurs, c'est pour moi un très, très grand plaisir d'être aujourd'hui dans cette respectable salle de la Sorbonne, aux côtés de mes chers collègues français et de dire quelques mots au cours de leur troisième séminaire franco-allemand sur le thème de « la Convergence des Droits ». Tout d'abord, permettez-moi, puisque nous sommes à

quelques jours de Noël d'une année importante pour l'Europe et pour la France, de dire quelques mots de reconnaissance collégiale envers les collègues du Ministère de la Justice français à propos de la Présidence qui, d'après nous les Allemands, a été remarquablement bien menée d'un point de vue juridique. Félicitations, ma chère collègue ! Je pense que vous passerez de très joyeuses fêtes de Noël. Mesdames et Messieurs, à partir de là, de la scène européenne, passons directement au thème auquel la séance de ce matin se consacre : nous savons tous que la collaboration judiciaire dans les affaires civiles ne permet aucune unification des droits familiaux matériels au sein de l'Union Européenne. Il s'agit bien là d'un domaine de traditions, qui sont si diverses à travers l'Europe et qui sont liées de façon si différente à des concepts et des objectifs de droits familiaux, que cela nécessite beaucoup de temps et que nous ne sommes probablement pas assez nombreux en Europe pour avancer dans le domaine du droit matériel. Afin de réaliser une telle avancée vers l'uniformisation juridique, il faut justement prendre des directions aux principes semblables concernant les juridictions et les concepts de droits familiaux et sociaux. Cette similitude, et cela a, je pense, été démontré par notre projet de régime matrimonial optionnel, existe dans beaucoup de domaines si l'on compare la France et l'Allemagne. Et cela, mesdames et messieurs, est naturellement la base sur laquelle notre projet de régime matrimonial optionnel commun peut prendre une bonne tournure avec la collaboration du reste de l'Europe. Je souhaiterais également évoquer, Madame Fombeur a déjà abordé le sujet, le fait que les collaboratrices et collaborateurs des deux Ministères et un nombre important d'experts scientifiques remarquables ont réalisé un travail vraiment intéressant, complet et intégral. Et ils ont mis au point un projet d'accord de droit international, qui se peut se manifester, je pense, aussi bien au Ministère de la Justice français qu'au Ministère de la Justice allemand et, ce qui est le plus fondamental, qui peut apporter quelque chose aux gens. Je remercie grandement et expressément tous les expertes et experts des deux pays pour les efforts qu'ils ont fournis. Cela est totalement inestimable. Le projet crée une transparence et une sécurité juridiques pour une multitude de couples binationaux franco-allemands, à qui ce nouveau régime matrimonial optionnel est destiné en premier lieu. Il peut y avoir des problèmes concernant le patrimoine des époux, car les régimes matrimoniaux légaux des pays concernés sont jusqu'à présent différents et ne sont pas toujours connus. Je pense que c'est une bonne chose que, pour élaborer le modèle, les experts aient tiré profit du fait qu'il y ait des régimes matrimoniaux optionnels dont peuvent convenir les époux, non seulement en France mais également en Allemagne. Le régime de participation aux acquêts semblait être particulièrement approprié pour servir de base à ce travail. Précisément aussi parce que le régime matrimonial repose sur le principe de la séparation des biens. Cela est simple et ne nécessite que relativement peu de dispositions réglementaires de suivi. Et le nouveau régime matrimonial optionnel supplémentaire créé et peaufiné à partir de cette base aura, je pense, de fortes probabilités d'être choisi par autant de couples que possible dans les deux pays après sa mise en application dans les deux législations. Et, dans ce contexte, je pense qu'il est également bon que le régime matrimonial optionnel ait été consciemment laissé ouvert à

deux égards : parce qu'il déborde du champ d'application des couples de nationalités différentes et concerne également d'autres intéressés et parce qu'il permet à d'autres États membres de l'Union Européenne d'adhérer à cet accord et peut alors établir un véritable pont pour une collaboration judiciaire dans l'ensemble des affaires civiles. Je vous épargne les détails pour le moment. Vous les aborderez ici au cours des réunions et vous êtes certainement plus compétents que moi pour le faire. Mais, mesdames et messieurs, je souhaiterais à nouveau évoquer une chose. De réels efforts ont été fournis afin de trouver une réglementation véritablement juste et efficace et d'y intégrer les meilleurs éléments des deux législations. Et donc il n'est pas vraiment important de savoir quel est le pourcentage de français et quel est le pourcentage d'allemand ? Dans un tel contexte, ceci n'est finalement pas la question. J'ai moi-même bien vu que je ne pouvais pas déterminer ce qui était français et ce qui était allemand, cela est donc complètement égal. Je reconnais des éléments allemands et je reconnais, par exemple en analysant l'ancien « régime primaire », un élément français dans la structure et c'est à proprement parlé la logique d'un tel travail, la fusion de bonnes réglementations de deux droits constitutionnels établis et de grande envergure. Encore une fois, mesdames et messieurs, le projet d'un accord de régime matrimonial optionnel franco-allemand peut aller encore plus loin que la seule collaboration judiciaire dans les affaires civiles, il comporte une harmonisation des droits familiaux, qui est exclue par le droit communautaire actuel. Et l'avantage est qu'il ne tombe pas dans des idées quelconques d'un code de la famille européen, sur lequel, mesdames et messieurs, vous et d'autres experts pourriez encore travailler 100 ans.

Mais ce projet est, pour ainsi dire, bien établi et saisit les complexités concrètes rencontrées par les citoyennes et citoyens de France et d'Allemagne, il les prend en considération et leur apporte une solution avec une intensité de réglementation suffisante. Je pense qu'au vu de la particularité des relations franco-allemandes, c'est un chemin sur lequel nous pouvons continuer à marcher, à avancer afin d'y trouver des modèles, d'y chercher des modèles, qui pourraient être des modèles à transposer dans la pratique au niveau de toute l'Europe. Je crois, que l'on a également besoin d'idées sur ce point, à savoir des idées qui pourraient aider les citoyennes et citoyens de France et qui pourraient également aider à la mise en application et avoir des effets au-delà. Je suis certain, mesdames et messieurs, que ce forum sera riche en idées de ce genre pour l'avenir. Et tout à fait personnellement, je souhaite de bon cœur que cette manifestation se déroule de façon agréable, stimulante et productive. Merci bien.

Jean-Marc Baïssus : Mme le Directeur, M. le Directeur, merci de ces mots qui nous ont convaincus que cette réalisation est au-delà d'un pont ou d'un partenariat franco-allemand, puisque nous parlons vraiment d'une fusion des droits, où les éléments des uns et des autres se reconnaissent à peine, tellement ils se sont bien mariés. Nous espérons effectivement que ce sera à l'avenir un précédent qui nous conduira vers d'autant plus de

réalisations communes du même genre. Je vais appeler le panel autour de Madame Hilpert.

Christelle Hilpert : Je souhaitais remercier Mme la Directrice et M. le Directeur de cette introduction franco-allemande du régime matrimonial commun, qui montre bien à quel point nos deux ministères ont travaillé main dans la main, depuis septembre 2006, pour permettre à ce projet d'aboutir. Comme vous l'ont dit les directeurs des Affaires civiles les travaux de rédaction du régime matrimonial commun sont maintenant terminés. Nous allons pouvoir vous présenter, avec l'ensemble des experts français et allemands qui ont participé à l'élaboration de ce régime, le contenu du régime matrimonial commun. Je souhaiterais, avant d'entrer dans le vif du sujet et laisser la parole aux experts, vous présenter la méthode qu'a suivie le groupe de travail, ainsi que les choix que nous avons été amenés à opérer.

En ce qui concerne la méthode, nous avons suivi une méthode très pragmatique, qui est certainement plus allemande que française sur ce point. Parce que, je dois dire qu'après deux ans de négociations, on s'est rendu compte du côté français, qu'on avait peut-être un esprit très théorique et que nos amis allemands avaient un esprit beaucoup plus pragmatique, et cela nous a bien aidés pour trouver des solutions dans le cadre de ce régime.

On a suivi une méthode très pragmatique, qui a toujours consisté en deux temps : le premier, c'est le temps d'analyse des droits réciproques de chacun de nos deux pays, à la fois sur le plan théorique et sur le plan pratique. Cette phase a été très intéressante pour nous tous, très riche, et nous a repoussés dans nos retranchements, parce qu'il a fallu démontrer aux autres pourquoi tel point du régime était intéressant, expliquer aussi les raisons de tel fonctionnement du régime matrimonial français. C'était vraiment une phase très intéressante et qui nous a permis de nous rendre compte à quel point des notions, qui pouvaient paraître identiques au départ, pouvaient être très différentes, en réalité, en Allemagne et en France, qu'on avait des façons différentes d'aborder certaines choses. Cette phase d'analyse préalable était vraiment indispensable pour nous comprendre et nous permettre d'avancer dans le cadre de la rédaction de ce régime.

Le deuxième temps de notre analyse a toujours été un temps de recherche de solutions, de solutions pragmatiques, utiles pour les couples, avec toujours à l'esprit la volonté de créer un régime matrimonial qui serait choisi par les couples, pas un beau régime matrimonial sur le papier, mais un régime matrimonial utile et qui présenterait des avantages, par rapport aux régimes matrimoniaux existant en France et en Allemagne.

En suivant cette méthode, nous avons été amenés à faire certains choix.

Nous avons fait un premier choix sur le contenu du régime, un tour d'horizon des régimes matrimoniaux qui existent en France et en Allemagne. On a également regardé à l'étranger, on s'est intéressé aux régimes matrimoniaux italiens, et on s'est vite rendu compte que, ce qui serait intéressant à créer, c'est un régime moderne, inspiré de la

participation aux acquêts. Premier choix important, faire un régime inspiré de la participation aux acquêts. Deuxième choix, important également, celui sur le champ d'application du traité. On avait le choix entre deux alternatives, soit faire un régime matrimonial franco-allemand restreint, réservé aux couples français résidant en Allemagne, ou couples allemands résidant en France, ou couples franco-allemands. On s'est rendu compte que cela ne présentait aucun intérêt. Selon les statistiques : en France il y a à peu près 860 mariages franco-allemands célébrés chaque année, ce qui n'aurait pas fait beaucoup de candidats au régime matrimonial commun. Environ 150.000 ressortissants allemands en France et 110.000 ressortissants français en Allemagne. On s'est rendu compte qu'il fallait faire quelque chose de beaucoup plus large. On a donc choisi de créer un régime matrimonial, qui pourrait être choisi par tous les couples qui relèvent de la loi matrimoniale française ou de la loi matrimoniale allemande. Ce régime matrimonial pourra être choisi par deux Belges, par exemple, qui résident en France, qui peuvent choisir un régime matrimonial français, et ils pourront aussi choisir ce régime matrimonial franco-allemand.

Enfin, le dernier choix que l'on a opéré, est celui de la portée du traité bilatéral que l'on s'appropriait à signer entre nos deux pays. On a décidé de faire, non pas un traité fermé, uniquement réservé à la France et à l'Allemagne, mais un traité ouvert, qui permettrait ultérieurement à d'autres pays d'adhérer et de choisir le régime matrimonial commun, s'il présentait évidemment des intérêts pour ces pays.

Je vais laisser la parole aux experts qui vont vous présenter le projet de régime matrimonial franco-allemand. Je vais tout d'abord laisser la parole au professeur Simler qui est l'un des grands spécialistes des régimes matrimoniaux français, et qui va vous faire une présentation des régimes matrimoniaux français, et surtout du régime de la participation aux acquêts français, dont on s'est inspiré en partie pour créer le régime matrimonial commun.

Philippe Simler : Je pense qu'une présentation générale du droit matrimonial français est utile car ce nouveau régime doit s'inscrire dans un paysage, et pour savoir comment il peut prospérer dans ce paysage, il faut évidemment connaître ce paysage. Le droit des régimes matrimoniaux plonge ses racines historiques et sociologiques très loin dans le temps, et c'est ce qui peut expliquer aussi les différences, non seulement sur le plan technique, mais sur la méthode que le groupe de travail a rencontrée, dans cette élaboration d'un régime commun franco-allemand.

La France, du point de vue du droit matrimonial, est profondément communautaire. Elle l'est depuis longtemps : on trouve des traces de régime de communauté dès le début du deuxième millénaire, le régime de communauté peut-on dire à 1.000 ans d'âge. Avant la Révolution française, il n'y avait pas un paysage uniforme, mais je pense que les connaisseurs savent très bien que c'est surtout la partie

nord de la France qui était communautaire, alors que la partie sud était plutôt de droit écrit, donc de tradition romaine, et en fait, plutôt séparatiste. Non pas que le régime de séparation de biens ait été le plus répandu, il y avait très largement un régime dotal, qui n'existe plus aujourd'hui, qui était fondamentalement inégalitaire, comme le sont restés d'ailleurs les régimes matrimoniaux pendant longtemps. Le grand mérite des rédacteurs du Code civil, il n'a pas été mince, a été d'unifier le droit français, plus particulièrement le droit matrimonial français. Cela ne s'est pas fait sans débats, et l'on est passé très près d'un système binaire pour les deux parties de la France. On l'a évité, c'est donc le régime majoritairement inspiré par la Coutume de Paris qui a été retenu par le Code civil comme régime matrimonial légal, qui s'applique, à défaut de contrat de mariage, et ce régime a été celui de la communauté des meubles et acquêts, qui a perduré dans le régime légal jusqu'en 1965. Ce régime était que tous les biens meubles et les biens immeubles acquis à titre onéreux pendant la durée du mariage, étaient communs. Mais le plus important dans ce régime, comme aujourd'hui encore, n'est pas tellement la répartition des biens entre les époux. Le plus important, c'est l'organisation des pouvoirs. Et ce régime de l'époque du Code civil restait profondément inégalitaire. Le mari disait-on était « seigneur et maître de la communauté », il avait l'usufruit des biens propres de la femme, on ne laissait à la femme qu'un certain nombre de mesures de protection, une hypothèque légale sur les biens du mari, la possibilité de demander la séparation des biens, la possibilité finalement de renoncer à la communauté si elle était déficitaire. En somme, les pouvoirs au mari, la protection la femme : c'était le maître mot de ce régime. Bien sûr, les futurs époux pouvaient aussi choisir un autre régime matrimonial, en vertu du principe de la liberté des conventions matrimoniales, qui est toujours d'actualité. Ils pouvaient choisir un régime de séparation, ou une autre communauté plus étroite ou plus large. Cependant, hier comme aujourd'hui, une immense majorité de nos concitoyens ne font pas de contrat de mariage, cela représente environ 90%, plutôt un peu plus aujourd'hui qu'hier, et sont donc soumis à ce régime légal.

Au début du XXe siècle, on a commencé à réfléchir à une réforme, dans les années 1930, en particulier. Le régime de la participation aux acquêts, qui venait d'apparaître dans certains pays nordiques, avait de très fervents adeptes. Divers projets avaient été déposés en ce sens, mais finalement des résistances se sont manifestées et on n'aboutira à rien avant la Seconde Guerre mondiale, sinon à la reconnaissance en 1938, de la capacité de la femme mariée. Rétrospectivement, cela fait froid dans le dos, jusque-là la femme mariée était incapable, et soumise à la puissance maritale de son conjoint. Quelques progrès mineurs ont été faits ensuite, en 1942, et il faudra attendre les années 1960 pour que cette question soit remise sur le métier. A nouveau, il a été question d'une participation aux acquêts, qui avait de nouveau de chauds partisans. Finalement l'opinion publique a été décisive, puisqu'un vaste sondage d'opinion, réalisé en 1962 je crois, a révélé qu'une grande majorité des Français tenait à l'idée d'une communauté de biens. C'est une communauté plus réduite qui a été choisie par le législateur en 1965, une communauté réduite aux acquêts, dans laquelle tous les biens antérieurs au mariage et

tous les biens reçus de la famille par succession, donation ou testament, restent propres. Cette restriction de la composition de la communauté est évidemment un élément important de ce nouveau régime, mais c'est, une fois de plus, l'organisation des rapports entre les époux, qui a été beaucoup plus profonde et plus importante. Les points marquants de cette nouvelle communauté, c'est d'abord que le mari n'est plus seigneur et maître de la communauté, mais il reste le chef de la communauté. C'est seulement en 1985 que l'égalité parfaite sera établie. Il reste le gérant de la communauté, mais c'est un gérant responsable, qui doit rendre des comptes. En outre, pour les actes les plus importants, sur les immeubles, les fonds de commerce, les droits sociaux non négociables, les baux ruraux et commerciaux, l'accord des deux conjoints était rendu nécessaire, sous peine de nullité de l'acte. Et puis il y a un régime primaire, qui est applicable à tous les époux, et qui constitue, en quelque sorte, un socle de règles essentielles, concernant les pouvoirs et les libertés essentielles des époux, la solidarité pour les dettes ménagères, la protection du logement de la famille, mais aussi la possibilité d'en appeler au juge, si le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté ou encore si son refus de coopérer n'est pas conforme à l'intérêt de la famille. Reste le principe de la liberté des conventions matrimoniales. D'autres régimes pouvaient être choisis, sous réserve qu'ils fussent égalitaires, et c'est la raison pour laquelle le régime dotal, par exemple qui était fondamentalement inégalitaire, a été écarté, interdit en fait depuis 1965. Et bien sûr, depuis 1965 aussi, les époux peuvent changer de régime matrimonial, la loi du 23 juin 2006 a facilité ce changement, non pas, comme on aurait pu le souhaiter, à supprimer totalement l'homologation judiciaire, mais du moins à la supprimer dans certains cas, et en particulier si les époux changent de régime matrimonial alors qu'ils n'ont pas d'enfant mineur. Il reste un droit d'opposition pour les enfants majeurs et les créanciers : c'est donc en quelque sorte une demi-mesure, une demi-libéralisation qui a été entreprise en 1965.

Alors quelle est la place de la participation aux acquêts dans ce dispositif ? La vérité oblige à dire qu'elle est actuellement très modeste. Il n'y a pas d'instrument statistique systématique des régimes matrimoniaux et des contrats de mariage en France, on peut le regretter. Mais on considère que c'est toujours en gros une proportion de 10% des futurs époux qui font un contrat de mariage. 90% sont soumis au régime de la communauté légale. Et parmi ces 10%, une forte moitié opte pour le régime de séparation de biens, pour des raisons diverses, notamment en raison des risques que la communauté peut représenter, pour des époux ayant une activité à risques justement, commerciale, susceptible de mal tourner, si j'ose dire. Une petite moitié de ces 10% choisit encore la communauté, une communauté différente, universelle, la communauté légale aménagée différemment puisque différentes possibilités existent, notamment du point de vue de la liquidation du régime, de prévoir les modalités de la liquidation. Dans mon énumération, il ne reste pas de place pour la participation aux acquêts. On estime que parmi les 10% d'époux qui font un contrat de mariage, environ 2 à 3% choisissent la participation aux acquêts. Cela veut dire 2 à 3 pour 1.000, si on prend l'ensemble des

couples mariés : c'est très peu. On peut s'interroger sur les raisons de cette désaffection. Elles sont un peu mystérieuses. L'une d'elles est sûrement la tradition communautaire, très ancienne et très ancrée dans l'esprit de nos citoyens, car la séparation de biens, il faut le reconnaître, alors qu'elle est fortement conseillée à tous les époux qui ont une profession à risques, n'a pas non plus un succès considérable : 5%, c'est peu. On avance une autre raison, qui serait le manque d'enthousiasme du notariat pour ce régime, réputé soulever de grandes difficultés de liquidation. Je pense que l'argument n'est pas pertinent. Les difficultés de liquidation des communautés, avec ses règles d'évaluation, la nécessité de rechercher l'historique de ce qui s'est passé pendant toute la durée du mariage, le mécanisme des récompenses et d'autres encore, la liquidation de la communauté n'est pas une entreprise simple, pour peu que le patrimoine ait une certaine importance. Mais il est vrai que les notaires sont habitués de très longue date, ils ont une très longue expérience des liquidations de communauté : c'est un instrument qui leur est familier, alors que la liquidation de la participation aux acquêts, c'est vrai, est différente. Cela peut expliquer certaines réticences. Il existe pourtant, j'en ai rencontré, des notaires inconditionnels de la participation aux acquêts, qui conseillent systématiquement et avec succès la participation aux acquêts aux époux qui viennent les consulter. Mais manifestement, ils n'ont pas su convertir leurs confrères à cette religion. Le principe participatif de ce régime est indéniablement séduisant. C'est un régime qui laisse toute liberté aux époux, pendant toute la durée de leur union, ce régime est séparatiste pendant la durée de l'union. Chacun est pleinement maître de son patrimoine, il peut en disposer, il l'administre librement, sous réserve tout de même des dispositions du régime primaire. Très fréquemment, même dans ce régime, il y a des biens indivis : les époux, tout en étant dans un régime de séparation, acquièrent ensemble des biens qui doivent nécessairement être gérés d'un commun accord. C'est la même chose dans la séparation de biens. C'est évidemment à la dissolution du régime, que sa spécificité vient au premier plan. Il est procédé à une comparaison des acquêts respectifs des deux époux, et ce terme « acquêts » a le même sens ici, et dans le régime de communauté : ce sont les biens acquis à titre onéreux par les époux durant le mariage, du moins c'est l'essentiel de ce qui constitue les acquêts. On compare les acquêts respectifs des deux époux, donc l'enrichissement respectif des deux époux pendant la durée du régime, et celui qui s'est le moins enrichi a droit à une créance correspondant à la moitié du supplément d'enrichissement de son conjoint. Si on fait la masse des acquêts, en valeur, chacun aura finalement la moitié. Cet objectif général de péréquation des acquêts est évidemment le même, c'est le principe même de la participation aux acquêts, dans nos deux pays. Il est réalisé au moyen d'une comparaison du patrimoine originaire, qui reste personnel, et du patrimoine final, la différence entre ces deux masses représentant les acquêts.

Mais nos rencontres nous ont révélé que, si le principe est le même, si l'objectif est le même, la méthode, pour réaliser cet objectif, est sensiblement différent, dans nos deux pays. Cela a été une des principales difficultés que nous avons rencontrées. Sans entrer dans le détail, je crois que l'on peut dire que le droit allemand saisit le patrimoine

originaires dans son état initial et pour sa valeur initiale, sans prendre en compte l'évolution de la valeur de ces biens, les plus-values, ni le remplacement le cas échéant de ses biens dans le patrimoine. Sauf à appliquer à cette valeur initiale une indexation, et encore ce ne sont pas les textes apparemment qui le prévoient, une indexation correspondant en gros à la dépréciation monétaire. La méthode du droit français est très différente. Le droit français appréhende le même patrimoine originaires, mais au moment de la dissolution du régime. On va vérifier au moment de la dissolution du régime, ce qui reste des biens qui existaient au moment du mariage, les biens qui ont remplacés ceux qui existaient initialement, et on évalue ces biens à leur valeur au jour de la dissolution. Le patrimoine originaires profite de toutes les plus-values que le patrimoine initial a pu acquérir pendant la durée du mariage. Ces deux méthodes conduisent concrètement à des solutions sensiblement différentes. A certains égards d'ailleurs, cette prise en compte de la valeur finale accroît le patrimoine originaires dans la conception française, mais dans d'autres cas, c'est le droit allemand qui valorise certains biens, davantage que le droit français. Un dernier point qu'il est important de souligner du point de vue du droit français, est que le modèle communautaire, dont j'ai dit qu'il correspond aux aspirations de la majorité, le modèle communautaire a en quelque sorte inspiré la participation aux acquêts, a imprégné le régime de la participation aux acquêts. En particulier lorsque la loi du 23 décembre 1985 a, dit-on, achevé la réforme de 1965, en supprimant les dernières séquelles d'inégalités, s'agissant de la participation aux acquêts. En 1985 le législateur a recherché, point par point, les hypothèses où les deux régimes n'aboutissaient pas en valeur au même résultat ; et a aligner les règles de la participation aux acquêts sur celles en vigueur dans le régime de la communauté. Evidemment, cette propension d'alignement, en valeur bien sûr, des deux régimes, n'existait pas en droit allemand. Le régime de la participation aux acquêts, pourrait-on dire, est plus autonome en droit allemand. Alors que chez nous, il est inspiré par cette philosophie communautaire en quelque sorte. C'est pourquoi la notion de *Zugewinnngemeinschaft* s'est avérée sensiblement différente de la notion d'acquêts dans la conception française. Voilà les quelques précisions que je voulais apporter, pour vous situer cette entreprise dans le paysage juridique des droits matrimoniaux.

Christelle Hilpert : Merci pour cette présentation. Je vais laisser la parole à maître Becker, avocate à Berlin, qui va vous présenter la participation aux acquêts allemande et la logique des régimes matrimoniaux en Allemagne.

Eva Becker : Permettez-moi de m'adresser à vous en allemand, cela est plus facile pour moi en ce qui concerne les termes spécifiques nécessaires et nous avons d'excellents traducteurs à notre disposition. Avec le temps que nous avons, je ne peux vous offrir qu'un aperçu du droit allemand relatif aux biens immobiliers, avec pour axe principal le régime de participation aux acquêts que nous avons comme régime matrimonial légal en

Allemagne. Et, peut-être avant tout, parce qu'il influence aujourd'hui pour l'essentiel notre régime matrimonial optionnel commun et met également en évidence les particularités de notre réglementation nationale. La durée du travail en groupe a été essentiellement influencée par le fait qu'en Allemagne nous soyons basés sur la séparation des biens et que nous ne soyons pas très familiers dans la pratique avec le régime de la communauté. Nous avons certes, depuis 1900, à peu près 100 régimes matrimoniaux différents en Allemagne, mais depuis 50 ans, en tout cas dans les vieux Länder, la participation aux acquêts du régime matrimonial légal et du nom comporte au fond des lacunes. C'est une séparation des biens avec un droit de compensation contractuel lors de la fin du mariage. Globalement, nous avons trois régimes matrimoniaux en Allemagne. Deux options viennent s'ajouter au régime de la participation aux acquêts : la séparation des biens sans compensation lors de la séparation et la communauté des biens qui, dans la pratique, ne joue guère de rôle. Mais je ne peux vous les présenter que de façon sommaire car cela n'a aucune pertinence pratique en Allemagne. La communauté des biens n'est peut-être pas si facilement applicable car elle est composée de cinq biens différents, qui ont été acquis pendant le mariage. Ce sont les biens communs qui lors du partage jouent également un rôle, les biens que le couple a acquis pendant le mariage et qui lui appartenaient déjà au moment du choix du régime matrimonial. Pour chaque conjoint, sont constitués ou existent déjà des biens paraphernaux, que l'on peut déterminer comme devant appartenir aux biens communs et il existe des biens réservés à chaque époux, qui ne jouent cependant aucun rôle lors du partage. Il s'agit toutefois de séparer ces cinq masses matrimoniales lors de la séparation afin de voir quel est l'ensemble des biens communs et comment celui-ci sera divisé. Cette communauté des biens peut être instaurée par un contrat de mariage et être rescindée le cas échéant par un contrat de mariage ou alors lors de la séparation par le divorce par le biais d'un jugement. Cela présente des dangers très importants pour les conjoints, à savoir la responsabilité personnelle en ce qui concerne les dettes de l'autre époux. Et par la réglementation administrative, il est tout simplement possible que le conjoint dilapide le patrimoine commun. Ainsi, il y a de bonnes raisons pour que la communauté des biens n'ait aucune valeur pratique particulière en Allemagne. Si on se tourne vers la véritable séparation des biens qui existe en Allemagne en tant que choix possible de régime matrimonial et en remplacement des régimes matrimoniaux légaux, alors on constate que la véritable séparation des biens a une pertinence pratique nettement supérieure. Elle serait surtout choisie lorsque les conjoints sont chefs d'entreprise indépendants, car avec ce régime matrimonial on évite que, lors de la séparation, l'entrepreneur provoque une diminution des liquidités de l'union, par le droit à une indemnité compensatrice éventuelle comme prévu par la participation aux acquêts. La séparation des biens peut être convenue par contrat ou alors elle intervient en remplacement, pour ainsi dire automatiquement, en tant que deuxième régime matrimonial légal, lorsqu'une prestation compensatoire anticipée est appliquée, lorsqu'une communauté de biens est scindée ou lorsque la prestation compensatoire ou la prestation compensatoire des droits à la retraite est exclue. La prestation compensatoire

des droits à la retraite n'est pas connue en France. En Allemagne lors d'un divorce, nous équilibrons la retraite et les droits à la retraite en cours d'acquisition à la fin du mariage. Cela était également un véritable problème lors de nos pourparlers, il a fallu naturellement différencier cette particularité de la législation allemande au niveau du partage de la masse matrimoniale concernant les biens. Les conséquences de la séparation des biens du régime matrimonial en Allemagne sont quasiment nulles en ce qui concerne les biens. En effet, cette séparation des biens n'a aucune répercussion légale. La masse matrimoniale reste scindée pendant le mariage. Chacun s'occupe de sa gestion, la répartition et la situation des biens sont déterminées en fonction des dispositions générales. Dans ce contexte, la séparation des biens et la participation aux acquêts se ressemblent dans le droit allemand. Ces deux systèmes sont à la base une séparation des biens, la seule différence est que celui des acquêts prévoit une compensation lors de la séparation. Et donc nous sommes également dans ce cas dans le cadre de la participation aux acquêts que nous avons finalement choisi comme base en vue du contrat à venir. La participation aux acquêts offre, lors de la séparation, le droit à une indemnité compensatrice relevant des obligations et le calcul suit essentiellement l'idée principale qui est à la base de la participation aux acquêts française, mais qui s'appelle autrement : le patrimoine originaire est comparé au patrimoine final et la différence sera divisée en deux comme acquêts entre les époux. En ce qui concerne la responsabilité, on peut dire, dans le cas de la participation aux acquêts, que les époux ne sont responsables que de leurs propres dettes vers l'extérieur, conformément à la séparation des biens, et comme particularité on peut peut-être encore ajouter qu'il y a des limitations de disposition uniquement au cours de l'existence de la participation aux acquêts, dans la mesure où une disposition de l'ensemble du patrimoine ne soit effective qu'avec le consentement de l'autre époux. Cela signifie également que lorsqu'une valeur unique qui constitue l'ensemble du patrimoine d'un des époux doit être vendue, cela ne peut se faire qu'avec le consentement de l'autre époux. Il s'agit principalement là de propriétés. Selon le droit allemand, le calcul des acquêts, que le Professeur Simler a déjà mentionné, présente une particularité. Et certes, s'agissant du patrimoine originaire, nous connaissons justement l'indexation. Cela signifie que nous rendons comparable la valeur monétaire du patrimoine originaire à un moment qui peut se situer, de manière tout à fait large, de 20 à 30 ans avant la dissolution du régime matrimonial de la participation aux acquêts, avec la valeur qu'a un bien lors de la dissolution du régime matrimonial. Car nous pensons qu'un euro ou un franc français d'il y a 30 ans, un DM, ne représentait pas le même pouvoir d'achat que ce que nous estimerions aujourd'hui. Et nous indexons indépendamment des prix à la consommation. La deuxième particularité à souligner est que dans le droit allemand notre patrimoine originaire à la prestation compensatoire et les acquêts sont estimés à un minimum de 0. Cela signifie que nous n'avons pour le moment pas de patrimoine originaire négatif. Lorsque l'un des époux a des dettes au début du mariage, alors son patrimoine originaire est estimé comme étant nul. Toujours. C'est toujours le cas. En outre, je l'avais déjà mentionné, c'est ainsi que nous devons distinguer le droit à la retraite et les autres biens patrimoniaux, car les droits à la retraite

dans le droit allemand sont compensés dans le cadre de la répartition compensatoire des droits à la retraite lors du divorce. Il faut également mentionner la problématique de la procédure de compensation allemande : la définition de la valeur du patrimoine final est arrêtée le jour de la notification de la demande de divorce à l'autre époux et le montant de la compensation à payer intervient toutefois au moment où le divorce devient exécutoire. Entre-temps, il peut s'écouler six mois, un an, deux ans, cela signifie une plus grande période au cours de laquelle le conjoint peut encore dilapider son patrimoine. Tous ces points problématiques et différents doivent être modifiés par une réforme qui entrera en vigueur de façon assez certaine au mois de septembre de l'année prochaine. Cela signifie que nous aurons ensuite des patrimoines originaires négatifs. Le conjoint, qui a des dettes au moment du mariage et qui peut les liquider pendant le mariage, aura des acquêts du montant des dettes remboursées, qu'il faudra compenser le cas échéant. La durée entre la définition des valeurs et le calcul du montant réel à verser des droits à une indemnité compensatoire sera abaissée à un jour afin d'éviter un report du patrimoine. Et cela donnera ensuite un droit à la présentation de justificatifs. Ces efforts réformateurs ont également déjà été mentionnés dans les grandes lignes lors des négociations que nous avons menées ici, à tel point qu'un certain synchronisme a été créé. J'en termine ainsi sur le fond. De mon point de vue, c'était là les particularités fondamentales. Il en sera également débattu dans le cadre des négociations concernant la prestation compensatoire allemande.

Christelle Hilpert : On voit bien, avec vos deux exposés, les différences entre les régimes de participation aux acquêts français et allemand, et tout le travail finalement de synthèse et de création qu'on a dû effectuer pour parvenir à un régime matrimonial commun. Je vais laisser la parole à maître Ohnet, notaire à Strasbourg, qui va vous présenter la synthèse, le résultat des travaux et le régime matrimonial commun, tel qu'il va fonctionner.

Jean-Marie Ohnet : Avant de commencer mon propos, je souhaiterais très rapidement rebondir sur l'intervention du professeur Simler, concernant deux points. Le premier point, c'est sur le nombre de contrats adoptant la participation aux acquêts. Effectivement, on n'a pas de statistiques très précises, mais les dernières statistiques que nous avons établiaient que parmi les contrats de mariage environ 3% adoptent un régime de participation aux acquêts. Deuxième observation, ces statistiques manquent de finesse, et en réalité, le nombre des époux choisissant un régime de participation aux acquêts est plus élevé dans certaines couches de la société que dans d'autres. Je ne parle naturellement même pas des professeurs de faculté, dont je ne suis pas d'ailleurs tout à fait certain que c'est ce régime qu'ils choisiraient, mais il est clair qu'il y a un lien très net avec les couches sociales. Enfin, mais n'y voyez aucun plaidoyer *pro domo*, si les notaires recommandent peu le régime de la participation aux acquêts, cela ne saurait

naturellement être par une espèce d'atrophie de leur intellect et par une espèce simple de crainte de l'inconnu. Mais c'est parce que le régime actuel de la participation aux acquêts a quelques défauts auxquels nous sommes sensibles, notamment la sécurité des tiers. On ne le dit pas assez. Il y a quand même un article 1577 calamiteux, qui consiste à dire que le recouvrement de la créance de participation, si les biens existants ne sont pas suffisants, va se poursuivre sur les biens qui auront été donnés, sans l'accord du conjoint. Dans l'ordre, certes, décroissant des donations, mettant ainsi en quelque sorte en péril les intérêts des tiers, sauf à demander systématiquement et dans quelles conditions, on imagine, l'intervention du conjoint. Naturellement, vous l'imaginez aisément, comme nous sommes fiers de ce bébé, de ce nouveau projet, je suis convaincu que le choix du régime optionnel de la participation va grandement augmenter dans notre pays.

Ces quelques précisions effectuées, je voudrais rapidement vous indiquer les choix qui ont prévalu à ce régime. Non pas les choix, je dirais, en quelque sorte historiques, tels que Madame Hilpert vous les a indiqués, mais quelques choix techniques.

D'abord le champ d'application, il vous a été indiqué que le régime optionnel est ouvert aux époux dont la loi applicable au régime matrimonial est celle d'un État contractant. Deux observations... Premièrement, il faudra naturellement se référer aux DIP de chacun des États contractants, la France et l'Allemagne. En droit international privé allemand, il y a possibilité de soumission du régime à la loi allemande dès lors qu'un des époux a la nationalité allemande, dès lors que l'un des époux réside habituellement en Allemagne, et aussi dès lors qu'il y a des biens immobiliers des époux situés en Allemagne, et ce pour lesdits biens. S'il n'y a pas de rattachement exprès qui a été effectué, il y aura des rattachements objectifs prévus par ce même DIP. Pour ce qui a trait au droit international privé français, je n'y reviens pas, vous le connaissez. Simplement faut-il se souvenir que le droit commun actuel, en matière de DIP et de régimes matrimoniaux, est la convention de La Haye du 14 mars 1978, en tout cas pour les époux mariés depuis le 1er septembre 1992. Autre observation, le régime optionnel pourra être choisi, dès lors que la loi de rattachement est celle que j'ai indiquée, même en l'absence de tout élément d'extranéité.

Deuxième principe ayant prévalu au choix, c'est la définition. Le professeur Simler, dans ses propos introductifs, a indiqué que le régime de la participation, aussi bien en Allemagne qu'en France, repose sur deux phases successives : pendant la durée du régime du mariage, les époux demeureront séparés, c'est la phase de séparation, et à la dissolution du régime, il y aura une phase dite communautaire, qui repose sur la comparaison des acquêts, M. Simler vous a indiqué ceci, je n'y reviens pas.

Troisième règle, l'adoption. Les époux conviendront par contrat de mariage que le régime optionnel de la participation aux acquêts constituera le régime matrimonial qu'ils auront choisi. Ceci est exact aussi bien en France qu'en Allemagne. A noter que conformément aux règles du DIP tant français qu'allemand, la forme du contrat devra respecter soit le droit interne en vigueur au lieu où il est conclu, soit la loi interne

applicable au régime matrimonial. Le contrat pourra être conclu avant ou pendant le mariage, M. Simler vous a parlé de la possibilité de changement, je n'y reviens pas.

Quatrième principe, la liberté contractuelle. Le paragraphe IV de l'article 3 du projet précise que les époux ont la faculté de déroger conventionnellement aux règles qui concourent à la détermination de la créance de participation. Les époux pourront modifier la composition des patrimoines, pourront modifier, aménager les règles d'évaluation des biens, voire la hauteur de leur participation au regard de leur enrichissement respectif. Egalement, pour ce qui a trait à la répartition de ce qu'on appelle les acquêts. Cette faculté, qui est une faculté de dérogation d'aménagement, qui exprime le principe de liberté contractuelle, permettra de prendre en compte les spécificités qui peuvent exister, soit nationales, soit propres à chaque couple. En revanche les époux ne pourront déroger à l'application des règles qui sont décrites aux articles 5 et 6 du projet, dont il y a lieu de faire remarquer qu'elles reprennent les dispositions les plus importantes de notre régime primaire français.

Cinquième règle, un souci de compromis. Le régime optionnel qui est proposé repose sur un certain nombre de points, sur un compromis entre des dispositions du droit allemand et des dispositions du droit français. C'est vrai en matière de régime primaire, on vient de l'indiquer, nous le verrons après plus en détail. C'est vrai aussi pour ce qui a trait à la composition même du patrimoine originaire, c'est vrai aussi pour ce qui a trait à l'évaluation du patrimoine, qu'il s'agisse du patrimoine originaire ou du patrimoine final.

Enfin, le dernier souci, cela a été une règle de modernisation, de simplification et également d'accroissement de la sécurité des tiers, j'en ai dit deux mots tout à l'heure.

Je vais maintenant, après cette première partie qui concernait quelques règles qui ont structuré le nouveau projet, vous dire quelques mots concernant l'administration, la jouissance et la disposition du patrimoine. Pendant la durée du régime, les patrimoines des époux demeurent séparés. Le régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous la séparation de biens. Il en résulte deux conséquences. Les époux vont conserver l'administration, la jouissance et la libre disposition de leurs biens, et chacun d'eux restera seul tenu des dettes nées de son chef avant ou pendant le mariage. La séparation du patrimoine ne sera toutefois pas totale, à raison de l'existence de règles impératives qui limiteront les effets de la séparation du patrimoine. Ces règles ne sont pas les mêmes en France et en Allemagne. Le régime optionnel qui est proposé, après un certain nombre de discussions et d'adaptations, reprend l'essentiel des dispositions du régime primaire français.

Quelles sont les restrictions ? Ce sont les suivantes. Les actes, de disposition d'objets du ménage ou de droits, par lesquels est assuré le logement de la famille, passés par un époux sans le consentement de l'autre, seront nuls. Ces actes pourront toutefois être ratifiés par l'autre époux. Alors, concernant les droits par lesquels le logement de la famille est assuré... Pour nous, qui pratiquons le droit français, il ne s'agit là que d'une reprise de ce que nous trouvons à l'article 215 alinéa 3 de notre Code civil. En revanche, la notion d'objets du ménage constitue une innovation. Dans notre régime primaire, nous

parlons de « meubles meublants ». Pour répondre au souci de la partie allemande, il a été introduit dans le projet la notion d'objets du ménage, qui est plus large que celles de meubles meublants. C'est ainsi que dépendra de cette catégorie d'objets du ménage, par exemple, la voiture utilisée par l'un ou l'autre des époux.

Deuxièmement, un époux pourra être autorisé par la justice à passer seul un acte, pour lequel le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. C'est une règle que nous connaissons, je ne m'étendrai pas.

La troisième règle, c'est que chacun des époux aura pouvoir pour passer seul les actes qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Ces contrats obligeront solidairement l'autre époux. A noter toutefois que le régime nouveau dispose que lorsque l'un des époux contractera des dettes dont le caractère manifestement excessif, notamment eu égard au train de vie des époux, est connu ou aurait dû l'être par l'autre partie au contrat, ces dettes n'engageront pas l'autre époux. Une observation : les conséquences de la nullité des actes réalisés au mépris des dispositions ci-avant énoncées, seront régies pour chacun des pays par les normes juridiques propres aux dits pays. En France la nullité doit être demandée en justice. En Allemagne l'acte de disposition réalisé au mépris des règles que je viens d'énoncer sera automatiquement nul envers quiconque, ce dont il résulte que contrairement au droit français, il ne sera pas nécessaire d'introduire, d'engager une action en annulation, en cas de litige il sera possible à ce moment-là d'introduire directement une action en restitution.

Passons maintenant à la dissolution du régime matrimonial. Le régime optionnel sera dissous par le décès ou de la déclaration d'absence de l'un des époux, par le changement de régime matrimonial, par le jugement de divorce ou toute autre décision judiciaire emportant dissolution du régime matrimonial devenu définitif. Restera alors à déterminer la créance de participation, cette question renvoie à celle de la détermination et de l'évaluation du patrimoine originaire, puis à celle du patrimoine final.

Le patrimoine originaire, voyons déjà sa composition. Qu'est-ce qui relève du patrimoine originaire ? Ce patrimoine va comprendre trois types de biens. Les biens d'un époux à la date à laquelle leur régime matrimonial est entré en vigueur, c'est une règle connue. Dépendent du patrimoine originaire les biens dont l'époux était propriétaire à la date à laquelle le régime matrimonial est entré en vigueur. Le deuxième type de biens, ce sont les biens que l'époux a reçus pendant le mariage, par succession ou donation : ces biens relèvent aussi du patrimoine originaire, alors même que la mutation à titre gratuit, soit entre vifs ou pour cause de mort, est intervenue pendant le mariage. Un troisième type de biens, ce sont les indemnités reçues ultérieurement par un époux en réparation d'un dommage corporel ou moral. De ce point de vue, le régime optionnel est, pour la définition du patrimoine originaire, un peu plus étroit que ce que nous trouvons dans le droit français, puisque vous le savez, en droit français, pour ce qui a trait au patrimoine originaire, la règle est que dépendent de ce patrimoine originaire, outre les biens que j'ai

aits, tous les biens qui dans le régime de communauté légale forment des propres par nature, sans donner lieu à récompense. La catégorie est donc un peu plus vaste que celle simplement réduite ou limitée aux indemnités réparatrices d'un dommage corporel ou moral. Mais comme je l'ai dit tout à l'heure, la liberté contractuelle fait que dans la définition du patrimoine originaire, dans les contrats qui sont passés en France, cela n'empêchera nullement le notaire de proposer aux parties d'étendre cette catégorie pour, s'il y a lieu, le cas échéant, la faire coïncider avec celle du régime légal actuel. A noter que si en droit français, pour ce qui a trait à cette troisième catégorie, les sommes reçues à titre d'indemnisation d'un dommage corporel ou moral font déjà partie, dans notre régime actuel de participation, du patrimoine originaire, ce n'est pas le cas en Allemagne dans le régime légal de la *Zugewinn*. Sachant toutefois que cette question en Allemagne fait difficulté, ou plus exactement fait régulièrement l'objet de débats. Viendront en déduction, nous sommes dans le patrimoine originaire, les dettes existant à la date à laquelle le régime matrimonial prend effet, même lorsqu'elles excèdent le montant d'actifs, donc patrimoine originaire négatif, les dettes afférentes aux biens reçus ultérieurement par l'un des époux par succession ou donation, là aussi même lorsqu'elles excèdent le montant de l'actif. Il y a donc, dans le régime optionnel, de nouveau la notion de patrimoine originaire négatif. Nous connaissons cette règle également, notamment depuis 1985 ; en revanche, elle n'existe pas en Allemagne, donc pour nos amis allemands, ce sera une innovation. Toutefois cette exclusion du patrimoine originaire négatif fait aussi chez nos voisins allemands l'objet depuis longtemps de discussions, de débats et de critiques. Alors, le patrimoine originaire ne comprendra pas les fruits des biens qu'ils composent, les fruits sont donc exclus, c'est déjà notre droit positif, les biens originaires donnés par un époux à des parents en ligne directe au cours du régime matrimonial. C'est une règle de compromis entre le droit allemand, qui ne connaît pas ce type d'exclusion, c'est-à-dire qui maintient dans le patrimoine originaire les biens donnés, et le droit français, qui exclut du patrimoine originaire l'ensemble des biens donnés, sans faire la distinction entre les biens donnés à des parents en ligne directe ou à des parents qui ne seraient pas en ligne directe ou à des non parents.

Le projet de loi dispose que lors de la conclusion du contrat de mariage, les époux établiront un inventaire de leur patrimoine originaire respectif, et cet inventaire sera présumé exact lorsque les époux l'auront signé. Si aucun inventaire n'est établi, le patrimoine originaire sera présumé nul. Cette présomption pourra toutefois être combattue. En droit positif français, c'était dans le système 1965, lorsqu'il n'y avait pas d'inventaire, le patrimoine originaire était effectivement présumé nul. En 1985, la réforme est qu'il faudra apporter la preuve contraire par tout moyen compatible avec l'article 1402.

Evaluation du patrimoine originaire... Là, une grande différence existe entre le droit français et le droit allemand. M. Simler vous en a parlé. Je ne reviens pas sur cette différence, pour vous livrer immédiatement les règles qu'a retenues le régime optionnel proposé. On évaluera le patrimoine originaire comme suit dans le régime optionnel

proposé. Les biens existants à la date de prise d'effet du régime seront évalués à cette date. Les biens acquis après la date de prise d'effet du régime, donc pour l'essentiel par succession ou donation et qui feront donc partie du patrimoine originaire, seront évalués à la date de leur acquisition, donc en cours de régime. Toutefois, les immeubles et droits réels immobiliers du patrimoine originaire, autres que l'usufruit et le droit d'usage d'habitation, seront évalués à la date de dissolution du régime. Sachant que si ces biens ont été cédés ou remplacés au cours du mariage, on retiendra la valeur qu'ils avaient à la date de la cession ou à la date du remplacement. Pour les biens immeubles et droits réels immobiliers autres que l'usufruit et le droit d'usage, le projet nouveau garde une règle qui se rapproche de notre droit positif actuel, qui se rapproche, mais qui n'est pas notre droit positif actuel, puisque la date retenue pour l'évaluation est celle de la dissolution du régime, et non point de sa liquidation. De surcroît, le régime optionnel nouveau ne retient pas ce mécanisme, cher au droit français, et nous n'avons pas réussi de ce point de vue-là, à séduire intellectuellement nos voisins allemands, qui est celui de la subrogation. Les modifications entreprises au cours du mariage à un patrimoine originaire ne seront pas prises en compte dans l'évaluation du patrimoine originaire, s'agissant des immeubles et droits réels immobiliers du patrimoine. On s'est posé la question, si cette règle était techniquement correcte, dans la mesure où on peut envisager que des modifications soient entreprises au patrimoine originaire avec des deniers dépendant eux-mêmes du patrimoine originaire. On s'est demandé si cette règle n'était pas injuste, s'il n'aurait pas fallu distinguer entre les modifications opérées au patrimoine originaire pendant le mariage et financées avec des deniers communs, actuels, et les modifications entreprises et financées à l'aide des deniers dépendants eux-mêmes du patrimoine originaire. En réalité, il n'en est rien, dans la mesure où en tout état de cause ces deniers seront pris en compte dans la définition du patrimoine originaire. Lorsque sera retenue, pour l'évaluation du patrimoine originaire, une dette antérieure à la dissolution du régime, c'est-à-dire pour les biens autres que les immeubles et droits réels immobiliers du patrimoine originaire, leur valeur sera déterminée en application de la règle que j'ai énoncée, donc valeur à la date de la prise d'effet du régime, si les biens existaient à ce moment-là, ou à la date où les biens sont rentrés dans le régime, mais avec un système d'indexation...

La contrainte, c'est aussi une grande nouveauté, parce que la France ne permet pas les indexations fondées sur le niveau général des prix, sur le prix des biens, produits ou services qui n'ont pas de relation directe avec l'objet de la convention de l'activité des parties. Nous avons considéré que l'article 55 de la Constitution française pose le principe de la primauté des conventions internationales sur les lois. Donc le mécanisme de l'indexation pourrait être retenu.

Alors le patrimoine final, j'irai très vite. Composition du patrimoine final, c'est le patrimoine avec les biens existants sous déduction des dettes, y compris lorsque le solde sera négatif. Sera ajoutée au patrimoine final la valeur des biens qu'un époux a donnés, sauf si la donation n'est pas excessive eu égard au train de vie des époux et sauf si la

donation porte sur un bien du patrimoine originaire donné à des parents en ligne directe. On les exclut du patrimoine originaire, on les exclut aussi du patrimoine final. Sauf dans cette dernière hypothèse, à prendre compte la plus-value apportée aux biens par des améliorations aux biens donnés à des parents en ligne directe, pendant la durée du mariage, avec des deniers qui ne dépendent pas du patrimoine originaire. Cette plus-value sera bien rajoutée au patrimoine final. Autre rajout au patrimoine final, les biens qu'un époux a cédés dans le but de léser l'autre époux et les biens qu'il a dissipés. Toutefois, un correctif a été apporté à cette règle du rajout : les dispositions ne s'appliqueront pas si la donation, l'aliénation frauduleuse, la dissipation sont intervenues plus de dix années avant la dissolution du régime ou si l'autre époux y a consenti. Le patrimoine final sera évalué tant activement que passivement à la date de dissolution du régime, c'est donc à la date de dissolution, la valeur des biens mentionnés ci-avant tels qu'ajoutés au patrimoine final, donc les biens donnés, cédés en vue de léser l'autre époux ou dissipés, déterminera à la date de la donation, de la cession ou de la dissipation. La plus-value dont il a été question, et il s'agit de la plus-value apportée en cours de mariage avec des deniers autres que des deniers communs à un bien donné à des parents en ligne directe, cette plus-value sera rajoutée au patrimoine final pour sa valeur à la date de la donation du bien. A toutes ces valeurs ainsi définies, s'appliquera la règle de l'indexation.

Le droit à créance de participation, la créance donnera lieu à un paiement en espèces, la créance pourra aussi donner lieu, dans certains cas, à un paiement en nature. Je passerai sur certains cas particuliers en matière de divorce, dissolution du régime par une autre décision judiciaire, ou liquidation anticipée de la créance, pour ajouter dans les dispositions diverses que le projet retient la prescription du droit de créance de participation sur trois ans. Trois ans à compter de la connaissance par l'époux de la dissolution du régime, sans que ce délai puisse excéder dix années, à compter de la dissolution de régime. Le projet prévoit aussi un certain nombre de dispositions, faisant obligation d'informer et d'inventaire, en vue d'arriver à une liquidation équitable et correcte de la créance, le régime prévoit que la créance de participation doit être payée sans délai, mais que si le règlement immédiat de cette créance devait pénaliser de manière inéquitable le débiteur, le tribunal pourrait sur sa demande lui accorder délais pour le règlement de la créance.

Christelle Hilpert : Je vais laisser la parole à maître Braueur, notaire et avocat à Berlin, qui va vous expliquer l'intérêt du régime matrimonial commun pour des professionnels du droit en Allemagne.

Max Braueur : Mon sujet est donc l'intérêt du nouveau régime matrimonial pour les praticiens. Les praticiens, ce sont les notaires et les avocats, comme je combine les deux

fonctions je suis avocat et à la fois notaire, c'est à moi de vous donner quelques explications là-dessus.

La question, qui concernera les praticiens pour le nouveau régime matrimonial, s'adressera en premier lieu aux notaires, car les notaires devront recommander ce régime matrimonial aux époux, s'ils en attendent quelque chose en tant que praticiens. Du point de vue notarial, il y a résolument un motif très urgent à pouvoir recommander le régime matrimonial aux couples franco-allemands. Il se peut que le notaire allemand ne connaisse pas l'autre législation. Le notaire, assis face à un couple binational, doit tout d'abord se demander ce qu'il conseille d'appliquer comme législation et pour cela il doit connaître l'autre législation. Et en règle générale, le notaire allemand ne connaît pas suffisamment le droit français. Et cela résulte toujours de telle sorte qu'il commence le contrat par le fait que les deux choisissent le droit allemand, car le notaire le connaît et ensuite il peut continuer son travail comme d'habitude. Il est libéré par cette nécessité en sachant que le régime matrimonial est le même dans les deux pays. Nous ne devons pas placer en amont un choix du droit applicable, nous pouvons recommander un régime matrimonial dont nous savons qu'il est le même en Allemagne et en France, peu importe l'endroit où résident les conjoints.

Le nouveau régime matrimonial n'est pas réservé aux couples de nationalités différentes, mais également pour les mariages ou les couples purement nationaux, qui sont issus d'un tout autre système juridique. Cependant, je crois qu'il n'est pas très important pour les usagers du droit allemand dans ce domaine que le nouveau régime matrimonial suive le schéma allemand. Comme l'a dit le Professeur Simler, la pensée communautaire adhère à la forme française de participation aux acquêts.

Le régime matrimonial commun se détache de cela, il suit la base de la séparation des biens et est plus proche en cela du régime allemand. Pour les couples qui ne sont pas franco-allemands, ce régime matrimonial est naturellement possible du point de vue allemand, mais il apporte relativement peu d'intérêts car tout ce que prévoit le régime matrimonial est également possible par une modification du régime allemand de participation aux acquêts et il est en outre à prévoir que le régime réformé en Allemagne se rapproche fortement du régime franco-allemand et que cela ne fera alors plus grande différence. Intérêts des praticiens : du point de vue des avocats, je pense que ce régime matrimonial est très captivant. Nous devons le considérer comme une sorte de chantier. Ceci est une expérimentation et que va-t-il en ressortir ? C'est une expérimentation, qui apportera pour la première fois dans un domaine central du droit civil une structure uniformisée. Et c'est alors extraordinairement captivant de voir comment cette structure fera ses preuves lors de son application. Car nous ne devons pas sous-estimer un système juridique national uniformisé certes, mais qui relie deux pays et ce système juridique national est différent dans chacun des deux pays. Et quelles seront les répercussions des différents systèmes juridiques nationaux sur le système unifié ? Cela

fait également partie du résultat de la commission, mais reste un peu difficile à prévoir. Je vais vous clarifier cela à l'aide de quelques exemples. Maître Ohnet a déjà attiré l'attention sur le fait que le nouveau régime matrimonial prévoit la possibilité, voire la nécessité, d'indexer le patrimoine originaire afin de le comparer au patrimoine final. Dans le droit allemand, cela n'est pas prévu par la loi, mais existe depuis longtemps déjà dans la pratique. Et nous avons constaté que le système juridique français ne permettait pas, à vrai dire, quelque chose d'équivalent. Cela a donc donné lieu à de longues discussions et à des analyses très constructives au Ministère de la Justice français afin de pouvoir trouver une voie prenant en compte les deux systèmes juridiques. Cela a été très laborieux sur un point. Et nous soupçonnions la même chose concernant d'autres points et donc cela ne pouvait pas être fait. Et je cite facilement deux points supplémentaires qui jouent vraisemblablement un rôle important et dont les effets ne peuvent pas encore être prévus. Il faut évaluer le patrimoine originaire et le patrimoine final. Dans le droit allemand, il existe des directives sur la méthode d'évaluation et ce ne sont pas des directives sur le droit familial. L'estimation des propriétés se fait selon des directives concrètes incluses dans le code de la construction, une directive de droit public. Il existe également quelque chose de similaire en France. Nous n'avons pas pu examiner si cela apporterait des résultats similaires ou différents. Lors de l'estimation d'une entreprise, il y a en Allemagne des principes reconnus de façon générale concernant l'expertise-comptable. Il existe également quelque chose de similaire en France. L'avenir montrera si cela apporte des résultats similaires lors de l'estimation d'entreprise. Les praticiens sont très curieux. Concernant le droit de la famille, nous nous sommes habitués en Allemagne à vérifier la justice des contrats de mariage. Contrôles du contenu et de l'application. Le tribunal constitutionnel fédéral nous laisse le soin d'examiner chaque contrat en fonction du système de valeurs de la constitution allemande. Bien évidemment, ces systèmes de valeurs de la constitution allemande ne s'appliquent pas en France. Donc le contrôle du contenu des contrats en France sera différent ou ne sera pas supprimé, comme ce sera le cas en Allemagne. Il est difficile de prédire quels en seront les effets. Il y a un domaine supplémentaire, que je vous ai déjà mentionné, il s'agit du fond du droit. Ce que la commission a également totalement laissé de côté et qui ne fait surface qu'occasionnellement et de façon éclair, c'est le fond du droit, donc l'application, il n'y a pas encore eu d'insertion dans les règles de procédure allemandes et françaises. Nous sommes également dépassés à ce sujet pour pouvoir dire nettement comment cela fonctionnera, et c'est donc l'avenir qui nous le dira. Afin de citer encore deux exemples : les conjoints peuvent choisir librement le fond du droit applicable et ils peuvent choisir librement un régime matrimonial, par exemple ce régime commun franco-allemand. Ce qu'ils ne peuvent pas choisir c'est un tribunal compétent. Le tribunal compétent pour un partage se conforme à des règles impératives, - en règle générale, contrairement au droit commercial, le tribunal compétent n'est pas éligible dans le droit familial. De façon assez semblable à ce qui se passe dans le droit de la concurrence, il y a un « principe du premier venu-premier servi », où lorsqu'on arrive en premier, on choisit alors la compétence de façon délibérée. Et je soupçonne que la manière dont sera gérée une

créance de péréquation sera différente selon les tribunaux allemand et français. Il est déjà au fait que les représentations allemandes, dont la déclaration doit être formulée de façon justifiée et précise, ne correspondent pas aux représentations françaises des circonstances factuelles. Là, la liberté du juge, si j'ai bien compris, est bien plus vaste qu'en Allemagne. Et deuxième exemple : les notaires ont une fonction très différente. En France, ils tiennent une place très importante de par la tradition de la communauté, car en règle générale, un juge est trop surmené pour diviser une communauté en séparant les biens individuels et c'est donc là la tâche principale du notaire, qui lors du partage joue un rôle très important dans la « liquidation du régime ». Même là où il ne s'agit pas de communauté. Certes les notaires allemands ont également cette fonction de partage dans la théorie de la loi fédérale relative au notariat, mais dans la pratique pas du tout. Seul l'avenir nous dira s'il en résultera une application uniformisée ou totalement différenciée. Cela est extrêmement captivant, car je suppose que les expérimentations que l'on fait avec ce régime matrimonial optionnel s'appliqueront à d'autres projets dans lesquels le droit sera uniformisé. Cette expérimentation ne pourra pas être faite à chaque fois, mais on pourra en tirer profit et donc ce chantier sert d'étude pilote. Et en guise de conclusion, pour ainsi dire, afin de pouvoir exercer cette fonction de pilote, nous voulons espérer, et ceci est un appel lancé aux notaires allemands, que le plus grand nombre de couples à l'avenir choisira ce régime matrimonial et nous voulons également espérer, je souhaite là faire une conclusion un peu provocante, que le plus grand nombre se séparera par la suite, afin que nous tirions des expériences de ces conflits. Merci bien.

Christelle Hilpert : Je vais laisser la parole à maître Béatrice Weiss-Gout, avocate à Paris, également membre du groupe de travail mis en place par la Commission européenne pour réfléchir sur les régimes matrimoniaux. Elle va vous présenter les atouts du nouveau régime matrimonial pour les praticiens français et les atouts de ce régime dans un cadre plus communautaire.

Béatrice Weiss-Gout Vous avez compris que M.Braueur était dans notre équipe celui qui était le lucide ; moi j'avais la fonction de l'optimiste. Alors je vais essayer de le rester, et je vous dis très sincèrement que je suis très heureuse d'être ici aujourd'hui parce qu'à l'espoir de départ lorsqu'on nous a annoncé ce projet, ont succédé des moments terribles de désespoir. Ce fût une longue marche, et je salue ici ceux avec lesquels nous l'avons fait, parce que c'était une expérience dans laquelle la solidarité s'est construite dans la douleur. Aujourd'hui, nous avons effectivement un bébé que nous venons vous présenter, et ce bébé, je vais essayer de vous en dire un mot, quant à son utilité, sous trois ou quatre séries d'observations. D'abord, l'utilité de ce régime pour les citoyens. Ensuite, quelques mots sur le choix de ce régime, pourquoi cette participation aux acquêts et pourquoi les Français ont-ils abandonné la communauté sacro-sainte de notre pays. Un mot également sur l'intérêt et la portée de la démarche, là je rejoindrai tout à fait les

propos de M. Braueur. Enfin des observations sur les conditions dans lesquelles cette expérience s'inscrit dans une démarche beaucoup plus européenne.

D'abord, l'utilité pour les citoyens. Je me réjouis de ce qui nous a été annoncé au début de ce colloque, de ces filières intégrées franco-allemandes et universitaires qui vont nourrir des mariages franco-allemands, donc des potentialités de choix de régimes matrimoniaux franco-allemands. Le couple franco-allemand qui se marie aujourd'hui est dans une situation juridique compliquée parce qu'en France existe la première règle, qui est l'autonomie du choix de son régime matrimonial. Je voudrais que l'on évite à ces couples franco-allemands de décider s'il y aura une loi dominante ou pas, si l'on devra choisir un contrat allemand ou un contrat français. Ce couple franco-allemand attend qu'on lui offre quelque chose qui ne soit ni allemand ni français pour concrétiser juridiquement et matériellement leur choix de couple, qui est un choix de consensus entre ces deux pays. Notre situation est également compliquée pour le couple franco-allemand lorsqu'il n'a pas exprimé de choix véritable. Dans ce cas, la loi du lieu de leur première résidence s'appliquera. Cela peut-être la Common Law si ce couple s'est installé en Angleterre. Ce n'est pas très satisfaisant mais aujourd'hui on n'a pas de solution satisfaisante à leur offrir autre que l'autonomie dont je parlais tout à l'heure. Une situation encore bien pire existe avec la convention de La Haye qui, je le rappelle est inscrite dans notre droit français : la mutabilité automatique du régime. Ainsi un couple de citoyens français, installés pendant 10 ans en Slovaquie est soumis au régime matrimonial slovaque. Nous sommes dans une situation où les citoyens ont besoin d'un instrument. L'instrument que l'on vous propose est-il formidable ? Je n'en sais rien. Ce dont je suis absolument sûre, c'est que cet instrument est absolument nécessaire.

Deuxième série d'observations, le choix de ce régime. Pourquoi avons-nous choisi la participation aux acquêts ? Un peu par élimination. D'abord, nous avons constaté que dans nos deux pays, et d'ailleurs dans l'Europe, le concept, c'est celui d'un partage des richesses. Lorsqu'on se marie, on conçoit le mariage comme un partage des richesses que l'on a acquises. Nous avons écarté non sans difficulté, parce qu'il existait déjà un premier projet européen d'un contrat de séparation des biens. Nous avons écarté cela, parce qu'il nous semblait que ce contrat de séparation des biens ne correspondait pas du tout au concept idéologique de nos différents pays. Nous avons également écarté des régimes d'autres pays car nous avons pensé qu'il était préférable de prendre le régime matrimonial que nos deux pays connaissent, que nous pouvions manier. Nous nous sommes retrouvés dans un choix avec le régime de communauté ou le régime de participation aux acquêts. Madame Becker vous a dit que le régime de la communauté n'était pas très manié en Allemagne, cela a été une des raisons pour lesquelles nous avons choisi la participation aux acquêts. Je dois dire que nous avons également écarté la communauté française, parce que nous l'avons trouvée beaucoup trop sophistiquée et compliquée dans ses techniques de liquidation, pour qu'elle puisse rester un régime commun et éventuellement un régime ensuite exportable. Nous avons été très sensibles

aux arguments allemands sur le risque de ruine de l'un des conjoints par les mauvaises affaires de l'autre. Nous sommes arrivés à la conclusion que le meilleur cadre est celui de la participation aux acquêts, et nous espérons que la manière dont ce régime a été amélioré dans le projet commun par rapport au contrat qui existe dans notre droit français permettra un meilleur développement de ce régime. Nous avons choisi un régime que nous voulions simple, dans lequel nous avons résolu beaucoup de difficultés de liquidation, le travail a été intéressant parce que nous nous sommes attachés à regarder les situations pratiques et voir comment le régime répondait à ces situations pratiques, et c'est dans ce sens que nous avons fait ce choix.

Troisième série d'observations, sur l'intérêt et la portée de notre démarche et de notre construction. C'est effectivement, M. Braueur l'a dit, une construction assez originale dans le droit de la famille, il n'existe pas de texte commun, même à deux pays, donc aucune autre expérience d'un même texte, écrit dans les mêmes termes, dans les deux législations et dans les deux langues. Je crois que l'intérêt de la démarche a d'abord été la mutuelle compréhension qu'il était nécessaire d'instaurer entre nous, entre les juristes et les praticiens que nous étions. Nous avons réussi, je pense, et c'est un espoir, à dépasser l'aspect technique des choses pour essayer de nous attacher à l'esprit des lois. Une fois que nous étions retournés à l'esprit des lois, de revenir à la technique qui doit habiller cet esprit des lois. Cette démarche de mutuelle compréhension, je pense qu'elle est assez intéressante, qu'il faut l'approfondir, et que nous pouvons aujourd'hui dire que nous avons une idée de la manière dont on peut traduire dans une loi, le concept commun que nos pays ont de certains aspects du droit de la famille. Je pense aussi, et M. Stein l'a dit, que cette expérience, c'est aussi la recherche de la meilleure loi. Nous nous sommes confrontés aux difficultés, en les expliquant, de la communauté française, nous avons vraiment stigmatisé dans notre travail ces difficultés, nous avons donc abandonné certaines de nos revendications, et les Allemand, de la même manière, ont mesuré la difficulté d'application et les imperfections de certaines caractéristiques de leur régime légal de la participation aux acquêts. C'est une démarche qui tend vers la meilleure loi et vers une convergence qui essaie d'éliminer les défauts de nos systèmes respectifs. Un point important aussi de notre démarche, c'est la difficulté que nous avons eue d'écrire un même texte dans deux langues différentes. Nous avons mesuré dans notre travail combien il était difficile de comprendre nos concepts lorsque nous les exprimions dans des langues différentes. Je crois que le fait que ce texte ait été élaboré en même temps par les interprètes et par les praticiens du droit est aussi quelque chose d'assez original, qui permet d'avoir un texte qui veut vraiment dire la même chose dans les deux langues, qui évite des erreurs que nous avons d'ailleurs remarquées. En travaillant sur la traduction par exemple du régime allemand, nous nous sommes rendu compte les traductions de certains concepts introduisaient des contresens. Je crois qu'il y a aussi cet aspect qui est extrêmement important.

Cette démarche n'aura vraiment de sens qu'à certaines conditions. La poursuite du dialogue entre les juristes et les praticiens des deux pays en est une. Quand je dis les juristes et les praticiens des deux pays, cela veut dire les avocats et les notaires que nous

sommes, mais également les magistrats et ce, même et y compris au plus haut niveau, pour que nous puissions avoir des lieux de concertation sur l'interprétation de certaines difficultés. Lorsque M. Braueur dit qu'un magistrat allemand n'interprétera pas de la même manière qu'un magistrat français, c'est vrai, sauf si à un moment donné, il y a un lieu où on peut poser la question préjudicielle de savoir quel est l'esprit de ce régime commun. Il faut continuer ce dialogue, ce régime n'aura d'avenir que si l'on continue ce dialogue. Je crois aussi d'ailleurs que ce qui est une condition du succès, est aussi une chance formidable, parce que c'est une occasion de créer ce lieu de la discussion.

Au-delà, cette expérience s'inscrit véritablement dans une démarche européenne. On l'a dit, Mme Fombeur l'a signalé, M. Stein aussi, l'Europe fonctionne bien lorsque le couple franco-allemand fonctionne. C'est vrai qu'il y a derrière ce projet aussi une démarche qui peut être une démarche européenne. Quel est le contexte actuel de l'Europe sur le plan des régimes matrimoniaux ? Les réponses ont été recueillies dans un Livre vert. Cela a montré une diversité considérable des régimes matrimoniaux dans les différents pays, mais aussi la difficulté considérable de l'absence de toute règle de conflit de juridiction et de règles de conflit de lois en cette matière. Une commission a été créée auprès de la Commission européenne à la suite de ce Livre vert pour construire un projet de règlement de conflits qui déterminera des règles de conflit de juridiction et de conflit de lois sur la matière des régimes matrimoniaux. C'est une commission qui travaille difficilement parce que les concepts sont très différents, elle est composée d'experts de tous les États membres, mais c'est une commission qui travaille bien. Cette Commission s'intéresse, même si on n'est pas encore à l'idée d'un régime matrimonial européen, comme à une expérience, à ce régime franco-allemand. Ce régime franco-allemand, c'est la première expérience, c'est un texte issu déjà de deux États, il est donc déjà devenu plus compréhensible à d'autres puisqu'il a fallu nous comprendre à deux pour l'écrire. Je pense que c'est un gage de sa meilleure appréhension par d'autres pays. Cette démarche européenne, c'est une démarche qui s'inscrit dans deux objectifs un peu paradoxaux, ou deux positionnements paradoxaux, un positionnement de modestie mais aussi un positionnement d'une grande ambition. Sur la modestie, ce n'est qu'un premier pas. Il est imparfait, il n'y a que deux pays, c'est un régime optionnel, il dépendra du succès qu'il aura vis-à-vis des couples, c'est un premier pas aussi parce que c'est une expérience au réel, mais c'est aussi un premier pas vers la possibilité d'une adhésion d'autres pays dans le projet. Il est vraiment prévu que d'autres pays puissent y adhérer et je dirais que cet espoir n'est pas absurde ni chimérique. Beaucoup de pays européens ont des régimes matrimoniaux certes différents mais dont les concepts fondamentaux sont comparables. La plupart des pays européens ont ce concept du partage des richesses entre les époux. Si je rapproche le droit de la famille du droit des contrats, qui a été l'objet de l'introduction de nos travaux de ce matin, si je regarde l'enquête et les résultats de l'enquête que vous nous avez présentés, M. le Directeur, j'ai noté que la majorité, là c'était les directeurs juridiques des grandes entreprises, mais cela pourrait être la majorité de nos concitoyens, considère qu'un droit unifié unique est extrêmement utile,

voire nécessaire. Deuxième information intéressante de ce matin, la majorité de nos citoyens ou de nos concitoyens européens veulent éviter l'application de la Common Law. Si je rapproche ces deux espoirs, ces souhaits d'un droit unifié qui ne soit pas le droit de la Common Law, il me semble vraiment que le régime matrimonial franco-allemand de Civil Law a un très bel avenir.

Un auditeur: Je suis M.Jacoby, notaire. Je voulais tout d'abord vous dire mon admiration pour le travail qui a été fourni dans l'élaboration de ce régime matrimonial commun. Concernant la question de la transmission patrimoniale par voie de décès, je me pose quelques questions. Ma première question est de savoir pourquoi les notaires français ne conseillent pas à l'heure actuelle la *Zugewinnngemeinschaft*, au titre d'une option de transmission patrimoniale ? Il y a deux raisons à cela. La première est fiscale, la créance de participation en droit français est un passif successoral qui s'impute prioritairement dans le pays de résidence. Pour les Allemands, il n'y a donc aucun intérêt à choisir ce régime. La deuxième raison est liée à l'application de la coordination de l'article 1371 du BGB, qui pose des problèmes de liquidation du régime. Alors ma question était de savoir s'il y a des perspectives d'établissement de règles pour justement faciliter l'adaptation de ce régime aux problèmes qui sont soulevés par la transmission en matière successorale ?

Jean-Marie Ohnet : Il est vrai que des perfectionnements seront envisageables. Il n'était pas question, si on voulait réussir, d'intégrer dans notre réflexion une approche qui soit fiscale, pour des raisons que tout le monde connaît. Dans un deuxième temps, on pourra le faire. Nous sommes partis de très loin et, pendant longtemps nous ne savions pas si on arriverait à dégager un régime commun. Il faut laisser à des personnes talentueuses la possibilité d'introduire et d'entrer dans le débat dans un deuxième temps pour améliorer celui-ci. Au plan fiscal, certainement, au plan successoral, je suis beaucoup plus réservé, parce qu'en réalité la problématique est très compliquée. Il est vrai qu'en Allemagne, dans le régime légal de la *Zugewinnngemeinschaft* en cas de décès, il y a une forfaitisation de la liquidation, qui n'est pas envisageable dans le droit français. Je crois que c'est cela le plus important : nous ne considérons pas du tout ce projet comme achevé, mais comme ce que nous pouvions faire dans le délai imparti, avec la perspective raisonnable d'aboutir, et en présentant un projet déjà attractif. Je crois que nous avons réussi. Maintenant, ce sera une deuxième étape.

Un auditeur: Michael Grenzland, avocat de Fribourg-en-Brigau, spécialisé dans le droit familial et Vice-président de la Chambre fédérale des Avocats : en tant que Fribourgeois, qui se situe tout près de la frontière avec la France de par son activité, j'ai un grand respect pour votre travail. Et je suis très content que ce travail ait apporté ce résultat. En effet, les couples franco-allemands sont toujours confrontés à un gros problème au moment de la séparation pour savoir quel droit relatif aux biens immobiliers s'applique

alors. Mais il est important qu'une véritable décision concernant le régime matrimonial soit également prise. Et certes le choix sera possible, comme vous l'avez déjà dit Monsieur Braeuer. Et, comme cela a été dit au départ, nous savons que la plupart des couples en général ne réfléchissent pas, lors du mariage, aux questions du régime matrimonial et ne se demandent pas s'ils doivent faire un choix. Et dès lors, j'entrevois l'idée qu'il faudrait demander aux couples lors de leur mariage, tout comme on leur demande quel nom de mariage ils souhaitent porter, quel régime matrimonial ils souhaitent appliquer. Ils seraient alors obligés d'y réfléchir un minimum dans un premier temps et de prendre ensuite une décision. Et d'où la question aux membres de la commission : Avez-vous pensé à cela ou est-il prévu dans le projet que les époux annoncent lors du mariage quel régime matrimonial ils souhaitent appliquer ?

Eva Becker : Je peux peut-être répondre de façon brève. En Allemagne, c'est en tout cas ainsi que lors d'un colloque fin septembre, l'enseignement, donc 15 professeurs, s'est mis en étroite collaboration afin d'examiner si la participation aux acquêts convenait effectivement et pouvait servir de base pour un modèle européen. Dans ce contexte, la même question a justement été soulevée. Tant de praticiens seraient naturellement favorables à cela, que l'instruction se fasse par le notaire ou les avocats ou qui que ce soit, cela reste à savoir, cela serait certainement saluer d'un point de vue pratique, mais si on examine les chiffres concernant leur participation lors de partages relatifs aux droits du patrimoine, au cours desquels il y a contestation, je pense que l'investissement lié est énorme. Cela constituerait véritablement une prévoyance dans le domaine du droit familial si on l'instaurait et je redoute que l'on ait des difficultés à l'imposer. Il faut peut-être rajouter brièvement que la discussion du professorat en Allemagne a été clôturée en aboutissant au fait que la participation aux acquêts était un modèle très approprié du fait de sa flexibilité et de son système de séparation des biens et on a pensé qu'elle pouvait être véhiculée de façon tout à fait consensuelle du fait de sa compréhension basique sur la façon dont les biens sont gérés pendant le mariage et au moment du partage. L'enseignement allemand est tout à fait satisfait du fond de ce régime matrimonial optionnel. Ce qui m'intéresserait particulièrement ce serait de savoir ce que dit l'enseignement français de ce projet. La satisfaction est-elle également aussi grande ?

Philippe Simler : Pour le moment, ce projet n'a pas été véritablement diffusé, il n'est pas connu par le monde universitaire français. Je pense qu'il le sera et qu'il faudra le diffuser. Je ne crois pas qu'on puisse parler de réaction, pour l'instant, du milieu universitaire à ce projet. Sur la question qui vient d'être évoquée, il est évident qu'il serait utile que tous les futurs époux aient un entretien avec un spécialiste au sujet de leur statut matrimonial. On pourrait imaginer, mais vraiment l'imaginer, pas le réaliser, comme on connaissait naguère un examen médical pré-nuptial, une consultation médicale pré-nuptiale, qu'il y ait une consultation juridique pré-nuptiale obligatoire. C'est

évidemment utopique d'imaginer que cela soit institué. On peut penser tout de même que les principaux intéressés par ce régime qui sont, soit les couples franco-allemands, soit les couples qui vivent dans l'un des deux pays, même s'ils sont de même nationalité, sont plus sensibilisés aux problèmes de leur situation matrimoniale que le commun des mortels. Ils seront donc plus à même, plus incités à s'informer sur leur situation matrimoniale.

Béatrice Weiss-Gout : Je pense que cela pose le problème plus général en France, et je ne parle pas du tout de l'Allemagne, de la méconnaissance de nos concitoyens de la notion de droit. Le droit n'est pas enseigné à l'école. C'est absolument incroyable de se rendre compte que nos jeunes passent leur baccalauréat sans avoir la moindre idée des engagements qu'ils vont prendre dans leur vie. Et nous sommes, je dois dire, par petits groupes, à réfléchir et de manière extrêmement concrète, à la possibilité d'une préparation civile au mariage. Quand on voit le temps que les couples passent à l'organisation de la cérémonie, de leur dîner, de la fête, du voyage de noces, je pense qu'ils peuvent parfaitement consacrer un peu de temps à cela. Je peux vous assurer que, en ma qualité d'avocat qui reçoit des femmes auxquelles je dois expliquer à l'âge de 55 ans que le bien qu'elles ont acquis indivisément avec leur mari, sous un régime de séparation des biens, qu'elles n'ont jamais financé, elles vont devoir le rendre à leur mari, elles ne sont absolument pas propriétaires des 50%, je peux vous dire que ces femmes-là regrettent vraiment de ne pas avoir eu une préparation juridique au mariage. Je suis partisane de cette préparation. Je pense qu'elle est parfaitement réalisable, même budgétairement elle peut tout à fait s'intégrer. Si on le compare au budget des mariages, ce n'est rien du tout une consultation juridique. Effectivement, si cela pouvait devenir obligatoire, au moins une question posée par le maire lorsqu'il reçoit le consentement des époux, ce serait bien, mais c'est le domaine de la chancellerie.

Max Braueur : Permettez-moi juste d'ajouter quelque chose : Mme Weiss-Gout a déjà indiqué la distribution des rôles, elle était l'optimiste, je voudrais satisfaire à cela. Encore un complément de réponse à votre question : je n'ai pas l'impression que la tendance soit de demander obligatoirement un choix de régime matrimonial au début du mariage. En Allemagne, cela a en effet été le cas. Dans la version d'origine du partenariat enregistré entre les partenaires de même sexe, il était nécessaire d'indiquer le régime matrimonial lors de la conclusion du partenariat. Cela a été supprimé au fil de la modernisation. De toute évidence, la tendance se tourne dans une autre direction.

Jean-Marc Baïssus : Merci aux membres de cette Commission, à Madame Hilpert d'avoir animé cette présentation, je crois que nous avons là un exemple concret de ce qui peut être fait dans bien d'autres domaines, quand on s'attache à essayer de renforcer la convergence entre les deux systèmes de droit.



Deuxième Table Ronde : L'Efficacité Economique du Droit

- Le droit et l'économie en France et en Allemagne

- M. le Pr Arnaud Raynouard, directeur du programme 2eD à la Fondation pour le droit continental ;
- M. le Pr Rainer Schröder, Doyen de l'Université Humboldt de Berlin ;
- M. le Pr Dieter Schmidtchen, professeur à l'Université de la Sarre ;

- Le droit administratif

- M. le Pr Jean-Bernard Auby, professeur de droit public à Sciences-Po ;
- M. le Pr Rainer Arnold, professeur à l'Université de Regensburg.

Jean-Marc Baïssus : Nous reprenons nos travaux, avec une table ronde sous l'animation du professeur AR, qui dirige pour la Fondation un groupe de travail sur la thématique droit et économie, qui s'appelle « Efficacité économique du droit ». C'est donc dans ce contexte-là que nous avons demandé à nos participants d'intervenir.

Arnaud Raynouard : Nous sommes effectivement réunis ici pour une table ronde sur l'efficacité économique du droit, notion large et nouvelle. La table ronde va se décomposer en deux parties. Une première partie plus générale sur droit et économie en France et en Allemagne : on va passer en revue l'état de la recherche, du développement des études liées à droit et économie, l'analyse économique du droit, le débat étant ouvert. Ensuite un éclairage un peu plus spécifique, entre le professeur Rainer Arnold et le professeur Jean-Bernard Auby, sur un aspect tiré du droit administratif. Je passe la parole au professeur Dieter Schmidtchen, qui va nous présenter la situation en Allemagne concernant les relations entre droit et économie.

Dieter Schmidtchen : Merci de permettre par cette occasion de rendre compte de l'évolution des recherches concernant l'analyse économique du droit en Allemagne. Avant que je ne vienne à parler de la tradition de l'analyse économique du droit en Allemagne, je souhaiterais définir ce que j'entends par analyse économique du droit. Je parlerai plus tard de « law and economics » au lieu d'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit est un domaine de recherches pluridisciplinaire qui examine les effets des normes et décisions juridiques et des actes administratifs en s'appuyant sur la théorie économique et la méthode empirique de l'économie. Cette question définit ce qu'on appelle l'intérêt cognitif positif de l'analyse économique du droit. Cela porte sur

l'évaluation des effets juridiques. L'analyse économique du droit a également un intérêt cognitif normatif. Elle évalue en effet les effets du droit, les effets juridiques dans la réalité, à l'aide des critères de l'efficacité économique et elle apporte des propositions sur la façon dont devrait être façonné le droit pour pouvoir engendrer des résultats économiques performants. L'analyse économique du droit examine également les mécanismes qui mènent aux novations juridiques, ainsi que le mode de fonctionnement de la justice. Je souhaite souligner que les intérêts cognitifs positifs et normatifs n'ont rien à voir avec l'arrogance et le positivisme mentionnés hier soir. En Allemagne, la tradition de l'analyse économique du droit date des années trente. Toutefois sous une forme que j'appellerais « Old law and economics ». « Old law and economics » s'occupe exclusivement de normes juridiques, qui influencent directement le fonctionnement de l'économie et du marché. Nous appelons cette norme juridique le droit économique. Cela comprend les domaines juridiques suivants : la législation relative à la concurrence, le droit du travail, le droit des sociétés, le régime fiscal et la régulation des monopoles. Ces domaines juridiques constituent la pièce maîtresse de ce qu'on appelle en Allemagne le système économique et la « old law and economics » en Allemagne examine exclusivement cette pièce maîtresse. On n'appelait toutefois pas ce domaine d'études « law and economics », mais l'ordre théorique et la gouvernance économique. Aujourd'hui on parle généralement de l'ordre économique. L'ordre économique tire son origine de la coopération entre un économiste, à savoir Walter Eucken, et de deux juristes, Franz Böhm et Hans Grossmann-Doert. Ce groupe d'études a donné naissance dans les années trente à ce qu'on appelle l'ordo-libéralisme. Cet ordo-libéralisme, également appelé l'école de Fribourg, a stimulé de façon fondamentale le développement de l'économie sociale de marché en Allemagne. La question directrice des ordo-libéraux était la suivante : à quoi ressemble un système économique efficace et humain et comment peut-on l'établir ? Le régime de la concurrence, qui doit donner lieu à un État plus fort, au-dessus des partis de par la gouvernance politique, était et est encore aujourd'hui considéré comme un bon système économique. La pièce maîtresse de la gouvernance économique est le droit de la concurrence ou le droit relatif aux mesures antitrust. Beaucoup sont d'avis que cette pensée ordo-libérale a également influencé la législation européenne antitrust, articles 81 et 82 du traité CEE. L'ordre économique est, soit dit en passant, également important lorsqu'on souhaite analyser les raisons et les possibilités de thérapie de la crise financière actuelle. D'un point de vue d'ordre économique, les responsables de la crise ne sont pas les spéculateurs avides, mais les politiciens. En effet, les politiciens ont pratiqué une mauvaise gouvernance économique. Une mauvaise gouvernance économique incite les acteurs à se comporter de la façon dont ils se sont comportés avec un résultat désastreux. Depuis le début des années soixante, les économistes et juristes allemands ont commencé à se pencher sur un domaine que j'appellerais « new law and economics ». L'objet de la « new law and economics » est l'ensemble de la législation, et pas seulement le droit économique. Tous les domaines du droit matériel et les droits processuels attenants sont analysés. La « new law and economics », qui a été développée aux États-Unis au début des années soixante,

est aujourd'hui établie également en Allemagne dans les domaines de la recherche et de l'enseignement. En tout cas, en ce qui concerne les départements économiques. J'aimerais ensuite rendre compte de quelques activités sur ce domaine en Allemagne. En 1978, un premier recueil d'essais avec des traductions d'articles importants provenant des États-Unis a été publié. En 1986, en a découlé la première introduction systématique dans l'analyse économique du droit civil sous forme d'un traité écrit par mes deux collègues Schäfer et Ott de Hambourg. Le traité en est maintenant à sa quatrième édition et une traduction anglaise en a été publiée. En 1995, les professeurs Schäfer et Ott, les auteurs de ce traité, ont fondé l'institut pour le droit et l'économie à l'Université de Hambourg. Cet institut est aujourd'hui actif, entre autres, dans les domaines suivants : il participe au programme Erasmus en « law and economics ». Si mon information est bonne, l'équivalent français se trouve à Aix-en-Provence. Depuis 1998, l'institut a organisé une école doctorale en « law and economics ». Cela est en fait un programme de doctorat. L'institut organise des colloques et des ateliers sur l'analyse économique du droit. De plus, il organise un nouveau choix de matière principale jusqu'ici unique en Allemagne, intitulé « Droit et Économie » pour le cursus universitaire de droit. Cela se passe en collaboration avec l'unité de formation et de recherche de sciences économiques de Hambourg. En 1993, le *Center for the Study of Law and Economics* a été créé à l'Université de la Saare, qui organise également des conférences et des ateliers dans le domaine de l'analyse économique du droit. Dans le programme d'enseignement des trois groupes d'options des juristes de Sarrebruck, lors de chaque semestre d'hiver, l'analyse économique du droit fait partie intégrante de la formation. Sarrebruck est aussi le berceau de la nouvelle économie institutionnelle. Depuis 1983, des conférences internationales s'y déroulent et il existe un lien important entre le domaine de la recherche appelé la *Nouvelle Économie Institutionnelle* et le domaine de la recherche appelé *l'Analyse Économique du Droit*. En 2002, la *Société pour le Droit et l'Économie* a été créée. L'objectif est d'encourager la recherche interdisciplinaire dans le domaine de l'analyse économique du droit et de la nouvelle économie institutionnelle. Il y a quelques jours, avait lieu le 6^{ème} congrès annuel de l'assemblée à Innsbruck. Hambourg et Sarrebruck ont créé depuis plusieurs années une *Working Paper Series* très célèbre dans le domaine de la law and economics.

Enfin, les *French-German Talks* sont évoqués dans « law & economics ». La deuxième réunion dans le cadre de ce débat a été organisée à Sarrebruck en décembre 2005 sur le *Center for the Study of Law and Economics* sur ordre de l'association pour le droit et l'économie. Dernier point : de nombreux économistes et juristes allemands sont des membres actifs de l'*European Association of Law and Economics*. Ils présentent régulièrement les résultats de leurs recherches lors du congrès annuel de cette association. Le dernier congrès a eu lieu à Haïfa. Pour résumer : « law & economics », « old & new », est un élément solide des domaines de l'enseignement et de la recherche en Allemagne (plus important auprès des économistes que des juristes).

Il n'y a pas eu de tradition de recherche spécifiquement allemande en dehors de l'école « old law & economics ». « Law & economics » est une science interdisciplinaire et internationale. Les chercheurs allemands s'orientent vers des standards internationaux. Pour conclure, je souhaiterais évoquer les perspectives. « Law & economics » va conquérir une place importante dans le programme d'enseignement et de recherche. Cela est déjà en partie le cas. Deuxièmement, pour le moment, on peut observer auprès de beaucoup de juristes une certaine réserve envers le domaine de recherche de Law & economics.

Les approches économiques rigoureuses des économistes ne sont pas claires pour beaucoup de juristes. Mais il y a du progrès. Je sais qu'à Hambourg et Berlin, les collègues sont représentés dans les deux facultés. Monsieur Schäfer, par exemple, était à la faculté de droit de Hambourg et simultanément à la faculté d'économie de Hambourg. À Berlin, il s'agit, je crois, de Monsieur Kirchner. On voit alors que la collaboration se développe. Troisièmement : par l'influence croissante du droit européen sur le droit national des États membres, la demande d'informations auprès de l'analyse économique du droit devrait augmenter. L'analyse économique du droit met en effet en place un dispositif conceptionnel qui se prête parfaitement à ce qu'on appelle le droit comparé. On s'attend à une convergence en masse des droits français et européen, qui mènerait à une harmonisation des systèmes juridiques en Europe. Les institutions européennes joueront les rôles principaux.

Rainer Schröder : Tenir une conférence après un si bon déjeuner est une lourde tâche. Et il est encore plus difficile d'être attentif à la conférence après un tel déjeuner. C'est pour cela que je ne vous envie pas. Je vais donc le faire très simplement, car les choses sont en effet simples. Imaginez que nous nous trouvions environ 100 ans après J.-C. et qu'un bateau navigue d'Alexandrie à Ostie, le port de Rome. Il contient un chargement des céréales et une attaque de pirates ou une tempête a renversé le bateau, et avec lui les céréales, qu'un vendeur d'Alexandrie a vendu à un acheteur à Rome. La question juridique qui se pose, mesdames et messieurs, est évidente. Qui supporte le risque ? En le formulant autrement, le vendeur doit-il à nouveau livrer et l'acheteur payera-t-il ou devra-t-il payer sans avoir reçu la marchandise ? C'est aussi tellement simple que depuis 2 000 ans on cherche une réponse, entre guillemets, équitable à cette question. Une réponse équitable ne signifie pas, comme on l'entend aujourd'hui, que le riche commerçant à Rome doit payer ou que le pauvre vendeur à Alexandrie est contraint de faire quelque chose qui le conduirait à la ruine. Mais il s'agit là d'un problème structurel auquel un législateur ou un juge fait face. Et c'est le même problème aujourd'hui lorsqu'un poids-lourd a un accident sur le trajet Paris-Lyon, lorsqu'un train a un accident entre New-York et Seattle, c'est toujours le même problème structurel, à savoir, comment détermine-t-on les critères pour qu'une décision soit bien juste ? Nous savons toujours bien ce qui n'est pas équitable, mais d'un autre côté nous ne savons pas ce qui est juste.

La première et étonnante réponse à cette question, et c'est une pré-réponse à cela, (Monsieur Schmidtchen aurait appelé cela « old law & economics »), la première et étonnante réponse à cette question est : en principe, peu importe celui qui supporte le risque. En principe, cela est égal, car c'est à savoir *auparavant*, je répète, *auparavant*. Car lorsqu'on sait auparavant que l'on supporte un risque, on peut alors se prémunir économiquement contre ce risque éventuel. Cela signifie que je peux incorporer le risque dans le prix, par exemple dans mon prix de vente, dans le cas d'un vendeur de céréales ou d'un revendeur de céréales à Rome. Je peux peut-être également m'assurer contre le risque ou bien répartir le risque par exemple en n'utilisant pas *un* mais *dix* bateaux, sur lesquels je participe à chaque fois à hauteur d'un dixième. Il est décisif que je connaisse le droit et que je puisse savoir auparavant quel risque je supporte afin de pouvoir calculer mon prix.

La première théorie est donc la suivante : chaque système juridique (et de ce fait je conteste un peu la théorie qui consiste à dire que les droits allemand, français, continental et américain sont si différents), chaque système juridique est confronté aux mêmes problèmes structurels dans le domaine de l'économie. Vous trouvez ce problème et une solution raisonnable dans tous les systèmes juridiques : américain, anglais, français, italien et même allemand. Cela vient du fait qu'il s'agisse, dans tous ces systèmes juridiques, comme dans celui des romains, de ce qu'on appelle un code de circulation des marchandises. Difficile à traduire. Donc, en d'autres termes, la satisfaction des besoins se fait sur le marché et non, à la différence des groupes socialistes, par la répartition des biens. Lorsque dans le système de l'économie, on réfléchit alors à la décision qui est formellement la bonne, on répond finalement à une question gestionnaire. Et il est évident qu'un système juridique qui, par exemple dans tous les cas, assujettit le vendeur au risque, est formellement plus défavorable pour le vendeur qu'un autre système. Mais le vendeur, je répète ici ma théorie, doit simplement le savoir auparavant. La question économique, mesdames et messieurs, dans un optique de distribution et de répartition optimales des ressources, est différente. On ne répond pas à cette question par la réponse concernant la situation gestionnaire. Mais ici aussi, la réponse de principe est simple. Le droit privé et économique doit permettre à long terme la répartition la plus efficace possible des biens. Les réglementations qui forcent à long terme une répartition inefficace des biens, les réglementations qui sont dirigées directement contre le marché, n'arriveront pas à s'imposer. Le marché, mesdames et messieurs, triomphe toujours. Bien que je sois juriste et bien que tous les politiciens pensent le contraire, le marché, mesdames et messieurs, finit toujours par triompher. Cela est discutable. La façon la plus efficace de distribuer des biens est donc le marché. Pour le moment, cette réponse n'est, en ce qui concerne les marchés financiers, pas du dernier cri, bien que je pense aussi dans ce cas-ci que le marché triomphe. Si l'État reste à l'écart, je pense alors que le problème se réglera plus rapidement que s'il intervient. Mais nous pourrions débattre de cela longtemps. Je crois que Monsieur Sarkozy surtout

est d'un tout autre avis. D'un point de vue économique, il s'agit également, comme nous l'avons vu tout à l'heure, d'organiser le marché de façon efficace. Et organiser signifie créer les conditions juridiques pour un échange de biens sans difficulté et également rendre les coûts de transaction les plus faibles possible pour les processus d'échange. Dans ce contexte, on a le théorème classique américain établi par les Chicago Boys, qui est juste, mais encore controversé. Je vais vous l'énoncer brièvement. Celui qui doit supporter le risque est celui qui peut l'éviter à moindre frais. The cheapest cost-avoider. Si on ne peut pas identifier celui qui supporte le risque, c'est celui qui peut l'assurer de la meilleure façon. Best insurer. Lorsqu'aucun de ces deux critères n'est applicable, celui qui doit supporter le risque est celui qui amène le risque. En tout cas dans l'ancienne théorie, des effets, que l'on peut économiser et « calculer », ne sont pas pris en compte, comme par exemple la protection des consommateurs, en effet si on y intervient et en raison d'une autre justice non fondée sur l'économie un groupe précis est exclu du marché. J'avais énuméré quelques exemples supplémentaires, mais je souhaite, par rapport à la discussion d'hier soir, vous parler un peu de la différence entre le droit américain et le droit continental, car c'est bien là l'objet de la fondation. Comme vous l'avez déjà remarqué, je pense, pour finir il y a certes des différences dans l'évolution des techniques, des processus, mais dans le processus historique ce sont toujours les mêmes solutions qui apparaissent. Dans le processus historique, je pense que le marché triomphe et sur le marché des systèmes et des conceptions juridiques différentes, la conception, qui favorise le processus, triomphe. Si cette conception ne fait pas partie du droit positif, nous avons alors des marchés noirs et l'économie contourne facilement ces réglementations juridiques. Prenez par exemple le marché du travail européen, vous voyez alors ce que je veux dire. Seules quelques remarques ont été faites hier soir, et j'en arrive rapidement à la conclusion avec cela, sur les prétendues différences d'efficacité entre ces systèmes juridiques. Vous avez remarqué, par mon introduction, que je considère les projets et les ouvertures de « law firms » américaines, financées en partie par le gouvernement américain, comme étant des absurdités. Je le dis de façon très claire à Paris. Mais l'affirmation d'une efficacité supérieure du droit américain ne dissimule finalement que laborieusement les intérêts. Et quels sont-ils ? Les intérêts peuvent être cités rapidement : je prends le droit à ceux dont j'emploie les juristes. Quel hasard que les « law firms » américaines soient pour le droit américain afin d'imposer leur 1 000 dollars de l'heure même en Pologne. Et je prends le droit de ceux dont j'emploierai les sociétés : ceci est plutôt rare. Ou est-ce l'inverse ? Lorsque je conclus un contrat avec une entreprise d'un pays, est-ce que j'accepterais son droit non sans émettre de doute ? Et plus encore un peu plus tard. Il y a ainsi, mesdames et messieurs, une concurrence tout à fait légitime des systèmes juridiques. Et maintenant que vous savez que je soutiens une approche stricte du marché, il faut le dire, il y a également un marché sur lequel les divers systèmes juridiques doivent s'imposer par le choix du droit applicable. Comme l'a exposé de façon très claire Monsieur Baïssus, ce choix du droit applicable est influencé par deux facteurs. Premièrement, je ne fais là que vous le répéter, la formation. Cela signifie que l'on choisit plus volontiers le droit que l'on connaît.

D'ailleurs, je choisirais, de façon inattendue, plus volontiers le droit allemand et en deuxième lieu le droit français. Car ce droit représente pour moi une incertitude moindre. Lorsque je défends une société et que je prends une responsabilité en tant qu'avocat ou notaire, je dois choisir la voie la plus sûre. Et je ne peux recommander aucun système juridique en disant en fin de compte : « Oh dommage, je n'avais malheureusement pas vu que dans le système juridique XY vous assumiez un risque supplémentaire, ce n'est pas de chance ! ». En d'autres termes, j'adopte le système juridique qui nous effraye le moins, moi et l'entreprise. Deuxièmement, le facteur coûts. Si je souhaite garantir des risques contractuels, comme le simple risque mentionné lors d'un achat, je dois alors savoir comment cela se passe et si cela est possible. Mais si, par exemple lors d'un contrat entre une société en Pologne et une société en Roumanie (si c'est l'application du droit tchèque qui est choisie), je ne connais *pas* le droit tchèque, la prise de connaissance de celui-ci me coûtera beaucoup d'argent.

En d'autres termes, des coûts de transaction très élevés seront engendrés afin d'obtenir cette sécurité juridique. Les raisons à la campagne des cabinets américains est alors claire : il s'agit des coûts. Il s'agit en second lieu d'une tentative de protection du marché pour les cabinets américains et en troisième lieu d'un allègement de l'export pour les sociétés américaines. Ce qui n'est pas pris en compte (ceci n'est pas une critique sur votre présentation) c'est le facteur de pouvoir du marché dans ce contexte. Le marché a également un pouvoir sur le choix du système judiciaire. Pour simplifier, celui qui est le plus fort sur le marché des biens ou des services impose le droit qui lui est familier. Lorsqu'une grande entreprise française en Roumanie achète quelque chose à un petit fournisseur, pensez-vous qu'elle choisisse d'appliquer le droit roumain ? Le choix du droit dépend certes du cas de figure et cela peut être différent lors de l'achat d'une entreprise tout comme dans le droit du travail, car pour l'achat d'une entreprise, il existe dans les guides beaucoup de formulaires internationaux qui sont appliqués. Mais la répartition des risques et des charges dans le contrat ne dépendent pas que du choix de la législation, elles sont également négociées. Et la réponse à la question, qui tend à faire savoir qui reporte quels risques sur qui et dans quel système de législation, dépend de celui qui est le plus fort sur le marché. Et je termine avec cette petite remarque et vous remercie.

Arnaud Raynouard : Avant de présenter assez rapidement droit et économie en France, qui est dans une situation un peu différente de l'Allemagne, je voudrais observer qu'il y a déjà des convergences qui apparaissent. Vous dites que cela concerne plus les économistes que les juristes. C'est vrai en France aussi, que l'approche est éminemment interdisciplinaire, c'est indiscutablement vrai ici aussi, d'où les difficultés. Quant à la réserve des juristes, elle est très vraie, très grande encore en France, vis-à-vis de l'analyse économique. Je répondrai juste, avant de présenter la situation française, sur le marché du droit. Je pense qu'il y a un autre aspect que l'on oublie, c'est que si c'est le marché qui doit déterminer quel est le droit le plus efficace, et notamment au regard de

la concurrence, d'un point de vue purement commercial, que se livrent des cabinets, il y a un problème de communication, tout simplement. Parce que l'on sait que l'on ne vend pas comme cela, on communique autour d'un produit, on le vante, et même si on vous dit que votre voiture peut aller sur la lune, on sait que l'on n'ira jamais sur la lune avec la voiture. On arrive à orienter les consommateurs. De ce point de vue-là, il y a un manque, un déficit de communication des cabinets, qui relève d'une tradition continentale, alors même qu'il y a une réalité du choix du droit continental. Je prendrai juste un exemple : la responsabilité des producteurs. La plupart, quelle que soit leur nationalité, essayent de choisir un droit civil pour éviter précisément de se retrouver soumis à un droit américain par exemple, pourquoi ? Tout simplement parce que la responsabilité, en droit civil, est plus prévisible, il n'y a pas les jurys, les jurys populaires, qui notamment aux États-Unis, ont un effet assez négatif vis-à-vis des entreprises, et il n'y a pas les *punitive damages*, par exemple, en tout cas dans la plupart des systèmes civilistes. Cette réalité de marché, cette réalité de terrain, est rarement mise en avant, on communique rarement sur cet aspect-là. L'exemple récent de la *Law Society*, qui a fait la promotion de son droit avec des arguments dont la mauvaise foi n'a pas échappé aux Allemands, puisqu'il y a eu une réaction, montre bien qu'il y a aussi sur le terrain du marché, même si on peut accepter cette concurrence, il y a aussi un travail en amont à faire.

Concernant la situation de la France, trois séries d'observations. Pour expliquer quelle est la conception, en tout cas une vision du droit et économie en France, qui progressivement s'oriente vers l'analyse économique du droit, la fameuse *Law and Economics* américaine. Puis deux ou trois mots sur les raisons possibles de l'atonie française en matière, atonie, qui est en train, et ce sera mon dernier point, de se transformer : il y a un développement, peut-être timide, mais il y a un développement de l'analyse économique du droit à la française.

Sur le droit et l'économie et l'analyse économique du droit, deux remarques, une observation. Première remarque, c'est que droit et économie, dans la conception française, ont toujours été liés. Le plus souvent de manière implicite. Le droit a toujours été considéré, tant par les juristes que par les décideurs, les politiques, que par les économistes, comme un élément structurant les activités et les relations économiques. Simplement initialement, dans l'approche française, c'est vrai que cela a été plus perceptible dans le domaine de l'action publique. Le droit économique, tel qu'il a été traditionnellement connu en France, relèverait de ce que l'on appellerait aujourd'hui une conception étroite, puisqu'il s'intéressait plus à l'intervention de l'État. L'évolution ne viendra que par la suite, notamment dans la seconde moitié du XXe siècle, pour inclure des domaines qui relèvent plus du droit privé, et l'on commencera à parler à ce moment-là, effectivement, d'un droit économique, intégrant droit de la concurrence, de la consommation, de la distribution. Il n'y aura pas ce mouvement que l'on a observé dans d'autres pays d'utiliser les sciences économiques sur les autres domaines du droit.

Deuxième remarque, il y a en Europe, indiscutablement, donc France compris, une très vieille tradition d'économie politique. Cette économie politique s'est toujours inspirée, a toujours utilisé le droit. Peut-être parfois en l'instrumentalisant, mais comme un facteur normatif, comme un moyen de mise en œuvre des politiques économiques. Sans remonter jusqu'à Machiavel et Colbert, plus récemment des économistes comme Jean-Baptiste Say, ou Gustave de Molinari, pour les Français, n'ont jamais ignoré l'aspect purement juridique. Maintenant il est vrai que chez les juristes en revanche, peut-être la spécificité de l'économie a été un peu mise de côté. Et puis il y a eu une évolution, venant de l'extérieur, c'est indiscutable, vers l'analyse économique du droit. Effectivement en France aussi, on a commencé à se poser des questions, liées à l'utilisation de la science économique, pour comprendre les mécanismes juridiques. Cela, c'est un point important, parce que cela change radicalement la façon dont on utilise, dont on envisage les relations entre droit et économie, lorsque le droit devient lui-même objet de la science économique. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles, en France notamment mais pas uniquement, dans un certain nombre de pays, l'analyse économique du droit est longtemps restée en dehors de la démarche des juristes. Cela étant, il est difficile de trouver une raison très pertinente, qui expliquerait parfaitement, pourquoi l'analyse économique du droit au sens de la *Law and Economics*, est aussi peu développée en France, jusqu'à ces dernières années. D'autant plus, qu'il y a eu chez les juristes, un mouvement qui est assez proche de la *Law and Economics*, et je pense notamment à l'école historique. Alors évidemment, elle est d'inspiration allemande, mais un des représentants français était François Gény, et cette école historique est considérée comme un des mouvements précurseurs de la *Law and Economics*. Donc il y a bien eu cet intérêt en tout cas, il y a un siècle. Ce mouvement de l'école historique va s'essouffler, ou disons, les échanges entre droit et économie vont s'essouffler en France, notamment dit-on, par la séparation de l'économie et du droit dans l'enseignement. C'est sans doute en partie vrai. Et puis aussi par le fait que l'économie va se rationaliser, devenir mathématique à ce moment-là, et va donc s'éloigner des démarches classiques du droit. Puis il y a un mouvement à travers l'Atlantique, et une renaissance dans les années 1960, effectivement, à l'école de Chicago. Tout cela pour dire que la situation française sur la relation entre droit et économie me semble beaucoup plus contrastée que la façon dont elle est souvent présentée. L'idée que potentiellement tout le droit a des incidences économiques me semble relativement acquise. L'idée que le droit structure les activités, aussi. En revanche, ce qui est nouveau peut-être pour nous, c'est l'idée que le droit est objet d'analyses économiques et que l'on sorte effectivement un petit peu de notre champ, en tant que juristes, traditionnel.

Les raisons de l'atonie française sont contradictoires. Le raisonnement économique en droit n'a jamais été absent ; les politiques publiques, tout le mouvement évidemment d'analyse et de préparation de l'action publique s'est toujours fondé sur ce lien. La démarche coût/avantages, coût/bénéfices, a toujours fait partie aussi de la tradition générique juridique, alors évidemment, beaucoup plus en droit public. Mais c'est quelque

chose qui existe. En revanche il n'y a pas eu d'analyse économique du droit, du moins chez les juristes. En dépit de cela, il faut reconnaître qu'il y a un important travail des économistes en France. Je prendrai deux exemples. L'ex-Plan, mais le Plan, même lorsqu'il n'est plus une instance de planification, était une structure qui produisait énormément de travaux transdisciplinaires, notamment sur l'évaluation des effets économiques des règles de droit. Autre exemple, toujours d'actualité, c'est le travail de la Cour des comptes, qui fait un énorme travail, qui s'apparente à une analyse économique du droit, même si elle est, sans doute, un peu ignorée dans l'enseignement du droit. Alors évidemment, tout cela nous distingue de l'école de Chicago, mais c'est oublier, cela étant, qu'il n'y a pas que l'école de Chicago dans la *Law and Economics*. Il y a l'école de Harvard, l'école de New Haven, le mouvement qui se développe à Princeton. Il y a aux États-Unis même, une diversité qui, par certains côtés, est celle que l'on retrouve dans les différents pays européens, en matière d'analyse économique du droit. Il y a tout de même un mouvement maintenant en France, et donc un développement peut-être timide, de ce que l'on pourrait appeler une analyse économique du droit française, qui vient d'un souci très simple, c'est de participer au débat d'idées, débat qui est au plan international. Et on revient à cette question de la diffusion des idées et du « faire savoir » finalement quelles sont les qualités de nos systèmes. Le souci, c'est effectivement aujourd'hui de mieux démontrer l'efficacité du droit civil. De ce point de vue-là, je voudrais quand même attirer l'attention sur le fait qu'il ne faut pas non plus se tromper complètement de combat. La *Law and Economics*, nouvelle version, la *New Law Economics*, a une position qui, d'une certaine manière, est absolument dramatique pour les juristes, parce que si l'on prend un de ses concepts de base, le théorème de Coase, dont je vous épargnerai la démonstration, mais Coase démontre, dans un article très connu, dans les années 60, qu'en fait les règles de droit n'ont aucune importance. C'est-à-dire que quelque soit la façon dont les règles de droit sont organisées, on en arrive toujours à un arbitrage par le marché : ce qui importe, c'est la précision des règles, être capable de déterminer avec précision ses devoirs et ses obligations, mais ensuite, que ce soit un système de droit civil, de *Common Law*, ce que vous voulez, cela ne changera rien. Evidemment, c'est un peu déprimant pour le juriste, parce que du coup sa science, son domaine, est réduit à peu de choses. Et alors c'est là-dessus que je voudrais attirer l'attention, il ne faudrait pas se tromper de combat : la *Law and Economics* ne se focalise pas sur un système juridique, la *Law and Economics* part plutôt d'un paradigme, d'un postulat, d'un modèle économique, et d'un modèle économique sous-jacent. A vouloir défendre nécessairement les mécanismes juridiques, on peut s'enfermer dans une dialectique assez stérile, parce qu'en réalité, on n'opposera pas des règles les unes contre les autres, on pourra opposer éventuellement des conceptions du développement économique du marché, qui elles-mêmes vont entraîner des règles différentes.

Ceci étant dit, sur la situation actuelle et le développement en France... Il y a un gros travail des institutions, la Fondation n'est pas une institution au sens formel du terme, mais c'est un bon exemple. Il y a un mouvement d'évaluation des politiques

publiques qui relève d'une démarche d'analyse économique du droit. Il y a aussi un travail pluridisciplinaire qui se développe de manière assez importante. On a parlé des universités, en France, Aix-Marseille, Nanterre avec son laboratoire économique, Sciences-Po Paris, bien évidemment, Dauphine aussi, il y a un certain nombre d'universités et d'institutions qui ont depuis un certain nombre d'années développé des cours ou des séminaires sur ces questions-là. De ce point de vue-là, il y a eu, depuis quelques années, création de cours d'analyse économique du droit, y compris dans les cursus juridiques, par exemple à Toulouse, à Dauphine, à Aix-Marseille, à Sciences-Po aussi, sauf erreur de ma part. Quelques thèses ont commencé à être soutenues par des juristes, par des gens qui avaient une double formation. Il y a aussi ce substrat qui tente de se mettre en place. De nombreux rapports sont produits, y compris par des opérateurs privés, sur ces questions-là. On voit apparaître une forme d'analyse économique du droit liée au droit continental. L'idée que les concepts de sécurité, de stabilité, d'accessibilité, sont sans doute plus importants dans nos systèmes que dans le système *Common Law*, en tout cas dans le système américain aujourd'hui. Encore faut-il être prudent, le point de départ et le point d'arrivée, que l'on soit d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique, sont souvent identiques. En revanche, les chemins pris se distinguent énormément. De ce point de vue-là, je conclurai en disant qu'autant il nous faut développer une compétence, une connaissance en la matière, parce que sinon on est exclu d'un débat très important aujourd'hui, autant il ne faut pas perdre de vue qu'on glisse très rapidement des conceptions du droit aux conceptions du modèle économique. Ce glissement, c'est tout simplement un glissement du droit, en tant que simple outil d'organisation des relations sociales, à un débat qui est purement politique, et à ce moment-là, on en revient sur ce que vous disiez sur les marchés et sur les *Law Firms*.

Un auditeur dans la salle : J'aimerais soulever une deuxième question à Monsieur Schröder, dans la crise financière actuelle, les porte-étendards de l'économie de marché commencent à douter. En ce qui concerne le marché des finances, profondément malade, il est malade dans sa relation avec la régulation nécessaire jusqu'à un certain point, donc il est malade dans sa relation avec le droit. J'aimerais bien avoir votre opinion sur ce sujet. Il y a des déséquilibres d'information, des déséquilibres de forces économiques.

Rainer Schröder : C'est une grande question, difficile à répondre, et je vous remercie, Monsieur, de m'avoir attaqué, puisque la phrase, c'est le marché qui gagne toujours, est une phrase un peu provocatrice. Qu'est-ce que le marché ?

Qu'est-ce que le marché ? Le marché nécessite quelques règles et ces règles doivent être définies auparavant. Cela était vrai pour les marchés du Moyen-âge : quand doit-on protéger le marché ? Qui étaient les agents économiques ? Etc. En d'autres termes, il est nécessaire de définir le marché. Prenons l'exemple de la législation sur les cartels. Dans la législation sur les cartels, nous avons un problème structurel du fait que le marché doit être protégé contre les cartels et que ces cartels s'organisent par des

contrats libres dont la condition requise est le marché. En d'autres termes, un mécanisme du marché abroge le pouvoir. Je présume que Soros a fait allusion à des situations semblables. Je suis étonné par une personne comme Soros, qui à l'époque a spéculé contre la livre sterling, je crois qu'il a gagné 6 milliards de livres dans une spéculation limitée, et qui aujourd'hui semblerait avoir trouvé son chemin de Damas. Je m'étonne par exemple que la présidence du conseil d'administration de la Deutsche Bank, à savoir Ackermann, un grand représentant du marché, maintenant en temps de crise, en appelle à l'État, après être allé dans le mur. Lorsque j'ai dit que l'on devrait peut-être avoir une répartition du marché, cela ne voulait pas dire qu'on ne devait pas éventuellement protéger les consommateurs. Mais il y a un manque d'informations sur le marché. Et la question est : jusqu'où doit-on intervenir ? Nous savons depuis Max Weber (1904) que chaque intervention sur le marché a des conséquences inattendues. En d'autres termes, dans la seconde où j'ouvre la boîte de Pandore, je produis des effets dont je ne veux pas, que je dois ensuite contrer par de nouvelles réglementations. Et pour finir les réglementations sont tellement variées, ont tellement d'effets secondaires, qu'on peut dire qu'il est peut-être préférable de laisser faire le marché. Pour finir, il s'agit également peut-être de questions de foi. En effet, il y a d'un côté l'école ordo-libérale et de l'autre, c'est-à-dire, en le formulant de façon politiquement prudente, à droite et de l'autre côté les interventionnistes du 19^{ème} siècle, qui disent qu'on doit contrôler dans l'intérêt de certaines personnes dignes d'être protégées. De ce fait, aujourd'hui, nous n'avons matérialisé aucune des positions de façon absolue. Nous avons toujours un mélange et nous devons également chercher momentanément (et là je vous approuve) à établir un équilibre. Je vais m'arrêter là, c'était déjà trop long.

Arnaud Raynouard : Je pense qu'il y a quand même un point important, c'est que nous sommes tous à peu près d'accord sur les modèles de développement économique. La question est : où place-t-on le curseur pour réduire la régulation, terme un peu flou ? Une position, par exemple aujourd'hui, est de dire que la privatisation des profits et la collectivisation des pertes, c'est le rôle de l'État. C'est normal, il protège. Mais cela ne règle pas la question, et c'est là où l'analyse économique peut être intéressante, la question de la théorie des incitations et de la responsabilité des opérateurs privés. Il y a là un choix qui peut se poser. Et il est clair que de ce point de vue-là, les positions varient. Mais elles varient, non pas de chaque côté de l'Atlantique, elles varient même si l'on prend l'Union européenne : il y a des différences au sein même des États membres.

Juste un mot sur LLSV, qui est en fait les initiales de ce courant de pensée qui anime les rapports de *Doing Business*, dont je n'ai sciemment rien dit, pour ne pas basculer dans une espèce de charge contre ces rapports. Je pense qu'il faut tout de même relativiser, cela ne change rien au fait qu'il faille répondre, mais il faut relativiser une chose, c'est que l'analyse menée par LLSV, et avec l'aboutissement ultime, c'est-à-dire leur article en 2008 sur les conséquences économiques de la théorie des origines

légales, a quelque chose d'absolument grotesque. Parce qu'on nous explique qu'en fonction de l'origine du système juridique, il y a un déterminisme, et que vos structures économiques aujourd'hui sont figées à jamais, conditionnées par cette origine légale. Le problème, l'idée en elle-même, on peut en discuter, mais le problème est qu'ils n'analysent pas le système juridique. Cela c'est un point que vous avez évoqué en parlant du droit du travail, en dehors du droit civil, en tout cas non représentatif de la culture ou tradition civiliste. Il y a un autre point qu'il faut mettre en avant : ce qui est évalué par ce genre de rapport, ce n'est pas le droit lui-même, ce n'est pas la règle de droit, c'est sa mise en œuvre administrative, les structures bureaucratiques de mise en œuvre de règles. Autrement dit, on ne peut pas juger de l'efficacité d'un système juridique, en tant que système ou ordre juridique, au regard simplement du nombre de formulaires qu'il faut remplir pour passer une frontière. Or c'est un peu ce qui se passe. Cela étant, il ne faut pas oublier qu'à l'origine des rapports de *Doing Business*, il n'y a pas de volonté de recherche scientifique, il y a tout simplement la volonté d'établir un outil très simple d'évaluation pour la Banque mondiale, pour voir si ce qu'elle fait sur le terrain est efficace. Là où cela dévie complètement, c'est à partir du moment où derrière cet outil, se trouve un courant de pensée économique, qui pense avoir identifié la mesure exacte, non quantitative, parce que cela n'est pas une démarche quantitative, mais la mesure exacte des systèmes juridiques. Donc effectivement, il y a ici un véritable travail, travail qui pourrait déboucher peut-être sur un apport des juristes, dont les économistes sont demandeurs, pour améliorer les mécanismes et les concepts qu'ils ont aujourd'hui, pour essayer de mieux comprendre les phénomènes juridiques.

Dieter Schmidtchen : Je veux dire quelque chose à l'intention des juristes. Mon collègue a mentionné Coase et le théorème de Coase. Dans certaines conditions, à savoir des coûts de transaction nuls que vous avez mentionnés, il résulte, peu importe le droit, des résultats du marché toujours plus efficaces ou un intérêt général maximisé. Et dans cette mesure, on pourrait dire que le droit ne joue aucun rôle, sauf qu'il joue naturellement un rôle de répartition. Celui qui reçoit le droit d'attribution a un revenu plus élevé. Heureusement (et là vient la réhabilitation et ce n'est donc pas catastrophique pour les juristes), heureusement les coûts de transaction ne sont pas nuls dans la réalité. Ils sont assez importants et heureusement Coase l'avait également dit dans son article. Dans des situations où les coûts de transaction ne sont pas nuls, c'est le système juridique qui détermine, s'il en sort un résultat, si l'intérêt général est ou non favorisé. Ce n'est donc pas si catastrophique, si vous voulez, c'est une consolation pour les juristes.

Jean-Bernard Auby : Alors dans la mesure où nous en aurons le temps, nous nous dirigerons vers un sujet particulier de comparaison, que Rainer Arnold et moi avons choisi, qui est celui des partenariats public/privé. Mais je voudrais d'abord faire quelques observations générales auxquelles Rainer réagira peut-être, sur le débat que vous venez

d'avoir. Permettez-moi d'abord de vous remercier vivement pour cette invitation à ce débat fort intéressant, et cette occasion d'échanger avec le professeur Arnold, qui est à la fois un vieil ami personnel et un grand ami de la France. Je voudrais, dans le cadre du droit public, sur le versant droit public des choses, réagir à ce que vous venez d'indiquer.

D'abord, vous dire, en comprenant parfaitement bien l'émoi que les rapports *Doing Business* suscite chez les collègues privatistes, et en partageant un peu de leur émotion, nous nous sentons, nous publicistes, beaucoup moins mal à l'aise, beaucoup moins dérangés. Parce qu'en vérité, dans les rapports d'influence internationaux entre les pays de *Common Law* et de *Civil Law* dans les domaines de droit public, en réalité les flux d'influence sont assez équilibrés. Sans aucun doute, les pratiques, les principes de la *Common Law* font sentir leur impact dans certains domaines : contrats publics, nouvelles formes de régulation économique autour des agences indépendantes, encore que cette influence soit assez complexe. Mais en sens inverse, nous abreuons les Anglo-Saxons de déclarations de droit, de systèmes de contentieux administratifs du type *Judicial Review* qui ne sont pas, en vérité, conformes à leurs traditions et auxquels ils sont tenus de s'adapter. C'est en tous cas très nettement le sentiment qu'éprouvent les Britanniques. Donc, les choses dans d'autres domaines sont plus équilibrées, je crois.

La deuxième observation que je voulais faire concerne le développement en France de l'analyse économique sur le versant du droit public, le professeur Schmidtchen, l'ordolibéralisme, l'analyse de la constitution économique. Bien entendu, nous ne pouvons pas échapper à l'idée selon laquelle le droit public, au travers de l'état de sa constitution et ses lois essentielles, est fondateur du marché, ne serait-ce que parce qu'il définit les espaces dans lesquels se déploie l'activité économique. Rappelons-nous que même l'école de Chicago est touchée aux questions de droit public. Il y a au moins un article connu de Posner sur la Constitution, comme réalité économique. Plus près de nous, il y a un courant théorique à la lisière de l'analyse économique, de ce que les Anglo-Saxons appelleront plus volontiers *Social Legal*, qui est la théorie des régulations, et qui est absolument essentielle pour la compréhension contemporaine du droit public.

Est-ce que de tout cela la doctrine de droit public français a tiré profit ? Relativement peu pour le moment, pour, je crois, les mêmes raisons qui rendent les collègues privatistes réticents. A la fois notre positivisme foncier, caractéristique tout à fait profonde de la doctrine juridique du droit public français, et qui se double d'une sorte, paradoxalement, de réflexe plus ou moins juste naturaliste, qui consistera à dire : ce n'est pas parce qu'une solution est efficiente économiquement, qu'elle est juste du point de vue de l'intérêt général, du service public, ou de tout ce que vous voudrez. Donc, des réticences. Cependant, il me semble que la cause a déjà un petit peu progressé, en ce sens que commencent à se développer, ici ou là, quelques recherches qui se tournent du côté de la théorie des régulations, sur le mode anglo-saxon, ou dans une version plus continentale, qui est différente, mais qui fait son apport, au travers des théories de la

globalisation. Cela commence, au travers de l'application carrément des thèses *Law and Economics* à certains pans du droit public, et notamment le pan des contrats publics.

Rainer Arnold : Egalement, je voudrais dire que c'est vrai, du point de vue du droit constitutionnel, que l'économie et disons les conditions du marché ont une certaine influence sur l'interprétation, la création même, du droit constitutionnel. En observant, par exemple, le processus de transformation dans les pays d'Europe centrale et de l'Est, on peut dire que la transformation a été approfondie, confirmée, par l'aspect économique. Une économie florissante est une base pour la démocratie. C'est une relation mutuelle qui est très importante. D'autre part, la nouvelle approche par exemple de ces constructions nous donne une impression manifeste que la liberté de l'économie gagne, a obtenu une place primordiale dans les pensées juridiques, en particulier dans ces États qui se basent sur la liberté économique, la liberté d'entreprise. Alors que chez nous, dans nos constitutions traditionnelles, on ne trouve pas ou très rarement par exemple explicitement la liberté d'entreprendre, mais dans les pays de l'Est, de transformation, on retrouve presque dans chaque constitution une telle manifestation explicite. Il y a beaucoup de relations entre l'économie et le droit, c'est vrai, cela n'est pas exactement l'analyse du droit dont je parle, mais j'aimerais dire que le juriste, la constitution ou le droit constitutionnel administratif établit un cadre pour l'économie, mais néanmoins il y a une influence réciproque. Il faut considérer à un certain degré le mécanisme, disons les conditions du marché, de l'économie, dans l'interprétation du droit. Néanmoins, le droit pose les limites pour une activité économique peut-être trop élargie, et j'aimerais bien souligner ces faits réciproques. C'est un sujet très complexe, et JBA s'est référé à la régulation. Je me souviens, à Paris II, j'ai eu une fois la possibilité de participer à un colloque sur la politique, la démocratie et la régulation, ces tensions et ces interconnexions entre les deux pôles, les deux concepts. Cela a été clairement présenté par les participants, et c'est important, une nouvelle orientation du droit administratif qui est la régulation, et qui protège la liberté économique, la liberté démocratique même, par une certaine intervention dans l'économie. Alors ici également, un exemple important pour cette interconnexion.

Jean-Bernard Auby : Les organisateurs du colloque nous ont demandé d'imaginer un sujet de dialogue qui a trait à la fois au droit administratif et à l'économie. Nous avons choisi celui des partenariats public/privé. Je dois vous dire que si on nous avait demandé purement et simplement de choisir un sujet de dialogue franco-allemand sur une question de droit administratif, cela n'est sans doute pas cela que nous aurions choisi, mais plus probablement quelque chose tournant autour du contentieux administratif, ou de la procédure administrative non contentieuse, qui sont des sujets sur lesquels le dialogue entre nos deux systèmes est très facile et fécond. Le sujet des partenariats public/privé, cela n'est pas un sujet spécifiquement franco-allemand, c'est un sujet européen, et un sujet universel même. C'est une grande question d'aujourd'hui, et c'est

une question qui est en phase avec le problème des rapports entre économie et droit. Résumons les choses en disant ceci : dans l'époque actuelle, pour de multiples raisons sur lesquelles nous n'avons pas le temps de nous étendre, la distribution des rôles, on le voit dans la crise actuelle, entre les acteurs publics, l'État, et les acteurs privés, dans la production de l'intérêt collectif, dans la garantie de l'intérêt collectif, cette distribution est en train de changer. Les partenariats public/privé sont au cœur même de cette thématique. Ils sont en rapport avec le sujet économie et droit aussi d'une autre manière. Ce qu'on voit sur ce sujet, le droit communautaire, le droit français, je crois aussi le droit allemand, tâtonner, rechercher doucement, la solution la plus efficiente pour organiser certains montages de réalisation, d'équipements publics et de tâches publiques. Si vous le permettez, je résume en quelques mots le développement du problème dans le droit français, et RA nous dira comment les choses se présentent dans le droit allemand.

Une sorte de paradoxe français, qui est celui-ci : par tempérament, nous ne sommes pas, nous Français, tellement portés à penser que l'intérêt général, l'intérêt public, peut être véhiculé par des acteurs privés. Notre adoration de l'État est telle que nous avons un peu de mal à considérer que l'intérêt public puisse exister en dehors de sa sphère. Et pourtant, et là est le paradoxe, cela fait très longtemps, et beaucoup plus massivement que dans d'autres systèmes, que les tâches publiques, que le service public, comme nous le disons, est confié à des acteurs privés, notamment sous la forme historique du contrat de concession. Les services publics locaux par exemple, dans notre pays sont depuis longtemps, aujourd'hui très massivement, confiés à des entreprises privées, alors que par exemple, aux États-Unis, ils le sont très peu, et restent dans la plupart des cas exercés directement par les collectivités publiques. Une sorte de paradoxe français... Nous étions, nous sommes historiquement, et nous sommes restés jusqu'à il n'y a pas longtemps, dans une situation dans laquelle un grand nombre de tâches publiques étaient confiées à des acteurs privés, des opérateurs privés, notamment selon ce mécanisme de concession, et les lois de décentralisation que nous avons faites dans les années 1980 n'ont fait qu'accentuer le phénomène. Il a trouvé sa limite à un moment donné, c'est qu'on ne peut confier une tâche de service public à une entreprise privée selon ce genre de montage que s'il y a un client, un usager prêt à payer. Cela existe pour certains services : on peut faire payer la distribution d'eau ou la distribution d'électricité, mais cela n'existe pas pour d'autres. En outre, dans les périodes où de grands besoins d'équipements publics existent, ce genre de montage ne peut pas suffire. Donc nous sommes partis à la recherche d'autres constructions qui permettraient, en fait, d'organiser les choses de façon à ce que les entreprises prennent en charge la réalisation d'équipements publics, recherchent des financements pour cela, gèrent ces équipements sur le moyen terme, la collectivité publique, responsable ultime de l'équipement, leur versant ensuite une sorte de loyer. Cela a été difficilement possible, pour des raisons que je n'ai pas le temps de décrire : le droit était réticent. Parce que notamment cela cachait une sorte de report, sur les générations futures, des efforts financiers. Là-dessus, s'est développé le programme anglais de la *Private Finance Initiative*, entre autres, mais

notamment, qui a montré que ce type de montage pouvait, si on en faisait une politique nationale déterminée, conduire au développement d'un certain nombre d'équipements et de services publics de manière assez rapide et qui trouvaient leur financement, sur des bases qui paraissaient juridiquement assez adéquates. En outre, les montages qui étaient réalisés dans le cadre de la PFI étaient, et ils sont toujours, des montages plus ajustés juridiquement, dans lesquels notamment la pondération des risques est mieux recherchée et mieux calculée que dans les contrats classiques de type concession de service public que nous avons. Le système français a fini, dans des difficultés, par adopter des formules semblables à celles que l'on trouve chez les Britanniques, sous les auspices d'un contrat de partenariat. En fin de compte, en 2004, pour le texte essentiel, il est entouré de quelques textes particuliers dont je ne parlerai pas, en 2004, une ordonnance, une loi disons, met en place un système de contrats de partenariat, que je résume, en quelques mots, avant de laisser la parole. Des contrats de partenariat qui sont des contrats globaux, dans lesquels on confie à une entreprise le financement, la construction, l'entretien, l'exploitation, d'un équipement. Je dirais ensuite quel genre d'équipements sont concernés, mais cela peut être, pourquoi pas, des voies, des systèmes d'éclairage public, des équipements publics de toutes sortes. Donc, on en confie le financement et la construction pendant un certain nombre d'années, sur la base de contrats qui seront des contrats détaillés, un peu microscopiques, qui s'efforcent de placer, de situer chacun des risques possibles d'un côté ou de l'autre, de prévoir les aléas contractuels, de prévoir les hypothèses de modifications et de résiliation du contrat, qui fixent des objectifs de performance. Donc qui sont des contrats je dirais, c'est évidemment une formule simple, des contrats très économiques dans la façon dont ils sont configurés. J'ajouterai qu'ils ne peuvent être conclus qu'après qu'une étude préalable ait démontré que ce type de montage peut être plus efficace qu'un autre pour réaliser les équipements de service, et ils sont conclus selon un système de dialogues compétitifs, conformes aux normes européennes, mais qui permettent plus que les procédures classiques de passation des contrats publics, qui permettent de perfectionner, de préciser la rédaction du contrat. Voilà où nous en sommes aujourd'hui...

Rainer Arnold : En Allemagne il n'existe pas de loi sur le partenariat public/privé. Ce n'est pas possible peut-être, ou pas nécessaire, parce que conclure des contrats, cela revient à la liberté de conclure des contrats. C'est notre loi fondamentale, la concession, qui ne dit pas expressément, explicitement, mais c'est inclus dans l'article 2 alinéa 1 de notre Constitution, c'est la liberté générale de l'action, l'autonomie privée qui comprend également la possibilité de conclure librement des traités. Ceci vaut pour le privé, les personnes privées, ceci vaut également pour l'État qui actionne ce qui est possible de droit privé. Un peu en contraste, je pense, avec la France. Les contrats qui sont conclus par l'État ou par les collectivités locales, par exemple, ne sont pas toujours des contrats de droit public. Ils peuvent l'être, cela dépend du sujet principal de ce contrat, cela peut être un contrat de droit privé. En ce qui concerne un contrat de droit public, de droit administratif, cela c'est permis par les lois relatives à la procédure administrative, ce qui

revient à la compétence des länder, des États membres de la fédération. Il y a 16 Etats membres, 16 lois relatives à la procédure administrative, une 17ème, ça c'est la loi de la Fédération. Normalement la Fédération n'agit pas dans le domaine du droit administratif, exceptionnellement oui, naturellement, mais pour ces exceptions il existe également une loi. On peut dire que c'est la liberté de conclure des contrats, qui nous permet d'être très flexible, très souple, pour la reconnaissance des contrats entre l'État, les communes, les collectivités locales et les personnes privées, soit de nature privée, soit des contrats de nature publique. Ce qu'on a fait, c'est qu'on a adapté les lois existantes à cette possibilité de conclure de tels contrats de partenariat public/privé.

En 2005 la Fédération a adopté une loi d'accélération de l'emploi de ces contrats public/privé. Mais cette loi a modifié, réformé plusieurs lois fédérales, par exemple la loi fédérale sur les cartels, sur les autoroutes et les routes nationales, parce que c'est un sujet où on retrouve en pratique beaucoup de ces contrats. Egalement le droit fiscal, également la loi budgétaire, la loi cadre des principes budgétaires de la Fédération, et d'autres. Mais ces réformes étaient d'une portée assez marginale. On a essayé de créer les conditions pour un emploi très efficace de ce nouvel instrument. C'est-à-dire qu'il y a aujourd'hui peut-être trois piliers. Le premier pilier, c'est la liberté constitutionnelle de conclure des traités. Le deuxième pilier, c'est cette loi de 2005 qui a, dans plusieurs domaines, réformé la législation existante pour promouvoir, accélérer, l'emploi de cet instrument. Et le troisième pilier, naturellement, une conclusion de ces contrats doit respecter les lois existantes de la Constitution et les lois fédérales, les lois des Etats membres de la Fédération, ainsi que la législation communautaire. Nous n'avons pas de définition claire de cet instrument. Mais dans la littérature, en pratique, ce sont certains éléments qui se sont établis, en tant qu'éléments constitutifs de cet instrument. Naturellement c'est l'action commune, la comparaison entre l'Etat, les petites collectivités locales ou une personne morale de droit public et une personne privée, pour remplir une tâche publique. C'est vrai, ce n'est pas une tâche privée, c'est une tâche revenant à la sphère de l'État ou des communes, l'État en général on peut dire. Cela veut dire que cet instrument s'inscrit dans la sphère de la privatisation générale, mais se retrouve au milieu ou peut-être à mi-chemin entre une privatisation matérielle, où l'État redonne à la société cette tâche publique et la transforme en tâche privée, où la privatisation formelle sera de dire que l'État obtient ou garde cette tâche à remplir, doit continuer ses activités pour les remplir, mais sous forme privée. C'est-à-dire en utilisant peut-être une entreprise pour remplir cette tâche. Naturellement, une fonction de contrôle est nécessaire de la part de l'État pour garantir l'accomplissement de cette tâche, toujours étatique. Alors l'accomplissement d'une tâche étatique ou communale peut être public, on peut dire.

Troisième élément, c'est la distribution des risques, le financement naturellement c'est important, que le financement donné est réalisé par le privé, ou on partage peut-être le financement d'un projet, et le risque se distribue selon les sphères de risques,

normalement c'est le privé qui reprend le risque pour le développement de ce projet d'un point de vue d'entrepreneur. Ces contrats sont normalement conclus sur du long terme. Ce sont des éléments qui ont été établis dans la littérature, la pratique a trouvé beaucoup de modèles, de combinaisons, et je pense que ça serait peut-être le sujet de la deuxième partie, mais d'abord la distinction entre le droit allemand et le droit français et, dans ce thème de première partie, c'est en particulier qu'il n'existe pas d'ordonnance de ce type, pas de loi qui peut définir de manière autoritaire ce qu'est un partenariat public/privé.

Jean-Bernard Auby : Ce que nous envisagions de faire, c'est d'échanger sur les développements concrets des partenariats public/privé, et les obstacles auxquels ces mécanismes se heurtent. Nous le ferons rapidement, c'est promis. J'ai indiqué que le texte français essentiel date de 2004. Il faut savoir que depuis lors, il n'y a guère qu'une petite trentaine de contrats de partenariat qui ont été conclus. Donc cela n'est pas un instrument courant. Il concerne des opérations d'une certaine ampleur, en général : je citais tout à l'heure un système d'éclairage public, pour donner d'autres exemples, le nouveau grand stade de Lille sera réalisé selon ce modèle, il y a quelques projets de centres culturels, de musées, etc. On envisage aussi de l'utiliser dans le domaine des équipements ferroviaires, par exemple. Il est prévu, il existe au sein du Ministère de l'Economie une institution qui est chargée d'encourager ce mécanisme, et qui plaide pour qu'on l'emploie dans d'autres domaines, pas seulement pour faire du béton, mais aussi en matière de services informatiques, télé-services, etc. Il faut savoir, et j'ajouterai juste ce point-là, que le développement de cette institution se heurte à des obstacles, et même à des réticences. Des obstacles juridiques d'abord, en ceci que le Conseil constitutionnel, qui a été saisi de toutes les lois, notamment de celle de 2004 que j'ai évoquée, a posé un certain nombre de barrières à l'utilisation du mécanisme. Je ne m'étendrai pas, mais en gros, il est cantonné à des hypothèses soit d'urgence, soit de réelle complexité de l'opération à réaliser. Sinon, il n'est pas utilisable. Et le recours au partenariat public/privé est une question aussi sensible, même politiquement, le mécanisme est en lui-même contesté. Les collectivités locales par exemple sont très divisées sur l'opportunité de l'utiliser. Ensuite, je finirai avec cet élément, le développement du procédé se heurte également à des évidents obstacles financiers, actuellement. Parce que ces grands projets ont évidemment un peu de mal à trouver leur financement. En partie parce que les mécanismes financiers que l'on a prévus pour l'institution ne sont peut-être pas parfaits, notamment en termes de cession de créance, mais aussi et surtout parce que l'on trouve aujourd'hui moins d'organismes, d'institutions financières, de banques, pour s'introduire dans ce genre de montage. C'est pour quoi, le gouvernement a annoncé, il y a quelques jours, que l'État allait garantir un certain nombre de partenariats public/privé, à hauteur de 18 milliards d'euros, très précisément.

Rainer Arnold : Je souhaiterais dire qu'il se peut qu'on ne soit pas réticent de la même manière en Allemagne envers l'utilisation de ce nouvel instrument. Du reste, on nomme cela aujourd'hui, après avoir tout d'abord utilisé l'expression anglaise « public-private partnership », partenariat public/privé (öffentlich-private Partnerschaft). On a traduit cela en allemand, même dans la loi. Mais je pense que nous avons plus de 30 projets environ dans ce sens. Il existe une banque de données de l'État concernant les projets de partenariats public/privé répartis selon les Länder et que l'on peut consulter très facilement sur Internet, où sont également fournies naturellement des informations détaillées. Je souhaiterais indiquer brièvement les domaines les plus importants dans lesquels cela se déroule. En effet, nous n'avons peut-être pas plus de 50 projets, mais je pense que ce chiffre va augmenter. En tout cas, cela concerne les domaines suivants : un domaine classique, la construction de routes. Surtout en ce qui concerne la construction de grands axes, d'autoroutes, les routes nationales, on tentera de les réaliser par ce PPP ou ÖPP, qui est l'abréviation allemande. Cependant, la société privée est intéressée par le « péage » et de ce fait, du fait de notre législation, cela ne concerne que les tunnels et les ponts. Si bien que pour le tunnel de l'Elbe et toutes ces choses... ce sera désormais conçu de cette façon. Mais il y a déjà des prisons, qui sont ou doivent être réalisées par ce ÖPP. Il y a également un projet à Berlin pour reconstruire le château par le biais de ce partenariat privé/public et bien plus encore. Pour beaucoup d'écoles, en Rhénanie-Du-Nord-Westphalie, la réhabilitation de bâtiments scolaires est effectuée de façon très soutenue au moyen de cet instrument. J'ai l'impression que partout ailleurs où cela est possible, l'État ou la commune cherche à éviter un secours financier, que nous avons également en Allemagne. C'est, je crois, l'impulsion principale à cela. Si je ne me trompe pas, il n'y a aucun débat politique à ce sujet, si je note bien, cela n'est pas très prononcé dans les Länder. Nous avons certains débats juridiques, mais cela est quand même... cela ne semble pas dans l'ensemble être un si gros problème juridique. Ce qui est naturellement le plus important c'est que l'on trouve pour cela la conception de modèles adéquats. Mais nous n'avons pas de règles aussi strictes que celles établies actuellement par le Conseil Constitutionnel. Je pense que notre instrument peut être appliqué de façon plus flexible. Naturellement, nous voyons les risques qu'il y a. Une fois que le privé a promis de donner de l'argent et ce à plus ou moins long terme, il se peut ensuite qu'il fasse faillite ou ne soit pas garanti. C'est un risque. Là, l'État doit se prémunir. Ceci est clair. Deuxièmement : le privé gagne de l'influence sur la réalisation de missions publiques. Cela peut peut-être parfois mener à une réduction de l'efficacité des missions. Cela est possible. Cependant le débat sur la privatisation en Allemagne est en fait très soutenu, mais positif à mon avis. Dans la constitution allemande, nous avons des normes de privatisation, qui sont insérées par l'Union Européenne. Dans la législation communale, nous avons également depuis longtemps la nécessité, la prévoyance, c'est-à-dire l'approvisionnement de la population en biens de première nécessité, qui est à réaliser essentiellement par le privé. Nous avons pour limite le fait que l'État et la commune ne doivent pas négliger par exemple les droits fondamentaux par le biais de ce qu'on appellerait une fuite vers le droit privé. Cela ne convient pas, mais sinon en



principe, les frontières ne sont pas très grandes. Cependant, je pense que l'avenir de ce nouvel instrument sera assez bon en Allemagne. Le droit administratif s'occupe de cela, mais j'ai l'impression que ce n'est que de façon marginale, c'est davantage le cas de la pratique. Mais le fait que cet instrument puisse être utilisé de façon aussi flexible, même d'un point de vue juridique, est un signe positif.

Arnaud Raynouard : Merci de cette intervention, qui permet d'ailleurs de bien montrer que le souci de l'efficacité et de la faisabilité économique se retrouve clairement dans la mise en place des structures juridiques, sans nécessairement passer par l'analyse économique du droit. Même si la démarche est tout à fait différente, mais cela montre bien qu'il y a en réalité en revanche cette efficacité, ce qui revient à la question, une autre question, mais qu'est-ce que c'est que l'efficacité économique du droit ?

Troisième Table Ronde : le Cadre Commun de Référence

- M. le Pr Guillaume Wicker, professeur, université de Bordeaux IV;
- Me Jean Tarrade, notaire à Paris;
- M. le Pr Peter Limmer, notaire à Würzburg;
- Me Christian Connor, avocat à Paris;
- M. le Pr Bartosz Sujecki, professeur à l'université de Tilburg ;
- Dr. Michael Krenzler, vice-président de la BRAK.

Modérateur :

- Me Jean-Gabriel Recq, avocat à Stuttgart.

Jean-Gabriel Recq : Cette troisième table ronde aura pour thème le cadre commun de référence. Au préalable, je vais présenter nos intervenants. Le professeur Guillaume Wicker, de l'Université de Bordeaux, qui a participé aux travaux Capitan sur le cadre commun de référence et au projet Catala qui est la réforme du droit civil que nous en Allemagne connaissons bien, puisqu'elle était déjà réalisée. Le professeur assistant Bartosz Sujecki qui travaille aux Pays-Bas, à l'Université de Tilburg, spécialiste des règlements européens de procédure civile, et donc d'exécutions, de reconnaissances, de significations, de procédures d'injonctions européennes. Il va nous apporter un éclairage d'uniformisation par les règlements européens. Peter Limmer, professeur à l'Université de Würzburg, et notaire, il a participé avec son collègue, Maître Tarrade, aux travaux du cadre commun de référence. Christian Connor, avocat associé dans un cabinet à Paris, a l'habitude de travailler pour une clientèle allemande, et traiter dans la pratique ces problèmes franco-allemands. Il a aussi les fonctions de Président de la commission internationale de l'ACE, le plus grand syndicat d'avocats en France, qui a fait beaucoup pour les relations franco-allemandes. Actuellement il est très développé, très en phase sur ces problèmes de droit continental dans les pays d'Afrique du nord. J'aurai l'honneur d'animer cette table ronde, je suis avocat allemand et français à Stuttgart. J'ai aussi la casquette de conseiller du commerce extérieur, et suis président d'une association des avocats français travaillant à l'étranger ; nous avons des représentants dans 35 pays.

Nous avons la chance d'avoir parmi nous le docteur Krenzler, Vice-président de la BRAK, la Chambre fédérale des avocats en Allemagne, qui a son siège à Berlin, et qui représente le barreau allemand. Je vais lui donner la parole, dans la mesure où, en réaction à une brochure éditée par la *Law Society*, vantant les mérites de la *Common Law* et tous ses avantages, la BRAK, et pas seulement la BRAK, a réagi sur cette brochure et a produit une brochure qui s'appelle *Law made in Germany*. Je vous laisse la parole pour

expliquer pourquoi la profession du droit a réagi et comment elle a réagi, et ce qu'elle attend de cette réaction ?

Michaël Krenzler : Je remercie tout d'abord grandement d'avoir l'occasion, pour ainsi dire en dehors du programme, de pouvoir adresser encore quelques mots ici à l'auditoire et vous rendre compte précisément de cette brochure réalisée par la Chambre fédérale des Avocats allemands. Toutefois, je ne voudrais pas souligner cela seul, mais plutôt avec l'ensemble des autres professions qui exercent dans le domaine du droit ; c'est-à-dire avec également l'Association des Juges allemands, avec l'Association des Notaires allemands et avec le soutien du Ministère de la Justice allemand. Le Ministère de la Justice allemand a vivement salué notre initiative, car il a également remarqué qu'en Europe et dans le monde, mais surtout en Europe naturellement, il y a une concurrence des systèmes juridiques. Cela nous est pour ainsi dire particulièrement remémoré par la brochure de la *Law Society*. Naturellement, cette procédure offensive du représentant de la « common law », que nous avons abordée déjà dans la discussion d'hier soir, a toujours été cachée et cela a été remarquablement mis à jour par la brochure de la *Law Society* de l'an dernier (cela fait maintenant un an que cette brochure existe) et, au sein de la Chambre fédérale des Avocats, nous avons bien examiné pourquoi nous étions à vrai dire si défensifs. Pourquoi ne réagissons-nous pas ? Pourquoi supportons-nous simplement avec patience ce parrainage offensif pour la « common law » ? Et nous avons estimé que nous n'avions pas à craindre de faire face à la concurrence avec notre droit continental européen, car, d'après nous, il offre par exemple bien plus de transparence, bien plus de prévisibilité, plus de sécurité juridique et qu'il est également plus avantageux financièrement. C'est également un élément, qui a été abordé. Et tous ces éléments sont réunis dans cette brochure « *Law Made in Germany* », dont nous avons longuement débattu du titre, qui est naturellement ambivalent, mais nous avons finalement choisi ce titre de façon tout à fait consciente. Premièrement, en effet, en concurrence directe avec la langue anglaise, si vous voulez, « *Law made in Germany* » et deuxièmement car « Made in Germany » est au fond un critère, un gage de qualité. Et c'est également pour cela que nous avons choisi cette formulation. Nous pensons que le droit continental européen est concurrentiel, ce qui ici aussi transparait de plus en plus au jour d'aujourd'hui. Cependant on peut le rendre encore plus compétitif. Avec cela, je suis déjà dans le cadre commun de référence. Nous estimons et saluons formellement ce travail sur le cadre commun et nous l'appuyons également. Nous pensons, qu'une fois le cadre commun promulgué, celui-ci devrait être poursuivi dans un débat bien plus important que celui qu'il y a eu jusqu'ici. Jusqu'à présent, cette élaboration a davantage été effectuée dans un milieu d'experts. Dans le texte anglais également, encore une fois en langue anglaise, et nous pensons qu'il est maintenant urgent et nécessaire de traduire ce cadre commun dans la langue officielle européenne pour éviter précisément les différends au niveau des concepts. Les concepts, par exemple les notions de préjudices, ou les questions de prescription, de compensation. Toutes ces choses doivent être

éclaircies. Nous pensons qu'ensuite le cadre commun devrait devenir une forme de modèle. Un système juridique optionnel auquel pourraient recourir les parties contractantes lorsqu'elles le souhaitent. Que ce cadre commun puisse ensuite devenir une sorte de boîte à outils afin d'en extraire des instruments pour la législation nationale et de pouvoir plus tard être également conventionné comme un protocole uniforme. Notre objectif avec la brochure est tout d'abord de mettre ces idées en avant, de les exposer clairement. La brochure doit naturellement être placée aux endroits déterminants, par exemple dans les services administratifs des pays de l'Europe de l'est, et également en Russie, cette brochure doit incorporer la concurrence à l'échelle mondiale. Mais le centre de gravité se situe de toute évidence en Europe de l'Est. Pour anecdote, une petite histoire amusante : la Chambre fédérale des Avocats allemand a un bureau en commun avec la *Law Society* britannique à Bruxelles. Là-bas la brochure, qui y avait été créée par la *Law Society*, a été exposée pendant un an. Et il y avait une rumeur selon laquelle nos collaborateurs allemands avaient fait disparaître plusieurs fois la brochure lorsqu'elle était exposée. Maintenant, on peut tout à fait se passer de cela. Nous avons notre propre brochure et la déposons à côté de celle de la *Law Society* et c'est alors là que commence la concurrence.

Jean-Gabriel Recq : Je pense que par la suite on fera peut-être une intervention sur la position française, car je comprends votre initiative, pas seulement comme unilatérale, mais aussi comme une ouverture, même si on parle de *made in Germany*, mais je la comprends comme une ouverture, donc on présentera aussi un peu la position française. On va revenir au thème du cadre commun de référence. Deux mots d'introduction sur le cadre commun de référence. Dans le cadre de ce forum, le cadre commun de référence bien sûr, par rapport à une dimension européenne, par rapport au projet qui a été publié et qui fait l'objet des discussions, je crois que c'est intéressant de comprendre pourquoi, comment, dans quelle finalité ce projet. Ce cadre commun de référence aide aussi à réfléchir, et c'est aussi l'objet de notre table ronde, par rapport à la dimension franco-allemande. Nous sommes dans un forum franco-allemand, et bien sûr nous aborderons ce cadre commun de référence, par rapport à cette dimension. Cette dimension franco-allemande n'est pas à sous-estimer. Il y a même, à mon avis, des enjeux à la fois stratégiques et économiques. Stratégiques, parce qu'évidemment au niveau franco-allemand, on peut définir un cadre commun de référence, c'est toujours bon au niveau européen, quand deux pays comme l'Allemagne et la France peuvent s'entendre. C'est souvent plus facile à deux qu'à vingt-sept. Et deuxièmement, économiques : il faut quand même se rendre compte que les exportations allemandes, en France, c'est 86 milliards d'euros, et que les exportations françaises en Allemagne, c'est 63 milliards d'euros. On a ici une thématique de convergence des droits qui a un poids économique de 150 milliards d'euros. Je pense que c'est une dimension qui doit être prise en compte. Pour discuter, je vais donner tout de suite la parole au professeur GW fin connaisseur du droit civil et du droit des contrats.

Guillaume Wicker : Comme il vient d'être dit, mon intervention aura pour objet de voir ce que représente le cadre commun de référence, et d'essayer de déterminer quels enseignements il est possible de tirer de cette expérience du cadre commun de référence, du point de vue de la convergence des droits allemand et français.

L'idée d'un cadre commun de référence procède du constat, par les institutions européennes elles-mêmes, que l'accumulation des directives, et spécialement en matière de droit de la consommation, conduit à l'émergence progressive d'un droit contractuel communautaire, d'un droit contractuel pointilliste auquel il manque une cohérence d'ensemble. En 2003, dans une communication au Parlement européen et au Conseil, la Commission a lancé un plan d'action visant à, je cite, « un droit européen plus cohérent ». Un réseau international rassemblant divers groupes de recherche a alors été constitué, avec pour mission d'élaborer un cadre commun de référence. Ce cadre devait viser à établir des principes et une terminologie communs dans le cadre du droit européen des contrats. Il convient ici d'observer que la mission confiée à ce réseau est toujours demeurée des plus ambiguës, en raison de l'ambiguïté même de la Commission européenne, dont l'objectif plus ou moins avoué, plus ou moins assumé, était au moins autant de parvenir à un droit commun du contrat à l'échelle communautaire. Quoi qu'il en soit, des travaux importants ont été réalisés, et sont aujourd'hui publiés par les différents groupes de recherche.

Du point de vue de la convergence des droits européens, trois catégories de travaux peuvent être distinguées.

Tout d'abord, conformément à la seule mission clairement définie par la Commission, la première catégorie de travaux a trait à la recherche d'une terminologie contractuelle commune. Sur ce point, les résultats dégagés sont d'un grand intérêt, en ce qu'ils mettent en évidence que, malgré des solutions pratiques souvent proches, les outils conceptuels connaissent des différences significatives d'un pays à l'autre, comme dans les multiples instruments internationaux d'uniformisation. Or, ce constat est essentiel, car la convergence des droits ne peut déboucher sur un droit commun que dans la mesure où il existe un langage juridique commun. Si l'on prend l'exemple des droits allemand et français, il existe, par exemple, une divergence sur la notion de contrat ou de rapport contractuel, puisque pour le droit allemand, un rapport contractuel peut naître dès les moments des pourparlers, quand le droit français, lui, ne connaît jusqu'à la formation du contrat que la responsabilité extracontractuelle.

S'agissant des deux autres catégories de travaux, on trouve certains travaux qui correspondent à une acceptation minimale de l'idée de principe commun. En effet, ces travaux tendent à dégager des principes généraux, principes directeurs du droit européen du contrat. Ainsi, avec un nombre variable de dispositions, ces travaux ont en commun d'énoncer des règles générales, traduisant des finalités et impératifs essentiels de la matière contractuelle. Si l'on considère par exemple les principes de liberté, de sécurité

ou encore de loyauté contractuelle dans leur principale déclinaison, il ne fait guère de doute qu'il existe un véritable fonds culturel juridique européen, au moins pour ce qui concerne les objectifs du contrat et l'exigence comportementale minimale des contractants. Néanmoins, malgré leur valeur de référence commune, ces principes directeurs sont d'une faible portée normative dans la perspective d'une convergence des droits.

Reste alors enfin la dernière catégorie de travaux, où cette fois la recherche de principes contractuels communs est entendue comme l'élaboration d'un ensemble à peu près complet de dispositions à visée normative. Ils correspondent à l'aspiration d'un code européen du contrat. Il convient ici de souligner qu'ils puisent tous, plus ou moins directement, leur inspiration dans les principes du droit européen du contrat, principes élaborés à l'initiative du professeur Ole Lando. Dès lors, comme ces principes, ils procèdent d'un compromis entre les techniques et les solutions contractuelles de la *Common Law* et des divers droits continentaux. Partant de là, et selon l'opinion de chacun, on peut les percevoir comme un véritable espéranto juridique, ou alors beaucoup plus négativement comme un simple patchwork juridique. Quant à leur devenir, de façon certaine, ces ensembles normatifs ont ou ont eu une valeur d'inspiration, et notamment pour les droits allemands et français. On sait que les principes européens du contrat, comme aussi les règles d'UNIDROIT relatives au contrat du commerce international, ces textes n'ont pas été sans influence sur la réforme du BGB en 2001.

Quant à la réforme en cours du droit français des contrats, qu'il s'agisse de l'avant-projet Catala, du projet élaboré par la Chancellerie, ou bien, dernier en date, des propositions du groupe dirigé par le professeur François Terré, tous ces textes, certes à des degrés variables, sont marqués par l'influence des codifications doctrinales à visée européenne. A titre d'exemple, si la réforme devait aboutir, le Code civil français connaîtrait, comme d'ailleurs déjà le BGB, l'annulation et la résolution, par voie de notification, ou encore l'adaptation du contrat en cas de changements imprévus de circonstances. Ces travaux sont donc intéressants, ils sont utiles, mais malgré cela, l'hypothèse d'un droit européen du contrat semble aujourd'hui des plus douteuses.

Sans même s'attarder sur la base institutionnelle, qui est pour le moins incertaine, il y a un obstacle, qui est apparu lors du colloque organisé dans le cadre de la présidence française de l'Union européenne, portant sur le droit européen du contrat. Cet obstacle, c'est qu'en l'état, les professionnels ne veulent pas d'un droit européen du contrat, et leur opposition est relayée par de nombreux gouvernements. Partant de là, comment envisager la convergence des droits, et tout particulièrement celle des droits allemand et français, à partir de cette expérience du cadre commun de référence ? Un point pourrait être acquis : il sera de peu d'utilité d'élaborer un nouveau projet commun en matière contractuelle sur la base d'un compromis. En effet, on peut douter qu'un compromis franco-allemand serait fondamentalement de plus grand intérêt qu'un compromis multilatéral à l'échelle européenne. En réalité, si on entend parvenir à une unification

minimale des droits, c'est peut-être l'ensemble de la méthode qui mériterait d'être révisée. Dans cette perspective, il conviendrait de s'interroger sur les raisons des réticences manifestées par les professionnels. Schématiquement, on peut dégager trois catégories de résistances.

Tout d'abord, les professionnels s'inquiètent d'une influence trop marquée du droit de la consommation. Et de fait, si l'on considère les droits allemand et français, on est obligé de reconnaître qu'ils subissent une certaine contamination, sur l'ensemble du droit commun, par les préoccupations consuméristes. Et la même observation a parfois été faite concernant les divers projets européens. Si l'on entend réaliser une convergence des droits acceptable par tous, il est nécessaire que la règle contractuelle tienne compte de la qualité des contractants. Il y a donc ici à réaliser un travail de catégorisation conforme aux méthodes allemande et française. Etant d'ailleurs observé que la seule distinction du professionnel et du consommateur est à elle seule insuffisante. En effet, la catégorie du professionnel notamment recouvre des réalités fort diverses. Et pour rebondir sur cette précédente intervention, il y aurait sans doute, en termes de méthode, à réfléchir plus à l'emploi de la règle supplétive. Quoi qu'il en soit, cette influence du droit de la consommation devient gênante, dès lors que l'on a, conformément à la tradition civiliste, des droits qui énoncent des règles abstraites et « généralisantes ».

C'est sans doute cet excès d'abstraction et de généralisation qui est à l'origine du développement contemporain des notions floues, lesquelles représentent pour les professionnels un second facteur d'inquiétude. Les droits allemand et français, comme aussi les divers projets d'un droit européen du contrat, tous accordent une large place à ces notions, et tout particulièrement à la notion de bonne foi. Du point de vue de la compétition des droits, l'indétermination des notions, et spécialement de la notion de bonne foi, pourrait constituer un vrai handicap pour le droit continental par rapport à la *Common Law*. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il faille en abandonner l'exigence. Aussi bien, l'hostilité des professionnels et spécialement des professionnels des affaires, concernant la bonne foi, cette hostilité exprime bien moins une quelconque revendication d'amoralisme, qu'un souci de prévisibilité de la norme. Dans cette perspective, on peut penser que le défi que doivent relever les droits de tradition civiliste est de conceptualiser la notion de bonne foi, de façon à lui donner un contenu technique qui la rende prévisible. Mais pour cela, il faudrait dépasser l'idée selon laquelle la notion de bonne foi serait la notion première du droit du contrat. De fait, loin de constituer une notion antérieure au principe de la force obligatoire, c'est-à-dire en fait à l'exigence du respect de la parole donnée, la bonne foi peut être conçue comme étant subordonnée à ce principe de la force obligatoire. Fondamentalement, l'exigence de bonne foi correspond à l'exigence de rationalité des comportements contractuels, comme au respect des attentes légitimes du contractant. Il est donc envisageable de la conceptualiser, en considération notamment du but et de la nature du contrat d'une part, de la situation des parties d'autre part. Or, à s'en tenir à des missions techniques qui seraient peu conformes à la tradition civiliste des droits français et allemand, ces droits disposent avec les notions d'obligations et de devoirs implicites, des instruments techniques qui devraient permettre de rendre

prévisible l'exigence de bonne foi contractuelle. Simplement, il faut bien voir que ce travail de conceptualisation suppose de repenser la logique de la démarche contractuelle.

Le souci de maîtriser la démarche contractuelle est d'ailleurs à l'origine de la plus forte des réticences manifestées par les professionnels à l'encontre d'un droit européen des contrats. Quelle que soit la qualité, réelle ou affirmée, du droit nouveau qui leur est proposé, les professionnels se refusent à abandonner les schémas contractuels, certes variables d'un ordre juridique à l'autre, mais des schémas contractuels qu'avec l'expérience, ils ont appris à maîtriser. Il ne suffit donc pas de leur faire valoir ce qu'ils gagneraient d'un droit nouveau, encore faut-il qu'ils puissent identifier ce qu'ils abandonneraient.

Dès lors, si l'on entend achever la convergence des droits, c'est une démarche en deux temps qui peut être déduite de ces craintes. Tout d'abord, dès lors que les travaux déjà réalisés ont mis en évidence de fortes convergences entre les droits, notamment pour les droits français et allemand, laissant ainsi envisager la possibilité d'un droit commun, dès lors il conviendrait maintenant d'établir, et cela en toute honnêteté, un bilan des divergences. Et ici, il semble possible de partir du constat que les divergences ne résident pas fondamentalement dans la teneur des solutions. Pour l'essentiel, par des voies contractuelles différentes, notamment grâce aux ressources de la liberté contractuelle, les mêmes résultats peuvent être atteints d'un ordre juridique à l'autre. Au demeurant, il n'y a là rien d'étonnant, au regard de la communauté culturelle qui peut exister en Europe. En réalité, les divergences ne sont guère substantielles mais tiennent surtout à la modélisation du contrat. Autrement dit, à la définition des outils juridiques et à la mise en forme technique de l'ensemble du processus contractuel. Or, il ne faut pas tenir pour rien ces divergences techniques. Il convient ici de se rappeler de Georges Ripert, qui affirmait que la technique traduit le génie juridique d'un peuple. Par conséquent, sauf à procéder à de douloureux abandons, il ne saurait être question qu'entre la technique allemande et la technique française, l'une s'impose à l'autre. Cela implique par conséquent que cette divergence ne peut être résolue que par un commun dépassement de leurs techniques respectives, ce qui suppose d'admettre l'insuffisance de chacune. Insuffisance de chacune, et de fait, la mise en forme technique du droit allemand, comme aussi du droit français, cette mise en forme demeure fondée sur une logique purement linéaire héritée des XVIII^e et XIX^e siècles. Conçue comme un absolu, la force obligatoire du contrat mène, en principe sans retour possible, de l'expression de la volonté jusqu'à l'exécution de la prestation. L'évolution du droit du contrat, tout au long du XX^e siècle, a fait apparaître le caractère réducteur de cette approche. La force obligatoire apparaît aujourd'hui comme étant relative, en ce sens que la force obligatoire reste toujours sous la dépendance des motifs des contractants, de l'évolution de leur situation comme du contexte contractuel, ou encore de la détermination de la charge des risques. Cela signifie dès lors que le contrat ne répond plus à une logique linéaire, mais à une logique de l'interdépendance.

A partir de ce dernier constat, on terminera par deux brèves observations. La première, c'est que les outils techniques de la tradition civiliste correspondant à une démarche conceptuelle, ces outils doivent permettre de rendre compte de cette logique de l'interdépendance. La seconde observation, c'est qu'au delà de la convergence des droits, ceux qui réussiront cette mise en forme technique disposeront d'un atout essentiel dans la mise en forme informatique du droit, dans la mesure où la logique informatique elle-même est une logique de l'interdépendance. Or, on peut penser que l'enjeu informatique pourrait être, d'un point de vue stratégique, un point essentiel de la compétition des droits, entre le droit continental et la *Common Law*.

Jean-Gabriel Recq : J'ai noté des espoirs dans les rapprochements franco-allemands, mais un défi pour les professionnels, et vous demandez de mettre à bas les conservatismes qui existent actuellement dans nos pratiques. Je vais donner la parole à Monsieur Sujecki, qui comme son nom l'indique, est un européen tout trouvé, puisqu'il est né en Pologne, a étudié en Allemagne, et enseigne actuellement aux Pays-Bas. Je vais lui demander d'intervenir sur cette recherche de cadre commun de référence, mais par rapport à la réglementation européenne sur l'exécution, car c'est une harmonisation, une recherche de convergences qui nous vient d'en haut.

Bartosz Sujecki : Je souhaiterais vous exposer ce qu'est l'uniformisation du droit relatif à la procédure civile en Europe et les problèmes qui en découlent. Depuis peu de temps, depuis l'an 2000 en fait, beaucoup de choses ont été réalisées dans le domaine du droit relatif à la procédure civile en Europe. Le législateur européen a en effet vu la nécessité que les droits qui sont ancrés dans le traité CE ne puissent être imposés que par le droit procédural civil. Il faudrait en particulier améliorer l'accès aux tribunaux pour pouvoir faire appliquer son droit. En effet, je dirais que le chemin que le législateur européen a choisi dans le passé récent est douteux. Pourquoi ? Il n'y a eu aucune réelle discussion académique, comme par exemple dans le cadre commun de référence. Brièvement maintenant sur le fond de l'uniformisation. Vous connaissez tous la convention de Bruxelles, dont une page règle la compétence en Europe et l'autre page l'approbation et l'exécution. Cette convention, dans la pratique, est d'une très grande importance et est, à vrai dire, un très bon instrument d'uniformisation en Europe. Depuis le traité d'Amsterdam, le législateur européen a obtenu une législation, dans les articles 61 et 65, avec laquelle le droit procédural peut être uniformisé. Jusqu'à aujourd'hui, l'évolution se fait de la manière suivante : je dirais que la première génération d'instruments juridiques était davantage du domaine du droit privé international traditionnel. Avec l'ordonnance de la CE, donc le règlement « Bruxelles I », le règlement de notification, le règlement d'instruction indiquera en principe les tribunaux compétents. Comment la notification doit-elle donner lieu à l'instruction entre deux tribunaux différents ? Depuis 2005, il y a eu, à proprement parler, un changement du système. Une nouvelle génération d'ordonnances a été promulguée avec le titre exécutoire européen, la

procédure d'injonction européenne et la procédure « small claims » européenne. Je ne vais pas aborder les différentes ordonnances, je souhaite davantage vous expliquer l'arrière-plan. Avec la procédure d'injonction européenne, est en effet instauré un système dans lequel le tribunal compétent pour l'examen, si la procédure s'effectue disons légalement, n'est pas celui du pays où l'exécution doit s'opérer, mais plutôt le tribunal où le jugement a été établi. En d'autres termes, cela donne lieu à une reconnaissance mutuelle des titres exécutoires dans toute l'Europe. Cela a été permis grâce à l'introduction de standards minimums. On a simplement standardisé des facteurs définis dans une procédure. Par exemple, la notification doit être effectuée selon une méthode définie. C'est un catalogue présent dans l'ordonnance. L'information aux défendeurs doit avoir un contenu précis, contenir des informations précises, sur la façon dont ils doivent se défendre, ainsi que sur les exigences. La même chose a été instituée dans la procédure d'injonction européenne. Mais là on est allé un peu plus loin, car on a en effet institué une procédure complète pour les procédures d'injonction. Ce n'est pas ainsi que les standards minimums ont été institués pour l'harmonisation, non, les standards minimums qui sont directement en vigueur. On a également fait la même chose en ce qui concerne l'ordonnance « small claims ». Ces trois procédures, si nous parlons maintenant de la Common Law et du droit continental, alors je dois dire simplement, que le droit continental a été un peu dicté par la Common Law. L'évolution est simplement devenue autre, à savoir que la procédure d'injonction est, par exemple, en Angleterre pas du tout... les Anglais ne connaissent pas cela ! Ils connaissent certes également la procédure « small claim », mais pour les Anglais cette ordonnance small claim est très peu attractive, car la limite s'élève à 2 000 €. J'en ai parlé avec un collègue anglais qui m'a dit : « 2 000 €, cela ne vaut vraiment pas le coup chez nous d'entamer une procédure. Cela signifie que la limite pour nous s'élève à 7 000 livres ». Là on voit déjà les différences qui existent. Un pas supplémentaire, peut-être aussi du point de vue de l'influence de la Common Law sur le droit continental, est représenté par le débat sur la Class Action européenne qui a eu lieu ces derniers temps. Curieusement, ce débat sur la Class Action n'était pas basé sur le fondement que le législateur européen a maintenu dans les articles 65 et 61, mais plutôt sur la législation sur les cartels et la protection des consommateurs. En d'autres termes, on voit ici aussi une légère fragmentation en Europe que je n'ai pas encore abordée. Maintenant brièvement sur le fond. L'objectif est en principe de permettre la libre circulation des titres exécutoires. D'un autre côté, cela doit être obtenu par une confiance commune en la justice des différents États membres. J'ai un peu analysé si la confiance existait réellement ou si elle était plutôt dictée par le législateur européen. Si on regarde d'un peu plus près les standards minimums, qui doivent renforcer la confiance, on voit alors que les directives de notification, par exemple, qui sont contenues dans l'ordonnance européenne sur les titres exécutoires, contiennent un ensemble complet des différentes méthodes de notification, que l'on retrouve en fin de compte dans chaque État membre. En d'autres termes, on a trouvé, ou dicté, publié un compromis dans lequel on a intégré simplement dans une ordonnance toutes les directives de notification qui existent dans les différents États membres et on a

dit ensuite : « Ok, nous avons maintenant un cadre commun. » Mais celui-ci existait naturellement déjà auparavant. Et ensuite, nous disons qu'il s'agit là de nos standards minimums. Donc, je suis en effet un peu critique. Le second principe, sur lequel sont basées ces nouvelles réglementations, est le principe de la reconnaissance mutuelle, qui a finalement été élaboré dans le droit matériel européen par le principe du *Cassis de Dijon*. Il dit en définitive que là où il n'y a pas d'harmonisation sur le plan européen, une circulation est en principe possible, sauf si des facteurs définis autorisent une restriction. Les États membres ont alors la possibilité d'effectuer des restrictions. Toutefois une harmonisation effectuée publiera par exemple une forme de *Passeport Européen* et ensuite on pourra laisser circuler librement sans finalement établir de restriction. On peut retrouver cela en principe dans l'ordonnance sur les titres exécutoires, dans laquelle les standards minimums ont été harmonisés, l'exécution d'un titre exécutoire européen est possible dans tous les États membres à l'exception du Danemark. La procédure d'injonction européenne va un cran plus loin en harmonisant réellement toute une procédure. Il est en de même pour la forme d'un ordre de paiement européen du dépôt de la demande jusqu'à l'expiration. Toutefois, je perçois également quelques problèmes au niveau de ces nouveaux instruments juridiques ou de ces nouveaux instruments de législation, de la nouvelle génération. Tout d'abord des problèmes juridiques : il n'y a aucune réglementation finale sur les procédures d'injonction en Europe. Monsieur Wickert a également noté cela en vue du *cadre commun de référence*, beaucoup de notions, qui ont été choisies, sont très ouvertes. Les États membres peuvent alors interpréter leurs propres solutions. En fin de compte, aucune procédure homogène n'est instituée. Cela donne lieu, je souhaiterais nommer cela de façon provocante, à un patchwork multicolore du droit procédural en Europe. La transposition dans le droit national est un problème supplémentaire. Beaucoup de pays, par exemple les Pays-Bas, ne connaissent aucune procédure d'injonction. Comment cela doit-il s'intégrer dans mon propre système juridique ? L'Allemagne et la France ont pu développer une expérience de plusieurs années avec la procédure d'injonction. Cela fonctionne très bien en Allemagne, de même en Autriche, cela sera supprimé aux Pays-Bas, car ce n'est guère utilisé dans la pratique. La notification est également un problème. Je prends quelques exemples concrets : en France et aux Pays-Bas, la notification se fait par un huissier avant que la procédure ne soit vraiment lancée par le tribunal. En Allemagne, elle se fait par courrier, donc par lettre recommandée avec accusé de réception. Ces différences sont un peu de nature mentale, culturelle. Un autre point qui a également été réglementé pour la procédure d'injonction européenne dans l'ordonnance sur les titres exécutoires, c'est la réintégration. Par exemple, un tel instrument est totalement inconnu aux Pays-Bas. Ils n'en connaissent pas car le droit procédural, le droit judiciaire est régi autrement. Cela a été à chaque fois dicté, ce qui est naturellement très bien et il y a eu des choses qui n'ont pas pu être transposées dans les différents États membres ou dont l'esprit n'a pas pu être transposé comme il aurait dû l'être véritablement. Je vois également des problèmes sur un autre point, c'est le fait que les ordonnances laissent le droit aux États membres concernant ce qu'elles ne réglementent pas. Un exemple, un exemple sérieux qui montre

comment cela peut dévier : dans les ordonnances Small Claim, il existe la possibilité de pouvoir juger en appel par le droit national. Aux Pays-Bas, dans la loi de transposition, la cassation pour les ordonnances Small Claim a été entièrement exclue. Ils ont dit n'avoir aucun besoin de cassation. En Allemagne, les règles allemandes ordinaires sont applicables. Je vois un très grand danger dans ces différentes réglementations, qui permettent ces ordonnances. Quelle en sera la conséquence ? En fin de compte, le plaignant ou son avocat a une faculté d'option. Il doit choisir (cette question est en partie à valeur stratégique) :

- a) quelle procédure il souhaite appliquer,
- b) dans quel pays il souhaite réaliser cette procédure et cette faculté d'option peut (et là je ne suis pas tant un défenseur d'une procédure parallèle) finalement surcharger le plaignant ou l'avocat.

Mais en plus des problèmes juridiques, il y a naturellement des problèmes très pratiques dans le droit procédural. Tout d'abord la langue. Je ne peux concevoir qu'un juge français (par exemple lorsque deux parties allemandes se disputent devant un juge français) dise : « dans ce cas, nous allons utiliser la langue allemande devant le tribunal ». Peut-être est-ce possible. Cela vaut également pour un juge allemand ou un juge polonais. Aux Pays-Bas, c'est un peu plus flexible. Peut-être parce qu'il s'agit là d'une nation commerciale et que l'on y pense de façon un peu pragmatique. Mais, blague à part, je vois la langue comme étant le plus gros problème concernant l'harmonisation du droit procédural. Comme pour le droit matériel (comme nous l'avons vu par exemple dans le *cadre commun de référence*), on peut créer un texte de loi par les traductions. On le voit également sur le plan européen. Là, on doit travailler avec une langue. Dans une ordonnance sur les procédures d'injonction, les formulaires sont importés. Ces formulaires sont complétés en cochant ou en utilisant des codes numériques afin de surmonter facilement la barrière de la langue. Mais dans les ordonnances Small Claim, on doit formuler de façon explicite la conclusion. En d'autres termes, bien qu'on n'ait besoin d'aucun avocat, on doit finalement charger un avocat grec de mettre par écrit en grec ce que l'on souhaite. Je vois donc là un gros problème. Je vois un second problème concernant l'accès à l'information. Toutes les informations ne sont pas accessibles librement. Par exemple, l'accès aux registres de la population est limité dans quelques pays. Et en dernier point, qui n'est pas pour autant moins important, il y a également la mentalité. En effet le déroulement de la procédure est très différent et je le constate moi-même venant d'Allemagne et vivant désormais aux Pays-Bas. Si on est peut-être disposé en Allemagne à ouvrir une procédure plus rapidement, aux Pays-Bas on est plus disposé ensuite à discuter plus longtemps ensemble, à chercher plus longtemps un compromis, ce qui dépend davantage de la mentalité des gens que des raisonnements juridiques. Et pour terminer, ce qui concerne davantage la création du droit judiciaire privé européen : chacun dit que sa législation est la meilleure. Et je crois que nous devrions prendre un peu de recul à ce sujet pour dire : je dois regarder quel droit est effectivement plus efficace. Et je conclus brièvement : je vois un gros problème à ce sujet, du fait qu'il n'y

ait eu aucun examen méthodique, élémentaire des procédures européennes qui ont été instituées : la procédure d'injonction a commencé à partir du 13 décembre et la procédure Small Claims à partir du 1^{er} janvier et aucun examen méthodique n'a été réalisé. Un exemple : dans les procédures d'injonction et également dans les titres exécutoires européens, un tribunal doit édicter ou publier un ordre de paiement européen contre un consommateur seulement dans le pays dans lequel réside le consommateur. Dans l'ordonnance Small Claims, cette possibilité, ou cette contrainte, n'existe pas. Pourquoi cela ? On ne peut pas du tout élaborer cela à partir de documents. Je veux donc presque dire qu'il y a là un manque de concept. Un deuxième argument, ou un deuxième point, réside dans les directives de notification. Alors que la procédure d'injonction européenne de ce catalogue contient différentes directives de notification, on dit dans la procédure Small Claims que la meilleure solution de notification doit être la lettre recommandée avec accusé de réception. Pour quelle raison ? Pourquoi ? Cela est simplement dicté. Cela a simplement été établi. Finalement, je vois donc la frontière de l'uniformisation dans la langue et dans la mentalité. Nous pourrions certes avoir une base commune, une base abstraite théorique dans l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme par exemple, mais dans la pratique, cela est ... dans un cas concret, les solutions sont toutes autres. De quoi avons-nous besoin ? Comment pourrions-nous éventuellement améliorer cela ? Et je pense alors à un *cadre commun de référence*, et je suis heureux d'avoir pu observer un peu à Utrecht le travail sur ce projet, je n'y ai pas participé mais je l'ai vu, nous pouvons facilement voir où résident les points communs. Quels points communs y a-t-il en Europe dans le domaine du droit procédural ? Je pense que c'est un très grand projet, un projet difficile à proprement parler, mais il est, comme nous l'avons vu ici, réalisable. Et ensuite nous pouvons voir si... ce qui se passe en ce moment avec le cadre commun, un débat a lieu entre les praticiens. La pratique doit pouvoir en définitive être utilisée. Tout est super du côté académique, mais la pratique a également beaucoup d'influence là-dessus. J'avais réfléchi à une méthode par étapes et je pense que le plus important, dans la première étape, est de définir clairement ce que nous souhaitons institué comme procédure civile. Voulons-nous un droit judiciaire privé dans lequel le juge contrôle et a une très grande influence ou souhaitons-nous une *Sporting theory of justice* ? En dernier ressort, c'est le plus fort qui gagne. Un point supplémentaire concerne la création des standards minimums. Ce que le législateur européen a commencé, mais qu'il a aiguillé de manière un peu trop généralisée. Et à la troisième étape, nous pouvons voir comment les standards minimums peuvent être intégrés dans notre propre droit relatif à la procédure civile. Pour conclure, nous pouvons peut-être ensuite imaginer une évolution pour nous demander : Quel est finalement le meilleur système ? Dans lequel, par exemple, et là je souhaiterais me rallier à la table ronde que nous avons tenu, law & economics pourrait jouer un rôle décisif. Il est également important que nous développions ensemble les idées, concepts et discussions par un tel échange et que nous ayons un perfectionnement commun avec les juges, les praticiens et les avocats, comme c'est le cas ici. Merci bien.

Jean-Gabriel Recq : J'ai noté que l'on avait les mêmes problèmes de méthode, par rapport à une harmonisation, je dirais pour un règlement européen. J'ai noté aussi que cette harmonisation exige de la justice, des praticiens, une remise en cause, presque une violation de leurs habitudes. Vous avez évoqué un autre mot, sur lequel il faudra qu'on revienne, c'est le thème de la langue, qui est effectivement un problème dans une harmonisation. Monsieur Krenzler, sur la position française : que font les Français ? Comment réagissent-ils par rapport à votre approche *Law made in Germany* ?

Christian Connor : Effectivement, j'ai voulu réagir tout à l'heure à votre introduction sur le *Law made in Germany*, et là c'est plutôt sous ma casquette de président de syndicat d'avocats, et aussi très étroitement attaché aux travaux de la Fondation que je tenais à réagir. Les Français l'ont dit, les Français ont réagi, mais les Allemands l'ont fait. Et c'est un petit peu le sentiment que j'ai eu, je pense que Monsieur Baïssus aussi, lorsque nous avons découvert l'excellent travail que vous avez fait. Je voulais vous dire que ce travail pour nous est un excellent départ, et sachez que nous travaillons aussi beaucoup avec le *Deutscher Anwaltsverein*. Nous organisons tous les ans des séminaires avec le *Deutscher Anwaltsverein*. Ce travail est une très bonne base, pour tout d'abord évidemment répondre au rapport de la *Law Society of British and Wales*, de réagir, et surtout aussi le bon moyen pour nous permettre de réagir ensemble, d'arriver à ce qui fait l'essentiel de notre combat, de notre réflexion d'aujourd'hui, la convergence. Cela veut dire la convergence pour une réaction ensemble, pour la défense du droit continental vis-à-vis, j'emploie le mot, de ce que nous avons vécu, c'est-à-dire une véritable attaque de la part de la *Law Society*, attaque à laquelle il est absolument fondamental que nous répondions. Il est dommage que vous y ayez répondu seuls, mais c'est bien, parce qu'il fallait le faire. Maintenant il devient urgent que nous les Français, qui n'avons pas répondu mais qui avons créé la Fondation pour le Droit continental, puissions répondre avec vous, ensemble, et justement pour arriver à des références communes, et notamment ce terme de convergence qui est notre préoccupation d'aujourd'hui. Donc je vous propose tout à fait officiellement, là, en tant que président de l'ACE, mais je pense que Monsieur Baïssus me soutiendra aussi au niveau de la Fondation pour le Droit continental, de travailler étroitement avec vous sur l'élaboration d'un cadre commun qui constitue effectivement une réponse à cette attaque anglaise, excusez-moi l'expression.

Jean-Gabriel Recq : Je donne la parole au professeur Limmer, pour qu'il revienne sur le terme du droit des contrats, ce terme de clause générale, d'obligation, de notion de bonne foi ou ce que l'on appelle en allemand *Treu und Glauben*.

Peter Limmer : Si je vois bien, il y a également ici quelques étudiants, notre jeune génération. Mes chers étudiantes et étudiants, peut-être ne devez-vous plus apprendre le droit français, le droit allemand, oubliez tous les gros livres, la décision de la Cour

Fédérale de Justice, de la Cour de Cassation, mettez tout cela de côté ! Ici, vous n'avez besoin que de cela : *le cadre commun de référence*. Les examens seront certainement plus faciles, du moins au début, jusqu'à ce que les professeurs décident de nouvelles choses, que les tribunaux aient statué sur des choses, qui ne s'y trouvent pas encore. D'ici peu, nous, les professeurs, pourrons peut-être d'Helsinki à Coïmbre, c'est peut-être un rêve (?), enseigner tous le même droit comme au 12^{ème} siècle, à Bologne, avec le droit romain. Le professeur n'était pas un professeur national, il était un professeur de droit romain. Il était facilement insérable comme nos jeunes collègues des Pays-Bas, encore un exemple. Peut-être que je suis déjà trop vieux pour ces choses. Nous parlons aujourd'hui de l'harmonisation du système de droit privé et, il ne faut pas l'oublier, également de l'efficacité des systèmes juridiques. Nous avons entendu le système juridique anglo-américain se faire attaquer. Tous ceux qui ont connu la réunification de l'Allemagne et la mutation des États communistes doivent avoir remarqué la puissance de la pression des cabinets anglo-américains pour y importer leur système juridique. Que ce soit en Ukraine ou en Lettonie, Estonie ou ailleurs. Et les impacts y sont toujours grands. Bien que ces pays avaient des traditions avant la Guerre Mondiale, dans le droit européen continental historique, on a cherché très fortement à implémenter le droit américain, anglais et les pays ont largement opté pour des codifications en référence à leurs anciennes perceptions historiques. Malgré tout, le combat n'est pas terminé comme nous l'avons vu aujourd'hui. On doit se demander : Est-ce que le fait qu'un groupe de scientifiques ait élaboré les *principes du cadre commun de référence* nous apporte quelque chose ? Un groupe de praticiens ainsi que Maître Tarrade et moi-même avons été membres de ce qu'on appelle les Stakeholder, - cela n'a rien à voir avec le steak que nous mangeons mais plutôt avec les représentants d'un groupe.

Quelle était l'approche ? Nous avons déjà entendu aujourd'hui le professeur Wicker dire qu'il s'agissait du plan d'action de l'Union Européenne pour une meilleure cohérence dans le droit privé. Les directives, que nous avons, qui mènent à l'harmonisation, sont sectorielles. Elles sont discordantes de la même façon que dans le droit judiciaire privé comme nous l'avons déjà entendu. Ce qui devrait être au fond le but du cadre commun de référence c'est une boîte à outils pour créer un meilleur droit civil européen. Nous devons admettre que, dans la pratique, nous avons reçu des textes très riches et variés de la part des scientifiques. Nous avons eu très peu de temps pour y réagir. Il y a eu une multitude d'ateliers à Bruxelles auxquels nous avons participé et le résultat a été le suivant : l'impact des praticiens était quasiment nul. Dans le texte qui existe actuellement il n'y a, je crois, aucun mot sur les nombreuses choses que nous avons décrites et dites. Sur ce point malheureusement, mes jeunes collègues, l'influence des praticiens est minime lorsque les scientifiques prennent les choses en mains. Brièvement sur le fond. Nous avons aujourd'hui naturellement trop peu de temps pour discuter de tout en détails, mais je souhaiterais cependant dire que le projet est un projet grandiose. L'avenir montrera si cela constitue aujourd'hui un droit éligible, une option, une boîte à

outils ou plutôt un Code Civil européen. Mais, et le débat d'aujourd'hui l'a démontré, nous avons besoin d'une analyse critique. Nous ne pouvons pas simplement prendre quelque chose que (mes chers professeurs veuillez m'excuser, je ne suis qu'un demi professeur) quelques professeurs ont imaginé sur le papier. J'admets que cela est formulé de façon très rude, mais il doit comporter ce qu'il y a de plus pratique et de plus efficace et cependant je vois là encore quelques déficits. Je souhaiterais simplement citer le Professeur Basedow (?) qui a écrit dans la dernière revue sur le droit européen : « Le sujet du cadre commun de référence n'est pas les besoins en échange de prestations transeuropéens ou les aspirations à la sécurité de transaction, mais la conception traditionnelle de l'intégralité du système juridique ». Et il se demande, ce qui à mon avis n'est pas un tort : d'où provient le besoin en une telle réglementation ? Cependant, nous devons examiner cela de façon critique et je souhaiterais aborder seulement deux points de façon très brève de mon point de vue de juriste en droit des contrats. En effet, le nouveau droit, qui peut apparaître, garantit-il une liberté contractuelle et est-il juridiquement conciliant ? Principes généraux réellement lapidaires. Mais, comme nous l'avons entendu aujourd'hui, il y a des éléments économiques du droit et ils sont peut-être même les plus importants. La liberté contractuelle est, pour moi qui suis notaire et qui conclus quelques contrats chaque jour dans la semaine, dans l'année, le point le plus important. Il faut laisser aux parties la liberté de définir grosso modo le contenu du contrat. Le législateur ne doit interférer que lorsque cela est justifié, nécessaire. La liberté contractuelle est le pilier de notre système juridique et économique et c'est le point le plus important également dans le combat contre le droit étranger, inconnu. Je dois malheureusement constater que la liberté contractuelle ne se trouve dans le cadre commun de référence que sous toutes sortes d'autres principes. Ils sont décrits dans l'introduction : justice, liberté, respect des droits de l'Homme, défaillance du marché, amendement, donc, nous ne trouvons au fond aucune base qui entrevoit une nette adhésion à l'autonomie privée. Deuxièmement, l'insécurité juridique. Le cadre commun de référence constitue-t-il une sécurité juridique ? Du point de vue d'un juriste européen qui se base sur le droit romain, pas de façon absolue. Nous trouvons beaucoup de termes juridiques confus et je crains que nous ayons absorbé là une forte influence du système juridique anglo-américain dans le cadre commun de référence. Par exemple, des termes comme « reasonable time », « as far as practicable ». Quelqu'un a compté que le terme « reasonable » était utilisé plus de 400 fois dans le cadre commun de référence. Qu'est-ce que « reasonable » ? En d'autres termes, chaque contrat est sous réserve d'être « reasonable », donc vous pouvez imaginer à quel point de tels contrats présentent une sécurité juridique. Les termes « unfair » et « circumstances » ont été employés 90 fois. « Similar » 10 fois, nous trouvons donc une diversité de termes juridiques confus qui résultent naturellement du problème de l'harmonisation des systèmes juridiques et alors des termes comme « reasonable » ont été introduits pour résoudre beaucoup de questions problématiques dans un système juridique ou un autre. Mais cela n'est certainement pas un bon élément pour la sécurité juridique. Second problème que je vois du point de vue d'un juriste de contrats, les directives sont volumineuses, contraignantes.

En particulier, les obligations générales d'information. Nous connaissons les obligations d'informations de façon précontractuelle pour la protection du consommateur, mais le cadre commun de référence a institué cela plus ou moins sans esprit critique même dans tous les autres systèmes contractuels. Même dans le domaine du B to B, donc Business to Business, mais également de consommateur à consommateur. Par exemple l'article 3, 101 dit : les obligations générales d'informations, qui n'étaient jusqu'ici prévues seulement dans les cas de time-share et e-commerce, se trouvent désormais dans l'ensemble du droit contractuel. Et les conséquences juridiques sont : droits de révocation, droits de contestation en justice, dommages et intérêts. Ici également, on doit dire, le terme « pacta sunt servanda » est très fortement ramolli à mon avis par le cadre commun de référence et on ne peut plus du tout dire sous de nombreuses conditions : le contrat est réellement sécurisant au niveau juridique mais peut-être parce qu'une obligation de droit a été lésée, et que personne ne l'a vu. Il y a d'autres éléments, les obligations de coopérations, où les parties sont donc tenues de coopérer de façon conforme. En d'autres termes, à n'importe quoi. Lorsque j'ai un contrat, je me fie à ce contrat. En principe, je ne veux pas coopérer, je veux que le contrat soit appliqué. Là aussi des inégalités découlent naturellement. Elles proviennent naturellement de divers ordres juridiques et du droit en matière de protection du consommateur, mais elles ont été instituées ici de façon généralisée sur tous les contrats. Donc sur ce point..., une remarque en guise de conclusion ; le temps avance et nous voulons peut-être encore discuter. Le mot de la fin : le cadre commun de référence est une base de discussion importante. Il y a d'autres avocats, les Français, l'Association Capitan, qui ont un projet alternatif qui personnellement me plait davantage, car il est plus cohérent et surtout il contient quelques insécurités plus abstraites, mais que je redoute naturellement : sans rancune pour les collègues français, il reste le cadre commun de référence. C'est la base de la commission. Le Parlement l'a approuvé. Le Conseil a également au moins pris position sur le cadre commun de référence. Il doit y avoir un débat sur le cadre commun de référence. Il est d'autant plus important que nous, en tant que praticiens et scientifiques, accompagnons les choses de façon critique. Parce que si ce cadre commun de référence venait tels que nous l'avons maintenant, à mon avis, il constituerait une nette régression en ce qui concerne la sécurité contractuelle, la liberté contractuelle ainsi que la lutte des systèmes juridiques. Merci de votre attention.

Jean-Gabriel Recq : J'ai noté que vous critiquiez ces principes généraux que le cadre commun de référence a repris, et si on lit la brochure *Law Society*, une des critiques en première page, du ministre de la Justice, c'est justement de dire que le droit de la *Common Law* est mieux, car justement il n'y a pas de principe général, de bonne intention, de généralité. Vous abondez dans ce sens-là. J'aimerais savoir ce qu'en pense votre collègue notaire en France, quelle est sa position sur ce cadre commun de référence ?

Jean Tarrade : Sur le cadre commun lui-même, je ne paraphraserai pas mon confrère, car nous sommes dans le même groupe de travail, donc nous partageons tout à fait les mêmes idées, les mêmes points de vue. PL a parlé de liberté contractuelle et de sécurité juridique. C'est ce qui fonde le notariat, donc pour nous, ces travaux n'apportent pour l'instant pas grand-chose dans notre pratique. Vous nous avez demandé de vous dire en quoi ils pouvaient concerner notre pratique. Nous sommes des officiers publics, nous avons à recevoir des actes appelés actes authentiques, revêtus d'une force que leur donne l'État, l'autorité publique. Et cette force assure en elle-même cette sécurité juridique puisqu'un acte notarié, authentique, a la même force qu'un jugement, tant en matière de force probante que de force exécutoire. Donc cette sécurité, nous la portons, j'allais dire, intrinsèquement par nos contrats. Quant à la liberté contractuelle, c'est le fondement de tout notre droit, pourvu qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public, tout est permis dans nos contrats. Donc pour l'instant, les travaux du cadre commun de référence ne nous apportent pas grand-chose dans la pratique quotidienne.

Jean-Gabriel Recq : Christian Connor, vous êtes intervenu tout à l'heure par rapport à cette brochure. Ce qui m'intéresse, c'est de savoir comment vous voyez les implications de la *Common Law* dans la pratique. Comment se développe la pratique ? Est-ce qu'il n'y a pas un risque ou une tendance de voir des pratiques anglo-saxonnes dans le droit des affaires en France, par exemple ?

Christian Connor : Question délicate et difficile, mais intéressante, parce qu'effectivement dans la pratique aujourd'hui, on constate que la *Common Law* est là sans vraiment être là. Elle est là, très souvent par deux biais qu'on n'identifie pas forcément. Le premier c'est celui de la langue, on en a beaucoup parlé. Il est intéressant de constater que finalement, dans les transactions internationales, que ce soit des achats d'entreprises, des contrats ou autres, lorsque nous traitons avec nos amis allemands, bien que négociant souvent en allemand, nous écrivons en anglais. On va prendre la tierce langue et naturellement en prenant la tierce langue anglaise, on va, d'une manière rédactionnelle, avoir une certaine tendance à prendre les modèles anglais de contrat ou s'inspirer en partie des modèles anglais de contrat. C'est-à-dire un SPA, *Share Purchase Agreement* par exemple. Je suis rentré hier de Hambourg où j'ai passé toute ma journée de lundi à négocier un SPA d'une société autrichienne qui vendait à une société allemande une société française, donc la cible était une société française, nous avons négocié en allemand, mais nous avons travaillé sur un texte anglais. Nous avons travaillé sur des références du texte anglais *Sellers better knowledge*, toutes ces conceptions-là, que nous retrouvons finalement d'une manière assez systématique, sont effectivement de la *Common Law*. Nous sommes à un croisement, et qui ne se nomme pas vraiment, parce que dans ce contrat très amusant, celui que j'ai négocié lundi, le droit applicable, vu que

la cible était une société française, écrit droit applicable français, clause de juridiction champ d'arbitrage de la chambre de commerce franco-allemande, donc nous nous retrouvons avec une situation extrêmement ambiguë dans la réalité des contrats. Sur ce type de contrats, si celui-ci doit se dénouer dans une phase deux, par devant une juridiction, c'est à nous aussi, les conseils, les avocats, les conseils des parties, à utiliser le meilleur véhicule possible, pour que les choses puissent se faire dans un cadre correct. Et là, dans ce cadre franco-allemand, il me paraît, ils nous a tous paru évident que le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce franco-allemand, qui est spécifiquement dédiée justement aux relations franco-allemandes, paraît être le meilleur cadre. Mais d'une autre manière, ce problème d'introduction de la *Common Law*, que l'on retrouve finalement d'une manière récurrente dans toutes nos discussions, dans toute négociation... J'ai un exemple sur mon Blackberry qui arrive à la seconde : je suis dans un arbitrage d'une société d'Abu Dhabi contre une société allemande. Je suis avocat dans ce dossier. La société d'Abu Dhabi, le droit anglais est applicable, la langue anglaise est applicable, le siège du tribunal d'arbitrage est le CCI à Paris. Abu Dhabi a pris un arbitre anglais. J'ai pris un arbitre allemand installé en France, connaissant bien le mécanisme de la CCI. Maintenant, les deux arbitres sont en train de se battre, et nous sommes en train de nous battre, car je ne veux pas un président de *Common Law*, je suis en train d'argumenter. On vient de me répondre que ce n'est pas un bon argument, que le droit applicable n'est pas anglais, il faut un arbitre de *Common Law*. Je dis non, parce qu'en fait, le cadre de référence, on en revient à la discussion de base, c'est la volonté contractuelle des parties. C'est ce qu'elles souhaitent, c'est un règlement technique d'un arbitrage sur un litige technique d'une livraison d'usine à Abu Dhabi, où finalement quelque part, je ne vais pas dire que c'est sans importance, mais que le droit applicable et le droit de référence sont moins importants. Cependant, cela l'est quand même. Parce que, notamment dans ce dossier-là, j'ai un problème de répudiation, notion de répudiation du droit anglais qui m'est opposée par le demandeur. Automatiquement, je vais re-glisser vers une notion de *Common Law*. Pour répondre à la question de JGR, je crois que malheureusement nous n'avons pas le choix aujourd'hui, dans la pratique quotidienne des affaires, dans notre vie quotidienne de conseil ou d'avocat, nous sommes en permanence en rencontre ou en confrontation avec la *Common Law*.

Maintenant notre combat, notamment dans les pays du Maghreb qui sont ouverts, Algérie ou autres, c'est d'essayer quand même de faire au maximum que cette culture *Common Law*, qui est aussi amenée par les avocats, les cabinets d'avocats, les cabinets anglo-saxons, les étudiants qui sont partis faire des masters aux États-Unis, qui nous la ramènent petit à petit. Et le ver rentre dans le fruit, c'est vrai que cela devient difficile. Je n'ai pas répondu à une objection, un élément amusant, quand j'avais réagi sur ce problème de droit continental, par rapport à l'Allemagne. En Allemagne, lorsque la question s'est posée pour la première fois pour moi, j'ai interrogé mes amis allemands en disant : vous savez, il y a un combat qui est important, qu'il faut que l'on mène, la *Common Law* est en train de nous «bouffer». Et les Allemands m'ont dit : ce n'est pas si

grave, on a l'habitude. Et c'est pour ça que la réaction de la BRAK, la réaction de la *Deutscher Anwaltsverein* nous montre bien quand même, que finalement il y a eu une véritable prise de conscience, le droit est un vecteur d'intégration économique, et c'est par le droit que nos entreprises iront à l'export. Au départ de ce chantier, il y a Christine Lagarde qui nous soutient énormément, il y a effectivement un véritable rôle du droit comme vecteur. C'est pour cela que la Fondation a un rôle tout à fait fondamental dans ce combat, parce que derrière ce combat, il y a la compétitivité de nos entreprises à l'exportation, et il est tout à fait fondamental. Donc quelques remarques un peu passionnelles, parce que c'est vrai que ce débat me passionne, il est vital en quelque sorte pour nos économies, il faut que tout le monde en soit conscient et que l'on ne se laisse pas envahir sans réagir.

Jean-Gabriel Recq : Pour revenir un petit peu et donner à chacun la possibilité de conclure, on est dans un séminaire franco-allemand, nous avons vu qu'il y avait des problèmes de méthode, aussi dans l'approche du cadre de référence commun... Que faites-vous, à vos différents niveaux, au niveau professorat, au niveau notaire, au niveau avocat, pour vous rapprocher de vos collègues allemands, est-ce qu'il y a des efforts pour trouver des solutions communes ? Une question en parallèle au professeur Wicker : comment expliquez-vous ce projet de cadre commun de référence, comment cela s'est-il passé ? Qu'est-ce qui aurait pu être fait de mieux, et quelles sont les critiques ? Quels sont vos efforts chacun, j'aimerais vous donner la parole à chacun, pour vous rapprocher de vos collègues allemands et pour trouver des solutions de convergence ?

Guillaume Wicker : D'un point de vue universitaire, il y a un certain nombre d'échanges franco-allemands. C'est plus pour prendre connaissance du droit de chacun que pour véritablement chercher à établir des convergences. Justement parce que la question des convergences, jusqu'à présent, était essentiellement absorbée par la question du cadre commun de référence, donc dans une perspective beaucoup plus large que le simple cadre franco-allemand.

Bartosz Sujecki : Je pense que le droit néerlandais est très particulièrement dans le sens, il est influencé par le droit français, le droit allemand et déborde également très fortement sur la Common Law. Mais je trouve que cela manque un peu dans le cadre commun de référence ; mais veuillez m'excuser si je dis quelque chose d'erroné parce que je ne le connais pas de façon précise. La question que je me pose est : sur quels critères cette solution a-t-elle été sélectionnée ? J'ai en effet vu comment cela fonctionnait et je peux donc l'expliquer brièvement, car je l'ai vu à Utrecht où je travaillais auparavant. Là des doctorants ont été employés et ont écrit un rapport sur les problèmes définis de leur propre droit national. À Utrecht, c'est le groupe Sales Law du Professeur Hondius qui

a réalisé cela. Parallèlement, ils ont produit une dissertation sur un thème défini par lequel ils ont examiné les différents milieux juridiques. Mon problème est que, dans l'esprit, on a écrit des rapports sur les pays, ensuite on s'est assis ensemble à une table et on a discuté afin de savoir quel droit était le meilleur. Quels sont parmi les instruments que nous avons sélectionnés les meilleurs ? Mais ce qui fait davantage défaut, selon moi, c'est la méthode. Pour quelle raison le droit sélectionné est-il le meilleur ? Est-ce le meilleur parce que c'est celui du pays qui a le plus d'habitants ? A-t-on choisi d'y faire apparaître très clairement la protection du consommateur ? Ou, d'après quelle méthode ? Et je trouve que cela manque précisément dans ce projet. Ce que je souhaiterais ajouter, c'est que ce projet, comme l'a dit mon collègue ici, constitue une très bonne base de débat. On doit commencer quelque part et comme avec la rédaction d'une dissertation ou d'un mémoire de maîtrise, on commence à partir de la première version et on travaille aussitôt, on trouve de nouvelles idées, de nouvelles influences. Et je crois qu'on devrait également l'envisager ainsi.

Peter Limmer : J'ai seulement entendu un peu parler de l'évolution, du déroulement, et ce justement pas par le professorat. Naturellement en tant que praticiens, on ne nous présente toujours que les résultats. Les personnes qui participaient étaient également en partie présentes. Le problème est que naturellement lors d'un tel projet c'est incroyablement hétérogène. Je ne veux pas décrire le cadre commun de référence. Ils ont parfaitement raison, la base du débat est bonne. Il serait seulement fâcheux que la Commission Européenne emboîte le pas maintenant et que ces papiers soient alors transposés un à un sur un papier blanc ou vert, qui serait ensuite échangé au cours d'une quelconque réunion nocturne du Conseil contre d'autres choses quelconques, et ensuite soudainement nous aurions le lendemain (j'exagère un peu) un code civil européen basé là-dessus. Donc par exemple, le droit d'emption est relativement bien. Il repose sur les directives, il repose aussi un peu sur (?) de façon inspirée, c'est bien. Le droit des prestations de service est une catastrophe. Il a été écrit par, je crois, un professeur de Stockholm, qui nous a également dit qu'elle était contente de pouvoir enfin si bien écrire ce qu'elle jugeait comme étant correct pour la liberté des prestations de service. Et dans la liberté des prestations de service par exemple, comme mauvais exemple, les obligations générales d'informations, qu'en principe la prestation de services ne peut plus du tout apporter, car j'ai tellement d'obligations d'informations que je ne peux plus du tout fournir le service que je souhaiterais en principe. Le projet est très hétérogène et nous devons désormais analyser pour compiler le meilleur afin d'obtenir un bon sujet.

Jean Tarrade : Vous parliez de convergence, de convergence entre le droit allemand et le droit français. Pour ce qui nous concerne, nous les notaires, il existe un conseil des notaires de l'Union européenne, le CNUE a travaillé précisément sur ce projet de cadre commun de référence, et sa modestie naturelle a empêché PL de dire que c'est lui qui préside les travaux du CNUE, sur ce sujet. Le notariat européen a parlé d'une seule voix,

et plus particulièrement, les notaires allemands et les notaires français ont été, je crois pouvoir le dire avec peu de modestie, les moteurs de ces travaux.

Guillaume Wicker : Sur ce qui a été dit concernant le cadre commun de référence, en fait c'est un travail avec une organisation très approximative. Point par point, on voyait qu'elles étaient les différentes solutions retenues dans les divers droits des pays de l'Union européenne, et ça se finissait par un vote majoritaire. Donc ce n'est pas une conception de l'ensemble du contrat, c'est vraiment un travail très pointilliste, où il a été procédé pas à pas à partir de la démarche que l'on retrouvait dans les principes Lando. Mais il n'y a pas un vrai travail de conception de ce que devait être ce droit européen du contrat.

Jean-Gabriel Recq : Christian Connor, qu'est-ce que vous faites au niveau des rapprochements au niveau avocats ?

Christian Connor : Pour se rapprocher, il faut travailler ensemble. Cela veut dire se réunir, réfléchir. Nous avons, dans le cadre de l'organisation que je conduis, avec le *Deutscher Anwaltsverein* qui est un syndicat très important en Allemagne, cela fera la quinzième année cette année, à organiser des réunions franco-allemandes. Une fois en Allemagne, une fois en France, toujours dans un cadre assez agréable, avec des thèmes de réflexion qui sont d'une part, effectivement scientifiques, sur des recherches de sujets. Par exemple le sujet de cette année, ce sera à Francfort au mois d'avril, la recherche de la meilleure forme d'optimisation des relations entre les sociétés françaises et allemandes, c'est-à-dire la recherche du meilleur outil de société lorsqu'une société allemande travaille en France, quel est le meilleur outil qu'elle pourra utiliser en droit des sociétés en France ? Et inversement pour l'Allemagne. Avec en plus des aspects culturels et une introduction sur les grandes différences. Nos amis allemands ne connaissent pas l'outil SAS en France, son fonctionnement, le statut des dirigeants... C'est en travaillant ensemble, en réfléchissant ensemble pendant deux jours, qu'on fait avancer les choses. Je pense qu'on les fait avancer aussi par la pratique sur le terrain de certaines formes de normalisation, de réflexion, que nous, praticiens, puissions dire à nos politiques, nos universitaires: là il y a un problème. Pour moi, aujourd'hui, il y a un gros problème, c'est le statut des dirigeants. C'est une situation extrêmement difficile entre la France et l'Allemagne, le problème n'est toujours pas réglé ; il n'est pas réglé en droit et n'est pas réglé culturellement. Malheureusement, en n'étant pas réglé culturellement, cela crée des véritables problèmes et parfois des contentieux, des malentendus relativement grands. Ce sont des sujets sur lesquels il faut qu'on avance.

Peter Limmer : Oui, puis-je répondre brièvement ? Je suis tout à fait d'accord avec vous. C'est un véritable problème. C'est néanmoins encore un cas où il existe une très grande différence entre la France et l'Allemagne. En France, vous avez vraisemblablement emporté la négociation verbale, exposé cela facilement aux avocats et c'est donc terminé. L'avocat allemand a un dialogue objectif avec le juge et il ressort quelque chose de ce dialogue. Parfois aussi un arrangement, ou des choses semblables. Et c'est naturellement très positif. Déjà dans la forme juridique, le recours aux tribunaux entre la France et l'Allemagne et, cela coïncide un peu avec ce que vous avez dit auparavant, là nous avons dans le système allemand un bien meilleur système. Si nous réfléchissons sur la « convergence », nous devons également penser à de telles choses où l'on dit effectivement : c'est là l'expérience que j'ai faite en Allemagne, totalement différente et beaucoup mieux que ce que nous avons en France. À l'inverse, si des mandats allemands viennent à nous vers la France (je suis un avocat français), j'ai naturellement un véritable problème culturel pour expliquer mon mandat : attention mes amis, c'est tout à fait différent en France.

Un auditeur dans la salle : Je suis venu ici en tant que représentant de l'association des juristes franco-allemands. J'étais naturellement très intéressé par le sujet car nous abordons également de plus en plus la « convergence » du droit. Et c'est une vieille tradition. Nous sommes une association présente des deux côtés du Rhin. Il y a un peu plus de membres en Allemagne qu'en France. Et nous sommes restés là et avons écouté avec beaucoup d'intérêt.

J'ai trouvé provocant, non pas la prestation de cet après-midi, mais plutôt le thème et la forme des débats... (*Incompréhensible*) J'ai trouvé bien que la Présidence allemande commence le débat sur le cadre commun et que le débat d'aujourd'hui se termine, avec la fin de la Présidence française, avec le résultat qui a été obtenu entre-temps. Mais malgré cela, j'ai aujourd'hui un tout petit peu l'impression que nous nous trouvons au début de la troisième Guerre Mondiale. La 3^{ème} Guerre Mondiale entre le droit continental et la Common Law. Lorsqu'on parle avec les amis et collègues anglais, on constate qu'il y a là-bas beaucoup de points communs comme entre l'Allemagne et la France. Je crois que la convergence du droit n'est ni une reconnaissance inconditionnelle de l'autre, ni une harmonisation inconditionnelle avec renonciation de sa particularité. La convergence du droit suppose que l'on connaisse et accepte l'autre droit. Que l'on ait confiance en l'autre droit, que l'on respecte l'autre droit au niveau de sa différence, de sa provenance historique, tel qu'il est constitué et également au niveau de son assujettissement au temps.

Aucun d'entre nous ne peut affirmer que notre législation reste statique. Le Code Civil n'est certainement plus le Code Civil d'il y a 200 ans et le BGB (\approx Code civil) n'est certainement pas le BGB de l'an 1900. L'ensemble de notre droit est provisoire, change

avec le temps et se développe depuis lors déjà par l'entrevue du droit. Je crois que si on part de cette idée (...*incompréhensible*...) la politique sur la Common Law n'a plus du tout la même importance. Regardons ce qui se passe en Amérique. L'Amérique est un pays typique pour (...*incompréhensible*...) et la Common Law devient de plus en plus un droit écrit en Amérique et certes par-delà les frontières, par-delà la compétence d'un État, en tant que Uniform Common Law ; l'Uniform Legal Law, Written Law est mise en avant. De la même façon, le cadre de référence commun qui a été créé sera ensuite adopté ou également transformé par chacun des États fédérés, là où la compétence au niveau nationale demeure. Je crois que nous devrions plutôt espérer que désespérer. Nous ne devrions pas ici nous confronter avec des termes guerriers, mais plutôt davantage avec un peu, et cela est important dans la convergence du droit, de confiance et de respect des autres. Merci bien.

Jean-Gabriel Recq : Il est certain que l'on n'est pas au début d'une troisième guerre mondiale, mais il faut quand même reconnaître que c'est *Law Society* qui a tiré la première ! (*Rires dans l'assistance*) Nous sommes dans un cadre franco-allemand...

Guillaume Wicker : Elle a tiré la première, et dans des termes absolument pas mesurés! Je ne sais pas si vous avez lu effectivement l'introduction de Monsieur Jack Straw qui dit quand même à certains passages, et explique clairement, je ne vais pas le relire en entier, «que seul le système anglo-saxon...» Donc nous, je crois que ce que j'ai dit tout à l'heure est important, vivons avec la *Common Law*, elle est là, elle est dans notre quotidien. On ne peut pas laisser du point de vue économique circuler des pamphlets, sans répondre. On est obligé de répondre. Parce qu'économiquement nos entreprises sont derrière, et elles ont besoin du droit continental. Donc sans faire la guerre, il faut réagir.

Le même auditeur que précédemment : Deux mots seulement. Moi aussi, j'étais en Croatie, j'étais en Roumanie, j'ai parlé avec les Anglais, je me suis battu avec les Anglais, sur le même problème, j'ai entendu qu'on était envahi par les Américains, très tôt déjà, je connais bien la situation, je connais également les buts sur place, les intérêts économiques.

Une auditrice dans la salle Sans être juriste, cela fait quand même trois ou quatre ans que je m'occupe de ces problèmes, d'un point de vue de sciences politiques et de politique de développement. Il est bien évident que la guerre qui s'est véritablement développée entre les tenants de la *Common Law* au sens large, et les tenants du droit continental, les Japonais, les Français, les Allemands, en particulier, se joue dans les pays en transformation. Cela se joue en Mongolie, en Chine, au Kazakhstan, au Vietnam, au Cambodge. Et là, à des dimensions qui ne sont pas absolument liées aux principes du

droit, ou aux principes moraux, aux principes normatifs de ce que devrait être le droit entre actifs, entre sociétés, et ainsi de suite. C'est une question de type de société qui découle du cadre juridique, et là, la guerre est pleine de conséquences. En Mongolie, cela a donné une catastrophe sociale, sociétale et économique, d'avoir adopté le droit américain. Maintenant, ils font marche arrière à toute vitesse, et ont fait appel aux Japonais pour savoir comment on fait un droit civil. On doit insister sur le point de convergence, avoir une attitude non pas offensive, mais combattante, une attitude active, pour qu'on puisse aider les pays à se réformer. Il ne s'agit pas justement d'accepter... Je reviens à la question : peut-on faire une analyse économique du droit ? Je pense que oui, cela pourra nous aider à étayer de manière neutre notre façon de défendre le droit civil, qui pour moi, en bonne européenne, est tout de même une bonne chose.

Bartosz Sujecki : Je souhaiterais réagir brièvement là-dessus et laisser parler mes origines polonaises. Ce que vous avez dit, je le constate également de façon forte en Pologne, où le style de vie américain s'est facilement propagé. Je crois que c'est un effet secondaire à ces... 40 années de dictature de l'Union Soviétique, on est facilement passé à l'autre extrême... Et je crois que c'est là le gros problème par exemple du point de vue de la Pologne. Ils ne regardent plus autant l'Allemagne ou la France, non, ils regardent d'emblée par-dessus l'Atlantique. Donc vous avez tout à fait raison. Alors nous devons investir davantage à partir du droit continental et justement dans des événements de perfectionnement du législateur. J'ai par exemple reçu un commentaire de la part d'un professeur néerlandais qui savait que je venais de Pologne mais qui ne savait pas que j'avais grandi en Allemagne. Il m'a dit : « Oh, vous êtes le premier Polonais que j'entends critiquer le droit américain. » Oui c'est exact. Donc à partir de là...

Jean-Gabriel Recq : Je crois que pour la Fondation, on lui a aussi au départ reproché de défendre le droit français, donc ne vous inquiétez pas, vous êtes dans la même situation. Je pense que c'est peut-être le moment de vous rencontrer et de voir ce que vous pouvez faire ensemble, faire un *Dachverband* comme on dit en France.

Jean-Marc Baïssus : Permettez-moi encore de remercier tous nos intervenants, d'avoir ce triple plaisir d'abord d'être le dernier qui parle, donc de voir se dessiner sur les visages un sourire de soulagement à la fin d'une longue journée. Ensuite de remercier tous ceux qui ont contribué par leur présence à cette journée, très sincèrement, merci d'avoir pris sur votre temps pour partager avec nous votre expérience, merci à l'université qui nous accueille dans cette prestigieuse salle, au soutien des deux ministères, français et allemand, de la justice. Merci aussi à l'équipe des traducteurs, je pense que les conditions de travail ici n'étaient pas idéales pour eux. Permettez-moi également de dire un très sincère merci aux trois jeunes gens qui travaillent avec moi, qui ont travaillé très dur



pour organiser cette journée, merci aux deux Cécile, Emmanuel, c'est largement grâce à leur travail que nous nous sommes réunis aujourd'hui.

Un dernier mot aussi, je dois dire que je suis ravi de ce que j'ai entendu aujourd'hui, sur le champ des travaux à venir pour la Fondation. C'est l'un des objectifs de ce genre de réunions, de pouvoir identifier les priorités, dans la continuité pour travailler toujours à ce renforcement du partenariat français et allemand, donc je commence déjà par vous dire que nous nous retrouverons, je l'espère, l'année prochaine en Allemagne. Nous avons vu un certain nombre de thèmes, de droit administratif, de droit économique, sur les développements au sujet du cadre commun de référence, donc nous avons du pain sur la planche. Je voudrais aussi terminer en disant que je suis enchanté du débat que je viens d'entendre à l'instant. Nous avons connu ces débats en France il y a quelque temps, nous continuons à les avoir, je crois que la position est celle que nous partageons tous, à savoir que du point de vue purement économique, la tentation existe souvent au monopole, mais qu'elle n'est pas stable. C'est dans la diversité, c'est dans la mise en concurrence en positif de différentes solutions que l'on obtient le progrès, le progrès pour chacun, et c'est dans cette optique positive, non défensive, pas agressive, mais pas timide non plus, que je voudrais vous remercier finalement, et vous permettre de repartir les uns et les autres en espérant vous revoir l'année prochaine.