

## DES DIFFÉRENCES ENTRE LA COMMON LAW ET LA CIVIL LAW ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE  
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 24 JANVIER 2000

PAR BARTHELEMY MERCADAL \*

L'idée est répandue que la *common law* et la *civil law* sont séparées par de nombreuses et profondes différences, voire par un gouffre, un « gap », conviendrait-il de dire en la circonstance. C'était une rumeur, qui parcourrait les conversations des juristes pari-siens, de façon très intense il y a deux ou trois ans, que d'affirmer que la *common law* - et par extension le droit anglo-américain - était en train d'engloutir la *civil law* ou, en d'autres termes, le droit romano-germanique continental, et tout spécialement le droit français.

On trouve des traces écrites de cette appréciation dans les comptes rendus de diverses réunions tenues sur le thème des rapports entre les deux systèmes juridiques qui sont présentés en concurrents, notamment, le compte rendu d'un colloque organisé en 1997 sur « Respect du droit et compétition économique »<sup>1</sup>, la table ronde du Barreau de Paris du 19 octobre 1998 sur « Le droit français est-il adapté aux opérations internationales ? »<sup>2</sup> ou encore cette information alarmante de l'Express, en septembre 1999, sous le titre « Washington impose sa loi », signalant que les États-Unis investissent les pays de l'Est, le Vietnam, le Rwanda en y envoyant des missions dont l'objet est « d'imposer la *common law* anglo-saxonne au détriment du droit romano-germanique pratiqué dans la plupart des pays européens »<sup>3</sup>.

Cette situation semble préoccuper les pouvoirs publics qui, selon leur méthode, provoque des rapports (dernier en date, en 1999, celui de M. Nallet) ou des groupes de travail, tel celui qui existerait au ministère des Affaires Étrangères, sur la diffusion du droit romano-germanique.

Mais ces efforts tendent essentiellement à une action matérielle de promotion du droit français plutôt qu'à une illustration des atouts de ce droit. Ne sont-ils pas ainsi minés par avance dès lors qu'il est pratiquement sur toutes les lèvres françaises et, bien entendu, anglo-saxonnes, que les différences entre les deux systèmes juridiques mis en opposition sont à l'avantage de la *common law* ; cette dernière est en effet gratifiée d'une supériorité flagrante grâce à son « grand esprit de libéralisme et de pragmatisme » face à la rigidité française<sup>4</sup> ; « aux plus grandes facilités juridiques du droit anglais face à la trop grande

\* Barthélémy Mercadal est professeur au CNAM.

1. Actes du colloque organisé à l'initiative de Ph. Marini, 24 avril 1997, *Regards International*, 8 rue Fallempein - 75015 Paris.

2. *Les Annonces de la Seine*, jeudi 5 nov. 1998, n° 75, p. 16 s.

3. *L'Express* du 2 sept. 1999, p. 16, rubrique « Les Indiscrets ».

4. J.J. Daigre, *Les Annonces de la Seine*, précité, p. 17.

rigidité du droit français »<sup>5</sup> ou encore l'étroit encadrement en France de la liberté contractuelle par l'ordre public alors que celui-ci, qui y a une connotation plus morale, est rare en *common law*<sup>6</sup>.

Toutes ces sentences sont, à notre connaissance du moins, lancées comme exprimant des vérités d'évidence, qui ne requièrent aucune justification tirée des solutions concrètes prises dans la réalité des décisions de justice. Nous paraissions totalement acquis à subir comme une fatalité l'accusation de rigidité portée contre notre système. Il est vrai que nous pouvons être intoxiqués par l'éthique dominant notre débat public qui célèbre à l'envi la régulation, le contrôle et le volontarisme dirigiste. Il est vrai aussi que le discours - et même l'enseignement - juridique des années 20 à 60, approximativement du moins, nous a largement inoculé l'idée du déclin du contrat, de la régression de la liberté contractuelle et, réciproquement, de l'expansion de l'ordre public.

Mais, depuis les années 60, ne sommes-nous pas entrés dans une nouvelle ère qui appellerait un autre regard. Vasseur<sup>7</sup> a, dès 1964, mis en exergue l'essor nouveau du contrat et partant du renouveau de la liberté contractuelle Robert Badinter<sup>8</sup>, bien plus récemment, en 1998, a fustigé notre inclination à nous accabler ; « comment, nous demande-t-il, espérer pouvoir proposer quelque modèle français que ce soit à des amis étrangers pour essayer de les convaincre que, peut-être, la culture juridique française et les institutions juridiques françaises ont quelques mérites » si ces mêmes amis « entendent constamment des clameurs de misérabilisme (et) nous voient nous couvrir la tête de cendres » ? Mais, plus encore, le temps n'est-il pas venu de faire écho au courant doctrinal anglo-saxon qui défend lui-même la thèse du rapprochement de la *common law* de la *civil law* ? Ainsi, le professeur Glenn de l'Université Mac Gill constate<sup>9</sup> « que la tradition de la *common law* se rapproche de celle du droit civil, surtout depuis les grandes réformes de la *common law* effectuées au XIX<sup>e</sup> siècle » et le professeur Markesinis de l'Université d'Oxford<sup>10</sup> met en lumière l'atténuation des différences traditionnelles entre les deux systèmes, allant jusqu'à proclamer et démontrer « l'Européanisation » du droit anglais à travers les décisions de justice.

Il paraît être temps, en effet, de cesser de considérer ce droit sous le seul prisme de la *common law* classiquement entendu, c'est-à-dire : comme un droit qui n'a pas sa source dans la loi ; comme un droit fondé sur le respect du précédent judiciaire qui conduirait à une jurisprudence sûre, à l'abri des revirements ; comme un droit animé par une attitude d'esprit qui envisage les choses d'une manière concrète et non dans l'abstrait<sup>11</sup>. Il faut donc creuser la comparaison de la *common law* et de la *civil law* non plus par référence à des affirmations abstraites, mais par une recherche concrète sur le terrain du droit des affaires, puisque c'est sur lui que se cristallise le débat. Or, si l'on procède à une recherche empirique - osculant les décisions de justice rendues dans les pays de *common law* (principalement au Royaume-Uni et aux Etats-Unis) et de *civil law* - et à une recherche pragmatique - soucieuse de déboucher sur des solutions pratiques - alors peut-être apparaîtra un nouveau jugement sur les rapports des deux droits, et se vérifiera la formule de Sartre selon laquelle « la vérité pragmatique a remplacé la vérité révélée ».

Cette démarche, sans aller jusqu'à conclure à la négation de toute différence, révèle, à nos yeux du moins, une sensible réduction des différences proclamées ; d'abord, par

---

5. D. Carreau, *Actes du colloque* Ph. Marini, précité, p. 9.

6. J. Riggs, *Les Annonces de la Seine*, précité, p. 16.

7. Un nouvel essor du concept contractuel, *RTD. civ.* 1964 p. 5 s.

8. *Petites Affiches* 1998, n°76, p. 60.

9. La civilisation de la *common law*, *Rev. int. dr. comp.* 1993.559.

10. Foreign law and foreign ideas in the English Courts, *Revue Héliénique de droit international*, 1997, n° 2, p. 365 ; Judge, Jurist and the study and use of foreign law, *The law quarterly review*, 1993, octobre, p. 622 ; voir aussi : La notion de considération dans la *common law* ; vieux problèmes ; nouvelles théories, *Rev. int. dr. comp.* 1983.735.

11. A. Deysine, La justice aux Etats-Unis, *Que sais-je ?* PUF. 1998, tirant ces caractéristiques de Kent, Roscoe Pound et A. Tunc.

l'atténuation des caractéristiques distinctives de la *common law* ; ensuite, par une revalorisation des ressources de la *civil law*.

## I. - L'ATTÉNUATION DES CARACTÉRISTIQUES DE LA *COMMON LAW*

La *common law*, telle qu'elle est - comme on l'a rappelé - classiquement entendue, est de moins en moins le système de droit distinct de la *civil law* que l'on se plaît généralement à mettre en exergue : d'une part, son champ d'application se restreint ; d'autre part, des différences très marquées dans le principe perdent de leur intensité dans la réalité.

A. Le domaine d'intervention de la *common law* se rétrécit, d'une façon quasi-mécanique, par l'effet de la multiplication des conventions internationales qui soustrait à son empire des pans entiers de la vie des affaires. Sont ainsi unifiés avec la *civil law*, aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni et parfois dans ces deux pays selon l'état des ratifications, les transports tant en ce qui concerne les contrats de transport, quel qu'en soit le mode, que les privilèges sur les navires et les aéronefs, ainsi que la saisie conservatoire de navires<sup>12</sup> ; les brevets et les marques<sup>13</sup>, sans parler de la marque communautaire ; les droits d'auteur<sup>14</sup> ; de larges aspects des relations contractuelles de droit commun : vente internationale<sup>15</sup>, loi applicable sur obligations contractuelles<sup>16</sup>, compétence des juridictions des Etats membres de la Communauté européenne<sup>17</sup> ; corruption<sup>18</sup>.

A ces vastes secteurs, il faut, bien entendu, ajouter, en ce qui concerne le Royaume-Uni, le traité instituant la Communauté européenne et l'énorme droit communautaire dérivé du traité sous forme de règlements et de directives.

Toutes ces conventions, bien qu'elles régissent des secteurs soumis à des législations spécifiques, ont néanmoins des incidences sur la *common law*. Trois exemples peuvent illustrer cette constatation.

Le premier est tiré de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Cette convention rapproche *common* et *civil law* sur des éléments importants du régime de la vente, tels la détermination du prix, le contrôle de la conformité, la garantie des vices cachés. Et le contentieux publié montre que les juridictions américaines, notamment, se plient sans réticence aux exigences de la convention. Une décision a ainsi fait prévaloir l'article 8 de la convention sur la règle de la « parole evidence rule » selon laquelle une partie à un contrat ne peut pas chercher à établir que les termes de l'accord sont différents de ceux inscrits dans le contrat écrit ; elle en a déduit que doivent être prises en considération les preuves orales relatives aux négociations antérieures dans la mesure où ces preuves révèlent l'intention subjective des parties<sup>19</sup>.

Le second exemple provient de la solution, probablement plus connue que la précédente, dite « Mareva injunction ». Cette mesure est considérée comme l'introduction dans le système juridique anglais de la saisie conservatoire pratiquée en *civil law*. Lord Denning<sup>20</sup> a justifié cette importation par le fait que ce remède existait en *civil law* et la

---

12. Convention de Bruxelles de 1924 sur le transport maritime ; convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien ; convention de Genève de 1956 sur le transport routier ; convention de Bruxelles de 1926 sur les privilèges maritimes et de Genève de 1948 sur les privilèges aériens convention de Bruxelles de 1952 sur la saisie conservatoire des navires.

13. Convention de Paris de 1883 ; convention de Munich de 1973 sur le brevet européen.

14. Convention de Berne de 1886.

15. Convention de Vienne de 1980.

16. Convention de Rome de 1980.

17. Convention de Bruxelles de 1968.

18. Convention OCDE de 1997.

19. Cour d'appel fédérale 29 juin 1998, *D.* 1999. som. 367. obs. M. Fr. Papandréon-Deterville.

20. Court of Appeal 1<sup>er</sup> juin 1977, *The Weekly law Reports* 1977.3.1094.

nécessité dès lors que l'Angleterre avait rejoint la Communauté européenne de rechercher l'harmonisation des régimes juridiques. Depuis cette décision, les juges anglais se sont reconnus compétents pour ordonner à l'égard d'une personne, défendeur à un procès devant les tribunaux suisses, mais domiciliée en Angleterre, de ne pas déplacer ses biens de quelques lieux où ils se trouvent <sup>21</sup>.

Cette solution qu'on peut tenir pour éloignée de la *civil law* qui fait une application strictement territoriale des voies d'exécution <sup>22</sup>, doit désormais être confrontée aux dispositions de la convention de Bruxelles sur la compétence de 1968 qui sont de nature à en limiter la portée ; en effet, la Cour de justice des Communautés européennes, par arrêt du 17 novembre 1998 <sup>23</sup>, a subordonné la compétence des juridictions des Etats membres pour adopter des mesures conservatoires, conformément à l'article 24 de la convention « à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures conservatoires sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi » <sup>24</sup>.

Quant au troisième exemple annoncé, il tient au recours des juridictions anglaises, sous l'influence des conventions internationales, à l'interprétation des dispositions légales par une méthode finaliste comparable à celle utilisée par les juristes de *civil law*. Une illustration remarquable en est donnée par un arrêt de la Chambre des Lords relatif à l'interprétation du mot « avarie » figurant dans la convention de Varsovie sur le transport aérien qui a successivement considéré le sens étymologique avec consultation de cinq dictionnaires anglais et français, la jurisprudence existante, la doctrine sur la question, les travaux préparatoires en notant au passage qu'il est exagéré de dire que le juge anglais n'en tient pas compte, pour finalement rechercher le but du texte, recherche qu'aucune golden rule n'interdit au juge <sup>25</sup>. La chambre des Lords a depuis posé le recours aux travaux préparatoires comme une règle d'interprétation <sup>26</sup>.

Cette pesanteur qui attire la *common law* vers la *civil law* ne résulte pas seulement des conventions internationales mais aussi des nécessités pratiques qui ont, à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, fait apparaître la *common law* comme un système fermé sur lui-même, correspondant essentiellement aux besoins de la société agricole de l'Angleterre des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles. Ce mouvement, décrit par le professeur Glenn plus haut évoqué <sup>27</sup>, a abouti, selon lui, à ce que le juge anglais pour découvrir le droit que ne lui donnait plus la *common law* « s'est tourné vers le seul droit substantiel accessible, celui du continent et plus particulièrement de la France ».

**B.** C'est ainsi que des différences accusées sont, tout en restant les seules visibles aux juristes de *civil law*, devenues moins réelles. Patrick Glenn affirme catégoriquement que la volonté des juristes de *common law* de se démarquer pour masquer leurs emprunts n'a pas empêché qu'un rapprochement de plus en plus constant se produise entre les deux traditions, à la fois quant aux sources du droit et quant aux concepts de droit substantiel.

C'est ainsi la célèbre règle, que nous connaissons tous, dite du précédent, qui perd de son acuité pour une bonne part, parce que nous lui attribuons communément une portée excessive, y voyant une stabilité de la jurisprudence dans l'obligation pour un juge de reprendre ce qui a déjà été jugé dans un cas semblable. En effet, la règle dont le respect

---

21. Voir H. Muir Watt, Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la Court of Appeal, crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi), *dr. intern. priv.* 1998.28.

22. Cass. civ. 29 févr. 1994, *Bull.* II, p. 27 ; Cass. civ. 4 mai 1976, 1<sup>re</sup> espèce, *dr. inter. priv.* 1977 note Mayer ; voir aussi l'article 10-2 de la convention de Rome du 19 juin 1980.

23. *RJDA* 2/99 n° 246.

24. Voir en ce sens, J. Willems, *Les mesures conservatoires et l'arbitrage après l'arrêt Van Uden de la Cour de justice des Communautés européennes*, GP 2000. *Doctr.* 9/11 janvier, p. 37 s.

25. Chambre des Lords 10 juillet 1980, *Dr. europ. transp.* 1983.609.

26. *Pepper v. Hart* (1993) 1. Aller 42, cité *Rev. trim. eur.* 1993.670.

27. *Op. cit.*, note 9 ; voir spécialement p.566, allant jusqu'à écrire : « Pothier devient un auteur reconnu outre-Manche ».

s'impose doit porter sur un point de droit et a dû être mûrement réfléchi. De plus, aux Etats-Unis depuis 1938 et pour la Chambre des Lords depuis 1966, les revirements sont permis<sup>28</sup>. Quelle différence y-a-t-il dès lors entre une solution formant précédent et un principe affirmé dans le chapeau d'un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? La Cour de cassation est-elle revenue, depuis plus d'un siècle qu'elle les a affirmés sur l'interdiction de l'enrichissement sans cause ou de l'abus du droit de propriété ? Est-elle revenue sur l'autonomie de la clause compromissoire, sur l'effet de l'apparence, sur la sanction de la fraude ? Bien entendu, elle opère des revirements de jurisprudence, mais sont-ils si nombreux et si imprévisibles qu'ils en rendent sa jurisprudence globalement déroutante ? Généralement, ils sont le fruit d'une lente maturation provoquée par une longue résistance des cours d'appel. Les revirements ne sont pas non plus son exclusivité puisqu'on en retrouve en *common law*. Certes, on nous dit qu'ils y sont moins redoutables parce qu'ils sont annoncés en même temps que la règle formant précédent est prononcée par les « dicta » qui entourent son intronisation<sup>29</sup>. Seule une exégèse des décisions de *common law* formant précédent et une recherche de leur suite permettraient de répondre scientifiquement à cette observation. Nous pouvons néanmoins relever que Patrick Glenn, n'hésite pas à dénoncer le déclin du précédent et le peu de stabilité qu'il procure<sup>30</sup> et que les revirements jalonnent l'histoire de la Cour suprême des Etats-Unis dont on nous dit qu'ils dépendent essentiellement de la personnalité du président de la Cour<sup>31</sup>. En revanche, combien d'arrêts pourrions-nous citer, chez nous, qui se réfèrent à une jurisprudence constante<sup>32</sup>.

Un même rapprochement peut aussi être constaté sur le terrain des concepts du droit substantiel. Basil Markesinis a montré que « par des voies différentes, cause et considération ne font que souligner l'interdépendance des obligations des parties<sup>33</sup> ; le professeur Fleming a reconstruit conceptuellement les torts sur les grands critères de responsabilité qui sont reconnus en *civil law*, en distinguant les torts intentionnels, la négligence et la responsabilité dite stricte<sup>34</sup> ; Patrick Glenn a relevé qu'en Amérique du Nord les juridictions de *common law* construisent un droit de restitution comparable à l'enrichissement sans cause<sup>35</sup>. Pour notre part, nous pouvons ajouter d'autres exemples tirés de notre observation qui attestent que la *common law* connaît l'apparence<sup>36</sup>, l'abus de saisie<sup>37</sup> ou d'action en justice<sup>38</sup>, la fraude<sup>39</sup>, l'interdiction, sous les traits de l'estoppel, de venir contre son propre fait ou autrement dit de se montrer indigne<sup>40</sup>, jusqu'à aller aux Etats-Unis et en Australie à celle de la mauvaise foi<sup>41</sup> ; la *common law* connaît aussi la répara-

28. A. Deysine, *op. cit.*, p. 21 s.

29. L.-X. Simonel, *Le juge et son précédent*, GP. 1999. Doctr. 10/11 décembre.

30. *Op. cit.*, note 9, spécialement p. 573.

31. A. Deysine, *op. cit.*, p. 28 s.

32. Voir par exemple : CA Paris 20 juin 1984, GP. 1984.558 ; CA Paris 8 févr. 1985, *Bull. rap. dr. aff. Fr.* Lefebvre 7/85 p. 9 ; CA Paris 14 févr. 1997, *JCP* 1998. I. 103 n° 13 obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

33. La notion de considération dans la *common law*, précité, note 10.

34. L'influence de la *civil law* en cette matière a été aussi relevée à travers les décisions de justice par B. S. Markesinis, *Foreign law and foreign ideas in the English Courts*, précité, note 10.

35. *Op. cit.*, note 9, spécialement p. 568.

36. Court of Appeal 16 avril 1997, *The Weekly Law Reports* 1997.1.1356.

37. US District Court New-York 24 juillet 1995, *Dr. eur. transp.* 1996.106.

38. Court of Appeal 9 juin 1998, *The Weekly Law Reports* 1999.1.88.

39. Article 5 du Code de commerce uniforme des Etats-Unis ; Court of Appeal 19 décembre 1997, *The Weekly Law Reports* 1998.1.314.

40. Cour fédérale, District sud de New-York, 17 déc. 1973, *Rev. dr. unif.* 1975.316 ; Chancery Division 18 juin 1990, *The Weekly Law Reports* 1991.2.540 ; Privy Council 25 nov. 1991, *The Weekly Law Reports* 1.113 ; Court of Appeal 24 juin 1999, *The Weekly Law Reports* 1999.3.1217.

41. Ph. Pinsolle, *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de la bonne foi dans le droit du commerce international*, *Clunet* 1998.805.

tion du dommage imprévisible en cas de dol<sup>42</sup>, sous des conditions proches de notre jurisprudence une obligation de négocier de bonne foi<sup>43</sup> et même la notion d'obligation essentielle selon laquelle lorsque une obligation née d'un contrat « atteint directement la substance même du contrat ou, autrement dit, qui est tellement essentielle à sa nature, que, si elle n'est pas respectée, l'autre partie peut équitablement considérer ce manquement comme une inexécution du contrat »<sup>44</sup>.

Ces règles, sinon parfaitement communes du moins pas dissemblables, ne sont pas surprenantes car *common law* et *civil law* ont toutes deux une racine commune dans le droit romain<sup>45</sup> et les besoins de la vie des affaires sont identiques en tous lieux. C'est pourquoi il est aussi possible de constater, en considérant à son tour la *civil law* dans sa réalité, que celle-ci offre des ressources qui sont de nature à pallier le handicap qu'on lui reproche en général.

## II. - LA REVALORISATION DES RESSOURCES DE LA CIVIL LAW

Dans le secteur des relations d'affaires inter-entreprises, dans le secteur *Business to Business* comme on dit sur le Net, la *civil law* échappe au grief majeur et constant de manquer de liberté contractuelle. On ne saurait, en effet, invoquer contre elle les règles d'ordre public protectrices du consommateur puisque celles-ci sont désormais largement communautaires et donc s'appliquent au Royaume-Uni et sont aussi présentes aux Etats-Unis où le consumérisme a pris naissance. Si l'on s'en tient donc aux rapports d'affaires, la liberté contractuelle est une réalité : d'abord, parce que la portée de l'ordre public est contenue ; ensuite, parce que les techniques juridiques de la *civil law* ne sont pas inférieures à celles de la *common law*.

A. En *civil law*, il n'est pas inutile de rappeler bien que ce soit une banalité, le principe, c'est la liberté contractuelle, et l'exception, l'ordre public. Comme vous savez, les articles 1134 et 6 du Code civil le disent expressément. Certes le Conseil constitutionnel a refusé d'ériger la liberté contractuelle en norme constitutionnelle<sup>46</sup> mais il sanctionne l'atteinte à la liberté contractuelle qui met en cause un principe constitutionnel<sup>47</sup> et nous avons tous appris récemment qu'il avait interdit au législateur de mettre à bas les accords collectifs déjà conclus pour la réduction à 35 heures de la durée du travail. En tout cas, l'ordre public doit être interprété restrictivement conformément au principe constitutionnel de l'article 5 de la déclaration des droits de l'homme selon lequel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Règle que les tribunaux respectent largement en constatant soit que « rien n'interdit »<sup>48</sup>, soit qu'« aucun texte n'impose »<sup>49</sup>.

Même là où l'ordre public est formellement imposé par la loi, est-il démesuré par rapport à celui de la *common law* ? A considérer d'un coup d'œil les dispositions légales

---

42. Court of Appeal 21 mars 1991, *The Weekly Law Reports* 1991.3.57.

43. U. Draetta et R. Lake, Lettres d'intention et responsabilité précontractuelle, *Rev. dr. aff. inter.* 1993.835 ; J. Bussy et J. Fr. Carréras, Obligation de « fair dealing » aux Etats-Unis, EFE, *documentation du séminaire des 29-30 novembre 1993 sur Forum de la jointe-venture et de l'alliance*.

44. Wallis v. Pratt (1910) 2. K. B. 1012., cité in *droit anglais des affaires* Charles Worth, 12<sup>e</sup> éd. par C. M. Schmitthoff et D. A. G. Sarre, *la documentation française*, Paris, 1976.

45. B.S. Markesinis, *Foreign Law and foreign ideas in the English Courts*, précité, note 10 ; H.P. Glenn, *op. cit.*, note 9 signalant l'étude des Pandectistes aux Etats-Unis, spécialement p. 568.

46. Cons. const. 3 août 1994, *JCP* 1995. II. 22404 note Broussole.

47. Cons. const. 30 déc. 1996, *JO* 31 décembre 1996, p. 19557.

48. Cass. com. 13 févr. 1978, *Bull.* IV. p.46 ; Cass. civ. 18 avr. 1984, *GP* 1984.319 ; Cass. soc. 5 juil. 1984, *Bull. rap. dr. aff.* Fr. Lefebvre, 22/84 p. 16 ; Cass. civ. 4 févr. 1986, *Bull.* III. p. 3 ; CA Grenoble 31 mai 1983, *JCP* 1985.II.14389 note Reinhard.

49. Cass. civ. 5 mars 1986, *D.* 1986.328 ; Cass. civ. 22 juil. 1986, *Bull.* IV. p.139 ; CA Bordeaux 24 oct. 1989, *GP* 1990. som. 170 ; CA Paris 10 oct. 1990, *D.* 1990. IR 274 ; voir aussi : CE 12 févr. 1988, Rec. Lebon 66.

susceptibles d'influencer les échanges, il s'avère que l'ordre public de la législation sur la faillite n'est pas une spécialité de la *civil law* car la faillite, en tous lieux, est d'ordre public ou n'existe pas, que la législation sur les baux commerciaux n'existe pas dans plusieurs pays de *civil law* alors que la Grande-Bretagne en a une, il est vrai moins contraignante que la nôtre<sup>50</sup>, que l'ordre public de la législation sur les assurances, en partie désormais communautaire, n'influe pas de façon déterminante dans les relations *Business to Business*, alors que sont ouverts à la liberté contractuelle, le régime des preuves<sup>51</sup>, ce qui a permis le fonctionnement de la télétransmission<sup>52</sup>, celui du mandat, du louage de meubles, du contrat d'entreprise, autre que de la construction immobilière s'entend, des licences des droits de propriété intellectuelle.

Qui plus est dans les échanges d'ordre international où sont principalement confrontées la *common law* et la *civil law*, l'ordre public en cause est l'ordre public international dont chacun sait qu'il n'est pas la transposition dans ces relations de l'ordre public interne. Non seulement il est plus restreint mais aussi il porte sur des règles dont on ne voit pas qui, dans un Etat de droit, mettrait en doute le caractère d'ordre public : côté procédure, il impose le respect des droits de la défense<sup>53</sup>, le droit aux voies de recours<sup>54</sup>, l'obligation de motivation<sup>55</sup> ; côté fond du droit, c'est l'interdiction par les arbitres de proroger eux-mêmes le délai d'arbitrage<sup>56</sup>, le refus de faire courir la prescription contre les mineurs non émancipés<sup>57</sup>, la sanction de la fraude, notamment la corruption<sup>58</sup>, du dol et de la faute lourde<sup>59</sup>, de la violation du droit moral de l'auteur<sup>60</sup>, des droits acquis<sup>61</sup>, de la législation sur l'investissement direct<sup>62</sup>. Corrélativement, l'ordre public international français laisse un espace à la liberté contractuelle pour se déployer : liberté absolue du choix de la clause d'indexation<sup>63</sup>, validité des clauses attributives de compétence territoriale<sup>64</sup>, non-transposition du statut français de l'agent commercial dans un contrat de distribution avec le ressortissant d'un Etat tiers à la Communauté européenne à l'intérieur de laquelle s'applique un régime harmonisé<sup>65</sup>, acceptation d'un régime défini selon le droit des Etats-Unis pour un contrat de franchise<sup>66</sup>, de la rémunération forfaitaire d'un auteur là où la loi française l'interdit<sup>67</sup>, d'un léger dépassement du

---

50. J. Monéger, *Droit et Patrimoine* 1997 p.68 ; M.- P. Bagnéris, *Le statut français des baux commerciaux dans le contexte européen*, GP 1998. Doctr. 457

51. Cass. civ. 30 janv. 1962, *Bull. I.* p.57 ; Cass. civ. 16 nov. 1977, *Bull. III.* p. 300.

52. Cass. civ. 8 nov. 1989, 2 arrêts, *JCP* 1990.II.21576 note Virassamy.

53. TGI Seine 10 avr. 1962, *Clunet* 1963, 1080 note Sialelli : délai de comparution de deux jours jugé insuffisant ; TGI Paris 3 déc. 1990, *Bull. inf. C. cass.* 1991.643 : traduction en langue française de l'acte introductif d'instance, réclamée dès la délivrance de celui-ci, mais établie plus de six ans après.

54. Cass. civ. 6 févr. 1973, *Bull. I.* p. 41.

55. TGI Le Havre 27 mars 1981, *JCP* 1981.II.19671 ; voir aussi TGI Paris 10 févr. 1993, *Clunet* 1993.599 note C. Kessedjian.

56. CA Paris 22 sept. 1995, *Rev. arb.* 1996.100 note E. Gaillard.

57. Cass. civ. 21 mars 1979, *Bull. I.* p. 81.

58. Cass. civ. 19 déc. 1960, *Bull. I.* p. 447 ; CA Paris 10 sept. 1993, *Rev. dr. inter. priv.* 1994.349. note Heuzé.

59. CA Aix 27 février 1980, *GP* 1980.783.

60. Cass. civ. 28 mai 1991, *RJDA* 8-9/91 n° 772 ; CA Versailles 19 déc. 1994, *D.* 1995. IR 65.

61. Trib. civ. Seine 26 mai 1936, *GP* 1936.2.329.

62. CA Paris 5 avr. 1990, *Rev. arb.* 1992.110 note Synvet.

63. Cass. civ. 21 juin 1950, *D.* 1951.749 note J. Hamel.

64. Cass. civ. 17 déc. 1985, *Rev. dr. inter. priv.* 1986.537 note H. Gaudemet-Tallon ; CA Paris 28 mars 1990, *Bull. rap. dr. aff. Fr.* Lefebvre 13/90 p. 12.

65. Cf. cass. com. 19 janv. 1976, *JCP* 1977.II.18630 note Hanine, jugeant que les dispositions d'ordre public du décret du 23 décembre 1958 n'étaient pas applicables du seul fait que le contrat avait été soumis à la loi française.

66. CA Paris 15 févr. 1995, *D.* 1996. IR 85.

67. CA Paris 1<sup>er</sup> févr. 1989, *Rev. int. dr. aut.* 1990.227.

taux usuraire français dès lors que le taux conventionnel était conforme aux taux pratiqués dans les pays concernés <sup>68</sup>, du choix d'une loi étrangère qui ne répare pas intégralement le préjudice délictuel, notamment le préjudice moral <sup>69</sup>, d'une violation du bref délai pour agir en garantie des vices cachés par le vendeur <sup>70</sup>, de la rétroactivité du contrat <sup>71</sup>, qui est présentée comme une supériorité du droit américain <sup>72</sup>.

Il s'établit ainsi que la liberté contractuelle que procure la *civil law*, en l'occurrence française, est égale à celle que l'on croit trouver dans la *lex mercatoria* où les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Il n'est pas une règle de la liste des principes de la *lex mercatoria* établie par Lord Mustel <sup>73</sup>, à l'exception de celle sur la révision du contrat mais dont l'application est pratiquement refusée par les arbitres à défaut de clause l'acceptant <sup>74</sup>, qui ne soit une règle du droit français et je n'ai trouvé que trois différences entre les principes d'Unidroit et la loi française : la sanction de la lésion et du dol d'un tiers ainsi que de la résolution et de l'annulation du contrat pouvant résulter de la seule notification par la partie qui s'en prévaut en dehors même de clause l'y autorisant.

Mais ce n'est pas seulement sur le terrain de la liberté contractuelle que la *civil law* peut rivaliser avec la *common law*. Elle renferme aussi des techniques qui ont autant de potentialités créatrices que la *common law* à laquelle on accorde, par principe, une supériorité sur le terrain de la créativité juridique.

**B.** Les techniques juridiques de la *civil law* pouvaient permettre la création des contrats en « ing » que dans les années 70 nous avons importés des Etats-Unis et dont nous avons francisé l'appellation pour les laver de leur pêché originel. Or, qu'est-ce qui nous empêchait de découvrir que la subrogation permettait le factoring, que la location couplée à une promesse de vente engendrait le leasing, que la licence d'une marque et la fourniture d'un savoir-faire donnaient le franchising ?

Si nous y avions pensé, nous aurions pu créer ces contrats comme nous avons su utiliser notre droit pour reconnaître la validité des garanties à première demande et leur donner un régime qui, au demeurant, est tout à fait comparable à celui qu'ont retenu les juridictions de *common law* <sup>75</sup>.

Si nous acceptions d'y regarder de plus près, nous nous apercevions aussi que nous n'avons à redouter la domination du droit américain sur le commerce électronique, que les meilleures plumes soulignent, telle celle de Jacques Attali <sup>76</sup> ou de Mme Falque-Pierrotin <sup>77</sup>, ni plus ni moins que sur le commerce traditionnel. Si les entreprises américaines y ont installé via leurs conditions générales de vente auxquelles renvoient selon un sondage personnel tous les sites consultés, la loi américaine, rien n'interdit aux entreprises relevant de pays de *civil law* de désigner celle-ci dans leurs conditions générales d'achat. Dès lors, dans les relations *Business to Business* et devant un for français, ces conditions qui s'op-

---

68. CA Paris 9 juin 1983, *Rev. arb.* 1983.497 note M. Vasseur.

69. Cass. crim. 16 juin 1993, *Bull. crim.* p. 537 ; dans le même sens, Cass. civ. 15 déc. 1969, *Rev. dr. inter. priv.* 1971.512 note Bourel.

70. CA Paris 13 nov. 1992, *RJDA* 5/93 n° 392.

71. Paris 17 sept. 1992, *Bull. transp. et logist.* 1992.655.

72. D. Kessler, colloque Marini précité, note 1, p. 12.

73. Cette liste a été présentée par Ph. Kahn au *Clunet* 1989 p. 324 s.

74. Sentence CCI n° 1512 en 1971, *Clunet* 1974.905 ; sentence CCI n° 1990 en 1972, *Clunet* 1974.897 ; sentence CCI n° 1216 en 1974, *Clunet* 1975.917 ; sentence CCI n° 2404 en 1975, *Clunet* 1976.995 ; sentence CCI n° 2508 en 1974, *Clunet* 1977.939 ; sentence CCI n° 2708 en 1976, *Clunet* 1977.943

75. M. Elland-Goldsmith, Garanties bancaires, L'évolution de la jurisprudence en Angleterre, *Rev. dr. aff. inter.* 1990 n° 3 spécial, *Les garanties bancaires* ; D. Lechieu, *Les garanties payables à première demande à travers la jurisprudence anglaise récente, ibidem.*

76. Le septième continent, *Le Monde* 7 août 1997.

77. Quelle régulation pour Internet et les réseaux ?, *Le Monde* 27 novembre 1999.

posent se neutraliseront et le juge recherchera un rattachement selon la méthode éprouvée des conflits de lois ; partant le droit américain ne bénéficiera d'aucune supériorité particulière du fait d'Internet. Et à supposer qu'un for américain ne suive pas le for français et privilégie la désignation du droit américain, l'entreprise française qui en sera victime, si elle est condamnée, pourra à l'heure de l'exequatur invoquer que l'application de cette loi, qui n'a pas été acceptée par elle par hypothèse même, constitue une violation de l'ordre public international français qui implique le respect de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux.

Si nous voulions bien faire encore un effort, nous découvririons que le trust lui-même n'est pas incompatible avec la *civil law* et, pour tout dire, avec notre loi française. Pour le constater, il faut, d'abord, se rendre à cette évidence qu'il n'existe pas un trust mais des trusts aux fonctions et effets divers. Il faut, ensuite, retenir que, selon la qualification juridique posée par un arrêt de la cour de Paris du 10 janvier 1970<sup>78</sup>, à propos d'un trust successoral mais valable pour tous les trusts car il y a toujours un accord de volontés à l'origine du trust, celui-ci est « essentiellement un contrat synallagmatique faisant naître des obligations respectives entre les parties et, éventuellement, des droits au profit des tiers » et qu'il doit donc produire « les effets voulus par les parties... seules des exigences particulièrement impératives de l'ordre public (pouvant) s'opposer à ce que les droits qui en résultent soient reconnus en France ».

Puisque le trust est perçu par les tribunaux comme un contrat licite tant qu'il ne heurte pas un ordre public impérieux, il ne reste plus alors, pour recevoir le trust en droit français, qu'à confronter les différents trusts avec l'ordre public français. Il s'ensuit les conséquences suivantes

— si le trust a pour objet une donation et interfère avec une dévolution successorale soumise à la loi française, ses effets ne seront remis en cause, comme le juge l'arrêt précité de la cour de Paris, que s'ils portent atteinte aux règles de la réserve héréditaire ; et si tel est le cas, la donation sera réduite selon les règles françaises<sup>79</sup> ;

— si le trust a pour objet d'isoler des fonds, ou des titres ou d'autres biens du patrimoine d'un débiteur pour garantir le paiement d'une dette en transférant lesdits biens à un tiers chargé d'apurer la dette, ce trust est licite : soit le transfert est définitif et il s'agit d'une *defeasance* dont Christian Larroumet a démontré qu'elle était recevable en droit français<sup>80</sup>, soit le transfert est temporaire, le bien devant revenir, après remboursement, chez le constituant et un arrêt de la cour de Reims<sup>81</sup> juge que ce transfert temporaire de propriété ne heurte pas l'ordre public ;

— si le trust a pour objet d'organiser la représentation et la défense des intérêts des porteurs d'un emprunt obligataire, il est alors pratiquement conforme à notre législation sur la masse des obligataires, le trust pouvant notamment produire à la procédure collective quand le peut aussi le représentant de la masse<sup>82</sup> ;

— si le trust a pour objet de transférer les droits de vote attachés à des actions en vue d'obtenir un vote bloqué, il constitue pratiquement une convention de vote, mais celle-ci est expressément licite dans les cas où elle est le plus utile, à savoir pour contrôler une société ou pour agir de concert en vue de mettre en œuvre une politique commune envers une société<sup>83</sup>.

78. GP 1970.1.313.

79. Pour un exemple, Cass. civ. 20 févr. 1996, *Bull.* I. n° 983 et sur renvoi CA Paris 7 avr. 1999, *D.* 1999. IR. 146 ; *RTD civ.* 1999.682 obs. J. Patarin.

80. Sur la réalisation d'une *defeasance* en droit français, *Mélanges Breton-Derrida* p. 193 s. Ch. Larroumet démontre que ce n'est que dans le cas du remboursement d'un emprunt obligataire comprenant une *clause pari passu* qu'il y aurait lieu soit de prévoir dans la clause d'éventualité d'une *defeasance*, soit constituer des sûretés équivalentes à celle résultant de la *defeasance* au profit des bénéficiaires de la clause.

81. CA Reims 14 mai 1996, *JCP* 1997. IV. 850.

82. Cf. Cass. com. 9 déc. 1969, *Bull.* IV. n° 373.

83. Voir les articles 355-1, alinéa 1 et 356-1-3, alinéa 1 de la loi sur les sociétés commerciales.

Même donc sur le terrain des trusts les différences entre la *common law* et la *civil law* ne sont pas absolument irréductibles. Partant, la *civil law* ne paraît pas affligée des infériorités qu'on lui prête communément. Si cette opinion est aussi répandue ne serait-ce pas plutôt parce que, conformément à la dénonciation de Robert Badinter déjà citée, ce sont les juristes de *civil law* qui, en se couvrant la tête de cendres, assurent la supériorité de la *common law* ? Et une croyance raisonnée dans les vertus de la *civil law* plutôt que l'antienne de ses infirmités ne serait-elle pas de nature à restaurer sa force concurrentielle et, par là-même, celle des juristes qui la servent ? Mais ce n'est plus là le débat des différences de la *common law* et de la *civil law*, mais celui des différences entre *common lawyers* et *civil lawyers*. Donc, le sujet peut être d'une autre conférence.