

# L'influence de la common law dans la pratique du droit, en France et dans l'Union européenne

David Gordon-Krief

Volume 32, numéro 1, 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1028062ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1028062ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gordon-Krief, D. (2002). L'influence de la common law dans la pratique du droit, en France et dans l'Union européenne. *Revue générale de droit*, 32(1), 141–153. <https://doi.org/10.7202/1028062ar>

Résumé de l'article

L'auteur présente comment le droit des affaires mondialisées se pratique en France. Dans ce pays, les affaires traitées dans le sans-frontières, au-delà de la stabilité et de la rigueur des principes généraux et abstraits de droit civil, dépaysent et décontenancent le juriste français, étranger aux cas particuliers que ne cesse de faire naître la mondialisation : il s'en remet aussi à la common law. En France, les transactions de l'ère mondialisée se traitent donc sous la direction d'avocats de common law, de Grande-Bretagne ou des États-Unis à l'aide des techniques de ce système de droit, maître du cas particulier.

---

# L'influence de la common law dans la pratique du droit, en France et dans l'Union européenne

DAVID GORDON-KRIEF

Avocat, Paris

## RÉSUMÉ

*L'auteur présente comment le droit des affaires mondialisées se pratique en France. Dans ce pays, les affaires traitées dans le sans-frontières, au-delà de la stabilité et de la rigueur des principes généraux et abstraits de droit civil, dépaysent et décontencent le juriste français, étranger aux cas particuliers que ne cesse de faire naître la mondialisation : il s'en remet aussi à la common law. En France, les transactions de l'ère mondialisée se traitent donc sous la direction d'avocats de common law, de Grande-Bretagne ou des États-Unis à l'aide des techniques de ce système de droit, maître du cas particulier.*

## ABSTRACT

*The author presents how international commercial law is practised in France. In fact, international commercial transactions confront the civil law trained lawyer, and force him to go beyond the stability and rigour of general and abstract principles of civil law. The French lawyer must adapt to this global context and acquire the knowledge required to compete in this international field since the transactions are generally processed through common law under the direction of common lawyers from Great Britain or the United States.*

---

**SOMMAIRE**

Introduction.....	142
I. Influence de la common law sur le droit civil en France et en Europe .....	144
A. Sur le plan du droit interne .....	144
B. Sur le plan du droit communautaire européen.....	144
II. L'influence de la common law sur la pratique du droit civil en France.....	145
A. Influence sur les techniques contractuelles .....	146
1. Remarques générales.....	146
2. Deuxième observation d'ordre général .....	147
3. L'influence de la pratique contractuelle de la common law en France .....	148
4. L'influence de la pratique anglo-saxonne sur l'exécution des contrats .....	150
5. Clauses de choix de juridiction et de loi applicable.....	150
B. Les causes de l'influence de la common law en droit commercial international.....	151
1. Rôle des avocats dans cette influence et influence sur le quotidien des avocats.....	151
Conclusion .....	152

---

**INTRODUCTION**

Lorsqu'il y a plusieurs mois, vous m'avez fait part de votre souhait d'organiser dans le cadre de l'Association des civilistes une conférence sur la coexistence du droit civil et de la common law à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, je vous ai immédiatement fait part de l'intérêt du Barreau de Paris sur ce sujet fondamental et de mon enthousiasme à participer à cette manifestation.

Lorsque vous m'avez invité à prendre la parole au nom du Barreau de Paris, j'en ai été profondément honoré et je tiens à vous en remercier sincèrement. Il faut avouer cepen-

dant qu'à la lecture du thème de mon intervention, j'ai eu quelques frissons : « L'influence de la common law dans la pratique du droit, en France et dans l'Union européenne ».

Dans un premier temps, j'ai cru qu'il s'agissait du sujet de toute la conférence. En fait, il s'agit de mon sujet. Alors imaginez mon émoi ! Un sujet aussi vaste mais concret, riche mais technique : en tout état de cause passionnant. D'où un deuxième merci à votre association pour me permettre d'évoquer avec vous aujourd'hui cette question qui nous concerne tous au plus haut point.

Mon sujet étant avant tout technique, je vais essayer de ne pas trop évoquer les grandes questions économiques et politiques que l'on a l'habitude d'entendre. Car beaucoup considèrent ce sujet comme relevant en réalité du dualisme créé par les tensions qui opposent d'une part le droit en tant qu'ensemble normatif et, d'autre part, l'économie des marchés qui crée ses propres moteurs de régulation.

Et quand on parle d'économie de marché, on pense inévitablement à la mondialisation et donc à la puissance anglo-saxonne qui, non seulement prendrait le pas sur notre économie, mais qui, selon certains annihilerait même notre droit civil en imposant ses normes au niveau international. Ce serait là prendre un raccourci à la fois simpliste mais aussi inexact, car la situation n'est pas aussi mauvaise qu'elle y paraît.

Et puis surtout, comme nous le verrons, non seulement elle n'est pas irréversible, mais il est possible que nous gagnions même du terrain sur le plan de l'exportation de notre droit civil. Le corollaire, étant cependant la place croissante de la technique, de la méthodologie de la common law.

Afin de rester « pratique » et « concret », il m'est apparu intéressant de scinder mon propos en deux grands chapitres. Dans un premier temps j'analyserai l'influence de la common law sur certains de nos droits et dans un second temps, je m'attarderai à l'influence de la common law sur notre pratique quotidienne. C'est ce dernier point qui, en réalité, est le point le plus important de mon propos car, comme nous le verrons, la common law n'a pas, à proprement parler, d'influence considérable sur notre droit interne.

## I. INFLUENCE DE LA COMMON LAW SUR LE DROIT CIVIL EN FRANCE ET EN EUROPE

Si l'on raisonne en termes d'influence directe de la common law sur nos sources de droit positif, le constat est que cette influence est relativement faible ou plutôt mitigée. En réalité, l'influence est plus sensible par rapport aux techniques de règlement des conflits mis en place par nos gouvernements.

### A. SUR LE PLAN DU DROIT INTERNE

Le premier exemple qui vient à l'esprit lorsque l'on cherche où la méthode inductive a pu avoir une certaine influence sur notre droit civil interne, c'est évidemment le droit administratif. Dans ce cas, la méthode inductive utilisée par les tribunaux et l'importance donnée aux précédents pourraient laisser croire que ce droit a été fortement emprunté à nos amis anglo-saxons. En réalité, il s'agit là d'une évolution tout à fait naturelle qui ne doit rien à la common law.

Le deuxième exemple qui me vient à l'esprit est l'influence de la common law sur notre droit public domanial. De manière surprenante, la vague d'investissements fonciers britanniques d'il y a quelques années s'est trouvée soudain freinée par nos concepts de domaine public inaccessible. Il a alors fallu amodier notre droit et une loi française de juillet 1994 est venue créer des droits réels librement cessibles sous la pression d'investisseurs anglo-saxons.

La troisième matière que l'on peut citer en exemple est celle du droit de la concurrence. Tous les concepts bien connus d'ententes abusives, de position dominante, semblent directement sortir de la common law. En réalité, je crois qu'on peut dire qu'à nouveau, ce sont plutôt les techniques, les méthodes de raisonnement que nous avons empruntées. Quant à ce même droit de la concurrence au niveau communautaire, il est clair qu'il est fortement inspiré des principes issus de la common law.

### B. SUR LE PLAN DU DROIT COMMUNAUTAIRE EUROPÉEN

En réalité, c'est au niveau du fonctionnement de ce droit que l'on peut voir le plus d'influence. Que ce soit en matière

de droit de la concurrence ou ailleurs, les techniques procédurales ont été clairement bouleversées au cours de ces dernières années.

On peut dire que l'envahissement des juristes britanniques depuis le début des années soixante-dix au sein des communautés européennes a eu une influence considérable tant sur le plan du fonctionnement intellectuel de nos « fonctionnaires » communautaires, que sur l'adoption des principes des précédents ou encore sur le fonctionnement des juridictions européennes.

Quand on compte les nombres de pays de common law au sein des pays de l'Union Européenne par rapport à ceux d'origine romano-germanique, on a du mal à croire que les règles de fonctionnement sont si proches de la common law. On pense notamment au Tribunal de première instance des Communautés européennes de Luxembourg et au Tribunal international de La Haye. Et pourtant, c'est bien le cas. Mais là encore, vous l'aurez compris, ce n'est pas tant le droit en tant que source positive, que norme, dont il s'agit, mais plutôt de traitement de ces droits par les juridictions ou les avocats.

À cet égard, deux techniques « judiciaires » se sont considérablement inspirées de la common law au cours de ces dernières années. Premièrement, l'arbitrage international bien sûr, avec évidemment le recours à la langue anglaise de façon systématique, mais surtout la technique de la *cross examination* et la possibilité donnée aux arbitres de ne pas systématiquement se référer aux codes. Deuxièmement, la médiation que le Canada connaît bien. En effet, cette dernière méthode de résolution des conflits est un exemple concret de l'influence de la common law sur l'exercice du droit en France. Que l'on soit en matière familiale, pénale, informatique ou commerciale, cette technique bien particulière prend une ampleur toute particulière. Venons-en maintenant à l'influence de la common law sur la *pratique* du droit en France.

## II. L'INFLUENCE DE LA COMMON LAW SUR LA PRATIQUE DU DROIT CIVIL EN FRANCE

Quand on aborde ce sujet qui est au cœur de notre problématique on constate qu'en réalité la common law a une

influence certaine, notamment en ce qui a trait à la méthodologie des techniques contractuelles et à l'organisation des cabinets d'avocats pour répondre à l'attente de la clientèle et conquérir de nouveaux marchés.

## A. INFLUENCE SUR LES TECHNIQUES CONTRACTUELLES

### 1. Remarques générales

On connaît l'importance des relations de la plupart des pays de l'Union européenne avec les pays hors de l'Union européenne et en particulier avec les États-Unis. Cette réalité économique se traduit nécessairement dans la pratique contractuelle puisque de très nombreuses entreprises ressortissantes de l'Union européenne, et en particulier françaises, sont amenées à négocier des contrats avec d'autres partenaires relevant du système de la common law.

Le principe des négociations contractuelles ayant pour objet de parvenir à un accord mutuel sur le contenu d'un contrat, les entreprises et les conseils sont très naturellement amenés à confronter non seulement leur vision de l'opération objet de la négociation, mais également leur culture qui englobe l'aspect juridique.

Il est un fait que la pratique de la common law a significativement influencé la pratique contractuelle du droit civil; même si en prenant le temps, il était assurément possible de trouver nombre d'exemples dans lesquels la pratique contractuelle du droit civil a pu influencer la pratique de la common law.

Une vision peut-être plus constructive que celle consistant à comparer l'importance de l'influence de la common law sur le droit civil ou inversement, pourrait consister à se demander tout simplement si les opérateurs et les praticiens du droit, au fil de la négociation et de la rédaction des contrats, n'ont pas, chacun dans leur système juridique respectif, identifié des points cruciaux, qui de ce fait, se retrouvent dans les deux systèmes, la raison n'étant pas nécessairement que l'un ait influencé l'autre, mais tout simplement que certains points sont essentiels.

Il vient tout de suite à l'esprit la notion de « force majeure » et les types de clauses qui sont déclinés sous cette notion, aussi bien dans le système de common law. Au surplus, cet exemple illustre bien la différence fondamentale entre les deux systèmes, puisque la « force majeure à la française » est définie dans le Code civil.

Pour autant, on trouve de longue date dans la pratique contractuelle du droit civil, un courant qui tend à étendre dans une clause contractuelle, la définition de « force majeure » à un champ plus large que la définition stricte prévue par le Code civil. Ceci illustre le fait que sur une même notion, « la force majeure » par-delà la différence fondamentale des deux systèmes juridiques de laquelle cette notion peut être issue, la rédaction contractuelle à la condition que les parties en soient d'accord, peut aboutir à une définition assez semblable.

## 2. Deuxième observation d'ordre général

Bien qu'à priori les contrats issus du droit romain, parce qu'ils reposent sur un droit écrit, n'ont pas besoin que leurs clauses en soient nécessairement très développées puisqu'à défaut de définition contractuelle, la loi peut y suppléer dans de nombreux cas, pourtant, certains types de contrats écrits dans un système juridique de droit romain tendent à devenir de plus en plus longs et complexes, à la manière anglo-saxonne. À première vue, on pourrait y voir une influence de la pratique de la common law, ce qui ne se justifie pas nécessairement en soi, dans la mesure où la common law a la particularité d'être un système juridique de droit non écrit, du moins en principe.

Pourtant, il existe peut-être une autre raison pour laquelle dans notre système juridique, certains contrats tendent à être de plus en plus complexes : c'est-à-dire lorsque des conventions, des contrats de coopération, de cession ou de *joint-venture* sont un mélange de plusieurs natures de contrats ou des contrats *sui generis* et que, de ce fait, leur rédaction nécessite des adaptations et des développements particuliers qui conduisent à une même contrainte : veiller à la précision de la rédaction contractuelle, la rendant de ce fait parfois longue et détaillée (exemple clauses B tiroirs).



En outre, il existe de nombreux exemples de matières récentes du droit et/ou de cas d'évolutions fréquentes de jurisprudence, ou de jurisprudence incertaine. À cela s'ajoute dans l'Union européenne, l'instabilité que cause parfois la nécessité de prendre en compte le droit européen. Il est aussi de plus en plus fréquent que certains contrats mettent en cause plus de deux parties, ou s'inscrivent dans une série de contrats en cascade.

Enfin, l'internationalisation des affaires est aussi une cause d'incertitude pour les parties en cause, que la rédaction des contrats cherche à limiter puisque bien souvent, on sait que la référence à la loi applicable aux contrats ne suffit pas et qu'il faut prendre en compte le jeu des conventions internationales auxquelles l'État de la loi applicable aura adhéré et qui s'appliqueront de manière obligatoire aux contrats, même si ces conventions internationales ne sont pas explicitement désignées dans le contrat.

Des dispositions locales d'ordre public et la jurisprudence locale en matière de conflits de loi peuvent aussi parfois augmenter encore l'incertitude du sens à donner à des nombreuses dispositions contractuelles et rendre nécessaire de veiller à leur précision.

### **3. L'influence de la pratique contractuelle de la common law en France**

L'influence de la pratique contractuelle de la common law sur la phase de pré-négociation contractuelle dans le droit civil se fait ressentir particulièrement dans les accords de confidentialité; les « *mémorandum of understanding* »; les « *letters of intent* » et la pratique de la « *due diligence* ».

L'influence de la pratique anglo-saxonne sur la structure des contrats de droit civil est présente dans de nombreux contrats rédigés sous le régime de la common law; en effet, on peut penser notamment aux points communs suivants: les définitions constituent généralement l'acte premier des contrats; la numérotation des articles (1, 1.1, 1.11) ou paragraphe i) ii)Y). Ceci s'explique peut-être par le fait que dans les systèmes de common law, le système de raisonnement est « inductif » alors que l'on considère généralement que le sys-

tème de raisonnement en droit civil est « déductif » et des clauses visent à faire évoluer le contrat ou à renégocier certaines de ses clauses (clauses de « *hardship* »).

Il semble que dans la culture et la pratique anglo-saxonne, il soit admis, voire même évident qu'un contrat puisse évoluer en particulier en matière commerciale, d'où la présence fréquente des clauses de *hardship* ou autres révisions contractuelles alors que le Code civil, dans notre système de droit romain, donne le ton lorsqu'il pose que le contrat tient lieu de loi entre les parties (articles 1134 du *Code civil français*).

En effet, une loi n'est guère flexible, même si dans notre système juridique, il est aussi de plus en plus fréquent qu'il existe des clauses de réexamen de certaines dispositions contractuelles, et c'est pourquoi la pratique de la *médiation conventionnelle* d'aval mais également d'amont a fait son entrée dans le monde des affaires, y compris en France.

Quant aux clauses de responsabilité : par-delà la différence des deux systèmes juridiques de common law et de droit civil, on sait que l'importance particulière attachée dans les contrats anglo-saxons aux procédures et à leurs coûts, ou aux interventions et conséquences des actions des tiers est aussi due aux systèmes judiciaires anglo-saxons eux-mêmes.

Pour autant, et nonobstant les inconvénients de ce système, l'évolution du consumérisme, l'évolution du système de responsabilité (voir par exemple la Directive communautaire relative aux produits défectueux qui rapproche le système de responsabilité européen du système anglo-saxon), ont fait évoluer le traitement de la question de la responsabilité dans les contrats, pas nécessairement uniquement sous l'influence anglo-saxonne, mais peut-être également à raison de faits uniquement générateurs locaux.

À cela, l'influence dans les pays de droit civil, du droit européen dont les approches et en tout cas la substance procèdent souvent d'un « esprit » anglo-saxon. L'exemple de la responsabilité du fait des produits défectueux est intéressant car il est issu, dans l'Union européenne, du besoin de protéger le consommateur, d'unifier et de compléter les législations nationales.

L'émergence du principe de précaution est une autre illustration d'un traitement planétaire et/ou d'une approche planétaire de certains thèmes, non pas sous l'influence d'un système juridique ou d'un pays en particulier, mais peut-être plus simplement en raison de la nécessité dictée par l'urgence des événements eux-mêmes, ou la gravité des questions en cause (santé, sécurité), qu'elles soient alimentaires ou qu'elles relèvent du domaine de la santé ou de l'environnement.

Il reste que, on le sait, (et là encore le principe de précaution est un bon exemple), le contenu donné à un principe planétaire, peut varier selon les différents systèmes juridiques. On sait à quel point par exemple les confrontations entre les États-Unis et la France à l'Organisation mondiale du commerce sont nombreuses; ou, même au sein de l'Union européenne, la France et l'Angleterre, voire même la France et la Commission européenne confèrent un contenu différent à la notion de risque potentiel.

#### **4. L'influence de la pratique anglo-saxonne sur l'exécution des contrats**

À raison encore une fois du caractère non écrit du système juridique de common law, on rencontre fréquemment dans les clauses de résiliation, une gradation dans les inexécutions contractuelles et les « *remedies* » et une distinction entre les obligations substantielles et non substantielles, l'inexécution de ces dernières n'entraînant pas automatiquement la résiliation mais une proposition de remèdes intermédiaires, tandis que les inexécutions d'obligations substantielles peuvent entraîner la résiliation du contrat en droit de l'informatique (anomalies bloquantes ou non).

#### **5. Clauses de choix de juridiction et de loi applicable**

Nous avons déjà abordé l'arbitrage un peu plus haut, mais je souhaiterais le réévoquer ici, car, alors même qu'il était peu fréquent de voir des contrats internes soumis à l'arbitrage, cette tendance anglo-saxonne est de plus en plus courante. Ceci s'applique également dans le cas de la médiation.

## **B. LES CAUSES DE L'INFLUENCE DE LA COMMON LAW EN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL**

Bref, nous avons vu que la principale influence de la common law se fait sentir à l'égard du droit des affaires internationales, mais on peut se demander comment cette influence a connu une telle importance? En réalité, on peut constater qu'il ne s'agit pas de grands courants doctrinaux mais plutôt d'importation de méthodes de traitement des dossiers et des clients par le biais des grands cabinets d'audit et d'avocats anglo-saxons.

### **1. Rôle des avocats dans cette influence et influence sur le quotidien des avocats**

En quelques mots, je voudrais attirer l'attention de l'auditoire sur l'importance du rôle des avocats dans ce processus d'intégration de nouvelles méthodes financières comptables, judiciaires ou autres dans notre exercice quotidien. La force du monde juridique anglo-saxon c'est d'avoir su exporter et imposer des méthodes, des normes qui s'appliquent même à des systèmes de droit civil.

Est-ce dû à l'éducation même des professionnels du droit anglo-saxon qui privilégie l'assimilation d'une technique pour acquérir une compétence pratique plutôt que l'apprentissage de théorie? Je ne pourrai pas être formel. Je constate cependant qu'en France ou en Europe, les plus gros dossiers sont traités par les cabinets anglo-saxons. En France, les conseillers du gouvernement français dans pratiquement toutes les privatisations ou grands projets sont quasi exclusivement des cabinets américains ou anglais. Et pourtant dans le plupart des cas, il s'agit d'appliquer le droit interne français.

Dans la pratique, ce droit international des affaires, qui est le premier consacré par cette question d'influence d'un système sur l'autre, est un enjeu économique fantastique et l'on peut voir depuis plusieurs années l'importance des actions menées par l'American Bar Association, notamment dans le cadre de leurs efforts pour obtenir la libéralisation des prestations juridiques au niveau mondial.

Certes, les avocats et les gouvernements de tradition civilistes, ou encore romano-germaniques ont du poids et leurs lois

servent de référence sur les trois quarts de la planète, mais le droit aussi est un enjeu économique et la puissance de feu des cabinets américains et britanniques a de quoi nous faire frémir. À titre d'exemple : regardons les implantations des cabinets anglais et américains dans tous les pays d'Europe ou émergents. Une autre illustration de ce phénomène : tout récemment, l'American Bar Association a envoyé 15 avocats américains à temps plein en ex-Yougoslavie pour aider à reconstruire le système juridique.

Or, il y a des signes encourageants, alors qu'il y a quelques années, les cabinets anglo-saxons essayaient d'imposer leur droit, maintenant ils embauchent des locaux pour pouvoir appliquer tous les droits et surtout travailler en droit des affaires internationales où il faut des juristes multi-systémiques. Alors, pourquoi faire appel à eux? Bien sûr, ils sont plus gros et plus présents dans le monde, mais c'est surtout à cause de leur *maîtrise des standards financiers internationaux, cette expertise qui rend ces choix si fréquents.*

## CONCLUSION

Ainsi, alors même qu'on aurait pu penser que l'accélération de la mondialisation des échanges et donc de l'interventionnisme de ces cabinets allaient entraîner une préhension plus forte de la common law sur nos droits, on constate que ceux-ci conservent fréquemment leurs places mais avec des méthodes de traitement différentes.

On constate par ailleurs comme l'avait expliqué monsieur Robert Badinter, il y a quelques années que la mondialisation a amené les juristes internationaux à élaborer au fil des années, un « *jus commune* » du monde international des affaires. Une sorte de droit international des affaires commun dont les juristes sont non seulement les praticiens mais aussi les auteurs.

Ainsi, les besoins contractuels internationaux entraînent la création de droits mixtes où la technique a presque plus d'importance que le fond du ou des droits. Et pour cet exercice, les mieux équipés seront sans aucun doute les vrais bijuristes tels que ceux formés à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Il est vraisemblable que dans les années qui arrivent, et en réalité déjà aujourd'hui, les bons praticiens des affaires internationales seront ceux formés dans les deux grands systèmes de droit et maîtrisant plusieurs langues. Madame Elizabeth Guigou, ministre de la Justice française, rappelait à l'occasion d'une récente conférence sur l'avenir des professions juridiques, la confiance qu'elle avait dans le droit civil.

Selon elle, il paraît évident que la mondialisation impose une régulation globale et que, quand vient l'heure de choisir le droit qui servira de base à cette régulation, c'est le droit civil qui l'emportera. En effet, au niveau international, il est illusoire de prétendre que l'on peut fonctionner sans lois codifiées car tout va désormais trop vite pour avoir le temps d'attendre des précédents.

À notre humble avis, il faudra distinguer entre le droit interne des États; et là, le droit civil a un atout de sécurité et d'immédiateté incomparable et; le droit des affaires internationales qui, sera un *patchwork* des meilleurs concepts (surtout avec l'ère du commerce électronique). Quant à la méthode pour traiter ou développer des droits, elle sera vraisemblablement empruntée à nos amis anglo-saxons. Mais le droit civil a encore de beaux jours devant lui!

David Gordon-Krief  
18, avenue Kléber  
75116 Paris  
France  
Courriel : [dgk@krief-gordon.com](mailto:dgk@krief-gordon.com)