

## **DROIT CIVIL – DROIT COUTUMIER (« COMMON LAW ») SCHEMA D'UN FACE A FACE.**

*On a envisagé de fusionner les deux droits qui coexistent à la surface du monde développé, le droit anglo-saxon et le droit continental de tradition romano-germanique. Puis, à une certaine époque, la Banque mondiale a pris position sur le dossier en soutenant que la common law était plus efficace que le droit continental sur le plan économique. Aujourd'hui, alors que les positions de la Banque mondiale sont contestées, une seule certitude demeure : les deux traditions juridiques reposent sur des supposés tellement différents les uns des autres que la fusion ou la disparition d'une des deux traditions est inenvisageable.*

Pendant plusieurs années, le grand rêve des juristes internationaux était de créer un droit unique pour les pays occidentaux qui aurait été le résultat d'une fusion du droit anglo-saxon, droit coutumier dit de *common law*, avec le droit continental, droit issu du droit romain tel que codifié au VI<sup>e</sup> siècle sous l'empereur byzantin Justinien. Comme le droit anglo-saxon a intégré des éléments issus d'une certaine manière du droit romain de référence, nous opposerons dans la suite de cet article le droit coutumier de la « *common law* » et ce que nous appellerons le droit continental. Dans la fusion de ces deux droits, chacun était censé apporter ce qu'il a de meilleur à l'autre.

Nous en sommes aujourd'hui au stade du désenchantement mutuel car les juristes sont allés au bout de ce qu'ils pouvaient faire. Et force est de constater que la fusion se révèle impossible. Pourquoi ?

Les juristes sont arrivés au point d'inversion, à la rencontre impossible entre d'un côté un système tourné vers l'individu dont la liberté ne s'arrête que quand elle provoque une plainte. De l'autre côté, un système radicalement contraire où les comportements ne peuvent se développer que dans un cadre légal imposé, la liberté dans ce cas s'exerçant par le biais de l'acceptation des conditions particulières prévues par la loi (ou dans les champs lacunaires que la loi ignore volontairement ou non).

En fait, fusionner aurait été possible si le droit n'était pas fondamentalement le reflet d'une culture.

### ***Droit coutumier de la « common law »***

Au risque de caricaturer, dans les pays anglo-saxons, la culture veut que chacun soit libre de faire ce que bon lui semble,...Et ensuite on voit ce qui se passe ! C'est seulement si quelqu'un se plaint du comportement d'un autre, ou se plaint d'un dommage subi qu'alors les situations sont examinées par la justice. Et à cette occasion, celle-ci procède en vérifiant:

- quelles sont les obligations convenues entre les parties ;
- si ces obligations ont été respectées ou non ;
- si le comportement de tel ou tel individu est fautif ou non ;
- s'il y a lieu à réparation ou non.

Bien sûr, dans les pays où domine la « *common law* », il existe des repères écrits, il existe quelques notions d'ordre public. Bien sûr, tout n'est pas permis, il existe des limites à ne pas

dépasser. Par exemple, dans le cas d'un contrat mal exécuté, nul n'est autorisé à tuer physiquement son co-contractant s'il est défaillant...ou s'il se plaint. Mais le cadre légal est peu contraignant. C'est ainsi que dans le droit anglo-saxon, il n'est jamais fait appel à la notion de « clause léonine ».

Conséquence, les contrats doivent tout prévoir y compris des éléments qui pour l'autre partie constituent ou devraient constituer une évidence (exemple : payer ce qui est dû). Résultat, en « *common law* », il n'est pas rare qu'un simple contrat puisse comporter 300 ou 400 pages, voire même beaucoup plus. Cela fait la fortune des juristes. C'est la richesse garantie pour les cabinets d'avocats qui se multiplient dans les pays de droit coutumier.

Il convient néanmoins de remarquer que dans les pays de « *common law* », il y a peu de plaignants. C'est que les procédures sont très coûteuses et de ce fait, peu ont les moyens d'agir en justice. C'est la loi du plus fort (ou plus précisément du plus riche) qui s'applique. La position dominante prévaut.

Pour contre-balancer ce déséquilibre, le système a généré des adaptations : c'est ainsi que les actions collectives (class actions) se multiplient, notamment aux Etats-Unis. En outre, en cas de succès, les compensations sont très conséquentes par comparaison avec le système d'« indemnisation » pratiqué dans le droit civil des pays de tradition romaine.

### ***Le droit continental romano-germanique***

Dans les pays de culture européenne continentale, la vie est codifiée et l'ordre public est considéré comme primordial. Les contrats sont matériellement très courts puisque les principes essentiels sont déjà écrits dans les textes légaux en vigueur. On peut presque se contenter, pour schématiser, de rédiger simplement les conditions particulières des contrats.

En France, il suffit par exemple d'employer le mot « vente » pour que s'appliquent, sans qu'il soit besoin de les retranscrire, les articles 1582 et suivants du Code civil, qui définissent les règles concernant les vices cachés ou la protection des consommateurs notamment.

Le droit écrit est bien plus simple et a ce grand avantage d'être moins onéreux que le droit coutumier de la « *common law* ».

La culture continentale se réfère à deux notions qui pour nous sont essentielles socialement. Ces deux notions limitent pour mieux la protéger la liberté. Ce sont :

- le principe de bonne foi ;
- le comportement de bonne mère ou de bon père de famille.

Ces deux notions s'appliquent dès les pourparlers engagés en vue de la conclusion d'un contrat.

Dans la culture anglo-saxonne, à l'opposé, c'est le principe de liberté totale qui prime. Cette approche correspond à l'acceptation voire à la défense de comportements individualistes qui poussent leurs intérêts à l'extrême. Le principe de bonne foi existe bien en « *common law* », mais seulement dans le cadre de la solution d'un litige judiciaire ou arbitral. Il n'est pas pris en compte en amont, au moment où le contrat se met en place.

### *Montée en puissance du droit coutumier de la « common law »*

Pour éclairer le débat, insistons bien sur la différence entre les deux approches : au sens latin des termes, le droit civil romain raisonne « a priori », la « *common law* » anglo-saxonne raisonne « a posteriori ». Autrement dit la protection des tiers est prédominante en droit civil; alors que le sacro-saint principe de liberté de l'individu prédomine en « *common law* ».

L'influence et l'expansion récentes du droit anglo-saxon en Europe ont eu pour effet d'alourdir les contraintes juridiques. Ce qui était un cadre légal pratique, un gain de temps et d'argent, est devenu un carcan. Ce carcan est d'autant plus pénalisant que personne ne s'occupe vraiment de sa cohérence.

Aujourd'hui, en Europe, de plus en plus, non seulement il faut respecter les cadres légaux qui s'imposent en amont (tendance au formalisme préventif conforme à l'esprit et à la logique du droit civil romain, gage de fiabilité), mais aussi courir le risque d'une sanction très lourde en aval. En effet, la tendance libertaire de la « *common law* » progresse, elle débouche certes encore rarement sur des procès et des sanctions mais, en cas de sanctions, les condamnations sont lourdes et destructrices.

S'il ne faut pas mésestimer l'intérêt dans un système purement capitaliste, c'est-à-dire économiquement libéral, notamment pour un pays qui démarre économiquement, d'un droit coutumier simple et peu contraignant comme la « *common law* », il convient néanmoins de réguler les rapports sociaux par le droit et la justice dès que les sociétés acquièrent un niveau de prospérité qui permet une redistribution des richesses propice à ce que nous pourrions, pour faire simple, appeler un développement durable. Et dans cette seconde phase du développement économique, le droit civil romano-germanique paraît plus judicieux.

En effet, une population civilisée a tout autant besoin d'une justice claire et rigoureusement exprimée que d'être nourrie et soignée. La Justice est aussi importante que l'éducation car on ne peut espérer donner une éducation efficiente en l'absence de modèles à montrer, et les modèles en question doivent bien fonctionner.

Il découle de ce raisonnement que le droit civil et une institution judiciaire développée et organisée, par essence, protègent le plus vulnérable, le plus faible ou le moins instruit tout en offrant une sécurité d'intérêt général.

L'opposition droit continental / droit coutumier « *common law* » s'exprime en pratique en premier lieu dans la conception du droit des affaires, notamment en ce qui concerne le droit des contrats. La « *common law* » présente l'inconvénient de son coût et d'une certaine imprévisibilité, dans les sociétés développées où le monde des affaires est multiple et divers, elle handicape également la pérennité des petites et moyennes entreprises et leur accès aux marchés porteurs. A laisser trop flou le cadre juridique, on arrive au résultat inverse de celui recherché qui est la défense de la liberté du commerce et de l'entreprise. On risque de se priver de pans entiers d'activités trop rapidement sacrifiées au développement de la chicane. On ne rend pas service non plus aux entreprises qui mènent le jeu multinational en les menaçant sans cesse de procès imprécis. Sans la contrainte du droit, on laisse en roue libre le jeu des multinationales, dans un contexte d'accélération des évolutions.

Ce jeu économique peu encadré correspond à un mécanisme systématique de destruction des partenaires/concurrents/ennemis dont le résultat est le suivant :

- 1) les richesses se concentrent entre des mains de moins en moins nombreuses ;
- 2) la disparition de partenaires, même ennemis, engendre un déséquilibre global néfaste pour tout le monde.

Certes, la culture du droit coutumier de la « *common law* » repose sur le fait que la nature et les lois du marché savent réguler finalement les phénomènes économiques.

Mais que dirait-on d'un médecin qui, en réponse à une demande de soins, répondrait à ses patients: « Je ne vous soigne pas, c'est inutile, il faut laisser faire la Nature, la sélection naturelle. Et si cela ne s'améliore pas, revenez plus tard, mais sachez qu'alors, cela vous coûtera très cher sans que je puisse vous apporter la certitude que je vous guérirai » !

**Béatrice CASTELLANE**  
**Avocate au Barreau de Paris MCO**  
**Membre du Conseil franco-britannique**  
**Section française ([www.conseilfrancobritannique.info](http://www.conseilfrancobritannique.info))**  
**23.11.07**



CONTINENTAL CIVIL LAW v ANGLO-SAXON COMMON LAW

THE TWAIN MAY MEET BUT NEVER MERGE

**By Béatrice CASTELLANE,  
Director of the Franco-British Lawyers Society,  
Member of the Franco-British Council (French Section),  
Avocat at the Paris Bar MCO**

*Article published by « SOCIÉTAL » January 2008 (n°59)*

*Directeur de la Rédaction : Monsieur Jean-Marc DANIEL, ancien élève de l'Ecole Polytechnique et professeur à l'Ecole Supérieure de Commerce de Paris*

CONTINENTAL CIVIL LAW v ANGLO-SAXON COMMON LAW  
THE TWAIN MAY MEET BUT NEVER MERGE

*There were plans to merge the two laws which exist in the developed world: the Anglo-Saxon common law and the continental Latin German civil law. The World Bank took the position that common law was more efficient than continental civil law for business.*

*However, today that position is being contested. Only one thing is sure: the two legal traditions are based on such different grounds that merging or suppressing one of them is absolutely unthinkable.*

If one considers continental civil law and the English common law for example, we can see that these are reflections or symbols of the different cultures of the French and the English.

There is the English desire for government with minimal interference in the life of the citizens as against the “paternalistic” attitude of the French government towards its people. This could be translated into the idea of “free market versus protectionism (in its broadest sense)”.

In civil law these differences manifest themselves where in England where judge-made law (plus statute law) dominates the courts whereas in France it is the “Code civil” (plus judge-made law) that holds sway.

So on one hand there is the constitutional system of “we can do what we want unless we break the law” against the Code that tells us what we can do.

This brings us to the question of whether it would be possible, or even beneficial, to somehow combine the two systems. And here we have to go back to the cultural thinking of the two countries. On one side the desire for freedom of the individual and on the other side, government working for the presumed benefit of all society. This does not mean that the British Government does not want to have a controlling influence over its citizens, but that the citizens do not wish to be so treated.

Perhaps we could look at a few examples of the two civil law systems to develop the argument.

If we look at contract law we see that the French codified system is all-encompassing and therefore the length of contracts are often much shorter than the English equivalent.

Because there is no aid from codes, English lawyers have to cover most elements of the law within the body of the contract. Although there are constraints in English contract law (Unfair Contract Terms Act and other statute law) they are in no way substitutes for the French system.

Consequently, English contracts include terms which French lawyers would consider obvious (implied); for example, paying the price.

In France, it's enough to use the word "sale" in order that article 1582 and others of the civil code apply. These articles define the rules regulating a sale (e.g. inherent defects).

Interestingly, in England, there are fewer plaintiffs pursuing court remedies than in France. The reason is that cases are more expensive. The processes in continental civil law cases allow for a quicker and simpler system and therefore shorter and cheaper. Perhaps another deterrent to go to court in England is the fact that the loser often has to pay the legal costs of the winner. Also frequently one pays the fees of both solicitor and barrister as opposed to one lawyer in France.

In order to balance the difficulties of going to court in England, the system has some solutions: legal aid and a "no win no fee" agreement and, for instance, some adaptations such as "class actions".

The continental culture refers to two notions which are socially essential to the European spirit. They limit freedom in order to better protect it. They are, in France :

The principle of « good faith »

The reference to the "correct behaviour of the good mother or the good father of the family".

These two notions are part of the fabric in the everyday lives of the citizens.

In Anglo-Saxon culture, on the other hand, the general idea is total freedom to act as one wants except where there is a breach of the law.

To continue in the same vein: in the sale and purchase of land the onus rests with the purchaser to seek information regarding the land and not for the seller to offer it. This contrasts with the French system where the onus lies with the seller.

In both cultures, the principle of “good faith” exists but for reasons given above, the act of good faith often comes from opposite directions because of the logic of each system. Nevertheless there is the concept by which a purchaser of goods must exercise the precaution of “buyers beware” (caveat emptor) excepting consumer protection law.

Recently, possibly because of mounting globalisation, the expansion of English/Anglo-Saxon law has infiltrated the business world of Continental Europe. With what effect? There are instances in France where companies are hampered by both systems, for often they are required to satisfy the demands of each.

Another interesting example of where the English - non codified – system prevails is in the developing countries. The need to progress at speed without restraints is paramount and therefore it is thought that the French system would slow this progress. There is much more emphasis put on the importance of the intentions of the contracting parties than following a prescribed set of rules.

In France, the rules (codes) are the reference and starting points of a transaction. From there, negotiations may ensue. Often, the rules elicit an initial negative reaction until a satisfactory solution is found. In the English psyche, however, the process is often a positive initial reaction: “I think we can do it. Is there any reason why we can’t? ”. The results are generally the same. It’s the thinking/culture/regulatory system which differentiates the two countries.

Another example is the setting up of a company in the two jurisdictions. In France, it can often be a lengthy and relatively expensive process to form a company, whereas in England it can be “cheap” and quick. However, because of the importance of the creditor, where an English company is put into receivership, that company is often swiftly wound up. In France, there is more consideration put on the health of the company and particularly its employees.

To expand this example, we could say that in England “the fewer rules the better” and for business to take care of itself. In France many more regulations exist to frame the deals.



In the DNA of the Anglo-Saxon, the market is the driver. In France, law is there for the protection not only of its businesses but ultimately of its citizens, however that may be achieved.

For several years, the dream of some international lawyers was to create a single law for western countries which would have been the result of merging Anglo-Saxon common law with continental civil law (coming from the “roman” law as it was codified in the 6<sup>th</sup> century under Justinian, Byzantine Emperor). But as we have seen from the foregoing text this is an unlikely scenario in the foreseeable future.

Béatrice CASTELLANE

Avocate at the Paris Bar MCO

Member of the Franco-British Council

French Section (<http://www.francobritishcouncil.org.uk>)

23.11.07