

## L'américanisation du droit Introduction

Bernard AUDIT

*Professeur à l'Université Paris II*

RÉSUMÉ. — Dans la mesure où l'on peut parler d'« américanisation » du droit, il s'agit d'un phénomène d'influence et non de réception. On peut attribuer à cette influence une plus grande considération du droit dans la vie publique ; et de nouvelles pratiques contractuelles dans la vie économique, conséquence de la plus grande souplesse de la *common law* face à des besoins nouveaux. Une influence s'est également fait sentir dans la pratique du droit du fait du dynamisme des praticiens américains en France. Mais l'approche civiliste reste fondamentale tant elle est liée à la méthode d'enseignement du droit.

Personne ne peut douter que ce colloque ne vienne à son heure et ne réponde à une préoccupation véritable, puisqu'il a eu au moins deux précédents au cours des huit derniers mois. On note que dans l'un d'eux, l'un des thèmes du programme était intitulé « L'efficacité comparée des systèmes de *common law* et de *civil law* », en anglais dans le texte : preuve indubitable – et intrinsèque – qu'il ne s'agit pas d'un phénomène imaginaire, puisque nous en sommes venus à utiliser l'anglais pour qualifier notre propre système juridique.

La source de cette préoccupation est au demeurant parfaitement connue. Chacun sait que nous sommes engagés dans un mouvement dit de mondialisation, dont l'initiative est due principalement aux États-Unis. L'aspect premier de ce mouvement est la libéralisation des échanges ; mais en raison du poids économique des États-Unis, il s'accompagne d'une forte influence culturelle, au sens le plus large du mot. En ce qui concerne le droit, cela se traduit au premier chef et directement par une implantation de pratiques américaines. Mais aussi par des phénomènes sociologiques plus vastes : une propension nouvelle à invoquer le droit et à recourir aux tribunaux. Devant les prétoires, précisément, l'influence américaine se manifeste de manière inattendue et pittoresque puisque, paraît-il, de nombreux justiciables s'adressent aujourd'hui au Président en l'appelant « Votre Honneur ». Ils s'étonnent également – mais ceci doit donner davantage à réfléchir – qu'il ne soit pas possible d'interroger librement les témoins et même les

parties, comme ils le voient faire à peu près chaque soir à la télévision (à vrai dire en matière pénale, mais la procédure civile américaine est, elle aussi, de type accusatoire).

Le droit comparé connaît bien le phénomène de la réception d'un droit. On ne manque jamais de citer dans les cours et les manuels l'exemple des Codes européens en Extrême Orient au début du XX<sup>e</sup> siècle, ou celui du droit suisse des obligations en Turquie. Mais le phénomène qui nous occupe aujourd'hui est très différent, à un double titre. D'une part, il ne s'agit que d'une influence, et dont la mesure reste au demeurant à prendre ; ce sera, espérons-le, un effet de ce colloque que d'y contribuer. D'autre part, cette influence n'a pas été recherchée : elle suscite chez beaucoup l'inquiétude, parfois l'hostilité. Vient-il à un magistrat de prétendre appliquer la loi à un élu que l'on entend crier au gouvernement des juges (expression qui évoque effectivement un épisode de l'histoire constitutionnelle américaine, mais qui n'a rien à voir avec ce que l'on prétend dénoncer). Un patient mal soigné envisage-t-il de demander réparation que l'on évoque les avocats chasseurs d'ambulances... Agiter ainsi le spectre d'une influence étrangère diabolique semble plutôt relever d'une crispation face à toute évolution. Sans doute existe-t-il des excès dans tous les domaines, mais nous en sommes sans doute bien loin en France où l'on devrait au contraire se réjouir de voir le droit mis en pratique et non maintenu en formules. Alors en particulier qu'il est devenu de mode dans la classe politique, depuis une quinzaine d'années, d'évoquer l'« État de droit », il ne paraît pas inutile de rappeler que sa première manifestation est la soumission des gouvernants au droit et qu'un Président des États-Unis fut il y a vingt-cinq ans – et à la stupéfaction des Français – acculé à la démission pour une « petite histoire » d'écoutes téléphoniques.

Y a-t-il cependant une véritable américanisation du droit en France ? Dans ce simple propos introductif, je voudrais évoquer quelques thèmes qui ne manqueront sans doute pas d'être développés au cours de ces deux jours. Abordant la question du plus haut, comme il sied dans un entretien placé sous les auspices de l'Association française de philosophie du droit, il convient de partir de la conception du droit. Mais de là procèdent deux autres aspects : la pratique du droit et le mode d'enseignement du droit.

Au départ, nous sommes en présence de deux modes de pensée radicalement différents : rationaliste d'un côté, empiriste de l'autre. Le droit civil, ou romaniste ou romano-germanique, dans la forme qu'il a prise au XIX<sup>e</sup> siècle, est un droit savant et déductif. Il entend procéder de principes généraux d'où se déduiront les solutions particulières. Les règles se situent donc souvent à un niveau élevé de généralité (voir l'art. 1382 c. civ.). Le reste ne relève plus que de l'application, dont on se soucie beaucoup moins que des principes : ce n'est tout simplement pas la partie noble du droit. Le juge lui-même est moins soucieux de justifier la solution qu'il rend par les caractéristiques du cas que de la rapporter à un principe supérieur. La concision est pour lui comme pour le législateur une forme de majesté, et la décision est rédigée d'une manière qui pourrait donner à penser que toute autre solution serait absurde. Le génie de la *common law* est au contraire de résoudre les difficultés les plus étroites d'une manière qui satisfasse le sentiment de la raison. Une solution étant apportée à une difficulté précise, elle ne sera reproduite dans une affaire voisine que s'il n'existe aucune raison de s'en départir ; si au contraire il en existe, on formulera une autre solution en s'expliquant longuement sur ce qui justifie cette distinction et l'on donnera naissance à une autre règle, tout aussi

étroite. Selon une formule célèbre du juge américain Holmes, « General propositions do not decide concrete cases ».

Tout cela est connu, mais il reste à expliquer pourquoi l'un de ces modes de pensée donne l'impression aujourd'hui de devoir l'emporter sur l'autre (ce qui n'est, en réalité, nullement certain, car alors que beaucoup de pays émergents cherchent à se doter d'institutions juridiques, le droit écrit est beaucoup plus facilement transplantable qu'un système de *common law* ; mais nous ne parlons ici que de la France). Il est possible que le droit écrit et le raisonnement déductif conviennent mieux à un monde stable, comme le fut celui du XIX<sup>e</sup> siècle ; tandis que l'approche de la *common law* serait mieux adaptée à un contexte de changement social permanent tel que nous le connaissons : en raison de l'approche inductive évoquée à l'instant, l'innovation est en quelque sorte naturelle à la *common law*, l'adaptation permanente son mode d'existence.

Ces propositions trouvent probablement une bonne illustration dans le droit des contrats. Un système de droit écrit et codifié comporte un droit supplétif important (en sus d'un certain nombre de règles impératives). Les principaux contrats, dits nommés, sont ainsi balisés. Cela se traduit chez les praticiens par une rédaction extrêmement concise, d'autant que le rédacteur, comme le juge, s'efforce parfois d'imiter le style du législateur (la formule même employée à l'art. 1134 al. 1<sup>er</sup> c. civ. y incite). On se repose donc sur un droit supplétif et des principes généraux ; et puisque la concision est une vertu, à quoi bon énoncer ce qui va sans dire ? Cette manière de pratiquer présente sans doute des avantages ; mais, fortifiant l'idée de subordination du contrat à une loi écrite et préexistante, elle ne prédispose pas à l'innovation. L'idée ne paraît pas tellement éloignée, chez les Français, que tout ce qui n'est pas expressément permis est défendu.

Le juriste de *common law* n'est pas ainsi bridé ou inhibé. Il ne peut en général compter ni sur un droit supplétif, ni sur le juge pour découvrir dans le contrat des obligations qui n'y figurent pas (telle qu'une obligation de sécurité). Cela se traduit par des excès tout aussi condamnables que la rédaction excessivement concise de nombreux contrats français, mais inverses, certains vocables étant répétés sous différentes formes jusqu'à épuisement du vocabulaire pour être bien certain qu'aucune équivoque ne subsiste quant à la portée des engagements assumés. Mais le fait est que cet environnement juridique a rendu le juriste de *common law* parfaitement à l'aise pour élaborer des contrats suscités par des biens ou des services nouveaux (par exemple, la licence de logiciel il y a une quinzaine d'années). Or l'infiltration de la *common law* se fait largement par le contrat. Il y a une trentaine d'années déjà, un professeur dont j'étais alors l'assistant me disait envisager de donner pour titre à son prochain cours de doctorat portant sur le droit des obligations : « les contrats en 'ing' ». Il visait par là le *leasing*, le *factoring*, le *franchising*, le *renting*, le *merchandising*, et d'autres... (ajouterai-je qu'il était beaucoup plus exaspéré qu'admiratif ?).

Confronté à l'un de ces nouveaux contrats, le civiliste cherchera à le rapporter à une figure connue en s'interrogeant aussitôt sur sa « nature juridique » (est-ce un bail, une vente, un prêt ?) : à la fois pour rechercher les règles supplétives susceptibles de s'y appliquer et pour se demander avec inquiétude si l'opération est licite. Il conclura souvent qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*, constatation souvent suivie de la remarque que le législateur devrait intervenir pour le réglementer ; par quoi l'on voit que l'on confond souvent – et naturellement à tort – vide législatif et vide juridique. Rien ne manifeste

mieux la différence d'état d'esprit du juriste français et du juriste de *common law* face à la loi que la rédaction d'une clause de droit applicable dans un contrat international : là où le Français écrit que le contrat sera *régi* par telle loi, soulignant la subordination du contrat à la loi, l'Américain écrit tout naturellement qu'il sera *interprété* selon telle loi, car pour lui le contrat est d'abord ce que les parties ont voulu qu'il soit.

Si l'on se tourne vers l'exercice des professions juridiques, le tableau est différent. D'une part, le rapprochement incontestable des pratiques françaises de celles en vigueur aux États-Unis est davantage consenti (efficacité oblige...) ; mais, d'autre part, il doit davantage à l'action de la Communauté européenne sur l'organisation des professions.

Sur ce plan institutionnel ou statutaire, la pratique française était marquée par la séparation du juridique et du judiciaire, ainsi que par un morcellement considérable des professions, l'une et l'autre inconnus du droit américain. Des progrès importants ont été accomplis depuis 1971, mais il reste encore à faire. Il existe peut-être malheureusement en France une propension à prêter un caractère nécessaire à des institutions qui ne sont que des vestiges de l'histoire : quiconque a eu un jour à exposer à un auditoire américain l'organisation judiciaire française et a dû expliquer ce qu'est un avoué d'appel ne peut qu'en être convaincu. Aux États-Unis, non seulement n'existe-t-il qu'une seule profession mais l'on ne sépare même pas l'avocat du juriste d'entreprise. Ce qui fait discussion à l'heure actuelle est la création de *Professional Partnerships*, que l'on peut qualifier de SCP pluridisciplinaires. Celles-ci associeront notamment avocats et experts-comptables, en vue de ce qui constitue le souci permanent des professionnels du droit : la plus grande efficacité à l'égard des clients.

Au-delà du statut professionnel, il existe une pénétration du mode américain qui s'est opérée à partir des années soixante, avec le développement des investissements américains en France. Les investisseurs recouraient à des cabinets américains, quelques-uns installés depuis longtemps, d'autres, en nombre croissant, ouvrant des bureaux à mesure des besoins. Comme il fallait à un certain stade recourir à des juristes français, ceux-ci ont pu découvrir une pratique professionnelle bien différente de celle ayant cours en France : cabinets tout à fait polyvalents, travail d'équipe, facturation des honoraires à l'heure – à des tarifs inimaginables en France à l'époque, mais liés à une disponibilité totale et à un service de première qualité. Ces cabinets ont recruté un nombre croissant de Français, à tel point qu'après un certain nombre d'années, le conquérant s'est trouvé d'une manière conquis, le nombre des associés français dépassant souvent celui des Américains ; mais le *modus operandi* est bien celui du cabinet d'origine et a exercé une influence considérable au-dehors. En particulier, beaucoup de jeunes avocats ont quitté ces cabinets après quelques années pour fonder le leur et ont ainsi répandu les méthodes acquises.

On ne constate absolument rien de semblable dans l'enseignement du droit. La constatation ici est simple : c'est celle d'une ruée vers les *law schools* américaines, qui n'est pas propre aux étudiants français car l'attraction est mondiale. Ces *law schools* n'en finissent pas d'ouvrir chaque année de nouvelles formations dites LL. M., pour répondre à la demande d'étudiants étrangers (d'autant que ceci est devenu pour elles une

source de revenus appréciable). Or ce n'est pas seulement la connaissance du droit américain qui justifie cet engouement ; c'est également l'organisation de l'enseignement. En quoi se distingue-t-elle de la nôtre ?

Tout d'abord, ce n'est pas un enseignement de masse (l'idée d'un amphithéâtre conçu pour recevoir plusieurs centaines d'étudiants fait sourire). L'enseignement ne descend pas du haut vers le bas, c'est un échange. Il n'est pas reçu de manière passive mais suppose un lourd travail préalable (à vrai dire, est-il permis de penser, beaucoup plus utile que le cours lui-même, dont on ne retire souvent pas grand-chose). Enfin et surtout, il ne fait pas appel à la mémoire, mais à la réflexion et au raisonnement, comme en témoigne la pratique usuelle des examens à livre ouvert (et même rédigés chez soi). Cette formation prépare donc parfaitement au monde réel, dans la mesure où le praticien de haut niveau se distingue par la capacité à traiter des situations qui n'entrent pas dans les schémas déjà connus : on l'a vu il y a un instant à propos des contrats.

Ce n'est pas, heureusement, que le système ne présente que des avantages. Le coût financier pour l'étudiant est énorme, et l'on me permettra d'oser affirmer qu'il ne reflète en rien une différence du même ordre, ou même approchante, dans la qualité des études. Le civiliste qui est amené à enseigner aux États-Unis peut également s'irriter à l'occasion d'être entraîné dans des discussions sur des questions qui pour lui sont réglées depuis plusieurs siècles. Mais aussi, il aura ainsi parfois l'occasion de remettre en question certains dogmes qu'il a reçus puis propagés. Un bon exemple – d'actualité dans le cadre d'un projet de convention universelle sur la compétence des tribunaux en matière civile et commerciale – est notre vieille règle de procédure *Actor sequitur forum rei*. Règle de droit naturel, enseigne-t-on aux étudiants français : ce n'est pas au défendeur de se déranger, par hypothèse il ne réclame rien. Présenter cette règle comme allant de soi à un auditoire pour lequel elle n'existe pas amène à prendre conscience que le demandeur n'est pas toujours un gêneur, un trouble-fête qu'il convient de décourager, et que la justice veut au contraire parfois qu'il puisse saisir un autre tribunal. Au demeurant, nous admettons nous mêmes de nombreuses exceptions à cette règle présentée comme fondamentale, ce qui met en relief le caractère très théorique de notre approche.

Par quoi l'on revient au fond : rationalisme et empirisme, dogmatisme et pragmatisme, droit écrit et pratique évolutive, tels sont je n'en doute pas des thèmes qui seront évoqués de manière récurrente au cours des travaux qui s'ouvrent.

Université Paris II  
12place du Panthéon  
75005 Paris