

« CHOISIR SON DROIT » : Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux

Rubrique : culture du droit ; droit comparé ; systèmes juridiques

Titre : Choisir son droit

Sous titre : Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux

Auteurs : Pascal Durand-Barthes, docteur en droit et François Lengart, docteur en droit.

Date : 11 juin 2012

Date de publication : 29 juin 2012

Abstract : Droit des contrats ; systèmes juridiques ; contrats internationaux ; pratiques ; droits applicables, *common law* ; droit continental ; concurrence ; comparaison

Résumé Alors que les deux tiers des pays du monde obéissent à un système juridique reposant sur les principes du droit écrit (qu'on appelle aussi *droit continental*, droit romano-germanique, ou encore chez les Anglo-saxons *Code Law* ou *Civil Law*), on constate que les rédacteurs des contrats internationaux les soumettent de plus en plus à un droit appartenant à des systèmes de *common law* (droit anglais ou droit d'un Etat nord-américain, en particulier celui de l'Etat de New York).

En 2011, la Fondation pour le Droit Continental et l'école HEC Paris se sont rapprochées pour réaliser sur ces thèmes une étude, dont ils nous livrent ici grâce à l'aimable autorisation de l'éditeur une sorte d'*executive summary*, qui ne dispense pas de la lecture de l'ouvrage (voir *NDLR*) mais donne une bonne idée des conclusions à tirer de cette emprise d'un droit finalement minoritaire.

L'enquête nous confirme d'abord le poids économique de l'ensemble de « l'industrie juridique » française, soit, selon l'INSEE, un chiffre d'affaires de l'ordre de 18 milliards d'euros pour l'ensemble des activités juridiques, qui correspond à environ 1% du PIB français.

Elle fait ensuite un point sur le choix du droit applicable dans les contrats relatifs aux grands projets internationaux et aux opérations de fusions et acquisitions ainsi qu'aux opérations financières et sur le regard que portent les praticiens français sur l'emprise de la *common law* sur ces contrats internationaux, son coût et son efficacité comparés avec le droit continental. Elle termine enfin sur des vues sur les vertus de l'arbitrage international.

On ne manquera évidemment pas de rapprocher cet article des conclusions du récent colloque de l'AFDD, consacré aux principes d'Unidroit, dont nous avons rendu compte dans les colonnes de notre revue.

English abstract : *that article resume a strong study from the French HEC commercial high school, which try to explore and explain usages about the ways of international contracts creating and writing, and specially some reasons about the current ascendancy of the common law habits.*

[*NDLR* : cet article est issu d'un intéressant ouvrage publié sous la direction des auteurs, dont nous précisons ci-dessous les références*. Cet article est publié avec l'aimable autorisation des Editions L'Harmattan.

* **Biblio** : *Choisir son droit* , sous la direction de Pascal Durand-Barthez et François Lengart ; Editions L'Harmattan, avec HEC Paris ; ISBN : 978-2-296-96070-1. 260 p. 27 €.

« CHOISIR SON DROIT » : Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux

Alors que les deux tiers des pays du monde ont un droit reposant sur les principes du droit civil (ce qu'on appelle plus généralement le « droit continental »), on constate que les contrats internationaux sont de plus en plus souvent soumis par leurs rédacteurs à un droit appartenant au système de la *common law* (droit anglais ou droit d'un Etat nord-américain).

L'étendue de ce phénomène, ses causes, ainsi que ses conséquences en matière d'impact économique sur la communauté du droit des affaires française, comme en matière de coût et de sécurité juridique pour les entreprises, sont mal connues.

En 2011, la Fondation pour le Droit Continental et HEC Paris se sont rapprochées et ont réalisé une étude sur ces thèmes, qui vient d'être publiée¹. Les étudiants du mastère spécialisé « Droit et Management International » dirigé par le professeur Lengart à HEC, répartis en huit groupes de travail, ont donc rassemblé la documentation disponible et interrogé une centaine de professionnels. Les principaux résultats de cette enquête sont résumés ci-dessous.

Le poids économique de « l'industrie juridique » française

Deux groupes de travail se sont efforcés d'évaluer le poids de « l'industrie juridique » française dans le produit intérieur brut, en essayant de distinguer particulièrement le droit des affaires, et d'effectuer une comparaison avec les données similaires des principaux pays industrialisés. Les informations disponibles auprès de l'INSEE font apparaître un chiffre d'affaires de l'ordre de 18 milliards d'euros pour l'ensemble des activités juridiques, ce qui correspond à environ 1% du produit intérieur brut français. On peut y ajouter les coûts en personnel du service public de la justice (hors administration pénitentiaire) qui représentent environ 2 milliards d'euros et l'activité des juristes d'entreprise, qui est approximativement du même volume : le total serait alors de 24 milliards d'euros, soit 1,26% du PIB. En formulant un certain nombre d'hypothèses, en recoupant cette information brute avec les données transmises par les organisations professionnelles et certaines publications spécialisées, on peut considérer que l'activité en matière de droit des affaires représente au moins 12,6 milliards d'euros, et probablement plus.

On est surtout frappé par le peu d'informations dont disposent les professions juridiques elles-mêmes sur le poids économique de leur activité. Cela contraste avec les pays anglo-saxons, où cette information est beaucoup mieux connue et exploitée par des professions qui représentent une part plus importante de l'activité nationale (1,8% du PIB au Royaume-Uni, 2,13% aux Etats-Unis). En revanche, le déficit d'information semble être le même dans les autres pays d'Europe continentale, comme par exemple l'Allemagne ou la Belgique.

Cette méconnaissance de l'atout économique que constitue la « filière droit » est aussi le fait des décideurs économiques et politiques. Elle explique pour une grande part l'insuffisance de leur mobilisation au plan international.

¹ *Choisir son droit : conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, sous la direction de P. Durand-Barthez et F. Lengart, Editions L'Harmattan, Coll. Entreprises et Management, 27 €.

Le choix du droit applicable dans les contrats relatifs aux grands projets internationaux et aux opérations de fusions et acquisitions

Cinq autres groupes de travail ont tenté de saisir la perception qu'ont les acteurs français du droit du commerce international – juristes d'entreprise et de banque, avocats spécialisés – de l'emprise de la *common law* sur les contrats internationaux, et de son coût et son efficacité comparés avec le droit continental.

Cette enquête a tout d'abord porté sur les grands types de contrats internationaux dans le domaine industriel ou *corporate* : ceux relatifs à la réalisation de grands projets (contrats de vente et entreprise, selon les qualifications juridiques du droit français) et ceux relatifs aux opérations de structure (dites de « fusions et acquisitions »).

Dans ces deux domaines, les réponses recueillies sont à peu près les mêmes :

- la clause de droit applicable, même si les juristes d'entreprise sont pleinement conscients de son importance, ne reçoit pas toujours l'attention qu'elle mérite dans la pratique des négociations ;
- on assiste à une progression indiscutable de la référence aux droits de *common law*, aidée par la domination de la langue anglaise dans la rédaction des contrats, même si les entreprises françaises restent attachées au choix d'un droit continental en raison de l'avantage que leur donne l'assurance que le contrat sera interprété selon un droit qu'elles connaissent mieux ;
- les conséquences juridiques du recours à l'un ou l'autre régime s'atténuent d'une part parce que les usages de rédaction contractuelle, fortement marqués par l'influence des praticiens de *common law*, s'orientent vers des textes longs et détaillés laissant moins de prise à l'interprétation, et d'autre part en raison du recours généralisé à l'arbitrage ;
- la préoccupation principale est d'éviter la référence à un droit ne bénéficiant pas de données suffisantes d'interprétation (jurisprudentielles ou autres), comme c'est le cas des droits des pays émergents ;
- les praticiens s'accordent à reconnaître que l'usage de la *common law* augmente les coûts d'établissement des contrats, en raison de la longueur des textes contractuels et du niveau plus élevé des honoraires des conseils ;
- il augmente aussi le coût des contentieux, en raison notamment de la procédure de *discovery* et pour la même raison liée aux honoraires des conseils ;
- sur la question de la sécurité juridique apportée par la référence aux deux systèmes, les avis sont partagés : la difficulté d'accès au droit anglo-saxon plus jurisprudentiel est reconnue, mais compensée par la méthode consistant à rechercher une prévision aussi détaillée que possible par le contrat lui-même des éventualités pouvant survenir lors de son exécution.

On notera en particulier que, sauf dans certains domaines tels que les travaux publics, les contrats-types établis par les organisations professionnelles internationales, qui sont généralement conçus dans une optique de *common law*, ne jouent pas un rôle décisif. Mais on sera plus étonné de constater que les praticiens recourent très peu à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, même pour les affaires qui s'y prêteraient manifestement. Il en est de même des principes UNIDROIT, dont le dernier colloque de l'A.F.D.D. a montré l'utilité.

Le choix du droit applicable dans les contrats relatifs aux opérations financières

L'enquête a aussi porté sur trois grands types de contrats dans le domaine financier : les financements de projets et d'actifs, les prêts syndiqués et les produits dérivés. Ici,

le paysage est assez différent. Il est marqué par une véritable domination de la *common law* : surtout le droit anglais, et aussi le droit de l'Etat de New York pour tous les contrats ayant une relation avec les Amériques.

Cette situation s'explique en grande partie par le recours généralisé à des contrats-types d'origine anglo-saxonne, en particulier les modèles fournis par la Loan Market Association (LMA) pour les contrats de prêts syndiqués et ceux de l'International Swaps and Derivative Association (ISDA) pour les produits dérivés. Les premiers sont conçus de manière à pouvoir faire référence à un droit continental, mais en pratique dès qu'on a affaire à un groupe international de prêteurs, le droit anglais est considéré comme incontournable. Les seconds ne prévoient que deux options : le droit anglais et le droit de l'Etat de New York, et ils se sont imposés dans toutes les opérations internationales de dérivés. Pourtant, il existe des alternatives comme le modèle de la Fédération des Banques Françaises (FBF) dont les praticiens s'accordent à reconnaître la qualité, mais qui semble n'être utilisé que sur les marchés domestiques des produits dérivés.

Les professionnels qui ont participé à l'enquête admettent que cette situation a les inconvénients en matière de coûts qui ont été relevés à propos des contrats « industriels » et *corporate*. Mais ils s'en accommodent, d'une part parce que la standardisation des textes sur la base des contrats-types réduit les possibilités de négociation et les divergences d'interprétation, et d'autre part en raison du faible nombre de contentieux : les difficultés se résolvent plus souvent par des restructurations que devant les tribunaux (l'arbitrage étant d'ailleurs peu utilisé dans le domaine financier).

L'arbitrage international

Enfin, un groupe de travail s'est consacré à l'arbitrage international. Son enquête faisait suite à une première étude à laquelle ce groupe a participé à la fin de 2010, portant sur une évaluation du chiffre d'affaires de la « communauté de l'arbitrage » à Paris (avocats, arbitres, prestataires de services annexes).

Ici, il s'agit de la détermination du droit de procédure qui vient compléter les dispositions généralement détaillées des règlements des centres d'arbitrage, ou des clauses contractuelles elles-mêmes. Ce choix de droit résulte le plus souvent de celui du siège de l'arbitrage, et il a pour principale conséquence la plus ou moins grande étendue de l'intervention du « juge d'appui », qui apporte son soutien à la procédure d'arbitrage, mais peut aussi interférer avec elle. C'est principalement cette considération qui oriente les préférences des spécialistes, quand la négociation de la clause leur est confiée, ce qui n'est pas toujours le cas. Le débat n'est donc pas tant entre *common law* et droit continental : les règlements des centres d'arbitrage traitent de l'essentiel des problèmes de procédure qui peuvent se poser, et ils empruntent largement aux deux systèmes juridiques, constituant en quelque sorte un droit « hybride ». La comparaison porte plutôt sur les mérites respectifs des juridictions en matière de protection de la procédure arbitrale. Le droit français, traditionnellement très accueillant à celle-ci et peu enclin à réduire la compétence des arbitres, est considéré aujourd'hui comme un des meilleurs du monde, notamment depuis la récente réforme du Code de Procédure Civile.

La principale constatation issue de ce rapport, qui n'a fait que défricher un terrain mal connu, est précisément l'insuffisance des données disponibles sur les conséquences du choix du droit applicable, et de la conscience qu'en ont les professionnels. Il paraît urgent de poursuivre l'action, et cinq directions sont suggérées :

- une vraie mesure chiffrée, pour le bénéfice des professions juridiques, du volume représenté par l'activité de droit des affaires ;
- une évaluation plus précise du coût respectif de la référence aux droits anglo-saxons et au droit français ou aux autres droits continentaux, pour le bénéfice des entreprises ;
- une mesure de la sécurité juridique offerte par les différents droits (cette action est en cours, sous la forme du projet d'Index de la Sécurité Juridique élaboré par la Fondation pour le Droit Continental) ;
- un inventaire précis des différences concrètes résultant du choix de la *common law* ou d'un droit continental face aux difficultés d'interprétation le plus couramment rencontrées dans l'exécution des contrats internationaux ;
- une participation plus active des organisations professionnelles françaises à l'élaboration de contrats-types internationaux adaptés ou adaptables au droit continental, susceptibles de s'inscrire dans un contexte de concurrence des systèmes de droit.

Ces actions devront s'accompagner d'une mobilisation accrue des pouvoirs publics pour exploiter le gisement méconnu que constitue la filière des services juridiques. Les Docteurs en Droit, dans la grande variété des positions professionnelles qu'ils occupent, doivent aussi se mobiliser.

Pascal Durand-Barthez, Docteur en droit et Sciences Po Paris, avocat, enseignant à HEC ;

François Lenglard, Docteur en droit et Sciences Po Paris, Professeur à HEC Paris.