

L'expérience des bureaux privés français

Élie Kleiman

Volume 32, Number 1, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1028055ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1028055ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Kleiman, É. (2002). L'expérience des bureaux privés français. *Revue générale de droit*, 32(1), 57–74. <https://doi.org/10.7202/1028055ar>

Article abstract

The ever changing world of corporate law and the hegemony of New York jurisdiction in contracts is not helping the civil law tradition to evolve in this field. However, it is up to the civilist lawyer to defend his legal system. In order to do so, he must master both legal traditions and incorporate civil law concepts that are adapted to the new global reality.

L'expérience des bureaux privés français

ÉLIE KLEIMAN¹

Avocat, Jeantet & Associés Avocats, New York – Paris

RÉSUMÉ

L'évolution rapide du droit des affaires et l'hégémonie de la juridiction de l'État de New York en droit corporatif n'aide en rien le maintien de la tradition civiliste dans ce domaine. Cependant, c'est au juriste civiliste de défendre son système juridique. Pour ce faire, une double formation juridique et la mise en pratique de cette coexistence sont vitales pour assurer l'application du droit civil dans le monde.

ABSTRACT

The ever changing world of corporate law and the hegemony of New York jurisdiction in contracts is not helping the civil law tradition to evolve in this field. However, it is up to the civilist lawyer to defend his legal system. In order to do so, he must master both legal traditions and incorporate civil law concepts that are adapted to the new global reality.

SOMMAIRE

Introduction.....	58
I. De quelques critiques faites au droit civil	60
A. La sécurité contractuelle.....	61
B. Insuffisance du régime applicable aux éléments mobiliers du patrimoine.....	64
C. Des contrats nommés inadaptés ou désuets.....	66

1. Le présent article est la version écrite d'une intervention faite par l'auteur sous les auspices de l'Association inter-parlementaire Canada-France à Ottawa le 10 mai 1999. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur.

II. La coexistence du droit civil et de la common law et le choix du droit applicable	67
A. Les fondements juridiques de la liberté du choix de la loi (rappels et considérations pratiques)	67
B. L'ordre public international et l'opportunité du « dépeçage » : l'exemple du « <i>leasing</i> » international	69
C. Les abus de la liberté du choix de la loi applicable : l'exemple de la distribution	72

INTRODUCTION

La question de la coexistence du droit civil et de la common law dans la pratique des contrats internationaux susceptibles de relever des deux systèmes est souvent l'occasion de « faire le procès » du droit civil. Or, les évolutions multiples du droit des affaires ont, en France, mis le *Code Napoléon* à rude épreuve et fortement sollicité l'interprétation des tribunaux. Notamment, la Constitution française n'ayant pas reconnu le rôle pourtant évidemment créateur de droit des tribunaux, tout juriste est tenu à un devoir de grande prudence avant d'effectuer un pronostic qui pourra parfois être fondé sur des dispositions datant de 1804 et une jurisprudence évolutive et dénuée de force réglementaire. Des réformes sont bien sûr nécessaires, mais à l'épreuve de la pratique du droit des affaires, aucun empêchement dirimant n'apparaît de nature à disqualifier le droit civil, dont l'ambition systématique est finalement rarement prise en défaut. Le problème de perception vient probablement moins de la conception de l'ouvrage que de l'application qui en est faite face aux grands enjeux de l'internationalisation de la vie des affaires, et ce sont donc surtout des questions de formation professionnelle qui viennent à l'esprit.

Il est devenu une évidence de remarquer que la mise en concurrence de la common law et du droit civil constitue l'une des conséquences de la mondialisation de l'économie. Ce phénomène induit des mutations profondes des mœurs capitalistes, dues à la pression des marchés. Les investisseurs institutionnels américains sont ainsi à l'origine de

courants réformistes importants en droit des sociétés cotées : la doctrine du *corporate governance* ou « gouvernement d'entreprise »² redéfinit en faveur de l'actionnaire les modes de direction des entreprises et la notion d'intérêt social. De plus, la concurrence qui oppose aux « boutiques » de droit des pays de tradition civiliste, les grands cabinets d'affaires anglo-américains désireux d'accompagner la croissance en taille de leurs principaux clients devenus ou en passe de devenir des opérateurs globaux, est un facteur de subsidiarité du droit civil dans les montages juridiques. Un très important marché du droit a déjà échappé pour l'essentiel au droit civil : c'est celui des grandes opérations financières décidées et mises en œuvre à Wall Street ou dans la City. Dominées par les investisseurs institutionnels et les financiers, ces opérations sont soumises au droit du marché, c'est-à-dire la loi de l'État de New York ou le droit anglais ; par le jeu combiné des clauses de choix du droit applicable et d'attribution de juridiction, le droit civil se trouve évincé et ne trouve à s'appliquer principalement qu'en raison de considérations d'ordre public. La part du droit civil est alors réduite à un contrôle de conformité à l'ordre public international lorsqu'un élément de l'opération touche le territoire d'un pays civiliste (par exemple un bien sur lequel est constituée une sûreté).

Néanmoins la concurrence que se livrent les cabinets d'avocats dits internationaux n'explique pas tout, car au fur et à mesure que les *lawyers* anglo-américains se consolident en pays civilistes, ceux-ci tendent à élargir leurs pratiques pour fournir un service complet, d'abord à leur clientèle internationale, puis aux opérateurs locaux. C'est l'application de l'adage-clé de la mondialisation « *think globally, act locally* ». Après l'implantation en France comme conseils juridiques d'un ou deux cabinets d'avocats américains dans la mouvance du plan Marshal, le début d'ouverture du capitalisme avec les privatisations et le « big bang financier » du milieu des années 1980 a engagé une tendance de fond pour les avocats américains et anglais qui sont devenus des généralistes en droit des

2. Voir notamment : MILLSTEIN et autres, *Le gouvernement d'entreprise*, Rapport OCDE, avril 1998 ; P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise », *Rev. Sociétés*, janv.-mars 1998.

affaires. Cette évolution s'est accélérée depuis le milieu des années 1990, au point que de plus en plus nombreux sont ceux qui reconnaissent aujourd'hui que l'avenir pour les avocats d'affaires français réside dans l'appartenance à une structure mondiale, dont le siège se situera le plus souvent à New York ou à Londres, à l'exception de quelques échoppes de droit dont le succès demeure attaché à la personnalité de leurs fondateurs charismatiques et à l'idiosyncrasie du capitalisme fermé. Les cabinets dits « globaux » revendent en France leur statut d'avocats et recrutent les meilleurs juristes de tradition civilistes pour se doter de la crédibilité indispensable à une reconnaissance auprès des acteurs économiques nationaux. Il est évidemment de l'intérêt même des juristes impliqués dans l'implantation et le développement des cabinets d'avocats d'affaires anglo-américains en France ou dans d'autres pays civilistes prétendant continuer de jouer un rôle fort dans l'économie mondiale, de défendre et promouvoir leur tradition juridique, sous peine de devenir à défaut de simples clerks dépêchés à la mise en œuvre locale de schémas dans l'élaboration desquels ils n'auront pas pris une part significative. Il ne suffit pas, en effet, de maîtriser l'anglais pour relever le défi. À n'en pas douter, l'avenir de la pratique du droit des affaires repose sur une double formation des juristes et une expérience pratique internationale.

Mais en l'état, c'est fort banalement des rapports de force économiques sous-jacents que dépend, selon le résultat de la négociation des parties à un contrat international à propos du choix de la loi applicable et du mode de règlement des différends, la nature de la coexistence des systèmes de common law et civilistes. De nombreux exemples traduisent une coexistence où la place du droit civil, souvent et parfois injustement critiqué (I), est celle d'un système en position de subsidiarité (II).

I. DE QUELQUES CRITIQUES FAITES AU DROIT CIVIL

Le droit civil est l'objet, de la part de certains juristes de common law, de critiques axées sur son caractère prétendument inadapté aux exigences des opérateurs du commerce international, qu'ils soient investisseurs financiers ou indus-

triels. L'on critique notamment l'absence de réponse satisfaisante du droit civil aux exigences de sécurité des transactions et prévisibilité des solutions. Les critiques avancées à l'effet d'illustrer cette proposition dénoncent souvent au moins trois types d'insuffisances concernant : la sécurité contractuelle (A); le régime du patrimoine mobilier, notamment les droits incorporels (B) et les contrats nommés (C).

A. LA SÉCURITÉ CONTRACTUELLE

La sécurité contractuelle est présentée comme plus relative en droit civil, où la doctrine de la force obligatoire des conventions est considérée par les détracteurs du droit civil comme moins rigoureuse que dans la sphère de la common law. La rédaction de l'article 1134, alinéa 1, du *Code civil* est pourtant l'expression de la maxime *pacta sunt servanda*, reconnue comme principe général du droit international : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Quelles sont, dans ce contexte, les critiques faites à la doctrine française de la force obligatoire des conventions?

L'on peut songer, d'abord, à certaines théories « émollientes » qui tendent à infléchir la rigueur de la chose convenue, telles que l'abus de droit, la dépendance économique, l'intérêt commun ou encore la bonne foi et l'équité. L'article 1134 ajoute, *in fine*, « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ». L'article 1135 du *Code civil* précise encore : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ces dispositions ont parfois reçu une interprétation extensive allant jusqu'à fonder une obligation de coopération entre les parties dans l'exécution du contrat, ainsi qu'une obligation de renseignement renforcée³. Quant aux exemples de l'abus de droit et de la dépendance économique, ceux-ci seront envisagés plus loin.

3. Voir notamment Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Paris, *L.G.D.J.*, 1989; et « La bonne foi dans les contrats », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, France, Litec, 1994.

La jurisprudence rendue par la Cour de cassation en matière d'exécution forcée de promesse unilatérale de vente illustre la réticence des juges français à contraindre à l'exécution le promettant qui se refuse à honorer sa signature. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que si le promettant a fait connaître au bénéficiaire de la promesse, avant l'exercice de l'option, sa volonté de ne plus vendre, l'acquéreur frustré du bien convoité n'est fondé à demander que des dommages-intérêts, et non la vente forcée⁴. Cette jurisprudence a été rendue dans des situations opposant des particuliers à l'occasion de ventes d'immeubles; mais rien ne permet, au plan des principes, de justifier l'exception à la force obligatoire des conventions qu'elle constate. Et cette jurisprudence est de nature à remettre en cause de nombreux montages de la vie des affaires qui reposent sur des promesses de vente : pactes d'actionnaires, conventions de portage, clauses de type « *buy or sell* » et autres « *put and call options* ». Certes, les magistrats ont sans doute voulu attirer l'attention du législateur sur la nécessité de légiférer pour protéger les particuliers trop vite engagés à vendre leur bien. Mais par la généralité de leur approche, ils portent pour l'instant à la sécurité des transactions et à la réputation du droit civil un coup très rude.

La matière de la réparation contractuelle offre, plus généralement, une illustration de la mauvaise réputation du droit civil, accusé de n'offrir pour tout remède à la partie victime d'une inexécution contractuelle qu'une réparation dite par équivalent, c'est-à-dire des dommages et intérêts, au lieu d'une réparation en nature du type « *specific performance* ». Il s'agit là d'une lecture très négative, mais persistante, des dispositions de l'article 1142 du *Code civil*. Celui-ci dispose : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Les éléments de réfutation ne manquent pourtant pas, qui devraient certainement permettre de reconsidérer cette critique : ainsi en recherchant la *ratio legis* de l'article 1142 du *Code civil*, l'on s'aperçoit que cet article vise surtout à

4. Cass. civ. 3, 15 décembre 1993, *J.C.P.* 1995, éd. G. II. 22366 et 26 juin 1996 (RJD, 7/96 n° 905).

assurer le respect de la règle de l'intangibilité de la personne humaine et de sa liberté. Rappelons qu'en 1867, la contrainte par corps en matière civile et commerciale fut abolie en France et que depuis, aucune coercition physique ne peut être mise en œuvre à l'encontre d'un débiteur défaillant pour le contraindre à s'exécuter. Mais est-ce à dire que la contrainte physique ne pouvant être employée pour forcer un débiteur à accomplir un acte ou à fournir une prestation, la sanction de l'inexécution ne peut être qu'indemnitaire? Ne faut-il pas davantage penser que l'article 1142 du *Code civil* n'interdit pas l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire dès lors que l'intégrité et la liberté physiques du débiteur sont hors de cause? Il est ainsi soutenu en doctrine que, sous réserve de l'exception tirée du respect de la personne physique⁵, « tout autre moyen de contrainte tendant à obtenir l'exécution forcée peut et même doit être mis en œuvre, si le créancier le requiert⁶ ». L'on pourrait donc soutenir que l'exécution forcée en nature est le principe et le versement de dommages-intérêts, l'exception. Les tribunaux français, dans le domaine du droit des affaires, vont en ce sens et n'hésitent pas, par exemple, à ordonner l'exécution d'une obligation de souscrire à une augmentation de capital⁷. D'autres moyens, contractuels ceux-là, peuvent être envisagés pour remédier à une éventuelle incertitude sur ce sujet (astreinte, clause pénale, dédit, convention de séquestre)⁸. En outre, la juridiction française des référés (juge de l'urgence) offre des remèdes tels qu'injonctions de faire et mesures d'interdiction, qui peuvent assurer la réalisation forcée d'une obligation, ou au moins garantir un *statu quo* pour le temps du procès.

La matière des contrats de distribution présente l'exemple topique de l'octroi de dommages-intérêts au distributeur en cas de résiliation par le fabricant, parfois au nom de la nécessité de rétablir une dépendance économique instaurée

5. C'est l'exemple classique de l'artiste qui ne peut être physiquement contraint d'exercer son art. Cependant, le principe de l'exécution forcée connaît une autre limite : la sécurité juridique des tiers. Nul n'imagine en effet que le sous-acquéreur soit contraint de restituer la chose acquise de bonne foi.

6. Simler, *Juris. Civ.*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 99.

7. Paris, 5^e Ch. C., 30 juin 1995, aff. Métaleurop.

8. Voir *infra* sur le problème de l'insaisissabilité de certaines catégories de débiteurs.

entre les parties ou simplement en considération de la durée de relations d'exclusivité. Le fondement de la condamnation sera le plus souvent la théorie de l'abus de droit, qui ouvre droit à réparation au profit du distributeur. L'on constate en pratique que le distributeur réclame une indemnité équivalente à sa perte de marge bénéficiaire sur une durée d'une ou deux années (parfois augmentée de coûts tels qu'efforts commerciaux et investissements perdus) et pourra parfois obtenir une mesure d'expertise afin d'établir son préjudice dès le commencement de la procédure (donc avant même que le caractère fautif de la rupture ait pu être discuté et *a fortiori* établi). Mais hormis les cas où une dépendance économique a été encouragée par le fabricant ou des circonstances fautives entourent la résiliation du contrat, le droit français n'offre pas en principe de fondement à une demande d'indemnité de clientèle (à l'exception bien sûr de l'agent commercial protégé par une directive communautaire et les textes nationaux pris pour son application⁹).

B. INSUFFISANCE DU RÉGIME APPLICABLE AUX ÉLÉMENTS MOBILIERS DU PATRIMOINE

La philosophie du *Code Napoléon* privilégie, comme sous l'ancien régime, la propriété immobilière (*res mobilis, res vilis*). Ainsi, il est souvent reproché au droit français de ne pas offrir de réponse adaptée aux échanges commerciaux portant sur des meubles incorporels, comme les titres sociaux ou les droits de créance.

La critique est parfois entendue en matière de cession d'entreprises. Il est vrai qu'en cas de cession de titres sociaux, le *Code civil* ne prévoit pas de garantie satisfaisante pour l'acquéreur; les vices du consentement traditionnels sont de peu de secours: l'erreur est inapplicable car l'erreur sur la valeur ne constitue pas un vice du consentement protégé et le dol, erreur provoquée par dissimulation intentionnelle, est fort difficile à mettre en œuvre en raison de la charge et du régime de la preuve. Et les garanties qu'offre le *Code civil* en

9. Directive européenne, n° 86/653 du 18 décembre 1986 et *Loi n° 91-593 du 25 juin 1991*.

matière de vente sont inapplicables (garantie contre les vices cachés) ou insuffisantes (garantie contre l'éviction). En cas de cession de fonds de commerce, la réglementation est perçue comme imposant un formalisme qui n'est pas toujours compris. La critique est sévère, et du reste justifiée, pour un droit dont l'ambition est de proposer un ensemble de règles générales exposées de façon systématique et permettant d'apporter des réponses individuelles adaptées aux réalités sociales et économiques.

La réalité de la pratique contractuelle, en matière de cessions de titres sociaux, qui constitue la forme la plus fréquemment adoptée pour céder le contrôle ou une participation minoritaire au sein d'une entreprise, démontre l'adoption de modèles de rédaction qui sont peu ou prou calqués sur des formules anglo-américaines. Il est ainsi devenu banal de constater l'emprunt de formes contractuelles de la common law alors même que le droit civil régit la relation des parties. Le phénomène tient, pour une part, de la globalisation des modes, y compris juridiques, sous l'influence de la pensée et du marketing unique¹⁰. Reproduisant l'habitude instaurée avec le jargon financier, le vernaculaire juridique des avocats d'affaires de tradition civiliste transpose ici, sans beaucoup de recul, les « *due diligence* », « *représentations and warranties* », « *earn out* », « *buy or sell* », « *closing* », etc. vus dans les contrats rédigés par les juristes de common law. Mais plus sérieusement, il faut reconnaître et accepter le véritable besoin des opérateurs internationaux de se doter d'instruments contractuels dont la rédaction aura l'ambition, en anticipant le plus grand nombre possible de situations, de prévenir efficacement les litiges. Or, en l'absence d'une telle tradition dans les pays de droit écrit, le juriste de droit civil a trouvé dans les méthodes de travail des avocats formés dans la tradition du droit coutumier une école rigoureuse de rédaction contractuelle. Néanmoins, le contrat est soumis sur le fond au droit civil : le consensus de la pratique est de soumettre le contrat à

10. Certaines marques bien connues font l'objet d'une présentation et d'une communication unique dans le monde entier; de même, certains magistrats français confient que de jeunes avocats stagiaires croient devoir interrompre leurs contradicteurs en s'exclamant : *objection!*, dans la pure tradition du système contradictoire américain revu et popularisé par les cinéastes hollywoodiens.

la loi du siège de la société dont les titres sont cédés; en d'autres termes, l'on désigne par exemple le droit français pour régir la vente d'une participation en capital au sein d'une société dont le siège est en France. L'aptitude du droit civil à appréhender, sans dénaturation ni perte d'efficacité, des formes ou pratiques contractuelles nées dans les pays du common law démontre bien la souplesse qui le caractérise.

C. DES CONTRATS NOMMÉS INADAPTÉS OU DÉSUETS

La critique n'épargne pas les contrats essentiels aux échanges commerciaux, qu'ils portent sur le transfert de biens, la prestation de services ou la circulation de créances.

La *Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* traduit un mouvement d'unification du droit à propos duquel on a remarqué des emprunts à la tradition de la common law (notamment par l'introduction, pour l'appréciation du comportement commercial, d'un critère de raison, ou encore la place faite à la théorie du « *promissory estoppel* »). L'on pourrait toutefois remarquer qu'en matière de vente commerciale, la jurisprudence des tribunaux de commerce français reconnaissait de longue date, même en commerce interne, la nécessité de tenir compte de principes pragmatiques tels que la référence aux usages de place et au comportement des parties¹¹.

Dans un domaine voisin, le contrat d'entreprise (« louage d'ouvrage ») est devenu, face au développement considérable de l'activité de services, une catégorie « fourre-tout » dont les règles écrites ne rendent plus compte des diverses applications. Il en résulte un rôle accru de la jurisprudence et du débat judiciaire, par exemple en matière de contrats de développement de logiciels.

Les opérations financières sont souvent freinées par un régime de la cession de créances quelque peu désuet et d'un formalisme onéreux et, véritable manque législatif, par l'absence, en France, d'équivalent au « *trust* », la fiducie ayant

11. Voir G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome 2, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., 1986, n° 2482 et s.

toujours achoppé sur des considérations fiscales, davantage que sur la théorie de l'unicité du patrimoine.

L'on peut déduire des observations précédentes que la coexistence des systèmes de droit civil et de common law dans la pratique des contrats internationaux va prendre la forme d'une cohabitation parfois teintée de subsidiarité du droit civil. L'instrument de cette subsidiarité est la clause de choix du droit applicable, combinée avec la clause attributive de compétence.

II. LA COEXISTENCE DU DROIT CIVIL ET DE LA COMMON LAW ET LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE

Il faut rappeler brièvement les fondements positifs du principe de liberté du choix de la loi applicable à un contrat international (A); lorsque l'exercice de cette liberté se traduit par l'éviction d'un système civiliste, la place du droit civil est réduite aux considérations tenant à l'ordre public local ou traduisant l'avantage spécial qui peut être tiré de l'adoption d'une institution du droit civil selon la technique dite du « dépeçage » (B). Mais dans son exercice, la liberté de choix de la loi du contrat peut être asymptote au « *forum shopping* » (C).

A. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA LIBERTÉ DU CHOIX DE LA LOI (RAPPELS ET CONSIDÉRATIONS PRATIQUES)

La *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* traduit, en Europe, un mouvement plus général d'unification du droit international privé. Le principe de liberté du choix de la loi du contrat est posé par l'article 3 de cette Convention, devenue dans les États l'ayant ratifiée le droit international privé des contrats uniforme et appliqué sans condition de réciprocité : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. [...] Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. » La faculté reconnue par cette dernière disposition, qui permet expressément la soumission du contrat à différents droits, est connue sous l'expression de « dépeçage ». Il doit être relevé que si, à défaut de choix exprès ou tacite effectué par les parties, la Convention de

Rome préconise une localisation objective du rapport juridique par la recherche de son lien le plus étroit avec la loi des pays pertinents au regard des circonstances de la cause, lorsque les parties ont exprimé un choix, ce choix est en revanche totalement libre et ne peut en principe être soumis à des exigences tenant à la réalité de la localisation de leur relation.

Les principales exceptions à la liberté de principe posée par la Convention de Rome relèvent de l'ordre public : application, malgré le choix fait par les parties d'une loi étrangère, des dispositions dites « lois de police » réservées par l'article 7 de la Convention de Rome (c'est-à-dire les règles qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi choisie); et exception d'ordre public international proprement dite, qui se traduit par l'éviction de la loi choisie en cas « d'incompatibilité manifeste » entre la solution promue par cette dernière et la loi du for (article 16 de la Convention de Rome).

Le plus souvent, les opérateurs du commerce international tirent avantage de la grande liberté contractuelle qui leur est conférée par la Convention de Rome. Il est donc rare qu'un contrat international conclu entre des opérateurs importants, au surplus assistés de conseils, laissent sans réponse la question du choix de la loi applicable. La question du choix peut être l'expression pure et simple de la domination économique d'une partie sur l'autre. Le choix de la loi peut également être teinté de considérations autres, telles que la volonté d'application de la loi la mieux adaptée à l'économie de l'opération; ou encore la recherche d'une loi tierce, réputée neutre. Ce choix pose aussi aux opérateurs le problème de se soumettre à un droit étranger généralement peu connu, source de coûts et d'incertitude face à l'attitude des juridictions locales (avec pour leurs conseils, quelques considérations d'opportunité). La question est en effet d'autant plus délicate qu'elle s'accompagne le plus souvent d'une attribution de compétence juridictionnelle. Si, traditionnellement, la dissociation des compétences législative et juridictionnelle est admise en droit international privé français, il faut reconnaître qu'il est difficile d'envisager, sans ressentir une certaine gêne, de plaider l'application de la common law devant un juge français. Certes, la recevabilité de la preuve du contenu du droit étranger par voie de certificats de coutume

permet de donner réalité au principe de dissociation des compétences. Mais l'on sait d'expérience que les débats risquent fort de prendre une tournure de bataille d'avis d'experts contraires; et l'on ne saurait exclure que le juge, confronté à pareille éventualité, ne cède à la tentation d'appliquer le droit français, car la Cour de cassation ne contrôle pas la dénatura-tion du droit étranger.

C'est pourquoi le recours à une clause d'arbitrage peut parfois dénouer le blocage des négociations sur le droit applicable. Il est en effet reconnu que, confrontés à la question de la détermination de la loi du contrat, les arbitres internationaux pourront avoir le souci d'adopter une approche moins nationaliste qu'un juge étatique et faire preuve d'une flexibilité marquée de sens pratique au regard des méthodes concurrentes du règlement des conflits de lois¹².

B. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET L'OPPORTUNITÉ DU « DÉPEÇAGE » : L'EXEMPLE DU « LEASING » INTERNATIONAL

L'opération dite « *lease in-lease out* » ou encore « L.I.-L.O. » pourrait se traduire en français par l'expression « Bail Aller-Bail Retour ». Cette opération, soumise pour l'essentiel au droit de l'État de New York, implique généralement la location de biens immobiliers ou d'équipements (par exemple des infrastructures routières, des chemins de fer, ou encore des rames de train) par leur propriétaire (un État européen ou un établissement public sous sa dépendance), à un *trust* constitué et financé par des institutions bancaires, lequel, simultanément, loue le bien en retour à son propriétaire. L'intérêt de l'opération est essentiellement fiscal : de nombreux fiscalistes américains estiment qu'il est permis de considérer que le *trust*, en vertu du bail-aller par lequel il prend les biens en location, est titulaire conformément au droit de l'État de New York, d'un droit possessoire (« *possessory right* ») assimilable à un quasi-droit réel, lui ouvrant le bénéfice de conditions d'amortissement fiscal optimales.

12. B. GOLDMAN, P. FOUCHARD, E. GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n° 1537 et s.

Quelle est la place pour le droit civil dans un schéma de cette nature? L'on raisonnera en prenant l'exemple d'un bien (une rame de train) appartenant à un établissement public français.

Tout d'abord le droit français va revendiquer son application au titre de l'ordre public. Nonobstant la soumission de l'ensemble contractuel au droit de l'État de New York, au moins deux problématiques viennent à l'esprit, qui illustrent l'intervention de principes de droit administratif français suffisamment ancrés dans les mœurs juridiques pour avoir rang de règles d'ordre public international ou de règles de police. Le premier principe est celui de l'inaliénabilité du domaine public, avec la question en découlant de savoir si le bien loué appartient au domaine public; or, la réponse à cette question dépend d'une casuistique délicate. L'immunité d'exécution des établissements publics français est le second principe, en vertu duquel les biens de ces établissements sont placés hors de l'atteinte des voies d'exécution du droit privé. C'est ainsi que l'une des difficultés dans le schéma dit L.I.-L.O. est de s'assurer qu'en cas de manquement de la part de l'établissement public à ses obligations de paiement des loyers dus au *trust* en exécution du bail-retour, le *trust* pourra, s'il le souhaite, exiger l'exécution forcée du bail-aller (ce qui implique la délivrance physique du bien objet du bail). La question est d'importance, car elle conditionne partiellement la qualification du droit possessoire, dont le *trust* doit pouvoir justifier afin de revendiquer les avantages fiscaux recherchés. Or, le principe d'insaisissabilité rend très difficile de concevoir contre un établissement public une mesure d'exécution forcée de la nature de celles que le droit français organise, avec efficacité, à l'encontre de débiteurs privés. Cette contrainte pourrait, en outre, faire échec à la possibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation de délivrance de la chose louée. S'agissant en effet d'une obligation de faire, l'établissement public pourrait invoquer en France avec des chances raisonnables de succès les dispositions de l'article 1142 du *Code civil* évoquées plus haut pour se retrancher derrière l'octroi de simples dommages-intérêts; le préjudice subi par son cocontractant restera encore à démontrer. Si le contentieux était porté devant un juge américain, il n'est pas certain

qu'un jugement rendu par un tribunal de l'État de New York ordonnant la délivrance des biens loués serait reconnu en France. En effet, la contrariété au principe d'ordre public international évoqué pourrait être soulevée devant le juge de l'*exequatur*. Et la renonciation par avance à invoquer une telle cause de refus de reconnaissance internationale serait certainement tenue pour inefficace.

Les obstacles passés en revue, tirés de règles impératives du droit administratif français, sont de nature, s'ils ne sont pas prudemment analysés, à remettre en cause l'efficacité des objectifs poursuivis par les promoteurs de l'opération. Est-ce à dire qu'il n'y a pas de solution? Tout au contraire, l'expérience prouve que souvent le droit français comporte les éléments de la résolution du problème.

La soumission volontaire à la compétence du droit et des tribunaux français d'une partie de l'opération peut, en effet, apporter une solution. Il y a là une application intéressante de la faculté dite de « dépeçage » évoquée plus haut. Ainsi, pourrait être prévu, en cas de refus de la part de l'établissement français de délivrer la chose louée, le paiement d'une somme d'un montant dissuasif prévue dans une clause pénale soumise au droit français et à la compétence juridictionnelle du juge français. La validité de principe d'une clause pénale est en effet reconnue en droit français. Elle est définie comme une clause aménageant contractuellement des dommages-intérêts préalablement liquidés. Quel est l'intérêt d'un détour par le droit français? L'on oppose en effet généralement que la clause pénale est susceptible de révision à la baisse ou à la hausse selon que son montant est estimé « manifestement excessif ou dérisoire », par application des dispositions de l'article 1152 du *Code civil*. Mais le risque d'une révision de la cause pénale par un juge français laisse néanmoins subsister la perspective d'une indemnisation qui sera fixée au moins à due concurrence de la réalité du préjudice. Et les éléments d'appréciation du préjudice, surtout lorsque celui-ci est complexe, peuvent être valablement déterminés dans la convention des parties. Au total, le risque d'une réduction éventuelle de la clause pénale semble devoir être préféré au risque de refus pur et simple de reconnaissance en France d'un jugement étranger qui condamnerait la partie française au paiement d'une clause

pénale si son montant était jugé manifestement excessif et, partant, contraire à l'ordre public international. En effet dans ce dernier cas, le juge français de l'*exequatur* serait dépourvu du pouvoir de réduction de la clause pénale et sa décision serait sans nuance.

Les opérations de L.I.-L.O. fournissent un autre exemple de « dépeçage » de la loi applicable, toujours en matière de sûreté de la bonne exécution des obligations de la partie française. C'est ainsi que si le *trust* se libère du paiement de l'intégralité des loyers qu'il doit en exécution du bail-aller, le paiement par l'établissement public des loyers dus en vertu du bail-retour est échelonné dans le temps. Il est donc nécessaire de garantir la bonne exécution de l'obligation de paiement de ces loyers. Or, un établissement public ne peut, en principe, conférer de garantie réelle sur ses biens. La solution peut être trouvée dans la mise en place d'une délégation soumise au droit français : les fonds versés par le *trust* au titre des loyers-aller sont séquestrés entre les mains d'une banque qui les perçoit pour le compte de l'établissement public; l'établissement public délègue alors la banque pour le paiement au *trust* des loyers-retour selon l'échéancier contractuel.

C. LES ABUS DE LA LIBERTÉ DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE : L'EXEMPLE DE LA DISTRIBUTION

Souvent le fabricant américain désireux de commercialiser ses produits en France par le truchement d'un contrat de distribution conclu avec un distributeur indépendant prétendra échapper à l'application du droit français au contrat de distribution, au bénéfice de son droit national. On l'a dit, si le droit français n'offre pas en principe de fondement à une demande d'indemnité de clientèle au profit du distributeur, hormis le cas de l'agent commercial, certaines situations de fait exceptionnelles peuvent donner matière à indemnité compte tenu des circonstances qui entourent la résiliation d'un contrat de distribution exclusive. Il reste que l'application de la common law à un contrat de concession de vente s'exécutant en France a de quoi étonner, compte tenu très souvent de la localisation en France de la quasi-totalité des points de contact pertinents (efforts de prospection et publi-

cité, émission des commandes d'approvisionnement, livraison FOB, paiements réputés quérables, ventes et livraison des clients). De plus, le choix du droit du concédant est le plus fréquemment accompagné d'une clause d'élection de for exclusive en faveur des tribunaux du concédant ou d'une clause d'arbitrage AAA, avec pour résultat que le distributeur français sera contraint en cas de différend de plaider aux États-Unis, et d'en supporter le coût et l'inconfort. C'est dire qu'en pratique, même en présence de circonstances particulières pouvant permettre au distributeur de saisir en France la juridiction des référés d'une demande de mesures provisoires ou conservatoires urgentes, ou d'exercer des moyens de pression purement commerciaux, le distributeur sera clairement en situation de faiblesse en cas de litige. L'arbitrage n'offre en la matière pas de vraie solution, d'autres problématiques entrant alors en ligne de compte, comme la localisation du siège de l'arbitrage et le mode de sélection des arbitres, ou tout simplement le coût dissuasif pour le distributeur de certaines procédures d'arbitrage institutionnel.

L'utilisation combinée des conventions d'élection de loi applicable et de compétence juridictionnelle peut s'apparenter au « *forum shopping* » en matière de représentation commerciale. Le problème pour un fabricant dont le droit interne ignore la protection de l'agent commercial est d'échapper à l'application de l'indemnité de clientèle de fin de contrat, lorsqu'il contracte avec un agent commercial implanté en Europe, y compris au Royaume-Uni. La tentation est ainsi d'imposer à l'agent commercial la signature d'un contrat désignant à titre exclusif la compétence du droit et des tribunaux du for du mandant. À défaut de règles de conflit en vigueur dans le for du mandant¹³ permettant l'application ou au moins une certaine prise en considération¹⁴ de lois de police étrangères, l'agent commercial devra saisir ses propres tribunaux, et sera confronté à la difficulté de devoir les convaincre de ne pas se déclarer incompétents malgré la

13. Des arbitres seraient probablement davantage enclins à tenir compte de la loi de police, d'autant plus qu'elle est de source communautaire.

14. Voir Convention de Rome du 19 juin 1980, article 7, alinéa 1 qui prévoit à certaines conditions de donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un pays autre que le for.

clause d'élection de for, en invoquant par exemple la fraude à la loi ou le déni de justice, avec cependant, dans le meilleur des cas, un risque de litispendance.

Élie Kleiman
152W 57th Street, Suite 26C
New York, New York 10019
USA
Tél. : (212) 314-9499
Télec. : (212) 582-3806