



# CONVERGENCE, CONCURRENCE ET HARMONISATION DES SYSTÈMES JURIDIQUES

LES JOURNÉES MAXIMILIEN-CARON 2008

Sous la direction de  
Jean-François Gaudreault-DesBiens, Ejan Mackaay,  
Benoît Moore et Stéphane Rousseau

Les Éditions Thémis

Université   
de Montréal  
Faculté de droit

# Compétitivité relative des systèmes juridiques : le point de vue d'un praticien américain

Pierre F. DE RAVEL D'ESCLAPON\*

I. L'influence du choix de la langue .....	49
II. Le rôle joué par la finance .....	51

---

\* Avocat, Dewey & Leboeuf, New York, États-Unis. Je tiens à remercier mes collègues, M<sup>es</sup> Philippe Hamea et Michel Quere, avocats au barreau de Paris, et Thibault de Ravel d'Esclapon, doctorant et allocataire-moniteur à l'Université de Strasbourg, Centre de droit de l'entreprise, pour leurs commentaires et suggestions sur le droit civil français.

L'examen d'une carte du monde où les pays de droit civil sont coloriés en bleu et ceux de common law en rouge révèle que les pays de droit civil couvrent environ 2/3 de la superficie du globe, et que les pays de common law ne représentent qu'environ 6.5 % de la population mondiale<sup>1</sup>. Pourquoi alors même se poser la question de la compétitivité des deux systèmes juridiques ?

Dans la pratique cependant nous observons que dans de nombreux domaines relevant de la vie des affaires, l'influence du droit anglo-saxon, et principalement du droit américain, est croissante. Pourquoi ?

Plusieurs facteurs sont à considérer : l'anglais est devenu la lingua franca des affaires, l'internationalisation du commerce et de la finance ont accru les besoins de souplesse et de fiabilité recherchés par les utilisateurs.

## I. L'influence du choix de la langue

Quelque regret que l'on puisse nourrir à la perte de la place du français dans le monde international, force nous est de reconnaître – sinon d'accepter – que l'anglais est devenu la langue véhiculaire du monde des affaires. Il est maintenant courant de voir rédigé en anglais un contrat entre deux sociétés françaises ou entre deux sociétés italiennes.

Cette pratique a deux conséquences :

1. utilisation de modèles de contrats anglo-saxons, et
2. introduction, par la petite porte, de concepts de common law.

Les contrats régis par le droit civil étaient traditionnellement courts : nul besoin pour le rédacteur de répéter les dispositions du Code civil. Ainsi, le rédacteur civiliste n'a pas à préciser que l'inexécution due à un cas fortuit ou à une force majeure dégage le débiteur de responsabilité puisque le Code le prévoit<sup>2</sup>. *A contrario*, la philosophie de rédaction des contrats anglo-saxons, corollaire de l'absence de codification, est de tout prévoir afin de laisser le moins possible à l'appréciation du juge, la volonté des parties étant décrite avec un luxe de détails, d'où des contrats fort longs.

Les modèles de contrats proviennent à la fois de la pratique, tels les contrats d'acquisition ou de licence, et de l'immense travail accompli par de nombreux organismes internationaux privés ou publics. Comme l'analyse exhaustive des contributions d'organismes comme UNCITRAL ou Unidroit, ou de tant d'autres à la standardisation des modèles, dépasse le cadre de cette étude, je me bornerai à

<sup>1</sup> Sur 364 juridictions recensées par la faculté de droit de l'université d'Ottawa, les pays de common law ne sont qu'au nombre de 42 : [www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-monde.php](http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-monde.php) ; [www.droitcivil.uottawa.ca/world-legalsystems/fra-population.php](http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legalsystems/fra-population.php) ; <http://en.wikipedia.org/wiki/Image:LegalSystemsoftheWorldMap.png>.

<sup>2</sup> Article 1148 Code Civil français (C.C.) ; Art. 1470 C.c.Q. Pour éviter la confusion, le code civil français est abrégé « C.C. », et celui du Québec « C.c.Q. ».

mentionner trois exemples particulièrement pertinents pour les praticiens. Notons aussi, à ce propos, le rôle joué par les grands cabinets internationaux d'avocats : la diversité de formation des équipes et les mouvements de personnel entre ces cabinets ont conduit à des us et coutumes de rédaction.

Dans le domaine financier, nous avons assisté depuis une vingtaine d'années à une progression, bien compréhensible au demeurant, de la standardisation de la documentation. Les modèles mis au point pour l'International Swap and Derivatives Association (ISDA) pour les swaps, les dérivés de crédit et les contrats de garanties financières sont utilisés dans le monde entier<sup>3</sup>. Lorsque naissent de nouveaux produits tels les crédits d'émissions de CO<sub>2</sub>, les professionnels se tournent vers ISDA pour adapter la documentation standard aux nouveaux produits.

De même, les modèles de crédits documentaires et les INCOTERMS élaborés par la Chambre de Commerce Internationale (ICC/CCI)<sup>4</sup> sont très largement utilisés dans le monde, simplifiant le commerce international.

À Londres, le Loan Market Association (LMA) – association de banques, de cabinets d'avocats et de professionnels de la finance – a élaboré un modèle, critiqué par certains<sup>5</sup>, de contrat pour régir les crédits syndiqués.

Ce recours à des modèles anglo-saxons a également pour effet d'introduire des concepts de common law étrangers à l'édifice civiliste classique.

Quelques exemples illustrent ce point.

Le vocable anglais « payment » a le sens habituel de versement d'une somme d'argent<sup>6</sup>, alors qu'en droit des obligations « par paiement on entend non seulement le versement d'une somme d'argent pour acquitter une obligation mais aussi l'exécution même de ce qui est l'objet de l'obligation »<sup>7</sup>.

De ce fait, l'interprète d'un contrat anglais régi par le droit civil qui utilise le mot « payment » doit se poser la question du sens voulu par les parties.

Dans la pratique contractuelle, il est courant de voir des clauses imposant au co-contractant l'obligation de « use its best efforts » (= « faire ses meilleurs efforts ») ou « use commercially reasonable efforts » (= « faire des efforts commercialement raisonnables ») lorsque surviennent certains événements. Si le contrat ainsi rédigé sur le modèle anglo-saxon est régi par le droit civil, quelle est la nature de l'obligation contractée : obligation de moyen ou de résultat ?

<sup>3</sup> Cf. liste des modèles : [www.isda.org](http://www.isda.org)

<sup>4</sup> Règles et Usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires RUN600 (Rev. 2007), Règles et Pratiques Internationales relatives aux Standby (RPI598) ; INCOTERMS : [www.incoterms.com](http://www.incoterms.com)

<sup>5</sup> Marc FAVERC, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques », RTD Com. 2003, 429.

<sup>6</sup> *Black's Law Dictionary*, sub nomine « Payment ».

<sup>7</sup> Article 1553 C.c.Q.

Autre exemple : souvent les relations contractuelles débutent avec un « memorandum of understanding » (« MOU ») ou par une « letter of intent ». Ces documents regorgent d'obligations potentielles pour les parties tout en prenant soin de bien préciser qu'ils ne lient pas lesdites parties ! Lorsque dans un tel MOU sont réunies les conditions qui normalement donnent naissance à un contrat synallagmatique, faut-il alors analyser le document, nonobstant la déclaration que celui-ci ne lie pas les parties, comme un contrat comportant des obligations conditionnelles ou suspensives<sup>8</sup> avec les effets rétroactifs prévus au code civil ?

La « letter of intent », « lettre d'intention » en traduction littérale, est un autre faux ami. Pour un rédacteur anglo-saxon, « letter of intent » et MOU sont interchangeables. La « lettre d'intention » en France correspond au concept de la « letter of comfort » de la pratique bancaire anglo-saxonne. La lettre d'intention est maintenant classée parmi les sûretés personnelles ainsi que le précise l'article 2287-1 du code civil français. Elle accompagne donc le cautionnement. Définie à l'article 2322 du code civil comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Avec la qualification de sûreté, la lettre d'intention semble bien s'éloigner de l'obligation de moyen pour se rapprocher du cautionnement sans toutefois l'atteindre<sup>9</sup>.

A contrario, en droit de l'état de New York, une « comfort letter » correctement rédigée n'entraîne pas pour l'émetteur de création d'obligation<sup>10</sup>.

La clause souvent rencontrée dans les modèles anglo-saxons qui stipule que nul tiers au contrat ne pourra se prévaloir des droits issus du contrat, clause dite de « third party beneficiary » est inutile dans un contrat régi par le droit civil puisque le code précise l'effet des contrats<sup>11</sup>. La même observation peut être faite au sujet des clauses de « pari passu » par lesquelles l'emprunteur s'engage à mettre sur le même plan ses créanciers chirographaires puisqu'en France la loi fixe l'ordre des créanciers.

## II. Le rôle joué par la finance

La finance, et tout particulièrement son développement international, a joué un rôle primordial dans la primauté d'un système juridique par rapport à un autre. Pour illustrer ce rôle, examinons les besoins de nos clients dans le cadre d'opérations financières concrètes : la garantie financière, le financement de projets ou encore la monétisation de collections d'art.

<sup>8</sup> Cf. Art. 1497 et 1507 C.c.Q. ; art. 1168 et 1182 C.C.

<sup>9</sup> Articles 2322 et 2287-1 C.C. ; Paul LE CANNU, « Les lettres d'intention conquises par le code civil », RTD Com. 2006.241 ; C. CHAMPAUD et D. DANET, Note sur *Weintraub c. Sté Balmain*, Com. 20 février 2007, D. 2007.AJ.897, obs. X. Delpech, RTD Com. 2007.369 ; Jean STOUFFLET « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Revue des Sociétés* 2006.473.

<sup>10</sup> Cf. Kenneth M. BLOCK et Jeffrey B. STEINER, « Comfort Letters : Casual drafting can turn one into a guaranty », *NY Law J.*, v. 31 n° 13, 21 janvier 2004.

<sup>11</sup> Art. 1440 C.c.Q.

Nos clients ont besoin d'un système juridique robuste, de simplicité dans les formalités de constitution de la sûreté et de la réalisation facile et fiable de la garantie, soit par la saisie du gage soit par compensation.

Lorsqu'on analyse une opération de garantie financière, il faut au minimum examiner trois ensembles de lois :

1. la loi choisie par les parties pour régir leur contrat
2. la *lex rei sitae*, la loi du pays où est situé l'objet donné en garantie
3. la loi de faillite ; si le débiteur tombe en faillite, en général ce sera la loi de la faillite du domicile principal du débiteur qui va être applicable.

En droit civil classique la sûreté ne pouvait être créée qu'en vertu d'un texte de loi. Ainsi, lorsque l'industrie cinématographique s'est développée en France, il a fallu un texte spécifique en 1944, le code de l'industrie cinématographique, pour qu'un réalisateur ou un producteur de cinéma puisse obtenir un financement bancaire avec nantissement des recettes futures du film<sup>12</sup>.

Avant les réformes récentes<sup>13</sup>, la constitution d'un gage en droit civil classique souffrait d'un formalisme lourd et la dépossession était obligatoire. Il fallait signifier la création du gage et non pas envoyer un simple avis. En outre, le pacte commissoire étant interdit, le débiteur ne pouvait convenir au moment de la constitution de la sûreté du transfert de la propriété du gage au créancier en cas de défaillance de débiteur. Le créancier gagiste, en cas de faillite, passait en France après les super privilèges. Ce formalisme posait aussi d'épineux problèmes dans la rédaction des contrats inter-créanciers pour le partage du gage entre créanciers de même rang ou de rangs différents.

Par contre, le droit de l'état de New York et le droit fédéral de la faillite ont historiquement montré une bien plus grande souplesse que le droit civil classique. En vertu de l'Uniform Commercial Code (UCC) la sûreté est une création contractuelle et son formalisme est très réduit. Le UCC est aussi rapidement amendé pour s'adapter aux nouvelles conditions. C'est ainsi qu'il y a dix ans les articles 8 et 9 du UCC<sup>14</sup> ont été amendés pour résoudre les problèmes liés à la dématérialisation des titres, alors que ce même problème n'est toujours pas résolu en Europe puisque la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire n'est pas encore entrée en vigueur<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Y. PICARD, Rep. Dalloz— Droit Commercial, janvier 2002, v. « Nantissement », n° 106.

<sup>13</sup> Cf. *infra* pour la discussion de l'ordonnance du 23 mars 2006 en France.

<sup>14</sup> Cf. P. A. HAKES, « UCC Article 8 : Will the Indirect Holding of Securities Survive the Light of Day ? », *Loyola of Los Angeles Law Review* 35:661, 2003.

<sup>15</sup> L'état des ratifications peut être consulté sur le site [www.hcch.net](http://www.hcch.net) cf. Diego Devos « Legal Protection of Payment and Securities Settlement System and of Collateral Transactions in European Union Legislation », présenté à la conférence organisée par le Fond Monétaire International sur le droit financier, Washington, 23-27 octobre, 2006, et *European Legislation on Financial Markets*, par la Banque Centrale Européenne, June 2007.

Aux États-Unis, pour les faillites régies par le code fédéral de la faillite<sup>16</sup> la réalisation du gage est chose facile : le créancier gagiste peut se saisir du bien (« self help ») et la compensation est autorisée. La réforme de 2005 du code fédéral de la faillite manifeste l'intention du législateur d'étendre à un ensemble beaucoup plus vaste d'opérations financières les dérogations au régime normal de la faillite déjà applicables depuis 1978 à certains contrats financiers et à certaines parties<sup>17</sup>. Pour étendre l'application des dérogations, le législateur a d'abord considérablement élargi la définition de contrat de swaps pour y englober toutes les transactions qui sont, ou qui pourraient devenir, usuelles dans les marchés financiers<sup>18</sup>. L'innovation de la réforme, qui illustre bien le côté pragmatique de l'approche américaine, consiste à ne plus protéger une classe de personnes et un type de contrat, mais l'ensemble d'un marché, celui des instruments financiers<sup>19</sup>. Outre les cinq catégories de transactions financières qui existaient déjà, mais dont les définitions ont été étendues<sup>20</sup>, la loi crée une nouvelle catégorie, « master netting agreement » (= « contrat cadre de compensation ») permettant aux parties de fixer leurs droit de résiliation, d'accélération et de compensation sur l'ensemble de produits financiers<sup>21</sup>.

Cependant, même si la compensation est autorisée, il y a encore de nombreuses situations difficiles. Supposons que le contrat cadre autorise des contrats, par le biais d'annexes au contrat cadre, entre les différentes filiales des parties A et B, peut-on compenser les sommes dues par la filiale A1 à B2 par les sommes que B3 peut devoir à A4 ? Dans le cadre de l'élaboration d'un contrat type sous les auspices du Edison Electric Institute (EEI) et de ISDA, ces questions ont été, et continuent d'être, débattues avec force et vigueur<sup>22</sup>. Malgré les réformes de 2005 du code fédéral de la faillite, la compensation reste encore bilatérale<sup>23</sup>.

Il ne faut donc pas s'étonner de la propension de nos clients à choisir le droit de l'état de New York pour régir leurs contrats de garanties financières : de 2000 au

<sup>16</sup> Dans cette période financière troublée, il convient de noter une exception de taille : les compagnies d'assurance sont réglementées par les états et non par le gouvernement fédéral, et chaque état a sa propre loi sur la faillite des compagnies d'assurance. La compensation doit être examinée dans chacune de ces lois et présente des divergences importantes par rapport à la loi fédérale. Ceci revêt une grande importance pour les opérations financières assorties d'une garantie ou d'une assurance émise par une compagnie d'assurance.

<sup>17</sup> *Bankruptcy Reform Act of 1978*, Pub. L. No 95-598 §§ 362(b)(6), 548(d) U.S.C.A.N. (92 Stat.) 2549.

<sup>18</sup> H.R. Rep. No 109-31, p. 123.

<sup>19</sup> H.R. Rep. No. 109-31, p.3 : l'intention du législateur est d'offrir une protection contre le risque systémique.

<sup>20</sup> § 741(7), « securities contracts », « swaps », « repurchase agreements », « forwards » et « commodity contracts », 11 U.S.C. §§ 101(2S), (47) (53B) et 76114.

<sup>21</sup> 11 U.S.C. §§ 362(b)(27), 546(j), 548(d)(2)(E) et 561.

<sup>22</sup> Cf. modèles de contrats cadre en particulier le Master Netting Agreement, [www.eei.org](http://www.eei.org) et le 2006 ISDA Model Netting Agreement.

<sup>23</sup> Cf. Edward MORRISON et Joerg RIEGEL « Financial Contracts and the New Bankruptcy Code, Insulating Markets from Bankrupt Debtors and Bankruptcy Judges », Jan. 25, 2006, *Columbia Law School Center for Law and Economic Studies*, Working Paper No. 291, <http://ssrn.com/abstracts=878328>, p11 N.55.

31.12.2007 le nombre de contrats de garantie est passé de 12.000 à 149.322 et le montant en garantie a été multiplié par dix durant cette période, passant de \$200 milliards à \$2.200 milliards. Selon ISDA, 85% de ces contrats utilisèrent les modèles ISDA, 60% régis par le droit de l'état de New York, et 25% par le droit anglais<sup>24</sup>.

Historiquement, le droit applicable aux financements de projets est soit le droit de l'état de New York, soit le droit britannique. Le droit de New York est traditionnellement utilisé dans les financements en Amérique centrale et en Amérique latine, et le droit britannique dans les projets en Afrique (hormis généralement l'Afrique francophone), et en Asie du sud-est. Pourquoi cette tendance historique dans des pays d'Amérique latine qui sont des pays de droit civil ? Le montage classique des financements de projets mettait en scène une société d'exploitation de projet, généralement une société ad hoc créée pour le projet et un co-contractant qui, par contrat à long terme, s'engage à acheter la production du projet. Le financement reposait alors sur la capacité d'affecter les recettes futures en garantie aux prêteurs, transformant ainsi un risque de projet en un risque sur le crédit de l'acheteur. Le succès du montage financier repose donc sur la faculté pour l'emprunteur de donner le produit de ses ventes futures en garantie. Les mécanismes du droit civil classique ne permettaient pas cette affectation<sup>25</sup>. Le UCC permet de constituer avec un formalisme réduit une sûreté dans les recettes futures<sup>26</sup>. Pour arriver au même résultat en droit civil il fallait des contrats tripartites entre l'emprunteur, l'acheteur et les prêteurs, solution n'ayant ni la simplicité ni la souplesse de celle permise par le UCC.

Les problèmes liés à la dépossession dans le droit classique du gage ont été résolus dans de nombreux Codes civils au cours des dernières années. Faut-il attribuer à la proximité des Etats-Unis le crédit pour l'introduction de l'hypothèque mobilière dans le Code civil du Québec en 1994<sup>27</sup> ? En France, l'ordonnance du 23 mars 2006 a introduit le gage sans dépossession<sup>28</sup>.

Pour les instruments financiers, les problèmes de compensation dans les procédures collectives avaient été largement résolus par la directive communautaire 2002/47/CE concernant les contrats de garanties financières. L'article 4 para. 1.4 de cette directive permet aux créanciers gagistes de saisir l'objet du gage sans passer par une procédure judiciaire et suspend les règles ordinaires de période suspecte en cas de procédure collective. Il a fallu attendre 2005 pour la transposition de cette directive en droit français<sup>29</sup>. Avec cette réforme de l'article 431-7 du Code

<sup>24</sup> ISDA Margin Survey 2008 Table 4.1, disponible sur le site ISDA, [www.isda.org](http://www.isda.org)

<sup>25</sup> Cf. MESTRE, D.1982, Chron. p.141 ; MALAURY et AYNES, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2004, n° 501 et CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2004, n° 558 pour une discussion de la possibilité de nantir une créance future.

<sup>26</sup> Il s'agit du « security interest » prévu à l'article 9-308 UCC.

<sup>27</sup> Article 2696 et suiv. C.c.Q.

<sup>28</sup> Nouvel article 2341. al.2 C.C.

<sup>29</sup> Ord. n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation de garantie financière. Alain LIENHARD, *Transposition de la directive contrats de garantie financière*, Paris, Dalloz, 2005, p.634 ; M. STORK, « Transposition de la directive communautaire relative aux contrats de garantie financière », RTD Com. 2005.375.

monétaire et financier il est possible de prévoir une compensation globale par solde unique, même si les parties sont liées par plusieurs conventions-cadres. La compensation déterminée par contrat est opposable aux tiers, dont les créanciers saisissants, et aux procédures collectives. Le mécanisme de constitution a été aussi fort simplifié : plus n'est besoin d'obtenir l'accord écrit du débiteur pour la cession, une simple notification au débiteur suffit. Le II du nouvel article 431-7 permet les pactes commissaires pour les garanties financières.

La réforme du droit des sûretés dans les divers pays de droit civil le rend plus apte à traiter des besoins du monde actuel de la finance, mais il y a encore des limites qui affectent la perception que les utilisateurs peuvent avoir de la compétitivité d'un système par rapport à un autre. Lorsqu'une banque souhaite prêter à un collectionneur d'art, alors se pose la question du droit applicable pour concilier l'objectif de garantie et de facilité de réalisation pour la banque, et celui de jouissance de la collection sans dépossession pour le collectionneur. Si les réformes de 2006 en France ou celles de 1994 au Québec permettent de concilier ces objectifs, le droit luxembourgeois dans sa réforme des sûretés par la loi du 5 août 2005, à la différence du droit français, a maintenu pour la dépossession une distinction entre le gage civil et le gage commercial<sup>30</sup>. Le gage sans dépossession n'est permis que dans le cas du gage commercial. Pour cette raison, le droit luxembourgeois ne permet pas la conciliation des objectifs des parties, le gage d'œuvres d'art par un collectionneur étant un gage civil pour la validité duquel la dépossession est encore requise au Luxembourg. Dans ce cas, on ne peut plus débattre de la compétitivité respective des solutions de common law ou de droit civil, mais de la compétitivité respective de différents Codes civils !

Les besoins de la finance ont poussé à la convergence des solutions apportées par la common law et par le droit civil aux problèmes identiques. Cette modernisation du droit civil est en partie attribuable à l'influence de l'Union Européenne qui par son élaboration de directives a poussé les pays membres à adopter les réformes nécessaires du Code civil. Si on peut parfois regretter que les solutions introduites soient difficiles à faire rentrer dans le cadre théorique du Code civil, on ne peut qu'applaudir l'adaptation aux besoins du marché. L'introduction de la fiducie en 2007 en droit français<sup>31</sup> repose sur la notion de patrimoine d'affectation, notion difficile à concilier avec la doctrine civiliste classique de l'unicité du patrimoine. Comme le soulignait M. Pascal Clément, ministre de la justice, dans sa présentation du projet de loi sur les fiducies : « [L]'ouverture des frontières et l'internationalisation des échanges rendent indispensable la création d'un outil comparable afin de permettre aux investisseurs familiers du trust anglo-saxon de se sentir en confiance avec le droit français, souvent trop mal connu de nos partenaires internationaux. Par ailleurs, et la situation est paradoxale, les entreprises françaises ont souvent recours à des trusts étrangers, faute de pouvoir disposer d'un instrument adapté en droit interne.

<sup>30</sup> Article 114, al. 3 du *Code de commerce* et article 2076 du Code civil luxembourgeois.

<sup>31</sup> *Loi no 2007-211 du 19 février 2007* modifiant les articles 2011 et suiv. du code civil, articles 1260-1298 C.c.Q.

Cette situation est regrettable, puisqu'elle génère une délocalisation des opérations hors nos frontières.»<sup>32</sup>

Les réformes introduites et la convergence qu'elles produisent avec les solutions offertes par la common law seront-elles suffisantes pour permettre au droit civil de reconquérir des parts de marché ? Il est permis d'en douter.

---

<sup>32</sup> 10 octobre 2006.