

**L'APPROCHE CONTRACTUELLE CIVILISTE ET
LES ATTENTES D'UN DROIT EUROPEEN DES CONTRATS**

Speech du 11 novembre 2006 à la Conférence CCBE-Rome

Marc FRILET

Avocat – Barreau de Paris

Secrétaire Général – Institut Français d'Experts Juridiques Internationaux (IFEJI)

J'évoquerai le point de vue d'un praticien civiliste conseillant les parties pour des transactions transnationales et échangeant depuis plus de 20 ans sur ces sujets avec d'autres praticiens dans le monde, IBA, ACCL, UIA, WB, etc.

Première observation :

La matière contractuelle est abordée de façon très différente surtout entre la famille de la common law et celle de la civil law.

Deuxième observation :

Cette situation n'est pas propre à l'Europe mais se retrouve au plan mondial.

Troisième observation :

Un peu partout dans le monde et à des degrés divers, des actions sont menées pour limiter les effets négatifs de cette situation.

Mais ces effets négatifs ne sont pas perçus et tolérés de la même manière partout dans le monde.

En Europe, nous prenons conscience progressivement des enjeux à travers les directives B to C et quelques tentatives bien timides telles que la convention de Vienne. Les débats récents autour du CFR révèlent que l'on pourrait bien s'accommoder de cette situation molle dans le B to B.

Or, cette dernière n'est pas satisfaisante mais cela est pour beaucoup difficile à expliquer et à mesurer. De ce fait, il n'est pas anormal que la vision des actions à mener en matière de Droit européen des contrats manque de netteté.

Exemples concrets de malentendus civil law/ common law.

Remarquable article d'une avocate tchèque:

Il y a des sources de malentendus pour les clauses principales de la plupart des contrats.

- whereas
- rep and warranties
- price
- damages, quantum, remoteness
- contractual penalty

- indemnities clauses
- Limitation/ exclusion of liability
- Contractual statute of limitation
- Frustration and force majeure

Un livre collectif de l'IBA de 2005 sur les problèmes posés par les contrats standards Fidic dans différentes juridictions est également très instructif à cet égard.

Un fil conducteur est donc nécessaire pour mesurer les enjeux et faire des propositions et je propose celui de l'expérience d'une entreprise française qui prépare une transaction avec l'Angleterre. Je n'hésiterai pas à caricaturer le trait pour faire passer le message.

I - LE RAISONNEMENT JURIDIQUE CIVILISTE ET SON IMPACT SUR LA NEGOCIATION, LA REDACTION ET L'EXECUTION D'UN CONTRAT.

La nature du raisonnement.

L'approche de haut en bas et ses conséquences concrètes sur la négociation et la rédaction.

La référence à des textes ou principes supérieurs – notamment en cas d'ambiguïté.

Une jurisprudence qui suit la même approche.

Les => de ce raisonnement sur les contrats :

Contrats français courts pouvant apparaître imprécis, mais englobés dans un cocon dont les principes sont très largement acceptés.

Le cocon provenant encore largement du code Napoléon, on peut légitimement se demander comment ce système fonctionne pour des transactions très modernes avec des coûts de transaction aussi bas et des litiges dont la fréquence et les coûts ne dépassent pas ceux de la common law.

Comment le peuple français si frondeur et très pointilleux sur la liberté individuelle et liberté contractuelle admet-il d'être gouverné par les principes d'un code réalisé il y a plus de 200 ans ?

Il y a de nombreuses raisons à cela et au premier chef le travail très créatif de tribunaux qui procèdent d'une approche méthodologique très construite.

Permettez moi d'apporter une petite touche historique qui permettra de mieux comprendre mes conclusions.

- La codification voulue par Napoléon – synthèse de vieux codes – coutumes pratiques - jurisprudence.
- Le Code a été élaboré sur la base d'un excellent travail de quatre juristes renommés mais dont le rôle n'a pas été décisif dans le produit final.

Elaboration : 3 ans de travail – 101 sessions – Bonaparte en a présidé 65 :

Il revenait toujours sur :

- L'adaptation aux réalités
- Une attention à une rédaction synthétique et compréhensible
- Une structuration aussi logique que possible

Dans notre monde de 2006, les entreprises françaises et leurs consultants ont ainsi tendance à produire des contrats :

- avec peu de définitions,
- avec peu de clauses de style type « boiler plate clause » anglo-saxonne
- avec des références simples à des concepts pourtant compliqués comme la force majeure car il y a une réelle confiance dans une mise en œuvre acceptable en cas de problème.

II - QUE VAUT L'APPROCHE CONTRACTUELLE FRANÇAISE COMME BASE D'UNE RELATION TRANSNATIONALE EN EUROPE ?

Pas grand-chose en général, mais à des degrés divers selon les pays.

Une proposition de contrat de tradition française pour une exécution en Angleterre aura toutes les caractéristiques d'un panier percé.

Dans ce monde, le raisonnement juridique est down to up ; le précédent très focalisé est la base du droit. L'art suprême du juriste est celui de la distinction.

En substance, ce qui n'est pas expressément écrit ne peut faire l'objet d'un accord.

=>Pour une sécurité juridique identique ou voisine, la rédaction contractuelle devra être assez différente :

- importance des définitions
- déjouer les grandes théories juridiques, par exemple la force majeure
- importance des « boiler plate clauses »
- entiere agreement clauses.

III - METHODES POUR SECURISER UNE TRANSACTION INTERNATIONALE :

L'entreprise française responsable doit évaluer si globalement puis à différents niveaux au cours de l'exécution il faut ajouter ou changer.

C'est un exercice beaucoup plus difficile qu'on ne le croit car c'est un travail approfondi de comparaison :

- temps et coût
- mais pas seulement : la legal profession n'est pas formée à cela.

En pratique, il arrivera très fréquemment que faute d'avoir pu faire le travail approprié : L'entreprise prend des risques mal maîtrisés pour un contrat transfrontalier. Ou préfère ne pas conclure la transaction.

QUESTION : Qui peut dire que cette situation n'affecte pas les objectifs de fluidité des transactions et de développements du Marché unique ?

On pourra objecter que dans de nombreux secteurs la pratique s'oriente vers des clauses & conditions contractuelles développées par diverses organisations & cabinets juridiques.

Il existe certes quelques efforts louables, mais qui restent une exception.

Trop souvent les contrats standards sont de tradition « common law » et rédigés par des personnes ou des groupes dont le premier objectif n'est pas de rechercher la simplicité et la fluidité pour le plus grand nombre.

Nael Bunni (auteur et praticien Irlandais très connu) :

Le plus souvent les contrats standards sont rédigés par des initiés pour initiés que ces derniers ont peine à comprendre : certains de ces contrats ex Fidic sont essentiellement rédigés par des ingénieurs et non des juristes : au-delà de 25 mots, une phrase ne peut être facilement lue et comprise que par 4% de la population. De surcroît, il convient souvent de se livrer à un jeu de piste parfois inextricable entre définition clause principales annexes exceptions, exceptions aux exceptions , etc.

CONCLUSIONS :

Les formes les plus courantes de contrats standards actuellement proposés ne résolvent pas le problème de fond rencontré par notre entreprise française.

Un CFR est nécessaire : Il faut donc bien faire quelque chose au niveau européen pour faciliter le nombre et la fluidité des transactions intraeuropéennes.

Quels objectifs pour un CFR en dehors du B to C ?

⇒ Un seul : un CFR utile au quotidien pour les entreprises : simplifiant et facilitant la rédaction et l'exécution de leurs contrats et limitant les risques de contentieux sans affecter la liberté contractuelle.

- bonnes définitions

- principes fondamentaux ou principes directeurs
- synthèse des bonnes pratiques rédigées avec un très grand soin de simplicité et de clarté pour tous
- pas trop détaillés pour avoir une durée de vie suffisante
- intelligibilité
- lisibilité
- adapté aux usages communs et attentes du terrain
- englobé dans une « vision » permettant d'améliorer la pratique et contribuer à atteindre les objectifs européens
- clauses ou documents standardisés à titre d'exemples.

Enfin, ces textes devraient être obligatoires sauf option expresses de les écarter (Opt Out).

=> Mais cet objectif ambitieux ne peut être atteint rapidement :

Il convient sans doute de commencer par une « Toolbox » selon une méthode ordonnée

- identifier les problèmes
- proposer des solutions

Mais la réalisation de la « Toolbox » elle même nécessite une approche méthodologique qui n'a pas encore vraiment été mise en œuvre en Europe : il convient de la réviser : voici quelques principes à suivre.

1) organiser une approche moderne de due diligence des situations qui sont sources de difficulté – Prendre en compte les précédents largement développés et testés par les multilatéraux ou diverses organisations exemple IBA PPP task force pour contrats infrastructures ou Banque Mondiale.

2) Rechercher les solutions de consensus maximum pour les réglementations et pratiques.

3) Traduire cette matière brute en un ensemble suffisamment structuré et facile à comprendre et à utiliser :

La boîte à outil doit être :

- légère
- très bien rangée
- facile à utiliser sur le terrain
- connue et apprécié des divers interlocuteurs.

Rien de révolutionnaire : on comprend mieux pourquoi la « méthode Napoléon » reste aujourd'hui résolument moderne et riche d'avenir pour l'Europe.

- :- :- :- :- :- :-