



L'ACTION DU MOIS

Identifier les modes d'influence : *commoditization* du droit, contrats-types et droit applicable

485



PASCAL DURAND-BARTHEZ,
avocat à la cour, Of counsel,
Linklaters

Commoditization du droit. Voilà bien un terme barbare, non tant parce qu'il s'agit une fois de plus d'une importation sémantique, mais surtout parce qu'il rend compte d'une réalité que les juristes peuvent bien trouver consternante. Le droit deviendrait une *commodity*, un produit certes immatériel mais susceptible de fabrication et de distribution en grande série. Cela s'appliquerait principalement aux contrats, censés être l'expression de la rencontre des volontés de deux personnes.

À vrai dire, cela n'a rien que de très banal en ce qui concerne les contrats d'adhésion : le consommateur qui achète un appareil électronique adhère à des conditions générales de vente toutes faites, et le « petit porteur » qui acquiert quelques actions adhère à un contrat de société sans se soucier de négocier les statuts. Mais le phénomène apparaît aussi dans les relations commerciales entre professionnels (le *B to B* pour rester français) et même pour des opérations internationales importantes.

Souvent, cela ne reflète qu'un déséquilibre du rapport des forces entre les parties, qui en amène l'une à se plier sans discussion possible à un texte pré-rédigé. On voit ainsi des fournisseurs de systèmes de haute technologie imposer leurs contrats alors qu'il s'agit de projets complexes engageant des sommes importantes ; et des maîtres d'ouvrage, pas seulement publics, imposer leurs cahiers des charges sans tolérer les déviations. Mais il peut aussi s'agir de l'adhésion à un contrat-type élaboré par la profession, visant essentiellement à réduire ce que les économistes appellent le « coût de transaction » tout en garantissant une relation globalement équilibrée.

Cette pratique n'est pas nouvelle mais elle gagne en importance avec la mondialisation de l'économie. Dans le domaine des affaires internationales, cela a une conséquence concernant le droit applicable aux contrats conclus par référence à ces modèles. **La Fonda-**

tion pour le droit continental, que préoccupe la place du droit français et des autres droits de tradition civiliste sur la scène internationale, a fait conduire en 2012 une enquête, où l'on trouve quelques éléments éclairants sur cette question (*Choisir son droit : conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, dir. P. Durand-Barthez et F. Lenglart - enquête réalisée avec HEC Paris et l'AFJE : éd. L'Harmattan). L'importance de cette pratique varie grandement selon les secteurs. Pour les grands projets de construction et d'installations clés en mains, on recourt souvent (mais on s'en inspire plus qu'on y adhère) aux contrats-types, dont les plus largement utilisés sont ceux de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC). Dans le domaine des fusions et acquisitions, on ne retrouve pas de tels standards élaborés par des organisations internationales, même si on assiste à une convergence forte entre les modèles qu'on retrouve dans les ordinateurs des cabinets d'avocats spécialisés. Mais c'est dans le domaine financier que la pratique est la plus répandue. Deux types d'opérations sont emblématiques à cet égard : les crédits syndiqués pour lesquels les banques recourent très largement aux contrats-types de la *Loan Market Association* (LMA), et les opérations transfrontalières sur produits dérivés, conclues presque systématiquement par simple référence au *master agreement* de l'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA). Or, ces contrats-types ont une influence forte sur le choix du droit applicable, même s'ils sont conçus pour s'adapter à plusieurs systèmes juridiques. Par exemple, les contrats FIDIC laissent la liberté sur ce point, mais reposent sur de nombreux concepts de *Common law*. Des versions de droit français, allemand ou islamique existent pour les contrats LMA mais les praticiens soulignent des difficultés d'application. Quant aux contrats ISDA, ils ne laissent de choix qu'entre le droit anglais et celui de l'État de New York. Si l'on considère qu'il est souhaitable de renforcer la compétitivité juridique de la place de Paris, et que cela passe par le maintien du droit français en tant que référence dans les contrats internationaux, **une participation plus active des professionnels français à l'élaboration et à la diffusion de contrats-types internationaux** vraiment adaptés au droit continental s'impose. La Fondation souhaite fédérer les actions dans ce domaine, en commençant par déterminer les textes manquants ou méritant d'être complétés ou mis à jour et les efforts de communication qui devront être déployés. ■