

SOMMAIRE

- ▢ Un conseiller technique du Garde des Sceaux rejoint le cabinet de Bernard Pons (p. 2)
  
- ▢ Un nouveau cabinet sur la place (p. 2)
  
- ▢ Ministère de l'Environnement, nomination d'un conseiller technique chargé des affaires juridiques (p. 3)
  
- ▢ Élection du nouveau bureau de la Fédération nationale des experts-comptables de France (p. 3)
  
- ▢ LVMH finalise le rachat de Guerlain, Céline et Fred (p. 3)
  
- ▢ Presse et affichage, l'agence Élite assigne le Front National (p. 3)
  
- ▢ Alcyon rejoint Stardust Marine (p. 3)
  
- ▢ Fraude au sein de l'Union européenne, la Commission commande une enquête (p. 4)

CHIFFRE

14 millions de dollars

tel est le montant annuel de la fraude sur les systèmes électroniques aux États-Unis.

## L'importation et l'exportation des idées en matière juridique

par Emmanuel Gaillard\*

En droit, comme dans d'autres domaines, la circulation des idées se prête mal à une approche quantitative. Pourtant, si l'on pouvait imaginer de dresser un bilan quantitatif de l'importation et de l'exportation de la pensée juridique à destination ou à partir du droit français — une sorte de "balance des concepts" à l'image de la balance commerciale ou de la balance des paiements — nul doute que les juristes français s'accorderaient à la trouver gravement déficitaire. L'âge d'or de l'influence de la pensée juridique française serait assurément situé au XIX<sup>e</sup> siècle lorsque la codification napoléonienne encore récente servait de modèle aux législateurs étrangers un peu partout dans le monde. Au contraire, la période contemporaine se caractériserait essentiellement par l'imitation de modèles étrangers, surtout anglo-américains, de sorte que la culture juridique française se trouverait dangereusement colonisée par les droits de *common law*.

Il est vrai que certaines branches du droit fournissent de nombreux exemples de cette influence. Le droit financier et le droit des "fusions et acquisitions" — dont l'appellation même, qui évoque irrésistiblement la recette du pâté de cheval et d'alouette (un cheval, une alouette : 99 % d'acquisitions, 1 % de fusions), est directement empruntée à la pratique américaine — sont parfois caricaturaux à cet égard. Après la *due diligence* et le *closing*, survient la mise en jeu des garanties de passif, devenues "représentations et garanties", directement transposées des *representations and warranties* des modèles anglais et surtout américains dans

lesquels la pratique les a puisées. Les meilleures études dans ces domaines (voir par ex. X. Boucobza, *L'acquisition internationale de sociétés*, Th. Paris II, 1996) regorgent de dispositions contractuelles types et d'appellations inspirées de modèles étrangers. Lorsqu'elles sont soumises au droit français ou plus généralement à un droit continental, les clauses nées dans un environnement juridique différent soulèvent d'intéressantes questions d'acculturation juridique. Celle de la détermination de la portée juridique de "représentations" dans un droit dans lequel la doctrine de *estoppel* demeure très embryonnaire et la théorie de l'apparence très différente de ses équivalents de *common law* n'en est qu'un exemple.

L'analyse des diverses formules contractuelles d'ajustement du prix au regard des exigences, même assouplies, du droit français en sont une autre illustration.

Il ne saurait être question de nier la réalité de ces emprunts ni, du reste, l'intérêt qu'ils peuvent présenter. On aurait tort de croire cependant que le mouvement est à sens unique. De nombreux exemples pourraient être cités dans lesquels des constructions forgées par le droit français ont à l'inverse exercé une influence considérable dans le monde et ce, à une époque très récente. Le droit du commerce international et de l'arbitrage international en regorgent.

De grandes constructions doctrinales récentes ont ainsi connu un rayonnement véritablement universel. L'exemple le plus flagrant est sans doute celui de la *lex mercatoria*. Inventé en 1964 par Berthold Goldman — les précédents romains et de l'ancien droit destinés à lui donner la patine qui sied aux grandes idées étant en réalité très indirects —

servi par une formulation latine très forte, le concept est aujourd'hui débattu dans le monde entier, que ce soit pour l'approuver ou pour le critiquer. De nombreuses études lui sont consacrées aux États-Unis, en Asie et ailleurs. À l'occasion des débats parlementaires relatifs à la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Lord Wilberforce, pourtant peu suspect de complaisance à l'égard de la notion, a affirmé : "j'ai toujours voulu voir l'arbitrage, autant qu'il est possible et bien sûr sous réserve de certaines indications législatives, considéré comme un système autonome, libre de déterminer sa propre procédure et libre de développer son propre droit de fond, oui, son propre droit de fond" (débat du 18 janvier 1996 à la Chambre des Lords, p. 778). La formule n'aurait pas été désavouée par Berthold Goldman.

Cependant, l'influence de la pensée juridique française ne se limite pas à de grandes idées que certains suspectent de n'avoir, en définitive, qu'une importance pratique relativement limitée. Certaines règles qui relèvent de la plus pure technique juridique et qui ont une importance pratique très grande ont ainsi été exportées, par des voies qu'il est possible de retracer, à partir de la jurisprudence française. La notion aujourd'hui banale d'autonomie de la convention d'arbitrage, qui isole cette dernière des vicissitudes susceptibles d'affecter la convention de fond à propos de laquelle la clause compromissoire a été conclue, a ainsi été dégagée par la Cour de cassation française en 1963 par le célèbre arrêt *Gosset*. Depuis lors, les arbitres peuvent constater la nullité, la caducité ou la résolution de la convention de fond sans nier pour autant la compétence qu'ils tiennent de la convention d'arbitrage, même lorsque celle-ci est insérée dans le contrat dont l'inefficacité est constatée. La règle est destinée à faire échec à la manœuvre dilatoire consistant à contester l'efficacité de la convention de fond dans l'espoir de pouvoir soutenir par la même occasion qu'il n'appartient pas aux arbitres de se prononcer sur cette question dont dépendrait leur propre compétence.

La notion, d'une utilité évidente, a été consacrée depuis lors dans la plupart des législations récentes sur l'arbitrage. Bien qu'elle ait été étrangère à la tradition de *common law*, plus attachée à l'idée que la clause compromissoire ne serait que l'accessoire de la convention de fond qui la contient, l'idée de "séparabilité" de la convention d'arbitrage a fini par pénétrer,

sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, les droits qui avaient suivi la solution inverse du droit anglais. Même si elle paraît relativement conservatrice au regard du libéralisme du droit français, la loi type adoptée en 1985 sous les auspices de la CNUDCI a consacré la notion à la suite de négociations internationales dans lesquelles les États de droit civil étaient acquis à l'idée d'autonomie de la convention d'arbitrage. L'adoption de la loi type au Canada, en Australie, à Hong-Kong et dans de nombreux autres pays de *common law*, ainsi qu'en Écosse, a fait apparaître la solution du droit anglais comme très isolée. Un revirement de jurisprudence est finalement intervenu en Angleterre en 1993, dans l'affaire *Harbour v. Kansa*, qui marque l'adoption quasi universelle de la notion d'autonomie de la convention d'arbitrage, au sens de séparabilité de la convention de fond, trente ans exactement après l'arrêt *Gosset* (sur l'ensemble de la question, v. Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 389 et s.). De nombreux autres exemples de cette influence de la pensée juridique française pourraient être trouvés dans le droit de l'arbitrage mais aussi, plus généralement, dans le droit du commerce international ou dans le droit international privé où le vecteur des conventions internationales est très puissant et l'influence française non négligeable.

Au total, le droit qui en Europe aura le plus changé sous l'influence de conceptions d'origine étrangère au cours des dernières décennies du 20<sup>e</sup> siècle sera sans doute le droit anglais. La Convention de Bruxelles sur la compétence internationale des juridictions, qui marque l'abandon de considérations purement formelles tirées par exemple du lieu de l'assignation, le recul très général de la qualification procédurale en matière de prescription et dans d'autres domaines touchant au commerce international, la réforme radicale du droit de l'arbitrage dont l'adoption est imminente, jusqu'à la réforme à l'étude de l'entier système judiciaire anglais, trop lourd et trop élitiste, dominé par un système de preuve archaïque, ont marqué et marqueront des changements très profonds. Ces changements, qui doivent beaucoup à la participation du Royaume Uni à l'Union européenne, sont parfois ressentis en Angleterre comme le sont en France les emprunts aux droits de *common law*. Certains juristes anglais ont ainsi le sentiment

de perdre progressivement l'insularité à laquelle ils tiennent tant. Sans rassurer complètement ceux des juristes français qui auraient le sentiment homologue de perdre leur identité, cette constatation des souffrances d'autrui pourrait les aider à rendre leur peine plus supportable ou, de façon plus positive, à considérer les aspects bénéfiques de l'enrichissement réciproque ainsi réalisé et à les inviter à s'attacher à la diffusion dans le monde de la culture juridique française dont l'influence réelle est loin d'avoir disparu.

\* Professeur à l'université Paris XII et avocat au Barreau de Paris. Emmanuel Gaillard dirige le Département contentieux et arbitrage du cabinet Shearman & Sterling.

### Précision

Une erreur de composition dans notre numéro 315 du 29 avril 1996 nous a fait omettre de préciser à la fin de l'article "Le commercialement correct est-il nécessairement judiciairement correct ?" que celui-ci avait été inspiré d'un entretien que la LJA avait eu avec Me Jean-Yves LE BORGNE, avocat au Barreau de Paris et candidat au Bâtonnat.

## JURISTES

### Un conseiller technique du Garde des Sceaux rejoint le cabinet de Bernard Pons

Yves Marek, 33 ans, conseiller des affaires étrangères, conseiller technique au cabinet de Jacques Toubon, Garde des Sceaux, rejoint le cabinet de Bernard Pons, ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme, comme conseiller technique chargé du tourisme.

### Un nouveau cabinet sur la place

Mes Jean-François Prevost (professeur agrégé des facultés de droit, droit administratif), Philippe Lepke (droit des affaires, droit social), Cécile Delattre (contrats d'entreprise, marchés publics), Robert Corcos (droit des affaires, droit de la