

IN CONCRETO

News - Mai 2020

Quelques conseils pratiques avant de débiter une négociation en droit commercial international

Par le Prof. Dr. Bernd REINMÜLLER

En règle générale, la rédaction de contrats dans le domaine du droit commercial international est précédée d'une phase de négociation entre les parties qui nécessite, avant même le début de la négociation, un examen préliminaire et une préparation par chaque partie en vue de la rédaction future du contrat, afin d'éviter une responsabilité (pré)contractuelle ou délictuelle, s'il en existe une, par exemple en cas de non-conclusion de contrat.

Ces considérations préliminaires importantes incluent notamment une réflexion sur « le contexte culturel » des parties au contrat (1), les préparatifs relatifs à la rédaction détaillée du projet de contrat (2), la documentation contractuelle (3), la langue du contrat (4) ainsi que la rédaction du contrat avec l'examen du droit applicable (5) et la question de savoir si les parties doivent être liées par une convention d'arbitrage ou une disposition d'élection de for (6).

Vu le nombre important de contrats internationaux différents, il n'est bien entendu pas possible d'examiner ici toutes les considérations préliminaires et tous les préparatifs nécessaires (7). Seules les considérations préliminaires et les préparatifs les plus importants pour les contrats de droit commercial international seront mentionnés ci-après, à l'exclusion notamment de ceux relatifs aux contrats transfrontaliers avec des consommateurs.

1. Considérations préliminaires

La première étape, pour chaque partie, est de s'informer sur la juridiction étrangère de l'autre partie, son système juridique, la qualification juridique du contrat envisagé, la terminologie juridique, etc.

La partie et son avocat(e) doivent tenir compte du fait que dans un avenir proche les négociations débiteront avec l'autre partie, composée de plusieurs personnes pouvant avoir un « contexte culturel » différent, ce qui est par exemple le cas pour des parties venant d'Asie ou du Moyen Orient (détermination des principes hiérarchiques applicables).

Avant d'entamer la négociation, il conviendra de déterminer qui y participera et en quelle qualité (PDG, vice-président, directeur financier, directeur juridique, technicien, etc.). En cas de participation de techniciens dans un premier temps, suivis d'experts commerciaux puis de juristes, un problème de compréhension entre des délégations de compositions différentes pourra surgir, qui devra être pris en compte dans le cadre de la négociation, par des considérations préliminaires puis par le biais de définitions claires lors de la rédaction du contrat (« problème du langage technique »).

En raison du fait qu'il peut y avoir des différences dans la compréhension juridique, notamment lorsque les parties proviennent de pays ayant des systèmes juridiques différents, tels que pays de droit « anglo-saxon » et pays de « droit civil », la communication entre les parties doit être préparée en vue de résoudre des malentendus possibles.

2. Préparation de la négociation et responsabilité précontractuelle

Avant qu'une partie ne commence la négociation (avec ou sans avocats), elle doit examiner avec soin la procuration des participants à la négociation afin de déterminer précisément si ces derniers sont dûment autorisés à négocier et à signer le contrat. Plusieurs pays européens disposent de registres de sociétés dans lesquels sont mentionnés les pouvoirs de représentation des participants à la négociation et leurs limites. En revanche, aux Etats-Unis une résolution du conseil d'administration confirmée par le secrétaire général de la société est nécessaire, les signatures devant être certifiées par un notaire et, dans certains cas, le pouvoir de certification devant lui-même être confirmé par l'autorité compétente.

La prudence est de mise dans l'utilisation de modèles de contrats et chaque clause devra être examinée avec soin. Il existe toujours le risque de différences et d'interprétations divergentes de clauses dites « standard » qui pourraient mener à une responsabilité de l'utilisateur de ces clauses.

Il convient d'éviter des problèmes de responsabilité en préparant la négociation et – étape par étape - le contrat final. Il existe en effet des intérêts précontractuels des deux côtés difficiles à protéger notamment lorsqu'il n'existe pas de dispositions légales générales, comme il en existe dans par exemple dans les pays de droit civil. De telles dispositions figurent le plus souvent dans une « Lettre d'intention », un « Mémoire d'accord », un « Accord de confidentialité », etc. Dans la rédaction de ces contrats, il conviendra de procéder très soigneusement et précisément afin d'éviter une responsabilité pour manquement aux obligations. En outre il conviendra d'inclure dans chacun des contrats susmentionnés des clauses sur le droit applicable et une élection de for ou une convention d'arbitrage.

3. Documentation contractuelle

Tous les documents précontractuels ainsi que les projets de contrat préliminaires non finalisés devront être conservés et classés en fonction de leur caractère contraignant et il conviendra d'établir un échéancier précisant les objectifs intermédiaires, qui pourraient éventuellement, en cas de non-respect, impliquer des sanctions comme la

prise en charge des coûts par la partie responsable, etc. En outre, la correspondance, notamment celle contenant des explications sur l'évolution des dispositions contractuelles, devra être conservée.

4. Langue du contrat

En règle générale, la langue de négociation est identique à la langue dans laquelle est rédigé du contrat. Ce n'est toutefois pas certain, en particulier lorsque les participants, comme il est d'usage dans la pratique contractuelle internationale, proviennent de pays de langues différentes et doivent se mettre d'accord sur la langue de négociation. Parce que les compétences linguistiques individuelles des différents participants à la négociation sont souvent très différentes, aucune des parties ne devrait renoncer à l'assistance d'un interprète ou d'un traducteur ayant les connaissances nécessaires sur l'objet de la négociation.

Si les parties ont choisi l'anglais comme langue de négociation et du contrat alors que cette langue n'est la langue d'aucune des parties, ce qui est devenu presque une évidence, il ne faudra pas oublier que l'anglais s'est développé de manière différente au cours des derniers siècles à travers le monde, notamment en ce qui concerne le vocabulaire courant et technique, et que, malgré la similitude des termes, ces derniers peuvent avoir des significations différentes selon les pays. Une définition claire et sans équivoque de ce vocabulaire devra dès lors figurer dans un article en début de contrat, notamment lorsqu'une seule langue de contrat a été choisie.

Si les parties décident, comme elles le font souvent, de recourir à un contrat « bilingue » ou si, comme c'est le cas en Turquie et au Bahreïn, les contrats internationaux doivent obligatoirement être rédigés également dans la langue du pays, il est recommandé de mentionner, lorsque cela est possible, que l'une des langues fait foi et que seule la version du contrat dans cette langue a force obligatoire. Cette version du contrat devrait également être signée comme étant la seule originale, les versions dans les autres langues étant déclarées comme de simples traductions, sans force obligatoire.

En ce qui concerne la préparation de la traduction, il est recommandé de ne pas transmettre la traduction informelle à l'autre partie car, en cas de litige, des erreurs de traduction pourraient alors être mises à la charge de la partie qui a fourni la traduction. Lorsque ce n'est pas possible, il conviendra alors en tous les cas de s'assurer que, dans la traduction, tous les termes juridiques figurent aussi dans l'autre langue, entre parenthèses, pour clarification et afin d'éviter des interprétations erronées.

5. Rédaction du contrat

Lorsqu'elle commence à rédiger un contrat, une partie ne doit pas oublier de tenir compte de divers problèmes tels que restrictions de change, devises étrangères, taxes, règles différentes concernant les intérêts, embargos (p.ex. actuellement pour la Russie, l'Iran et la Syrie).

En outre, elle devra tenir compte des exigences de forme, par exemple en Allemagne l'exigence d'un acte notarié lors de la vente et de la transmission de parts d'une GmbH (Sàrl) où le contrat et les annexes doivent avoir été reliés. Dans différents états des Etats-Unis, par exemple en Colombie et en Géorgie, les contrats doivent être « under seal » (muni d'un sceau).

Au début du contrat, il semble évident et inutile de mentionner que les parties doivent être correctement désignées afin d'éviter des erreurs. L'expérience montre cependant que même sur cette question, il peut y avoir des erreurs ou des omissions.

S'il est envisagé dans le cadre du contrat « principal » de conclure d'autres accords distincts, entre autres avec des tiers comme par exemple avec la société mère en qualité de garant, l'existence de ces accords distincts devrait figurer au minimum dans le préambule du contrat « principal », afin de faire ressortir que le contrat « principal » seul n'est pas seul déterminant en cas de problèmes dans l'exécution du contrat par les parties.

Les dispositions les plus importantes de chaque contrat englobent les accords relatifs à la responsabilité avec restriction de responsabilité et à l'extension de responsabilité qui, dans la majorité des contrats, figurent dans des conditions générales préexistantes. Lors de l'inclusion de telles conditions générales dans le contrat sur le plan international, il conviendra de tenir compte du fait qu'en vertu de nombreux régimes juridiques, l'inclusion effective des conditions générales dans le contrat nécessite plus qu'une référence à une possibilité d'examen, notamment sur internet, pour qu'elles soient applicables, par exemple que ces conditions aient effectivement été envoyées pour information à l'autre partie au contrat. On vérifiera que ces conditions sont bien rédigées dans la langue de négociation et du contrat et qu'elles ont effectivement été transmises à l'autre partie.

Un accent particulier avant et pendant la rédaction du contrat devra être porté sur la clause relative au choix du droit applicable, conjointement avec la clause d'élection de for ou d'arbitrage. Les parties au contrat ont tendance à choisir et à mettre en œuvre leur propre droit. Elles devraient plutôt veiller à ce que le droit matériel choisi assure l'effet désiré par la structure et des dispositions du contrat.

Pour garantir que le droit matériel choisi a bien l'effet désiré, les règles relatives au conflit de lois doivent, après examen, être exclues afin d'éviter un renvoi à un autre ordre juridique.

6. Procédure judiciaire ou convention arbitrale ?

Le type de règlement choisi en cas de conflit avec l'autre partie au contrat est inextricablement lié à la considération du droit applicable. La question qui se pose est de savoir quelle est la meilleure solution, la moins chère et la plus rapide : une procédure judiciaire à l'étranger ou un arbitrage international ? Pour ce faire il faudra tenir compte de tous les facteurs de coût et de temps (sans oublier les intérêts à payer, l'impact sur le bilan, les frais de traduction et d'interprétation, etc.) en comparant l'arbitrage avec une procédure devant un tribunal étatique, dans le meilleur intérêt de la partie.

Il conviendra ainsi de se poser des questions complémentaires, par exemple :

- La procédure devant un tribunal étatique sera-t-elle plus simple que dans un arbitrage ?
- Sera-t-elle moins chère ?
- La confidentialité sera-t-elle garantie ?
- Les tribunaux étatiques auront-ils l'objectivité nécessaire et les qualifications requises ?
- Comment les faits seront-ils établis ?
- Comment le tribunal saisi déterminera-t-il le droit applicable ?
- Quelle sera la durée probable de la procédure, en incluant les possibilités de recours ?
- Comment se passera un éventuel recours (réexamen des faits ou non, etc.) ?
- Si les parties choisissent la juridiction d'un pays tiers, cette dernière acceptera-t-elle de se saisir du litige ?
- Le jugement rendu dans un pays pourra-t-il être exécuté dans un autre pays ?

Ne pas oublier, dès le début d'un litige, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de s'assurer que le for choisi est bien le plus favorable.

7. Remarque finale

Il convient de relever que la prise en compte de considérations préliminaires et des questions susmentionnées (dont la liste n'est pas exhaustive) avant de passer à la rédaction du contrat peuvent permettre de faciliter la qualification juridique du contrat et de réduire le risque de responsabilité. Ces questions et considérations préliminaires démontrent en outre que la connaissance et l'examen approfondi des règles contractuelles complexes de droit international commercial sont absolument nécessaires pour pouvoir agir au mieux de ses intérêts. On relèvera enfin que la négociation et la rédaction de contrats internationaux ont la plupart du temps lieu sous une pression de temps considérable à laquelle il sera nécessaire de résister sans négliger des préparatifs complets et en temps opportun prenant en compte toutes les questions et considérations préliminaires nécessaires.

* * *

Citation autorisée avec la référence suivante : PROF. DR. Bernd REINMÜLLER, Quelques conseils pratiques avant de débiter une négociation en droit commercial international, publié le 6 mai 2020 par Bory & Associés Avocats, In Concreto News – Mai 2020.