

Passez aux contrats en droit français !

OPTION FINANCE - 2 DÉCEMBRE 2019 - ARNAUD LEFEBVRE

Produits dérivés

✉ ENVOYER 🖨️ IMPRIMER

 Partager

 Tweeter

 G+

 PARTAGER

La plupart des produits dérivés en circulation en Europe étant régis par le droit britannique, un contrat-type de droit français a été publié l'an dernier dans la perspective du Brexit. Son adoption pourrait éviter des déconvenues aux groupes français qui utilisent ces instruments.

La plupart des produits dérivés en circulation en Europe étant régis par le droit britannique, un contrat-type de droit français a été publié l'an dernier dans la perspective du Brexit. Alors que celui-ci reste peu utilisé par les groupes français, son adoption pourrait pourtant leur éviter des déconvenues.

A moins d'un énième revirement de situation, le Brexit devrait finalement avoir lieu le 31 janvier prochain au plus tard. Alors que les modalités du divorce entre le Royaume-Uni et l'Union européenne sont toujours inconnues, les grands groupes français ont déjà pris leurs précautions pour s'assurer que leurs lignes bancaires – parfois syndiquées depuis Londres – resteraient valides, même en cas de «hard Brexit». En revanche, rares sont ceux à avoir cherché à sécuriser leurs produits dérivés (couvertures contre le risque de taux, de change, etc.), qui sont généralement régis par le droit anglais.

Une procédure d'exequatur

Afin d'anticiper une sortie sans accord, l'association professionnelle qui regroupe les principaux intervenants sur les marchés de gré à gré, l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA), avait pourtant publié en juin 2018 des modèles d'accords cadres pouvant servir de base aux contrats d'instruments dérivés, l'un en droit irlandais, l'autre en droit français. Selon plusieurs spécialistes, peu de groupes français auraient à ce jour effectué la bascule, ce qui pourrait poser problème.



«Qu'il soit "soft" ou "hard", le Brexit n'oblige certes pas à renégocier les contrats en droit anglais, qui continueront de fonctionner», indique **Bruno Fitsch-Mouras, head of finance and banking régulation d'Orange et président de la commission juridique de l'Association française des trésoriers d'entreprise**. Mais en cas de litige, les parties seront amenées à plaider leur cas devant un juge britannique, même si aucune d'entre elles ne réside au Royaume-Uni. «Problème : cela aura un coût et prendra du temps, poursuit Bruno Fitsch-Mouras. En effet, une fois le Royaume-Uni en dehors de l'UE, la

décision de ce dernier ne serait pas reconnue directement par la justice française pour le recouvrement.» Une procédure dite d'exequatur deviendrait donc nécessaire. «Il s'agit d'une procédure de contrôle a priori de la régularité d'une décision de justice rendue par un juge étranger avant de pouvoir l'exécuter localement», précise Pauline Larroque, avocat chez CMS Francis Lefebvre Avocats.

Des aménagements contractuels nécessaires

A cela viennent s'ajouter deux autres bénéfices. D'une part, le passage au droit français pour les contrats existants ou futurs entraîne peu de changements. «L'ISDA a veillé à conserver une structure très similaire, en important, dans le modèle de droit français, la clause de *flawed assets* qui est un concept de *common law* (elle autorise une partie non défaillante à suspendre temporairement ses obligations de paiement ou de livraison aux titres des transactions dérivées, le temps de décider si elle déclenche une résiliation-compensation en réponse à la survenance d'un événement de défaut avéré ou potentiel) et en n'adaptant que le minimum tel que le droit applicable, le juge compétent et l'élection de domicile», prévient Pauline Larroque. D'autre part, le choix de conserver le droit anglais n'empêchera pas de devoir engager des renégociations avec les contreparties. «Outre les nécessaires relocalisations sur le territoire de l'UE, dans la mesure où les réglementations communautaires ne s'appliqueront plus au Royaume-Uni après le Brexit – notamment celle qui concerne les garanties et la résolution des institutions financières (BRRD) – les banques devront amender les contrats de droit anglais afin notamment d'intégrer les nouveaux dispositifs anglais de résolution», informe Bruno Fitsch-Mouras. Dans ces conditions, pourquoi ne pas en profiter pour en faire d'une pierre deux coups ?

QUAND LES CABINETS ANGLO-SAXONS FONT DU LOBBYING

Si le droit britannique reste aujourd'hui la norme dans les contrats de produits dérivés des entreprises françaises, les cabinets d'avocats anglo-saxons n'y sont pas totalement étrangers. «Sans doute parce qu'ils redoutaient de voir une partie de leur activité (et donc de leurs revenus) affectée, certains d'entre eux ont mené une campagne tendant à soutenir que le maintien du droit anglais dans les contrats ne poserait aucun problème une fois le Brexit effectif, témoigne Bruno Fitsch-Mouras. Ce faisant, ils se sont bien entendu gardés d'évoquer les conséquences en cas de litige avec la contrepartie (procédure d'exequatur, allongement des délais et des coûts...) !»