



La pratique des contrats américains

Delia Spitzer
Avocat Associé

8 décembre 2009



INTRODUCTION : Cadre Général

- Malgré l'internationalisation des échanges commerciaux, les pays de « *common law* » conservent des concepts de base très différents de ceux utilisés par les pays de tradition civiliste
 - Mais les différences s'estompent...
 - Multiplication des codifications aux États-Unis
 - Utilisation en France de modèles de contrats « américanisés » pour des opérations transfrontalières
- Le droit américain et le droit anglais ne sont pas identiques
 - Plus de deux cents ans d'évolution indépendante
 - Influence de la transposition des dispositions du droit communautaire sur le droit anglais



INTRODUCTION

Droit américain des contrats

- Droit qui ignore la théorie générale des obligations, les contrats spéciaux ainsi que la distinction entre les contrats civils et commerciaux
- Droit fédéral et droit de chaque État des États-Unis — domaines couverts par l'un et l'autre
- Primauté de la volonté des parties
- Les tribunaux qui traitent des affaires commerciales sont composés de juges professionnels
- La doctrine et l'avis des professeurs de droit est une référence secondaire devant les tribunaux
- Droit jurisprudentiel, mais les codifications jouent un rôle important



INTRODUCTION

Les codifications dans le droit des contrats

- Restatement (Second) of Contracts
 - Traité de droit préparé par l'« *American Law Institute* »
 - Source la plus fréquemment citée par les avocats et les juges en matière contractuelle
 - N'a pas de force de loi
- Uniform Commercial Code
 - Préparé par une organisation non-gouvernementale afin de promouvoir l'uniformité des lois entre les États composant les États-Unis
 - Les 50 États l'ont adopté en tant que loi, mais parfois avec des modifications
 - Couvre la vente de marchandises (Article 2, très connu), et d'autres opérations commerciales :
 - Lettres de crédit
 - Titres négociables
 - Opérations garanties par des sûretés

INTRODUCTION

La structure et la négociation des contrats régis par le droit américain

- Les contrats soumis au droit américain sont généralement beaucoup plus longs que les contrats soumis au droit français
 - Il faut prévoir toutes les situations possibles
 - Pas de lois supplétives, surtout avant l'U.C.C.
- Il n'y a pas de format spécifique ou de clauses prescrites par la loi pour certaines opérations
 - Exemple: « *Asset purchase agreement* » v. acte de cession de fonds de commerce

INTRODUCTION

La structure et la négociation des contrats régis par le droit américain (suite)

- Notion élargie de l'intérêt commun d'un groupe de sociétés – moins de risque d'abus de biens sociaux dans ce contexte
- L'obligation positive de révéler des informations pendant la phase de négociation entre parties sophistiquées n'est pas aussi développée qu'en France (sauf contexte spécifique : régulation par la SEC, etc.)

INTRODUCTION

Structure traditionnelle d'un contrat d'achat d'actions d'une société

- « *Recitals* »
- « *Consideration* » [discutée ci-après]
- « *Definitions* » (10 pages en moyenne)
- « *Sale and Purchase of Shares and Closing* » (trois paragraphes)
- « *Purchase Price Adjustments* »
- « *Representations and Warranties* » (au moins 20 pages)
- « *Covenants* » (Obligations de faire - très spécifiques au dossier)
- « *Negative Covenants* » (Obligations de ne pas faire – typiquement, clause de non-concurrence)
- « *Closing Deliveries* »
- « *Indemnity* »
- « *Boilerplate Clauses* » [discutées ci-après]



INTRODUCTION

« *Boilerplate clauses* »

- Les clauses standard (« *boilerplate clauses* ») au début et à la fin du contrat ont une importance considérable
 - « *Whereas Clauses* » ou « *Recitals* »
 - « *Consideration* »
 - « *Integration* » ou « *Merger Clause* »
 - « *Injunctive relief* »
 - « *Waiver* »
 - « *Severability* »
 - « *Successors and Assigns* »
 - « *Third Party Beneficiaries* »
 - « *Counterparts* »
 - « *Choice of Law* »
 - « *Choice of Forum* »
 - « *Confidentiality* »
 - « *Interpretation* »
 - « *Force Majeure* » comprenant l'« *Act of God* »

QUELQUES CONCEPTS DE BASE...

« *Consideration* »

- Concept clé : sans « *consideration* », un accord n'est pas exécutoire aux États-Unis
 - La « *consideration* » est la raison qui a conduit une personne à s'engager vis-à-vis d'une autre à faire ou à ne pas faire une chose
 - Appréciation plutôt subjective (et non mécanique) de ce que les parties voulaient obtenir au moment de la conclusion du contrat
 - Un contrat aux États-Unis doit comporter des obligations réciproques (« *Bargained-for-exchange* ») ; équivalent du contrat synallagmatique français (Article 1102 du Code Civil)
 - Il n'est pas exigé que la « *consideration* » soit d'une valeur équivalente à la promesse obtenue; les parties sont présumées capables d'apprécier leurs propres intérêts

QUELQUES CONCEPTS DE BASE...

« *Consideration* » (suite)

- La « *past consideration* » n'est pas une « *consideration* » valable
 - Exemples :
 - Modifications contractuelles basées sur l'échange envisagé dans le contrat d'origine
 - Promesse par un employeur de payer une somme à son ex-employé pour de services loyaux rendus pendant qu'il était employé
- Un raisonnement différent de celui sous-tendant la « cause » du Code Civil en droit français (Article 1131)
 - Une action antérieure peut constituer une cause valable d'une obligation
 - Une obligation morale n'est pas une « *consideration* », mais peut être une cause
 - Des notions d'équité (« *reliance* », « *promissory estoppel* ») peuvent remplacer la « *consideration* », mais la cause ne peut pas être remplacée par un élément différent

QUELQUES CONCEPTS DE BASE...

« *Consideration* » (suite)

- Conséquence pratique : Insertion d'une clause standard dans le préambule du contrat
 - *WHEREAS, Sellers own all of the issued and outstanding shares of capital stock (the “Shares”) of the Company; and*
 - *WHEREAS, Sellers desire to sell to Buyer, and Buyer desires to purchase and acquire from Sellers all of the Shares, upon the terms and subject to the conditions set forth herein.*

NOW, THEREFORE, IN CONSIDERATION OF THE FOREGOING, OF THE REPRESENTATIONS, WARRANTIES, COVENANTS AND MUTUAL AGREEMENTS HEREINAFTER CONTAINED, AND OF OTHER GOOD AND VALUABLE CONSIDERATION, THE RECEIPT AND SUFFICIENCY OF WHICH ARE HEREBY ACKNOWLEDGED, THE PARTIES AGREE AS FOLLOWS:



QUELQUES CONCEPTS DE BASE...

« *Privity* »

- « *Privity of contract* » couvre le concept du lien contractuel qui autorise une partie à demander l'exécution d'une obligation par l'autre partie
- Atténué par la notion de « *third party beneficiary* »
 - Similaire à la stipulation pour autrui prévue à l'Article 1121 du Code Civil
 - Pour éviter des interprétations inattendues par le juge, une des « *boilerplate clauses* » traite spécifiquement de l'intention des parties à ce sujet



QUELQUES CONCEPTS DE BASE...

« *Equity* »

- L' « *equity* » est un corps de règles appliquées par le juge pour remédier aux injustices que pourraient entraîner les lacunes de la « *common law* »
 - Jugeant en « *equity* », un juge peut écarter une jurisprudence qui, dans le système de « *common law* », a force de droit (*stare decisis*), s'il estime que son application conduirait à une solution injuste
- Exemple : rupture des pourparlers
 - Aux Etats-Unis, sauf accord spécifique de conduire des négociations de bonne foi, chaque partie peut les rompre à n'importe quel moment sans aucune raison particulière, sans risque de devoir dédommager l'autre partie
 - Mais une partie peut évoquer la doctrine en équité du « *promissory estoppel* » pour forcer l'exécution d'une promesse faite pendant la négociation, même s'il n'y a pas de « *consideration* » stricto sensu
 - En France la liberté pré-contractuelle des parties est limitée par des théories quasi-délictuelles (Article 1382 du Code Civil) et d'abus de droit

QUELQUES CONCEPTS DE BASE...

« *Estoppel* »

- L'« *estoppel* » est un mécanisme qui empêche une personne de se prévaloir d'une action ou d'un droit qui contredit ce qu'elle a pu dire ou faire précédemment (notion de cohérence dans la conduite qui est en pratique parfois prise en compte par le juge français)
- Conditions
 - Le promettant doit raisonnablement envisager que sa promesse induira, chez le bénéficiaire de la promesse ou chez un tiers, une action ou une abstention d'agir de caractère clair et substantiel
 - De fait, cette promesse entraîne une telle action ou abstention
 - C'est le seul moyen d'éviter l'injustice
- Effets
 - Le remède accordé peut être limité « dans la mesure où la justice l'exige »
 - Le juge américain préfère généralement accorder des dommages-intérêts



QUELQUES CONCEPTS DE BASE... « *Representations* »

- Importance des déclarations faites dans un contrat
 - Les « *reps & warranties* » dans un « *Stock Purchase Agreement* » américain comparées à une garantie de passif ou de bilan dans un contrat de cession d'actions français
- La garantie de bilan : inutile de chercher une « *misrepresentation* » ; la garantie fonctionne de manière mathématique
- Les « *reps & warranties* » : couvrent la période jusqu'au closing, et les responsabilités potentielles qui ne sont pas de nature à être reflétées dans un bilan
- Pratique aujourd'hui : utilisation des deux concepts dans les contrats régis par le droit français



QUELQUES CONCEPTS DE BASE... « *Representations* » (suite)

- Dans un « *SPA* », des déclarations très étendues couvrant des questions environnementales, fiscales et de droit social (citant des « *statutes* » fédéraux : ERISA, COBRA, OSHA, Cercla, etc.)
- Si une déclaration importante par l'une des parties, se révèle fausse (« *misrepresentation* »), et a été à la base d'une « *reliance* » véritable et légitime de la part de l'autre partie, celle-ci peut demander l'annulation du contrat, sans préjudice d'éventuels dommages-intérêts



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE...

Conditions potestatives

- Conditions potestatives : pas de contraintes similaires à celles de l'Article 1174 du Code Civil
 - « *To buyer's sole discretion* »
 - Opération qui doit avoir l'approbation du Conseil d'Administration de la société
 - Obligation suspendue à l'obtention de financement

QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE...

Les notions d'ordre public et d'actions abusives ou brutales sont plus discrètes

- Les dispositions d'ordre public dans le contexte d'un contrat sont très peu nombreuses
 - Exemples :
 - pas d'équivalent à l' Article L.442-6-I-5 du Code de Commerce : rupture brutale de relations commerciales établies
 - pas d'équivalent à l'Article L.1224-1 du Code du Travail (ex – L.122-12) qui affecte le transfert d'un fonds de commerce
 - Le juge américain a quand même la possibilité de rendre non-exécutoire un contrat poursuivant un but illicite, ou dont le contenu contrevient l'intérêt public
- La notion d'actions brutales (rupture brutale des pourparlers ou de relations commerciales établies) ou abusives (licenciement abusif d'un employé, révocation abusive d'un dirigeant) est beaucoup moins répandue



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... « *Breach of contract* »

- La faute du débiteur est en général indépendante de la notion de « *breach of contract* »
 - Dans l'arrêt *Mc Neal-Edwards Co v. Frank L. Young Co.*, la faute, parce qu'elle est intentionnelle, est cependant prise en compte
- La gravité de l'inexécution est, au contraire, appréciée dans l'intérêt du créancier
 - Le créancier privé de l'avantage substantiel attendu de la conclusion du contrat (victime d'un « *material breach* ») est libéré de ses obligations contractuelles, sans préjudice d'éventuels dommages-intérêts



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... L'évaluation des dommages-intérêts

- Principe : « *expectation interest* »
- Alternatives : « *reliance interest* » et « *restitution interest* »
- Limite : dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat
- Les notions de « *mental distress* » et « *personal injury* »



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... « *Mitigation of damages* »

- Le créancier victime d'une inexécution contractuelle est tenu de minimiser son dommage
 - Obligation beaucoup plus poussée qu'en France
- Dès lors que la gravité de l'inexécution compromet le contrat dans son intégralité, le créancier est incité à trouver une substitution, dans la mesure du possible, sans autorisation judiciaire préalable
- La date de l'évaluation des dommages-intérêts est celle de l'inexécution (et non pas celle du jugement)



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... « *Punitive damages* »

- Des dommages punitifs sont octroyés de manière habituelle dans le contexte d'une conduite quasi-délictuelle intentionnelle ou en cas d'imprudence excessive
- Il n'existe pas de dommages punitifs pour un manquement à une obligation contractuelle
 - Raison : la théorie de l'« efficient breach »
- Contraste avec la France : les dommages punitifs imposés par les tribunaux ne sont pas admis, même pour une conduite quasi-délictuelle (seulement admis dans le cadre de certaines procédures pénales)



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... « *Liquidated damages* »

- Les clauses de « *liquidated damages* », qui reflètent une estimation raisonnable du dommage, sont acceptées ; les clauses pénales ne le sont pas
- Les juridictions américaines ne donnent aucun effet aux stipulations contractuelles dès lors qu'elles ont un effet comminatoire (« *deterrent effect* ») même si elles sont dénommées « *liquidated damages* »
 - Le juge américain n'a pas le pouvoir de modifier le montant fixé par les parties (contrairement au juge français – Article 1152 du Code Civil)



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... « *Liquidated damages* » (suite)

- Il faut donc faire attention sur la rédaction des clauses fixant un montant de dommages-intérêts dû par l'une des parties en cas d'inexécution contractuelle
 - Montant raisonnable par rapport au dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat
 - Montant raisonnable par rapport au dommage réellement subi par la partie victime de l'inexécution



QUELQUES DIFFÉRENCES D'APPROCHE... « *Specific Performance* »

- L'exécution forcée en nature est écartée si la réparation pécuniaire constitue une réparation adéquate
 - En pratique, le résultat n'est pas totalement différent aux États-Unis et en France, la différence résulte plutôt d'une question de preuve
 - Aux États-Unis, le demandeur doit prouver en quoi les dommages et intérêts ne sont pas suffisants
 - En France, le défendeur est chargé de montrer pourquoi l'exécution forcée en nature est inappropriée
- Retenue si l'objet de l'obligation est unique
 - Contrats immobiliers
 - Ventes de biens uniques ou rares
- Généralement écartée pour les contrats de prestation de services

CONCLUSION

Tendances du XXIème siècle...

- Même si les différences dans certaines notions fondamentales de droit continuent à exister, aujourd'hui dans la pratique les différences ont tendance à s'estomper...
 - Les contrats commerciaux entre parties internationales sophistiquées se ressemblent
- Un devoir de bonne foi s'installe de plus en plus aux États-Unis
 - Historiquement, le droit américain n'a pas consacré de principe général d'exécution des obligations contractuelles de bonne foi, contrairement à l'Article 1134, §3 du Code Civil
 - Les notions de « *laissez-faire* », « *caveat emptor* », « *buyer beware* » ont été assouplies par les théories telles que l'« *unconscionability* », le « *promissory estoppel* », etc.
 - Le « *U.C.C.* » et le « *Second Restatement of Contract* » adoptent à leur tour le concept de bonne foi, qui imprègne de manière progressive le droit de chacun des États composant les États-Unis



Questions ?

