

Les risques juridiques du Brexit déclenchent la mise en place d'un nouveau modèle de convention-cadre de droit français pour les opérations sur produits dérivés.

24 juillet 2018

Hogan Lovells

par Katia Merlini et Pauline Larroque

Les modèles de contrats publiés par L'*International Swaps and Derivatives Association, Inc.* (l'"ISDA") sont à ce jour largement utilisés par les intervenants de marché pour documenter leurs opérations sur produits dérivés régies par le droit anglais, le choix du droit anglais étant lui-même majoritairement appliqué pour les opérations sur produits dérivés entre cocontractants établis dans des Etats membres différents au sein de l'Union Européenne.

La perspective du Brexit soulève un certain nombre de questions quant à l'utilisation de cette documentation de droit anglais publiée par l'ISDA. En réponse à l'incertitude qui résulte de ces questions, l'ISDA vient de publier deux nouveaux contrats-cadres : l'un régi par le droit français et l'autre soumis au droit irlandais.

Les questions soulevées par le Brexit quant à l'utilisation de la documentation de droit anglais publiée par l'ISDA pour les opérations sur produits dérivés

Le 29 mars 201, le Royaume-Uni a notifié au Conseil européen son intention de quitter l'Union européenne (l'"UE"), conformément à l'article 50 du traité sur l'UE. Cette notification a entraîné l'ouverture d'un processus de retrait complexe, inédit et dont les avancées sont tributaires des négociations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. La seule certitude, à ce stade, est que le Royaume-Uni deviendra un pays tiers à l'UE à partir du 30 mars 2019. Une période de transition pourrait être mise en place, celle-ci ne devant pas s'étendre au-delà du 31 décembre 2020. Cette perspective soulève deux questions principales dans le cadre de la documentation contractuelle de droit anglais publiée par l'ISDA pour les opérations de produits dérivés :

(a) le droit anglais, en tant que droit choisi par les parties, est-il toujours valable et reconnu par le juge français en tant que droit applicable aux transactions sur produits dérivés concernées ?

(b) un jugement rendu par le juge anglais en application d'une clause de juridiction renvoyant aux tribunaux anglais sera-t-il reconnu et pourra-t-il être exécuté en France relativement aux obligations résultant des transactions sur produits dérivés concernées ?

(a) Quant à la reconnaissance par les juges français du choix du droit anglais comme droit applicable, le Règlement UE 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit "Rome I") prévoit notamment que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le Règlement Rome I a un caractère universel en ce sens qu'il précise que "la loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre" ; le Règlement Rome I prévoit la liberté de la loi applicable au contrat, y compris dans le cas où la loi désignée n'est pas celle d'un État membre de l'UE. A cet égard, les conséquences du Brexit et de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne apparaissent donc limitées : le juge français saisi d'un contrat prévoyant que le droit anglais est le droit applicable au contrat donnera effet à cette clause de droit applicable. Les seules réserves limitant la liberté de choix des parties concernent l'ordre public international et les lois de police, ainsi que les cas de fraude, mais ces réserves existent déjà actuellement, indépendamment de la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne.

Concernant la reconnaissance par les juges britannique du choix du droit anglais comme droit applicable, le Règlement Rome I cessera de s'appliquer ; sous réserve d'un accord spécifique entre l'UE et du Royaume-Uni, les juges britanniques feront application du droit international privé commun en matière de contrats, ce qui se traduit en principe par un respect élevé de la liberté contractuelle en cas de choix de loi, a fortiori lorsque la clause de droit applicable est en faveur du droit anglais.

(b) Quant à la reconnaissance de la clause de juridiction applicable, l'article 25 du Règlement UE 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit "Bruxelles I bis") pose le principe que "si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un

rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes [...]". Ainsi, les clauses de choix de for sont valables lorsqu'elles renvoient à la compétence d'une juridiction d'un autre Etat membre et non d'un Etat tiers.

Cependant, il paraît probable qu'un juge français continuera de reconnaître la clause de juridiction renvoyant vers les tribunaux anglais lorsque le Royaume-Uni sera devenu un Etat tiers. Quant au juge britannique, en présence d'une clause de choix de for en faveur des juridictions anglaises, celui-ci s'estimera naturellement et logiquement compétent selon le droit international privé commun du Royaume-Uni.

En revanche, la circulation des jugements au sein de l'UE régie par le Règlement Bruxelles I bis cessera de s'appliquer en France aux effets des jugements rendus par les tribunaux du Royaume-Uni en France. Cela signifie que les jugements des juridictions du Royaume-Uni seront accueillis selon les conditions et la procédure d'exequatur du droit international privé commun applicable aux jugements émanant des pays tiers (alors que le Règlement Bruxelles I bis supprime cette exigence pour les jugements des juridictions européennes). La procédure de l'exequatur est une procédure de nature contentieuse et relève de la compétence du Tribunal de grande instance qui vérifie principalement que le jugement anglais soit considéré comme conforme, au fond et quant à la procédure suivie, à l'ordre public français.

Un nouveau modèle de contrat ISDA de droit français pour les opérations sur produits dérivés

En réponse aux craintes des intervenants de marché concernant l'exécution des jugements, et l'efficacité des clauses de juridiction y afférentes, relatifs aux contrats sur produits dérivés régis par le droit anglais et conclus après le retrait effectif du Royaume-Uni de l'UE le 30 mars 2019 (ou, plus vraisemblablement, après la fin de la période de transition s'achevant le 31 décembre 2020), l'ISDA a donc publié, le 3 juillet 2018, deux nouveaux modèles de contrats-cadre: un contrat-cadre de droit civil, soumis au droit français et un contrat-cadre de Common Law, soumis au droit irlandais.

Les intervenants auront donc la possibilité de documenter leurs transactions sur

produits dérivés par le biais d'une convention-cadre ISDA de droit français dont le contenu est très similaire au modèle existant de convention-cadre ISDA de droit anglais, mais qui est régie par un droit de l'Union Européenne et prévoit la compétence du tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris, les jugements émis par ces cours continuant à bénéficier des avantages prévus par les dispositions du Règlement Bruxelles I Bis en matière de procédures d'exécution.

Le projet de loi PACTE (pour "Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises"), publié le 19 juin 2018, propose par ailleurs d'adapter certains aspects spécifiques du droit français aux besoins de cette nouvelle convention-cadre ISDA de droit français.

(a) Ainsi, le droit français actuel ne permet pas la facturation d'intérêts capitalisés lorsque les intérêts soumis à capitalisation sont dus depuis moins d'un an. Le projet de loi PACTE prévoit donc la possibilité de modifier cette règle de capitalisation des intérêts dus depuis au moins un an (dite règle de l'"anatocisme") pour les conventions-cadre régissant la conclusion d'opérations sur produits dérivés, afin que la capitalisation des intérêts soit possible lorsqu'il s'agit d'intérêt dus pour une période inférieure à un an, ainsi que le prévoit le nouveau modèle de convention-cadre ISDA de droit français (et qui sur ce point reste donc inchangé par rapport au modèle existant de convention-cadre ISDA de droit anglais).

(b) De même, en droit français, le champ actuel des opérations de dérivés éligibles au régime dérogatoire de compensation-résiliation prévu par le Code monétaire et financier (qui assure l'efficacité des clauses de compensation et de résiliation des contrats sur produits dérivés conclus par une société de droit français même lorsque que cette entité fait l'objet de procédures collectives) exclue les opérations de change au comptant, les transactions sur métaux précieux ou encore les opérations sur quotas de CO2. Le projet de loi PACTE prévoit de supprimer cette exclusion, identifiée comme un frein au développement nouveau modèle de convention-cadre ISDA de droit français.

Auteurs



**Katia
Merlini**

Associée

> [Read the full article online](#)