

## Liste des principales abréviations

Art.	Article
al.	Alinéa
C. civ.	Code civil
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
Cass. civ.	Cassation civile (Chambre civile de la Cour de cassation)
Cass. Soc.	Cassation sociale (Chambre sociale de la Cour de cassation)
CJCE	Cour de Justice de la Communauté européenne
Coll.	Collection
Concl.	Conclusion
Déc.	Décision
Dern. mise à jour	Dernière mise à jour
Éd.	Edition
<i>Ibid.</i>	Dans le même ouvrage
JOCE	Journal Officiel de la Communauté Européenne
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Op. cit.</i>	Opus Citatum – <i>Ouvrage précédemment cité du même auteur</i>
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
RDC	Revue Des Contrats
Règlement (CE)	Règlement de la Communauté Européenne
Rev. Sociétés	Revue des Sociétés
RTDF	Revue Trimestrielle de Droit Financier
Sous la dir.	Sous la direction de
t.	Tome

**Table analytique des matières**

Introduction .....	1
I. La détermination de la loi applicable au transfert de titres en application du Règlement Rome I .....	5
A. Le principe d'autonomie de la volonté .....	5
1. Le fondement du principe d'autonomie de la volonté .....	5
2. Le domaine d'application du Règlement Rome I .....	6
3. Le champ d'application du Règlement Rome I .....	7
B. L'application subsidiaire des règles de conflit de lois en cas d'absence de choix d'une <i>lex contractus</i> .....	11
1. Les règles de conflit de lois du Règlement Rome I .....	11
2. La prise en compte des lois de police dans la détermination de la loi applicable au contrat .....	12
3. Le domaine d'application de la loi désignée par le Règlement Rome I .....	13
II. Les éléments déterminant le choix des parties .....	16
A. Les critères subjectifs .....	16
1. Le choix d'un régime fiscal attractif .....	16
2. Le choix d'un régime contractuel sécurisé .....	17
3. Le choix d'un droit de la concurrence protecteur .....	19
B. Les restrictions au choix des parties .....	20
1. L'étude des contrats « Sharia compatible » .....	21
2. La négociation contractuelle russe .....	23
3. L'éminence de la <i>lex societatis</i> .....	26
Conclusion .....	28
Bibliographie .....	29

## Introduction

**1.** Le choix de la loi applicable à un contrat est en général fait par les parties sans que celles-ci ne se soucient des conséquences qui en découlent. De fait, ce choix est dicté par des considérations diverses telles que la connaissance des parties de la teneur de telle ou telle loi, ou encore de leur liens avec celle-ci<sup>1</sup>; considérations qui découlent, *in fine*, l'une de l'autre.

**2.** Les titres étudiés dans ce mémoire sont les « titres financiers » au sens de l'Ordonnance du 8 Janvier 2009<sup>2</sup>. Cette ordonnance a instauré une nouvelle catégorie de biens corporels regroupant l'ensemble des droits négociables constatés par une inscription en compte dont le régime unitaire s'ordonne autour de leurs deux caractéristiques communes, d'une part, leur négociabilité et d'autre part, leur inscription en compte<sup>3</sup>. Ainsi, les titres financiers sont désormais définis à l'article L. 211-1, II du Code monétaire et financier, comme : « Les titres de capital émis par les sociétés par actions ; 2. Les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; 3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif ». Ces dispositions sont complétées par l'article L. 212-1, A, selon lequel « les titres de capital émis par les sociétés par actions comprennent les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote », et l'article L. 212-1, A, qui dispose que « les titres de créance représentant chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet ». En définitive, la combinaison des articles L. 211-1, L. 211-3 et L. 211-14 permet de donner une définition complète du titre financier qui est un droit négociable constaté par une inscription en compte auquel est attaché un régime particulier sans lequel cette classification ne présenterait aucune utilité<sup>4</sup>. Seuls les titres de capital émis par les sociétés par actions, les actions et les autres titres pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote non négociés sur un marché réglementé nous intéresseront ici. La négociabilité des titres financiers permet de les différencier des contrats financiers<sup>5</sup>. A ce titre, l'article L. 211-14 du Code monétaire et financier dispose qu' « à l'exception des parts de sociétés civiles de placement immobilier [...] et des parts de société d'épargne forestière [...], les titres financiers sont négociables ». Nous noterons, en outre, que

---

<sup>1</sup> Les personnes physiques choisissent, en général, la loi de leur nationalité, et les personnes morales, la loi de leur domiciliation. Cet état de fait est observé, en pratique, dans les contrats commerciaux internes français, tout autant que dans les contrats internationaux

<sup>2</sup> L'article 152 de la loi n° 2008-776, dite LME, du 4 Août 2008 a habilité le Gouvernement à « réformer et simplifier le droit applicable aux instruments financiers par la modification des définitions, de la nomenclature et de la présentation des dispositions qui leur sont applicables afin de rendre plus cohérent le droit des titres et d'intégrer et d'anticiper les évolutions des normes européennes et des conventions internationales en matière de droit des titres ». Le Gouvernement avait alors choisi d'opérer à « droit constant »

<sup>3</sup> Dubertret (Matthieu), *Réforme du Droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 Janvier 2009*, Recueil Dalloz 2009, p. 448

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 449

<sup>5</sup> L'article L. 211-1, III, du Code monétaire et financier renvoie à une liste réglementaire en indiquant que « les contrats financiers, autrement dénommés « instruments financiers à terme », sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret ». Ainsi, aucun régime homogène ne leur est applicable

depuis l'Ordonnance du 8 Janvier 2009, les instruments émis sur le fondement de droits étrangers sont assimilés aux titres financiers<sup>6</sup>.

**3.** Ce présent mémoire ne fera état que des cessions de titres en pleine propriété, conférant à leur possesseur régulier de bonne foi un droit exempt de vices. Ainsi, dans les exemples cités, aucune question sur la réalité et la conformité des cessions ne sera soulevée.

**4.** En ce qui concerne la cession des titres financiers, l'article L. 211-2 dispose que « les titres financiers se transmettent par virement de compte à compte ». La cession d'un titre financier comporte deux phases : celle de la « vente » du titre à proprement parler, qui se matérialise par un contrat de cession de titre<sup>7</sup>, et celle de l'inscription en compte auprès de l'émetteur, qui transfert la propriété du titre. Le « compte-titre » est la notion utilisée par le législateur dans le Code monétaire et financier depuis la réforme opérée par l'Ordonnance de 2009<sup>8</sup> pour désigner ce compte qui reflète la détention propriété des titres de l'émetteur. Ce compte-titre peut être détenue soit par l'émetteur, soit par un intermédiaire<sup>9</sup>. Un intermédiaire est, au sens du droit international, toute personne qui, dans le cadre de son activité professionnelle ou à titre habituel, tient des comptes de titres pour autrui, ou tant pour autrui que pour son propre compte, et agit en cette qualité<sup>10</sup>. A ce sujet, les « titres » étaient à l'origine des titres au porteur inscrits sur un papier ou des titres au nominatif inscrits sur les registres de la société. Les actionnaires détenaient ainsi directement leurs titres. Puis, les transactions se multipliant, l'idée est venue de faire détenir les titres par un dépositaire central, afin de faciliter leur déplacement, le fonctionnement des systèmes de compensation et les règlement-livraisons. Le système de détention des titres est ainsi devenu un système de détention indirecte. Aujourd'hui, le titulaire de titres ne possède plus directement ses titres, il les possède par une inscription en compte. La complexité s'est encore accrue lorsque des chambres de compensation et des accords dits de « netting », permettant à chaque participant de simplifier les règlements de ses obligations qu'il doit aux autres participants, ont été créés. Tout ceci se fait aujourd'hui grâce à la compensation multilatérale dont nous pouvons imaginer les questions de droit applicable qu'elle peut poser. En effet, cette question pourrait devenir fort problématique s'il arrivait qu'un participant ne puisse plus remplir ses obligations. Afin de régir le droit applicable aux transferts de titres impliquant un intermédiaire, un projet de Convention de La Haye a été adopté en décembre 2002. Le dispositif final intitulé « Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire », et conclu le 5 Juillet 2006, a été rejeté par l'Union européenne<sup>11</sup>. Ce projet de Convention s'intéressait aux titres détenus auprès d'un intermédiaire et précisait la loi applicable aux transferts de titres en cas d'absence de choix par les parties<sup>12</sup>. Le principe

<sup>6</sup> Art. L. 211-1 et L. 211-41, C. mon. fin.

<sup>7</sup> Martin, *La théorie de la scripturalisation, in 20 ans de dématérialisation des titres en France*, sous la dir. De Hubert de Vauplane, Banque éditeur, 2005, n° 18, p. 65

<sup>8</sup> Recueil Dalloz 2009, p. 450

<sup>9</sup> Art. L. 542-1, 2<sup>o</sup>) et 7<sup>o</sup>), C. mon. fin.

<sup>10</sup> Dubertret (Matthieu), *Réforme du Droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 Janvier 2009*, Recueil Dalloz 2009, p. 450

<sup>11</sup> Vauplane (de) (Hubert), *Projet de convention UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires*, RTDF, 2006/2.65

<sup>12</sup> Art. 4 de la Convention : le rattachement principal est celui de la loi choisie par les parties

qui y était posé était complexe et concernait aussi bien les relations existant entre l'intermédiaire et le titulaire du compte que les effets de ces relations à l'égard des tiers<sup>13</sup>. La loi applicable était celle du lieu de situation des comptes tenus par l'intermédiaire direct<sup>14</sup>. Dans un souci de clarté, seules les cessions de titres directement détenus seront étudiées dans ce mémoire.

**5.** En ce qui concerne la loi applicable aux contrats de cession de titres financiers, il est important, à ce stade de notre étude, de différencier la loi applicable aux titres eux-mêmes de celle applicable à leur transfert. En effet, en droit français, la loi nationale de la société est compétente pour régir l'ensemble des problèmes concernant les titres qu'elle émet et les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire<sup>15</sup>. Cette loi est appelée, la « *lex societatis* ». A contrario, les opérations diverses que subissent ces titres, que ce soit le transfert de pleine propriété définitif, le transfert d'usufruit, le transfert temporaire de propriété<sup>16</sup>, ou encore les garanties prises à leur encontre, sont soumises à la loi du contrat régissant ces opérations ; c'est-à-dire, la « *lex contractus* ».

**6.** Il convient de remarquer que la partie du projet d'Ordonnance concernant les règles de conflit de lois en matière de titres financiers n'a pas été retenue car sa rédaction faisait débat. En particulier, le projet de texte indiquait que « lorsque les titres financiers sont intermédiaires, les conditions et les effets patrimoniaux des opérations de crédit et de débit du compte sont régis par la loi de l'État sur le territoire duquel est situé l'établissement à cette fin, il est présumé, sauf preuve du contraire, être l'établissement qui tient effectivement le compte ». Cette disposition avait fait l'objet de deux principales critiques. D'une part, celle-ci précisait que le second membre de la phrase rétablissait la loi d'autonomie qui avait entraîné le rejet par l'Union européenne, de la Convention de La Haye de Juillet 2006. D'autre part, le premier membre de la phrase, présenté comme le principe, visait « la loi de l'État sur le territoire duquel est situé l'établissement de l'intermédiaire qui tient le compte », ce qui induisait une double incertitude. D'abord, l'établissement n'était pas défini. Ensuite, le compte tenu par l'intermédiaire n'était pas non plus identifié, ce qui aurait pu permettre de choisir n'importe lequel des comptes de la chaîne d'intermédiation. Cette double incertitude rendait la détermination de la loi applicable incertaine et libre dès lors que les parties étaient libres d'interpréter ces termes. Il semble ainsi, qu'il eût été préférable de viser la loi de l'État où est situé le compte-titre ouvert au nom du propriétaire<sup>17</sup>.

**7.** Les instruments financiers font l'objet d'opérations diverses qui peuvent comporter des éléments d'extranéité. Ces opérations se concrétisent par des contrats qui, du point de vue international, se voient appliquer la méthode conflictuelle pour déterminer la loi qui leur est applicable à défaut de loi choisie par les parties. C'est en tout cas le principe au sein de l'Union européenne, institué par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations

<sup>13</sup> Les créanciers par exemple

<sup>14</sup> Dubertret (Matthieu), *Réforme du Droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 Janvier 2009*, Recueil Dalloz 2009, p. 450

<sup>15</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 Octobre 1972, n° 70-13.820, Rev. Sociétés 1974, p. 127, note Bismuth

<sup>16</sup> Par exemple : le prêt, la pension ou la vente à réméré

<sup>17</sup> Dubertret (Matthieu), *Réforme du Droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 Janvier 2009*, Recueil Dalloz 2009, p. 451

contractuelles du 19 Juin 1980 et dont les termes ont été repris en grande majorité dans le Règlement du 17 Juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>18</sup>.

**8.** *La question est donc, de délimiter la liberté contractuelle laissée aux parties dans le choix de la loi applicable aux transferts de titres de sociétés appartenant à un État partie au Règlement Rome I, et directement détenus par leur détenteur.*

**9.** Pour ce faire, il sera intéressant d'étudier, dans une première partie, les règles permettant de déterminer la loi applicable à un tel contrat. Dans une seconde partie, nous tenterons de recenser les différents critères utiles au choix de la *lex contractus*.

---

<sup>18</sup> Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil, 17 Juin 2008 : JOUE n° L 177,4 Juillet), ci-après « Règlement Rome I »

## I. La détermination de la loi applicable au transfert de titres en application du Règlement Rome I

**10.** Traditionnellement, les questions relatives au droit des sociétés échappent à la liberté contractuelle<sup>19</sup>. Par exception à ce principe, le contrat de transfert de titres relève en premier lieu de la loi d'autonomie (A.). Pour autant, dans certains cas, les parties omettent de préciser la loi applicable au contrat de cession. Les règles de conflit de lois permettent alors déterminer la loi applicable (B.).

### A. Le principe d'autonomie de la volonté

**11.** Le « Règlement Rome I » dispose, par principe, que la loi déterminée par les parties dans le contrat de transfert de titres est applicable aux obligations qui en découlent.

#### 1. Le fondement du principe d'autonomie de la volonté

**12.** Le Règlement Rome I trouve ses origines dans la Convention de Rome « sur la loi applicable aux obligations contractuelles » dont la dernière version codifiée avait été élaborée et publiée au Journal Officiel en 2005<sup>20</sup>. Cette dernière était le fruit d'un travail commun d'unification entre les six États fondateurs du Marché commun. La Convention de Rome était accompagnée d'un rapport établi par MM. Giuliano et Lagarde<sup>21</sup> et complétée par deux protocoles concernant son interprétation par la Cour de Justice européenne<sup>22</sup>. Ces deux protocoles étaient entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2004 et avaient été publiés par décret le 5 Janvier 2005. La CJUE était chargée de l'interprétation uniforme de la Convention de Rome.

**13.** La Convention de Rome tendait à l'unification des règles de conflit de lois au sein de l'Union européenne. Elle poursuivait ainsi l'œuvre d'unification entreprise par le Règlement du 22 Décembre 2000 en matière de conflits de juridictions<sup>23</sup>.

**14.** Par la suite, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le Règlement Rome I<sup>24</sup>. Ce règlement transforme en texte de l'Union la Convention de Rome, tout en y apportant quelques modifications. Il introduit dans le droit national des États membres de l'Union européenne un ensemble de règles uniformes sur la loi applicable aux obligations

<sup>19</sup> C'est le cas des règles de gestion et d'administration de la société

<sup>20</sup> JOUE n° C 334, 30 décembre 2005

<sup>21</sup> JOCE n° C 282, 31 Octobre 1980

<sup>22</sup> JOCE n° L 48, 20 Février 1989

<sup>23</sup> Règlement CE n° 44/2001 du 22 Décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ci-après, « Règlement Bruxelles I »

<sup>24</sup> Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil, 17 Juin 2008 : JOUE n° L 177,4 Juillet

contractuelles ainsi que sur certaines questions générales de droit international privé dans la mesure où ces questions se rattachent à la matière des obligations contractuelles<sup>25</sup>. Ainsi, les rédacteurs du Règlement Rome I ont opté pour une unification en matière contractuelle plutôt qu'une unification générale du droit privé. La Convention de Rome ne disparaît pas pour autant puisqu'elle s'applique toujours au Royaume-Uni et au Danemark, ces pays n'ayant pas adopté le Règlement Rome I<sup>26</sup>. Les règles du Règlement Rome I seront ici développées par préférence à celles de la Convention de Rome car elles sont devenues le principe en matière de conflit de lois dans les relations contractuelles dans un grand nombre des États membres de l'Union européenne et reprennent en majorité les règles de la Convention de Rome.

**15.** Il est à noter qu'un premier travail d'unification avait préalablement été réalisé en matière d'obligations non-contractuelles par l'adoption, au sein de l'Union européenne, du Règlement (CE) n°864/2007 « sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles » relevant de la matière civile et commerciale.

**16.** Ainsi, le Règlement Rome I s'inscrit dans un travail général d'unification législatif européen, tant sur le fond que la forme employés.

## 2. Le domaine d'application du Règlement Rome I

**17.** Le Règlement Rome I est applicable aux obligations contractuelles internationales de nature patrimoniale relevant de la matière civile ou commerciale<sup>27</sup>. Les tractations menées avant la conclusion du contrat sont exclues du champ d'application du Règlement<sup>28</sup>. Ainsi, les cessions de titres tombent dans le champ d'application de la Convention au titre d'un contrat de vente de nature patrimoniale. En ce qui concerne la condition *ratione temporis*, l'article 29 Règlement dispose que ce dernier est applicable aux obligations contractuelles conclues après le 17 Décembre 2009<sup>29</sup>. En outre, le Règlement précise que ses dispositions s'appliquent dès lors que le juge saisi appartient à un État contractant et ce, même si la loi désignée n'est pas celle-même, celle d'un État contractant<sup>30</sup>.

**18.** La notion de contrat international comprend les cas dans lesquels la relation contractuelle comporte au moins un élément objectif d'extranéité. Le Règlement n'est donc applicable qu'aux situations comportant un conflit de lois. Ce conflit de lois est par exemple présent dans le cas d'une cession de titres d'une entreprise allemande, par un actionnaire allemand, à un acquéreur français. A contrario, dans une situation où tous les protagonistes seraient de

<sup>25</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-3

<sup>26</sup> Déc. N°2009/26/CE de la Commission, 22 décembre 2008 : JOUE n° L 10, 15 Janvier 2009

<sup>27</sup> Art. 1.1, al. 1, Règlement Rome I

<sup>28</sup> *Ibid.*, art. 1.2, i.

<sup>29</sup> Cass. Soc., 26 Septembre 2007, X c/ Sacinter : la Cour de cassation, en application de la Convention de Rome a rappelé que celle-ci ne s'appliquait aux États contractant qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur pour cet Etat. Cette solution est bien évidemment transposable au Règlement Rome I

<sup>30</sup> Ce qui est appelé « la vocation universelle » d'une Convention ou d'un Règlement

nationalité française, la loi française serait alors applicable au contrat de cession à défaut de choix de loi par les parties.

**19.** Il est à noter que le Règlement est aussi applicable dans les cas où la situation litigieuse donne naissance à un conflit entre deux ou plusieurs lois coexistant à l'intérieur d'un même État<sup>31</sup>, à condition que les règles en cause émanent du pouvoir législatif de ce dernier<sup>32</sup>. Les parties peuvent également créer un élément objectif d'extranéité volontairement en choisissant la loi applicable. Toutefois, le choix par les parties d'une loi étrangère, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays, ou du pays choisi, ne permet pas de déroger par contrat. Ces dispositions sont dénommées dans le Règlement Rome I : « dispositions impératives »<sup>33</sup>.

**20.** Certaines matières sont expressément exclues du champ d'application du Règlement Rome I. Nous en développeront certaines sans pour autant que cette liste soit exhaustive, afin de ne pas nous égarer. Nous retiendrons tout de même que le Règlement ne s'applique qu'aux contrats de droit privé, ce qui exclut les contrats relevant du droit administratif, du droit public ou des obligations légales<sup>34</sup>. Par ailleurs, les conventions d'arbitrage, la validité des clauses d'élection de for et les questions relevant du droit des sociétés sont aussi exclues des dispositions du Règlement.

### 3. Le champ d'application du Règlement Rome I

**21.** Le Règlement Rome I impose un principe d'autonomie de la volonté dans le choix de la loi applicable à un contrat au sein de l'Union européenne<sup>35</sup>. Ce principe constitue le droit commun des États membres<sup>36</sup>. L'article 3§1 de la Convention de Rome avait déjà consacré ce principe et précisait que la loi choisie par les parties était applicable dès lors qu'elle résultait « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »<sup>37</sup>. Cette expression est d'ailleurs expressément reprise dans le Règlement Rome I.

**22.** Le principe de l'autonomie de la volonté est également consacré à l'article 2 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 Juin 1955, l'article 8 de la Convention de Genève du 21 Avril 1961

---

<sup>31</sup> Par exemple, un conflit interfédéral au sein des Etats-Unis

<sup>32</sup> Aucun conflit de loi ne peut résider entre une coutume et une loi

<sup>33</sup> Art. 3.3, Règlement Rome I

<sup>34</sup> *Ibid.*, art. 1.1, al. 2

<sup>35</sup> Ce principe avait déjà été consacré en droit français dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 Décembre 1910 (S. 1911.1.129, note Lyon-Caen, RDIP 1911.395) et en droit anglais dans l'arrêt Robinson v. Bland en 1760

<sup>36</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-5

<sup>37</sup> Art. 3, Convention de Rome du 19 Juin 1980

sur l’arbitrage commercial international, ou encore l’article 5 de la Convention de la Haye du 14 Mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d’intermédiaire et la représentation.

**23.** L’article 3.1 du Règlement Rome I précise les quatre règles permettant de déterminer la loi applicable à un contrat, et plus particulièrement aux cessions de titres. Tout d’abord, les parties possèdent une liberté de choix de la loi applicable au contrat, que ce choix soit implicite ou explicite, pourvu qu’il soit certain entre les parties. La théorie de la « volonté hypothétique » consacrée par le droit allemand<sup>38</sup>, à savoir, le choix que le juge aurait fait s’il avait été à la place des parties, est expressément écartée. Ainsi, le juge ne peut supposer un choix de la loi par les parties si elles n’ont pas eu l’intention certaine de le faire. Dans le silence des textes à cet égard, les parties semblent libres de choisir n’importe qu’elle loi, même si celle-ci ne présente aucun lien objectif avec le contrat<sup>39</sup>. Cette règle différencie le contrat de cession de titre de la loi applicable aux titres en eux-mêmes, comme vu précédemment. En outre, le Règlement Rome I n’interdit pas aux parties d’intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale<sup>40</sup>. Ainsi, la question s’est posée de savoir si les parties pouvaient choisir de se référer à la « *lex mercatoria* »<sup>41</sup>. La doctrine majoritaire semble opter pour une lecture littérale des dispositions du Règlement tendant à exclure cette hypothèse au profit du choix d’une loi nationale. Ensuite, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat, ce qui permet aux parties de fractionner leur choix de la loi applicable. C’est ce qui est appelé en droit international privé le « dépeçage du contrat »<sup>42</sup>. Cette règle admet deux limites : le choix doit concerner les éléments du contrat qui peuvent être régis par des lois différentes sans donner lieu à des résultats contradictoires et ne pas faire échapper un élément du contrat à des dispositions impératives<sup>43</sup>. Par ailleurs, les parties peuvent choisir de modifier la *lex contractus* en cours de vie du contrat<sup>44</sup>. Pour autant, la modification de la loi applicable ne peut avoir pour effet d’affecter la validité formelle du contrat<sup>45</sup>. En outre, ce changement, ne peut porter atteinte aux tiers qui auraient pu acquérir certains droits à la suite de ce contrat. Enfin, concernant la validité du consentement sur la loi applicable, le Règlement Rome I renvoie à ses articles 10, 11 et 13, qui donne compétence à la loi applicable au contrat pour régir le domaine de la loi applicable, les questions de capacité à contracter, ainsi que les effets de la subrogation.

---

<sup>38</sup> « *Hypothetische Wille* »

<sup>39</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-5

<sup>40</sup> 13<sup>ème</sup> considérant, Règlement Rome I

<sup>41</sup> Locquin (Eric), Ravillon (Larence), Martin (Annie) et Tourard (Hélène), *Sources informelles du Droit du commerce international*, RDAI, n°1, 2008, p. 92

<sup>42</sup> Mayer (Pierre) et Heuzé (Vincent), *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> édition, p. 549 / accepté par la CJCE dans un arrêt en date du 6 Octobre 2009, aff. C-133/08, Intercontainer Interfrigo SC (ICF)

<sup>43</sup> Art. 3.1 *in fine*, Règlement Rome I

<sup>44</sup> *Ibid.*, art. 3.2 *in fine*

<sup>45</sup> *Ibid.*, art. 11 *in fine*

**24.** Concernant la forme de la clause, aucune condition n'est requise par le Règlement Rome I. Cette solution a d'ailleurs été reprise par la *High Court of Justice* de Londres<sup>46</sup>. Pour autant, les deux Cours tendent à préciser que la clause de choix de la loi doit être suffisamment claire et précise.

**25.** L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du Règlement Rome I si le contrat ou la disposition était valable. Il n'y a donc pas de rattachement particulier pour les conditions de validité du contrat. C'est la loi du contrat telle que déterminée par les articles 3 à 8 du Règlement, qui est applicable<sup>47</sup>. L'article 10 du Règlement Rome I a trait non seulement aux vices du consentement, mais aussi à l'existence de la validité du contrat lui-même. D'autre part, il ne concerne pas uniquement le contrat principal mais également la clause de choix de la loi applicable. Par « existence et validité du contrat », il faut donc entendre tous les aspects de la formation de celui-ci autres que les conditions de pure forme, lesquelles sont régies par l'article 11 du Règlement.

**26.** Par dérogation, pour établir qu'elle n'a pas consenti au contrat, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle<sup>48</sup>, s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue à l'article 10§1 du Règlement. Cette disposition vise à préciser la valeur du silence dans l'acceptation d'un contrat<sup>49</sup>. Pour déterminer si le contrat est valablement formé, le juge aura recours à la loi qui serait applicable au contrat si celui-ci était valable. Si le contrat, en vertu de cette loi, n'est pas valablement formé, alors il pourra être annulé. Par contre, si le juge conclut que le contrat est valablement formé, il peut encore, au vu des circonstances et à la demande d'une partie, tenir compte de la loi du pays dans lequel cette partie a sa résidence habituelle, et ce afin de savoir si le comportement de cette dernière a pu valoir acceptation du contrat. Pour ce faire, le juge devra prendre en considération toutes les circonstances de la cause y compris les usages observés par les parties et leurs relations d'affaires précédentes, et ne pas se référer uniquement aux circonstances dans lesquelles la partie qui invoque l'absence de consentement a agi<sup>50</sup>.

**27.** La loi applicable au contrat, la loi choisie par les parties s'impose aussi en matière d'interprétation du contrat. La *lex fori*<sup>51</sup> indiquera les possibilités de contrôle de cette interprétation par les Cours suprêmes. Il y aura donc ici l'application de la loi du contrat et de la *lex fori*<sup>52</sup>. Par ailleurs, la loi applicable au contrat régit aussi l'exécution et l'inexécution des

<sup>46</sup> High Court, Chancery Division, 25 mai 2005, Ultra Motorhomes International c. Ultra Vehicles & Behlke Electronic (arrêt rendu au visa de l'article 3 de la Convention de Rome mais dont la solution est transposable en application de l'article 3 du Règlement Rome I)

<sup>47</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-12

<sup>48</sup> Art. 10.2, Règlement Rome I

<sup>49</sup> Par principe, en droit français, le silence ne vaut pas acceptation : Cass. Civ., 25 Mars 1870

<sup>50</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-12

<sup>51</sup> La loi du juge saisi

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.812-13

obligations qu'il engendre<sup>53</sup>. La loi choisie par les parties est aussi compétente pour déterminer et régir les modes d'extinction du contrat, comme il a été vu précédemment.

**28.** En ce qui concerne les lois de police et les réserves de l'ordre public<sup>54</sup>, celles-ci s'appliquent afin d'écartier une loi choisie par les parties qui iraient à l'encontre d'une règle impérative de l'État du for ou son ordre public international.

**29.** Ces règles ainsi développées, nous pouvons à présent nous poser la question de savoir si l'article 6 du Règlement Rome I applicable aux contrats conclus par les consommateurs s'applique à la situation des cessions de titres. Cette disposition méconnait l'importance de la loi choisie par les parties et concerne les contrats conclus par les consommateurs, c'est-à-dire, les contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel. A ce titre, un particulier qui investit dans une société, sans pour autant que l'investissement constitue son activité professionnelle, sera considéré comme un « non-professionnel ». Les règles définies par l'article ont pour but de protéger les consommateurs face à la menace que peut constituer un professionnel. En effet, ces derniers peuvent de par leur expérience ou les conseils avisés de leurs avocats, imposer une loi qui les avantage, au détriment des intérêts de l'autre partie. Grâce à cet article, le législateur européen a voulu contrebalancer le déséquilibre défavorable aux consommateurs qui découle de la différence de force économique et de connaissances juridiques entre les cocontractants. Cet article oblige donc le juge à opérer une comparaison entre la loi choisie par les parties et les dispositions en vigueur dans l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. S'il résulte de cette comparaison que la loi choisie prévoit une protection supérieure ou même seulement égale à celle accordée par les dispositions impératives de l'État où le consommateur a sa résidence habituelle, alors elle s'appliquera. Dans le cas contraire, les dispositions impératives de l'État où le consommateur a sa résidence habituelle s'appliqueront.

**30.** Enfin, une dernière hypothèse est envisageable en cas de pluralité de contrats dont l'un uniquement fait état de la loi applicable. C'est le cas lorsque le contrat principal d'une acquisition de titres comporte une clause de choix de loi mais pas les contrats de garanties qui s'y rapportent. Il a été soutenu que les contrats conclus entre le cédant et le cessionnaire devaient être soumis à la loi désignée dans le contrat principal dès lors qu'ils se rattachaient au transfert de pouvoir sociétaire<sup>55</sup>. Cette solution avait été donnée par la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt en date du 16 Juin 1988. La Cour avait alors décidé que le droit belge s'appliquait à un contrat accessoire à un contrat de cession de contrôle soumis au droit belge<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Art. 12.1, b), Règlement Rome I

<sup>54</sup> *Ibid.*, art. 9.1 et art. 21

<sup>55</sup> Boucoba (Xavier), *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 301, 1998, p. 245, n° 426

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 247, n° 427

## **B. L'application subsidiaire des règles de conflit de lois en cas d'absence de choix d'une *lex contractus***

**31.** Le « Règlement Rome I » permet aussi de définir la loi applicable à un contrat de cession de titres dès lors que les parties n'y ont pas inséré de clause de choix de loi.

### **1. Les règles de conflit de lois du Règlement Rome I**

**32.** Le Règlement impose, nous venons de le voir, un principe d'autonomie de la volonté<sup>57</sup> dans la détermination de la loi applicable au contrat. Ainsi il faut d'abord regarder dans le contrat si les parties ont choisi la loi applicable. A défaut de choix par les parties, le Règlement Rome I résout les conflits de lois selon les règles suivantes. L'article 4 du Règlement énumère, pour huit types de contrats, une règle de rattachement précise. En procédant de la sorte, le législateur européen a entendu remédier aux difficultés liées à la détermination de la prestation caractéristique et aux divergences d'interprétation existant entre les juridictions des États membres<sup>58</sup>. Pour les contrats qui ne sont pas visés par l'énumération de l'article 4, la règle de rattachement est celle de la « prestation caractéristique ». Cette règle de rattachement est celle applicable aux contrats de cession de titres.

**33.** Le Règlement Rome I distingue deux types de contrats pour lesquels le critère de la « prestation caractéristique » est applicable : les contrats de prestation de services et les contrats de vente de biens. Les contrats de transfert de titres constituent des contrats de vente de biens au sens du Règlement Rome I<sup>59</sup>. En effet, la notion de « vente de biens » doit recevoir la même interprétation que celle retenue pour la définition de la « vente de marchandises » de l'article 5 du Règlement Bruxelles I relatif aux conflits de juridiction. A défaut de choix de la loi applicable, le Règlement précise donc, que les contrats de cession de titres sont régis par « la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle »<sup>60</sup>. Ainsi, un contrat par lequel un actionnaire allemand vendrait des titres d'une société allemande, à un acquéreur français, se verrait appliquer la loi allemande à défaut de choix de loi par les parties.

**34.** La règle se corse dès lors que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. En effet, l'article 4.3 du Règlement dispose que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des

<sup>57</sup> Art. 3, Règlement Rome I

<sup>58</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-7

<sup>59</sup> « Les contrats dont l'objet est la livraison de marchandises à fabriquer ou à produire, alors même que l'acheteur a formulé certaines exigences concernant l'obtention, la transformation ou la livraison des marchandises, sans que les matériaux aient été fournis par celui-ci » sont des « ventes » : CJCE 25 Février 2010, *Car TRIM GmbH, D.* 2010.1837, note Azzi, Rev. *Lamy dr. aff.* 2010, n° 51.69, obs. Queguiner. A contrario, la «fourniture de services, implique, «en contrepartie d'une rémunération [...], l'exercice effectif d'une activité déterminée » : CJCE 23 Avril 2009, *Falco Privatstiftung, Rev. des contrats* 2009.1558, obs. Treppoz

<sup>60</sup> Art. 4.1, a), Règlement Rome I

circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux §1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique »<sup>61</sup>. Le juge peut ainsi écarter la loi de la nationalité du vendeur au profit de la loi du pays avec lequel le contrat est étroitement lié<sup>62</sup>. C'est le critère de « proximité ». C'est ainsi qu'un contrat de cession de titres conclu en Allemagne, ayant pour objet des titres d'une société française, entre un vendeur allemand et un vendeur français pourra se voir appliquer la loi allemande. Il revient alors au juge d'apprécier souverainement si une loi doit être écartée ou pas. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain d'appréciation pour juger de la proximité de la loi par rapport au contrat. Ainsi, un contrat de cession de titres conclu en Allemagne, entre un vendeur allemand et un vendeur français pourra se voir appliquer soit la loi française, soit la loi allemande selon le juge saisi. Le juge saisi se fonde sur des critères objectifs tels que l'économie du contrat afin de déterminer le pays ayant les liens les plus proches avec le contrat. Pour autant, l'appréciation du juge peut diverger d'un État à l'autre et engendrer des solutions différentes pour des cas similaires.

## 2. La prise en compte des lois de police dans la détermination de la loi applicable au contrat

**35.** L'article 9.1 du Règlement Rome I définit la loi de police comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat ». L'exposé des motifs précise que la notion de loi de police se distingue de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de manière plus restrictive<sup>63</sup>. A ce titre, le Règlement distingue les lois de police étrangères et celles du for. L'article 9.3 du Règlement prévoit qu'il pourra être donné effet aux lois de police de l'État dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, à la condition que ces lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. L'appréciation de l'illégalité du contrat appartient au juge<sup>64</sup>. En outre, s'il existe dans l'État du for une loi impérative qui se veut applicable, elle l'emporte sur la loi étrangère ayant le même caractère, ou sur toute autre loi applicable au contrat en vertu du Règlement. C'est le cas par exemple des règles en matière d'entente ou de pratiques restrictives<sup>65</sup>.

**36.** Les dispositions du Règlement s'appliquent aussi aux conditions de validité au fond et en la forme du contrat<sup>66</sup>. En ce qui concerne le fond, c'est la loi déterminée par les articles 4 à 6

<sup>61</sup> *Ibid.*, art. 4.3

<sup>62</sup> En l'espèce la loi du transporteur : CJCE, 6 Octobre 2009, aff. C-133/08, Intercontainer Interfrigo SC (ICF)

<sup>63</sup> 37<sup>ème</sup> considérant, Règlement Rome I

<sup>64</sup> *Ibid.*, art. 9.3

<sup>65</sup> *Ibid.*, art. 7.2

<sup>66</sup> *Ibid.*, art.10 et art. 11

du Règlement qui s'applique<sup>67</sup>. En ce qui concerne la forme du contrat, la solution retenue est classique : application alternative de la loi du fond et de la loi du lieu de conclusion de l'acte. Il suffit que l'acte soit valable selon l'une de ces deux lois pour que soient écartées les causes de nullité en la forme de l'autre loi. Ainsi, lorsqu'un contrat a été conclu entre des parties de nationalités différentes, il faut qu'il remplisse soit les conditions de forme de la loi qui le régit au fond, soit celles de la loi nationale de l'une des parties pour être valable. Par ailleurs, lorsque le contrat est conclu par un représentant, la loi nationale de ce dernier doit être prise en considération<sup>68</sup>.

### 3. Le domaine d'application de la loi désignée par le Règlement Rome I

**37.** Tout d'abord, la compétence de la loi du contrat s'impose en matière d'interprétation. Comme les juges du fond tirent leurs pouvoirs d'interprétation de la *lex fori*, c'est aussi celle-ci qui indiquera les possibilités de contrôle de cette interprétation par les Cours suprêmes. La loi du contrat et de la *lex fori* s'appliqueront donc simultanément<sup>69</sup>. Il se peut, en outre, qu'elles constituent la même loi, si le juge saisi applique sa propre loi. Par ailleurs, l'article 12.1, b) du Règlement Rome I dispose que la *lex contractus* régit aussi « l'exécution des obligations qu'il engendre »<sup>70</sup>. Cette formulation générale se réfère à l'ensemble des conditions suivant lesquelles la prestation caractéristique doit être exécutée, et inclue les conséquences que la loi ou le contrat font découler de l'inexécution d'une obligation contractuelle, l'évaluation du dommage et les possibles restitutions. Cette précision a soulevé certaines difficultés car l'évaluation du dommage pouvait être considérée comme une question de fait liée aux conditions économiques et sociales d'un pays, et qui ne devait pas être couverte par la convention. C'est pourquoi à titre de compromis, les textes ne visent que les règles de droit. Les questions de fait concernant l'évaluation des dommages continueront à relever du juge saisi<sup>71</sup>. Pour autant, la compétence de la loi contractuelle en matière d'inexécution des obligations ne permet pas au juge d'outrepasser les limites des pouvoirs qui lui sont attribués par sa loi de procédure. Ainsi, par exemple, le juge devra refuser sa compétence si la loi de procédure lui interdit de prendre une telle mesure.

**38.** En outre, la loi contractuelle est compétente pour les modes d'extinction autres que l'exécution des obligations, à savoir la novation, la confusion, la remise de dettes, la compensation et les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Par exemple, la loi du vendeur en application de l'article 4.1 a) du Règlement Rome I

<sup>68</sup> Art. 11.2 et 11.3, Règlement Rome I

<sup>69</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-13

<sup>70</sup> Art. 12.1, b), Règlement Rome I

<sup>71</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-13

<sup>72</sup> Art. 12.1, d), Règlement Rome I

**39.** Certaines conséquences de la nullité paraissent pourtant devoir échapper à la loi du contrat. Ainsi, la responsabilité encourue après l'annulation du contrat, par exemple, est de nature délictuelle. De même, les restitutions auxquelles peut donner lieu l'annulation du contrat sortent de la sphère contractuelle et relèvent du champ du paiement de l'indu ou de l'enrichissement sans cause.

**40.** En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution, c'est la loi du pays où l'exécution a lieu qui s'applique. Le juge a donc la faculté d'appliquer cette loi, en tout ou partie, lorsqu'il estime qu'elle doit gouverner la manière dont le contrat devrait être réalisé. Les modalités d'exécution sont généralement considérées comme des détails mineurs de l'exécution du contrat, par opposition aux questions touchant à la substance de l'obligation<sup>73</sup>. En fait, en l'absence de définition et étant donné que la notion ne semble pas avoir un contenu uniforme dans les différents droits nationaux, la qualification des « modalités d'exécution » d'une obligation sera opérée par la *lex fori*. Ainsi, la *lex fori* réglera les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution : l'examen de la marchandise et la protestation à formuler dans un certain délai après la livraison.

**41.** L'article 14 §1 de la Convention de Rome réglait la question de l'objet et de la charge de la preuve et l'article 14 §2, celle de l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques. La force probante de la preuve n'était, par contre, pas régie par la Convention. Cet article 14 a été repris, sans modification, à l'article 18 du Règlement Rome I. En application de cet article, la loi du contrat est compétente, en la matière, lorsque celle-ci contient des présomptions ou pour répartir la charge de la preuve.

**42.** Le Règlement prend aussi en compte la réserve de l'ordre public en son article 21. Elle en donne une formulation précise et restrictive. L'ordre public<sup>74</sup> n'intervient pas globalement contre la loi désignée par la convention, mais uniquement contre des dispositions déterminées de cette loi incompatibles avec l'ordre public du for. Selon une formule désormais classique, c'est l'application de la loi et non la loi en elle-même qui doit être contraire à l'ordre public pour que celui-ci puisse intervenir. Le juge doit donc apprécier *in concreto* la compatibilité des dispositions de la loi désignée avec son ordre public. Ainsi, il se peut qu'une loi étrangère qui, dans l'abstrait, pourrait être jugée contraire à l'ordre public du for, soit néanmoins appliquée si le résultat concret de son application ne heurte pas à cet ordre public. En outre, la loi étrangère désignée selon les règles du Règlement peut être écartée que si elle est « manifestement » contraire à celui-ci. Cette condition, que l'on rencontre dans toutes les conventions de La Haye conclues depuis 1956, « oblige le juge à motiver particulièrement l'existence de l'exception »<sup>75</sup>. Il est de doctrine constante que la notion d'« ordre public »

<sup>73</sup> Par exemple : la réglementation sur les jours fériés (Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, Conflit de lois (contrat et responsabilité), dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-13)

<sup>74</sup> L'ordre public assure la défense « *des fondements politiques, sociaux de la civilisation française* » (Lerebours-Pigeonnier (Paul) et Loussouarn (Yvon), *Droit international privé*, Dalloz, 9ème éd., 1970, n° 379) et la « *sauvegarde de certaines politiques législatives* » (Batiffol (Henri) et Lagarde (Paul), *Traité de Droit international privé*, LGDJ, t. I, 8ème éd., 1995, n° 359)

<sup>75</sup> Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012, p.812-15

recouvre aussi l'ordre public de l'Union qui est devenu « partie intégrante de l'ordre public des États membres de l'Union européenne »<sup>76</sup>.

**43.** Concernant le rapport entre le Règlement et les droits nationaux, afin d'éviter qu'un État contractant se trouve dans la nécessité de dénoncer ce Règlement pour des raisons d'ordre politique, économique ou social, l'article 23 du Règlement prévoit que les États peuvent déroger unilatéralement au Règlement sous certaines conditions. L'article 20 du Règlement admet la prééminence du droit de l'Union sur les dispositions de la Convention de Rome. Par ailleurs, le Règlement ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie tel est par exemple le cas de la Convention de La Haye du 15 Juin 1955 sur la vente. Enfin, l'article 21 laisse la possibilité d'une unification plus poussée dans tout ou partie du domaine du Règlement.

**44.** En l'absence de choix de la loi applicable au contrat de cession de titre, l'article 4 du Règlement Rome I désigne donc la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits, et établit une présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. La prestation caractéristique réside incontestablement dans le transfert du pouvoir sociétaire, et la loi applicable est celle de la résidence du cédant<sup>77</sup>. Parallèlement à ce raisonnement, la doctrine a développé une solution différente en matière de cession de contrôle. En effet, dans ce cas, l'application de la loi du cédant reviendrait à « nier toute l'importance de la société cible dans l'opération », alors que l'application de la loi du siège de la société cédée serait plus logique ; celui-ci constituant le centre de gravité de l'opération. Il a été suggéré de faire jouer la clause d'exception prévue à l'article 4.5 de la Convention de Rome, ou de revenir au principe de l'application de la loi présentant les liens les plus étroits<sup>78</sup>. Dans tous les cas, il semblerait que la cession de contrôle doive être rattachée au lieu du siège social de la société cédée, ce qui rendrait inutile la répartition entre la *lex contractus* et la *lex societatis*.

**45.** Ainsi, la liberté des parties, bien qu'elle soit encadrée, reste le principe en matière de choix de la loi applicable aux transferts de titres. Le choix d'une loi par les parties n'est pas anodin pour deux raisons au moins. D'abord, il entraîne plusieurs conséquences au sein desquelles se trouvent les règles de validité au fond, de forme ou encore d'exécution du contrat créé. Ensuite, il est dirigé par des considérations qui peuvent dépasser la volonté des parties.

<sup>76</sup> JOCE n° C 282, 31 Octobre 1980

<sup>77</sup> Boucobza (Xavier), *op. cit.*, p. 252, n° 439

<sup>78</sup> Boucobza (Xavier), *op. cit.*, p. 253, n° 440

## II. Les éléments déterminant le choix des parties

**46.** Après avoir étudié les règles permettant de déterminer la loi applicable aux contrats de cessions de titres, nous allons, à présent, dresser une liste, non exhaustive, des raisons qui peuvent pousser les parties à choisir une loi plutôt qu'une autre (A.). Le choix de la *lex contractus* peut aussi être restreint et entraîner un durcissement des négociations contractuelles (B.).

### A. Les critères subjectifs

**47.** Plusieurs critères alternatifs, ou cumulatifs, peuvent pousser les parties à choisir une loi pour régir leurs relations contractuelles. Pour autant, ce choix n'apporte pas tout le temps les effets escomptés.

#### 1. Le choix d'un régime fiscal attractif

**48.** Les parties peuvent être tentées de choisir une loi fiscalement favorable pour régir le contrat de cession des titres. Pour autant, la question est de savoir si les effets bénéfiques de cette loi s'appliqueront réellement à la cession de titres. En ce qui concerne les personnes physiques imposables en France, elles pourront être amenées à payer un impôt sur la plus-value découlant de la cession des titres, c'est-à-dire, sur la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition des titres<sup>79</sup>. La plus-value liée à la cession de titres se compense avec l'ensemble des moins-values réalisées par le foyer fiscal et dont le fait génératrice est intervenu au titre de l'année d'imposition, ce qui permet de dégager selon les cas une plus-value nette ou une moins-value nette. Cette plus-value nette ou cette moins-value nette sera ensuite soumise à l'impôt en France, dès lors que le foyer fiscal est imposable en France<sup>80</sup>. Par principe, la personne physique est donc soumise à l'impôt du lieu où elle a sa résidence principale. Concernant les personnes morales, celles-ci paieront les plus-values ou les moins-values issues de la cession de titres dans l'État dans lequel elles sont domiciliées. Ainsi, quelque soit la nature des parties, la loi régissant le contrat de cession de titres ne régira pas l'imposition de la plus-value découlant de la cession. Les parties n'auront donc aucun intérêt à choisir une loi fiscalement attractive dans le contrat de cession de titres.

**49.** En ce qui concerne les droits liés aux titres acquis, nous pouvons aussi faire le constat suivant : les sociétés et les personnes physiques sont imposées sur les intérêts et les

<sup>79</sup> Cozian (Maurice) et Deboissy (Florence), *Précis de fiscalité des entreprises*, Lexis Nexis, 36<sup>ème</sup> éd., 2012/2013, p. 238

<sup>80</sup> La plus-value nette est imposée, en France, au taux global de 34.5%, qui comprend un impôt d'État de 19% et des contributions sociales de 15.5% (art. 200-A-1, C. G. I.)

dividendes versés en contrepartie de la détention de ces titres au lieu où elles sont enregistrées ou de leur résidence principale. Le choix d'une loi fiscalement attractive dans le contrat de transfert de titres n'a donc pas d'incidence ici non plus, seul le changement de leur domicile fiscal pourrait en avoir<sup>81</sup>.

## 2. Le choix d'un régime contractuel sécurisé

**50.** Comme il a été vu précédemment, la loi du contrat de cession, régit aussi les conditions de validité du contrat. Certains droits sont souvent utilisés dans les contrats de cession de titres du fait du grand nombre de transferts dans ces pays. C'est le cas des droits anglais, américain et français. Ainsi, il sera intéressant de se pencher sur les conditions de validité d'un contrat soumis à ces lois, afin de dégager leurs caractéristiques et de comparer la sécurité contractuelle qu'ils procurent.

**51.** En droit français, l'article 1101 du Code civil dispose que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cet article est l'application de l'adage « *pacta sunt servanda* » par lequel il est compris que le contrat est un accord de volontés conclu en vue de produire des effets de droit. Le droit anglais des contrats s'est, quant à lui, développé grâce à la procédure. En effet, au XIVème siècle, le demandeur ne pouvait obtenir une sanction que s'il se trouvait dans l'un des cas types pour lesquelles une procédure avait d'ores et déjà été instituée. Il devait alors solliciter un « *writ* »<sup>82</sup> du Chancelier pour pouvoir introduire une action devant les tribunaux du roi, qui administraient la « *Common Law*<sup>83</sup> ». Les *writs* existants à l'époque ne concernaient les contrats que de manière indirecte et seule l'exécution d'un contrat pouvait être obtenue. Dans tous les cas, le droit des contrats anglais n'était pas fondé sur l'idée selon laquelle les engagements pris doivent être tenus. Ce n'est que bien plus tard que l'*« assumpsit »* fit son apparition. Cette action permettait à l'origine d'obtenir réparation d'un préjudice causé par la mauvaise exécution d'une obligation mais ne permettait pas d'appréhender l'inexécution de l'obligation. Elle fut par la suite étendue à ce dernier cas. Les juges anglais considérèrent en effet que l'inexécution du contrat pouvait être cause de préjudice au demandeur. C'est ce préjudice qu'il convenait de réparer et non pas directement l'engagement du débiteur qu'il convenait de sanctionner. Or, pour que le préjudice existe encore fallait-il qu'il y ait eu un accord réciproque, un échange ayant créé un litige entre les parties. Le simple engagement moral ne pouvait pas donner naissance à une obligation légale d'exécuter une promesse. Le pas décisif dans l'élaboration du droit des contrats fut accompli, selon la majorité des auteurs, dans le *Slade's case* de 1602. Dans cette affaire, Morley et Slade s'accordèrent pour que ce dernier lui vende du maïs. Morley s'engagea oralement à en payer le prix. Mais après avoir reçu la livraison du maïs, Morley refusa d'en payer le prix. Malgré

<sup>81</sup> Dans les limites de la fraude fiscale bien entendu !

<sup>82</sup> Burnham (William), « *Introduction to the Law and Legal System of the United States* », Thomson West, 4ème éd., 2006, p. 241

<sup>83</sup> Traduction française : « Coutume générale immémoriale du Royaume »

l'absence de promesse expresse, la cour royale jugea que tout contrat qui impose à une partie, une obligation comporte par lui-même un engagement d'exécuter cette obligation. Parallèlement à la *Common Law*, une autre source du droit anglais est apparue : l'*« Equity »*. Cette autre source du droit anglais fut développée par la Cour de la Chancellerie. Statuant initialement au nom du Conseil du roi, le Chancelier devint peu à peu autonome et développa, sous couvert de l'équité, un certain nombre d'institutions et de remèdes complémentaires aux règles de *Common Law* et appelées « *equity* ». Les recours au Chancelier se multiplièrent à partir du XVème siècle et l'on vit celui-ci intervenir pour donner aux affaires une solution « s'accordant avec le droit naturel »<sup>84</sup>. C'est ainsi que le Chancelier pu reconnaître une valeur juridique à un engagement purement consensuel, suivi, plus tard, par les Cours de Common Law. Le droit américain reconnu, quant à lui, reconnu très tôt l'utilité du contrat, notamment pour ses effets bénéfiques dans le développement des relations économiques.

**52.** Les droits français, anglais et américain sanctionnent tous les trois le contrat malformé<sup>85</sup> par la nullité ou « *voidness* »<sup>86</sup>. Cette sanction empêche les effets du contrat de se produire dès lors que celui-ci ne respecte pas les prescriptions du droit régissant sa formation. En droit français, plusieurs concepts méritent d'être différenciés de la notion de nullité. Ainsi, en va-t-il de la caducité qui entraîne l'extinction des effets d'un acte originairement valable mais affecté par un événement postérieur à sa création. Par exemple, le non-accomplissement d'une formalité subséquente essentielle à la validité du contrat entraînera la caducité de celui-ci<sup>87</sup>. Contrairement à la nullité qui sanctionne un acte invalide dès l'origine, la caducité sanctionne un acte valable en raison de la survenance d'un événement. En outre, la caducité ne rend l'acte inefficace que pour l'avenir et ne remet pas en cause ses effets passés comme le fait la nullité. Cette dernière se distingue également de la résolution judiciaire<sup>88</sup>. Comme la nullité, elle possède un effet rétroactif, mais elle ne sanctionne pas la malformation du contrat, au contraire, elle sanctionne l'inexécution d'un contrat valablement formé. Lorsque l'acte juridique est affecté d'une imperfection contemporaine à sa formation, il ne peut pas être concerné par la nullité mais par l'inopposabilité. L'inopposabilité se distingue de la nullité en ce qu'elle ne prive d'effets le contrat qu'à l'égard des tiers<sup>89</sup>. Celui-ci demeure valable entre les parties. C'est le cas de la cession de créance qui, si les formalités légales n'ont pas été accomplies, ne peut être opposable aux tiers. Une dernière notion se distingue plus difficilement de la nullité, c'est la rescission<sup>90</sup>. Si historiquement la distinction se justifiait, elle présente aujourd'hui un intérêt beaucoup plus limité. D'ailleurs, le Code civil emploie indifféremment les deux termes de nullité et de rescission<sup>91</sup>. Aujourd'hui on ne parle de rescission que lorsque le contrat est nul pour lésion, dans les autres cas on parle simplement de

---

<sup>84</sup> David (René) et Pugsley (David), *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985, p. 18

<sup>85</sup> Fauvarque-Cosson (Bénédicte), *V°Nullités*, Encyclopédie Dalloz, International, 2000

<sup>86</sup> Burnham (William), « *Introduction to the Law and Legal System of the United States* », Thomson West, 4ème éd., 2006, p. 415

<sup>87</sup> Terré (François), Simler (Philippe), Lequette (Yves), Droit civil – Les obligations, Dalloz, Précis Dalloz Droit privé, 10 éd., 2009

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Art. 1117, 1304 et 1338, C. civ.

nullité. Intrinsèquement, la rescission est une annulation. En droit anglais et américain, la *voidness* se distingue également d'autres notions qui sont proches. Le contrat peut ainsi être « *unenforceable* ». Un tel contrat est valable dans sa conception mais souffre d'un défaut technique et ne peut donc servir de fondement à une action en justice à l'encontre de l'une ou l'autre des parties. Ainsi, un contrat peut être valablement formé mais *unenforceable* parce qu'il n'est pas prouvé par écrit contrairement aux exigences d'une loi. Cette notion, essentiellement procédurale, signifie que le contrat ne peut être mis en œuvre par les tribunaux mais, si la formalité est accomplie postérieurement, le contrat pourra recevoir exécution. Le contrat peut également être « *frustrated* ». Il le sera quand ses obligations ne pourront être exécutées en raison de la survenance de circonstances imprévisibles. En droit français, l'imprévision est un événement extérieur à la volonté et à la personne du débiteur qui n'entraîne pas forcément l'impossibilité d'exécution mais qui rend simplement cette exécution plus onéreuse ou difficile. La « *frustration* », quant à elle, nécessite une totale impossibilité d'exécution. La fermeture du canal de Suez en 1956 donna lieu à une série d'arrêts qui, unanimement, refusèrent la *frustration*<sup>92</sup> aux motifs que le contrat était toujours exécutable, il suffisait pour les bateaux de faire un détour par Le Cap. Si le contrat est *frustrated*, il sera annulé ou *avoided*, mais pas depuis son origine. Ses effets passés ne seront pas remis en cause, simplement le contrat prendra fin prématûrement. On se rapproche alors d'une résiliation telle que l'entend le droit français. La *voidness* du contrat se distingue également de la *rescission*. La *rescission* correspond à l'annulation du contrat. Il est intéressant de noter que le droit anglais et le droit américain distinguent entre l'état de l'acte (*voidness*) et sa sanction (*rescission*) ; ce qui n'est pas le cas en droit français où la nullité est à la fois l'état et la sanction de l'acte vicié.

**53.** Ainsi, les sanctions de la méconnaissance des conditions de validité d'un contrat sont semblables en droit français, anglais et américain. Pourtant, nous noterons qu'ils sont multipliés en droit français, puisque ce dernier différencie la sanction applicable selon le moment de l'infraction : pendant la période précontractuelle, au moment de la signature du contrat et après celle-ci. Dans les contrats internationaux, les parties ont souvent tendance à privilégier les droits anglais et américain, plus souples. Ce choix peut aussi être dicté par la nationalité des parties.

### 3. Le choix d'un droit de la concurrence protecteur

**54.** Suite à la transposition des règles européennes, le droit français sanctionne aujourd'hui les concentrations. Cette mission a été confiée à l'Autorité de la concurrence, pour les concentrations réalisées en France, par la Loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008. Une opération de concentration est réalisée lorsque deux entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, lorsqu'elles créent une entreprise commune ou

---

<sup>92</sup> Tsakiroglou & Co. Ltd. Vs Noblee Thorl GmbH 1962 [AC]

lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une ou de plusieurs entreprises<sup>93</sup>. Les concentrations de dimension communautaire sont à notifier à la Commission européenne.

**55.** Le Code de commerce précise les seuils de chiffres d'affaires déclenchant l'obligation de notification de l'opération auprès de l'Autorité<sup>94</sup>. Un seuil spécifique est également prévu pour les opérations dans les DOM-TOM. Une fois l'opération notifiée à l'Autorité, cette dernière procède à un examen de l'opération, plus ou moins rapide selon la nature de l'opération et les difficultés qu'elle soulève<sup>95</sup>. Si elle ne pose pas de difficultés de concurrence particulières ou si les engagements présentés par les parties remédient aux problèmes constatés, l'opération peut donner lieu à une autorisation avec ou sans engagements au terme d'un examen rapide. Si un doute sérieux d'atteinte à la concurrence subsiste au terme de cette phase, l'Autorité ouvre une seconde phase afin de procéder à une analyse approfondie de l'opération. Elle examine notamment si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par la création, le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui placeraient les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle examine également si l'opération est justifiée par des gains d'efficacité compensant les atteintes à la concurrence éventuellement constatées. A l'issue de cet examen, l'Autorité rend une décision collégiale qui peut, soit autoriser l'opération sans condition particulière, soit l'autoriser sous réserve d'engagements, soit l'interdire.

**56.** Ainsi, le droit européen, relayé par les droits nationaux, procure aux parties une sécurité sur le plan de la concurrence. Si les parties choisissent de soumettre l'acquisition des titres d'une société au droit de l'un des États membres de l'Union européenne, les règles en matière de concentration devront s'appliquer. Celles-ci peuvent sembler sévères et nuisant au développement économique. Pourtant, ces règles favorisent aussi le bon développement de l'économie de marché et donc le bien être des clients. Du côté de l'entreprise qui cède ses parts, elles permettent d'éviter le rachat par un concurrent indésirable, par exemple. Certaines parties choisissent ainsi la *lex contractus* en favorisant les droits de la concurrence protecteurs, et nous ne saurions qu'encourager cette tendance.

## B. Les restrictions au choix des parties

**57.** Au sein de l'Union européenne, les parties sont par principe libres de choisir la loi qui leur convient pour régir leurs relations contractuelles. Pour autant, certains droits étrangers ou certaines coutumes de négociations étrangères peuvent constituer un frein dans l'effectivité de ce principe. Cette problématique est d'autant plus contemporaine que ces règles émanent

<sup>93</sup> <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

<sup>94</sup> Art. L 430-2 al. 1, C. com. / Des seuils spécifiques, plus bas, sont cependant prévus pour les opérations de concentration dans le secteur de la distribution de détail (art. L 430-2 al. 2, C. com)

<sup>95</sup> Art. L 430-5 et art. L430-7, C. com.

souvent de puissances économiques avides d'investir à l'étranger<sup>96</sup>. En outre, l'importance de la *lex societatis* n'est jamais à négliger.

### 1. L'étude des contrats « Sharia compatible »

**58.** La désignation de la loi applicable est l'un des sujets qui est le plus souvent l'objet de lourdes discussions et négociations, dans le cadre de la mise en place d'un contrat « Sharia compatible »<sup>97</sup>. D'un côté une partie va demander que la documentation fasse référence à une loi nationale qui lui est familière, qu'il maîtrise et qui lui offre stabilité et sécurité juridique. D'un autre côté, la partie « islamique » cherche à imposer tout naturellement la Sharia comme loi du contrat, afin d'avoir l'assurance que la documentation respecte les règles et les principes de la Sharia, et ce tout au long de la vie du contrat. Le mot « *Sharia* », souvent traduit comme la « loi islamique », signifie en arabe la « voie ». Pour les musulmans, il s'agit de la voie tracée par Dieu et qui doit être suivie par ses disciples sur terre. La Sharia est ainsi loin d'être un simple système de droit au sens habituel que nous retrouvons dans les autres systèmes de droit positif. La première source du droit musulman est le Coran qui pose certaines règles et lois que tout musulman se doit de suivre. Le Coran est la parole de Dieu dans l'Islam se trouve au sommet de la hiérarchie des normes du droit musulman. Environ 550 versets coraniques sont d'une utilité juridique directe<sup>98</sup>. En seconde position vient la « *Sunna* »<sup>99</sup> qui est un recueil par écrit de l'ensemble des paroles et actes du Prophète<sup>100</sup>. Sa première fonction est d'expliquer le Coran. On évalue entre 2000 et 3000 le nombre de *hadiths* traitant de droit. Le Coran et la Sunna n'abordent pas le droit des contrats, à l'exception de quelques grands principes fondamentaux concernant la morale contractuelle<sup>101</sup>. Enfin, le « *Fiqh* » est l'ensemble des connaissances acquises au moyen de l'exégèse du Coran et de la Sunna qui ont naturellement vocation à préciser les règles et les modalités pratiques aux différents problèmes et faits sociaux. Le droit des contrats dans l'Islam apparaît ainsi comme un droit des praticiens, forgé essentiellement grâce à l'œuvre des jurisconsultes. Toutefois, en se fondant sur un texte du Coran, un Hadith ou une position ayant fait l'objet d'un consensus, deux jurisconsultes peuvent donner une réponse différente à une même question qui leur est posée. Cela explique la raison essentielle pour laquelle le droit des

---

<sup>96</sup> A titre d'exemple, dans le domaine du sport, nous relèverons que récemment un investisseur russe a acquis la majorité des titres de l'équipe de football AS Monaco ; de son côté, le Qatar a investi (et a bien fait au vu de ses performances) dans l'équipe du Paris - Saint Germain

<sup>97</sup> Djaraouane (Karim) et Sherhal (Chucri Joseph), *La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique*, RDAI, n°2, 2009, p. 115

<sup>98</sup> Ils sont appelés « les versets légaux » : une dizaine traite de finances et d'économie, dont la vente et la prohibition de l'intérêt

<sup>99</sup> Traduit par « traditions »

<sup>100</sup> Appelés en arabe les « *hadiths* »

<sup>101</sup> Par exemple : la force obligatoire du contrat, l'interdiction de l'intérêt, la prohibition de la vente d'un objet inexistant, l'obligation de participer aux profits et aux pertes dans le cadre d'un financement, ou l'obligation d'investir dans des activités licites dites Halal

contrats islamique souffre aujourd’hui d’une absence d’harmonie et de standardisation<sup>102</sup>. A l’instar des règles de *Common Law*, la jurisprudence élaborée par les jurisconsultes ne bénéficie pas de l’autorité de la chose jugée.

**59.** En ce qui concerne l’efficacité de la désignation de la Sharia comme loi applicable, il faut noter qu’il n’existe aucune obligation de désigner la Sharia comme loi applicable dans un contrat<sup>103</sup>. L’Islam reconnaît la liberté contractuelle des parties et par conséquent impose seule le respect de ses règles et principes. Toutefois, une certaine pratique du marché va dans le sens de la désignation d’une loi nationale comme loi applicable au contrat, tout en rajoutant la condition suivante : « ... pour autant qu’elle ne contredise pas la Sharia ». Les juridictions françaises n’ont pas eu l’occasion jusqu’à présent, de se prononcer sur l’interprétation de ce type de stipulation. Les juridictions anglaises, en revanche, ont eu à connaître, à deux reprises, ce type de problématique. Dans un arrêt de la Commercial Court de Londres<sup>104</sup> en date du 13 Février 2002, un créancier a invoqué la nullité d’un contrat en arguant une contradiction avec les règles de la Sharia. Le contrat désignait la loi anglaise comme loi applicable, mais sous réserve de sa conformité à la Sharia. Le juge anglais, dans sa décision, a écarté la Sharia comme loi applicable permettant d’apprécier la validité du contrat, pour ne retenir exclusivement que la loi anglaise. La juridiction anglaise a ainsi considéré qu’elle n’avait pas à apprécier la compatibilité ou non du contrat avec les règles de la Sharia, mais seulement sa validité au regard de la seule loi anglaise. Dans un autre arrêt en date du 28 Janvier 2004, rendu par la Court of Appeal de Londres<sup>105</sup>, la juridiction britannique a décidé que s’agissant de l’interprétation de la clause désignant la loi régissant le contrat, les principes de la Sharia ne pouvaient être pris en compte. D’une part, sur la base qu’un contrat ne peut être soumis à deux lois distinctes, et d’autre part, du fait que la Convention de Rome de 1980 faisait obligation de désigner une loi nationale. La Sharia ne répondant pas à ce critère devait être, par conséquent, écartée comme loi applicable. Le contrat, qui était valable en droit anglais, ne pouvait donc pas être annulé.

**60.** Ainsi, alors même que la Sharia ne correspond pas à une loi nationale, elle peut influencer les pratiques d’un contrat, et pourquoi pas celles d’un contrat de cession de titres. Afin d’éviter la nullité d’un tel contrat au regard de la Sharia, certaines pratiques peuvent être mises en œuvre. Tout d’abord, il sera intéressant, dès lors qu’une partie impose une réserve de la conformité de la cession de titres à la Sharia, de faire déclarer aux parties qu’à la date du contrat, et à leur meilleure connaissance, le contrat n’est pas contraire aux règles de la Sharia et respecte ses principes et ses contradictions. Une telle déclaration a pour avantage de rassurer l’investisseur islamique sur l’intention de son cocontractant de conclure un contrat respectant les règles impératives de l’Islam. En outre, il sera judicieux d’exiger l’émission d’une « *fatwa* », par un jurisconsulte, afin de déclarer l’acquisition des titres conformes aux principes de l’Islam. Il est d’ailleurs préférable que ce dernier soit désigné comme jurisconsulte de référence tout au long de la durée du contrat. Enfin, dans le cadre d’un

<sup>102</sup> Djaraouane (Karim) et Sherhal (Chucri Joseph), *La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique*, RDAI, n°2, 2009, p. 117

<sup>103</sup> Djaraouane (Karim) et Sherhal (Chucri Joseph), *ibid.*, p. 119

<sup>104</sup> Équivalent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française

<sup>105</sup> Équivalent de la Cour d’Appel en droit français

financement islamique accordé à une société, il est courant que le financier demande à contrôler les acquisitions faites par la société, par le biais de la détermination, dans la documentation juridique, des caractéristiques de toute cible autorisée à être acquise par la société, appelée cible éligible. La cible éligible doit répondre à certains critères, notamment eu égard à son activité et à sa situation financière. Une documentation juridique fait généralement référence à des normes sélectionnées par des indices du marché, tels que le Dow Jones Islamic Market ou le S&P Sharia Indices<sup>106</sup>. Il est indispensable, selon une doctrine majoritaire, que toute modification apportée aux critères de sélection de la cible éligible soit couverte par l'avis d'un jurisconsulte ou réponde aux règles retenues par un indice de marché. Soulignons enfin que, malgré la désignation exclusive d'une loi nationale comme loi applicable, il n'en demeure pas moins qu'un risque existe toujours dans le cas où des actifs sont situés dans certains pays musulmans où la Sharia constitue la source principale de leur législation. A ce titre, un jugement prononcé par un juge faisant application d'une loi nationale peut se voir refuser un exequatur dans un pays musulman, au motif qu'il comporte des décisions contraires aux lois de l'Islam, qui constituent, pour ces pays, des règles d'ordre public.

**61.** Nous voyons ici une première limite à la liberté des parties dans le choix de la loi applicable au contrat de cession de titres. La Sharia, tout en ne constituant pas une loi nationale, peut influencer les pratiques du droit des contrats internationaux. En France, le principe issu de la Convention de Rome et repris par le Règlement Rome I et qui impose le choix d'une loi nationale pour régir les contrats a pour conséquence que la Sharia ne pourrait pas régir un contrat de cession de titres. Pour autant, elle peut y être incluse par la référence : « ... pour autant qu'elle ne contredise pas la Sharia ». Ainsi, nous conseillons à l'investisseur dans une entreprise ayant des actifs situés dans certains pays musulmans de vivement s'enquérir des règles dictées par la Sharia. En outre, nous conseillons, aux entreprises qui souhaiteraient accueillir un investisseur par un contrat « conforme » à la Sharia, de lui fournir auparavant, une documentation juridique décrivant toutes les caractéristiques de la société, et notamment ses activités.

## 2. La négociation contractuelle russe

**62.** Le droit des contrats russe moderne trouve ses origines, comme le droit français, dans le droit romain, qui a été transmis au droit russe à travers le droit civil continental européen pendant la période préévolutionnaire. En 1994, le nouveau Code civil de la Fédération de Russie est entré en vigueur. Selon la hiérarchie des normes, le Code civil russe est la source la plus importante du droit des contrats<sup>107</sup>. Même si le Code civil russe a été inspiré des codes occidentaux, il a ses propres caractéristiques spécifiquement russes, ce qui fait de lui un exemple assez original dans la famille des Codes civils européens. Le droit des contrats est

<sup>106</sup> Djaraouane (Karim) et Sherhal (Chucri Joseph), *op. cit.*, p. 122

<sup>107</sup> Malan (Alexandre), *La pratique des contrats internationaux en Russie : quelques notions essentielles*, RDAI, n°1, 2009, p. 1

aussi régi par des règles qui émanent de la branche exécutive du gouvernement, connues en tant que « lois exécutives »<sup>108</sup>. Les sources du droit des contrats incluent aussi les coutumes d'affaires et les normes de source internationale. En cas de conflit entre des dispositions du Code civil et une norme du droit international, c'est cette dernière qui prévaut<sup>109</sup>.

**63.** Dans un contexte de négociation avec une partie russe, il est nécessaire d'être attentif à quelques aspects du droit russe qui diffèrent de la plupart des systèmes de droit continental et de *Common Law*. Très souvent, un contrat signé avec une entreprise russe sera soumis au droit russe. Il est à noter que cette pratique s'intensifie d'autant plus que la Russie est devenue depuis ces dernières années un des acteurs principaux de la vie économique, qui en fait l'un des principaux investisseurs potentiels dans les entreprises étrangères. En outre, si le contrat est soumis à une autre loi, le droit russe peut être amené à intervenir à d'autres titres. Les prescriptions relatives à la forme du contrat en sont une bonne illustration. En effet, la forme des contrats imposée par le droit russe est applicable dès lors qu'une partie est un citoyen russe ou une entreprise enregistrée en Russie, quelque soit le lieu où le contrat est signé ou bien la loi s'appliquant au fond du contrat<sup>110</sup>. En outre, les règles fondamentales du droit russe, en particulier lorsque certaines normes ont un impact sur les contrats internationaux, doivent être dans la mesure du possible prises en compte afin de s'assurer que le contrat ne soit pas nul ou inopposable à une des parties, ou bien ne conduisent pas la partie étrangère à souscrire à des obligations plus onéreuses que ce à quoi elle pouvait raisonnablement s'attendre.

**64.** Dans de nombreux pays, il n'existe pas d'exigences spécifiques relatives à la forme des contrats internationaux, par exemple en France<sup>111</sup>, en Allemagne<sup>112</sup>, en Italie<sup>113</sup>, aux États Unis<sup>114</sup>. D'autres systèmes juridiques admettent la validité des accords verbaux. Cette souplesse illustrée également par les dispositions de la Convention de Vienne de 1980, et reprise dans le Règlement Rome I, la Russie étant une des parties signataires de cette Convention. L'exigence du droit russe quant à la forme des contrats a été formulée dans une réserve à la Convention formulée par la Russie. Cette réserve a aussi été formulée par d'autres pays comme l'Ukraine ou la Hongrie<sup>115</sup>. Selon le droit russe, la forme écrite est satisfaite soit au moyen d'un document unique signé par les deux parties, soit par un échange d'e-mails, fax, ou autre moyen de communications<sup>116</sup>. Le droit russe n'ignore pas les effets juridiques

<sup>108</sup> Décrets présidentiels, résolutions du gouvernement et des autres organes du pouvoir exécutif

<sup>109</sup> Art. 7, Code civil russe

<sup>110</sup> La plupart des règles de conflit de lois prévoient que la forme du contrat est régie par la loi du lieu où le contrat a été conclu. L'article 1209.2 du Code civil russe complète cette règle en imposant le respect de la forme contractuelle russe lorsque l'une des parties est une entreprise ou un citoyen russe

<sup>111</sup> Terré (François), Simler (Philippe), Lequette (Yves), Droit civil – Les obligations, Dalloz, Précis Dalloz Droit privé, 10 éd., 2009

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Malan (Alexandre), *La pratique des contrats internationaux en Russie : quelques notions essentielles*, RDAI, n°1, 2009, p. 4

<sup>116</sup> Art. 160.1 et art. 434.2, Code civil russe / Le législateur français a introduit dans le Code civil des dispositions qui régissent la validité des contrats passés par voie électronique aux articles 1108-1 et 118-2. En outre, un chapitre relatif « aux contrats sous forme électronique » a été inséré aux articles 1369-1 et suivants du Code civil.

des usages ainsi que l'importance de la pratique antérieure des parties. Cependant, il recourt à ses instruments dans le cadre de l'interprétation des contrats, et en particulier en vue de déterminer le contenu du contrat qui a été déjà valablement conclu, mais dont certains détails doivent être complétés<sup>117</sup>. En résumé, les usages et les pratiques antérieures entre les parties ne suffisent pas à justifier de la formation du contrat, mais peuvent être utilisés pour en prouver le contenu<sup>118</sup>.

**65.** Deux concepts du droit russe liés à la définition de la force majeure et du « *hardship*<sup>119</sup> » sont susceptibles d'avoir un impact sur le régime des contrats internationaux : les notions de force insurmontable et de changement fondamental des circonstances. En droit russe, la force insurmontable désigne « des circonstances extraordinaires et inévitables dans la situation donnée »<sup>120</sup>. Deux conditions doivent être réunies pour la qualifier : le caractère inattendu de l'événement, d'une part, et, d'autre part, le fait que cet événement soit extérieur et insurmontable<sup>121</sup>. Cette notion se rapproche donc fortement de la définition de la force majeure en droit français. Une fois la force majeure caractérisée, il peut être mis fin au contrat. Dans la pratique contractuelle, la force insurmontable peut être illustrée des situations courantes de la vie des entreprises en Russie, comme un contrôle fiscal ou l'intervention d'autorités locales. De telles interventions peuvent être de nature à mettre en péril l'organisation interne de l'entreprise, et par conséquent avoir un impact sur l'exécution des contrats qu'elle a signé. Le Code admet que l'administré puisse contester la légalité d'une telle intervention étatique devant les tribunaux, et même réclamer des dommages intérêts si cette intervention est déclarée non fondée juridiquement. Cependant, indépendamment de cet aspect, il semble fortement recommandé d'affiner, dans un contrat international signé avec une entreprise russe, la définition de la force insurmontable, afin d'exclure ou de limiter dans la mesure du possible l'intervention du gouvernement ou d'une agence locale en tant que motifs de nature à justifier la résiliation du contrat sans responsabilité<sup>122</sup>.

**66.** Prévu par l'article 451 du Code civil russe, le changement fondamental de circonstances constitue également un motif permettant qu'il soit mis fin au contrat par une partie sans responsabilité ou qu'une renégociation soit imposée. Le juge saisi par une partie a également le pouvoir de modifier le contrat dans deux situations, à titre exceptionnel : si la résiliation du contrat risque d'entraîner une conséquence contraire à l'ordre public, ou bien si une telle résiliation entraînerait des coûts supérieurs à une modification du contrat opérée par le juge<sup>123</sup>. Compte tenu du contexte de la vie politique et économique russe, les parties seraient avisées d'encadrer la définition de force insurmontable et de changement fondamental des circonstances, afin d'écartez toute velléité de renégociation ou de résiliation du contrat, ou au

<sup>117</sup> Art. 431, Code civil russe

<sup>118</sup> Malan (Alexandre), *La pratique des contrats internationaux en Russie : quelques notions essentielles*, RDAI, n°1, 2009, p. 4

<sup>119</sup> Cette clause insérée dans un contrat permet à l'une comme à l'autre des parties signataires d'exiger de nouvelles négociations lorsqu'un événement bouleverse gravement l'équilibre des prestations prévues dans le contrat : Fabre, « *Les clauses d'adaptation dans les contrats* », RTC, 1983.1

<sup>120</sup> Art. 401, Code civil russe

<sup>121</sup> Malan (Alexandre), *op. cit.*, p. 5

<sup>122</sup> Malan (Alexandre), *op. cit.*, p. 6

<sup>123</sup> Malan (Alexandre), *ibid.*

contraire y conduire plus facilement, le tout afin d'éviter qu'un désaccord survienne en cours de contrat sur la légitimité d'une éventuelle renégociation ou résiliation.

**67.** Quelques remarques peuvent être faites sur la question de la négociation d'une clause d'arbitrage dans un contexte contractuel russe. A titre préliminaire, il est essentiel, afin d'éviter les confusions, de distinguer les Tribunaux d'arbitrage, d'une part, qui sont une branche du système juridique russe chargée de trancher les litiges commerciaux et économiques, et d'autre part, les tribunaux arbitraux tels que nous les connaissons. Les Tribunaux d'arbitrage étatiques n'ont rien à voir avec l'arbitrage commercial interne ou international. Une simple référence à l'arbitrage dans une clause de règlement des litiges, n'est donc pas suffisante pour soustraire les litiges à la juridiction étatique. Le juge russe pourrait en effet considérer qu'il s'agit d'une simple confirmation de la compétence des Tribunaux d'arbitrage étatiques. Il est donc essentiel que les parties décrivent précisément le type d'arbitrage auquel elles entendent se soumettre, soit en désignant une institution d'arbitrage, soit en définissant les modalités de désignation du tribunal arbitral en cas de survenance d'un litige. En second lieu, le choix de recourir à l'arbitrage peut être étroitement lié au contexte contractuel local. Un exemple souvent donné est celui des pactes d'actionnaires liant les actionnaires ou associés étrangers à des parties russes. Le choix de l'arbitrage pour trancher les litiges liés à de tels actes peut être primordial pour assurer leur bonne exécution. En effet, et bien que ceci ne ressorte pas d'une prescription du droit russe, les tribunaux russes refusent en général de donner effet à un pacte d'actionnaires, en particulier si ses dispositions contredisent les statuts sociaux. Au contraire, les arbitres admettent en général d'appliquer un tel pacte et de lui conférer force obligatoire. C'est la raison pour laquelle l'insertion d'une clause d'arbitrage dans un pacte liant une partie russe, combinée avec la stipulation d'une loi étrangère, est généralement recommandée. Le droit russe pourrait cependant évoluer sur cette question.

**68.** L'étude du droit des contrats russe met ainsi en exergue deux points importants dans le choix de loi par les parties. En effet, certaines lois nationales s'imposent *de facto* à leurs ressortissants, quelque soit la loi choisie pour régir le contrat. C'est ainsi qu'un contrat de cession de titres signés entre une partie française et une partie russe se verra appliquer la loi russe pour certains aspects telle que sa validité formelle ou le recours devant un juge. Ainsi, une attention toute particulière doit être apportée par les parties qui signent un contrat avec un cocontractant russe. D'autre part, les effets du choix des parties peuvent être limités, c'est le cas des clauses d'arbitrages conclus avec une partie russe, comme nous venons de le voir.

### 3. L'éminence de la *lex societatis*

**69.** Dans une acquisition internationale, l'objet du contrat touche au transfert du pouvoir sociétaire et les parties ne peuvent pas totalement évincer la *lex societatis*. Par *lex societatis*, il faut entendre la loi de l'État dans lequel la société cédée est incorporée et a son siège social. Ainsi, pour le transfert de titres, si le principe du transfert découle du contrat d'acquisition et

doit être alors soumis à la loi du contrat, les effets de la cession des droits sociaux à l'égard de la société cédée et des tiers doivent relever de la *lex societatis*. Telle est d'ailleurs la solution que l'on peut déduire de l'affaire *Royal Dutch*<sup>124</sup>, mais qui n'est toujours pas suivie par la Cour de cassation<sup>125</sup>. Il semble, en effet, que la *lex societatis* soit la plus à même de régler les conditions de forme qui permettent de rendre la cession de titres opposable à la société cédée et aux tiers, comme les conditions de fond. C'est ainsi que les effets d'une clause d'agrément doivent être appréciés par rapport à la *lex societatis*<sup>126</sup>. Il a pu être d'ailleurs soutenu que le domaine de la loi choisie par les parties devait être restreint chaque fois que les parties entendaient modifier par accord l'organisation sociétaire elle-même<sup>127</sup>. Tel est le cas pour toutes les stipulations relatives à l'organisation de la direction de la société, en particulier de celles relatives à la détermination des pouvoirs des dirigeants sociaux<sup>128</sup>.

**70.** Ainsi, il nous faut ici bien préciser que la loi choisie par les parties dans le contrat de cession de titres n'a pas pour vocation de gérer les droits cédés avec le titre. La *lex societatis* reste compétente dans ce domaine. Cet état du droit assure une stabilité et une sécurité juridique. Il évite, par exemple, que les différents titres d'une société soient soumis à droits divers, ce qui entraînerait des difficultés au niveau de la gestion de l'entreprise. Il en découle que la liberté des parties dans le choix de la loi applicable au contrat de cession de titres est aussi ici restreint.

<sup>124</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 Janvier 1966, D. 1966. 390, note Y. Loussouarn, Rev. Crit. DIP 1966. 238, note P. Francescakis, JDI 1966. 631, note J.-D. Bredin

<sup>125</sup> Cass. Com., 19 mai 1992, Sté Go international, Bull. Joly 1992. 779, § 250, note P. Le Cannu

<sup>126</sup> V. en ce sens, Cass. Com., 27 Juin 1989, Rivoire et Carret, Bull. Joly 1989. 815, §293, note P. Le Cannu, D. 1990. 314, note J. Bonnard, RTD com. 1990. 50, obs. Y Reinhard

<sup>127</sup> Boucobza (Xavier), *op. cit.*, p. 268, n° 463

<sup>128</sup> Cass. Com., 21 décembre 1987, JCP 1988. II. 21113, concl. M. Montanier

## Conclusion

**71.** Ce mémoire, consacré à la loi applicable aux contrats de cession de titres, nous a tout d'abord permis de rappeler les règles générales permettant de déterminer la loi applicable à un contrat. Ce rappel est utile et constitue une aide à la négociation contractuelle. En effet, comme nous venons de le voir, le choix de la loi applicable n'est pas anodin et entraîne des conséquences sur l'exécution du contrat et les recours contre celui-ci.

**72.** Dans certains cas, les parties ne choisissent pas de *lex contractus*, ce qui entraîne la mise en œuvre des règles de conflit de lois afin de déterminer la loi applicable et parfois, des incertitudes quant à la solution qui en découle. Dans d'autres cas, les parties choisissent une loi dans un but précis, ce qui permet de sécuriser le contrat sur le long terme.

**73.** Le second intérêt de ce mémoire était de recenser les éléments déterminant le choix de la loi applicable par les parties. Comme nous venons de le voir, certaines lois étrangères peuvent interférer dans la négociation et l'exécution du contrat. C'est le cas du Droit russe en matière de négociation contractuelle, ou de la Sharia en matière de validité du contrat. Les parties peuvent ainsi se voir imposer des règles qu'elles n'avaient pas envisagées ou mal comprises. Ces considérations sont d'autant plus importantes en matière de contrats de cession de titres directement détenus en dehors d'un marché réglementé, dans la mesure où ils mettent souvent un terme à de longues périodes de négociations. En outre, dans ce type de société, l'actionnariat tend à être stable, les actionnaires investissant sur le long terme. Les contrats de cession de titres s'inscrivent donc dans la durée et il est important de bien faire attention à leur validité.

**74.** Enfin, avec l'accélération des échanges économiques mondiaux, et le développement d'un actionnariat étranger en provenance d'Etats économiquement forts, les contrats conclus sans que les parties ne connaissent le contenu de la loi choisie peuvent constituer un réel problème.

**75.** Le choix de la loi applicable aux cessions de titres doit donc être minutieux et les avocats, en application de leur devoir de conseil, se doivent d'expliquer à leurs clients l'intérêt et les conséquences de la formulation d'une telle clause.

## Bibliographie

### Ouvrages généraux

Batiffol (Henri) et Lagarde (Paul), *Traité de Droit international privé*, LGDJ, t. I,  
8<sup>ème</sup> éd., 1995

Cozian (Maurice) et Deboissy (Florence), *Précis de fiscalité des entreprises*, Lexis Nexis,  
36<sup>ème</sup> éd., 2012/2013

Dictionnaire permanent de Droit international des affaires, *Conflit de lois (contrat et responsabilité)*, dern. Mise à jr 25 Juin 2012

Fauvarque-Cosson (Bénédicte), *V° Nullités*, Encyclopédie Dalloz, International, 2000

Idot (Laurence), Répertoire de Droit international, *Concentrations*, Décembre 1998, dern.  
mise à jour : Mars 2009

Lerebours-Pigeonnière (Paul) et Loussouarn (Yvon), *Droit international privé*, Dalloz,  
9<sup>ème</sup> éd., 1970

Mayer (Pierre) et Heuzé (Vincent), *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd., 2010

Synvet (Hervé) et Tenenbaum (Aline), *Instruments financiers*, Répertoire de Droit  
international, Janvier 2009

Terré (François), Simler (Philippe), Lequette (Yves), *Droit civil - Les obligations*, Précis  
Dalloz Droit privé, 10<sup>ème</sup> éd., 2009

### Monographies et articles

Béguin (Jacques), *L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 Juillet 1966*, Rev. Sociétés 1996

Burnham (William), « *Introduction to the Law and Legal System of the United States* »,  
Thomson West, 4ème éd., 2006

David (René) et Pugsley (David), *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985

Djaraouane (Karim) et Serhal (Chucri Joseph), *La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique*, RDAI, n°2, 2009

Dubertret (Matthieu), *Réforme du Droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 Janvier 2009*, Recueil Dalloz 2009

Fauvarque-Cosson (Bénédicte), *Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie*, RDC, 2010.316

Fauvarque-Cosson (Bénédicte) et Mazeaud (Denis), *European Contract Law : Materials for a CFR, Terminology, Guiding principles, Model Rules*, éd. Sellier, 2008

Ferrari (Franco), *La loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs (Article 5 de la Convention de Rome)*, RDAI, n°2, 2008

Germain (Michel), *La loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, Le projet de convention de La Haye de Décembre 2002*, RCDIP, 2004

Locquin (Eric), Ravillon (Larence), Martin (Annie) et Tourard (Hélène), *Sources informelles du Droit du commerce international*, RDAI, n°1, 2008, p. 92

Malan (Alexandre), *La pratique des contrats internationaux en Russie : quelques notions essentielles*, RDAI, n°1, 2009

Martin, *La théorie de la scripturalisation, in 20 ans de dématérialisation des titres en France*, sous la dir. de Hubert de Vauplane, Banque éditeur, 2005

Mourre (Alexis) et Lahou (Yasmine), *Chronique de Droit international privé appliqué aux affaires*, RDAI, n°2 et n°6 2005

Picat (Marc) et Soccio (Stessie), *L'harmonisation d'un droit européen des contrats : fiction ou réalité ?*, RDAI, n°4, 2011

Tenenbaum (Aline), *Réflexions sur la Convention de La Haye du 13 Décembre 2002 sur la loi applicable à certains droits sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire*, Rev. Sociétés 2005

Vauplane (de) (Hubert), *Projet de convention UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires*, RTDF, 2006/2.65

## Thèses

Boucoba (Xavier), *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 301, 1998

Muir-Watt (Horatia), *La fonction de la règle de conflit de lois*, Université de Droit d'Economie et de Sciences sociales de Paris, 1985

Toubiana (Annie), *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Dalloz Paris, 1972

## Sources normatives

Journal Officiel de la Communauté Européenne, n° C 282, 31 Octobre 1980

Journal Officiel de la Communauté Européenne, n° L 48, 20 Février 1989

Journal Officiel de l’Union Européenne, n° C 334, 30 décembre 2005

Règlement de la Communauté Européenne, n° 44/2001 du Parlement européen et du Conseil,  
22 Décembre 2000 : JOUE n° L 012, 16 Janvier

Règlement de la Communauté Européenne, n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil,  
17 Juin 2008 : JOUE n° L 177, 4 Juillet

### **Documents électroniques**

#### *Sites internet*

Site de l’Autorité de la concurrence [base de données en ligne]. [réf. du 18 Avril 2013].  
Format World Wide Web. Disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

Site de la Cour de Justice de l’Union Européenne [base de données en ligne]. [réf. du 30 Mars 2013]. Format World Wide Web. Disponible sur : <http://curia.europa.eu/>

Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôts [base de données en ligne]. [réf. du 30 Mars 2013]. Disponible sur : <http://bofip.impots.gouv.fr>

Site de l’Union européenne [base de données en ligne]. [réf. du 5 Mai 2013]. Disponible sur :  
[http://europa.eu/index\\_fr.htm](http://europa.eu/index_fr.htm)

#### *Banque ou base de données*

LAMYLINE – Lamy sociétés commerciales 2012, Système de documentation juridique [base de données en ligne]. [réf. du 30 Mars 2013]. Disponible sur : <http://lamyline.lamy.fr>