

11^e édition du Congrès Africain des Juristes d'entreprises

(COJA 2010)

Organisé par le Centre africain pour le Droit & le Développement



CRISE FINANCIERE ET CONTRATS COMMERCIAUX

Par Me Mamadou KONATE
Avocat, Jurifis Consult, Mali

Tout contrat suppose la durée. Si ordinairement la formation du contrat résulte d'un accord soudain et procède parfois d'une laborieuse préparation qui s'inscrit elle-même dans le temps son exécution, elle, s'étale beaucoup plus nettement et beaucoup plus fréquemment encore, dans la durée.

Tel est le cas notamment des contrats continus ; qu'ils soient à exécution successive ou à prestations différées. Le temps est donc est une donnée dont les parties ne peuvent faire abstraction.

Ce faisant, la situation initiale qui a donné lieu à l'accord contractuel risque d'être modifiée de manière substantielle, déjouant ainsi les prévisions légitimes des parties.

Mais à ces risques encourus par le contrat, le droit privé répond fermement par la maxime « *Pacta Sunt servenda* » traduite dans l'article 1134 du code civil français et reprise sous diverses dispositions dans les législations africaines qui proclame la force obligatoire des contrats que rien ne pourra affecter.

Ce principe s'appuie sur le fondement moral de la parole donnée mais il s'explique également par une justification économique et sociale. Le droit doit assurer la sécurité des transactions ; or, si l'on veut permettre aux parties d'affecter d'un terme leurs conventions, il faut leur garantir une exécution intégrale : le contrat doit être une emprise sur l'avenir.

Aussi, plaçant pour des raisons de moralité et de sécurité juridique la volonté humaine en pierre angulaire de sa construction, déniait aux tiers tout pouvoir d'intervenir dans l'édifice et réservant aux parties, la liberté non seulement de conclure, mais aussi d'adapter leurs conventions, la jurisprudence rejette avec constance depuis le célèbre arrêt dit « du Canal de Craponne » rendu le 6 mars 1876 par la Chambre civile de la Cour de cassation, la théorie de l'imprévision.

Or, l'époque et l'environnement socio-économiques dans lesquels nous vivons, exposent davantage les parties à un contrat à différentes situations visées par la théorie de l'imprévision ou du changement des circonstances économiques, situations au nombre desquelles on compte : les crises pétrolières successives et plus fraîchement la crise consécutive à l'effondrement du système bancaire et des marchés financiers.

Par ailleurs, les conséquences de la dévaluation de la monnaie survenue au sein de Communauté Financière Africaine et l'imprévisibilité qui caractérise les politiques économiques nationales de nos Etats ont laissé des traces profondes et révélé à la face du monde et des opérateurs économiques, les insuffisances de ce droit contractuel classique qui ignore le principe de la renégociation lorsque la relation contractuelle, par nature équilibrée est affectée par la conjoncture ou les aléas économiques.

Cependant, la maîtrise du contrat sur l'avenir est tout à fait possible lorsque les parties décident d'inclure des clauses dites d'adaptation qui sont des techniques d'intégration du risque liées aux évolutions des données sous l'empire desquelles les parties se sont accordées.

On sait que l'ingéniosité des juristes a permis de mettre au point une gamme assez étendue de ces types de clauses. Le jeu de l'adaptation va alors transformer le contrat qui n'aura plus la même physionomie du jour de sa conclusion à celui de son exécution. Ces clauses vont provoquer sur sa structure toute une série d'effets qu'il importe d'analyser.

Soit les parties s'en remettent à un mécanisme qui permettra la modification du contrat sans qu'elles aient à intervenir pour donner leur accord et l'adaptation sera automatique **(I)**; soit elles préfèrent contrôler l'adaptation en l'agréant ou même en la négociant, au fur et à mesure que les déséquilibres apparaissent et l'adaptation sera non automatique **(B)**.

I. LES CLAUSES D'ADAPTATION AUTOMATIQUE

On entend par clauses d'adaptation automatique, l'ensemble des dispositions présentes dans les contrats dont l'activation, déclenchée par la survenance d'un événement prédéfini, entraîne une modification substantielle des conditions initiales dans lesquelles le contrat a été consenti.

Mais le mécanisme d'adaptation est souvent plus ou moins complexe car il va avoir pour objet de déterminer le contenu de l'adaptation. Selon le cas, les parties peuvent faire appel à une procédure d'adaptation immédiate ou à une procédure d'adaptation dite médiate.

1.1. La procédure d'adaptation immédiate

L'adaptation du contrat peut s'effectuer immédiatement sans intermédiaire par une procédure mathématique. Elle suppose dès lors qu'un élément variable du contrat soit placé en relation avec une référence désignée par les parties et qu'un système d'adaptation établisse la relation.

Cette technique contractuelle est généralement relative à la détermination du prix. La détermination du prix suscite, en effet, de nombreux contentieux et mérite donc une attention toute particulière lors de la rédaction d'un contrat. Afin d'éviter toute ambiguïté ultérieure, les conditions de paiement ainsi que les éléments inclus dans le prix doivent être très clairement précisés. C'est le mode de fixation du prix qui doit être examiné avec le plus de précision afin qu'une des parties n'impose pas arbitrairement son ou le prix à l'autre partie.

Sans être exhaustif on peut relever les clauses les plus pertinentes.

a) La clause d'indexation :

C'est une clause de contrat qui prévoit qu'un de ses éléments (prix, pension) évoluera en fonction de l'évolution d'une autre donnée (indicateur économique). En particulier, les **clauses d'indexation** rédigées dans les contrats d'achat ou de vente internationale visent à prévoir contractuellement les modalités de partage du risque de change de transaction entre l'acheteur et le vendeur, dans l'hypothèse où une variation du cours de change de la devise choisie par les parties interviendrait.

b) La clause de l'Earn out :

Dans le cadre d'un transfert d'entreprise par la voie d'une vente d'actions, la détermination du prix de vente des actions constitue fréquemment un point crucial mettant en péril la conclusion même de la vente.

Cette difficulté provient essentiellement du fait que, d'une part, le vendeur refuse - à juste titre - de négliger le potentiel de l'entreprise qu'il vend, tandis que d'autre part, l'acheteur hésite à reconnaître une valeur spéculative à cette même entreprise, tant et aussi longtemps qu'il n'a pas la certitude que l'entreprise pourra effectivement générer le rendement escompté sur son capital.

Pour éviter l'impasse qu'une telle situation peut engendrer, les parties peuvent s'entendre sur une formule de détermination du prix de vente en deux temps, qu'on nomme clauses " earn out ", qui prévoit l'indexation d'une partie ou de la totalité du prix de cession des parts ou des actions d'une société.

L'objectif est de calculer le prix de vente en intégrant les résultats futurs de la société vendue. Dans de nombreuses transactions, le prix est versé en deux fois :

1. un prix de base convenu de l'entreprise. On peut le comparer à un " prix plancher " : il est en général versé au moment de la cession effective ;
2. et un complément de prix, qui représente une sorte de prime de rendement variant selon la performance financière de l'entreprise vendue (cette prime peut comporter un plafond mais cela n'est pas toujours le cas). Cette portion du prix de vente dite "earn-out" se veut conditionnelle à l'atteinte de résultats spécifiques, faute de quoi elle ne saurait être exigible.

c) Clause du premier refus

Par cette clause, une partie donne une préférence à son cocontractant pour une affaire nouvelle et éventuelle.

Cette clause peut être rédigée :

- en faveur du vendeur : si l'acheteur lié au vendeur dans un contrat d'approvisionnement a besoin d'une quantité supplémentaire de marchandises (par rapport à ce qui est prévu dans le contrat), il doit, par cette clause, demander en priorité au vendeur de lui livrer cette quantité supplémentaire. Ce n'est que si ce dernier refuse qu'il peut aller commander ailleurs ;
- en faveur de l'acheteur : si le vendeur dispose de quantités supplémentaires à livrer, il doit d'abord les proposer à l'acheteur avant de les offrir à quelqu'un d'autre.

d) La clause dite « de hausse et de baisse »

Cette clause permet de réviser les conditions financières du contrat en cas de hausse ou de baisse du niveau des salaires ou du coût des matières premières.

e) La clause de garantie d'actifs ou de passif

Lors d'une opération de fusion-acquisition, la garantie d'actif et de passif permet à l'acquéreur de limiter les risques inhérents à la société cible.

Il s'agit d'une clause conclue entre l'acheteur et le vendeur, garantissant l'authenticité des éléments comptables qui ont permis de valoriser la société cible lors des négociations.

Il permet de faire supporter au cédant le passif supplémentaire et/ou l'insuffisance d'actif, liés à des événements antérieurs à l'opération et qui pourraient apparaître après la cession.

La clause garantit la valeur des éléments comptables qui ont permis de valoriser la société dans le processus de négociation. La durée des garanties est fréquemment comprise entre trois et cinq ans.

En général l'engagement prévoit trois éléments majeurs :

- une description détaillée, qui engage la responsabilité du cédant, de l'actif, du passif, des capitaux propres, des engagements hors bilan ;
- un engagement du cédant sur une gestion normale de son entreprise entre la date de clôture de l'exercice et la date de cession ;
- les modalités d'indemnisation en cas de préjudice.

Il est important de stipuler qui sont les bénéficiaires. Le bénéfice se fait soit au profit de la société cédée (sous forme d'indemnité), soit au profit de l'acquéreur (sous forme d'indemnité ou d'une réduction du prix de cession). Généralement, il y a un plafond à ses garanties qui équivaut à un pourcentage de 10 % à 30 % du montant total de la cession.

Attention toutefois, le montant est très aléatoire selon les périodes et les entreprises.

A coté de ces clauses qui ont pour effet la modification immédiate des conditions contractuelles, il existe d'autres types de clauses automatiques mais qui ne sont pas automatiques.

1.2. La procédure d'adaptation médiate

Bien souvent, une procédure d'adaptation immédiate peut paraître trop rigide, parce que par exemple qu'il n'y a pas dans le secteur considéré de références satisfaisantes, les parties peuvent préférer faire établir l'adaptation par un médiateur dont elles agrément par avance l'intervention pour ne pas fausser le caractère automatique de la procédure.

L'hypothèse se rencontre fréquemment lorsque les parties craignent de ne pas pouvoir se mettre d'accord, elles optent alors comme recours en cas d'échec de leurs négociations, pour une solution d'adaptation semi-automatique ou médiane. Elles se chargent alors de désigner un tiers ou sont tenues, simplement, de saisir une instance prévue à l'avance qui l'effectuera.

Le contrat doit très nettement désigner l'auteur de l'adaptation du contrat. Celui-ci peut très bien être l'une des parties au contrat. Ces situations se rencontrent par exemple dans le cas de contrat intervenant dans un secteur très concurrentiel.

Tel est le cas des clauses :

a) Clause de l'offre concurrente

Lorsqu'un acheteur, lié à un vendeur par un contrat d'approvisionnement à long terme pour un prix donné trouve une autre source d'approvisionnement plus avantageuse, par cette clause, le vendeur doit s'aligner sur les conditions de l'offre concurrente.

Mais dans la pratique, ce type de clause peut faire naître certaines difficultés :

- la comparaison des deux offres n'est pas toujours facile car plusieurs conditions peuvent se mêler (prix, livraison,...) ;
- il faut éviter les offres de connivence : l'acheteur, afin de pouvoir modifier son contrat actuel, se met délibérément en relation avec un autre vendeur qui offre des conditions plus avantageuses. Pour éviter cela, on écrit souvent que l'offre doit être " sérieuse et connue ";
- il faut apporter la preuve de l'offre concurrente. Mais cela pose un problème de déontologie : peut-on en effet exhiber l'offre d'un tiers à l'un de ses concurrents ? On a alors parfois recours à un tiers indépendant, tenu par le secret professionnel qui est chargé de vérifier l'existence de l'offre et d'effectuer la comparaison des deux offres ;
- elle risque de restreindre la concurrence. L'Union Européenne refuse parfois cette clause en regard du droit de la concurrence.

b) Clause du client le plus favorisé

Cette clause prévoit que si le vendeur accorde certaines conditions plus avantageuses à l'un de ses clients, il doit les accorder également au client qui a inclus ce type de clause dans le contrat.

Mais l'adaptation peut être le fait d'un tiers au contrat. L'hypothèse se rencontre lorsque les parties craignent de ne pouvoir se mettre d'accord ou prévoient ce recours comme solution de secours en cas d'échec de leurs négociations. Les parties prendront alors soin de procéder à cette désignation ou bien s'engagent à saisir une instance qui à son tour sera chargée de cette désignation.

Une fois désigné, ce « tiers expert » est chargé de fixer en toute indépendance le contenu de l'adaptation du contrat. Il devra dans ce cas s'en tenir à la mission confiée par les parties et qui a été détaillée par le contrat pour rééquilibrer les prestations du contrat.

Le plus souvent, il s'agit de la « **clause à dire d'expert** » qui prévoit la fixation du prix par ce tiers évaluateur.

La présence d'une clause d'adaptation automatique permet, en tout cas, la transformation du contrat, sans qu'il en découle le moindre risque pour la solidité de l'opération.

Les parties ne peuvent, en effet, à cette occasion remettre en cause l'adaptation dont elles ont accepté le principe et les modalités à la signature de la convention. Ce genre de clause n'est toutefois possible qu'avec un risque prévisible dont on puisse tenir compte lors de la conclusion du contrat, en établissant un mécanisme capable d'en atténuer les effets.

Les Clauses d'adaptation non automatiques

Lorsque les parties ont elles-mêmes prévu que les obligations contractuelles pourraient être renégociées, le principe de l'intangibilité de la convention cède devant celui d'autonomie de la volonté et de celui, connexe, de liberté contractuelle. Les clauses d'adaptation de sauvegarde sont couramment utilisées, notamment dans les contrats internationaux et les tribunaux judiciaires et arbitraux reconnaissent pleinement leur efficacité.

Parmi ces clauses, c'est la clause de « *hardship* », qui retiendra tout spécialement notre attention ici, car c'est assurément celle qui correspond au mécanisme le plus élaboré et le plus général d'adaptation d'un contrat à de nouvelles données et qui, à ce titre, offre le plus d'intérêt.

Il y a lieu de considérer les circonstances dans lesquelles cette clause doit être prévue et les soins qu'il faut apporter à sa rédaction.

1.1. L'aménagement contractuel de la clause « *hardship* »

La clause *hardship* permet aux parties de demander un réaménagement du contrat qui lie si un changement de circonstances économiques intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur injuste.

Elle est la variante de la clause *rebus sic stantibus* du droit administratif et de la clause de sauvegarde du droit public international.

Elle se différencie de la clause de force majeure dans le sens où dans le cadre de cette dernière, l'exécution de l'obligation est devenue impossible pour une partie. Au contraire, pour qu'il y ait *hardship*, il faut qu'un bouleversement des circonstances, raisonnablement imprévisible et extérieur aux parties, fasse subir à l'une d'entre elles un préjudice tel que l'équilibre initial soit rompu, mais susceptible d'être rétabli.

La mission première de la clause de *hardship* est en effet de permettre la continuité des rapports contractuels, et donc d'éviter la résiliation, et ceci tout en restant dans le domaine contractuel.

La finalité de la clause de *hardship* est ainsi de régler les conséquences économiques qui se traduisent par un bouleversement de l'équilibre du contrat, et ceci afin de le maintenir. Les parties peuvent déterminer par avance les circonstances à l'origine du bouleversement : événement général, économique, politique, social... ou circonstances particulières, le caractère substantiel du *hardship* (déséquilibre du contrat ou d'un élément particulier).

Supprimé : ¶

¶
¶

Mis en forme : Sans
numérotation ni puces

Par ailleurs, les parties pourront préciser le caractère inéquitable des conséquences du hardship. Enfin, elles peuvent déterminer par avance l'objet de l'adaptation (général ou particulier, prix taux...), et même le délai nécessaire suivant la conclusion du contrat pour qu'une telle clause soit actionnée.

Ainsi, le contenu de la clause est abandonné à la liberté contractuelle. Etudier les conditions dans lesquelles les parties conviennent qu'il y aura hardship nous mènerait en conséquence à une étude casuistique, dont il serait difficile de tirer des généralités. Certes, des différends peuvent apparaître entre les parties dès la phase initiale, à propos de l'existence même des conditions de la réadaptation. Néanmoins, les problèmes susceptibles de se poser sont identiques à ceux rencontrés lors de la phase de renégociation proprement dite.

La clause de hardship peut être formulée de façon expresse ou tacite comme toute clause d'origine contractuelle et ce sous des vocables différents : clauses de révision, d'imprévision... Peu importe la lettre du texte, ce qui compte c'est l'intention réelle des parties.

Les règles d'UNIDROIT rappellent que la liberté contractuelle et la liberté d'élaborer des clauses dans les contrats sont des principes de base (art.1.1). Cependant, il n'apparaît pas que la clause de hardship, malgré son intérêt, puisse être considérée comme une clause implicite, présente dans tous les contrats commerciaux et fondée sur la *lex mercatoria*.

C'est la volonté seule des parties qui fonde l'introduction de la clause dans le contrat. C'est encore cette seule volonté qui justifie la mise en œuvre de la clause.

L'utilité de la clause de hardship n'est plus à démontrer, son insertion fréquente dans des contrats internationaux de longue durée en témoigne. Toutefois, une clause mal libellée posera nombre de difficultés.

Partant, nous ne pouvons que conseiller aux rédacteurs de contrats de faire preuve de grande vigilance, soin et méticulosité dans la rédaction de la clause de hardship, se basant sur les recommandations ci-après.

1.2. La rédaction de la clause hardship

L'objet principal de la clause de "hardship" est de renégocier le contrat en cas de modification des circonstances extérieures, d'ordre économique, technique, commercial ou autre.

Mais, pour qu'une telle clause puisse fonctionner de manière satisfaisante, il est indispensable qu'elle prévoie les modalités de sa mise en œuvre : le critère qui détermine

la réadaptation, les personnes habilitées à y procéder, les modalités de la négociation et les conséquences qui en découlent etc.

La rédaction d'une telle clause est en conséquence particulièrement sensible, il convient de prêter une attention toute particulière à sa rédaction. Elle est toujours divisée en deux parties :

- définition et énumération des hypothèses visées : il s'agit de déterminer dans quelles circonstances la clause pourra être invoquée. En pratique, ces clauses sont souvent très vagues et les critères sont souvent subjectifs. Ce manque de précision peut conduire à une situation dans laquelle une partie invoque la clause de hardship alors que l'autre partie estime que les conditions ne sont pas rencontrées;
- définition du régime juridique applicable : En cas d'évènements imprévisibles bouleversant l'équilibre du contrat, les parties doivent prévoir les effets de cette clause, à savoir résiliation/réadaptation du contrat.

Elles devront notamment prévoir :

- les modalités de rééquilibrage du contrat (recherche de la solution la plus adaptée pour faire disparaître le déséquilibre constaté, en procédant si nécessaire à un amendement de certaines dispositions du contrat);
- les solutions à adopter en cas d'échec de la concertation des parties pour rééquilibrer le contrat (recours à un tiers choisi d'un commun accord ou désigné par voie judiciaire);
- les modalités financières de l'éventuelle conciliation (partage des frais d'honoraires)

Des conseils avisés :

Afin de permettre à la clause de hardship de sortir tous ses effets, son rédacteur veillera à :

- ✓ adopter une formule générale ;
- ✓ déterminer les circonstances dans lesquelles la clause jouera et insister sur le caractère imprévisible de celles-ci ;
- ✓ prévoir les effets de la clause de hardship: réadaptation ou résiliation. Ainsi ne conseillera-t-on pas assez au rédacteur de la clause de bien prévoir la procédure à appliquer en cas d'échec de la renégociation des parties. Dans ce cas, une simple résiliation du contrat ou une réadaptation par un tiers sera la piste la plus souvent rencontrée ;

- ✓ préciser que la demande de réadaptation de la partie lésée n'implique pas le droit pour elle de suspendre l'exécution de la convention ;
- ✓ prévoir que la partie lésée sera tenue d'adresser à son cocontractant sa demande de réadaptation dans un délai déterminé par un écrit motivé et de lui communiquer des documents justifiant cette demande. La rédaction avisée ne manquera pas de prévoir également la sanction d'un avertissement tardif ou non motivé.

Mamadou Ismaila KONATE

Avocat à la Cour,

Associé, Cabinet Jurifis Consult