

**Chambre de Commerce International – Maroc.**  
**Séminaire sur le thème du contrat commercial international**  
**Casablanca les 29 & 30 avril 1999.**  
**Exposé préparé et présenté par Amin HAJJI**  
**Avocat au Barreau de Casablanca.**

**Thème :** Aperçu des difficultés rencontrées dans la pratique contractuelle internationale par rapport à l'évolution des pratiques juridiques commerciales, à la diversité et la divergence des législations nationales et à l'absence d'un véritable code de commerce international.

Mesdames Messieurs,

Pour traiter cette question relative aux difficultés rencontrées dans la pratique des contrats commerciaux internationaux, je souhaiterais aborder une notion qui me semble intéressante qui est celle de l'ingénierie juridique, c'est-à-dire de la conception et du montage de contrats commerciaux internationaux dans un domaine d'activité très important marqué par de constantes innovations qui est celui de la finance internationale.

Le sujet de l'ingénierie juridico-financière relie donc deux matières scientifiques différentes que sont le droit et la finance mais qui se rejoignent lors de l'élaboration de contrats financiers internationaux en particulier.

On a tous à l'esprit les dernières grandes opérations financières internationales réalisées au Maroc au cours de ce mois d'avril 1999 comme l'euro-émission obligataire de l'Etat marocain de 138 millions d'Euros sur le marché financier international, le financements de projet sous la forme de *Built Operate Transfer* du nouveau port maritime de Tanger comme ce fût le cas il y a peu de temps pour la Centrale de Jorf ainsi que les actuels financements d'acquisition d'avions de dernière génération B.737/800 et B 737/700 que la RAM a concrétisé sous la forme de leasing financier ou de leasing simple (location d'aéronef coque nue). Certaines opérations financières internationales non moins importantes mais qui sont peu médiatisées sont également conclues au Maroc tels les contrats de swap de devises ou de taux que quelques grands opérateurs économiques marocains réalisent avec des banques étrangères pour assurer en définitive une bonne gestion de leur trésorerie devise et donc de leur dette extérieure.

Ce domaine de la finance internationale est un champ idéal pour l'expérimentation de pratiques contractuelles internationales qui ne sont en définitive que la réponse juridique à :

- (i) des exigences constamment renouvelées d'un marché fluctuant et instable et à des situations spécifiques dans le temps et l'espace qui touchent notamment l'objet du contrat qui doit être parfaitement déterminé et déterminable; et
- (ii) des besoins et attentes des principales parties contractantes, dont le ou les créanciers qui souhaitent s'entourer du maximum de sécurité juridique pour récupérer leurs fonds investis avec les gains espérés, et le débiteur qui, tout en étant bien entendu le bénéficiaire de l'investissement financier, veut éviter tous risques de rupture du contrat de financement avec dans le cas de la survenance d'un événement défaut, l'obligation par la déchéance du terme de rembourser par anticipation les fonds accordés augmentés de très fortes pénalités notamment.

Ainsi, les difficultés rencontrées dans la pratique des contrats de financements internationaux sont liées à plusieurs facteurs qui sont de deux types principaux :

**§ 1 - Il y a d'abord celui de la nécessaire adaptation du contrat à un besoin spécifique et à un moment déterminé.** Le cas du financement d'achat d'avions est un bon exemple sur ce point:

- (i) dans les années 70, les avions étaient financés par de simples crédits consortiaux internationaux (crédits acheteurs) garanties par les gouvernements;
- (ii) puis les années 80 ont connu le développement des techniques du Leasing aéronautique (opérationnel ou financier) qui répondaient plus précisément aux nouveaux besoins commerciaux et financiers des compagnies aériennes qui voyaient le retrait des garanties gouvernementales qui leurs été précédemment accordées ou du moins au créanciers de ces dernières; et

- (iii) les années 90 [ **Cf. schéma n°I: Mécanisme financier de base d'un JLL**] ont été quant à elles marquées par une créativité sans égale des techniques contractuelles de financement d'avions comme les fameux *JLL (Japanese Leveradge Lease)* ou leasing à effets de levier fiscal japonais ou leurs équivalents des pays occidentaux, qui sont en fait des financements mixtes de crédit et de leasing basés sur les actifs, les avions en l'occurrence, qui sont donc hypothéqués en faveur des prêteurs et exploités en location financière conclue avec des sociétés de leasing aéronautique propriétaires des aéronefs.

Cette évolution de la pratique contractuelle [ **Cf. schéma n°II: Mécanisme contractuel de base d'un JLL**] dans le domaine des achats d'avions peut être illustrée par la seule documentation préparée qui peut comprendre pour les dernières techniques contractuelles utilisées une moyenne 300 à 500 pages composées de plusieurs contrats (groupe de 10 à 20 contrats en moyenne) avec un contrat principal et une constellation de contrats secondaires ou annexes aux clauses multiples et complexes avec des combinaisons de dispositions techniques et juridiques, le tout formant un seul et même document contractuel.

A ce niveau et dans le but de sécuriser la transaction financière internationale, c'est bien évidemment la pratique contractuelle anglo-saxonne qui prédomine, avec:

- (i) un processus immuable d'élaboration bien établi depuis l'élaboration du "*Term Sheet*" ou "le mémorandum d'offre" jusqu'au "*Closing*" ou date de signature finale de l'ensemble documentaire, le tout bien souvent précédé par une longue période préparatoire de documents préalables techniques, financiers, fiscaux, juridiques avec parfois des autorisations administratives obligées;
- (ii) ses excès de détails et parfois de redondances dans la rédaction de clauses interminables concernant notamment les délais d'exécution du contrat, la cession des droits des membres du syndicat bancaire, les clauses de révision, d'imprévision ou de ("*Hardship*"), les garanties pour la bonne sécurité juridique de l'opération et les clauses de règlement de différends. Il arrive bien souvent d'oublier parfois ce qui a été dit au début quand on arrive à la fin d'un long paragraphe de près d'une page de phrases accolées sans ponctuation!);et aussi
- (iii) avec ses concepts juridiques spécifiques tels les fameux "*Cross default clause*" (ou clause de défaut croisé) qui jouent l'effet domino en cas de manquement du débiteur à une de ses obligations financière dans d'autres contrats financiers, la "*negative pledge clause*" qui consiste à interdire au débiteur à accorder à l'avenir une sûreté supplémentaire en faveur d'un nouveau créancier sans l'accord préalable des créanciers précédents ou la clause "*pari passu*" qui consiste à donner au créancier actuel une sûreté au moins égale à celle qui seraient à de nouveaux créanciers. On peut aussi citer la "*Gross up clause*" qui s'applique aux impôts et taxes pour lesquels le débiteur doit majorer à due concurrence les sommes dues de sorte qu'après déduction des impôts et taxes, le créancier reçoive l'intégralité" des montants exigibles au titre du financement. [ **Cf. schéma n°III: Mécanisme contractuel d'un financement d'avion basé sur actif** ]. En raison du caractère forcément consorsial des grandes opérations de financement international et qui sont souvent assorties de plusieurs sûretés réelles ou personnelles en faveur des créanciers, les juristes anglo-saxons ont introduit le concept du "*Trust*" ou fidéo-commissaire pour prendre, gérer et réaliser lesdites sûretés. En effet, deux importantes questions se posent concernant, d'abord les modalités pour les membres du consortium bancaire pour s'assurer en cas de cession de participation dans le contrat de financement que la ou les banque(s) cessionnaire(s) puissent bénéficier des sûretés constituées au préalable et surtout qu'elle(s) puisse(ent) les opposer aux tiers. Malheureusement, le droit civil marocain (article 195 du DOC) oblige une signification par voie extrajudiciaire du débiteur ou une acceptation expresse de ce dernier d'une telle cession de créance avec les éventuelles sûretés qui lui sont attachées. Il faut ensuite organiser les modalités de réalisation des sûretés qui ne peuvent pour des raisons d'ordre pratique être effectuées par chacun des membres du syndicat financier et à ce niveau, le "*Trustee*" est désigné comme "Agent de sûretés" ou "*Security Trustee*" pour agir lors de l'administration des sûretés pour le compte des membres du syndicat en qualité de mandataire. Cependant, le droit anglo-saxon, le "*Trustee*" reçoit les sûretés en son nom et il agit comme s'il était le seul et unique créancier du débiteur. Il peut aussi ne pas appartenir ou émaner du syndicat bancaire comme l'est souvent la banque "Chef de file" de l'opération de financement internationale.

Cette complexité croissante des contrats internationaux nous pousse à poser une question essentielle qui est celle de la recherche du centre de gravité de l'opération contractuelle.

Ce point d'équilibre de l'ensemble contractuel qu'il faut savoir déterminer devrait permettre de mesurer les obligations principales des parties contractantes (parties qui peuvent être nombreuses) ainsi de dessiner le mécanisme chronologique financier, fiscal et contractuel de l'opération de financement. Sans cela, on ne serait qu'en face d'un amas de contrats où il serait très difficile de s'y retrouver. [ Cf. **Schéma contractuel de base de financement en JLL. Diapositive II**].

Pour ce faire, ce sont donc des panels de juriste et de financiers (et de fiscalistes) internationaux qui doivent concevoir ensemble le montage des opérations de financement internationaux.

Par la suite, un document de base ( "*preliminary draft*") est élaboré et accompagné d'une sorte de *check list* d'un ensemble impressionnant de dispositions préalables à entreprendre par toutes les parties contractantes, et en particulier celles relatives aux conditions suspensives ou (*Condition precedent*) et à la *Due diligence* à entreprendre pour l'entrée en vigueur de l'ensemble contractuel lors de la cérémonie du "*Closing*". Cette opération préliminaire et relativement longue et précise, reflète bien souvent la complexité de l'opération en cours de montage.

**§ 2 - Il y a ensuite les difficultés liées à la diversité et à la divergence des législations nationales avec notamment l'absence d'un véritable code de commerce international.**

En effet, l'implication de plusieurs parties à un contrat international et qui sont situées dans des pays (ou des juridictions différentes) pose la question de la loi applicable et de la juridiction compétente. C'est à ce niveau et selon la capacité de négociation des parties contractantes que des lois différentes et juridictions compétentes différentes peuvent être prévues dans les différents contrats formant l'ensemble contractuel [ Cf. **schéma n°III qui indique la diversité de nationalité et de localisation dans différentes juridictions des banques appartenant au consortium, la compagnie aérienne au Maroc, la Banque chef de file Française, etc.** ], ce qui aboutit à une délocalisation juridique des contrats qui n'est que l'expression de la sacro-sainte liberté contractuelle universellement reconnue. La préoccupation majeure de la partie qui aurait réussi à imposer son choix sur ces deux questions est de savoir si les obligations de la ou des autres parties contractantes seraient exécutoires devant la juridiction des autres parties contractantes. Ces difficultés sont souvent résolues par la nécessaire obtention d'avis juridique de juristes de la place. Il n'en demeure pas moins que dans certaines matières comme les droits réels mobiliers comme les hypothèques aériennes, seuls les tribunaux marocains sont compétents et une demande *d'exequatour* d'une décision judiciaire ou arbitrale étrangère ne pourrait être reçue.

Par ailleurs, ces pratiques contractuelles internationales demeurent le domaine de réflexion et de créativité des juristes spécialisés qui élaborent des "recettes" spécifiques au cas par cas, d'abord

- (i) pour se démarquer de la concurrence avec des montages de plus en plus sophistiqués et de plus en plus rentables; et aussi
- (ii) pour suivre l'évolution de la demande et du marché dont les tendances et les exigences sont très variables.

Je terminerai en précisant qu'il y a malgré tout des efforts de codification de certaines opérations financières internationales telle les contrats de Swap de devises ou de taux d'intérêts, en considération de la nature des opérations à entreprendre qui exigent une rapidité extrême dans les prises de décision et de risques par l'institution chargée d'effectuer les opérations de swap qui ne peuvent se développer sans que des règles de conduite internationalement reconnues soit élaborées comme celle de l'*International Swap & Derivative Association. (ISDA) de 1985*; d'UNIDROIT pour l'unification de certaines règles relatives au crédit bail international; de la Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC) pour la normalisation des contrats *BOT*, des recommandations de l'*International Primary Market Association "IMPA"* pour les émissions internationales, sans oublier les fameux Incoterms et RUUCD de la CCI qui trouvent tout leur intérêt dans les opérations de financement international en particulier.

En conclusion, il est possible de dire que les contrats internationaux souffrent de quelques pathologies pour lesquelles il faudrait trouver des remèdes qui aboutiraient à donner à cette importante matière du droit des affaires internationales une identité propre, distincte des systèmes nationaux et devant évoluer vers plus de modernisme.