

PRATIQUE CONTRACTUELLE INTERNATIONALE ET GRANDS PROJETS D'INVESTISSEMENTS AU MAROC

On a tous à l'esprit les dernières grandes opérations financières internationales réalisées au Maroc comme l'euro-émission obligataire de l'Etat marocain de 138 millions d'Euros sur le marché financier international, le financement de projets sous la forme de Built Operate Transfer du nouveau port maritime de Tanger ou de la Centrale électrique de Jorf Lasfar ainsi que les actuels financements d'acquisitions d'avions de dernière génération B.737/800 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, de couverture de risque de variation de cours par des produits dérivés que quelques grands opérateurs économiques marocains réalisent avec des contreparties étrangères pour assurer en définitive une bonne gestion de leurs actifs et trésorerie.

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 ainsi qu'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 des attentes des principales parties contractantes, dont le ou les créanciers souhaitent s'entourer du maximum de sécurité juridique pour récupérer ses/leurs fonds investis avec les gains espérés, et le débiteur qui, tout en étant bien entendu le bénéficiaire de l'investissement financier, voudrait parvenir à concrétiser son projet et éviter tous risques de rupture du contrat de financement avec dans le cas de la survenance d'un événement de défaut, la déchéance du terme et donc de rembourser par anticipation les fonds accordés augmentés de fortes pénalités.

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

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. Dans les années 70, les avions étaient financés par de simples crédits consortiaux internationaux (crédits acheteurs) garantis par les gouvernements ; 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 constataient le retrait des garanties gouvernementales qui leurs étaient précédemment accordées ou du moins aux créanciers de ces dernières ; et les années 90 ont été quant à elles marquées par une créativité sans égale des techniques contractuelles de financement d'avions comme les fameux JLL ("Japanese Leverage Lease") ou leasing à effet 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 dans le domaine des achats d'avions peut être illustrée par la documentation préparée à cet effet qui peut comprendre, pour les dernières techniques contractuelles utilisées, une moyenne de 300 à 500 pages composées de plusieurs contrats dont 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 un processus immuable d'élaboration bien établi depuis l'élaboration du ("Term Sheet") ou "le memorandum 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 techniques, financiers, fiscaux, juridiques avec parfois l'obtention des autorisations administratives pré-

Pour traiter cette question relative à la pratique des contrats commerciaux internationaux, il semble nécessaire de se référer à la notion d'ingénierie juridique et financière, qui peut être comprise comme les techniques contractuelle et financière destinées notamment au montage d'importants projets d'investissements internationaux.

Le sujet de l'ingénierie juridico-financière relie donc deux matières scientifiques différentes que sont le droit et la finance qui se rejoignent lors de l'élaboration des grands projets précités.

Par Amin Hajji - Avocat au barreau de Casablanca - a.hajji@ahlo.ma

lables obligées comme celles de l'office des changes. Par ailleurs, les 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 notamment, rendent très difficile l'examen de la cohérence entre les différents documents contractuels. Enfin, les 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 financières dans d'autres contrats financiers, la ("negative pledge clause") qui consiste à interdire au débiteur d'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 celles qui seraient accordées à de nouveaux créanciers, sont quasi systématiquement inclus dans la documentation et leurs dispositions doivent être scrupuleusement respectées pour éviter une résiliation anticipée du contrat d'investissement.

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.

Par ailleurs, en raison du caractère forcément consorsial des grandes opérations d'investissement 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 en son propre nom 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 les banques cessionnaires puissent bénéficier des sûretés constituées au préalable et surtout qu'elles puissent les opposer aux tiers. Malheureusement, une règle d'ordre public en 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 faudrait 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. Dans 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 un moment donné à rechercher le centre de gravité de l'opération contractuelle à réaliser.

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 que de dessiner les mécanismes chronologiques financier, fiscal et contractuel de l'opération de financement. Sans cela, il serait très difficile de s'y retrouver.

Pour ce faire, ce sont des panels de juristes, de financiers et de fiscalistes internationaux qui doivent concevoir ensemble le montage des opérations d'investissements 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.

Les difficultés précitées sont aggravées par la diversité et 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 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 applicables et juridictions compétentes différentes peuvent être prévues dans les différents contrats formant l'ensemble contractuel. Ceci aboutit bien souvent 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 essentielles 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 ("legal opinion") de juristes de la place. Il n'en demeure pas moins que dans certaines matières comme les sûretés immobilières ou mobilières qu'il s'agirait de réaliser en cas de défaut, seuls les tribunaux marocains sont compétents et une demande d'exequatur d'une décision judiciaire ou arbitrale étrangère dans ce domaine 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 pour se démarquer de la concurrence avec des montages de plus en plus sophistiqués et de plus en plus rentables et aussi pour suivre l'évolution de la demande et du marché dont les tendances et les exigences sont très variables.

Enfin, il y a malgré tout des efforts de codification de certaines opérations financières internationales comme les contrats de Swap de devises ou de taux d'intérêts qui, 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, ne peuvent se développer sans que des règles de conduite internationalement reconnues soit élaborées comme celle de l'International Swap & Derivative Association. (ISDA) ; 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 euro-émissions internationales, sans oublier les fameux Incoterms et Règles et Usances Uniformes de la CCI qui trouvent tout leur intérêt dans les opérations de financement international en particulier.

En conclusion, il est possible de dire aujourd'hui que la pratique des contrats internationaux est bien établie au Maroc du fait des importants flux d'investissements étrangers que connaît notre pays depuis quelques années mais il n'en demeure pas moins que la majorité de ces contrats échappe bien souvent au droit marocain et au juge marocain en raison parfois d'un manque de pragmatisme ou d'innovation juridique qui est plombé par certains textes fondamentaux de droit civil notamment qui empêchent toute innovation contractuelle nécessaire à l'exécution de certains engagements contractuels multipartites et bien entendu, le juge marocain apparaît encore handicapé par la non maîtrise des concepts juridiques anglo-saxons qui priment dans l'élaboration des contrats relatifs aux grands projets d'investissements internationaux de même que toute la documentation est généralement rédigée en langue anglaise, ce qui rendrait le travail du juge marocain impossible. Il n'en demeure pas moins que la technique contractuelle actuelle utilisée pour les grands projets d'investissements internationaux souffre de quelques pathologies nées peut être de la complexification parfois voulue de la documentation juridique et le remède serait peut être de la simplifier avec toutefois l'aide de lois nationales ou de conventions internationales d'uniformisation de certaines règles de droit plus adaptées à cette évolution du droit des affaires internationales. Cette évolution favorable est marquée au cours des premières années du troisième millénaire par une véritable simplification de la documentation contractuelle des contrats de financement d'acquisition d'aéronefs qui se résume à la signature par le locataire de l'aéronef d'un contrat spécifique de leasing financier ou opérationnel qui se réfère à un contrat cadre élaboré par la firme de location souvent dénommé ("Common Term Agreement") ("CTA"). Par ailleurs, la récente convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques conclue au Cap (Afrique du Sud) en novembre 2001 apportent une réponse très favorable à la croissance du commerce des avions commerciaux et en particulier pour les compagnies aériennes des pays en développement.