

Le "bon contrat" à travers le prisme d'un juriste.

- lundi 9 janvier 2017

La mission de l'entreprise est de créer de la valeur, développer des stratégies, innover, trouver les meilleurs relais de croissance. Elle est une organisation vivante. Le droit est au service de cette mission.

Le contrat, dont l'essence est extérieure au droit, qui consacre le projet des parties et leur degré de confiance en la relation, y contribue et est censé générer des résultats dont le chiffre d'affaire n'est pas des moindres. Aussi "*contracts must be properly designed to ensure that the parties take mutually beneficial decisions*" / les contrats doivent-ils être correctement conçus de sorte qu'ils garantissent aux parties de prendre des décisions mutuellement profitables" [1].

Par Gilles de Sorbay, Directeur juridique.

Le contrat est un produit ayant des effets prévus et a priori prévisibles, issu d'une réflexion élaborée, comme une voiture, un médicament ou un parfum le sont des bureaux d'études et échelons qui, au final, décident, de ce qu'ils doivent être pour une mise sur le marché dans les meilleures conditions. Son objet peut être dématérialisé (titres, fonds de commerce, créance, brevet, mandat, etc.). Il a donc une indéniable valeur intrinsèque [2].

La grille de lecture diffère entre le dirigeant, l'industriel, le financier, les équipes de terrain, le consommateur, etc.

Première tentative de réponse : de bons ingrédients.

Ainsi que je l'ai déjà écrit, **le contrat est un concentré de rapports de force :**

Gouvernance (D.G, actionnaires, etc.),
Finance, Commerce, Industrie,
Juridique, Fiscal,
Etc.

A ce titre, le droit est un outil au service de l'action : comme le financier dans son domaine, **le juriste** - qui n'est pas un distributeur de formulaires - **n'a pas vocation à ne s'intéresser qu'aux dispositions purement juridiques mais à l'intégralité du contrat pour s'assurer que ce qui est écrit, par lui ou d'autres, est cohérent, clair, suffisant, mis en perspective et correspond à ce qui est demandé, prévisible, sans oblitérer l'objectif recherché ni les intérêts de l'entreprise** [3]. On ajuste, on règle, on corrige.

Perspicace, il reste garant de la sécurité juridique du projet par rapport au droit applicable [4], aux lois de police, la jurisprudence (fluctuante), etc.

Actif en négociation, connaissant le « produit », il mesure les risques et options avec chaque contributeur et apporte des solutions efficaces, pragmatiques, claires et approuvées. En cela, il offre bien plus que du droit.

« *Hands-on* », « *Team player* » traduisent son état d'esprit (il n'est pas le seul).

4 points émergent :

1. Est-ce que le contrat utilise une terminologie juste et bien comprise (plutôt que des termes trop généraux), avec un minimum de jargon : ce qui se conçoit bien s'énonce clairement.

La technicité évidente de certaines matières n'exclut pas un effort de clarté rédactionnelle (cf. définitions, etc.). Il ne faut pas rechigner, si nécessaire, à faire appel aux compétences spécifiques de conseils externes (parfois incontournables : immobilier) ; d'autant que certaines dispositions essentielles n'ont généralement pas vocation à évoluer contrairement à celles, plus "opérationnelles", qui peuvent faire l'objet d'avenants.

2. Est-ce que le contrat expose clairement ce qui est voulu ?

Il n'est jamais inutile de schématiser les flux (commerciaux, financiers, etc.) pour visualiser le travail à accomplir, identifier les points d'attention, désigner les contributeurs, définir le rythme à donner, etc.

La complexité des engagements justifie souvent la conclusion d'accords préparatoires dont l'objectif est de cadrer la structure et les principales stipulations des accords futurs (lettre d'intention, contrat cadre, memorandum, etc.). Des contre-lettres peuvent être rédigées. Des préconisations existent (Fidic, etc.).

Le risque, inhérent aux affaires, peut venir de l'enchevêtrement de documents qui font l'histoire du contrat : annexes, avenants, e-mails échangés plus ou moins prudemment, comptes-rendus de réunions, documents précontractuels (RFP, etc.) etc. Il n'est pas rare qu'un montage représente une centaine de pages voire plus.

L'expérience montre que l'objet du contrat est de plus en plus relégué dans des annexes, spécifications, cahiers des charges, liés les uns aux autres. C'est souvent inévitable. Au final, peut se présenter une difficulté de compréhension du "deal", du "scope of work" et de la portée des engagements pris ou supposés pris.

L'expérience montre aussi que les contentieux ne viennent généralement pas de difficultés purement juridiques - cela arrive -, mais régulièrement de dispositions techniques lacunaires, contredites par d'autres, ou d'oublis. Je l'ai constaté dans des licences de technologies, des contrats un peu sophistiqués de vente, de J.V ou de sous-traitance.

Ce risque est significativement réduit en prenant un minimum de temps à l'écriture et la relecture. Heureusement, la plupart des ambiguïtés ou manques de précision sont résolus par les parties elles-mêmes, sans conséquence dommageable. La précision de départ facilite la discussion future.

Plus gênant est par contre le contrat qui est un "assemblage" de clauses disparates provenant d'on-ne-sait-où. Et l'on connaît l'exercice, difficile et périlleux, d'interprétation des contrats (la lettre, l'intention, etc.) [5]

3. Est-ce que le contrat expose clairement les obligations de chaque partie ?

Habitué aux contrats “à l’américaine” (dont la longueur s’explique), je suis adepte des phrases courtes, avec un minimum d’adverbes. Il n’est pas inutile de scinder certaines phrases ou certains paragraphes pour une meilleure lisibilité et compréhension du contrat et donc de ce que chaque partie doit faire ou ne pas faire.

Ne rien écrire est une option. Un contrat n’a pas pour vocation non plus à “tout” dire. Cela étant, il doit être suffisamment “self explanatory” ; alors qu’il sera sans doute “découpé” en “tronçons” distribués qui au commercial, qui à l’industriel, etc. Entre trop dire et pas assez, il y a un juste milieu.

Il faut se méfier aussi des contrats dont on sent et sait qu’ils sont déséquilibrés, que leur centre de gravité est déporté et qui au final, ont été déraisonnablement “négociés” (“one-sided”) faisant ainsi planer un risque de contestation si une partie s’estime lésée. Certains rédacteurs cherchent un engagement maximum du partenaire et un tel objectif crée des textes équivoques desquels il y a peu à gagner en fait.

4. Est-ce que le contrat traite des divergences qui surviendraient lors de son application (et comment) ?

C’est la question, essentielle, de la gouvernance du contrat et des “what if scenarios” (que l’on connaît dans les garanties d’actif et de passif ou clauses liées à sa fin anticipée, et des problématiques de compliance par exemple.).

Des indemnités peuvent devoir être versées, des exonérations, subventions ou autorisations d’exploiter remises en question : ont-elles été prises en compte dans la réflexion sur l’équilibre économique du contrat ?

Des niveaux de performance, de rendement ou d’objectif minimum ont pu être mal évalués, survolés.

Il se peut cependant que la stratégie de l’entreprise l’amène à accepter des contraintes excessives, de négocier dans des délais tendus, si cela lui permet de “clore le deal”, consolider sa position dans un secteur ou sur un territoire et d’en récolter les fruits plus tard (si tout va bien). L’important est qu’elle le sache.

Deuxième tentative de réponse : avez-vous envie de signer ce contrat ?

Au sujet du contrat, l’équipe de négociation peut se poser les questions suivantes pour en contrôler la qualité.

1. Atteint-il son objectif (dans « ce » cas précis) ?

Il y a des contrats cul-de-sac, dédales, frontières, mappemondes, passerelles, terrains vagues. Une bonne analogie peut être proposée avec un navire : correctement conçu, il mène à destination, en sécurité, à travers une mer calme ou agitée, sur la durée, même si la trajectoire varie de quelques degrés. A l’inverse, un « mauvais » contrat est analogue à un navire mal conçu ou rafistolé qui risque de chavirer.

Cela étant, le contrat formé doit encore s’exécuter et ceux qui s’en chargeront ne sont pas forcément les négociateurs (Il n’est pas destiné au juriste). Cette phase est au moins aussi importante que la première.

2. Où se situent les rapports de force et qui sont les décideurs ?

Sa mise en œuvre peut-elle dépendre d'un tiers (Administration, autorité de concurrence, officine discrète, fournisseur clé, etc.), de l'entrée en vigueur d'un autre contrat ou de considérations locales / politiques / économiques / environnementales particulières ? (Cf. « *hardship* » / imprévision).

Le marché considéré est-il réglementé ? Qui n'a pas attendu un « feu vert », un « coup de tampon » (Certaines situations piétinent et, soudain ...) ?

3. Est-il clair dès sa première lecture ?

La précision de l'éventuel préambule est un indicateur. Attention aux clauses de style insérées sans trop se poser de question et au « *on a toujours fait comme ça* ».

4. Les parties sont-elles bien identifiées ?

Quid de leur capacité à s'engager et des délégations de pouvoir ?

5. Un même sujet est-il traité dans plusieurs annexes ?

Sont-elles cohérentes les unes par rapport aux autres ?

6. Quel serait le coût prévisible de la cessation éventuelle du contrat (coût financier, économique, humain, de réputation, barrières à la sortie, etc.) ?

Quelles obligations « survivent » à l'exécution du contrat ?

7. Une cartographie hiérarchisée des principaux risques (financiers, commerciaux, techniques, conformité, retards, niveaux d'assurance, garanties efficaces de paiement [6] a-t-elle été réalisée ?

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique (dite Sapin II) impliquera la mise en place, rapide, d'un programme de conformité robuste dans beaucoup d'entreprises, d'autant qu'un élan d'aggravation des sanctions est en cours.

8. L'étendue des responsabilités (y/c solidarité) est-elle traitée ?

Importance du choix de l'*incoterm* [7]...

9. Quels enseignements tirer des contrats conclus avec cette / ces parties par le passé ?

D'ailleurs qui en a connaissance et où sont-ils - originaux - classés ? Ne pas mettre la main dessus peut s'avérer dramatique.

10. Quels sont les principaux écarts entre la 1ère mouture et la dernière ? Quels compromis ?

11. Quelles sont les étapes précises de son application ?

Clauses de « revoyure », recette & réception, modalités de révision, d'indexation ou de paiement du prix, conditions diverses, « délivrables », etc.

12. Qui a lu le contrat et est en mesure de l'expliquer ?

Les « visas » ne signifient pas une lecture intégrale.

13. Quelle a été la participation de chaque contributeur (techniciens, conseils, etc.) ?

Ont-ils été sollicités à temps ? Dans un contexte international, il s'avère judicieux de faire rapidement intervenir un avocat spécialisé dans le droit applicable et/ou le contentieux local.

Y-a-t-il dans le droit applicable des dispositions supplétives importantes mais que le contrat ignore ou auquel il renvoie ?

14. Qui n'a jamais été confronté aux notions de : « règles de l'art », « *consequential loss* », « *equity* », « *gross negligence* », « *implied terms* », « *reasonable endeavors* », « *subject to contract* », « *shall vs will* », « *material adverse change* » ? [8]

Insérées dans des contrats, certaines sont pourtant totalement étrangères au droit applicable !

15. Qui a vérifié sa traduction éventuelle ?

La version dans une langue étrangère pouvant seule faire foi.

16. Comment la culture de la ou des parties « d'enface » a-t-elle été prise en compte ?

La force d'un engagement varie d'une culture à l'autre : forte chez l'une [9] plus discutable chez l'autre pour qui la signature du contrat importe plus que son contenu.

Dès lors, un élément essentiel du « bon contrat » - cf. § 1 ci-dessus - passe souvent par la construction d'un réseau relationnel avec et autour du partenaire (Chine, Moyen-Orient, etc.) et qui complète le contrat formel.

Les pays n'ont pas tous non plus le même degré de perfectionnement juridique (Cf. Russie et les pactes d'actionnaires par exemple).

17. Comment les négociations ont-elles été préparées et menées ?

Pour exprimer son opinion, le négociateur avisé s'adaptera à son partenaire, sa culture. Je suis persuadé qu'il faut être courtois pour être convaincant.

18. Qui pilote l'application du contrat et en a-t-il les moyens et les ressources ?

Comment la communication des informations confidentielles est-elle gérée ? La stabilité des équipes compte.

19. A-t-on vérifié les modalités d'un éventuel recours contentieux (coût, durée, expertises, conséquences pratiques y/c « les retours de bâton », etc.) ?

A t-on réfléchi au type de mode alternatif de règlement des conflits à mettre en place ?

20. Les incidences fiscales et/ou douanières (redevances, taxes, contributions et impôts, remontées de dividendes, présence d'un établissement stable, etc.) sont-elles identifiées et maîtrisées ?

Le contrat est donc le résultat d'un travail collectif et même les contrats « standards » méritent d'être relus.

Dans un tel contexte, **la compétence juridique joue un rôle important, de facilitateur, mêlant réflexion, pédagogie et adaptation**, qui traite les enjeux et la portée des engagements de façon rigoureuse et réaliste, audacieuse s'il le faut, dans son domaine de compétence, ferme sur les points qui, selon elle, font courir des risques non identifiés.

Par sa valeur ajoutée, elle doit (chercher à) contribuer au développement d'une pratique contractuelle et corporate forte et diversifiée et à celui de l'image de qualité de son entreprise.

Evidemment, l'état d'esprit, l'engagement et l'expérience des parties sont des facteurs de réussite car nous ne maîtrisons jamais entièrement notre environnement : ont-elles envie, pour atteindre l'objectif, de nouer cette relation et sont-elles prêtes à s'adapter au changement s'il le faut, même si chacun doit préserver ses intérêts ?

Ces réflexions, issues du prisme de la pratique concrète, n'épuisent certainement pas le sujet. Bien d'autres points mériteraient de retenir l'attention.

Mais on voit que le phénomène contractuel (y/c dans le champ de l'action publique) est un processus complexe, réfléchi et adapté à la réalité économique, technique et humaine et qui prend toute sa place dans la sécurisation de la vie juridique de l'entreprise et de sa mission.

Gilles de Sorbay,
Directeur juridique.

Notes :

[1] Cf. Déclaration du jury lors de la remise du prix Nobel d'Économie 2016 à O. Hart et B. Holmström sur leurs travaux sur la théorie des contrats.

[2] Mesurée lors des audits d'acquisition et autres due diligences.

[3] Certaines entités cherchent à se positionner en « dégainant » leur version censée plus appropriée que celle du partenaire (elle a reçu le « sceau » préalable du juridique !).

Du fait du contexte, sont de plus en plus abordés des sujets éloignés de l'objet strict : code d'éthique, clause OCDE, etc.

[4] L'inflation législative (nombre et taille des lois) et réglementaire est un mal régulièrement dénoncé :

Qualité des normes et sécurité juridique : un enjeu pour l'Etat de droit, mai 2006 (pages 229 et suivantes) : lien vers le document.

Les parlementaires et l'industrie, la surprenante étude du cabinet Lysios ; février 2015. On y lit (p.32) que faute de connaissances suffisantes, « ... *certaines élus proposent ou votent des textes mal conçus, mal inspirés voire inapplicables. ... Mes collègues ne savent pas pour la plupart ce qu'est un bilan. Un chiffre d'affaires, on n'est que quelques-uns à savoir ce que c'est. La conséquence, ce sont des amendements qui n'ont aucun sens...* » : lien vers le document.

La simplification du droit et de l'action administrative ; Colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour des comptes ; 16 12 2016 : lien vers le document.

[5] Voir le site de l'IEJ Paris I. Chaque régime juridique a ses règles, ex. US : lien vers le document.

[6] Lien vers l'article de L'Expansion-L'Express.

[7] NDLR : Les "incoterms" sont des termes du commerce international qui déterminent les obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur dans le cadre d'un contrat international.

[8] Voir aussi « The Notion of Contractual Good Faith : Perspectives from Comparative Law », rédigé par Antoine Adeline, Sian Lewis & Claudia Pickering le 31 mai 2006 : lien vers le document.

[9] Ex. L'article 1103 du Code civil dispose : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. », même si ce principe bien connu d'effet contraignant a perdu de sa vigueur. Voir L Aynes - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - 3 2005 : lien vers le site du Conseil Constitutionnel. L'inexécution en droit russe (19/06/2014) : lien vers le document.