

LITIGES

# Une utile clause de médi

» Complexes, les opérations de fusions-acquisitions à l'international sont source de litiges de natures diverses

» L'insertion d'une clause de médiation dans les contrats permet de disposer d'un mécanisme de résolution de ces différends

## I - CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

La décennie qui vient de s'achever aura été faste en matière de fusions-acquisitions : en 2018, les fusions et acquisitions ont pesé pour 3.439 milliards d'euros malgré la crise boursière tandis qu'en Europe, de janvier à mars 2020, les opérations conclues ont totalisé plus de 212 milliards d'euros. Si elles constituent une des stratégies les plus répandues parmi les acteurs du commerce international pour assurer leur croissance externe, le risque d'échec d'une opération de fusion-acquisition est toutefois élevé (50-60 % selon certains experts), notamment en raison de leur triple complexité juridique, économique et culturelle. D'où la nécessité d'anticiper les risques de conflits pouvant survenir à l'occasion de telles opérations au moyen d'une clause adaptée pour la résolution d'éventuels litiges.

Ces litiges sont de natures diverses : questions liées au prix d'achat, aux compléments de prix, aux indemnités, aux fausses déclarations ou à la violation des garanties. Pour les résoudre, il appartient donc aux parties de disposer d'un mécanisme de résolution de tels litiges efficace, adapté à leurs besoins et aux spécificités des relations commerciales internationales.

L'insertion d'une clause de médiation dans les contrats est de nature à répondre à ces impératifs. Par médiation, l'on entend un processus confidentiel intervenant en dehors d'un procès (judiciaire ou arbitral), ou en marge de celui-ci, tendant à la résolution d'un différend entre des parties (particuliers et/ou personnes morales, privées ou publiques), avec l'aide d'un tiers neutre, indépendant et impartial appelé médiateur. Comment la médiation peut être



DR

**DAVID LUTRAN,**  
avocat au Barreau de Paris et médiateur agréé par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)

utilisée dans un litige international ? Quels sont ses avantages par rapport aux autres modes de résolution des litiges ?

## II. MISE EN PRATIQUE

**A. La naissance du différend.** Prenons l'exemple d'une société *Pineapple*, dont le siège social est à Singapour, qui fabrique et commercialise des produits et composants électroniques en Asie du Sud-Est depuis

une vingtaine d'années. Désireuse de s'implanter au Moyen-Orient, région stratégique du fait d'un important taux de croissance et en pleine mutation technologique, la société *Pineapple* décide de racheter la société *Virtual World* – filiale à 100 % de la société *Virtual* –, jeune entreprise prometteuse installée au Qatar dont l'activité principale est de fabriquer des casques de réalité virtuelle. *Pineapple* et *Virtual* (ci-après « les Parties ») ont donc conclu un contrat de cession d'actions le 10 mars 2019 aux termes duquel la société *Pineapple* (« l'Acquéreur ») achète l'intégralité des actions détenues par *Virtual* (« le Cédant ») au sein de la société *Virtual World*.

Afin de minimiser les risques inhérents à cette acquisition, les Parties ont intégré dans leur contrat une clause de complément de prix (dite clause d'*earn-out*), faisant dépendre une fraction du prix d'achat de la survenance d'événements postérieurs à la cession des actions. Plus précisément, le prix convenu entre les parties à la cession est composé d'une partie fixe qui est versée tout de suite par *Pineapple* à

*Virtual*, et d'une partie variable qui sera versée ultérieurement, le cas échéant, à *Virtual* et dont le montant sera fonction des résultats futurs générés par *Virtual World*.

*Virtual* y trouve également son compte dans la mesure où, d'un commun accord avec la société *Pineapple*, le président de *Virtual World* actuellement en exercice continuera à exercer les fonctions de dirigeant de celle-ci jusqu'à la fin de l'année 2020, permettant ainsi à *Virtual* de mettre toutes les chances de son côté pour valoriser *Virtual World* et obtenir un complément de prix important. La clause d'*earn-out* est rédigée comme suit : « Les parties conviennent du versement par l'Acquéreur au Cédant, d'un complément de prix éventuel, dans les conditions suivantes. Le complément de prix sera calculé sur la base de l'EBITDA (Earnings before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization) de la société *Virtual World* sous réserve de la réalisation par cette dernière des objectifs mentionnés dans le business plan pour le second semestre 2019 et l'année 2020. Le complément de prix sera versé au Cédant à la fin de chaque semestre pour la période de juin 2019 à décembre 2020 au plus tard dans la première quinzaine du mois qui suit l'expiration de chaque semestre. Il appartiendra à l'Acquéreur, 30 jours ouvrés au moins avant la date de paiement du complément de prix fixé ci-dessus, d'adresser au Cédant une notification indiquant si le complément de prix est dû et, dans l'affirmative, son montant ainsi que le détail de son calcul. Le Cédant disposera d'un délai de 15 jours ouvrés à compter de la réception de la notification pour faire savoir à l'Acquéreur s'il accepte le montant du complément de prix proposé ou, dans le cas contraire, sur quels points porte son désaccord. Si dans le délai de 15

# ation à l'international

*jours ouvrés susvisé, le Cédant a notifié à l'Acquéreur ne pas accepter le montant du complément de prix proposé, ce dernier et l'Acquéreur disposeront alors d'un délai de 10 jours ouvrés à compter de la réception par l'Acquéreur de la notification, pour tenter de parvenir à un accord – le cas échéant avec l'aide d'un expert mandaté d'un commun accord ».*

Le contrat a été conclu et le complément de prix dû au second semestre 2019 a été payé par l'Acquéreur au Cédant. Des difficultés sont toutefois survenues à compter du mois de janvier 2020 en raison de la pandémie de Covid-19 qui a commencé de sévir dans la région, toujours très impactée à ce jour. La demande de produits Virtual World a fortement baissé depuis le début de l'année 2020 et son activité est très ralentie. Par conséquent, Pineapple a proposé à Virtual un complément de prix très faible à la fin du second semestre 2020. Virtual a refusé ce complément de prix, jugé tout à la fois dérisoire et illégitime compte-tenu de son absence de responsabilité directe dans cette chute d'activité qui a touché l'ensemble des acteurs économiques. Piquée au vif, Virtual a menacé de nouer un partenariat avec le concurrent de la société Virtual World si Pineapple maintenait son refus d'une hausse du complément de prix.

Face à cette situation de blocage nécessitant une résolution rapide compte-tenu de son lourd impact financier pour les Parties, celles-ci sont convenues, non sans mal, de saisir conjointement le Centre international de médiation de Singapour (« SIMC ») afin de tenter de trouver une solution amiable, en se fondant sur la clause de règlement des différends prévue au contrat, aux termes de laquelle : « *Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution,*

*de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat seront soumis au Centre d'arbitrage international de Singapour ("SIAC") conformément au Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage international de Singapour ("règlement SIAC") actuellement en vigueur, lequel règlement est réputé intégré par référence dans la présente clause. Le siège de l'arbitrage sera à Singapour et le tribunal sera composé de 3 arbitres. »*

*« Préalablement à la saisine du Centre, les Parties pourront, d'un commun accord, tenter de résoudre leurs différends par voie de médiation à Singapour conformément au règlement de médiation du Centre international de médiation de Singapour (« SIMC ») actuellement en vigueur. Le centre de médiation ou le médiateur sera saisi à la demande de l'une des Parties ou conjointement par lettre recommandée avec accusé de réception. Conformément à ce règlement, les Parties s'engagent à assurer la confidentialité qui s'applique aux échanges des parties au cours du processus de médiation, aux documents établis pour les besoins de la médiation et à l'accord qui interviendra, le cas échéant à l'issue de la médiation, sauf disposition légale contraire. Elles s'engagent à ne pas se prévaloir ultérieurement, à l'occasion d'une procédure arbitrale (ou judiciaire), d'informations ou de documents obtenus dans le cadre de la médiation. Si aucun accord n'intervient dans les 90 jours suivant la nomination du médiateur, le différend sera tranché de façon définitive par voie d'arbitrage dans les conditions prévues au paragraphe 1 ».*

## **B. L'intervention du médiateur.**

Les sociétés Pineapple et Virtual ont, sur suggestion du Centre, désigné un médiateur de nationalité suisse pour les aider à résoudre leur litige. A noter qu'en matière de litiges internationaux, la nationalité du médiateur n'est pas neutre compte-tenu de l'importance

des facteurs culturels en médiation (méfiance à l'égard d'un médiateur qui aurait la nationalité de l'autre partie, malentendus de diverses natures, connaissance des us et coutumes de la culture des parties pour permettre une communication fluide et efficace). Les réflexes sont ainsi les mêmes qu'en matière d'arbitrage international, étant précisé que les sociétés Pineapple et Virtual World auraient également eu la possibilité de recourir à la co-médiation et choisir, si elles le souhaitaient, de désigner deux médiateurs – l'un singapourien et l'autre qatari, par exemple – afin de concilier leurs différences culturelles dans le cadre du processus de médiation.

Le médiateur n'est ni juge, ni arbitre. Son rôle n'est donc pas de trancher un différend mais de permettre aux parties de renouer le dialogue et échafauder ensemble des solutions pour parvenir à résoudre leur conflit au terme d'un processus structuré en plusieurs étapes. Il s'agit d'un processus progressif, schématisé au moyen d'une roue (dite roue de Fiutak, du nom de son créateur Thomas Fiutak, grand spécialiste de la médiation), allant de la compréhension par les parties des problèmes en cause au-delà de leurs revendications initiales et de leurs besoins réciproques, puis de l'échafaudage, par tâtonnement, de solutions pragmatiques et satisfaisantes de part et d'autre tenant compte du rapport de force propre à chaque dossier (aspects juridiques, économiques, réputationnels, affectifs et autres) et des contraintes existantes (voir schéma ci-contre).

Saisi du litige opposant les sociétés Pineapple et Virtual, le médiateur a ainsi dû faire preuve d'écoute et de neutralité pour permettre à chacune des parties de s'exprimer librement et d'être entendue par l'autre. Un tel



## LITIGES / UNE UTILE CLAUSE DE MÉDIATION À L'INTERNATIONAL

### Les étapes de la médiation (d'après la roue de Fiutak)



dialogue est facilité par la stricte confidentialité attachée à la médiation, avantage considérable dans le domaine des relations d'affaires internationales où la publicité d'un contentieux peut avoir de lourdes conséquences sur, par exemple, la réputation et la santé financière d'une entreprise. A l'occasion de la première séance plénière de médiation, les sociétés Pineapple et Virtual ont été entendues l'une après l'autre par le médiateur, lequel a posé des questions et reformulé les réponses afin d'être sûr que les parties étaient « d'accord sur le désaccord ». Ce moment de la médiation est particulièrement important en ce qu'il permet de dissiper les malentendus et de passer à la phase de recherche d'une solution négociée.

La possibilité pour le médiateur d'entendre les parties séparément sous forme d'apartés est également très précieuse pour capter des informations nouvelles et prendre réellement connaissance des intérêts de chacune des parties, beaucoup plus à même de s'exprimer librement sur leurs besoins lorsque l'autre partie est tenue à l'écart. De cette manière, des pistes de solutions peuvent émerger plus facilement.

Ainsi, lors d'un aparté avec le médiateur, la société Pineapple a confié à ce dernier que si le Président de la société Virtual World actuellement en

exercice n'assumait pas la direction de l'entreprise jusqu'à la fin de l'année 2020 comme convenu, elle serait contrainte de liquider Virtual World faute d'avoir acquis les compétences nécessaires pour pérenniser l'activité de l'entreprise. En effet, la transmission du savoir-faire accumulé et détenu par son actuel dirigeant constituait un élément déterminant de cette acquisition pour la société Pineapple, qui ne dispose pas des compétences techniques et marketing indispensables pour se développer sur le marché très prometteur du casque de réalité virtuelle.

Lors de la deuxième réunion plénière, la société Virtual a rappelé qu'elle avait investi énormément d'argent dans cette entreprise innovante et qu'elle était très attachée à obtenir un complément de prix à la hauteur de son investissement. La société Pineapple, pour sa part, a invoqué – sur les conseils de son avocat – le cas de force majeure que constitue la crise sanitaire et l'impasse dans laquelle elle se trouvait financièrement de ce fait.

Au fur et à mesure des échanges entre les Parties, le médiateur a perçu que :

- Concernant Virtual, son objectif est d'obtenir un retour sur son investissement dans Virtual World – matérialisé par le complément de prix – en accord avec sa politique d'investisseur dans de

jeunes entreprises innovantes à fort potentiel de développement rapide – raison pour laquelle elle avait menacé de rechercher d'autres partenaires sur ce marché ;

- Concernant Pineapple, son objectif est de pérenniser l'activité de Virtual World grâce à la transmission du savoir-faire de son président et de générer de nouveaux revenus pour permettre à cette dernière de faire face à la crise sanitaire qui l'a fortement impactée.

A l'issue d'une période de deux mois, un accord « gagnant-gagnant » a fini par être trouvé par l'entremise du médiateur qui a amené les Parties, avec l'aide de leurs avocats, à réfléchir à une solution juridiquement viable à même de satisfaire leurs besoins respectifs tels qu'identifiés et compris pendant la médiation, au-delà de la seule question du complément de prix à l'origine du blocage et auquel le dossier semblait se limiter. Aux termes de cet accord, Virtual a consenti au report, à horizon de deux années, du paiement de son complément de prix, dans les conditions suivantes :

- Ce complément de prix sera désormais calculé en fonction des bénéfices générés par la société Virtual World durant cette période de deux ans ;
- Ces bénéfices ayant vocation à croître considérablement grâce au développement d'une nouvelle branche d'activité au sein de Virtual World pour le développement et la commercialisation d'un logiciel de géolocalisation améliorée à destination des autorités publiques pour le traitement des malades atteints par le COVID 19 ;
- Cette technologie étant détenue par Virtual, qui pourra contribuer à la valorisation de la société et, atteindre ses objectifs en termes de retour sur investissement grâce au complément de prix attendu à l'horizon 2022, qui s'annonce d'ailleurs plus important que celui qui était initialement envisagé au moment de l'acquisition de Virtual World par Pineapple.

En contrepartie, Pineapple est dispensée du paiement du complément de prix pendant une période de deux ans. Par ailleurs, le président de

la société Virtual World actuellement en exercice sera maintenu à son poste pendant cette même période de deux ans pour assurer la transmission de son savoir-faire à Pineapple et pérenniser la société. Enfin, le développement de cette nouvelle branche d'activité permettra à Pineapple de faire face à ses problèmes de trésorerie provoqués par la crise sanitaire, outre la détention d'une nouvelle technologie grâce à la contribution de Virtual sur ce nouveau projet.

### C. Les avantages du recours à la médiation.

L'intérêt du recours à la médiation est amplement mis en évidence dans cet exemple : tandis que l'introduction d'une procédure contentieuse (en l'espèce, d'arbitrage) aurait opposé les parties en les dressant l'une contre l'autre pour l'obtention, ou non, à un horizon lointain d'une décision de condamnation au paiement d'un complément de prix hypothétique, la médiation leur aura permis non seulement de maintenir leurs relations d'affaires mais aussi de rééquilibrer celles-ci à la lumière d'un contexte nouveau et d'identifier de nouvelles perspectives communes prometteuses. Là, réside également le potentiel inhérent à tout conflit, lequel, s'il est bien appréhendé et compris par ses protagonistes, peut opérer un puissant et positif effet de levier. C'est en cela que l'accord de médiation s'apparente à une « *solution sur mesure* », donnant la possibilité aux parties d'être les actrices éclairées de la résolution de leur litige en étant capables de créer, ensemble, des solutions originales et adaptées à leurs besoins réels – besoins personnels et collectifs – bien éloignées de leurs positions (sinon de leurs postures...) initiales. Pour reprendre une chanson bien connue des Rolling Stones : “*You can't always get what you want, but if you try sometimes, well you might find, you get what you need*”. En outre, la médiation est une procédure souple et rapide – deux mois dans notre exemple, durée fréquemment observée en la matière avec l'organisation de quelques réunions ne dépassant pas, le plus souvent

quelques heures – là où il faut compter plusieurs années pour permettre aux procédures arbitrales (comme judiciaires) de parvenir à leur terme. Or, une telle temporalité est à l'évidence en décalage avec le temps des affaires et le pragmatisme qui devrait prévaloir dans ce cadre en matière de résolution des conflits.

Le coût de la médiation est également un atout majeur en ce qu'il est maîtrisé et relativement peu élevé en comparaison avec celui d'une procédure arbitrale (ou judiciaire), nécessairement plus lourde dans sa mise en œuvre (1). Enfin, l'accord de médiation ayant été directement négocié par les parties, il sera le plus souvent exécuté spontanément (puisqu'il y va de leur intérêt) évitant ainsi le risque, fréquent en matière internationale, de non-exécution de la sentence ou du jugement, avec toutes les difficultés qui en découlent en matière de recouvrement (exécution proprement dite, risque de disparition des actifs et/ou du débiteur...). En définitive, la médiation apparaît comme une solution adaptée aux conflits issus d'une opération de fusion-acquisition internationale et, plus généralement, à tous les conflits nécessitant la poursuite des relations d'affaires et la maîtrise du coût et du temps de la procédure. Que se passe-t-il lorsqu'une des parties n'exécute pas l'accord issu de la médiation ?

### D. L'exécution de l'accord résultant d'une médiation internationale.

Jusqu'à très récemment, le développement de la médiation internationale dans les relations d'affaires a buté sur des difficultés pratiques liées à la reconnaissance et l'exécution des accords issus de médiations. En effet, ceux-ci étant assimilables à des contrats conclus entre les parties, leur exécution au niveau international nécessitait une procédure spécifique pour leur conférer une force exécutoire dans les pays concernés par l'exécution. La Convention sur les accords internationaux de règlement résultant d'une médiation (connue sous le nom de Convention de Singapour

sur la Médiation) qui a été ouverte à la signature le 7 août 2019, marque une étape importante vers l'harmonisation et la facilitation de l'exécution et la reconnaissance des accords de règlement issus d'une médiation. Les 52 États signataires (à ce jour (2)) de la Convention sont ainsi tenus d'adopter toutes les mesures nécessaires dans leur législation interne pour que soient reconnus et exécutés les accords de médiation internationaux.

En substance, la Convention de Singapour prévoit une procédure « *allégée* » pour la reconnaissance des accords issus de médiation, le rôle du juge se limitant à vérifier les conditions dans lesquelles l'accord des parties est intervenu. Plus précisément, l'accord devra être déclaré exécutoire pour autant que les conditions cumulatives suivantes soient remplies : accord résultant d'un écrit, d'une médiation, relative à un litige commercial, survenu dans un contexte international. La Convention de Singapour, aujourd'hui ratifiée par 3 États (dont le Qatar et Singapour), entrera en vigueur à l'égard de ces pays le 12 septembre 2020, de sorte qu'à partir de cette date, et sous réserve que leur accord ait été conclu après le 12 septembre 2020, Pineapple (basée à Singapour) et/ou Virtual (basée au Qatar) pourront facilement faire exécuter leur accord dans l'un ou l'autre de ces pays en cas de manquement à leurs obligations. **a**

(1) Dans notre exemple, la route aurait été bien longue si les parties avaient choisi de s'en remettre au Centre d'arbitrage international de Singapour (« SIAC »), ainsi que le contrat de cession d'actions le leur permettait. En effet, la procédure dans un arbitrage institutionnel de la sorte est particulièrement sophistiquée et encadrée, avec de nombreuses étapes ayant tendance à l'alourdir significativement. On oublie malheureusement trop souvent, que arbitrage et médiation ne poursuivent pas les mêmes objectifs : trancher en droit pour être en mesure de condamner la partie perdante d'un côté, aider les parties à mieux se comprendre pour leur permettre de construire ensemble leur solution de l'autre.

(2) Etant précisé que plusieurs puissances commerciales de premier rang – à commencer par les États-Unis, la Chine, l'Inde ou encore la Corée du Sud – ont signé la Convention, à l'inverse des États membres de l'Union européenne (France incluse).