



Les clauses d'adaptation et d'intégration dans les contrats commerciaux

publié le 27/08/2010, vu 17968 fois, Auteur : [SAID ISSA](#)

L'exécution d'un contrat « national » ou entre nationaux du même pays pose des problèmes qui peuvent s'avérer complexes ; l'exécution des obligations d'un contrat international, dont l'économie traduit divers points de rattachement pose des difficultés d'un autre ordre quand les incidences diverses et extérieures aux parties viennent en rendre l'exécution plus lourde financièrement pour l'une d'entre elles. sur ce, 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. Cependant, une maîtrise du contrat peut s'avérer efficace lorsque les parties décident d'inclure des clauses liées aux évolutions des données sous l'empire desquelles les parties se sont accordées.

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.

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.

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.

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.

Sur ce, 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.

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.

D'une manière très bref, on peut relever les clauses les plus pertinentes :

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.

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. 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.

Clause du premier refus : Par cette clause, une partie donne une préférence à son cocontractant pour une affaire nouvelle et éventuelle.

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.

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.

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 agréent 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 :

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.

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.

Cependant, le droit privé, notamment français consacre ces clauses en ayant considéré la théorie de l'Autonomie de la volonté, selon laquelle les parties se déterminent librement à contracter ; cet accord de volonté est par lui-même et en corollaire créateur d'obligations et donc de responsabilité. La formule de l'article 1134 du Code Civil précité, est incisive et établit sur le mode de la comparaison tronquée le parallèle entre la convention des parties et la loi quand elle édicte : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Dans la vie économique, cette position est porteuse de sécurité juridique, elle milite en faveur des engagements, rassure et encourage les acteurs à s'engager dans les transactions.

Par **ISSA SAID**