

Clauses de préférence dans les contrats internationaux :
offre concurrente, client le plus favorisé,
premier refus.

Doc. 77/6

Le présent texte est une synthèse provisoire des discussions d'un groupe de travail constitué de professeurs, de juristes d'entreprises et d'avocats anglais, allemands, belges, espagnols, français, italiens, néerlandais, norvégiens, suédois et suisses. Une version définitive de ce texte sera publiée en 1978 dans la revue Droit et Pratique du Commerce International (Paris). Le groupe de travail est animé par le Professeur M. FONTAINE.

S O M M A I R E

Introduction.	1.
I. Clauses de l'offre concurrente.	2.
1. Définition. Rôle économique.	2.
2. Notion d'offre "plus favorable".	3.
3. Preuve des conditions concurrentes.	5.
4. Répercussions sur le contrat.	7.
5. Questions de procédure.	9.
6. Freins à l'application de la clause.	10.
7. Variantes de la clause.	11.
II. Clauses du client le plus favorisé.	13.
1. Définition. Rôle économique. Comparaison avec l'offre concurrente.	13.
2. Comparabilité des conditions.	14.
3. Preuve de l'octroi de conditions plus favorables.	16.
4. Répercussions sur le contrat.	18.
5. Questions de procédure.	19.
6. Freins et limites à l'application de la clause.	20.
7. Variantes de la clause.	20.
III. Clauses de premier refus.	
1. Définition. Comparaison avec d'autres clauses.	23.
2. Rôle économique.	25.
3. Modalités des clauses de premier refus. Comparabilité et contrôle.	30.
4. Procédure.	35.
5. Sanctions.	37.
Conclusions.	38.

Clauses de préférence dans les contrats internationaux : offre concurrente,

client le plus favorisé, premier refus.

Après les clauses de hardship (1) et les lettres d'intention (2), le groupe de travail "contrats internationaux" a consacré une troisième phase de ses réflexions à trois types de clauses fréquentes dans les contrats internationaux souscrits entre parties entretenant des relations d'affaires régulières ou durables : les clauses de l'offre concurrente, les clauses du client le plus favorisé et les clauses de premier refus.

Ces clauses ont en commun d'accorder à leur bénéficiaire un régime de préférence par rapport aux tiers. Tantôt il s'agit d'avoir la priorité pour la continuation d'un contrat en cours, malgré l'existence d'une offre concurrente plus avantageuse, à condition de s'aligner sur les conditions proposées par le tiers. Tantôt, le cocontractant garantit qu'il adaptera les conditions contractuelles s'il venait à accorder à un tiers des conditions plus favorables. Tantôt enfin, une partie promet à l'autre qu'elle lui accordera la préférence pour la réalisation éventuelle d'une affaire future.

(1) Les clauses de hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1976, pp. 7 - 49.

(2) Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, D.P.C.I., 1977, pp. 73-122.

Le groupe a rassemblé et analysé une bonne cinquantaine de ces clauses de préférence. Il livre ici le fruit de ses discussions.

I. Clauses de l'offre concurrente.

1. Définition. Rôle économique.

La clause de l'offre concurrente permet à une partie A (généralement un acheteur) de faire valoir auprès de son co-contractant B (le vendeur) l'offre plus favorable d'un tiers sur l'objet du contrat en cours. Si B accepte de s'aligner sur cette offre concurrente, le contrat continue aux nouvelles conditions. Sinon, A peut conclure avec le tiers, le contrat entre A et B étant en général suspendu ou résilié.

Voici un premier exemple d'une telle clause :

"Si en cours d'exécution du contrat, l'acheteur notifie au vendeur la réception d'une offre concurrente émanant d'un fournisseur connu et sérieux, faite à un prix inférieur au prix contractuel, toutes autres conditions (notamment de quantité, de qualité et de régularité) restant égales, le vendeur devra, dans les 10 jours de la notification par l'acheteur, rencontrer les conditions de l'offre concurrente.

A défaut d'accord avec l'acheteur, celui-ci sera libéré de l'obligation d'acheter au vendeur et le présent contrat prendra fin à l'expiration du délai de 10 jours accordé au vendeur".

La clause de l'offre concurrente est typiquement insérée dans certains contrats à long terme, en particulier dans les contrats d'approvisionnement. L'acheteur qui se lie pour une longue durée veut pouvoir bénéficier d'une modification ultérieure des conditions du marché qui lui permettrait de se fournir à des conditions plus favorables. La clause se rapproche ainsi des clauses de révision du prix, la révision se réalisant ici par référé-

rence à l'étalon spécifique qu'est l'offre concurrente plus avantageuse dont l'acheteur peut se prévaloir.

Mais la revision n'est pas automatique. En premier lieu, l'autre partie peut refuser de s'aligner sur l'offre concurrente, auquel cas le contrat est suspendu ou résilié. On y reviendra. Mais par ailleurs, l'application même de la clause suppose que l'offre émanant du tiers se présente dans des conditions comparables à celles qui régissent les rapports entre parties. On aborde ici d'emblée le problème le plus difficile de la rédaction et de la mise en oeuvre de la clause de l'offre concurrente (1), celui de la comparabilité.

2. Notion d'offre "plus favorable".

Quand une offre émanant d'un tiers peut-elle en effet être considérée comme plus favorable ? Dans l'hypothèse la plus simple, il pourrait suffire de comparer deux prix. Mais en général, la situation est plus complexe. A prix égaux, deux offres peuvent déjà différer sur le plan des modalités de paiement. Si le contrat est quelque peu élaboré, la comparaison doit, en outre, porter sur l'ensemble des clauses conventionnelles. Si celles-ci ne sont pas identiques (et elles n'ont guère de chance de l'être pour des opérations de quelque envergure ou pour des contrats intuitu personae), la détermination de l'équivalence des conditions ou du caractère plus favorable de l'un des contrats devient un travail extrêmement délicat. Il va de même si l'objet du contrat, au lieu d'être un produit courant, consiste dans une fabrication d'une haute technicité, par exemple du matériel électronique.

Il importe d'autre part que l'offre concurrente émane d'une firme sérieuse, susceptible de respecter ses engagements dans les mêmes conditions que le co-contractant auquel l'offre est opposée, et qu'il s'agisse

(1) Mutatis mutandis, on retrouvera ce problème plus loin, à propos de la clause du client le plus favorisé et de la clause de premier refus.

d'une offre susceptible d'être maintenue pendant une durée adéquate, par opposition à des prix "spot", pratiqués exceptionnellement pour des quantités limitées et pendant un bref délai.

L'on souhaite enfin écarter le risque que la prétendue offre concurrente n'émane d'une firme amie de l'acheteur, de connivence avec lui pour provoquer artificiellement la révision ou la remise en cause du contrat.

Ces diverses exigences sont difficiles à traduire en textes. Voici quelques formules extraites des clauses réunies par le groupe de travail :

- *" ... une offre concurrente émanant d'un fournisseur connu et sérieux, faite à un prix inférieur au prix contractuel, toutes autres conditions (notamment de quantité, de qualité et de régularité) restant égales ..."*
- *"... an offer from a producer or from a marketing organization representing a producer of ... of at least equal quality, under similar terms and conditions, at a price lower than the current contract price with "Buyer", and in a quantity not less than the total maximum quantity which "Seller" is obliged to sell for the next contract year..."*
- *"... un prix (inférieur) ... offert à (l'acheteur) pour la totalité de ses besoins par un producteur de la C.E.E., connu et sérieux, toutes autres conditions notamment de qualité, de paiement et de régularité des livraisons, étant égales ..."*
- *"... un prix de marché normal et loyal offert à l'acheteur par un autre producteur de ..., connu et sérieux, toutes autres conditions (notamment de quantités, qualité et régularité) étant égales..."*
- *"... if Buyer receives from an established... producer in the ... countries a bona fide written offer to supply Buyer its product requirements for the following year at a lower price than the then current price under this contract and guarantees delivery of the yearly tonnage in such year as stated in the paragraph entitled "quantity" and of a quality equal to that provided for in this contract..."*

- "... une offre de bonne foi émanant d'une autre source sûre, indépendante du groupe de l'acheteur, pour la fourniture de biens de qualité égale dans des conditions et sur des bases comparables..."
- "En cas d'offres répétées faites à des concurrents ou à des clients de l'acheteur situés dans le marché européen pour des produits de qualité comparable et ce, pour des quantités substantielles et régulières..."

Les formules qui viennent d'être citées cherchent à rencontrer les préoccupations évoquées à propos des caractéristiques que doit présenter l'offre concurrente pour être prise en considération. Certaines précisions sont importantes. Les références à la bonne foi et à la loyauté tendent à écarter les offres de complaisance. Les références à la notoriété et au sérieux de l'auteur de l'offre concurrente ainsi qu'aux autres conditions que le prix (qualité, quantités, régularité, etc...) veulent faire obstacle aux comparaisons simplistes. Mais les difficultés de mettre ces critères en oeuvre en présence d'une situation concrète ne peuvent être sous-estimées.

3. Preuve des conditions concurrentes.

Un autre aspect délicat est celui de la preuve des conditions concurrentes. L'acheteur doit évidemment convaincre le vendeur de la réalité de l'offre qu'il lui oppose et le mettre en mesure d'apprécier sa comparabilité. Le moyen le plus direct est de produire l'offre concurrente au vendeur. Mais n'est-ce pas contraire à la déontologie des affaires ? Sur ce point, des avis divergents ont été recueillis dans le groupe. De toute façon, les relations avec le tiers risqueraient d'être compromises s'il devait apprendre que son offre a été soumise à un concurrent, a fortiori s'il se révélait que cette offre n'a servi qu'à provoquer la révision du contrat en cours.

Une solution consiste peut-être à confier à un tiers indépendant et compétent l'examen de l'offre concurrente, ainsi que la comparaison des conditions. Idéalement, ce procédé est de nature à fournir au vendeur les

les apaisements nécessaires, tout en assurant la discrétion souhaitable à l'égard de l'auteur de l'offre. Mais dans le concret, la désignation d'un tiers indépendant et compétent ne peut manquer de présenter des difficultés.

Certaines des clauses examinées par le groupe sont silencieuses à propos de ce problème de preuve. Sans doute va-t-il de soi que l'acheteur ne peut se borner à invoquer l'offre concurrente sans être en mesure de la justifier. Mais une précision expresse paraît préférable.

Les clauses contenant une allusion à la question de preuve ne sont cependant pas très explicites. Elles se bornent en général à exiger que l'acheteur fournisse une preuve suffisante, la plus souvent écrite, de l'offre du tiers :

- "... Buyer must furnish satisfactory proof of said offer ..."
- "... fournir une preuve écrite suffisante de ladite offre..."
- "... en fournissant (au vendeur) tout élément de preuve nécessaire.."
- "... giving evidence of such offer..."
- "... l'acheteur devra apporter des éléments de preuve convaincants en ce qui concerne tant le niveau des prix que le préjudice que ceux-ci font subir à ses activités de producteur de ..."

Deux clauses examinées prévoient l'intervention d'un tiers.

- "... so as to preserve the offeror's anonymity, the third party offer may at X's option be presented to Y through a mutually agreed independent intermediary who will vouch for the existence and validity of the offer..."

Dans un autre cas, l'intervention du tiers n'a pas lieu à la réception de l'offre concurrente, mais elle est une faculté que se réserve le vendeur a posteriori, lorsqu'il ne s'est pas aligné et que le contrat est suspendu :

- *"In case Buyer suspends delivery because of having received lower offer from (country), Seller reserves the right to analyse by an internationally recognised laboratory, the first cargo or any cargo received thereafter for the tonnage substituting this contract. If the results of this analysis are inferior to the quality terms stated herein, Buyer will be obliged to immediately resume delivery under this contract".*

Plusieurs membres du groupe ont estimé cette clause très dangereuse. Qu'est-ce en effet qu'un "laboratoire internationalement reconnu" ? Peut-on garantir l'objectivité d'une analyse de vérification de qualité ? Dans le système mis en place par cette clause, on relèvera aussi l'impasse dans laquelle l'acheteur peut se trouver, s'il s'est lié contractuellement avec le tiers, et si les résultats de l'analyse l'obligent à reprendre ses relations avec le vendeur.

4. Répercussions sur le contrat.

A supposer que l'acheteur ait effectivement reçu une offre plus favorable d'un tiers, quelles vont être les répercussions sur le contrat ? Les clauses de l'offre concurrente organisent toutes une option de base : ou bien le vendeur accepte d'aligner ses conditions, ou bien l'acheteur peut contracter avec le tiers. Mais les branches de cette option sont susceptibles de diverses modalités.

L'alignement des conditions se réalise le plus souvent par l'adaptation directe du prix à celui que propose l'offre concurrente :

- *"... Seller shall notify Buyer whether or not it will reduce the price of ... to meet the competitive offer ..."*
- *"... l'acheteur serait tenu, avant d'accepter l'offre concurrente, de proposer au vendeur d'effectuer les fournitures à ce prix inférieur..."*

Certaines, toutefois, préfèrent la renégociation à l'adaptation automatique :

- *"Dans cette éventualité, les parties se concerteront immédiatement en vue d'adapter le prix dans un esprit d'équité."*

- "... les parties se concerteront en vue de rechercher des aménagements acceptables par les deux parties, le vendeur conservant en tout état de cause le droit de préférence aux conditions de l'offre concurrente"

Cette technique de renégociation rapproche la clause de l'offre concurrente de la clause de hardship, et l'on relèvera à ce sujet l'allusion à l'équité dans le premier exemple. Le second exemple contient une importante garantie pour le vendeur, en lui assurant en tout cas la préférence aux conditions de l'offre concurrente.

Si l'alignement n'a pas lieu, l'acheteur devient donc libre de contracter avec le tiers. Mais comme la clause de l'offre concurrente est en général introduite dans des contrats à long terme, à exécution successive, il est le plus souvent prévu que l'acceptation de l'offre tierce ne peut se faire que pour les fournitures d'une période déterminée, par exemple un an :

- "... Buyer shall have the right ... to purchase said quantity of product from such producer or marketing organization making said bona fide offer, during the next contract year..."
- "... l'acheteur aurait le droit ... d'accepter l'offre concurrente... pour les fournitures de l'année calendaire suivante ..."

Entretemps, le contrat initial est suspendu :

- "... this contract shall be suspended during said twelve month period".
- "... étant entendu que l'exécution du présent contrat serait suspendu pour la durée de l'année calendaire suivante".
- "... l'acheteur aura la faculté de suspendre le contrat pendant une durée de nonante jours maximum ; à l'échéance de cette période de suspension, le contrat reprendra ses pleins effets, les quantités non livrées étant purement et simplement annulées..."

Plus rarement le refus du vendeur de s'aligner sur les conditions concurrentes provoque la résiliation définitive du contrat :

- " A défaut d'accord avec l'acheteur, celui-ci sera libéré de l'obligation d'acheter au vendeur et le présent contrat prendra fin à l'expiration du délai de 10 jours accordé au vendeur (pour accepter les conditions concurrentes) ".

5. Questions de procédure.

Le fonctionnement d'une clause de l'offre concurrente appelle la mise en place de quelques éléments de procédure : des notifications doivent intervenir entre parties, sous certaines formes et endéans certains délais. L'acheteur doit en effet signifier l'offre concurrente au vendeur, et celui-ci doit faire connaître à l'acheteur sa décision de s'aligner ou de ne pas s'aligner. Dans ce dernier cas, l'acheteur doit éventuellement notifier son intention de suspendre ou de résilier le contrat.

Il est en général prévu que ces notifications se feront par écrit, voire par lettre recommandée à la poste. Il semble cependant qu'en pratique, on préfère utiliser le téléphone ou le telex. Qu'en est-il des délais ? La première notification se fera quand l'acheteur sera en possession de l'offre concurrente et entendra se prévaloir de la clause ; mais il est parfois stipulé qu'une telle notification ne peut intervenir qu'à une certaine époque de l'année. Des délais plus précis devront être prévus pour la notification de la réaction du vendeur, ainsi que pour la notification éventuelle de la décision finale de l'acheteur, puisque la poursuite de l'exécution du contrat en dépend. Il est souhaitable que ces délais soient relativement brefs, surtout si le contrat porte sur des produits dont les cours fluctuent rapidement. Certains membres du groupe ont insisté sur l'importance de régler avec minutie le régime des délais (point de départ, sort des jours fériés, etc...), d'autres estimant au contraire que de tels délais ne sont qu'indicatifs.

Les deux exemples ci-dessous , extraits de clauses de l'offre concurrente, illustrent la mise en place de procédures relatives aux notifications :

- "... "Buyer" must furnish satisfactory proof of said offer before the 1st February of each year.
Within forty (40) days after receipt said offer, "Seller" shall notify "Buyer" whether or not it will reduce the price of the ammonia for the next contract year to meet the competitive offer. If "Seller" shall refuse to make such a price reduction within such forty (40) days period, "Buyer" shall have the right, upon giving written "Notice of Termination" within twenty (20) days after expiration of the period during which "Seller" may meet such competitive offer, to purchase said quantity of product from such producer or marketing organization making said bona fide offer..."
- "... Buyer shall notify Seller in writing giving evidence of such offer, and the Seller shall notify the Buyer whether or not it will meet said lower price within 30 days after date of said notice from Buyer to Seller.
If Seller meets such lower price it will become effective 30 days after date of notice, and this contract or any extension or renewal hereof shall remain in full force and effect ; if Seller does not meet such lower price, Buyer may suspend delivery during that contract year 30 days after date of said notice..."

6. Freins à l'application de la clause.

La clause de l'offre concurrente fait peser une menace sur l'exécution normale des obligations contractuelles, et le vendeur qui consent à son insertion dans la convention cherchera souvent à limiter la fréquence de son application. Des "freins" de plusieurs types sont concevables.

Il peut être stipulé qu'est seule recevable une offre concurrente dont les conditions présentent un écart minimum par rapport au contrat en cours :

- "Si l'acheteur apporte au vendeur la preuve écrite d'une offre de bonne foi ... à un prix s'écartant de plus de X% de la parité franco destination du prix contractuel tel que défini ci-dessus..."

Un délai de carence est parfois prévu avant que l'acheteur ne puisse invoquer une première fois l'existence d'une offre concurrente plus favorable :

- " If after the first two years of this contract, Buyer should receive an offer..."

La fréquence avec laquelle la clause est susceptible d'être invoquée peut faire l'objet de restriction, de même que la période de l'année où l'acheteur a le droit de s'en prévaloir :

- *"Il est toutefois entendu que l'acheteur ne pourra faire état d'une telle offre concurrente qu'avant le début de chaque année civile..."*
- *"Such a notification should not be given later than 30 September preceding the calendar year of delivery ... ; notification cannot be given more than once in any year"*.

L'acheteur peut renoncer à encore invoquer la clause avant un certain temps si le vendeur s'est aligné sur l'offre concurrente :

- *"If Seller agrees to make such price reduction, Buyer shall not request Seller to meet another offer from any producer or marketing organization for at least another twelve month period"*.

On a déjà relevé plus haut qu'en cas de refus du vendeur de s'aligner, l'acheteur ne peut en général contracter avec le tiers que pour une période limitée, le contrat initial étant entretemps suspendu.

7. Variantes de la clause.

La clause de l'offre concurrente typique vient d'être décrite, avec ses diverses modalités. Le groupe de travail a cependant pris connaissance de quelques variantes intéressantes.

a) Dans la majorité des cas, c'est l'acheteur qui se voit reconnaître la faculté d'invoquer l'offre concurrente d'un tiers. Mais on peut également imaginer de réserver un droit analogue au vendeur, lorsqu'il est en possession d'une offre plus avantageuse pour lui émanant d'un acheteur concurrent de son co-contractant.

La clause ci-dessous, cependant, ne correspond pas exactement à cette hypothèse. Ce n'est pas à proprement parler une offre concurrente que le vendeur oppose à l'acheteur, mais le prix plus élevé qu'il en vient à pratiquer effectivement avec d'autres clients.

"Suspension by Seller. If at any time covered by the period of this Agreement SELLER's then prevailing Net Export Price - i.e., the price actually paid by SELLER's most favoured customers, excluding any exceptional rebates, discounts or allowances, etc. in arm's length export transactions, basis F.O.B. vessel port, for sale of comparable quantities of (products) under substantially similar terms and conditions, plus the cost of freight (not to be higher than the prevailing freight market price on a charter basis) and SELLER's other reasonable costs, if any, for delivery Cost and Freight Free Out one port Antwerp/Rotterdam range - is greater than the then Selling Price for 180 consecutive days or more, then in that event SELLER shall have the right at any time thereafter, on 90 days' written notice to Buyer to suspend this Agreement for 180 days (commencing at the end of the 90 days notice period) after which this Agreement shall terminate, unless before the end of such 180 day suspension period, SELLER shall elect to meet the Selling Price, or unless BUYER and SELLER shall have reached agreement for the resumption and continuation of deliveries hereunder, or unless during such 180 day period the conditions which entitled SELLER to suspend shall have ended..."

La clause continue en prévoyant d'une part un régime analogue pour le cas où le "net export price" aurait été supérieur au "selling price" pendant 270 jours ou plus, consécutifs ou non, et d'autre part le remplacement automatique du "selling price" par le "net export price" si l'écart entre les deux devait dépasser un certain pourcentage, l'acheteur ayant dans ce cas la faculté de suspendre le contrat.

b) Une autre clause examinée par le groupe permet à l'acheteur d'opposer au vendeur des offres plus favorables de tiers faites non pas à lui-même, mais à ses concurrents ou à ses clients :

"En cas d'offres répétées faites à des concurrents ou à des clients de l'acheteur situés dans le marché européen pour des produits de qualité comparable et ce, pour des quantités substantielles et régulières et à des niveaux inférieurs d'au moins X % du prix du présent contrat, l'acheteur aura la faculté de demander - pour une période n'excédant pas trois mois - la suspension de l'application de la formule et son remplacement par un prix forfaitaire s'approchant du prix concurrent. Afin de pouvoir valablement se prévaloir de cette faculté, l'acheteur devra apporter des éléments de preuve convaincants en ce qui concerne tant le niveau des prix que le préjudice que ceux-ci font subir à ses activités de producteur de ..."

c) Enfin, la clause de l'offre concurrente est parfois combinée avec celle du client le plus favorisé. Il en sera question plus loin.

II. Clauses du client le plus favorisé.

1. Définition. Rôle économique. Comparaison avec l'offre concurrente.

Par la clause du client le plus favorisé, une partie à un contrat s'engage à faire bénéficier son partenaire des conditions plus favorables qu'il viendrait à consentir à un tiers dans un contrat analogue.

Voici un exemple d'une telle clause :

- *"Dans le cas où le fournisseur serait amené à consentir à d'autres clients des conditions qui, dans leur ensemble, seraient plus favorables que celles prévues au présent contrat pour des quantités et une qualité comparables, le fournisseur s'engage à en faire bénéficier le client à compter du jour de leur application à un tiers".*

Comme la clause de l'offre concurrente, la clause du client le plus favorisé apparaît dans certains contrats d'approvisionnement à long terme. Mais le groupe en a également rencontré des applications dans des contrats de concession de vente et dans des contrats de transfert de technologie (1).

Le but de la clause est aussi de permettre l'adaptation d'un contrat à long terme à l'évolution des conditions du marché, en vue d'éviter que l'un des contractants n'en vienne à occuper une position désavantageuse par rapport à la concurrence. Mais l'événement qui déclenche l'application de la clause du client le plus favorisé n'est pas le même que dans la clause de l'offre concurrente. Soit un contrat entre A et B ; A peut dans un cas

(1) Cf. J.M. DELEUZE, Le contrat de transfert de processus technologique, Masson, 1976, pp. 58-59, 137-138.

faire aligner en sa faveur les conditions du contrat sur l'offre qu'il a personnellement reçue d'un tiers (offre concurrente), et dans l'autre cas sur les conditions que B a consenties à un tiers (client le plus favorisé).

La clause du client le plus favorisé prévoit donc l'adaptation des conditions du contrat. Contrairement à la clause de l'offre concurrente, elle ne semble pas, dans la pratique contractuelle, permettre le refus d'alignement, ni déboucher sur la suspension ou la résiliation du contrat.

L'analyse du contenu de la clause du client le plus favorisé, à laquelle il va être procédé, révélera cependant plusieurs traits communs avec la clause de l'offre concurrente.

2. Comparabilité des conditions.

Le bénéficiaire de la clause du client le plus favorisé est en droit de réclamer l'alignement de son contrat sur les conditions plus favorables que son cocontractant aurait octroyées à un tiers. Mais comment apprécier le caractère "plus favorable" de ces conditions ? L'on retrouve ici le problème de la comparabilité, qui concernait également les clauses de l'offre concurrente.

Il arrive que les cocontractants ne soient pas du tout conscients de l'existence du problème (ni de celle des autres difficultés qui seront évoquées plus loin), et qu'ils se bornent à stipuler que

- "... le vendeur appliquera à l'acheteur pendant la durée du contrat la clause du client le plus favorisé".

Une clause aussi rudimentaire est évidemment à proscrire. Elle ouvre la porte à toutes les contestations possibles.

Il s'agit au moins de préciser si la comparaison ne portera que sur les prix, ou si l'on examinera l'ensemble des conditions contractuelles.

Une clause modèle destinée à être insérée dans un contrat de licence suggère l'alternative, en proposant entre parenthèses une précision qui limiterait la comparaison aux seules redevances :

- *"If at any time hereafter the licensor shall grant a licence to another on more favourable terms (as to royalty) than are granted to the licensee hereunder..."*

Il est rare, cependant, que les parties fassent dépendre l'application de la clause d'une comparaison limitée aux prix respectifs. Les clauses d'un contrat forment un tout indissociable. Un prix moins élevé peut s'expliquer par d'autres conditions quant à la qualité, aux délais de livraison, aux modalités de paiement, à la durée du contrat, à l'existence de conventions connexes, etc... Le libellé de la clause du client le plus favorisé se réfère en général à l'ensemble des conditions du contrat prétendument plus favorable, en faisant éventuellement une allusion explicite à certaines de ces conditions :

- *"In the event that A shall hereafter grant any third party a licence ... at royalty rates lower than the rates specified in article III hereof by an agreement containing substantially the same terms and conditions as this agreement ..."*
- *"Der Auftragnehmer gewährleistet hiermit, dass die im Vertrag enthaltenen Preise und die während der Laufzeit des Vertrages anzubietenden Preise fair und angemessen sind und den Preisen entsprechen, die nach der Meistbegünstigungsklausel des Auftragnehmers für gleiche Artikel unter vergleichbaren Bedingungen und Umständen gezahlt werden".*
- *" Le contractant garantit que les prix fixés ci-avant ne sont pas plus défavorables que ceux que, ramenés à des circonstances comparables, il accorde à tout autre acheteur national ou étranger, gouvernemental ou privé..."*
- *"...Licensee shall be entitled to the benefit of such lower licence fees ... only for so long and to the extent and subject to the same conditions that such lower licence fees shall be available to such other licensee, provided however that licensee shall not be entitled to such lower licence fees without accepting any less favorable terms that may have accompanied such lower licence fees..."*

- *"Dans le cas où le fournisseur serait amené à consentir à d'autres clients des conditions qui, dans leur ensemble, seraient plus favorables que celles prévues au présent contrat pour des quantités et une qualité comparables..."*
- *"Le vendeur garantit à l'acheteur le traitement du client le plus favorisé, toutes autres conditions de livraison (notamment de quantités, qualité et régularité) étant égales..."*

On retrouve notamment, dans certaines de ces clauses, le souci d'éviter la prise en considération de conditions plus favorables accordées à un tiers dans des circonstances exceptionnelles, par exemple pour un marché très limité.

Par contre, la crainte d'éviter certaines connivences avec des tiers, qui inspirait parfois les clauses de l'offre concurrente, n'est pas présente ici. La clause du client le plus favorisé ne joue que si l'un des cocontractants conclut à des conditions plus favorables avec un tiers ; on voit mal comment dans ce contexte, ce cocontractant pourrait tirer avantage des liens qu'il pourrait entretenir avec ce tiers.

3. Preuve de l'octroi de conditions plus favorables.

Le danger existe cependant que le cocontractant en cause se garde de révéler à son partenaire qu'il vient de consentir des conditions plus favorables à un tiers. On pouvait faire confiance à l'acheteur, dans la clause de l'offre concurrente, pour qu'il produise spontanément cette offre, puisqu'il devait en résulter une adaptation du contrat en sa faveur. Le problème était alors de vérifier l'existence et le contenu de cette offre alléguée. Ici, les circonstances sont très différentes. La clause du client le plus favorisé joue en défaveur de celui qui a contracté avec le tiers ; il est à craindre qu'il cherche à dissimuler la conclusion de ce nouveau contrat. Il faudra donc fournir à son cocontractant initial des moyens d'investigation afin d'éviter pareille fraude.

Certaines clauses du client le plus favorisé omettent de traiter du problème, ne prévoyant rien quant à la manière dont le cocontractant sera informé des conditions plus avantageuses consenties à un tiers. Il est parfois simplement stipulé que la partie ayant contracté avec le tiers s'engage à le faire savoir à son cocontractant, mais sans organiser un quelconque mode de contrôle. De telles clauses risquent de rester lettre morte, s'il n'existe pas entre parties des relations de confiance bien établies.

Un premier pas est franchi lorsque la clause oblige à fournir à tout moment la preuve qu'aucun tiers ne bénéficie de conditions plus favorables. Mais une telle preuve ne peut vraiment résulter que d'un contrôle direct des livres et comptes de l'intéressé, et quelques clauses examinées par le groupe prévoient un tel contrôle, soit par les représentants du cocontractant lui-même, soit à l'intervention d'un contrôleur indépendant :

- *"Der Auftragnehmer ist bereit dem Auftraggeber auf schriftlichen Antrag den Beweis für die Richtigkeit dieser Versicherung während der Laufzeit dieses Vertrages zu erbringen und von Beauftragten des Auftraggebers im Betrieb des Auftragnehmers nachprüfen zu lassen".*
- *"Alpha s'engage à produire, à la demande de Bêta, la preuve de l'observation des assurances données au premier alinéa du présent article.
A cet effet, elle remettra à Bêta une attestation écrite établie par un contrôleur économique indépendant qui aura pu prendre connaissance des documents commerciaux essentiels lui permettant de remplir sa mission. Cette procédure ne doit pas occasionner de dépenses supplémentaires à Bêta".*
- *"Der Auftragnehmer verpflichtet sich, dem Auftraggeber die Einhaltung der nach Abs. (1) gegebenen Zusicherungen auf Verlangennachzuweisen. Zu diesem Zweck wird der Auftragnehmer nach Wahl des Auftraggebers entweder dessen Beauftragten Einsicht in alle hierfür wesentlichen Geschäftsunterlagen gewähren, Abschriften daraus anfertigen lassen sowie alle erforderlichen Auskünfte erteilen oder die schriftlich Bestätigung eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers vorlegen. Hierdurch dürfen dem Auftraggeber keine zusätzlichen Kosten entstehen".*

4. Répercussions sur le contrat.

Lorsqu'il est établi que des conditions plus favorables ont été consenties à un tiers, le bénéficiaire de la clause du client le plus favorisé peut en principe réclamer l'alignement de contrat sur ces conditions plus avantageuses :

- "... then licensee shall be entitled to the benefit of such lower royalty rates ..."

Il importe cependant de préciser à partir de quel moment le contrat sera modifié. La solution la plus fréquente paraît être que les nouvelles conditions s'appliqueront à dater du jour où le tiers a bénéficié de conditions plus favorables, avec le remboursement éventuel de ce qui aurait été payé en trop dans l'intervalle, mais sans rétroactivité pour la période antérieure. Les clauses examinées, cependant n'étaient pas toujours rédigées avec la précision optimale :

- "... les prix fixés ci-avant seraient réduits en conséquence et les sommes payées en trop seraient remboursées".
- "... Buyer shall immediately be given a price and /or terms no less favourable".
- "... le fournisseur s'engage à en faire bénéficier le client à compter du jour de leur application à un tiers".
- "... Licensee shall be entitled to the benefit of such lower royalty rates on all operations thereafter conducted under this Agreement ; provided, however, that such lower royalty rates shall not apply retroactively for Licensee nor shall this Article ... be construed to entitle Licensee to any rebate or reduction with respect to royalties paid or due by it prior to the grant by A of such lower royalty rates to such third parties ..."

Les clauses citées ci-dessus se bornent à prévoir l'alignement automatique sur les conditions concurrentes. Bien que le groupe n'en ait rencontré aucun exemple, on pourrait imaginer, dans des contrats d'une suffisante complexité, que l'adaptation doive faire l'objet d'une négociation.

Par ailleurs, on l'a dit, il ne semble pas que la clause du client le plus favorisé puisse donner lieu à un refus d'adaptation, comme le permettait la clause de l'offre concurrente. Il est sans doute difficile de prétendre refuser à son cocontractant initial les conditions que l'on vient soi-même de consentir à un tiers.

5. Questions de procédure.

La procédure de mise en oeuvre des clauses du client le plus favorisé est plus simple que celle des clauses de l'offre concurrente, puisque les premières n'ouvrent pas la voie à l'exercice de diverses options.

Il s'agit uniquement d'organiser la notification de la conclusion d'un contrat plus favorable avec un tiers, problème dont les principaux aspects ont été traités plus haut à propos de la preuve et du contrôle. Sans doute la clause peut-elle aussi stipuler que cette notification doive intervenir dans un bref délai après la conclusion du contrat avec le tiers :

- " ... si le contractant accordait des conditions plus favorables à d'autres clients, il en aviserait immédiatement l'Administration...
- " ... then Licensor shall notify licensee promptly of such lower license fees..."

Une question méritant peut-être de faire l'objet d'une procédure particulière dans certains cas est celle de la divergence entre parties concernant le caractère plus favorable des conditions consenties au tiers. La clause ci-dessous envisage cette hypothèse, mais elle ne précise pas le mode de solution du litige :

- " Lehnt der Auftragnehmer nach Vertragsabschluss die Anwendung dieser Meistbegünstigungsklausel auf bestimmte Verträge mit Dritten ab, weil er die diesen Verträgen zugrundeliegenden Kostenverhältnisse nicht mit den Verhältnissen dieses Vertrages für vergleichbar hält, so verpflichtet er sich, diese Verträge dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen und seine Auffassung zu begründen".

Sans doute aboutirait-on, si la controverse persistait, à faire jouer la clause générale d'arbitrage du contrat.

6. Freins et limites à l'application de la clause.

Les types de freins relevés plus haut à l'application trop fréquente de la clause de l'offre concurrente ne paraissent pas avoir leur équivalent dans la pratique des clauses du client le plus favorisé. L'on pourrait cependant imaginer une stipulation selon laquelle un écart minimum serait requis entre les conditions du contrat et celles consenties à un tiers pour qu'intervienne un alignement.

Une limite géographique est parfois mise à l'application de la clause. Compte tenu d'une part des grandes différences pouvant exister entre les marchés, et d'autre part, de l'extension des activités du bénéficiaire de la clause, il peut être prévu de ne prendre en considération que les conditions plus favorables consenties à des firmes de certains pays déterminés :

- *"In the event that A shall hereafter grant any third party a license under the Patent Rights of A in any of the following countries (Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, West Germany, Great Britain, Ireland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden and Switzerland)..."*

7. Variantes de la clause.

a) Dans un cas très particulier, le groupe a rencontré une clause analogue à celle du client le plus favorisé dans le cadre d'une stipulation pour autrui.

Plusieurs fabricants de matériel aéronautique négocient simultanément la fourniture d'avions avec plusieurs gouvernements. L'un de ces gouvernements conclut un contrat avec l'une des firmes, et il y stipule en

faveur des autres gouvernements intéressés que la firme en cause ne leur imposera pas des conditions moins favorables que celles qu'elle consent au premier gouvernement : au lieu de se ménager le droit de bénéficier des avantages qui seraient ultérieurement consentis à un tiers, le contractant stipule en vue de faire bénéficier certains tiers des avantages qu'il a lui-même obtenus. Le mécanisme est en quelque sorte inversé :

"Dès à présent, les Preneurs d'ordre s'engagent, lors de la conclusion de pré-contrats et/ou contrat définitif avec (les pays X, Y et Z)..., de ne pas exiger de ces Gouvernements, des stipulations plus défavorables que celles accordées au Donneur d'ordre, dans le cadre du présent contrat, ou celles qui seraient convenues lors de la passation de pré-contrats et/ou de contrat définitif ultérieurs".

La même clause se réfère ensuite aux conditions d'un contrat déjà conclu entre une autre firme et un autre gouvernement, pour stipuler que les preneurs d'ordre n'imposeront pas des conditions moins favorables ni au donneur d'ordre, ni à d'autres gouvernements :

"D'autre part, les Preneurs d'ordre s'engagent, lors de la conclusion d'un contrat principal avec le Donneur d'ordre et/ou les Gouvernements (des pays X, Y et Z), de ne pas exiger des stipulations plus défavorables que celles consenties par la firme ..., dans ses contrats passés avec le Gouvernement (du pays Z) et le Donneur d'ordre, et, relatifs au même objet contractuel".

b) La clause du client le plus favorisé est parfois combinée avec une clause de l'offre concurrente. En voici un exemple :

*"B undertakes to give P most favourable price treatment in (country X) for their requirements within the market of (country X)..., that is to say that B will supply the Agreement products to P at prices no higher and under conditions no less favourable than those at and under which the same products of equal quality are supplied by B to any customer in (country X)...
If P receives from elsewhere a bona fide offer from a third party which in respect of quality and/or price and/or other conditions is more favourable than B's offer, P will invite B to offer equivalent terms. B shall have a period of one month from the date of submission of the third party offer either to meet or to refuse to meet the terms and conditions of said offer...
If B refuses to meet or fails to advise P of its decision within said period of one month..., P shall be released from their obliga-*

tion to purchase agreement products from B, but only in respect of a quantity thereof which is equivalent to the quantity of comparable products which have been offered to P by the third party under terms more favourable than those of B".

La partie P cumule donc les avantages. Elle bénéficiera des conditions plus favorables que son cocontractant B consentirait à un tiers, et elle peut inviter B à aligner le contrat sur les conditions plus favorables que P se verrait offrir par un tiers. Si l'état du marché évolue, il est même concevable que les deux situations se présentent simultanément, et que P puisse faire jouer celle des deux clauses qui lui serait la plus avantageuse.

Dans un autre cas examiné, les deux clauses ne jouent pas en faveur de la même partie, mais l'une est consentie à la partie A, tandis que l'autre est stipulée au profit de la partie B, A et B convenant de se faire des fournitures exclusives réciproques. Cet arrangement est proposé dans la lettre suivante :

- "Messieurs,

Voulant reconnaître l'effort fait par votre société de nous fournir les quantités de (produit X) nécessaires à nos fabrications alors que règne une grande pénurie de matières sur le marché, compte tenu aussi des prix favorables qu'en cette période vous maintenez vis-à-vis de nous, notre société a décidé - à partir de ce jour - de vous accorder pendant un terme de cinq ans, la priorité de fourniture de (produit X) pour la couverture de nos besoins normaux tels qu'ils vous sont connus (environ ... par mois).

Cette exclusivité d'achat que nous réservons à vos usines est subordonnée à la condition que vous continuiez à nous remettre des cotations basées sur les prix internationaux pour des tonnages équivalents.

Nous ne pourrions acheter ailleurs que lorsqu'après vous avoir avisés de ce que votre cotation est plus élevée - toutes conditions égales, vous auriez refusé de réduire votre prix au niveau de celui prévu ; cette décision devant nous être signalée par écrit dans les 24 heures ouvrables de la communication dont question.

D'autre part, vous nous avez donné l'assurance que c'est chez nous que vous vous approvisionnerez en produits Y de notre fabrication dont vous pourriez avoir besoin pour votre usage personnel ; dans ce cas, nous nous engageons à vous donner priorité de livraison et ce, au prix de notre client le plus favorisé.

Veillez agréer, Messieurs, nos sincères salutations."

III. Clauses de premier refus.

1. Définition. Comparaison avec d'autres clauses.

Par la clause de premier refus, une partie A s'engage envers le bénéficiaire B à lui proposer, dans l'avenir, de réaliser ensemble une opération déterminée avant de conclure cette opération avec un tiers. En cas de refus de B, A redevient libre de contracter avec autrui.

Voici un premier exemple d'une telle clause :

- *"If and to the extent that in any year or quarter A should have requirements of products or both in excess of the quantities otherwise deliverable hereunder in that year or quarter, B shall have the first option (to be exercised within thirty (30) days of receiving due and proper notice thereof) to supply on the terms and conditions hereof. If B do not exercise the option to supply any or all of such excess, A shall be free to purchase the deficit elsewhere".*

Afin de mieux appréhender la portée de la clause de premier refus, il convient de la comparer à l'option, et de la situer par rapport aux clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé.

a) En quoi la clause de premier refus se distingue-t-elle de l'option?

L'option est une promesse unilatérale de contrat. L'une des parties, après avoir proposé à l'autre la conclusion d'un contrat, s'engage à maintenir sa proposition en faveur de ce seul partenaire pendant un certain temps. Endéans ce délai, le bénéficiaire peut "lever" l'option, auquel cas le contrat est immédiatement et automatiquement conclu. En droit français, l'option se distingue de l'offre en ce qu'elle est en soi un contrat, car elle procède d'un accord de volontés entre parties. En droit anglais, l'option manque de force obligatoire faute de consideration, à moins qu'en contrepartie de l'engagement assumé à son profit, le bénéficiaire de l'option ne fournisse une consideration nominale, par exemple £ 1.

Comme la clause de premier refus, l'option accorde à son bénéficiaire une préférence par rapport aux tiers à propos de la conclusion d'un contrat. Mais il existe au moins deux différences :

- L'option porte sur une opération dont la réalisation est décidée. Je suis disposé à vous vendre ma maison et je vous donne une option pour l'acheter. Je me tiens donc prêt à réaliser l'opération si vous levez l'option. Dans le cas contraire, bien que je n'y sois pas obligé, je chercherai vraisemblablement à contracter avec un tiers. La clause de premier refus, au contraire, porte sur une opération dont la réalisation n'est que future et éventuelle. Si dans l'avenir je décide de vendre ma maison, je m'engage à vous proposer d'abord de l'acquérir. Mais il est possible que je ne mette jamais ma maison en vente. L'option entre immédiatement en jeu, tandis que la clause de premier refus peut rester lettre morte (1).

- Par ailleurs, l'option est consentie sur base d'une proposition contractuelle complète et précise, ce qui a pour conséquence que la levée de l'option provoque la conclusion immédiate et automatique du contrat. La clause de premier refus, compte tenu du caractère futur et éventuel de l'opération envisagée, ne présente normalement pas ces caractéristiques. Le moment venu, il faudra négocier les conditions. A cet égard, plusieurs hypothèses doivent d'ailleurs être distinguées ; on y reviendra.

Est-il besoin d'ajouter que la terminologie utilisée en pratique n'est pas toujours fixée, et que les deux expressions "option" et "premier refus" sont parfois utilisées l'une pour l'autre, ou indifféremment ?

L'analyse à laquelle le groupe a procédé a cependant eu pour objet exclusif les véritables clauses de premier refus, telles que l'on vient de les caractériser.

b) La distinction entre clauses de premier refus et d'offre concurrente est plus facile à établir. Si toutes deux accordent une certaine

(1) Compar. Halsbury's Laws of England, Contracts, para. 236 : "Similar to the contract of option is the contract of "first refusal" or "pre-emption", whereby one person enters into a contract with a second which provides that if the first person contemplates entering into a certain defined contract or type of contract with anyone, he will first offer to do so with that second person. That type of contract differs from the contract of option in that the first person has made no positive offer ; his duty will usually be the purely negative one of not contracting with any third person on the defined respect unless and until he has first offered to do so with the second person ; but it is conceivable that his duty may merely be that, if he does so contract with any third person, he will make that contract subject to the second person's right of first refusal".

préférence au contractant qui peut s'en prévaloir, il s'agit dans un cas, d'une préférence pour la conclusion d'une affaire nouvelle (premier refus) et dans l'autre cas, d'une préférence pour la poursuite de relations contractuelles en cours, à des conditions alignées sur le contenu de l'offre plus favorable émanant d'un tiers (offre concurrente). La confusion n'est guère possible. On constatera cependant l'existence de plusieurs problèmes communs à ces deux types de clauses.

c) La clause du client le plus favorisé se distingue de manière analogue de la clause de premier refus, puisqu'il s'agit aussi, comme dans l'offre concurrente, de modifier un contrat en cours par référence à des conditions plus favorables apparues dans les relations de l'une des parties avec un tiers, et non de l'octroi d'une préférence pour la conclusion d'une opération nouvelle. Mais on le verra, la mise en oeuvre de la clause de premier refus présente également plusieurs aspects proches de ceux qui ont été discutés à propos de la clause du client le plus favorisé.

2. Rôle économique.

Alors que les clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé répondent en général au même objectif principal de permettre l'adaptation d'un contrat à long terme aux conditions changeantes du marché, les clauses de premier refus paraissent correspondre à des finalités économiques beaucoup plus variées. Les quelques cas suivants illustrent certaines de ces finalités.

Cas n° 1. Un contrat de fournitures est conclu entre deux firmes. Ce contrat porte sur certaines quantités déterminées, au-delà desquelles les parties recouvrent en principe leur liberté. Il est cependant prévu que les quantités excédentaires, l'une des parties devrait offrir par priorité à l'autre de contracter, avant de conclure avec un tiers.

La clause citée plus haut, au début de cet exposé sur les clauses de premier refus, correspondait à cette hypothèse. La préférence y

était octroyée au vendeur, en cas de besoins supplémentaires de l'acheteur. Réciproquement, il peut se faire qu'une telle clause donne une préférence à l'acheteur pour l'acquisition de la production excédentaire du vendeur :

- *"In the event that Sellers in the first 15 years of the Delivery Period can deliver from the Reservoirs from the... pipeline at the X terminal larger gas quantities than stipulated in paragraph 3.1, Buyers shall have the right to purchase such quantities if Buyers so desire..."*

Cas n° 2. Deux firmes collaborent à la mise au point d'un certain matériel. L'une d'entre elles accorde à l'autre le bénéfice d'une clause de premier refus pour l'acquisition des matériels et produits de base :

- *"Compte tenu de la spécificité des matériels et des produits nécessaires à l'utilisation des dispositifs, X consultera Y pour l'acquisition de tels matériels et produits de base. Si, pour des caractéristiques équivalentes, les conditions offertes par Y pour leur fourniture sont de même ordre que celles des offres de la concurrence techniquement les plus proches, X s'engage à réserver à Y la priorité pour la fourniture desdits matériels et produits de base".*

Cas n° 3. Une firme A concède une licence de fabrication à un partenaire étranger B. Pour le cas où B envisagerait d'exporter une partie de sa production vers un autre pays Z, B accorde à la firme C, filiale de A dans le pays Z, un droit de premier refus pour la distribution des produits dans ce pays.

- *"Dans tous les cas où B exportera du pays X vers le pays Z, des véhicules B et/ou des pièces de véhicules B fabriqués par B, en vertu des présentes, B... devra proposer d'abord la vente des véhicules B et des pièces de véhicules B à la firme C, ou telle autre société qui aurait le droit d'agir comme distributeur des produits A dans le pays Z.
Si B et C, ou cette autre société, n'étaient pas d'accord sur l'ensemble des conditions et modalités d'un contrat de distribution, B aura alors la liberté de proposer un tel contrat à toute autre personne, entreprise ou société, à condition cependant que B ne propose pas par la suite à cette personne, entreprise ou société, des clauses ou conditions plus favorables que celles offertes à C, ou toute autre société qui aurait le droit d'agir comme distributeur des produits A dans le pays Z..."*

Cas n° 4. A souhaite acquérir l'immeuble de B. Ce dernier n'envisage pas de vendre en ce moment, mais il consent à A une clause de premier refus pour le cas où il changerait d'avis :

- "1. In consideration of £ ... paid by the grantee to the owner (the receipt whereof the owner hereby acknowledges) the grantee shall have the right to purchase the property known as [parcels] ... if the owner shall desire to sell [or otherwise dispose of] the said property or any part of it within a period of twenty-one years.
- 2. The owner shall give written notice to the grantee of his desire to sell the said property and if the grantee shall within two months of the receipt of such notice give written notice (hereafter called the option notice) to the owner of his desire to purchase the property then the following terms shall take effect.
- ... 5. If the grantee does not serve the option notice within the time prescribed by clause 2 ... then the owner may deal with or dispose of the property free in all respects from the rights of the grantee..."

Cas n° 5. Une société, dans un contrat de prise ferme, consent à un consortium de banques un droit de premier refus relatif à certaines émissions ultérieures éventuelles :

- "Au cas où la Société émettrait plus tard d'autres emprunts en Suisse, elle donnera aux Banques un droit de préférence, à conditions égales, pour la prise ferme de ces emprunts".

Cas n° 6. La firme A fournit régulièrement un produit X à la firme B. Pour le cas où A abandonnerait un jour la fabrication de ce produit, B se voit consentir un droit de premier refus pour l'octroi d'une licence de fabrication.

présenté par le ou les requérant(s). En cas de réponse négative de certains des associés, ceux-ci ne pouvant d'opposer à la réalisation de ce projet, le ou les requérant(s) pourront faire appel à des concours extérieurs pour ladite réalisation.

Les droits des associés dans le syndicat qui ne poursuivront pas, feront alors l'objet de négociations entre les associés."

Cas n° 9. En cas de liquidation d'un groupement, il est convenu que certains associés bénéficieraient d'un droit de premier refus par rapport aux autres et aux tiers pour l'acquisition de certains éléments d'actifs.

"In the case of an asset of the Company situated in or in close proximity to either the Assets(A) or the Assets (B), then A and B shall respectively have a right of priority against the other and shall procure for such other a right of priority against third parties to purchase such asset."

Cas n° 10. Les statuts d'un groupement organisent un droit de préférence des coassociés dans l'hypothèse où l'un des membres déciderait de céder sa participation.

"A Participant may offer to sell all of the shares owned by it and its Affiliate(s) in both Companies to a specified third party or all or part of such shares to one or more specified Participants holding shares in such Companies, provided that the Participants other than the offeror holding shares in those Companies are first given an opportunity to purchase the shares on the same terms and conditions as offered to the third party or the specified Participant(s)..."

Ces quelques exemples, qui sont loin d'épuiser la réalité, démontrent la variété des situations où peut intervenir le mécanisme de la clause de premier refus.

On aura constaté que le cas n° 10, relatif au droit de préférence en faveur des associés en cas de cession de parts, correspond à une situation qui dans bien des pays, échappe dans une certaine mesure à la liberté des conventions. Souvent en effet, le droit des sociétés comporte des

règles impératives en ce qui concerne les droits des associés dans une telle hypothèse. Il en est de même du droit de préférence généralement reconnu aux anciens actionnaires en cas d'augmentation de capital. Comme le groupe consacre essentiellement ses travaux aux mécanismes contractuels, il n'a pas poursuivi ses investigations à propos des clauses de préférence faisant l'objet de réglementations impératives. Les exemples touchant au droit des sociétés portés à la connaissance du groupe n'ont pas été étudiés dans tous leurs prolongements juridiques ; le groupe s'est borné à y rechercher des illustrations de techniques contractuelles transposables dans d'autres contextes. Pour des raisons analogues, n'ont pas non plus fait l'objet d'investigations approfondies les clauses de préférence dont bénéficient souvent le locataire commercial ou le fermier pour le renouvellement du bail ; ces droits font en général l'objet de dispositions légales impératives.

Au-delà de la variété des situations, un trait commun s'affirme à la plupart de ces clauses de premier refus : comme les clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé, elles interviennent le plus souvent entre des partenaires unis par des liens de collaboration relativement durables. L'on a réalisé et l'on réalise peut-être encore diverses opérations, et l'on cherchera encore à collaborer dans l'avenir.

3. Modalités des clauses de premier refus. Comparabilité et contrôle.

L'organisation des clauses de premier refus peut faire l'objet de nombreuses modalités.

a) Une première distinction est à tracer sur base des différentes possibilités de succession dans le temps des offres faites à B et au tiers. Tantôt A doit proposer le marché à B avant toute négociation avec les tiers ; tantôt A peut d'abord solliciter des offres de tiers, pourvu qu'il n'accepte pas l'une d'elles avant d'avoir proposé préalablement à B de conclure avec lui aux mêmes conditions.

Les deux exemples suivants illustrent respectivement ces deux hypothèses :

- "Au cas où X serait en mesure de vendre plus de 5.000 tonnes de PRODUITS DU CONTRAT dans le TERRITOIRE au cours d'une année et si Y ne pouvait fournir le tonnage supplémentaire aux conditions du présent accord, X serait alors libre d'acheter à des tiers les quantités que Y ne pourra lui fournir."
- "Subject to the requirements of Paragraph 25 hereof, if any Party receives a bona fide offer which it is willing to accept for the purchase of all or a percentage of such Party's undivided interest in the Licence Area, from a person, firm or corporation ready, able and willing to purchase such interest, the Party receiving said offer shall give written notice thereof to each of the other Parties, including in said notice the name and address of such offeror, the price offered and all other pertinent terms and conditions of the offer. The other Parties, for a period of sixty (60) days after the receipt of said notice, shall have the prior and preferred right and option, in the ratio of the respective Percentages of Interest of those electing to purchase, to purchase the interest covered by said offer at the price and according to the terms and conditions, specified in said offer..."

Parfois, les deux systèmes s'additionnent. A doit d'abord proposer le marché à B. Si B refuse, A peut s'adresser à un tiers, mais avant d'accepter une offre, il doit de nouveau proposer à B de contracter avec lui, aux conditions de l'offre du tiers.

- "In case it is not decided at such date to establish the joint venture and to proceed with its plant construction and production schedule, Y will be free to negotiate with a third party provided that, until February 28, 19.., X will have a priority right to be exercised within one month from the date of notice that Y intends to enter into concrete business talk with a third party for the manufacture of the product".

Certaines de ces clauses prévoient qu'en cas de refus de B, A ne recouvre sa liberté pour traiter avec le tiers que pendant un certain délai, au-delà duquel le droit de préférence de B renaît :

- "... if A fails to accept said offer or to complete said sale within said period of six (6) months, the preferred right and option of B under the preceding sub-paragraph (a) of this Paragraph 24 shall be considered as revived, and A shall not complete said sale to said offeror unless and until said offer again has been presented to B, as hereinabove provided, and B again has failed to elect to purchase on the terms and conditions of said offer..."

b) Les clauses de premier refus se distinguent également par le degré de liberté dont jouit A dans sa recherche d'un autre partenaire en cas de refus de B. Peut-il traiter avec un tiers à n'importe quelles conditions, ou ne peut-il contracter que dans des termes comparables à ceux que B vient de refuser ?

A défaut de solution expresse dans la clause, le problème est très délicat.

Dans un sens, l'on peut faire valoir que la reconnaissance à A d'une entière liberté dans sa négociation avec le tiers risquerait de rendre illusoire la clause de premier refus. Pour vider de sa substance le droit de préférence de B, il suffirait à A de lui offrir de contracter à des conditions inacceptables, pour proposer ensuite au tiers des conditions normales.

Mais par ailleurs, ne serait-ce pas imposer à A une contrainte inacceptable si le refus de B restreignait à ce point sa marge de manoeuvre dans ses négociations ultérieures avec le tiers ?

Le groupe estime que les principes suivants devraient guider les parties à défaut de stipulations expresses. A engagerait sa responsabilité contractuelle s'il cherchait à rendre illusoire le droit de préférence de B en proposant à ce dernier des conditions manifestement inacceptables. D'autre part, lorsque des conditions normales ont été refusées par B, A n'est pas nécessairement obligé de proposer des conditions identiques au tiers, mais si la négociation avec le tiers tendait à aboutir à l'octroi de

conditions nettement plus favorables, A devrait, avant de conclure avec le tiers, faire une nouvelle offre à B, sur base de ces conditions modifiées. Ces solutions peuvent se fonder sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions en droit français, sur la théorie des "implied terms" en droit anglais.

Les rédacteurs d'une clause de premier refus ont évidemment intérêt à tarir cette source potentielle de litiges en précisant de manière expresse les relations devant exister entre les conditions offertes par A respectivement à B et au tiers. Certaines de ces clauses examinées comportent des éléments de réponse.

Parfois, la clause accorde une entière liberté :

- *"If the company shall not within the period of two months aforesaid find a purchaser for the share and give notice as aforesaid, the vendor shall at any time within three months after the expiration of the said two months be at liberty ... to sell the share to any person and at any price and transfer the same accordingly..."*

Lorsque la clause concerne la livraison éventuelle de quantités supplémentaires aux quantités prévus dans un contrat d'approvisionnement, les conditions à proposer au tiers en cas de refus ne sont pas nécessairement spécifiées, mais au moins, en ce qui concerne l'offre préalable à B, la référence aux conditions du contrat en cours écarte la possibilité d'une offre inacceptable (sauf si ces conditions ne correspondaient plus du tout aux cours pratiqués sur le marché) :

- *"If at any time A should have a specific requirement in the Contractual Area of petroleum products other than those prescribed in Clause 5 (a) hereof B shall have the first option (to be exercised within sixty (60) days of receiving due and proper notice thereof) to supply on the terms and conditions hereof. If and to the extent that B do not exercise the option to supply, A shall be free to purchase such petroleum products elsewhere..."*

Par ailleurs, lorsque la clause permet à A de recueillir préalablement l'offre d'un tiers avant de proposer à B de contracter par préférence, cette offre du tiers fournit également une base de comparaison :

- "... accorder à N.V. un droit de premier refus sur l'achat de ladite unité, à charge pour N.V. d'accepter les mêmes conditions que le tiers acquéreur..."
- " ... the other parties ... shall have the prior and preferred right and option ... to purchase the interest covered by said offer at the price and according to the terms and conditions specified in said offer".

Il en va de même lorsque la clause impose à A d'inviter une nouvelle fois B, après un refus initial, à contracter aux conditions offertes par un tiers.

Dans l'hypothèse où l'offre doit être faite à B avant toute négociation avec un tiers, il est parfois précisé expressément qu'en cas de refus, A ne pourra contracter avec le tiers qu'aux mêmes conditions :

- " Si A et B n'étaient pas d'accord sur l'ensemble des conditions et modalités d'un contrat de distribution, A aurait alors la liberté de proposer un tel contrat à toute autre personne, à condition cependant que A ne propose pas à cette personne des clauses ou conditions plus favorables que celles offertes à B..."

Les considérations qui précèdent mettent en évidence le fait qu'un problème de comparabilité se pose également à propos des clauses de premier refus, comme à propos des deux autres types de clauses de préférence examinées plus haut. Si A ne peut contracter avec un tiers à des conditions plus favorables que celles qu'il avait proposées à B, il faudra nécessairement comparer les conditions respectives. On aura relevé, dans plusieurs des clauses venant d'être citées, un libellé de nature à faire porter la comparaison non pas sur le seul prix, mais sur l'ensemble des conditions. L'on connaît cependant les difficultés de l'opération, surtout lorsqu'il s'agit de conventions complexes.

Se pose aussi, d'autre part, le problème du contrôle par B des conditions auxquelles A, après le premier refus, aura contracté avec le tiers. Sur ce point, dont l'aménagement serait certainement fort délicat, les clauses examinées par le groupe ne comportaient aucune indication.

Une réflexion finale à propos de la comparabilité. Cette question présente moins d'acuité lorsque l'opération envisagée ne consiste pas dans la conclusion d'un contrat "à intérêts opposés" (vente, licence, etc...), mais dans la collaboration éventuelle à une entreprise commune. Dans ce cas, c'est l'intérêt pour l'opération qui détermine l'adhésion ou le refus, plutôt que les conditions de participation.

4. Procédure.

La mise en oeuvre d'une clause de premier refus appelle l'organisation d'une procédure, dans le détail de laquelle on n'entrera plus. Comme à propos des clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé, il s'agit, mutatis mutandis, de prévoir les formes et les délais de diverses notifications : intention de A de réaliser l'opération en cause ; décision de B de contracter avec A ou de refuser ; le cas échéant, selon le type de clause, notification des conditions auxquelles un tiers est prêt à contracter.

De nombreuses clauses examinées par le groupe omettaient de régler ces questions de procédure, lacune susceptible de provoquer des difficultés d'application.

Voici par contre deux extraits de clauses relativement détaillées quant à certains aspects de procédure. La première est relative à l'octroi d'un droit de premier refus en faveur des coassociés d'un actionnaire désireux de céder ses participations. La seconde concerne la vente d'un immeuble.

- "... Any offer of shares made pursuant to Section 6.3 hereof shall be in writing by registered letter, where feasible by airmail, shall identify the person(s) to whom the offering Participant desires to sell shares, shall contain the terms and conditions of the offer, and shall be deemed to have been rejected if not accepted within 30 days (in the case of original offers) or 15 days (in the case of subsequent offers) from the date on which such registered letter was posted..."

- "... The owner shall give written notice to the grantee of his desire to sell the said property and if the grantee shall within two months of the receipt of such notice give written notice (hereinafter called the option notice) to the owner of his desire to purchase the property then the following terms shall take effect.

The grantee and the owner shall attempt to reach agreement on the value of the property in the open market and with vacant possession at the time of the service of the option notice and if such agreement has not been reached within one month from the service of the option notice then an independent qualified surveyor shall be appointed to make a valuation...

Once such valuation has been agreed or made in the manner stated the grantee shall have one month in which to decide whether he wants to proceed with his intended purchase of the property at that valuation and if he shall within that month serve written notice on the owner of his desire to proceed then he shall be entitled on paying the amount of the valuation to the owner to a conveyance of the property free from all incumbrances...

If the grantee does not serve the option notice within the time prescribed by clause 2 or if having done so he does not serve written notice within the time prescribed by and under the provisions of clause 4 of his desire to proceed with the purchase then the owner may deal with or dispose of the property free in all respects from the rights of the grantee..."

Les clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé organisaient les répercussions sur le contrat de l'alignement ou du refus de l'alignement par rapport aux conditions offertes par ou consenties à un tiers. Soucieuses d'éviter une remise en cause trop fréquente du contrat en cours, elles prévoyaient parfois des freins à leur application. Ces questions sont étrangères aux clauses de premier refus, qui n'affectent pas des contrats en cours, mais qui concernent la réalisation éventuelle de nouvelles opérations.

5. Sanctions.

La clause de premier refus oblige à proposer par préférence au partenaire de traiter avec lui avant de conclure une opération déterminée avec un tiers. Quelles sanctions sont concevables si cette obligation est méconnue ?

Deux moments sont à distinguer. Dans un premier stade, A n'a pas encore contracté avec le tiers, mais il est sur le point de le faire, et il n'a pas offert à B la possibilité d'exercer un droit de préférence. En droit anglais, B pourrait obtenir du tribunal une injunction de nature à interdire à B de conclure avec le tiers. En droit français, une action en référé serait-elle concevable à cette fin (1) ?

Si A a déjà contracté avec le tiers, B ne pourra en principe que réclamer des dommages et intérêts (ou l'application d'une clause pénale éventuelle), mais des membres du groupe ont souligné tant la difficulté d'évaluer le dommage que le caractère peu adéquat de la sanction : une somme d'argent ne compense guère l'opération manquée. Dans les conditions prévues par les systèmes juridiques respectifs, il est parfois possible d'envisager aussi un recours contre le tiers qui aurait été au courant de l'existence de la clause de premier refus, et qui aurait incité A à la méconnaître. Mais de telles actions sont rares en pratique.

Comme on le constate souvent dans les relations commerciales, la véritable sanction de la violation d'une clause de premier refus paraît résider dans l'atteinte à l'esprit de collaboration qui régnait jusqu'alors entre les parties, dont A subira les conséquences dans l'avenir.

6. Variante : la "Savoy clause".

Une très grande diversité a déjà été relevée parmi les clauses de premier refus proprement dites. Les figures contractuelles voisines présentant la même variété.

(1) Cet aspect doit encore faire l'objet d'un examen plus approfondi.

On se bornera à évoquer ici la "Savoy clause", ainsi nommée parce qu'elle fut un jour appliquée dans une opération relative au Savoy Hotel de Londres. A désireux de vendre sa participation dans une affaire commune doit d'abord en proposer l'acquisition à son partenaire B. Ce dernier peut accepter ou refuser ; mais, s'il refuse, il s'oblige à vendre sa propre participation à A.

Conclusions.

1. Les trois clauses examinées présentent chacune leur physionomie particulière mais elles offrent également de nombreux traits communs. Offre concurrente et client le plus favorisé recherchent toutes deux l'adaptation d'un contrat en cours aux conditions plus favorables apparues dans les rapports de l'un des contractants avec un tiers. Offre concurrente et premier refus conduisent toutes deux à proposer au partenaire de traiter avec lui plutôt qu'avec un tiers désireux de contracter. Des similarités ont été relevées entre les trois clauses à propos des procédures de mise en oeuvre. Le difficile problème de la comparabilité des conditions se pose dans les trois cas. Il s'agit chaque fois d'accorder au partenaire un traitement de préférence.

2. Ces clauses ne sont pas sans dangers. Les embûches sont nombreuses au niveau de la mise en oeuvre. Le risque des offres de complaisance peut fausser le jeu des clauses de l'offre concurrente et de premier refus. Les difficultés de contrôle peuvent rendre lettre morte la clause du client le plus favorisé et celle de premier refus. Le caractère peu adéquat des sanctions fait dépendre la clause de premier refus de la probité du cocontractant. Les négociations avec un tiers peuvent être rendues très diffi-

ciles si ce dernier apprend qu'avant de conclure, son partenaire proposera par préférence les conditions sur lesquelles un accord est intervenu au bénéficiaire d'une clause de l'offre concurrente ou de premier refus. Chaque fois, les problèmes de comparabilité et de preuve sont préoccupants.

3. En outre, la licéité de ces clauses est parfois contestable, en rapport avec le droit de la concurrence. Qui dit préférence évoque une possibilité de restriction. Ce qui m'attache à mon partenaire limite ma liberté de contracter avec des tiers. Une clause de premier refus, par exemple, peut avoir des effets analogues à ceux d'une clause d'exclusivité.

On sait cependant à quel point est délicate l'appréciation de la validité d'une clause déterminée au regard du droit antitrust. Il s'agit d'abord, cela va de soi, de situer le problème en rapport avec les normes nationales ou communautaires applicables. Ensuite, telle clause est rarement interdite per se, mais il convient d'en apprécier la licéité en la replaçant dans son contexte : position des contractants sur le marché, type de contrat, effets sur le concurrence, etc...

A titre d'exemple, on citera deux décisions récentes de la Commission des Communautés Européennes.

Dans l'affaire Kabelmetal/Luchaire, une clause du licencié le plus favorisé n'a pas été jugée contraire à l'article 85, 1° du Traité de Rome pour les raisons suivantes :

- "... l'obligation du donneur de licence de faire bénéficier le premier licencié des conditions plus favorables consenties à d'autres licenciés ne saurait en général exercer sur le donneur de licence une pression propre à le dissuader d'accorder ultérieurement des licences à des tiers ; ...certes, dans des cas particuliers, notamment lorsque la situation concurrentielle du marché à un moment donné est devenue telle qu'il n'est plus possible de trouver d'autres licenciés qu'en leur offrant des conditions nettement plus favorables que celles acceptées par le premier, cette obligation pourrait entraver en fait l'octroi de licences ultérieures et constituer, dès

lors, une restriction sensible de la concurrence ; ... toutefois, dans le cas d'espèce, il n'existe pas d'éléments concrets qui permettent de constater de tels effets restrictifs ; ..." (1).

Par contre, dans l'affaire Roche, une clause de l'offre concurrente, curieusement appelée "clause anglaise", a été reprise parmi les caractéristiques faisant du comportement de Roche un abus de position dominante. La Commission a considéré

"... que la clause dite "anglaise" n'est qu'un assouplissement d'importance très limitée du système appliqué par Roche ; que l'argument suivant lequel cette clause laisserait le client en fait libre d'acheter aux concurrents de Roche méconnaît sa fonction ; que cette clause, tout en facilitant l'information de Roche sur les prix appliqués par ses concurrents, réserve à Roche de décider si le client en question est libre d'acheter chez le concurrent qui offre des vitamines à des prix plus bas ; que c'est seulement au cas où Roche décide de ne pas aligner son prix que l'acheteur est autorisé à acheter auprès du concurrent ; que cette possibilité est encore restreinte lorsqu'il est exigé qu'il s'agisse d'une offre d'un producteur "réputé" du territoire du client - à l'exclusion donc des offres provenant d'autres territoires ou d'autres pays membres ; qu'il est évident que, si la commande en question intéresse Roche parce qu'elle porte soit sur une quantité importante, soit sur une vitamine importante, ou parce que l'offre émane d'un concurrent réputé, Roche, en raison de sa force sur le marché des vitamines, est en mesure d'adapter son prix et donc de conserver l'exclusivité de l'approvisionnement du client en question ; que c'est par conséquent, Roche qui décide cas par cas, en fonction des circonstances, de l'entrée partielle d'un concurrent sur le marché qu'il s'est réservé ; ..." (2)

On le voit, l'appréciation de ces clauses doit être extrêmement nuancée, et toujours située dans le contexte du contrat. Au stade actuel, le groupe de travail n'est pas en mesure de proposer une analyse d'ensemble du problème. Mais l'attention des rédacteurs de clauses est attirée sur l'importance de sonder la conformité de leurs accords par référence au droit de la concurrence.

(1) Décision du 18 juillet 1975, JOCE, 1975, L 222/37.

(2) Décision du 9 juin 1976, JOCE, 1976, L 223/36 et 37.

4. De l'analyse du groupe se dégage donc une mise en garde à l'intention des négociateurs. Les clauses de premier refus, de l'offre concurrente et du client le plus favorisé ont leur intérêt, mais elles doivent être libellées avec la plus grande prudence; compte tenu des difficultés de rédaction décrites au cours de la chronique, des dangers qui viennent d'être rappelés, et du problème de la licéité de ces clauses au regard du droit de la concurrence.

5. Comme il l'avait fait à l'occasion de la publication de ses chroniques précédentes sur les clauses de hardship et les lettres d'intention, le groupe de travail fait appel aux lecteurs de la Revue qui seraient en mesure de livrer d'autres expériences sur les trois types de clauses qui viennent d'être examinées. Aucune de ces chroniques n'a l'ambition de présenter le bilan définitif d'un sujet; il s'agit seulement de fournir un ensemble d'informations et de réflexions sur l'aspect de la pratique des contrats internationaux, dans l'espoir d'amorcer une discussion plus vaste.

x

x

x