UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Pratique des contrats internationaux et droit des contrats

par Marcel FONTAINE

Doc. 91/1

Texte d'une conférence prononcée le 2 octobre 1990 à la tribune du C.I.E.A.U. (Bruxelles)

Pratique des contrats internationaux et droit des contrats.

Depuis une quinzaine d'années, j'ai la chance d'animer un groupe de juristes qui s'intéressent aux contrats internationaux. Le noyau est franco-belge, mais le groupe comprend aussi des participants très fidèles venant d'Angleterre, d'Allemagne, de Suisse, d'Espagne, d'Italie et d'autres pays plus lointains.

Nous procédons à l'examen systématique des clauses caractéristiques des contrats internationaux. Nous avons ainsi étudié, entre autres, les clauses de force majeure, les clauses pénales, les clauses limitatives de responsabilité, les clauses de confidentialité et les clauses de harsdhip, ainsi que des documents tels que les lettres d'intention et les préambules qui précèdent le contrat. Nous consacrons trois ou quatre réunions à chaque thème. Les membres du groupe, dont la plupart sont praticiens, fournissent une abondante documentation, ce qui nous permet de travailler de manière très concrète. A l'issue de ces réunions, je rédige un projet de synthèse, et je le soumets à la discussion du groupe. Le résultat final est régulièrement publié dans la Revue de Droit des Affaires Internationales. Un premier recueil rassemblant 9 chapitres vient d'être édité sous forme d'ouvrage.

C'est de ces travaux que j'ai tiré l'essentiel des développements qui vont suivre. Je voudrais dire que si ces réflexions présentent un quelconque intérêt, le mérite en revient essentiellement à tous ces amis qui ont apporté au groupe, non seulement leur documentation et leur expérience, mais aussi leur participation constructive à la mise au point de nos synthèses. A cet égard, je remercie tout particulièrement notre président Jean Van Uytvanck, un membre fidèle du groupe depuis les origines.

Le but de mon exposé est de mettre en évidence l'originalité des solutions imaginées par les rédacteurs de contrats internationaux par rapport à certaines conceptions traditionnelles du droit des contrats.

Les exemples pourraient être choisis en très grand nombre, mais le temps est limité et je vais en retenir trois. Je parlerai d'abord des lettres d'intention et accords de principe dans le cadre de la formation du contrat, puis de l'impossibilité d'exécution et de son traitement par les clauses de force majeure, et enfin d'un phénomène dont on n'a pas suffisamment pris conscience, le fait que le contrat poursuit souvent

son existence à travers certaines clauses qui lui "survivent" après son "extinction". J'émettrai finalement deux réflexions générales en guise de conclusions.

Un avertissement : je vais jouer le jeu qui consiste à comparer régulièrement les enseignements de la pratique à ce que l'on appelle la théorie "traditionnelle" ou la théorie "classique" des contrats. C'est un jeu facile, qui conduit souvent à partir d'une caricature de cette théorie prétendument "classique". D'ailleurs, où est-elle, cette théorie "classique" ? En traitant de contrats internationaux, on est amené à se référer à différents systèmes juridiques ayant chacun leurs particularités. Même dans un seul pays, la théorie dite "classique" n'est pas aussi dénuée de nuances qu'on le dit trop souvent. Cette réserve étant faite, je vais quand même jouer le jeu, qui permet de mieux mettre en valeur l'originalité des formules découvertes par les praticiens du commerce international.

I. Lettres d'intention.

a) Comment se forme un contrat selon la théorie classique ?

Dans la plupart des systèmes juridiques, l'analyse est dominée par le processus de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Un contrat se forme lorsqu'une offre est acceptée. C'est un processus instantané, ou en tout cas bien circonscrit dans le temps. La théorie du contrat entre absents envisage certes la possibilité qu'un certain écart sépare l'offre de l'acceptation, mais on s'ingénie alors à déterminer la durée de la validité de l'offre. De toute façon, cette durée est limitée, un délai raisonnable ou le délai fixé par l'offrant, et le processus offre-acceptation va conduire à la formation du contrat dans un délai relativement bref, sinon immédiat.

Quant à la période qui précède l'émission de l'offre, elle se situe en principe en dehors du droit. Il y a même de nombreux pays où l'offre elle-même n'est pas contraignante. Les pourparlers, les négociations pouvant précéder la conclusion du contrat, n'engagent en principe à rien. La liberté règne lorsqu'il s'agit d'entrer en négociations, de conduire celles-ci au gré de ses intérêts, et de rompre à tout moment.

Ce n'est d'ailleurs pas nécessairement une mauvaise solution. Certains auteurs, particulièrement en Angleterre et aux Etats-Unis, défendent une conception très radicale de la liberté des négociations, en insistant sur le fait que cette liberté est intimement liée à un régime d'économie de marché ; qui dit concurrence, dit nécessité de pouvoir d'adresser à plusieurs partenaires potentiels, d'engager des négociations parallèles, et finalement de ne conclure qu'avec un seul

des partenaires, ou même éventuellement de ne conclure avec personne. Il importe que l'on garde la plus grande liberté possible dans les négociations pour que fonctionne le jeu de la concurrence.

Même dans les exposés traditionnels, l'analyse qui précède est assortie de certaines réserves. On connaît classiquement certains avant-contrats, comme les promesses de contrats unilatérales ou bilatérales. Par ailleurs, dans de nombreux pays, il est admis que la liberté n'est pas complète au niveau de la négociation. La théorie de la *culpa in contrahendo* date déjà du XIXème siècle. Elle permet de sanctionner certains comportements répréhensibles survenus au cours de la négociation, en présence de circonstances particulièrement caractérisées (cf. le cas d'une personne qui laisse la négociation se poursuivre et son partenaire exposer des frais, alors qu'elle sait dès l'origine où à partir d'un certain moment qu'elle ne va pas conclure). Il est des hypothèses où la théorie classique accueille l'idée de fautes précontractuelles, et donc d'une responsabilité liée à la négociation, mais on se situe sur le plan délictuel (tout au moins en France et en Belgique), et dans des circonstances qui restent exceptionnelles.

b) La réalité est souvent bien différente des analyses qui viennent d'être rappelées. Elle conduit à reconsidérer les choses. Le phénomène des négociations est en effet manifestement sous-estimé par la théorie traditionnelle.

Certes, l'approche classique reste largement adéquate pour la plupart des contrats de la vie courante, qui ne sont précédés d'aucune négociation, ou qui résultent d'une négociation d'envergure modeste. Même dans les contrats internationaux, il existe encore des opérations simples à propos desquelles l'analyse précédente est sans doute satisfaisante.

Mais ce n'est plus le cas lorsque l'on aborde les opérations dont la complexité est telle que la conclusion du contrat appelle des pourparlers extensifs et coûteux. Il n'est pas rare que certains contrats internationaux soient précédés de négociations de plusieurs mois, voire de plusieurs années, qui mettent en présence de véritables équipes de négociateurs, et qui impliquent de nombreux déplacements, d'importantes études préalables et donc des frais considérables. Devant un pareil déploiement d'activités, il n'est plus possible de se satisfaire de l'analyse simpliste selon laquelle on n'est engagé à rien sauf faute délictuelle caractérisée.

Dans les faits, d'ailleurs, cette période de négociations engendre l'élaboration d'un grand nombre de documents successifs, qui sont échangés entre parties et portent des noms divers, lettres d'intention,

accords de principes, protocoles, memorandums, etc... (la terminologie est assez flottante). Ces documents présentent souvent l'apparence de contrats : ils sont établis en autant d'exemplaires qu'il y a de parties, ils sont signés et échangés. Une pratique fréquente est d'envoyer une lettre avec un double, avec la requête de renvoyer le double signé en cas d'accord.

Quelle est la portée de tels documents ? Se situent-ils vraiment dans le néant juridique qui devrait en principe caractériser la phase des pourparlers ?

Avant de tenter répondre à cette question, il est utile d'examiner leur contenu.

On y trouve essentiellement deux catégories de considérations.

D'une part, il s'agit d'organiser la négociation qui va s'engager ou qui est en train de se dérouler. On se met d'accord sur les endroits où l'on va se rencontrer, sur le calendrier des réunions, sur la composition des délégations, sur la langue des discussions et des documents, sur la prise en charge des frais de déplacement et de séjour, éventuellement sur le coût de certaines études préparatoires, sur l'obligation de confidentialité qui pourrait s'attacher aux informations échangées au cours des négociations, sur l'interdiction éventuelle de conduire des négociations parallèles avec des tiers, ou tout au moins sur l'obligation d'en avertir le partenaire, etc... Ces différentes questions relatives à l'organisation de la négociation forment la substance d'un premier groupe de documents précontractuels, ou en tout cas, d'une partie du contenu de ces documents.

Leur autre objet principal revêt une toute autre portée. Il s'agit cette fois d'acter l'élaboration progressive du contrat en voie de négociation.

Cela commence souvent par une simple déclaration d'intention ("Nous avons l'intention d'entrer en pourparlers avec vous en vue d'examiner la conclusion éventuelle d'un contrat ayant tel objet") - c'est l'origine de l'expression "lettre d'intention". Si les pourparlers sont engagés, un document ultérieur établira souvent la liste des questions qui devront être négociées ou rencontrées : tel et tel contrats, telle et telle clauses, éventuellement tels contacts à prendre avec des organismes financiers, des assureurs, des sous-traitants, etc... Une fois la négociation en cours, d'autres documents sont établis pour acter les points déjà acquis. Il ne s'agit pas de simples procès-verbaux de réunions, mais de véritables accords successifs quant aux résultats atteints. Au fur et à mesure que la négociation avance, ces

documents se complètent peu à peu, et commencent à ressembler à ce que sera le futur contrat. En fin de parcours, on se croit presque en présence de contrats parfaits, mais il reste quelques derniers éléments à négocier en dernière minute.

Quelle est la portée de ces différents types d'accords préparatoires ? Apportent-ils du nouveau par rapport à l'analyse traditionnelle d'après laquelle les négociations se situent en dehors du droit, mise à part l'hypothèse fort rare d'une faute délictuelle ?

Il semble bien que les accords de la première catégorie, ceux qui concernent l'organisation de la négociation, sont incontestablement des accords de nature contractuelle. Il s'agit de contrats sui generis, portant sur les différentes modalités des pourparlers qui vont s'engager entre les parties.

Plus délicate est l'analyse des accords qui actent l'élaboration progressive du futur contrat. On explore ici des terres nouvelles. Le jugement, à notre avis, dépend du degré d'élaboration du document considéré.

Les premiers documents, qui se bornent à énoncer des intentions très générales, n'ont sans doute pas de valeur contraignante. On pourrait cependant se demander s'ils ne seraient pas susceptibles de jouer un rôle dans l'appréciation d'une faute délictuelle éventuelle en cas de rupture. Lorsque l'on a affirmé très sérieusement l'intention d'engager des négociations, pour amener ainsi le partenaire à exposer des frais en vue d'y participer, cette déclaration d'intention initiale peut contribuer à la preuve d'une faute en cas de désistement quelque peu précipité.

Si la négociation a progressé, les documents échangés qui actent l'accord déjà obtenu sur un certain nombre de points peuvent aussi servir à démontrer la faute délictuelle de celui qui remettrait en cause à la légère un point acquis après d'âpres discussions. Mais à ce stade, on peut se demander si un pas de plus ne doit pas être franchi. N'est-on pas entré dans le champ contractuel ? L'accord des parties que constate pareil document, n'est-il pas en soi un contrat, dont l'objet serait de convenir que les points acquis ne seraient plus rediscutés ? Ceci signifierait que remettre ces points en cause entraînerait une responsabilité contractuelle plutôt que délictuelle.

Enfin, lorsque l'on atteint le stade de documents qui actent pratiquement tout ce que sera le futur contrat - il ne reste plus que certains points à régler -, certains se demandent si le futur contrat lui-même n'est pas déjà conclu. Est ici en cause, la théorie de la punctatio, d'après laquelle un contrat se formerait progressivement et

pourrait venir à existence alors qu'il n'est pas encore entièrement négocié. D'après la théorie classique, on n'a pas encore atteint le stade de l'offre, puisque tous les points du futur contrat ne sont pas encore mûrs. Mais l'essentiel est acquis, ce que les praticiens ressentent en disant avoir atteint le "point de non-retour" des négociations. On sait dorénavant que le contrat sera de toute façon conclu, même s'il reste certains points à régler. Ne peut-on estimer que le contrat existe déjà ?

A cet égard, un phénomène très intéressant mérite d'être signalé. Il arrive parfois, alors que les juristes sont en train de peaufiner le contrat et de fignoler les dernières clauses, que les hommes d'affaires s'impatientent, et qu'ils décident d'entamer déjà une première phase de l'exécution du contrat, alors que ce dernier n'a pas encore été conclu ! Cette décision prend la forme d'un accord particulier, de nature certainement contractuelle, qui autorise à certains travaux et en règle les modalités principales. On assiste ainsi au début de l'exécution d'un contrat, avant même que ce contrat ne soit formé - du moins selon les schémas de la théorie classique !

II. Clauses de force majeure.

a) Dans notre système juridique, lorsque une cause étrangère répondant à certaines caractéristiques vient empêcher l'exécution d'une obligation, le débiteur est en principe libéré. Si le contrat est synallagmatique, le cocontractant est également libéré, en vertu de la théorie des risques. La cause étrangère met ainsi fin au contrat, puisque les obligations des deux parties sont respectivement anéanties. On mettra à part le cas particulier des contrats ayant pour objet un transfert d'un droit réel. La force majeure produit donc un effet extinctif ; l'article 1234 du Code civil range d'ailleurs la perte de la chose parmi les causes d'extinction des obligations. Quant aux caractéristiques nécessaires pour qu'un événement produise des tels effets, elles sont bien connues : il doit s'agir d'un événement imprévisible et irrésistible, qui rend absolument impossible l'exécution de l'obligation.

D'autres systèmes juridiques de la famille romano-germanique ne présentent pas tout à fait les choses de la même manière, mais les solutions restent assez comparables. En Common Law, la situation est différente. La force majeure n'est pas reconnue en principe comme une cause d'exonération. Cependant, une évolution s'est produite avec l'apparition et le développement de la doctrine de la frustration, dont les effets, dans certains cas, aboutissent à certaines solutions analogues.

b) Quant aux contrats internationaux, ils comportent très fréquemment des clauses de force majeure. L'expression "force majeure" a d'ailleurs acquis une renommée internationale : même dans les contrats régis par un droit de Common Law, et rédigés en anglais, ces clauses s'intitulent souvent "force majeure" - en français dans le texte. De telles stipulations sont particulièrement utiles lorsque le droit applicable ne reconnaît pas en principe la notion de force majeure comme cause d'exonération. Mais leur portée est loin d'être négligeable dans le cas contraire. En effet, loin de reproduire fidèlement les solutions du droit classique de la force majeure, ces clauses prévoient des orientations assez différentes ; elles sont très élaborées, et soigneusement adaptées aux besoins de la pratique.

En premier lieu, la notion de force majeure est souvent assouplie. Les conditions rigoureuses d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'impossibilité d'exécution sont atténuées ; dans certains cas, l'une ou l'autre d'entre elles est même omise.

Je voudrais cependant insister sur la manière dont de telles clauses organisent les effets de la cause d'exonération. En premier lieu, ce qui est mis en évidence n'est pas du tout un quelconque effet extinctif de ces obstacles venant perturber l'exécution du contrat, mais au contraire leur effet suspensif. Typiquement, les clauses de force majeure stipulent en premier lieu la suspension provisoire des obligations des parties. C'est assez compréhensible. Les parties à un contrat souhaitent avant tout que ce contrat soit exécuté. Un régime qui prévoit l'extinction du contrat au premier obstacle rencontré ne répond certainement pas aux vœux de la pratique.

On ne peut cependant attendre indéfiniment. Une clause de force majeure typique poursuit en prévoyant que si l'empêchement se prolonge un certain temps (par exemple, pendant un mois, ou pendant cent jours), il faudra trouver une issue : ce sera soit la résiliation du contrat à la demande d'une des parties, soit, plus fréquemment, la renégociation du contrat. Les parties se reverront pour décider du sort à faire à ce contrat provisoirement suspendu. Va-t-on y mettre fin, l'adapter, ou encore attendre ? La résiliation ne joue qu'un rôle subsidiaire, sauf évidemment dans les cas où il s'avère que l'obstacle sera définitif. Mais dans les contrats à long terme que sont souvent les contrats internationaux, il est rare qu'un obstacle soit définitif.

Certes, j'ai un peu caricaturé la théorie classique. Elle aussi prévoit que si l'obstacle est temporaire, les obligations ne sont que suspendues. Mais les exposés traditionnels paraissent y voir un cas particulier, l'accent restant mis sur le caractère extinctif des effets de la force majeure. Dans les contrats internationaux, ce qui n'est

qu'une remarque quelque peu incidente dans la présentation traditionnelle devient au contraire la règle.

Une autre caractéristique intéressante de ces clauses est que la force majeure, loin d'être une cause d'extinction des obligations, devient la source d'obligations nouvelles. Lorsque l'événement se réalise, il provoque la naissance d'obligations bien spécifiques à charge d'une partie, parfois même des deux parties.

En premier lieu, le débiteur empêché se voit généralement imposer l'obligation de notifier la survenance de l'événement à son partenaire, et de lui fournir les justifications appropriées. Cette obligation de notifier se comprend bien dans les contrats internationaux où le cocontractant peut être à cent lieues d'être informé de la survenance de cette perturbation à l'exécution du contrat.

Une autre obligation mise à charge du débiteur, et parfois des deux parties, est de tout mettre en œuvre pour lever l'obstacle. Le contrat n'est que suspendu, et les deux parties espèrent que l'on pourra en reprendre bientôt l'exécution. C'est normalement le débiteur qui est le mieux en mesure d'œuvrer à la levée de l'obstacle, mais cela peut aussi être le créancier dans certains cas (par exemple, si l'obstacle est une autorisation que l'on n'a pas obtenue et qu'il est du ressort du créancier d'obtenir).

Ainsi donc, une clause de force majeure typique, telle que peuvent l'élaborer les praticiens du commerce international, présente un régime très différent, mais surtout plus complet et plus positif que les solutions données par les droits nationaux, tout au moins dans la théorie classique de la force majeure.

III. Les obligations qui "survivent" au contrat.

Une autre recherche a conduit le groupe de travail à explorer des terrains peu étudiés, ceux des obligations qui "survivent" au contrat, expression curieuse à première vue.

a) La théorie classique consacre un chapitre aux modes d'extinction des obligations, notamment des obligations contractuelles. Le mode le plus normal est l'exécution même du contrat, le "paiement", en terme technique. Mais il existe également des cas d'extinction anticipée, comme la cause étrangère exonératoire dont on vient de parler, la résolution du contrat pour exécution fautive, ou le jeu simple d'une condition résolutoire. Ces hypothèses et quelques autres sont analysées, mais en général, on ne se pose même pas la question de

savoir s'il subsisterait quelque chose après cette extinction du contrat. Le contrat a pris fin, il n'y a plus rien à dire.

b) A la réflexion, cependant, certaines obligations se prolongent au-delà de l'extinction du contrat. Un premier exemple est celui des clauses de non-concurrence, souvent stipulées pour la période qui suit la fin des relations contractuelles. Certaines de ces clauses - je citerai d'autres exemples dans un instant - ne sont pas ignorées. Elles sont étudiées depuis longtemps, et elles donnent même parfois lieu à des développements assez importants. Il n'existe cependant aucune théorie systématique de ce phénomène qui consiste dans le fait qu'un certain nombre de clauses ou d'obligations sont susceptibles de survivre au contrat.

Nous y avons consacré quelques réunions. On a pu constater que le phénomène est assez diversifié et qu'il suscite quelques questions intéressantes et surtout délicates. Le thème n'est pas propre aux contrats internationaux, mais ici encore, c'est dans ces contrats qu'il se manifeste de la manière la plus frappante.

Les clauses qui survivent au contrat peuvent faire l'objet de diverses classifications. Une distinction assez nette s'établit entre les clauses qui tout en survivant au contrat sont plutôt tournées vers le passé, et celles qui prolongent vraiment le contrat dans l'avenir.

Les premières organisent la liquidation du contrat : par exemple, elles aménagent la restitution des documents, des moyens publicitaires, le sort des stocks, celui des commandes en cours (ou en assurance, le sort des risques en cours), dans des circonstances telles que la liquidation va prendre un certain temps. Ces clauses vont donc engendrer un certain nombre d'obligations survivant temporairement au contrat.

Les clauses les plus intéressantes sont cependant celles qui sont orientées vers l'avenir. J'ai déjà cité les clauses de non-concurrence. Il y en a beaucoup d'autres : les clauses de confidentialité, les clauses interdisant de continuer à user d'un procédé après l'expiration d'une licence, la très classique obligation de garantie due par un vendeur, un architecte, ou un entrepreneur (qui, on le sait, peut se prolonger très longtemps après l'exécution de la prestation principale), les clauses de fidélité et de premier refus, les pactes de préférence, etc...

Sur le plan terminologique, dire que ces clauses "survivent" au contrat n'est pas tout à fait correct : c'est le contrat lui-même qui survit à travers ces clauses. Pour l'essentiel, il est exécuté, mais certaines obligations se prolongent dans le temps.

Au-delà du constat de ce phénomène, peut-on chercher à en élaborer une théorie générale ? On ne fera, à ce stade, qu'en esquisser quelques éléments.

Un premier aspect est celui de la licéité de ces obligations qui survivent au contrat, parfois mise en cause. Le droit de la concurrence, par exemple, s'intéresse de près aux obligations de non-usage qui se prolongent après l'expiration d'un contrat de licence.

Des difficultés apparaissent aussi au niveau des sanctions. Le régime de la responsabilité contractuelle forme un tout bien équilibré. Or le système est déréglé lorsque le contrat a pris fin et que certaines obligations subsistent. Supposons que le contrat ait été exécuté pour l'essentiel et qu'il ne subsiste qu'une obligation de non-concurrence ou de confidentialité. Si le débiteur manque à de tels engagements, le cocontractant ne dispose plus de l'exception d'inexécution, puisqu'il a déjà entièrement exécuté sa part du contrat. La résolution pour inexécution n'a pas non plus de sens dans une telle conjoncture. Il ne reste qu'à tenter d'obtenir une injonction et/ou des dommages - intérêts. On aperçoit que l'arsenal des recours est extrêmement appauvri, puisqu'il n'y a plus qu'une obligation en porte-à-faux, le contrat étant éteint pour l'essentiel. Il reste à conseiller au créancier d'assortir les obligations devant survivre au contrat de clauses pénales rigoureuses, afin de renforcer la situation largement affaiblie qui est devenue la sienne.

Une autre question intéressante est de se demander si les clauses expressément formulées comme devant survivre au contrat sont bien les seules à survivre. Ne doit-on pas également maintenir en vie des clauses "générales" telles que les clauses d'arbitrage ou de force majeure ? Supposons que les parties n'aient prévu explicitement que la survie d'une obligation de non-usage. Un litige survient quant à l'exécution de cette obligation. Sur quelles bases le régler ? Va-t-on se référer à la clause de droit applicable du contrat ? Le partenaire ne peut-il pas objecter, si tel est son intérêt, que cette dernière clause a pris fin avec le contrat, et que le litige relatif à la clause de non-usage n'y est plus soumis ? On peut cependant se demander si certaines des clauses générales du contrat ne survivent pas implicitement pour encadrer des clauses spécifiques dont on a prévu la survie.

* *
*

En guise de conclusions, je formulerai deux réflexions à portée plus générale.

1. Nos travaux sur les contrats internationaux apportent-ils du neuf à la fameuse discussion relative à la "Lex Mercatoria" ?

On sait que pour certains, la société nationale des commerçants aurait créé son propre droit, détaché des lois nationales. D'autres sont vigoureusement opposés à cette conception. Je ne suis pas de ceux qui s'engagent avec grande passion dans cette controverse. L'analyse approfondie des clauses inscrites dans les contrats internationaux apporte cependant un élément au débat. Une question fréquente est en effet de se demander en quoi consiste finalement cette Lex Mercatoria ? De quoi se nourrit-elle ? Les promoteurs du concept répondent en invoquant principalement la jurisprudence arbitrale et les contrats-types internationaux. Je pense que l'on peut y ajouter les développements caractérisés qu'ont pris certaines clauses importantes des contrats internationaux en général. Ainsi, on l'a vu, les clauses de force majeure, quel que soit le droit applicable au contrat, présentent une spécificité incontestable, très différente des solutions diverses que connaissent les systèmes juridiques nationaux. Si l'on doit donner du corps à la Lex Mercatoria ou aux usages internationaux, quelle que soit la portée que l'on veuille leur attribuer, il faut aussi tenir compte de l'apport des praticiens dans la rédaction des clauses.

2. Je voudrais enfin proposer de la vie du contrat une approche inscrite dans un processus dynamique.

La vision traditionnelle cherche à situer le contrat dans des limites temporelles aussi précises que possible. Tout contrat a un début, une période d'existence et une fin.

On s'ingénie d'abord à établir avec précision à quel moment le contrat est formé. Que l'on songe aux raffinements de la théorie du contrat entre absents en vue de déterminer le moment précis où l'acceptation est censée rencontrer l'offre. Avant cette conclusion, il n'y a en principe rien, si ce n'est les développements rappelés plus haut concernant la culpa in contrahendo.

Lorsque le contrat est conclu, on passe du "non-droit" au droit. Le contrat produit ses effets.

Plus tard, il s'éteindra soit par son exécution, soit par d'autres causes. Ici aussi, on est très attentif à déterminer le moment précis où le contrat prendra fin. Que l'on songe par exemple à toutes les

discussions relatives au moment à partir duquel une résolution rétractive prend cours.

Dans l'écoulement du temps, la théorie traditionnelle place deux bornes : celle de la formation, celle de l'extinction du contrat. Tout se passe entre ces deux bornes : il n'y a rien avant, rien après. Pareille approche est assez opportune à certains égards. Puisqu'un contrat fait naître des obligations, la sécurité juridique impose que l'on sache avec précision à partir de quand et jusqu'à quand on est engagé.

Mais l'analyse de la pratique des contrats internationaux conduit à des conclusions plus nuancées.

Avant la formation du contrat, dès que les négociations prennent un certain corps, il arrive que des avant-contrats soient déjà conclus, non seulement à propos de l'organisation de la négociation, mais peut-être aussi concernant la formation progressive du futur contrat. La discussion relative aux lettres d'intention et documents analogues l'a mis en évidence. On s'est même demandé si à un certain stade, avant qu'un accord global se soit atteint, le contrat ne serait pas déjà venu à existence ("punctatio"). On a décrit cette situation, à première vue étonnante, où l'exécution du contrat commence avant sa formation, lorsque les hommes d'affaires très impatients décident d'engager une première phase sans attendre la fin des pourparlers.

En cours de contrat, les négociations ne sont pas nécessairement achevées. J'ai évoqué le fait que les clauses de force majeure prévoient souvent une renégociation en vue de réadapter le contrat. D'autres exemples auraient pu être cités. Ainsi, en cas de bouleversement des circonstances, les clauses de "hardship" organisent une nouvelle rencontre des parties pour renégocier le contrat et essayer de l'adapter aux nouvelles données. Bien des contrats prévoient aussi que les parties se reverront pour combler les lacunes volontaires ou involontaires de leur convention. Certaines lacunes peuvent en effet résulter d'oublis, compréhensibles dans le cadre de négociations très complexes. Sur d'autres points, c'est délibérément que l'on a remis à plus tard la détermination de tel ou tel élément de l'accord. Par exemple, dans des secteurs où les cours sont extrêmement fluctuants, il arrive que l'on ne détermine pas le prix, et que l'on convienne de se revoir régulièrement pour fixer le prix applicable pendant la prochaine période. Dans ces différentes hypothèses, on constate que le contrat est en "formation continue".

Enfin, l'extinction du contrat, en tout cas l'exécution des obligations essentielles, ne débouche pas sur le néant juridique. Le contrat meurt difficilement. Très souvent, différentes obligations vont

survivre un certain temps et donc prolonger le contrat pendant quelques mois, voire même pendant quelques années.

Dans cette optique, le contrat se présente comme un phénomène inscrit dans la durée. Il se forme progressivement, il connaît une période de pleine activité, pendant laquelle il continue à se définir, puis il s'éteint aussi progressivement. Cette manière de voir le contrat est éclairante. Sans en exagérer la portée, elle conduit à une conception plus nuancée et plus dynamique. C'est l'un des riches enseignements qu'apportent l'étude de la pratique des contrats internationaux.

Marcel FONTAINE