

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ 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

Aspects internationaux et gestion des conflits.

par
Denis PHILIPPE

Doc. 2002/3

Rapport présenté au colloque organisé par le
Centre de droit des obligations le 22 février 2002
sur les aspects juridiques de l'outsourcing

TITRE IV. ASPECTS INTERNATIONAUX ET GESTION DES CONFLITS

par

DENIS PHILIPPE

PROFESSEUR A L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES ET LUXEMBOURG,
CHARGE D'ENSEIGNEMENT A L'UNIVERSITE DE PARIS NANTERRE

Les exposés qui précèdent ont mis en évidence la *complexité* du contrat d'outsourcing ; comme l'outsourcing externalise un service entier d'une entreprise, les relations entre l'entreprise et le prestataire de service resteront fort étroites; l'on peut parler d'un contrat *intégré* ou d'un contrat relationnel.

L'externalisation d'un service requerra également souplesse, adaptation aux personnes et aux circonstances.

En outre, l'outsourcing fait souvent intervenir des tiers au contrat d'outsourcing: ainsi, les prestations informatiques sont parfois effectuées non seulement pour l'entreprise cocontractante mais aussi pour un client de cette entreprise; en outre, le personnel d'une entreprise est souvent outsourcé: des problèmes de responsabilité en cascade peuvent donc survenir notamment en cas d'accident causé à un tiers.

Enfin, la Belgique étant un petit pays, l'outsourcing, étant souvent l'œuvre de sociétés multinationales, revêtira fréquemment une dimension internationale.

Le caractère complexe apparaîtra dans la détermination du droit applicable (chapitre I) et de la juridiction compétente de l'ordre judiciaire (chapitre II)

Le caractère évolutif et intégré du contrat justifie une procédure plus souple et économiquement plus efficace de la résolution du conflit (chapitre III).

Enfin, nous évoquerons le fait que ces deux caractéristiques peuvent justifier des modes de résolution de conflit s'écartant des règles classiques en matière de droit applicable (chapitre IV).

S'agissant des règles organisant le droit applicable et la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire (chapitres I & II), nous nous limiterons aux textes adoptés dans le cadre de l'Union européenne.

CHAPITRE I. LE DROIT APPLICABLE

Le droit applicable est régi par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette Convention a été rendue applicable dans notre pays par la loi du 14 juillet 1987 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Elle est applicable dans la majorité des pays de l'Union européenne.

§ 1. AUTONOMIE DE LA VOLONTE.

L'article 3 de la Convention consacre le principe de l'autonomie de la volonté ; moyennant les réserves et exceptions qui seront émises ci-après, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur contrat.

Cette liberté opère *ratione materiae*, *ratione temporis* ou *ratione loci*.

1.1. RATIONE MATERIAE

L'article 3, alinéa un, deuxième phrase, précise en effet :

« *Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

Le contrat d'outsourcing étant un contrat complexe, l'on peut par exemple prévoir que la loi applicable à la prestation de service sera la loi belge, que la loi applicable au paiement du prix sera la loi allemande et que la loi applicable au comité de pilotage sera la loi française.

1.2. RATIONE TEMPORIS.

« *Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant.*

Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

Le contrat d'outsourcing est souvent un contrat évolutif ; il est donc utile d'adapter le cas échéant le droit applicable à l'évolution du contrat ; il est par exemple aisément concevable que le contrat doive s'exécuter au départ en Belgique, ce qui justifie l'application conventionnelle du droit belge ; ensuite, si le contrat doit être appliqué en Allemagne, l'on peut alors modifier également le droit applicable en prévoyant l'application du droit allemand.

Signalons d'emblée que la loi choisie par les parties ne va pas régir toutes les questions contractuelles ; ainsi, aux termes de l'article 3, alinéa quatre de la Convention, l'existence et la validité du consentement resteront régies dans la mesure précisée par la convention, par la loi de la résidence de la personne appelée à exprimer son consentement.

Par ailleurs, la loi applicable au contrat ne règle pas les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut d'exécution, cette matière restant régie, aux termes de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, par la loi du pays où l'exécution a lieu ⁽¹⁾ Par contre, les modes d'extinction des contrats sont soumis à la loi du contrat ⁽²⁾.

1.3. RATIONE LOCI.

Les obligations formées ou exécutées dans le pays A (certains travaux de montage par exemple) peuvent être régies par le droit de ce pays, tandis que les obligations formées ou exécutées dans le pays B (le placement auprès de la société cliente), peuvent être régies par le droit d'un autre pays.

§ 2. ABSENCE DE CLAUSE.

En l'absence de clause déterminant la loi applicable au contrat, l'on se référera, aux termes de l'article 4.1. de la convention. Est présumée avoir les liens les plus étroits avec le contrat la loi du pays où se trouve l'établissement de celui qui fournit la prestation caractéristique. Il s'agit de la « *prestation pour laquelle un paiement est dû* » ⁽³⁾.

Ainsi, il s'agira du vendeur en matière de vente, de l'entrepreneur en matière d'entreprise.

Dans le contrat d'outsourcing, il conviendra d'appliquer en principe la loi de celui qui fournit les prestations outsourcées ; cette règle peut aboutir à des résultats qui ne sont pas toujours cohérents ; ainsi en serait-il lorsqu'une entreprise ayant son siège en Allemagne, preste des services de maintenance à une entreprise belge, le contrat a son centre de gravité en Belgique puisqu'il est

¹ Ainsi en est-il des saisies.

² Voy. Cass. fr., 25 mai 1992, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 689 et note C. JARROSSON.

³ P. LAGARDE, La sous-traitance en droit international privé, in *La sous-traitance de marché de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 18 e.s. M. SALAH MOHAMED MAHMOUD, Groupe de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 608.

exécuté entièrement en Belgique. Dans cette hypothèse, nous en reparlerons plus loin, nous croyons que la présomption de l'article 4.2. devrait être renversée. Ceci étant, le critère de la prestation caractéristique ne trouvera pas toujours application en matière d'outsourcing⁽⁴⁾.

L'article 4.5 de la Convention dispose en effet :

« L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2,3 et 4⁽⁵⁾ sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

Ainsi, dans les contrats complexes — et l'on pense par exemple au contrat de joint venture, très proche du contrat d'outsourcing — l'article 4.2. ne trouvera pas application puisque le contrat de *joint venture* suppose des prestations réciproques de chacune des parties et certaines prestations communes (comité de pilotage). Si le contrat d'outsourcing contient des prestations enchevêtrées, la même solution sera d'application⁽⁶⁾.

Prenons l'hypothèse suivante. La société d'outsourcing a son siège en Belgique mais le contrat est signé et entièrement exécuté en Allemagne avec une entreprise allemande dont les clients sont allemands, le contrat prévoit aussi certaines prestations de la société cliente allemande, il est rédigé en allemand; l'on pourrait le cas échéant soutenir que le droit allemand est applicable même si la société d'outsourcing a son siège en Belgique. Ainsi, l'on a écrit que :

« Il est admis que les contrats liés à l'opération internationale de construction' peuvent s'ils ne font pas l'objet d'un rattachement exprès et distinct, être soumis à la loi du lieu de construction.

Il en est ainsi des contrats préliminaires d'études ou de contrats d'architecte, du contrat passé avec un ingénieur conseil, des contrats de groupement d'entreprises ou de sous-traitance. Il en est de même, quelquefois, des contrats de ventes conclus en exécution des contrats cadres »⁽⁷⁾.

§ 3. DISPOSITIONS DEROGANT AUX REGLES PRECITEES.

3.1. CONTRAT DE TRAVAIL (ARTICLE 5 DE LA CONVENTION DE ROME)

L'outsourcing suppose fréquemment le transfert de personnel d'une entreprise vers une autre ; cette question sera abordée de manière plus spécifique dans l'exposé de Me Robert.

Voyons dès à présent les aspects de droit international privé en distinguant selon qu'une clause de droit applicable soit ou non présente.

La clause de droit applicable ne peut priver un travailleur, aux termes de l'article 5.1., de la protection dont il bénéficie selon le droit qui lui serait applicable en l'absence de clause.

Le contrat sera régi, en l'absence de clause,

« a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays.

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur à moins qu'il ne résulte de

⁴ Voy. sur la notion de prestation caractéristique et ses limites, U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 1993, p. 513, spécialement p. 529 ; P. KAYE, *The new private international law of contract of the European Community*, Dartmouth, 1993, p. 187.

⁵ Les paragraphes 3 et 4 introduisent des présomptions spéciales dérogeant ainsi à la présomption générale du paragraphe 2. Le paragraphe 3 présume l'application du droit du lieu de l'immeuble en matière immobilière et le paragraphe 4 introduit une présomption un peu plus complexe en matière de transport.

⁶ P. KAYE, *op. cit.*, p.182.

⁷ M. SALAH MOHAMED MAHMOUD, *Groupe de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international*, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 605 ; l'auteur cite notamment P. FOUCHARD, *La responsabilité des constructeurs en droit international privé in La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 18 e.s.

l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays sera applicable ».

Ainsi, en matière d'outsourcing, si le travailleur lié à une firme belge d'outsourcing accomplit des prestations informatiques en Allemagne pour une durée limitée, le droit belge restera applicable ; si le travailleur voyage de pays en pays et ne preste jamais en Belgique, le droit belge sera applicable puisque la firme d'outsourcing est établie en Belgique.

S'agissant du transfert d'activités, celui-ci est — Me Robert en parlera — organisé par la directive 77/187 qui a été transposée en droit belge par la convention collective de travail n°32bis⁽⁸⁾. Cette convention vise à garantir les droits du travailleur transféré, notamment son droit à l'ancienneté.

La convention collective qui transpose la directive aura une application nationale ; elle trouvera application elle aussi aux entreprises ou divisions d'entreprise qui se trouvent sur le territoire belge ; en conséquence, si une entreprise belge vend une branche d'activité à une firme allemande, le travailleur actif dans la division belge, pourra se prévaloir des dispositions protectrices de la convention collective⁽⁹⁾.

3.2. LES LOIS DE POLICE.

Outre les dispositions relatives au contrat de travail, la Convention de Rome contient aussi des dispositions protectrices du consommateur. Nous renvoyons à l'article 5 de la Convention. En outre, l'article 3.3. prévoit que le choix d'une loi étrangère, lorsque tous les éléments sont situés dans un seul pays, ne peut porter atteinte aux dispositions impératives de la loi de ce pays.

Cette règle se situe sur le plan du contenu du droit applicable et trouve sa justification dans l'absence de lien entre le droit applicable et le contrat. Si un contrat d'outsourcing est conclu entre sociétés belges en Belgique, est exécuté dans ce pays et que la loi canadienne est applicable, le juge italien qui serait appelé à trancher ce litige en vertu d'une clause d'attribution de compétence devra appliquer la loi belge prévoyant la révision de la clause pénale excessive, car il s'agit d'une disposition impérative.

L'article 7.2. précise que le juge saisi du litige fera application de ses lois de police⁽¹⁰⁾. Sont visées par cette disposition, les lois protégeant certaines catégories de personnes (consommateurs, bailleurs etc...) ou les lois protégeant les intérêts de l'Etat⁽¹¹⁾.

Parmi les règles impératives qui pourraient être fréquemment appliquées dans le cadre de l'outsourcing, l'on peut citer, outre les dispositions en matière de droit du travail, le régime de la responsabilité du fait des produits, les lois sur la concurrence qui pourraient trouver application notamment si le contrat d'outsourcing, lié peut-être à d'autres contrats conclus avec d'autres clients similaires, vient à limiter la concurrence dans un domaine déterminé⁽¹²⁾.

En outre, la loi applicable ne trouvera qu'une application restreinte ; la capacité, le consentement seront toujours régis partiellement par le droit national.

L'article 16 de la Convention permet au juge saisi du litige d'écarter le droit normalement applicable lorsque son application serait manifestement contraire à l'ordre public international de ce lieu de juridiction ; l'on peut prendre l'exemple de l'application d'une loi violant l'égalité des races par exemple⁽¹³⁾. Cette disposition ne devrait pas, à notre avis, trouver fréquemment application en matière d'outsourcing.

⁸ Voy. outre l'exposé de Me Robert, C. ENGELS, Outsourcing, de individuele en collectieve rechten van de werknemers bij overgang van onderneming, *J.T.T.*, 1999, p. 129 e.s.

⁹ Voy. C. ENGELS, *op. cit.*, p. 135 ; Cour Trav. Liège, 10 juin 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 371 (affaire Memorex).

¹⁰ P. KAYE, *op. cit.*, p. 262 e.s.

¹¹ *Ibid.*, p. 263.

¹² Le régime juridique d'une clause est cependant lié au droit applicable déterminé par les règles de conflits de loi ; Cass., 17 juin 1999, *R.W.*, 23 décembre 2000 et note J. ERAUW ; si un litige est soumis au droit luxembourgeois et que le juge est belge, c'est au regard du droit luxembourgeois que la validité de la clause devra être examinée.

¹³ L'étude précise des relations entre ces différents articles relatifs aux dispositions impératives dépasserait le cadre de ce rapport ; nous renvoyons à P. KAYE, *op. cit.*, p. 265 e.s. L'article 7.2. rend les lois de police d'application immédiate, les

§ 4. QUID DES GROUPES DE CONTRAT ?

En l'absence de clause, le contrat accessoire est généralement soumis à la loi du contrat principal ⁽¹⁴⁾. Les contrats de groupement d'entreprises ou de sous-traitance sont, selon plusieurs auteurs, soumis à la loi du lieu de la construction ⁽¹⁵⁾.

S'agissant de la vie du contrat, les actes juridiques qui viennent compléter le contrat (avenant) ou terminer le contrat (acte de résiliation) seront généralement soumis à la loi du contrat lui-même. Ainsi, si un contrat d'outsourcing vient à être modifié en cours de contrat, le droit applicable à ce nouveau contrat sera le droit applicable au contrat de base ⁽¹⁶⁾.

§ 5. RESPONSABILITE CIVILE.

L'on appliquera la *lex loci delicti commissi*. Ceci étant, les actions en matière d'outsourcing auront généralement une base contractuelle. Prenons l'exemple où un client d'une entreprise A reçoit un service ou un produit qui ne le satisfont pas; si ce produit ou service est l'oeuvre de l'entreprise d'outsourcing B, le client intentera un recours contractuel contre A qui citera B en garantie. Depuis le célèbre arrêt du 7 décembre 1973, l'agent d'exécution bénéficie d'une immunité d'exécution ⁽¹⁷⁾.

Les actions seront alors régies par les droits applicables aux contrats respectifs.

La responsabilité délictuelle ne sera mise en cause que :

*S'il y a violation d'une norme de conduite qui s'impose à tous

* Si le dommage n'est autre que celui qui est la suite directe du contrat.

Ce sera le cas souvent lorsqu'il y a infraction pénale ⁽¹⁸⁾. Ce sera le droit pénal du lieu où les prévenus sont cités qui sera applicable ; le droit applicable à l'action civile sera celui du lieu où le délit a été commis.

Comment va être envisagée la responsabilité du commettant allemand pour les fautes de son préposé allemand commises en Belgique ? Par exemple, en cas d'intoxication alimentaire en Belgique dans le cadre d'une activité de restauration outsourcing en Belgique ?

La victime belge pourra se prévaloir du droit belge même envers le commettant allemand ⁽¹⁹⁾. Entre parties au contrat d'outsourcing, des clauses contractuelles peuvent cependant convenir par exemple de pactes de garantie en cas de condamnation pour l'un ou l'autre des contractants, des assurances pouvant être également souscrites par l'un des contractants au profit de l'autre.

§ 6. CESSIION DE CREANCE

Des créances peuvent être cédées dans le cadre d'un contrat d'outsourcing. Ainsi, si l'on devait admet que le contrat de factoring (dans lequel une entreprise cède l'entièrete de ses créances au factor qui se charge de leur gestion et de leur récupération) est un contrat d'outsourcing, la cession de créance constitue la charpente du contrat.

Le contrat de cession entre cédant et cessionnaire (la société de factoring et son client) est régi selon les critères déterminés ci-dessus (autonomie de la volonté, prestation caractéristique), mais dans les relations entre le débiteur et le cessionnaire, et notamment quant à l'opposabilité de la

faisant prévaloir sur le droit étranger applicable ; l'article 16 donne au juge une sorte de pouvoir exceptionnel d'appliquer la *lex fori* lorsque son ordre public le requiert.

¹⁴ Voy. M. SALAH MOHAMED MAHMOUD, Groupe de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 593 e.s. spéc. p. 605.

¹⁵ *Ibid.* et les auteurs cités.

¹⁶ *Ibid.* Cass., 25 mai 1992, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 689 et note JARROSSON.

¹⁷ *R.C.J.B.*, 1976, pp. 1 e.s. et note R.O. DALCQ et F. GLANSORFF.

¹⁸ Se posera cependant la question de savoir si le dommage résultant de l'infraction pénale est un dommage directement contractuel. Voy. Cass., 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 493.

¹⁹ Cass., 23 novembre 1962, *R.C.J.B.*, 1963, pp. 223 et s. et note F. RIGAUX.

cession et la cessibilité de la créance, c'est la loi de la créance qui va trouver application⁽²⁰⁾. Prenons l'exemple suivant : une entreprise belge A conclut un contrat d'entreprise avec un maître d'ouvrage B. Le droit allemand est, aux termes du contrat, applicable au contrat d'entreprise. A cède à une société de factoring belge C la créance sur le maître d'ouvrage allemand; le droit belge sera applicable aux relations entre le factor et A ; les problèmes d'opposabilité de la cession, de la cessibilité de la créance ou de l'opposabilité des exceptions créances au droit allemand puisque le droit de la créance est le droit allemand.

§ 7. DROITS REELS * SURETES * TRUST.

Si un contrat est accompagné d'une sûreté, par exemple, la mise en gage d'un fonds de commerce, ce sera la loi du lieu du fonds de commerce qui sera applicable⁽²¹⁾. En cas de faillite de l'un ou l'autre des parties au contrat d'outsourcing, sera applicable la loi du lieu du concours.

La loi applicable aux droits réels n'est pas étrangère à l'activité d'outsourcing. Ainsi, l'on peut confier la gestion de la trésorerie et du portefeuille d'une entreprise à une société de gestion de fortune qui peut être un *trustee*. Le trust constitue un démembrement de la propriété, le *legal owner* étant le *trustee*, qui gère en faveur du bénéficiaire, en l'occurrence l'entreprise qui a confié son portefeuille ; cette entreprise sera le *beneficial owner*⁽²²⁾. Une convention relative à la loi applicable au trust a été signée à La Haye le 1 juillet 1985. Peu de pays ont jusqu'ores adhéré à cette convention mais les solutions qu'elle préconise sont assez classiques par rapport aux solutions relatives⁽²³⁾ : les relations entre le *trustee* et l'entreprise pourront être déterminées par la loi de l'autonomie de la volonté ou, à défaut, par la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits⁽²⁴⁾. Les relations avec les tiers notamment seront, aux termes de la convention, régies par la loi désignée par les règles de conflit de lois du for ou, en cas de lois d'application immédiate, par les dispositions de la loi du for⁽²⁵⁾.

§ 8. DROITS INTELLECTUELS.

En matière informatique, la loi applicable aux droits intellectuels peut également trouver application. C'est la loi nationale du pays d'origine qui trouvera généralement application ; il n'est pas toujours facile d'appréhender cette loi ; ce sera généralement soit la loi où l'auteur sollicite la protection, soit la loi de la résidence habituelle de celui-ci⁽²⁶⁾.

Prenons l'exemple suivant. Une société informatique développe un software en Allemagne; elle utilise ce software en Belgique dans le cadre d'un contrat d'outsourcing. Même si le droit belge est applicable à ce contrat, la protection du logiciel sera régie par le droit allemand ; a fortiori lorsqu'il s'agit non d'un logiciel mais d'un brevet déposé en Allemagne et protégé par le droit allemand.

Cependant les parties peuvent convenir entre elles des conditions d'exploitation de ce brevet ou de ce logiciel et soumettre les conditions d'exploitation au droit belge.

²⁰ Voy. D. PHILIPPE, Bref aperçu de la loi du 14 juillet 1987 portant approbation de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *D.A.O.R.*, VII, 95 ; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, n° 1300.

²¹ Voy. H. BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, Etude de droit international privé*, 1938, n° 205 e.s. ; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, n° 1300.

²² Voy. J. HERBOTS et D. PHILIPPE, *Trust et fiducie*, 1997, Bruylant, spécialement le rapport de M. GORE, Le trust en droit international privé, *op. cit.*, p. 83.

²³ Certains auteurs estiment que la ratification de la convention n'est pas nécessaire ; voy. M. GORE in J. HERBOTS et D. PHILIPPE, *loc. cit.*

²⁴ Articles 6 & 7 de la Convention.

²⁵ Articles 15 et 16 de la Convention ; voy. J.P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, L.G.D.J., 1992, pp. 215 e.s.

²⁶ Voy. J.S. BERGE, Droit d'auteur, conflits de loi et réseaux numériques : rétrospective et prospective, *Revue critique de droit international privé*, 2000, pp. 357 e.s. L'auteur montre l'imprécision de ce critère et les critiques dont il a fait l'objet. Il démontre la difficulté d'appliquer ce critère aux œuvres diffusées sur réseau.

Imaginons qu'un programme informatique soit développé par un employé marocain pour le compte d'une société marocaine ; le droit marocain prévoit, par hypothèse, que l'employé est titulaire des droits intellectuels sur les programmes informatiques ; la société marocaine conclut un contrat d'outsourcing avec une société belge, qui prévoit la mise à disposition de ce programme ; ce programme est modifié dans le cadre du contrat d'outsourcing.

L'employé marocain, étranger au contrat d'outsourcing et se prévalant du droit marocain qui est applicable, pourra, par exemple, s'opposer sur la base de ce droit, à une modification du programme sans son consentement.

§ 9. PROTECTION DES DONNEES.

L'entreprise à qui est externalisée la gestion du personnel, est en possession de données sensibles sur les personnes privées ; celles-ci ont droit à une protection de leurs données personnelles ; la société allemande qui gère les données des employés belges détachés en Allemagne doit se conformer à la législation belge en la matière.

Dans l'Union européenne, les directives européennes ont harmonisé le degré de protection. Quid lorsque l'entreprise est située hors de l'Union Européenne ? La Commission a adopté le 22 janvier 2002 une décision établissant des clauses contractuelles types par lesquelles un sous-traitant (ceci vaut également à notre avis en cas d'outsourcing) établi hors de l'Union Européenne s'engage contractuellement au respect des prescrits de l'Union en matière de protection des données et au respect des mesures techniques de sécurité des données. En l'absence de dispositions contractuelles, des critères d'application impératifs sont établis.

C'est donc, et ceci est fort intéressant, principalement par le mécanisme contractuel que l'on étend le champ de protection d'une loi reconnue comme importante pour l'Union européenne.

CHAPITRE II. JURIDICTION COMPETENTE

Nous nous limiterons à l'étude de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en vigueur jusqu'au 1 mars 2002 ⁽²⁷⁾ et à celle du règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale, en vigueur à partir de cette date ⁽²⁸⁾. Le règlement améliore la Convention sur certains points, et remplace fort heureusement par des règles autonomes, les renvois aux règles de droit international privé du juge saisi.

Cette convention traite uniquement des juridictions de l'ordre judiciaire ; nous verrons ultérieurement le recours à des juges privés, à savoir des arbitres.

§.1. CHAMP D'APPLICATION.

Sans entrer dans les détails du champ d'application de la convention, l'on peut préciser qu'elle s'appliquera en matière de contrat d'outsourcing puisque ces contrats ne font pas partie des matières exclues par la Convention.

L'on peut souligner que la Convention de Bruxelles ne s'appliquera pas aux litiges portant sur les conventions qui mettent en oeuvre la procédure arbitrale ⁽²⁹⁾. En d'autres termes, si un contrat d'outsourcing prévoit une clause arbitrale, la contestation portant sur l'interprétation de la clause ne relève pas de la compétence du règlement européen.

²⁷ Texte consolidé, *J.O.C.E.*, C.27, 26 janvier 1988, p. 1.

²⁸ *J.O.C.E.*, L12, 16 janvier 2001, p. 1, A. NUYTS, La communautarisation de la Convention de Bruxelles, *J.T.*, 22 décembre 2001, p. 913 e.s. ; G.A.L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Revue critique de droit international privé*, vol. 90, 2001, pp. 601 e.s.

²⁹ C.J.C.E., 25 juillet 1991, C-190-89.

§ 2. AUTONOMIE DE LA VOLONTE.

L'article 17 de la Convention de Bruxelles consacre le principe de l'autonomie de la volonté ; les parties ont le choix de déterminer la juridiction compétente ; ce texte est repris et adapté par l'article 23 du règlement.

Comme en matière de droit applicable, une grande liberté est laissée aux parties ; une juridiction peut être compétente pour certains problèmes, une autre pour d'autres.

Il convient de pouvoir vérifier si le consentement entre parties a été établi.

Les conditions alternatives suivantes sont requises.

2.1. UN ECRIT ?

Quid des conditions générales ?

Quid des conditions générales imprimées l'arrêt Colzani :

« la clause attributive de juridiction insérée dans les conditions générales de vente imprimées au verso du contrat établi au verso du **contrat** ?

La CJCE a énoncé dans *sur le papier à lettres du vendeur n'est conclue sous cette forme que si le contrat signé par les deux parties comporte un renvoi exprès à ces conditions générales* » ³⁰

Quid si le contrat se limite à énoncer que les conditions sont à disposition du cocontractant ? Cette mention ne suffit pas, le texte doit avoir été effectivement transmis.

Si les conditions générales sont simplement reprises au verso de la facture, ceci n'est, sous réserve de ce qui sera dit ci-après, pas suffisant ; il faut que le consentement se soit manifesté lors de la conclusion de la convention. Le seul fait de ne pas protester la facture ne suffit pas, en principe, à établir que les parties avaient marqué leur accord sur la clause d'attribution de compétence à la conclusion du contrat (³¹).

2.2. CONVENTION VERBALE CONFIRMEE PAR ECRIT.

Il est possible que les parties conviennent oralement à la conclusion du contrat de la juridiction qui sera appelée à trancher leurs litiges éventuels.

Si cet accord oral est confirmé par écrit à l'autre partie et que celle-ci ne formule aucune objection, il est satisfait à la condition de forme prescrite par l'article 17, si l'accord verbal se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre parties, établis sur la base de conditions générales de l'une d'elles, comportant une clause attributive de juridiction (³²) (³³).

2.3. MODE CONFORME AUX HABITUDES QUE LES PARTIES ONT ETABLIES ENTRE ELLES.

Les premières conditions ont connu des assouplissements.

Lorsque les parties sont fréquemment en contact, qu'elles s'échangent, comme seul document écrit, des factures sur lesquelles ces clauses d'attribution de compétence sont reprises, l'on peut estimer que l'exigence de forme est remplie.

2.4. USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL.

La référence exprès aux usages du commerce international comme source de droit est assez rare et peut constituer un assouplissement par rapport à l'écrit.

³⁰ 14 décembre 1976, *Rec.*, p. 1831.

³¹ Comm. Hasselt, 3 février 1993, *Limburgs Rechtsleven*, 1993, p. 234.

³² Voy. Berghoefer, 11 juillet 1985, 221/84, *Rec.*, 2699.

³³ Segoura, 14 décembre 1976, 25/76, *Rec.*, 1976, 1851

L'existence du consentement peut donc être présumée lorsqu'il existe des usages commerciaux dans la branche considérée du commerce, usages que les parties connaissent ou sont censées connaître ⁽³⁴⁾.

Pour apprécier l'existence d'un usage, il ne faut se référer ni à la loi d'un des Etats contractants, ni au commercial international en général, mais à la branche commerciale considérée :

« Un usage existe lorsqu'un comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans cette branche lors de la conclusion de contrats d'un certain type... Une forme de publicité précise ne peut être systématiquement requise » ⁽³⁵⁾.

Le règlement donne la valeur d'un écrit à la transmission par voie électronique permettant de consigner durablement la convention.

Clause stipulée en faveur d'une des parties.

L'article 17, alinéa trois, de la Convention de Bruxelles dispose que lorsque la clause d'attribution de compétence n'a été stipulée qu'en faveur d'une seule partie, le bénéficiaire de la clause peut assigner le défendeur devant un autre tribunal compétent en vertu de la convention.

Il est donc à conseiller dans un pareil cas, si l'on veut réellement laisser le libre choix à l'une des parties, de préciser que la clause est stipulée en faveur d'une partie ou de réserver à cette partie la possibilité d'assigner devant un tribunal compétent en vertu de la Convention (dans les litiges internationaux) ou des règles de droit judiciaire national (dans les litiges nationaux) ⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾.

Quid si la convention de base prévoit une clause d'attribution de compétence et les factures renvoient à une autre?

Dans cette hypothèse, il faudra s'en référer à ce que les parties ont précisément voulu.

Le seul fait qu'une facture n'est pas contestée, ne constitue pas une dérogation suffisante à la volonté des parties ⁽³⁸⁾.

§ 3. EN L'ABSENCE DE CLAUSE : COMPETENCE DE LA JURIDICTION DU DOMICILE DU DEBITEUR OU DU LIEU OU L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DOIT ETRE EXECUTEE.

3.1. DOMICILE DU DEBITEUR.

Le nouveau règlement vient apporter certaines précisions à ce sujet, à propos des personnes morales. Le siège de celles-ci peut être défini par rapport à trois critères : le lieu du siège statutaire, le lieu de l'administration centrale ou le lieu du principal établissement.

Si ces trois lieux diffèrent, le demandeur disposera d'un choix plus large. Le Règlement n'a pas voulu donner de préférence à l'un de ces critères; en effet, certains pays attachent une importance au siège formel (la *place of incorporation* des anglo-saxons) d'autres au siège réel d'activités, comme c'est plus souvent le cas dans notre pays.

3.2. LE LIEU OU L'OBLIGATION CONTRACTUELLE A ETE OU DOIT ETRE EXECUTEE.

Sous réserve ce qui sera énoncé plus loin à propos des dispositions en matière de contrat de vente et de prestation de services, étudions maintenant les principaux éléments de la règle reprise à

³⁴ Castelletti, 159/97, 16 mars 1999.

³⁵ *Ibid.* cons.26.

³⁶ Voy. C.J.C.E., Anterist c. Crédit Lyonnais, affaire 22/85, *Rec.*, p. 1951 où la clause n'a pas été considérée comme une clause stipulée expressément en faveur du demandeur car cela n'apparaissait pas clairement à la lecture de celle-ci.

³⁷ Voy. cependant sur l'hypothèse où une convention portant sur le lieu d'exécution du contrat constitue en fait une convention attributive de juridiction, et la nécessité dans cette hypothèse de respecter l'article 17, affaire 106/95. *MSG*, 20 février 1997, *Rec.*, 911)

³⁸ Voy *R.W.*, janvier 2002.

l'article 5.1°, de la Convention de Bruxelles, (5,1°,a) du nouveau règlement) qui confère une compétence alternative aux tribunaux du lieu où l'obligation contractuelle a été ou doit être exécutée.

3.2.1. Notion d'obligation contractuelle.

* L'article 5 s'applique aussi lorsque l'existence même du contrat est contestée ⁽³⁹⁾.

Dans l'arrêt du 8 mars 1988, la Cour de cassation belge a énoncé qu'un litige relatif à la rupture brutale et intempestive d'un contrat est un litige en matière contractuelle. Le droit à l'indemnité est, à l'instar du droit au paiement de commissions, un droit contractuel ⁽⁴⁰⁾.

* L'obligation visée.

« *Le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée* » est déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie ⁽⁴¹⁾, sous réserve de ce qui sera dit plus loin à propos des contrats de vente et de prestation de services.

Un contrat contient généralement plusieurs obligations. L'obligation à prendre en considération au sens de l'article 5, 1° est l'obligation qui sert de base à la demande ⁽⁴²⁾.

S'il s'agissait d'une obligation de paiement du prix, c'est le lieu où le paiement doit avoir lieu qui sera pris en considération ⁽⁴³⁾.

Cette référence à la règle de conflit du for pour déterminer le lieu où l'obligation doit être exécutée, a engendré des critiques en doctrine et de nombreuses incertitudes.

Le règlement précité introduit une importante modification puisqu'il établit une règle spécifique au contrat de vente et au contrat de prestation de services dans la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande.

L'article 5.1.b) prévoit que ce lieu sera :

« - pour la vente de marchandises, le lieu d'un Etat membre où, en vertu d'un contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

- pour la fourniture de services, le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ».

Sans cette règle, il fallait chaque fois vérifier en vertu des règles de conflit de lois du for, où l'obligation qui servait de base à la demande ; ceci entraînait imprévisibilité et insécurité ; l'on a donc voulu réaliser une règle autonome, à tout le moins pour les deux contrats principaux.

Cette règle a un impact pratique important ; auparavant, si le bénéficiaire des services ne payait pas, il fallait vérifier où le paiement devait avoir lieu ; actuellement, il suffit de vérifier, pour quelque obligation que ce soit, le lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée ⁽⁴⁴⁾. La prestation caractéristique est aussi retenue en matière de contrat de travail, comme on le verra ci-après.

Ceci n'est pas sans retombée sur le contrat d'outsourcing puisque ce contrat sera fréquemment qualifié de contrat de prestation de service.

3.2.2. Les contrats de dépendance et contrats de travail.

Vu l'existence de mise à disposition ou de détachement de personnel dans le cadre de l'outsourcing, il nous semble utile de rappeler la compétence juridictionnelle en matière de contrat de travail.

³⁹ Effer c. Kantner, 38/81, 4 mars 1982.

⁴⁰ J.T., p.475.

⁴¹ Tessili, 12/76, Rec., p.1473 ; du 29 juin 1994, Custom Made Commercial, C-288/92, Rec. p. I-2913, point 26, et du 28 septembre 1999, Groupe Concorde e.a., C-440/97, point 32.

⁴² De Bloos, 14/76, Rec., 1497.

⁴³ En Belgique, en vertu de l'article 1247 du Code civil, l'on applique le principe de la quérabilité des dettes (Mons, 7 janvier 1992, J.L.M.B., 1992, p.880 ; voy. arrêt Shenavai, 15 janvier 1987). En matière de vente internationale, l'article 57 de la Convention de Vienne déroge à cette règle ; cependant, l'outsourcing n'étant pas une vente, l'on appliquera à ce contrat, la règle de l'article 1247.

⁴⁴ A. NUYTS, *op. cit.*, p. 915.

Dans l'arrêt Ivenel⁽⁴⁵⁾, la Cour fit application d'une solution spécifique au contrat de dépendance, en l'occurrence un contrat de travail. Elle a estimé qu'en matière de contrat de travail, lorsque la demande est fondée sur différentes obligations, l'obligation à prendre en considération est celle qui caractérise le contrat, à savoir celle du lieu d'accomplissement du contrat par le travailleur.

En l'espèce, le travailleur réclamait le paiement de commissions ; comme le travailleur exerçait ses prestations en France, le fait que son employeur devait effectuer le paiement en Allemagne devenait indifférent. L'on voit donc que la solution pratique est différente de celle applicable à un contrat de vente par exemple.

Dans l'affaire Shenavai précitée⁽⁴⁶⁾, un architecte réclamait le paiement de ses honoraires et estimait pouvoir citer son débiteur dans son propre pays en se prévalant de l'arrêt Ivenel. La Cour a précisé que la jurisprudence spécifique aux contrats de travail n'était pas applicable aux relations entre un architecte et son client.

Dans la nouvelle version de la Convention de Bruxelles, un paragraphe nouveau règle spécifiquement la compétence en matière de contrat de travail ; il dispose qu'en matière de contrat individuel de travail, le lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée est « celui où le travailleur accomplit habituellement son travail ». Cette règle est reprise dans le nouveau Règlement précité.

Le texte précise :

« lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attiré devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur » ⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾.

3.2.3. Obligations multiples.

Vu la complexité du contrat d'outsourcing, la demande portera généralement sur l'inexécution de plusieurs obligations. Dans cette hypothèse, si plusieurs obligations font l'objet de la demande, l'on retiendra l'obligation principale, sous réserve de ce qui sera dit plus haut ⁽⁴⁹⁾.

Quid s'il existe des *obligations d'importance égale* qui doivent être exécutées dans différents pays ; ceci sera probablement fréquent en matière d'outsourcing dans un cadre international ; l'on peut prendre l'exemple d'un outsourcing informatique presté dans les différents sièges européens d'une société multinationale ou la prestation de services du personnel dans des succursales sises dans des pays différents.

Plusieurs solutions sont envisageables. En premier lieu, l'on se réfère à l'obligation principale ; en second lieu, l'on peut assigner dans chaque pays pour la violation de l'obligation devant être exécutée dans ce pays ; en troisième lieu, le demandeur a la possibilité d'assigner pour le tout dans chaque pays où une obligation a été violée, sauf dans l'hypothèse où seule une partie très minime des prestations doit être exécutée dans ce pays.

L'on ne peut mieux faire que de reprendre l'arrêt du 5 octobre 1999 ⁽⁵⁰⁾ :

« Le juge compétent pour connaître de la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis ne saurait non plus fonder sa compétence concernant la demande en paiement de commissions sur une éventuelle connexité entre ces deux

⁴⁵ Affaire 133/81, 26 mai 1982, *Rec.*, 1891.

⁴⁶ Shenavai c. Kreisher, *loc.cit.*

⁴⁷ Voy. la version consolidée de la Convention de Bruxelles, publiée dans le J.O.C.E., C 27, 26 janvier 1998, p. 1 e.s.

⁴⁸ Voy. également l'arrêt Rutten c. Cross Medical du 9 janvier 1997, aff 383/95 où la Cour a considéré que lorsque le travail doit s'exécuter dans plusieurs pays, il convient d'avoir égard au lieu où le « travailleur a établi le centre effectif de ses activités professionnelles. Pour la détermination concrète de ce lieu, il convient de prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des Etats contractants où il a un bureau à partir duquel il organise son activité ».

⁴⁹ Shenavai c. Kreisher, 15 janvier 1987, affaire 266/85, *Rec.*, 239.

⁵⁰ Affaire C-420/97.

demandes. En effet, ainsi que la Cour l'a précisé, l'article 22 de la convention a pour objet de régler le sort de demandes connexes dont les juridictions de différents États contractants sont saisies. Il n'est pas attributif de compétences ; en particulier, il n'établit pas la compétence d'un juge d'un État contractant pour statuer sur une demande qui est connexe à une autre demande dont ce juge est saisi en application des règles de la convention (voir arrêts du 24 juin 1981, Elefanten Schuh, 150/80, Rec. p. 1671, point 19, et du 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, Rec. p. I-6511, point 39).

39.

Enfin, lorsque le litige porte sur plusieurs obligations équivalentes découlant d'un même contrat, le juge saisi ne saurait s'orienter, pour déterminer sa compétence, sur le principe dégagé par la Cour au point 19 de l'arrêt Shenavai, précité, selon lequel l'accessoire suit le principal.

40.

Dans ces conditions, le même juge n'est pas compétent pour connaître de l'ensemble d'une demande fondée sur deux obligations équivalentes découlant d'un même contrat, lorsque, selon les règles de conflit de l'État de ce juge, ces obligations doivent être exécutées l'une dans cet État et l'autre dans un autre État contractant.

41.

Il convient de rappeler que, s'il est vrai qu'il existe des inconvénients à ce que les divers aspects d'un même litige soient jugés par des tribunaux différents, le demandeur a toujours, conformément à l'article 2 de la convention, la faculté de porter l'ensemble de sa demande devant le tribunal du domicile du défendeur ».

Cet arrêt se réfère à la jurisprudence ancienne de la Cour de justice et entraîne, pour un même litige, une dispersion des juridictions compétentes ; cette décision a fait l'objet de critiques⁽⁵¹⁾. Sans doute en cas d'obligations multiples serait-il plus conforme à l'économie du procès de permettre d'assigner devant chacun des tribunaux du lieu où une obligation a été ou doit être exécutée ; il conviendrait cependant que l'obligation ne soit pas purement accessoire.

3.2.4. Groupe de contrats.

L'on sait qu'il serait sans doute plus conforme à l'économie du procès de faire trancher des litiges économiquement liés par le même juge. Ceci étant, la notion de groupe de contrats n'est pas accueillie de manière très large dans le droit judiciaire.

Une société TMCS a acheté à une société suisse Bula deux machines destinées à polir le métal et y a fait installer un système d'aspiration fabriqué par Handte Allemagne et installé par Handte France. Comme l'appareil n'était pas conforme aux normes de sécurité et d'hygiène, TMCS assignent les trois sociétés précitées devant les tribunaux français. Le tribunal et la cour d'appel français s'étaient déclarés compétent sur la base de l'article 5 1^o car l'action du tiers était de nature contractuelle mais Handte Allemagne s'est pourvu en appel, estimant que cette disposition n'était pas applicable aux chaînes de contrat.

La Cour de Justice a considéré qu'appliquer l'article 5 aux relations entre tiers acquéreur et fabricant avait pour effet de rendre la règle de compétence imprévisible pour le fabricant et enfreignait la sécurité juridique. Le fabricant ne sait pas en effet où le bien qu'il a fabriqué va être vendu⁽⁵²⁾.

⁵¹ H. BORN, M. FALLON et J.M. VAN BOXSTAEL, Chronique de jurisprudence 1991-1998, *Droit judiciaire international*, dossier du Journal des Tribunaux, 28, p. 127 qui cite H. GAUDEMET-TALLON, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 76.

⁵² Handte, CJCE 26/91, 17 juillet 1992, Rec., 3967.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires, plus ou moins critiques, puisqu'il rejette la théorie des groupes de contrat (⁵³).

Quid si l'un des contrats contient une clause attributive de juridiction et l'autre pas ? Une fois de plus, l'autonomie de la volonté et l'effet relatif des conventions vont généralement prévaloir. Ainsi, si le contrat d'outsourcing prévoit une clause d'attribution de compétence à une juridiction néerlandaise et que le contrat avec le client de la société cliente ou le contrat avec le fournisseur de la société d'outsourcing ne prévoient pas de clauses, c'est le droit commun qui va trouver application en l'absence de clause (⁵⁴).

3.2.5. Convention sur le lieu d'exécution.

Le lieu d'exécution d'une obligation peut également être convenu par les parties ; le tribunal de ce lieu sera alors compétent en vertu de l'article 5,1° (⁵⁵) (⁵⁶).

3.3. AUTRES REGLES.

Sans doute pourrait-on ajouter un mot bref sur les autres problèmes analysés à propos du trust ; aux termes de l'article 5, 6°, les participants au *trust* peuvent être attirés devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel le *trust* a son domicile.

Ainsi si une société allemande confie sa gestion de portefeuille titres à un *trustee* londonien, et que le portefeuille se trouve à Londres, le *trustee* londonien pourra assigner la société allemande devant les tribunaux londoniens en l'absence de clause d'attribution de compétence.

En matière de responsabilité civile, sera compétente, aux termes de l'article 5,3) du règlement, le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

CHAPITRE III. METHODES ALTERNATIVES DE GESTION DES CONFLITS

Nous étudierons ci-après les règles autres que le droit judiciaire européen et les modes de résolution de conflits confiés à des tribunaux autres que les juridictions de l'ordre judiciaire.

La gestion des conflits en matière d'outsourcing ne peut être uniquement conçue en terme de faute (⁵⁷). Plus encore que dans d'autres matières, le principe de la résolution judiciaire pour faute

⁵³ Voy. par exemple, F. LECLERC, Les chaînes de contrats en droit international privé, *J.D.I.*, 1995, p. 278.

⁵⁴ C'est la solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation de France, dans un arrêt du 12 décembre 1989, *Revue critique de droit international privé*, 1990, p. 358 et note critique H. GAUDEMET-TALLON. Voy. sur cet arrêt, M. SALAH MOHAMED MAHMOUD, Groupe de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 593 e.s. spéc. p. 600. L'arrêt de la cour d'appel qui admettait la jonction entre les deux litiges en suivant la clause d'attribution de juridiction a été cassé par la Cour de cassation de France ; celui-ci a fait l'objet de critiques des deux auteurs précités. Voy. aussi F. LECLERC, Les chaînes de contrats en droit international privé, *Journal de droit international*, 2, 1995, p. 267 e.s. Voy. aussi comm. Liège 10 mars 1993, *R.G.D.C.*, 1995, pp. 216. et note W. WAUTERS, De verhouding tussen de artikelen 17 en 6, 2° van het E.E.X.- Verdrag. Wilsautonomie te allen prijze ? Un sous-traitant français intervient volontairement dans un litige entre un entrepreneur français et le maître de l'ouvrage belge. L'entrepreneur introduit une action reconventionnelle contre le sous-traitant dans le cadre de ce procès ; le sous-traitant invoque la clause d'attribution de compétence incluse dans le contrat entre lui-même et l'entrepreneur principal ; l'article 6, 2° de la convention de Bruxelles précise que le défendeur peut être attiré « *s'il s'agit d'une demande en garantie ou en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originale...* » Cet article doit-il primer ou céder le pas devant l'article 17 ? L'autonomie de la volonté doit-elle être préférée à l'économie du procès ? Le tribunal a fait prévaloir logiquement l'autonomie de la volonté. La solution devrait sans doute être distincte, comme en matière d'arbitrage d'ailleurs, lorsque le litige est indivisible (voy. la note précitée de W. WAUTERS, p. 227).

⁵⁵ CJCE, 17 janvier 1980, *J.T.*, 1980, p. 314. Les formes de l'article 17 ne doivent alors pas être respectées.

⁵⁶ Voy. cependant *infra* dans l'hypothèse où la clause déterminant le lieu d'exécution est une clause d'attribution de compétence déguisée.

grave ne suffit pas à appréhender la fin du contrat d'outsourcing et les divergences de vue que la vie de ce contrat peut susciter.

Sans doute le sentiment de faute est-il trop présent dans le droit de la responsabilité, et notamment dans les situations complexes où, comme dans de longues relations conjugales, la faute n'est pas toujours facile à établir. Il arrive fréquemment que dans pareils contrats complexes, les parties se présentent devant les arbitres en y développant des centaines de pages de conclusions visant à imputer la responsabilité à l'une des parties pour le mauvais déroulement du projet et que les arbitres soient bien en peine de pouvoir établir une responsabilité claire à charge de l'une ou l'autre partie ⁽⁵⁸⁾.

Nous croyons donc qu'il convient de viser avant tout l'efficacité économique de la gestion du conflit ainsi que le maintien du dialogue entre parties. Par ailleurs, l'outsourcing vise à offrir au client une solution souple à son problème ; comment imaginer des relations d'outsourcing si, à la première divergence, les parties se cabrent ?

Comme l'écrit le professeur Fontaine à propos des contrats relationnels :

« Mais si le contrat commence à s'inscrire dans la durée, une relation s'établit, qui tend à devenir prépondérante au fur et à mesure qu'elle se prolonge dans le temps. L'approche relationnelle met en évidence qu'en pareil contexte, les comportements sont dominés par les aspects psychologiques et sociologiques des relations entre parties, bien plus que par les stipulations contractuelles. Les parties cherchent avant tout à préserver leur relation, qui possède pour elles une valeur en soi. Elles sont prêtes à adapter la convention initiale, voire à la méconnaître, en vue de maintenir cette bonne relation.

Ainsi, si mon contractant manque à l'une de ses obligations, j'hésiterai à appliquer une clause pénale rigoureuse et je préférerai trouver un accommodement amiable, dans l'intérêt de la bonne poursuite de notre collaboration. La solution des difficultés sera parfois remise à plus tard, si pour le reste, le contrat peut continuer à être exécuté. Lorsqu'un bouleversement des circonstances altère l'équilibre contractuel, les obligations pourront être réadaptées de commun accord, même en l'absence d'une clause de 'hardship' ».

« *Business parties often believe that flexibility and compromise, not resort to the letter of the law, will ensure success in a business relation* » ⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾.

Comme dans les joint ventures, la sortie d'un contrat de outsourcing peut apparaître inextricable. L'on peut citer l'exemple qui sera traité dans l'atelier informatique de cet après midi à savoir la fin d'un contrat d'outsourcing portant sur la gestion de l'informatique d'une entreprise; comment récupérer les codes sources, comment réaliser le transfert de know how d'une société de prestations de services informatiques à l'autre? Ce transfert, plus spécifiquement, ne peut se réaliser d'un jour au lendemain.

Bien que ceci puisse constituer une redite par rapport à l'exposé de Melle Delforge, il échet de souligner que la possibilité de pouvoir assurer la continuité des opérations objet de l'outsourcing est primordiale puisqu'il s'agit d'une des fonctions essentielles de l'entreprise qui est visée.

L'on peut prévoir de manière successive :

- La renégociation entre parties. (La renégociation du contrat et les situations de deadlock)
- L'intervention d'un tiers (renégociation, médiation, conciliation, avis obligatoire)
- L'arbitrage.

§ 1. RENEGOCIATION ENTRE PARTIES.

1.1. CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES.

⁵⁷ Le professeur Gesché, théologue, insiste sur le fait que le culpabilisme a été sans doute trop développé dans notre civilisation chrétienne, voy. A. GESCHE, *Le mal*, 1993, spéc. pp. 89 e.s.

⁵⁸ Puisqu'il faut mettre fin aux relations, le fondement juridique le moins mauvais sera de prononcer le contrat résolu aux torts de l'une et l'autre partie, dans la mesure où aucune responsabilité claire ne peut se dégager à charge de l'une des parties.

⁵⁹ Cf. R. A. HILLMAN, *The Richness of Contract Law*, Kluwer, 1998, p. 244.

⁶⁰ M. FONTAINE, *Les contrats à long terme et le Code civil européen, Mélanges Simont*, 2002

Les parties peuvent prévoir la renégociation du contrat en cas de changement de circonstances. Nous renvoyons à propos des clauses d'imprévision ou de hardship au rapport fort approfondi de Mademoiselle Delforge ⁽⁶¹⁾.

Les parties peuvent souscrire une obligation de négociation soit en cas de changement de circonstances, soit dans des hypothèses plus larges.⁶² Limitons-nous à préciser qu'il est utile d'encadrer la négociation en prévoyant une durée, un lieu, la rédaction de procès verbaux etc...

Insistons sur certains aspects de ces clauses propres à l'outsourcing.

Les clauses doivent envisager parfois de manière spécifique les adaptations requises (ainsi, l'adaptation en cas d'évolution technologique en matière informatique, en matière de locaux ou d'infrastructure en matière de maintenance industrielle, de législation en matière d'environnement en matière d'environnement). Rappelons que le préambule peut constituer un outil de référence important dans la renégociation du contrat ⁽⁶³⁾. Ainsi, si le préambule décrit de manière informelle la raison pour laquelle l'on a recours à l'outsourcing et les objectifs que les parties recherchent. Ces objectifs serviront de référence à la renégociation du contrat en cas de changement de circonstances.

L'on veillera à ce que la clause pose les questions suivantes :

Quid pendant la période de renégociation du contrat : comment les prestations vont-elles se poursuivre dans un contexte difficile ?

Quid si les circonstances qui avaient justifié l'adaptation du contrat, viennent à disparaître ?

Si le contrat est résilié en cas d'échec des négociations, comment liquider le contrat ?

Ces questions nécessitent une attention toute particulière car comme exposé par les rapporteurs précédents, c'est un service essentiel de l'entreprise qui est externalisé en telle sorte que la continuité de ce service doit être assurée quelles que soient les vicissitudes qui affectent la vie du contrat.

1.2. CLAUSES AMENAGEANT LES SITUATIONS DE DEADLOCK

De nombreuses clauses aménagent les situations de conflits, de manière plus ou moins formelle.

1.2.1. Parfois le contrat lui-même organise plusieurs comités pour la conduite des activités outsourcées, par exemple un comité de projet chargé de la gestion quotidienne et un comité stratégique. Ces comités peuvent être impliqués dans la résolution des conflits.

L'on a rencontré par exemple la clause suivante :

« Les parties tenteront de régler ce litige en première instance dans les trente(30) jours par des concertations. Ces concertations seront tenues successivement au niveau du comité de projet, au niveau du comité stratégique et au niveau de la direction générale et des actionnaires, en impliquant, si les deux parties le décident, un tiers neutre et impartial en qualité de médiateur ».

L'on peut sans doute reprocher à cette clause de prévoir quatre échelons successifs relativement vagues en une période de temps limitée.

1.2.2. Certaines clauses prévoient une négociation relativement informelle entre, par exemple, les présidents du conseil d'administration des deux partenaires ⁽⁶⁴⁾.

⁶¹ Not. n° 152.

⁶² Sur la sanction de la violation de l'obligation de négociation, voy. D. PHILIPPE, Révision du contrat, médiation et arbitrage, Conférence CIEAU, avril 1998, pp. 18 et 19. Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, Bruylant, 1991, pp. 170 e.s.

⁶³ S. ROZENFELD, Contrat de facilities management, Des pratiques à géométrie variable, *Expertises*, 1998, p. 215. M. FONTAINE, *Le droit des contrats internationaux*, 1990, p. 81.

⁶⁴ Le recours aux présidents des sociétés a parfois un effet dissuasif ; les parties préfèrent s'arranger à un niveau plus bas plutôt que de déranger le président d'une importante société dont le temps est compté.

Parfois les clauses de gestion du projet relatives au fonctionnement du comité de pilotage ou comité stratégique organisent elles aussi, de manière indirecte, la gestion du conflit. Ainsi, la clause suivante dispose :

« Le steering committee peut se réunir de manière exceptionnelle, à la requête de l'une ou l'autre des parties, en cas de survenance d'un événement particulier ou en cas de validation d'option stratégique ».

Cette clause concerne les décisions stratégiques et n'est pas liée à un conflit ; cependant, elle peut également permettre de gérer dans le cadre du comité stratégique ou *steering committee*, les divergences de vue qui peuvent exister dans la gestion quotidienne du projet.

1.2.3. Enfin, les comités de pilotage peuvent aussi œuvrer en qualité d'organes de constatation de certains faits (par exemple, un changement de circonstances, le mesurage des performances d'une machine etc...).

§.2. INTERVENTION D'UN TIERS.

2.1. REVISION DU CONTRAT PAR UN TIERS.

La révision du contrat peut également être exercée par un tiers ; ainsi, le CEPANI, organisme belge d'arbitrage, peut pourvoir à la désignation d'un tiers indépendant qui peut formuler une recommandation aux parties, ou — si les parties y marquent leur accord — formuler une règle qui les engage définitivement.

L'on se trouve dans une situation alors fort proche de la médiation dont nous parlerons ici ; la médiation peut viser tout différend tandis que, dans la révision du contrat par un tiers, il s'agira pour le tiers de renégocier et de compléter le contrat ensuite du changement de circonstances.

2.2. EXPERT TECHNIQUE

L'approche de celle-ci dépendra du type de problèmes ou de la nature des prestations ; il est important en matière d'outsourcing, notamment informatique.

Parfois, le litige se posera au niveau de l'évaluation des performances de l'entreprise d'outsourcing (celles-ci dépendront de la question de savoir si l'entreprise a souscrit une obligation de moyen ou de résultat, délicat problème dans la négociation et l'exécution des contrats d'outsourcing).

2.3. LIQUIDATION DU CONTRAT ET CLAUSE DE REVERSIBILITE.

« Lorsqu'un utilisateur délègue son informatique, il perd peu à peu son savoir-faire en la matière. Conscientes de cette peur du non-retour, les sociétés de service informatique prévoient des mécanismes techniques et contractuelles de réversibilité. 'Nous nous engageons à réinstaller le système informatique chez le client et à le faire redémarrer avec son personnel' » ⁽⁶⁵⁾.

Cette clause de liquidation du contrat peut être supervisée par le comité de pilotage du projet, par un comité ad hoc ou par un expert unique désigné de commun accord.

Il est bien sûr important pour le Client de rester maître des mots clés ⁽⁶⁶⁾. Pour ce faire, des procédures d'audit peuvent être introduites.

2.4. MEDIATION ET CONCILIATION.

⁶⁵ S. ROZENFELD, Contrat de facilities management, Des pratiques à géométrie variable, *Expertises*, 1998, p. 215.

⁶⁶ *Ibid.*

La distinction précise entre médiation et conciliation n'est pas toujours facile à établir et sur le plan juridique, les deux termes sont parfois utilisés indifféremment ; le terme médiation insiste plus sur la fonction d'un tiers qui se place entre deux parties cherchant de trouver une voie médiane ; le terme conciliation vise plus spécifiquement le caractère amiable de la démarche ; dans le Code judiciaire, c'est le terme conciliation qui est généralement utilisé.

La médiation connaît actuellement un regain d'intérêt ⁽⁶⁷⁾.

La médiation présente en effet de nombreux avantages.

- *elle favorise le dialogue entre parties puisqu'un tiers est chargé de les écouter et de rapprocher les points de vue ; le tiers va permettre aux parties de prendre conscience de manière objective des points faibles de leur dossier

- *elle permet d'apporter une solution qui sera librement acceptée par les parties, ce qui est plus favorable à la stabilité des rapports entre parties

- *elle offre une solution rapide et moins onéreuse au règlement du différend.

- *elle est moins formelle.

Il faut cependant éviter que l'une des parties ne participe à cette médiation que pour gagner du temps et mieux organiser sa défense future devant les tribunaux ; nous verrons comment les règlements existants ont cherché à pallier à cet écueil.

L'on peut distinguer différentes hypothèses.

2.4.1. Désignation d'un comité de conciliation composé de personnes plus indépendantes.

L'on peut par exemple prévoir deux conciliateurs.

L'on peut également disposer que chacune des parties désigne son conciliateur, les contractants désignant de commun accord le président. La présence de trois personnes n'est cependant pas requise puisque contrairement à l'arbitrage ; aucune décision ne doit être prise.

Dans un premier temps, le comité de conciliation peut être composé de personnes internes ; l'on peut formaliser en prévoyant la présence d'externes ; l'on peut également procéder en deux temps, d'abord des internes et ensuite des externes.

Un délai assez court doit être précisé dans lequel le Comité doit être désigné dans la mesure où un tel comité n'existait pas auparavant.

Faut-il prévoir la procédure que ce Comité doit respecter ? Certaines clauses le font :

« Le comité de conciliation invitera les parties par lettre recommandée à être entendues à une date qui ne sera pas ultérieure à deux semaines après la constitution du comité de conciliation » (*foi plus*)

Quid si une partie ne comparaît pas ?

« l'absence sera interprétée comme une impossibilité d'arriver à une transaction ».

Quid si l'une des parties refuse de négocier ?

La négociation doit avoir lieu de bonne foi et les juges sanctionneront la partie qui ne respecte pas ce prescrit ⁽⁶⁸⁾.

Dans le cadre de la rédaction du contrat, l'on ne peut que recommander de formaliser la négociation ; motiver les demandes de conciliation, prévoir un lieu de réunion, le cas échéant, un procès verbal (le procès verbal peut être un frein lorsque l'on mène des négociations confidentielles), un timing strict.

Empêchement d'une personne.

⁶⁷ C. VERBAEKEN et F. VINKE, Les méthodes alternatives de règlement des litiges, *J.T.*, 1996, pp. 161 e.s.

⁶⁸ Voy. Sur la portée de l'obligation de renégociation et sur les différentes alternatives possibles à cette clause voy. notre étude, Les clauses d'imprévision dans les contrats à long terme, dans *Le contrat à prestations successives*, 1991, Bruylant, pp. 162 e.s. A.B.J.E., Jeune Barreau et Vlaams Pleitgenootschap, Bruylant.

Il est sans doute utile, lorsque des personnes sont désignées de manière définie dans la clause (par exemple Mr X) de prévoir une faculté de substitution si cette personne est empêchée de participer à la négociation; cette règle peut trouver aussi application en cas de médiation ou d'arbitrage.

La procédure de conciliation est connue depuis fort longtemps aux Etats-Unis où l'on a développé la technique dite du « mini-trial » ⁽⁶⁹⁾.

2.4.2. Règlements et institutions.

L'on peut citer quelques exemples de règlement de conciliation ou médiation.

a) *Le règlement du CEPANI*

Le Cepani recommande à ceux qui souhaitent soumettre leur différend à la médiation organisée par le Cepani d'insérer dans leur contrat la clause suivante :

« Les parties s'engagent à faire application, pour tout différend relatif à cette convention, du règlement de mini-trial du Cepani. ».

La clause pourra également prévoir le lieu où se déroulera la procédure ainsi que la langue de celle-ci.

Le **comité de mini-trial**, chargé de trouver la solution concertée, est composé de représentants de haut de la société (en effet, celles-ci disposent de l'autorité et du recul nécessaire par rapport au litige) ainsi que d'un médiateur, désigné par ces personnes ou par le président du Cepani.

Les représentants des sociétés sont appelés assesseurs. Il peut s'agir du chef de l'entreprise, d'un cadre supérieur, ou aussi de tiers, par exemple, l'avocat ou toute autre personne de confiance.

1. Mise en œuvre.

Un écrit est envoyé au secrétariat du Cepani par lettre recommandée ou par fax ; la demande est accompagnée de la copie certifiée conforme des conventions intervenues, du mandat de l'assesseur, de la correspondance échangée entre parties.

Cet écrit est envoyé également au défendeur.

Le défendeur répond dans les 21 jours de la réception de la demande en faisant valoir ses moyens, propositions et demandes éventuelles.

Il communique également le nom de son assesseur. Cet écrit est envoyé également au demandeur.

Le médiateur est alors désigné comme exposé ci-dessus.

2. Procédure

Une réunion est ensuite organisée par le médiateur, où les parties peuvent exposer leur position. Après celle-ci, le médiateur se consulte avec les assesseurs en vue de dégager un accord ; le médiateur dispose à cet effet de la compétence la plus large et peut notamment se consulter avec chacun des assesseurs séparément (article 13).

Si un accord se dégage, une convention écrite est établie.

Les parties peuvent déroger à la procédure prévue dans le règlement du Cepani.

Le médiateur peut demander toute explication ou document aux parties après avoir consulté les assesseurs.

⁶⁹ Il s'agit, comme le font remarquer deux auteurs précités, d'un faux ami ; en effet, mini-trial signifie mini-procès, or, le mini-trial vise au contraire à éviter le procès.

3. Fin de la procédure

Celle-ci prend fin soit par l'obtention d'un accord, ou par la notification par le médiateur de l'absence d'accord ; elle prend fin également en cas de non comparution d'une des parties à la procédure ou par la volonté expresse d'une des parties de continuer cette procédure.

4. Obligations des parties.

Pendant la durée de la procédure, les parties s'engagent à ne pas entamer ou poursuivre une procédure judiciaire, sauf à titre conservatoire (article 15).

Les parties sont tenues d'une obligation de discrétion et ne pourront état de ce qui aura été fait, dit ou écrit en vue d'un accord qui n'a pas abouti (article 16).

b) Le règlement de la CNUDCI

1. Mise en mouvement

La procédure est entamée par une invitation écrite de l'une des parties.

L'autre partie peut refuser la conciliation.

Lorsque celle-ci est acceptée, les parties désignent le conciliateur.

Les parties peuvent se faire assister par une institution soit pour obtenir une recommandation, soit pour faire désigner le ou les conciliateurs (article 4 du règlement).

2. Déroulement de la conciliation.

Le conciliateur aide les parties de manière indépendante et impartiale ; il sera guidé par les principes d'équité, d'objectivité et de justice ; il prendra *notamment* en considération les droits et obligations des parties, les usages et les circonstances du litige (article 7 du règlement) ⁽⁷⁰⁾.

c) Le règlement ADR de la CCI ⁽⁷¹⁾

La CCI présente avec son nouveau règlement des clauses type.

La CCI propose aux parties une clause soit qui donne la faculté, soit qui oblige les parties à recourir à l'ADR. La CCI propose également une clause organisant une procédure assortie d'un mécanisme d'expiration automatique après 45 jours ainsi qu'une clause prévoyant après ce même délai, le recours à l'arbitrage.

Il n'apparaît pas utile de reprendre en détail le contenu du règlement dans la mesure où les idées principales sont déjà reprises dans les règlements étudiés ci-dessus ; soulignons seulement que le règlement prescrit en son article 7 la confidentialité sur la procédure et son résultat ainsi que l'interdiction de production en justice de tout document ou opinion échangés au cours de la procédure ADR. La formule à utiliser pour la recherche d'un accord est discutée entre le Tiers (chargé de rapprocher les parties) et les Parties ; une initiative est ainsi laissée aux parties quant cette formule-là défaut d'accord, la formule retenue sera la médiation.

§ 3. AVIS OBLIGATOIRE.

Un tiers peut se voir confier une mission qui consiste à compléter le contrat sur un point particulier (détermination d'un prix ⁽⁷²⁾) ou à donner un avis technique, l'avis du tiers liant les parties ⁽⁷³⁾.

⁷⁰ S. JARVIN, La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 509.

⁷¹ Juin 2001 voy. commentaire publication CCI 809.

3.1. AVIS TECHNIQUE.

L'expertise diffère de l'arbitrage par plusieurs aspects. L'expert procède à des constatations d'ordre matériel ou technique tandis que l'arbitre est chargé de prendre une décision d'ordre juridique ⁽⁷⁴⁾.

Cet avis obligatoire peut être une voie à suivre lorsque des divergences se présentent notamment sur le plan technique, notamment au niveau du contrôle des performances où un tiers expert peut être chargé de trancher les divergences d'opinion.

Bien que la question soit controversée, l'on admet souvent que l'expert est chargé du respect de principes juridiques comme le respect du contradictoire ⁽⁷⁵⁾ ou celui de la motivation de la décision ⁽⁷⁶⁾. L'expert doit également être indépendant des parties ⁽⁷⁷⁾.

Si un expert doit donc rendre un avis obligatoire dans un problème technique et que l'on ne souhaite pas que le principe du contradictoire soit respecté ou que la décision soit motivée, il faut le stipuler dans la clause, sous réserve du fait que l'application de la clause pourra le cas échéant être écartée par le juge ou l'arbitre qui considérerait que ces principes touchent les fondements de notre ordre judiciaire.

3.2. AVIS JURIDIQUE.

Enfin, le tiers peut-il être chargé de rendre un avis juridique ? La notion d'avis obligatoire est bien connue en droit comparé ⁽⁷⁸⁾ La fixation du règlement des parts visée à l'article 1854 du Code civil peut constituer un tel avis obligatoire ; la décision doit cependant être faite selon les principes de bonne foi ; le tiers chargé de rendre un avis obligatoire doit-il se soumettre au respect des principes juridictionnels ?

La question est controversée. Ainsi, l'on peut se demander si :

- le juge peut remplacer le mandataire empêché de poursuivre sa mission ; à notre avis, une réponse positive s'impose si la question n'est pas réglée contractuellement.
- les parties doivent être entendues ou le rapport motivé ; à notre avis, une réponse positive s'impose, sauf convention contraire.
- La décision est susceptible de recours.
- La décision peut faire l'objet d'un exequatur ; la réponse est négative puisqu'il n'y a pas décision juridictionnelle.

§ 4. ARBITRAGE

Certains conflits sont tellement aigus qu'ils ne peuvent être tranchés que par des tiers. L'expérience montre que même lorsque l'on s'adresse à eux, les arbitres doivent trancher même lorsqu'ils offrent d'être médiateurs.

Les arbitres disent aux parties : entendez-vous mais les parties refusent car elles veulent qu'une décision soit rendue.

⁷² L'article 1592 du Code civil prévoit expressément que le prix peut être fixé à dire d'expert tandis que l'article 1854 du Code civil précise que les associés peuvent se rapporter à un tiers pour le règlement des parts.

⁷³ Voy. M. et M.E. STORME, *De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht*, T.P.R., 1985, pp. 712 e.s. ; M. STORME, *La tierce décision obligatoire: ni expertise, ni arbitrage*, *Centenaire JL-JLMB*, p. 346.

⁷⁴ Cass., 6 février 1974, *J.T.*, 1974, p. 392.

⁷⁵ Voy. trav. Mons, 5 novembre 1993, *Rev. rég. Droit*, 1994, p. 386.

⁷⁶ Civ. Anvers, 26 mai 1986, *Res et iura immobilia*, 1991, p. 219 ; J.P. Uccle, 21 novembre 1997, inédit, RG 5410.

⁷⁷ Voy. en matière d'expert chargé d'établir l'état des lieux de sortie, J.P. Auderghem, 21 avril 1989, *J.J.P.*, 1991, p. 65.

⁷⁸ R. DAVID, *La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats*, *Rapports généraux*, Vème congrès de Budapest, 1981, pp. 269 e.s.

4.1. TYPE D'ARBITRAGES.

L'on peut prévoir un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel. Le recours aux Institutions d'arbitrage comme le CEPANI ou la Chambre de commerce internationale offre un support à la fois au niveau du règlement encadrant l'arbitrage, mais aussi au niveau de la désignation des arbitres et du suivi et de la régularité de la procédure.

En outre, ces institutions offrent non seulement un support pour l'arbitrage mais aussi pour la médiation et l'expertise.

En cas d'arbitrage *ad hoc*, la clause devra souvent être plus élaborée puisque aucun règlement d'arbitrage n'organise celui-ci ⁽⁷⁹⁾

Epinglons certains éléments qui doivent faire l'objet de l'attention du rédacteur, notamment en matière d'outsourcing.

4.2. PROCEDURES D'URGENCE

Dans la gestion des conflits d'outsourcing, une procédure en référé devra parfois être envisagée. Ainsi se pose fréquemment la question de la réversibilité ; dans une décision du 4 juillet 1997, la cour d'appel de Paris confirme une ordonnance qui avait condamné la société Cap Gemini à mettre en œuvre la procédure de réversibilité sous peine d'une astreinte de 10 millions de francs français ⁽⁸⁰⁾. L'**astreinte** est dans beaucoup d'Etats, un privilège du pouvoir judiciaire et son efficacité est expérimentée quotidiennement par les praticiens.

Dans certains cas, il peut être plus approprié de désigner un expert plutôt qu'un arbitre.

4.3. OBJET

Les clauses d'arbitrage ne portent pas nécessairement sur tous les litiges possibles ; ainsi, l'on peut l'exclure pour les récupérations de créance, domaine dans lequel la procédure devant les juridictions de l'Ordre judiciaire peut être plus rapide et moins onéreuse.

« Par dérogation au premier alinéa du présent article, la procédure d'arbitrage ne sera pas applicable aux litiges relatifs aux factures émises par FOST Plus. Dans ce cas, les parties conviennent qu'elles ont le droit d'introduire toutes actions judiciaires qu'elles jugeront utiles devant les tribunaux compétents de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles ».

Cette clause peut cependant prêter à discussion dans ses applications ; quid si les factures sont contestées en raison de la mauvaise exécution par la partie demanderesse de ses obligations ? A notre avis, il faudra alors renvoyer l'ensemble du litige devant les tribunaux arbitraux.

Cette clause ne peut donc trouver une justification que si les factures ne peuvent être qu'exceptionnellement contestées en raison de la mauvaise exécution de l'obligation.

Certaines clauses insistent sur la souplesse avec laquelle l'arbitrage doit être mené :

« l'arbitre organise la procédure d'investigation tenant compte du désir des parties de mener l'arbitrage rapidement et aux moindres frais ».

Ceci donne tout lieu à s'appliquer en matière d'outsourcing, contrat complexe par excellence.

Certains règlements d'arbitrage comme celui du CEPANI, prévoient des procédures d'arbitrage simplifiées en cas de litige de moindre importance ; il s'agit d'un arbitrage d'un seul arbitre et qui se déroule de manière plus rapide. Cette procédure d'arbitrage peut être utilisée pour des litiges plus

⁷⁹ Sauf dans l'hypothèse où l'on réfère à un règlement, par exemple le règlement de la CNUDCI, sans soumettre l'organisation de l'arbitrage à une institution.

⁸⁰ Paris, 4 juillet 1997, *Expertises*, Octobre 1997, p. 315

importants si l'on veut utiliser une procédure plus rapide, par exemple pour des litiges simples mais portant sur des montants importants ⁽⁸¹⁾.

Certaines procédures particulières sont prévues dans des domaines déterminés ; la CCI dispose de règles relatives au règlement des conflits en matière de crédit documentaire ; le CEPANI vient d'édicter des règles visant à organiser les conflits en matière de noms de domaine.

La clause d'arbitrage doit donc être souple, et adaptée à la nature du litige.

4.4. NATURE DE LA MESURE.

Bien que la nature de la mesure que l'arbitre peut prendre, soit déterminée par la loi nationale applicable à la procédure, il peut être indiqué parfois de donner des indications à ce propos (par exemple, prévoir que l'arbitre pourra prononcer l'exécution en nature).

De même, la question de savoir si l'arbitre peut prononcer une astreinte relève du droit national de la procédure.

Dans certains pays, l'on estime que l'arbitre pourrait revoir le contrat. La question est controversée et nous croyons qu'en droit belge actuel, l'arbitre est, comme le juge, chargé de trancher un différend et en conséquence, il ne peut être investi d'une mission visant à le substituer aux parties dans la rédaction du contrat ⁽⁸²⁾.

4.5. REDACTION.

Il convient de préciser la langue de l'arbitrage (notamment si les parties sont originaires de pays parlant des langues différentes ; beaucoup d'arbitrages internationaux se font en anglais notamment dans les pays d'Europe centrale).

Il est utile de déterminer le droit applicable ; en effet, beaucoup estiment que, en l'absence de détermination de celle-ci, les arbitres peuvent déterminer la loi applicable de façon discrétionnaire ⁽⁸³⁾.

Le remplacement des arbitres peut également être prévu comme déjà indiqué ci-avant.

La clause peut varier selon que le litige soit national ou international (certaines clauses prévoient la compétence des tribunaux dans un cadre national et celles des arbitres dans un cadre international).

Pouvoir d'investigation.

Certaines clauses peuvent prévoir des procédures particulières, d'investigation, de témoignage (*cross examination*). Celles-ci sont plus fréquentes en matière d'arbitrage mais peuvent se concevoir dans la conciliation ou les procédures ADR.

Quid de la pluralité de parties au conflit ?

La convention d'outsourcing se caractérise par son caractère relatif : elle ne lie que les parties contractantes.

En matière d'outsourcing, on l'a vu, plusieurs contrats. L'économie du procès requiert de trancher les litiges ensemble. En droit belge, lorsqu'un litige est indivisible et que seules certaines parties sont liées par la convention d'arbitrage, les juridictions de l'ordre judiciaire demeurent seules compétentes ⁽⁸⁴⁾. Lorsque les litiges sont simplement connexes, les deux procédures arbitrale et judiciaire suivront leurs cours respectifs.

⁸¹ Les frais seront sans doute alors plus élevés que ceux prévus dans le règlement du CEPANI.

⁸² Voy. D. PHILIPPE, Révision du contrat, médiation et arbitrage, Conférence CIEAU, avril 1998, pp. 18 et 19. Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme, Bruylant, 1991, pp. 159 e.s.

⁸³ E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, 1980, p. 252 et les références citées.

⁸⁴ Cass., 9 mai 1963, *Pas.*, 1, 956.

L'indivisibilité est plutôt rare puisqu'elle suppose que l'exécution des décisions distinctes soit matériellement impossible.

En matière de condamnations de sommes, les litiges sont toujours divisibles.

Dans l'outsourcing, si une action en responsabilité est introduite par le client contre la société outsourcing, le litige sera tranché par les tribunaux de l'ordre judiciaire ; l'action en garantie introduite contre la société d'outsourcing sera elle portée devant une juridiction arbitrale en présence d'une clause arbitrale.

S'agissant des litiges portés devant différentes juridictions arbitrales, les cours et tribunaux de certains droits nationaux en ordonnent la consolidation — il s'agit du terme américain pour la jonction — ⁸⁵

S'agissant des droits français et belge, l'on ne peut mieux faire que de reprendre la question du professeur Van Compernelle qui, après avoir rappelé l'effet relatif des conventions d'arbitrage, écrit :

« L'inapplicabilité des mécanismes autoritaires de jonction ou de prorogation que réalise, au niveau des juridictions étatiques, le droit judiciaire classique, ne débouche-t-il pas sur la 'quadrature du cercle' » ⁽⁸⁶⁾ ?

Ceci étant, il convient de souligner que plusieurs sentences arbitrales ont reconnu la compétence des tribunaux arbitraux pour des relations contractuelles liées au contrat soumis à l'arbitrage ⁽⁸⁷⁾.

L'on peut dès lors dans la rédaction du contrat prévoir la consolidation sans attendre la décision du juge. Le professeur Van Compernelle écrit très justement :

« Il ne suffit pas d'insérer dans les différents contrats signés par les parties la même clause d'arbitrage, sans aucune référence des unes aux autres. Il faut les articuler entre elles, de sorte que le premier contrat oblige ses signataires à introduire dans les contrats ultérieurs une clause contraignant tous ceux qui les passent à participer à l'arbitrage prévu dans le premier » ⁽⁸⁸⁾.

L'on peut également citer une disposition du règlement du CEPANI qui autorise le président de cette institution à joindre les affaires :

« Lorsque plusieurs contrats contenant la clause d'arbitrage CEPANI donnent lieu à des différends qui présentent entre eux un lien de connexité ou d'indivisibilité, le Président du CEPANI a le pouvoir d'en ordonner la jonction. Cette décision est prise, soit à la demande de l'arbitre, soit, avant tout autre moyen, à la demande des parties ou de la partie la plus diligente, soit même d'office. Si la demande est accueillie, le comité de désignation ou le Président du CEPANI désigne l'arbitre ou les arbitres chargés de statuer sur le litige faisant l'objet de la décision de la jonction ; s'il y a lieu, il porte à cinq maximum le nombre des arbitres. Le comité de désignation ou le Président du CEPANI prend sa décision après avoir convoqué, par lettre recommandée, les parties et, le cas échéant, les arbitres déjà désignés. Il ne peut ordonner la jonction des différends dans lesquels une décision d'avant dire droit, une décision de recevabilité ou une décision sur le fond de la demande a déjà été rendue ».

La clause suivante organise l'intervention volontaire à l'arbitrage :

⁸⁵ Voy. sur la consolidation, P. DELTOMBE, L'arbitrage multipartite, *Actualités du droit*, 1992, p. 1278 e.s.

⁸⁶ J. VAN COMPERNOLLE, L'arbitrage multipartite, in *L'arbitrage*, Travaux offerts au professeur A. Fetscher, 1989, p. 82

⁸⁷ M. SALAH MOHAMED MAHMOUD, Groupe de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 612. L'auteur cite plusieurs décisions et sentences arbitrales, dans l'une d'entre elles un contrat cadre et un contrat de livraison prévoyaient une clause d'arbitrage donnant compétence au CIRDI, le contrat de management prévoyant la compétence de la CCI. Dans cette hypothèse, le CIRDI s'est déclaré compétent. Cette attribution de compétence à la CCI ne constituant pas selon le CIRDI, une dérogation aux clauses d'arbitrages contenues dans le contrat principal. (*JDI*, 1990, p. 193 obs. GAILLARD)

⁸⁸ *Ibid.*, p. 87 citant P. BELLET. *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 68.

« 18. Participation d'un tiers

18.1. Si un défendeur entend faire participer un tiers comme partie à l'arbitrage, il doit le déclarer dans sa réponse et y exposer les motifs de cette participation.

18.3. Dès réception de la réponse du tiers, la CCIG décide de la participation du tiers dans l'instance déjà pendante compte tenu de l'ensemble des circonstances ».

Si les parties veulent exclure la consolidation, vu la diversité des solutions dans les différents droits applicables, sans doute les parties ont-elles intérêt à le prévoir expressément dans leur contrat.

§ 5. CUMUL DES CLAUSES ⁽⁸⁹⁾

Fort souvent, les clauses de renégociation, de conciliation, de médiation, d'avis obligatoire et de mini-trial se superposent dans un même contrat d'outsourcing ou évoluent en parallèle. Ainsi, rien n'interdit aux parties de recourir à la conciliation si l'arbitrage vient à échouer ; une expertise technique peut être décidée pour certains problèmes et un arbitrage pour d'autres ⁽⁹⁰⁾.

Quid si la procédure amiable est oubliée ? Ceci entraîne-t-il l'irrecevabilité de l'arbitrage ou de la procédure judiciaire ?

Différentes thèses sont en présence ⁽⁹¹⁾.

Certains estiment que la clause de médiation rend la procédure judiciaire ou arbitrale irrecevable ; d'autres estiment que la procédure judiciaire ou arbitrale est suspendue et d'aucuns enfin refusent ses deux premiers effets ; nous croyons pour notre part que le juge ou l'arbitre doit surseoir à statuer tant que la médiation n'a pas eu lieu.

Une fois encore, vu les solutions divergentes dans les différentes législations nationales et vu le fait que tout peut dépendre de la volonté ou du comportement des parties, il s'agit d'un problème qu'il est sans doute préférable de préciser dans le texte lui-même de la clause.

CHAPITRE IV. REGLEMENT DES CONFLITS ET LOI APPLICABLE

L'arbitrage est d'autant plus important dans l'outsourcing international que cette institution permet de mieux appréhender les phénomènes internationaux. En effet, l'arbitre international est plus compétent en cette matière et dispose d'une meilleure connaissance du droit commercial international et notamment des usages internationaux ; en outre, les parties pourront sans doute s'accorder plus facilement sur le recours à un arbitrage de la chambre de commerce internationale que sur un juge de la nationalité de l'une ou l'autre des parties.

En outre, l'arbitre peut statuer en amiable compositeur, c'est-à-dire en équité, ce qui le dispense d'appliquer les règles de droit : « *l'amiable compositeur ne statue pas, comme on le dit trop souvent contre le droit, mais au besoin sans le concours du droit s'il paraît trop injuste* » ⁽⁹²⁾. Ceci peut être intéressant en droit national certes, mais aussi en droit international puisque le choix parfois difficile d'une loi applicable et la rigidité possible de celle-ci sont ainsi évités. Se pose la question de l'application de lois de police par l'amiable compositeur. Ainsi, comment l'amiable compositeur va-t-il apprécier la validité d'une clause d'exonération de responsabilité ou une clause pénale ; sans doute l'amiable compositeur pourra-t-il, dans un litige international, se référer aux dispositions des principes Unidroit. Certains litiges ne seront sans doute pas considérés comme arbitrables, par exemple les litiges en matière de droit du travail.

⁸⁹ Voy. E. BERTRAND, Arbitrage et médiation : l'impossible conciliation, *R.D.A.I.*, 2001, p. 133 e.s.

⁹⁰ Voy. pour les interactions entre l'arbitrage et l'ADR, l'avant propos au règlement ADR de la CCI.

⁹¹ BERTRAND, *loc.cit.*

⁹² MOUZON, Considérations sur l'arbitrage, *G.P.*, 1974, II, p. 573, cité par E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, Librairies techniques, 1980, p. 244.

Référence pourra également être faite aux usages internationaux ou à la *lex mercatoria* ⁽⁹³⁾. Référence peut également être faite aux principes Unidroit appelés à régir les relations contractuelles internationales ou aux Principes européens de droit des contrats qui constituent des principes de base applicables aux contrats européens. Ces principes s'appliqueront si les parties s'y réfèrent ou peuvent servir d'outils de référence pour les praticiens; il s'agit de modèles de *soft law*.

Si les arbitres doivent statuer en droit, mais qu'aucune loi n'a été déclarée applicable, l'on a admis qu'ils ont la faculté de ne pas désigner le droit applicable tout en statuant en droit : « *même si les arbitres n'ont pas précisé la loi ou les usages du commerce qu'ils estimaient applicables, ils ont bien déduit les décisions qu'ils arrêtaient d'un raisonnement juridique fondé essentiellement sur ceux-ci, ainsi que sur le principe général de bonne foi, sans aucune référence à l'équité* » ⁽⁹⁴⁾.

Ce raisonnement, un peu court ⁽⁹⁵⁾, montre cependant la souplesse que permet l'arbitrage international.

Soulignons que l'article 1496 du Code de procédure civile français dispose que, en l'absence de détermination de la loi applicable, les arbitres peuvent appliquer les règles juridiques qu'ils estiment adéquates; en outre, ils peuvent tenir compte des usages commerciaux ⁽⁹⁶⁾. L'article 1054 du Code de procédure civile néerlandais contient une disposition similaire ⁽⁹⁷⁾.

Se pose la délicate question de savoir dans quelle mesure l'arbitre statuant en amiable compositeur doit faire application de règles impératives ou d'ordre public, soit de la loi applicable, soit de la loi du for.

Cette question a été abordée par Eric LOQUIN dans sa thèse précitée consacrée à l'amiable composition. L'auteur cite un ancien arrêt de la Cour de cassation française : « *l'amiable compositeur peut décider de tout ce que les parties pourront convenir par voie de transaction* » ⁽⁹⁸⁾.

Ainsi, l'amiable compositeur pourra déroger à la plupart des règles de droit des contrats; il pourra appliquer un intérêt différent de l'intérêt légal, il pourra déroger aux règles relatives à la force majeure par exemple ⁽⁹⁹⁾. Les règles de conflit de lois pourront être généralement écartées.

Quid des règles impératives qui visent à protéger certains sujets de droit, comme le droit du travail? M. LOQUIN écrit : « *La clause d'amiable composition insérée dans la seule clause compromissoire, ne permet jamais aux amiables compositeurs d'écarter les lois impératives de protection* ».

A fortiori, l'amiable compositeur ne pourra déroger aux règles d'ordre public ⁽¹⁰⁰⁾.

L'on peut enfin se poser la même question qu'en matière d'arbitrage, à savoir l'amiable compositeur est-il en droit de revoir le contrat? Plusieurs décisions arbitrales ont répondu par la négative ⁽¹⁰¹⁾.

Enfin, dans la procédure ADR, les règles de droit ne seront généralement pas prises en considération; cependant l'article 5(3) du règlement de la CCI précise clairement que le Tiers doit

⁹³ Voy. F. DE LY, *De lex mercatoria*, 1989, Maklu. Un arrêt de la Cour de cassation de France laisse cependant penser que la *lex mercatoria* doit être considéré non pas comme un droit national mais soit comme un élément de fait, soit comme une règle de droit étranger (voy. pour plus de détails, V. DELAPORTE, La détermination du droit applicable au contrat d'ouvrage clé en main, *Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération*, 1988, p. 765).

⁹⁴ Cour d'appel de Paris, 11 décembre 1997, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 131.

⁹⁵ Voy. la note D.B. sous l'arrêt qui souligne à juste titre que l'arrêt ne motive pas clairement sa position et ne montre pas ce qui distingue la solution retenue de l'application de l'équité.

⁹⁶ Voy. F. DE LY, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁹⁸ Req. 27 février 1823, *Jur.Gen. Dalloz*, Arbitrage, n° 1025, 4°, cité par E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 248.

⁹⁹ E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰⁰ E. LOQUIN, *op. cit.* p. 257 ; plus délicate sera la question de l'ordre public international dans l'arbitrage international, lorsque plusieurs ordres publics viennent en conflit. E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰¹ Voy. Sentence CCI n° 3327, *Clunet*, 1988, p. 971 et obs. Y. DERAIS ; n° 2694, *Clunet*, 1978, p. 985 et obs. DERAIS, notre article précité Révision du contrat..., p. 18.

tenir compte de la volonté des parties dans la conduite du processus; or, cette volonté se manifeste non seulement dans ce que les parties expriment au cours du processus ADR, mais aussi, nous semble-t-il, dans le contrat et son exécution.

CONCLUSIONS

L'outsourcing constitue une immixtion dans la vie d'une société; les contractants partagent leur intimité; les séparations seront douloureuses, les remplacements difficiles.

D'où l'importance d'une bonne expertise juridique dans la rédaction du contrat qui améliorera la gestion du contrat, renforcera la prévention et garantira une meilleure prévisibilité de l'évolution du contrat.

Un comité de pilotage efficace favorise le dialogue et diminue les malentendus.

En cas de changement de circonstances, des clauses de renégociation avec ou sans l'intervention d'un tiers peuvent être utilement insérées dans le contrat. Des procédures de conciliation entre les hauts responsables des parties d'une part, avec l'intervention d'un tiers ensuite peuvent éviter beaucoup de recours aux organes juridictionnels. Enfin, les procédures nouvelles ADR viennent offrir aux opérateurs économiques des nouvelles méthodes auxquelles le recours nous paraît fort opportun.

Les clauses du contrat d'outsourcing doivent également offrir également des outils permettant de résoudre rapidement des conflits techniques et juridiques par voie d'expertise.

Enfin la dimension internationale renforce l'opportunité de recours à des juridictions qui ne sont pas liées à un ordre national et rend quasi indispensable la présence de clauses de droit applicable qui épousent les multiples aspects du contrat d'outsourcing.

Le contrat d'outsourcing doit être un instrument de dialogue et les juristes qui dans la rédaction ou la gestion du conflit, assistent les parties, les animateurs et l'esprit de ce dialogue.

ANNEXE

Exemple tiré de l'annexe 7 du rapport final sur les arbitrages multipartites de J.L.DELVOIE, *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 6, n°1, mai 1995, p.46.

ARTICLE X – ARBITRATION (ARBITRAGE MULTIPARTITE)

- x.1 Any dispute between the Parties in connection with this Agreement whether terminated or not, whether resulting from a claim in contract, tort or at law or from any other claim or controversy which may arise in connection with the activities contemplated in this Agreement or the application , implementation, validity breach or termination of this Agreement or any provision thereof and whether or not a Party ceased to be a Party to this Agreement, shall be finally and exclusively settled by arbitration in ... under the UNCITRAL Arbitration Rules by three arbitrators who shall be appointed in accordance with the following provisions:
- (i) if the dispute in between 2 (two) Parties, each Party shall appoint 1 (one) arbitrator and the 2 (two) arbitrators so appointed shall select the third arbitrator who shall act as the presiding arbitrator;
 - (ii) if the dispute is between 3 (three) Parties each Party shall appoint one arbitrator and the 3 (three) arbitrators thus appointed shall select from amongst them the person who shall act as the presiding arbitrator;
 - (iii) if the dispute is between more than 3 (three) Parties, each Party shall nominate a candidate for appointment as arbitrator and the Parties shall then seek to agree on the appointment of 3 (three) arbitrators from amongst the candidates nominated and the 3 (three) arbitrators thus appointed shall select from amongst them the person who shall act as the presiding arbitrator;
 - (iv) if within a period of 30 (thirty) days from the date of the notice of arbitration any of the Parties involved in an arbitration between 2 (two) or 3 (three) Parties has failed to appoint an arbitrator, or, in the case of an arbitration between 2 (two) Parties, the 2 (two) appointed arbitrators have failed to select the third arbitrator within 30 (thirty) days after both arbitrators have been appointed, the Appointing Authority shall appoint such arbitrator or arbitrators as have not been appointed, and, in the case of an arbitration between 3 (three) Parties, the three arbitrators thus appointed shall select from amongst them the person who shall act as the presiding arbitrator;
 - (v) if within a period of 30 (thirty) days from the date of notice of arbitration, the Parties involved in an arbitration between 4 (four) or more Parties, have failed to agree on the appointment of 3 (three) arbitrators, the Appointing Authority shall appoint such arbitrator or arbitrators as the Parties have failed to agree on and the 3 (three) arbitrators thus appointed shall select from amongst them the person who shall act the presiding arbitrator;
 - (vi) if within a period of 30 (thirty) days after the appointment of three arbitrators, the arbitrators have failed to agree on the presiding arbitrator, the Appointing Authority shall appoint the presiding arbitrator from amongst these 3 (three) arbitrators;
 - (vii) the Appointing Authority and administering body for the arbitration shall be

- x.2 The arbitrators shall in all respects be impartial and independent. Neither the presiding arbitrator selected pursuant to the provisions of Article X.1 (I) nor any arbitrator appointed by the Appointing Authority shall be a national of ...
- x.3 The arbitration proceedings shall be conducted in the English language.
- x.4 The arbitration awards shall be final and binding on the Parties and shall in all respects be fully valid and enforceable without any judicial review other than strictly necessary for the enforcement of the award pursuant to any applicable international convention.

- 29.2 If the dispute is of a technical nature or is expressly provided in this Agreement as to be determined under this clause (“a Technical Dispute”), then such Technical Dispute may be referred to an expert for final determination by either party by giving written notice to the other party in accordance with this clause 29. The party making the referral to expert’s decision under this clause (“the Invoking Party”) shall identify in and provide with its notice to the other party (“the Receiving Party”) a copy of the curriculum vitae of the expert it wishes to nominate to determine such Technical Dispute. If the Receiving Party does not notify the Invoking Party of any objection to the appointment of the expert nominated by the Invoking Party within 14 days of the date of receipt of any notice pursuant to this Section the expert nominated by the Invoking Party shall determine the Technical Dispute. If the Receiving Party notifies the Invoking Party that it objects to the appointment of the expert nominated by the Invoking Party within 14 days of the date of receipt of notice from the Invoking Party pursuant to this Section then the matter of the appointment of the expert shall be referred by either party (who shall provide the other party with a copy of such referral notice by courier at the same time as it sends its notice of referral) to the President (for the time being) of The British Computer Society (“the BCS”) who shall appoint an expert suitably qualified to determine such dispute from the BCS’ the current Register of Expert Witnesses, such nomination to be made within 14 days of the date of any referral notice sent to the President of the BCS under this clause.
- 29.3 If the dispute is not a Technical Dispute it shall first be referred for discussion and resolution by the Representatives of each party. If agreement is not reached at that level within 14 days of such referral, the matter shall immediately be referred to a senior executive of the Supplier and the Customer who shall endeavour to reach agreement within a period of 14 days from the matter first being referred to them.
- 29.4 The parties agree to keep confidential to themselves and to their legal and professional advisers the existence and details of any proceedings pursuant to this clause including the parties’ submissions and evidence, all and any awards (their content, reasons and result) save to the extent that such documents or information are in the public domain or their disclosure is required by a legal duty or is reasonably necessary to protect or pursue a legal right or remedy.
- 29.5 In all cases, the terms of appointment of the expert by whomsoever appointed shall include:
- 29.5.1 a commitment by the parties to share equally the expert’s fee;
 - 29.5.2 a requirement on the expert to act fairly as between the parties and according to the principles of natural justice;
 - 29.5.3 a requirement on the expert to hold professional indemnity insurance both then and for three years following the date of his determination; and
 - 29.5.4 a commitment by the parties to supply to the expert all such assistance, documents and information as he or she may require for the purpose of his or her determination.

TABLE DES MATIERES

CHAPITRE I. LE DROIT APPLICABLE.....	1
§ 1. AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.....	1
1.1. <i>Ratione materiae</i>	2
1.2. <i>Ratione temporis</i>	2
1.3. <i>Ratione loci</i>	2
§ 2. ABSENCE DE CLAUSE.....	2
§ 3. DISPOSITIONS DÉROGEANT AUX RÈGLES PRÉCITÉES.....	3
3.1. <i>Contrat de travail (article 5 de la Convention de Rome)</i>	3
3.2. <i>Les lois de police</i>	4
§ 4. QUID DES GROUPES DE CONTRAT ?.....	5
§ 5. RESPONSABILITÉ CIVILE.....	5
§ 6. CESSION DE CRÉANCE.....	5
§ 7. DROITS RÉELS * SÛRETÉS * TRUST.....	6
§ 8. DROITS INTELLECTUELS.....	6
§ 9. PROTECTION DES DONNÉES.....	7
CHAPITRE II. JURIDICTION COMPÉTENTE.....	7
§.1. CHAMP D'APPLICATION.....	7
§ 2. AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.....	8
2.1. <i>Un écrit ?</i>	8
2.2. <i>Convention verbale confirmée par écrit</i>	8
2.3. <i>Mode conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles</i>	8
2.4. <i>Usages du commerce international</i>	8
§ 3. EN L'ABSENCE DE CLAUSE : COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION DU DOMICILE DU DÉBITEUR OU DU LIEU OÙ L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DOIT ÊTRE EXÉCUTÉE.....	9
3.1. <i>Domicile du débiteur</i>	9
3.2. <i>Le lieu où l'obligation contractuelle a été ou doit être exécutée</i>	9
3.2.1. <i>Notion d'obligation contractuelle</i>	10
3.2.2. <i>Les contrats de dépendance et contrats de travail</i>	10
3.2.3. <i>Obligations multiples</i>	11
3.2.4. <i>Groupe de contrats</i>	12
3.2.5. <i>Convention sur le lieu d'exécution</i>	13
3.3. <i>Autres règles</i>	13
§ 1. RENÉGOCIATION ENTRE PARTIES.....	14
1.1. <i>Changement de circonstances</i>	14
1.2. <i>Clauses aménageant les situations de deadlock</i>	15
§.2. INTERVENTION D'UN TIERS.....	16
2.1. <i>Révision du contrat par un tiers</i>	16
2.2. <i>Expert technique</i>	16
2.3. <i>Liquidation du contrat et clause de réversibilité</i>	16
2.4. <i>Médiation et conciliation</i>	16
2.4.1. <i>Désignation d'un comité de conciliation composé de personnes plus indépendantes</i>	17
2.4.2. <i>Règlements et institutions</i>	18
a) <i>Le règlement du CEPANI</i>	18
1. <i>Mise en œuvre</i>	18
2. <i>Procédure</i>	18
3. <i>Fin de la procédure</i>	19
4. <i>Obligations des parties</i>	19
b) <i>Le règlement de la CNUDCI</i>	19
1. <i>Mise en mouvement</i>	19
2. <i>Déroulement de la conciliation</i>	19
c) <i>Le règlement ADR de la CCI (.)</i>	19
§ 3. AVIS OBLIGATOIRE.....	19

3.1. <i>Avis technique</i>	20
3.2. <i>Avis juridique</i>	20
§ 4. ARBITRAGE	20
4.1. <i>Type d'arbitrages</i>	21
4.2. <i>Procédures d'urgence</i>	21
4.3. <i>Objet</i>	21
4.4. <i>Nature de la mesure</i>	22
4.5. <i>Rédaction</i>	22
Pouvoir d'investigation.	22
Quid de la pluralité de parties au conflit ?.....	22
§ 5. CUMUL DES CLAUSES ().....	24
CHAPITRE IV. RÈGLEMENT DES CONFLITS ET LOI APPLICABLE	24
CONCLUSIONS	26
ANNEXE	27
ARTICLE X – ARBITRATION (ARBITRAGE MULTIPARTITE).....	27