

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Les obligations "survivant au contrat"

dans les contrats internationaux.

par Marcel FONTAINE

Doc. 83/9

Projet de chronique destinée
à être publiée dans Droit et
Pratique du Commerce International.

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

84033804-213
40031

Les obligations "survivant au contrat"

dans les contrats internationaux.

<u>Sommaire.</u>	Pages
INTRODUCTION	12.
I. <u>Aperçu d'ensemble</u>	4.
A. <u>Liquidation du passé</u>	5.
1) Sort des stocks	6.
2) Restitution de documents	7.
3) Restitution des moyens de publicité	8.
4) Effets des commandes antérieures	8.
5) Effets sur les travaux en cours	9.
B. <u>Prolongation dans l'avenir</u>	10.
1) Clauses de non-concurrence	11.
2) Obligations de confidentialité	13.
3) Obligations de garantie	14.
4) Améliorations et perfectionnements	16.
5) Fidélité, exclusivité, premier refus	16.
II. <u>Problématique</u>	17.
1) Clauses expresses et obligations implicites	19.
2) Problèmes de licéité	20.
3) Sanctions	21.
4) Survie parallèle des clauses "générales" du contrat ?	22.
5) Durée et changement des circonstances	23.
CONCLUSION	26.

La théorie classique des obligations situe le contrat dans une période temporelle bien délimitée. Un contrat se forme en un moment précis, lorsque l'offre est acceptée. Il prend normalement fin par l'exécution des engagements des parties, ou par l'arrivée du terme prévu. Il peut prendre fin anticipativement à la suite d'un incident particulier, comme un cas de force majeure, une remise de dette ou une résolution pour inexécution.

L'examen de la pratique révèle que les frontières temporelles des contrats, spécialement des contrats internationaux, sont souvent beaucoup moins précises.

Dans une de ses précédentes chroniques, le groupe de travail avait étudié les lettres d'intention (1). De cette analyse résultait qu'en "amont", la démarcation entre la période précédant le contrat et celle où le contrat est formé était souvent bien difficile à établir. La période des "pourparlers", loin d'être un vide juridique, se révèle riche en manifestations de volontés. Des engagements sont pris pour organiser la négociation. Le contrat lui-même se construit progressivement, par accords successifs de plus en plus élaborés. Parfois même, les parties décident d'entamer l'exécution de leur accord avant sa conclusion définitive.

Qu'en est-il en "aval" ? La nouvelle analyse, dont le groupe de travail présente ici les résultats, démontre que bien souvent, le contrat ne se termine pas non plus de façon tranchée en un moment précis. Si pour l'essentiel, les obligations des parties sont exécutées, le contrat ne se résigne pas à mourir. Il peut "survivre" dans une série d'engagements que l'une ou l'autre partie continue d'assumer.

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

Ces engagements sont de différents types. Certains sont tournés vers le passé. Il s'agit d'organiser la liquidation de la situation que le contrat avait créée entre parties : restitution de documents, sort des stocks, régime des commandes passées antérieurement à la dissolution, etc... D'autres, plus caractéristiques, aménagent une véritable prolongation dans l'avenir de relations contractuelles, qu'il s'agisse soit de maintenir en vigueur certaines obligations (p. ex. un engagement de secret, une clause de non-concurrence), soit d'en faire naître de nouvelles (p. ex. un engagement de fidélité pour la conclusion de contrats futurs).

On tentera d'en donner un aperçu d'ensemble, illustré de clauses extraites de l'échantillon réuni et discuté par le groupe (I), avant de formuler quelques réflexions sur les problèmes juridiques particuliers que peuvent susciter ces clauses "survivant au contrat" (II).

×

×

×

Une remarque préalable cependant. L'expression "obligations survivant au contrat", n'est pas rigoureusement correcte. C'est plutôt le contrat lui-même qui survit à travers ces obligations. Il est bien clair que les obligations en cause trouvent aussi leur source dans le contrat, en vertu de stipulations expresses, voire de manière implicite, sur base notamment du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (1).

(1) Sur ce point, cf. infra, pp. 19-20.

L'expression "obligations survivant au contrat" a cependant le mérite de mettre en évidence le fait que pour l'essentiel, le contrat est exécuté. Les obligations principales des parties ont été prestées (ou sont éteintes pour une autre cause). L'objet vendu, par exemple, a été livré, et le prix payé. Mais le vendeur doit encore sa garantie pour les vices cachés. Le contrat de représentation est arrivé à son terme, après avoir été correctement exécuté. Mais le distributeur reste tenu par une obligation de non-concurrence.

La pratique recourt d'ailleurs souvent à cette terminologie. En voici un exemple :

- *"Termination of this agreement for whatever reason shall not ... affect or prejudice the rights and obligations of the parties pursuant to articles 5.1 , 5.2. 9.8 , 10.4, 10.6, 11.9 and 15.6, which are continuing in nature and shall survive termination".*

I. - LES OBLIGATIONS "SURVIVANT AU CONTRAT" : APERÇU D'ENSEMBLE.

L'échantillon de clauses "survivant au contrat" rassemblé par le groupe de travail était à la fois vaste (plusieurs dizaines de clauses) et très diversifié. On tentera d'en donner un aperçu d'ensemble en proposant une certaine classification et en fournissant chaque fois quelques illustrations caractéristiques. Ces exemples n'épuisent évidemment pas le sujet. La variété des obligations "survivant au contrat" est grande. Mais les obligations décrites ci-dessous nous ont paru particulièrement fréquentes et caractéristiques.

Le but de la présente chronique est de tenter de déboucher, en seconde partie, sur une vue d'ensemble des problèmes communs aux obligations "survivant au contrat". On ne s'attardera donc jamais à chaque type de clause en particulier, quel que soit son intérêt spécifique. On

pourrait par exemple consacrer des chroniques entières aux clauses de confidentialité, aux clauses de non-concurrence ou à celles qui règlent le sort des stocks en fin de contrat. Tel n'est cependant pas l'objet de la présente étude. Le lecteur voudra bien, dans cette perspective, excuser le caractère superficiel du traitement de chaque type de clause individuelle. L'objectif ici poursuivi est de dégager quelques réflexions de caractère global sur l'ensemble de ces clauses.

On regroupera les clauses en deux catégories principales, celles qui se bornent à organiser la liquidation, et celles qui aménagent une prolongation du contrat dans l'avenir.

A. - Liquidation du passé.

Dans une première série d'hypothèses, les obligations en cause ont pour seul objet de liquider la situation que le contrat avait créée.

Le concept de "liquidation" est emprunté au droit des sociétés. Pendant son existence, une société engendre un ensemble de relations complexes qui ne disparaît pas automatiquement lorsque la société est dissoute. Il est nécessaire d'en organiser le règlement final. Pareil problème ne se pose généralement pas à propos des contrats à exécution instantanée, où tout est accompli lorsque les parties ont échangé leurs prestations ; chacun repart avec ce qu'il a reçu de l'autre, et tout est dit (1).

(1) Des problèmes de "liquidation" se posent néanmoins, même dans les contrats à exécution instantanée, lorsque la convention vient à être annulée ou résolue, compte tenu de l'effet rétroactif de ces mécanismes.

Il en va différemment à propos des contrats à long terme, si fréquents dans le commerce international. Ces contrats instaurent et prolongent entre parties un rapport de collaboration qui leur confère des aspects sociétaires marqués. Arrivés à leur terme, ces contrats laissent souvent une situation qui doit être liquidée.

On en donnera quelques exemples.

1) Sort des stocks.

A l'expiration d'un contrat de distribution, l'intermédiaire peut se trouver en possession de stocks du produit. Quel en est le sort ?

Il est parfois stipulé que le producteur se réserve le droit de racheter ces stocks :

- *"Upon termination of this agreement by expiration or otherwise ... X shall have the right, as its option, to notify distributor within thirty days after the effective date of such termination that it will repurchase the entire inventory, or any part thereof, of the products then in possession or under the control of distributor.... Distributor shall make available for collection by X within thirty days after the giving of such notice the products specified in such notice and X shall pay distributor the net price previously paid by distributor to X for such products."*

Plus favorable au distributeur est la clause suivante, qui oblige le producteur au rachat des stocks :

- *"In the event of cancellation or termination of this agreement, the Company shall purchase or cause to be purchased all unsold stocks or Company products from the distributor and representative at the delivered costs to the distributor and representative at its warehouse".*

Une autre solution est de permettre au distributeur de continuer à vendre lui-même ces stocks pendant une période déterminée,

le solde éventuel étant alors racheté par le producteur :

- *"Upon termination of this agreement, X shall have a period of ninety (90) days from the effective date of termination to attempt to sell within the territory any equipment (including spare and replacement parts and accessories) in its stock or possession. At the expiration of such ninety (90) days period, Y agrees to repurchase from X X's remaining stock of equipment (including spare and replacement parts and accessories purchases from Y) in good condition at X's actual cost therefor (ex. works, Y factory)."*

2) Restitution de documents.

Pour l'exécution d'un contrat de transfert de technologie, le donneur a pu remettre divers documents au preneur : plans, guides, manuels, etc... A l'expiration du contrat, leur restitution est souvent stipulée :

- *"...B shall upon termination of this agreement cease to have the aforementioned rights in the...technology and shall be obliged to return all manuals documents and drawings supplied by A hereunder and all copies thereof."*

La clause suivante prévoit aussi la restitution de divers documents, confiés cette fois dans le cadre d'un contrat de distribution :

- *"In case of this agreement being terminated, X shall immediately (but subject to article 14 (4) and at its expense) return to Y or hand over to its duly authorized representative all technical informative material and other sales promotional material, such as price-books, that have been supplied by Y. X shall have no obligation at any time to hand over or reveal to Y its correspondence with customers or customer lists."*

Voici un modèle de clause établi par Orgalime :

- *"Les documents et matériels énumérés à l'article ... étant considérés de convention expresse comme restant la propriété du fournisseur, à l'expiration du contrat, le preneur devra restituer tous les plans, documents et outillages reçus, dans l'état où ils se trouveront et sans en garder de reproduction." (1).*

(1) Clause citée par J.M. DELEUZE, Le contrat de transfert de processus technologique, p. 187.

3) Restitution des moyens de publicité.

Un distributeur se voit souvent confier des moyens de publicité relatifs au produit qui fait l'objet du contrat. Leur restitution peut être prévue (ou parfois, leur destruction) :

- *"Distributor covenants and agrees that it will, at its own cost, remove immediately from its place of business, and destroy, or surrender to X all signs, boxes and advertising materials which make any mention of or reference to ... or any of the ... or specifically by name any of the products."*
- *"A la fin du contrat, le concessionnaire est tenu de restituer au fabricant tous les moyens de publicité et autres documents visés au chapitre III art. 13, mis à sa disposition et qui se trouvent en sa possession."*

4) Effets des commandes antérieures.

Lorsqu'un contrat de distribution prend fin, quels seront les effets des commandes transmises par le distributeur avant l'extinction de la convention ?

Le premier problème est de savoir si ces commandes seront exécutées. Voici, à cet égard, une clause très radicale :

- *"Upon termination X shall have no obligation to deliver, and distributor shall have no obligation to accept any products which are the subject of unfulfilled orders of distributor accepted by ... before such termination."*

La solution contraire paraît plus fréquente :

- *"The company further agrees to fulfil any orders placed on the distributor and representative and remaining outstanding at the date when cancellation or termination becomes effective and will indemnify the distributor and representative in respect of any claims arising out of a failure to fulfil such orders."*

Un autre problème relatif aux commandes antérieures à la rupture du contrat est celui du droit aux commissions de l'intermédiaire

lorsque les commandes sont exécutées. Les deux clauses suivantes concernent cette question délicate :

- *"Les affaires qui auront été transmises par l'agent avant l'expiration du contrat et qui aboutiront à la conclusion d'une vente ou plus tard ... semaines / mois après cette date ouvriront droit à la commission prévue à l'article 18." (1).*
- *"Toutes les affaires en cours, mais non encore conclues à la date d'effet de la résiliation du lien contractuel ayant fait l'objet d'une remise d'offre antérieure, donneront droit au profit du représentant, dans les conditions de l'article 5.6. ci-dessus et dans les limites de l'offre remise, à une commission égale à 50 % de son taux normal, à condition que la commande correspondante soit définitivement acquise à l'entreprise dans les six mois de la date d'effet de la résiliation du lien contractuel."*

5) Effets sur les travaux en cours.

Lorsqu'un contrat de construction prend fin prématurément, le sort des travaux entamés doit être réglé. Le problème est extrêmement vaste, en fonction notamment du droit applicable et de la cause de la résiliation (manquement de l'entrepreneur, force majeure, décision unilatérale du maître de l'ouvrage, etc...). Voici un exemple d'aménagement contractuel du problème, dans un contrat de sous-traitance, en cas de résiliation par l'entrepreneur principal :

- *"Contractor may, at its option, terminate sub-contract at any time in whole or in part by written notice thereof to sub-contractor whether or not sub-contractor is in default and whether or not main contract is subject to termination. Upon receipt of any such notice, sub-contractor shall, unless the notice directs otherwise, immediately discontinue works on the date and to the extent specified in the notice ; place no further orders or sub-contracts for materials, equipment, services or facilities except as may be necessary for completion of such portion of the work as is not discontinued ; promptly make every reasonable*

(1) Clause extraite du Modèle de contrat d'agence exclusive avec une société étrangère, établi par Orgalime (art. 29, variante A).

effort to proceed with cancellation upon terms satisfactory to contractor of all orders, sub-contracts and rental agreements to the extent they relate to the performance of work discontinued and shall thereafter do only such work as may be necessary to preserve and protect work already in progress and to protect materials, plant and equipment at the project site or in transit thereto."

Le sort des travaux en cours n'est évidemment pas la seule question à résoudre en cas d'extinction anticipée d'un contrat de construction. D'autres clauses fréquentes concernent le sort de la rémunération due au constructeur, ainsi que le problème des indemnités éventuellement dues par l'une ou l'autre des parties.

B. Prolongation dans l'avenir.

La première série de clauses qui viennent d'être présentées, relatives à la "liquidation" du contrat, lui "survivent" dans la mesure où elles trouvent à s'appliquer lorsque le contrat a pris fin. Mais elles ne prolongent pas le contrat à proprement parler. Elles organisent le règlement final des relations entre parties, de manière à arriver au plus tôt à une situation où plus rien ne les liera l'une à l'autre.

D'autres clauses, par contre, visent à maintenir certaines obligations contractuelles pour l'avenir. Il s'agit vraiment ici d'aménager une "survie" durable de certains liens juridiques après l'extinction des obligations principales. Tantôt, les obligations en cause existaient déjà, et elles voient leur durée prolongée ; tantôt, au contraire, il s'agit d'obligations nouvelles qui ne commencent à produire leurs effets qu'au moment où, pour l'essentiel, le contrat a pris fin. La première hypothèse se rencontre le plus souvent lorsque l'exécution du contrat s'est inscrite dans la durée, c'est-à-dire en présence d'un contrat à exécution successive ; la seconde hypothèse caractérise les contrats à exécution instantanée, mais on la rencontre également dans certains contrats à exécution successive. On

relèvera des illustrations de ces deux hypothèses respectives dans les exemples qui suivent.

Rappelons que l'objectif n'est pas ici d'étudier chaque clause en tant que telle, mais de présenter un éventail aussi large que possible de clauses diverses "survivant au contrat", afin d'en dégager les problèmes communs.

1) Clauses de non-concurrence.

De nombreux contrats imposent à l'une ou l'autre des parties de s'abstenir de diverses formes de concurrence à l'égard de son partenaire.

Ainsi, en cas de vente d'entreprise ou de cession de fonds de commerce, le vendeur s'engage habituellement à ne pas faire concurrence à son acquéreur. L'obligation est stipulée pour une certaine durée. Elle "survit" donc au contrat de vente, qui s'exécute instantanément par la livraison et le paiement du prix. En voici une illustration :

- *"Le vendeur s'interdit le droit de tenir, créer, s'intéresser directement ou indirectement, à un fonds de commerce de même nature que celui vendu ce jour, en Europe, à peine de dommages et intérêts envers l'acheteur et ce, pendant une durée de cinq ans."*

Un contrat de vente de produits, par contre, ne semble normalement pas devoir comporter d'obligation de non-concurrence à charge du vendeur. Le groupe en a cependant rencontré un exemple, dans un cas où le produit vendu avait été fabriqué par le vendeur selon les spécifications de l'acheteur :

- *"The seller undertakes that, for a period of five (5) years from and after the date of this agreement, it will not engage in any manner in a business competitive with the ... business."*

Dans un contrat de transfert de technologie, le fournisseur s'engage souvent, pendant la durée du contrat, à ne pas concurrencer lui-même le preneur ; il est rare qu'une telle obligation survive au contrat. En ce qui concerne le preneur, l'expiration du contrat met normalement fin à l'autorisation d'utiliser le procédé, ce que confirme la clause suivante, exprimant une obligation post-contractuelle de ne pas faire :

- *"A l'expiration anticipée, normale ou prorogée du présent contrat, le preneur s'interdit de continuer à faire usage du processus technologique communiqué ou de laisser continuer cette activité par des tiers".(1).*

Mais la solution contraire peut être stipulée :

- *"A l'expiration normale du contrat, le preneur pourra continuer à fabriquer le produit ou le matériel et à utiliser les techniques et procédés portés à sa connaissance par le fournisseur sans avoir à payer de rémunérations." (2).*

Les clauses de non-concurrence trouvent un domaine d'élection dans les divers types de contrats de distribution. L'intermédiaire assume souvent une obligation de non-concurrence pendant la durée même du contrat, mais cette obligation se voit souvent prolongée au-delà du terme :

- *"The representative agrees that he will not directly or indirectly represent for the purpose of sales or solicitation of sales or for any other purpose a concern which makes or sells equipment or products similar to that produced by the company and that he will not in any manner compete directly or indirectly with the company unless special written consent has been given by the company, and that he will not solicit orders or take orders for a competitor of the company for a period of ninety (90) days following the termination or cancellation of this contract, and that a period of ninety (90) days following the termination or cancellation of this contract he shall refrain from competing with the company or offering sales leads to other manufacturers, sales representatives or sales agencies of similar equipment and products of the company on any active sales prospect underway at the time of representative's departure from employment as representative for the company."*

(1) Clause citée par J.M. DELEUZE, op. cit., p. 186.

(2) Clause établie par Orgalime, citée par J.M. DELEUZE, op. cit., p. 187.

2) Obligation de confidentialité.

Pour l'exécution, ou à l'occasion de l'exécution de contrats très divers (emploi, distribution, sous-traitance, recherche, transfert de technologie, etc...), des informations confidentielles sont portées à la connaissance des parties. Le contractant qui détenait originellement ces informations veille le plus souvent à interdire à son partenaire de les divulguer à des tiers. Une telle obligation, d'abord prévue pendant la durée du contrat, est presque toujours prolongée dans le temps de manière expresse.

En voici quatre exemples, issus de contrats variés :

Contrat d'emploi :

- *"The executive shall not, either during the continuance of his employment hereunder, except as required in the performance of his duties, or after termination thereof, for whatever reason, disclose, publish or communicate to any person, firm or corporation :*
 - (i) any trade or business secrets or confidential information of the company or the affiliate or their clients, or of any affiliate of the company or their respective personnel ;*
 - (ii) any information received or obtained in relation to the affairs of the company or the affiliate or their clients, or of any affiliate of the company, or their respective personnel ;*
 - (iii) the working of any process or invention which is now or may in the future be carried on or used by the company or the affiliate or the clients, or any affiliate of the company or which the executive may make or discover while employed hereunder."*

Contrat de sous-traitance :

- *"10. Sub-contractor's confidentiality
Sub-contractor agrees that he shall not, without the prior written consent of contractor, disclose or make available to any person, other than contractor, or use, directly or indirectly, except for the performance and implementation of the sub-contract, any information acquired from contractor or its subsidiaries or affiliate, or from any other source in connection with the performance of the sub-contract."*

Contrat de vente :

- *"Dans la mesure où l'acheteur et le vendeur, au cours de la réalisation du contrat, ont connaissance de résultats technico-scientifiques, de secrets d'entreprise, de prix, de procédés de production, de brevets, entre autres, des entreprises concernées de la partie adverse ou si des documentations techniques lui sont remises par ces entreprises, ils sont alors tenus au secret. Ceci est également valable après la résiliation du contrat."*

Contrat de recherche :

- *"Les parties s'engagent à garder strictement confidentielles toutes les informations communiquées par l'autre partie et tous les résultats obtenus du travail de collaboration de ce contrat. Cet engagement de secret ne s'applique pas à :
 1 - ce qui est déjà en possession de chaque partie au moment de l'accord;
 2 - ce qui est maintenant de connaissance publique ou qui devient ensuite de connaissance publique à travers les voies d'information ordinaires. La clause de discrétion survit pendant cinq années à l'échéance de ce contrat."*

3) Obligations de garantie.

Les obligations de garantie, dues par certains contractants, peuvent souvent se ranger parmi les obligations "survivant" au contrat. Elles produisent leurs effets après que les obligations essentielles aient été exécutées, par exemple la livraison de l'objet par le vendeur, ou l'achèvement de la construction par l'entrepreneur.

De telles obligations sont en général organisées par le droit applicable lui-même, et les clauses conventionnelles qui leur sont relatives ont le plus souvent pour objet d'aménager les solutions du droit commun, afin de les rendre plus ou moins rigoureuses, ou encore mieux adaptées aux objectifs poursuivis par les cocontractants.

Les exemples sont innombrables et bien connus. On se bornera à citer quelques clauses de nature particulière.

Ainsi, l'obligation de garantie due par le vendeur ou le constructeur est-elle souvent accompagnée d'un engagement de maintenir suffisamment longtemps un stock de pièces de rechange, voire même du personnel qualifié :

- *"Unless the principal shall have made reasonable alternative arrangements for supply of spare parts to customers the principal shall for a period of ten years after notice of termination use all reasonable means to supply all orders from the distributor for spare parts up to quantities needed for the products sold by the distributor prior to the termination of this agreement provided that if this agreement is terminated in accordance with sub-clauses (ii), (iii) or (iv) of clause 7(a) the principal shall not be obliged to supply such spare parts to the distributor but may supply them directly to such persons as may be in possession of the products."*
- *"Al final del periodo de garantia, X se compromete con relacion a Y a mantener en Mexico personal capacitado durante los diez anos siguientes para corregir los defectos del equipo que Y no pudiera corregir. Los gastos correspondientes se facturaran en las condiciones vigentes a esa fecha.
Durante un lapso de diez anos X se compromete a conservar disponibles ya sea las refacciones originales o sus equivalentes para cubrir las necesidades de mantenimiento de Y y/o su cliente."*
- *"Seller shall assign one (1) qualified service representative at buyer's main base of operation or other location as buyer may direct. Such assignment shall commence approximately one (1) month prior to the month specified in this agreement for delivery of buyer's first aircraft hereunder and continue for at least one (1) year after the delivery of buyer's last aircraft hereunder."*

Certains contrats imposent au garant l'obligation de couvrir son engagement par une assurance appropriée :

- *"La société étant également responsable de la sécurité des constructions, s'engage à contracter les assurances nécessaires couvrant sa responsabilité à l'égard du client pendant 10 ans à partir de la réception provisoire des bâtiments."*

La garantie contre les troubles de droit est fréquemment aménagée dans certains contrats, spécialement à propos des litiges de

propriété industrielle. Il s'agit souvent de mettre la procédure de défense en justice à charge de l'une ou l'autre des parties :

- "16.1 Le preneur de commande déclare qu'il n'y a aucun droit de propriété industrielle faisant obstacle à l'exploitation du four conformément aux termes de ce contrat et, en particulier, qu'aucun droit de tiers ne peut entraver la vente mondiale des produits fabriqués par l'installation.
16.2 Si endéans un délai de 10 ans après la réception du four, il se révèle qu'une violation de ce droit existe, le preneur de commande est obligé d'entreprendre immédiatement, à ses propres frais et après accord préalable de ..., les dispositions pour remplir son obligation aux termes du § 16.1."

4) Communication des améliorations et perfectionnements.

Les contrats de transfert de technologie permettent parfois au preneur de continuer à utiliser les connaissances transmises après l'expiration du contrat. On en a donné une illustration (1). Mais les parties prévoient parfois une obligation survivant au contrat de se communiquer réciproquement les améliorations et perfectionnements qu'elles mettraient au point à l'occasion de la poursuite de l'exploitation du procédé :

- "Les parties se communiqueront réciproquement à titre informatif et gratuit, pendant une période de 5 ans à partir de la réception de l'installation objet du présent contrat, toutes les innovations, améliorations, perfectionnements et informations techniques supplémentaires qui seront en leur possession et dont elles ont la libre disposition concernant le fonctionnement et l'exploitation de l'installation objet du présent contrat, ainsi que le procédé de fabrication utilisé."

5) Fidélité, exclusivité, premier refus.

L'extinction du contrat a marqué la fin d'une période de collaboration entre parties. Il est parfois stipulé que si dans l'avenir, l'un ou l'autre des cocontractants venait à conclure une nouvelle convention

(1) Cf. supra, p. 12.

de ce type, il devrait le faire avec son partenaire initial, ou tout au moins, donner un premier choix à celui-ci.

Voici deux exemples, déjà utilisés dans une précédente chronique du groupe de travail (1) :

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

II. - LES OBLIGATIONS "SURVIVANT AU CONTRAT" : PROBLEMATIQUE.

Les illustrations qui viennent d'être présentées témoignent de la fréquence et de la diversité des clauses organisant des obligations "survivant au contrat". L'extinction d'un contrat, par l'exécution des prestations principales, par l'arrivée du terme ou par toute autre cause, est rarement complète. Les parties restent souvent tenues à certaines obligations résiduelles, soit pour achever de liquider leur passé contractuel, soit, de manière plus caractéristique, pour prolonger dans le temps divers engagements.

(1) Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause du premier refus dans les contrats internationaux, O.P.C.I., 1978, pp. 185-220.

Nombre de ces clauses, on l'a dit, mériteraient une analyse spécifique approfondie. Mais on n'entrera pas dans cette voie. L'objectif est ici de tenter de dégager quelques problèmes communs aux obligations "survivant au contrat".

Le sujet n'a guère été exploré jusqu'ici. On mentionnera cependant une intéressante étude de M. Le Stanc sur la responsabilité post-contractuelle (1). L'auteur y distingue la "survie" du contrat, où certaines obligations se prolongent au-delà du terme apparent de la convention, et où d'autres obligations prennent effet, du "souvenir" du contrat, cas où les conditions de la responsabilité délictuelle sont affectées par l'existence antérieure d'un contrat entre les intéressés (par exemple, l'appréciation du caractère déloyal de la concurrence faite par une personne à son ancien employeur, en dehors de toute clause de non-concurrence). Ce sont principalement les développements sur la "survie" du contrat qui coïncident avec l'objet de la présente chronique.

Les discussions du groupe de travail ont mis en lumière une série de questions suscitées par le phénomène des obligations survivant au contrat. Ces obligations existent-elles en l'absence d'une clause expresse ? Les clauses prolongeant certains effets du contrat sont-elles toujours licites ? Quelles sont les sanctions en cas d'inexécution ? Le maintien de certaines obligations particulières n'entraîne-t-il pas la "survie" parallèle de certaines clauses générales du contrat ? Quelle est la durée de ces obligations "survivant" au contrat, notamment en cas de changement des circonstances ? Ces différentes questions seront successivement reprises.

(1) Chr. LE STANC, Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? Jur. Cl. Pér., éd. comm. et ind., 1978, n° 12735.

1) Clauses expressees et obligations implicites.

C'est intentionnellement que le titre de la présente chronique se réfère aux "obligations", et non aux "clauses" survivant au contrat. Si le groupe de travail, selon sa méthode habituelle, a principalement alimenté sa discussion à l'aide de clauses extraites de contrats vécus, le sujet mérite d'être situé dans un contexte plus large. Certaines des clauses envisagées créent des obligations qui ne naîtraient pas sans elles. Mais souvent, les stipulations conventionnelles ne font qu'aménager selon les vœux des parties des droits et obligations existant déjà de manière implicite.

Le droit commun, en effet, n'ignore pas le phénomène des obligations survivant au contrat, même si la théorie juridique en est restée peu consciente.

Dans certains cas, en effet, c'est la loi elle-même qui les prévoit. La garantie due par le vendeur pour les vices de la chose, ou celle due par l'entrepreneur pour les vices de la construction, font l'objet de textes particuliers dans la plupart des législations (1). Des obligations de confidentialité sont pareillement organisées par diverses réglementations (2). En de tels cas, des obligations survivent donc au contrat en dehors de toute stipulation expresse.

Parfois, la loi est muette, mais la jurisprudence consacre la survie de certaines obligations sur base de fondements divers,

(1) Cf. par exemple les articles 1641 à 1649, 1792 et 2270 du Code Napoléon.

(2) Cf. par exemple l'article 321a du Code suisse des obligations, à propos du contrat de travail.

comme une interprétation extensive de l'obligation de garantie, ou le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. On évoquera par exemple la jurisprudence française relative à la reprise des stocks à l'expiration d'un contrat de concession (1), ou telle décision allemande reconnaissant dans le chef de l'ex-bailleur, après l'extinction du bail, l'obligation de faire suivre son courrier à l'ex-locataire (2).

Lorsque la loi organise certaines obligations post-contractuelles, ou lorsque la jurisprudence les reconnaît, les clauses expresses présentent l'intérêt de substituer à ces régimes de droit commun les solutions choisies par les parties. On réservera évidemment le problème de la licéité, qui va être évoqué. Mais les réflexions qui précèdent conduisent à un premier conseil aux négociateurs. L'inventaire des aspects post-contractuels susceptibles de faire l'objet d'une stipulation expresse doit être accompagné de l'étude du régime applicable, selon la loi du contrat, en l'absence de toute clause. Pour être pleinement efficace, l'aménagement conventionnel d'une obligation doit en effet reposer sur une bonne connaissance du droit commun auquel il est dérogé.

2) Problèmes de licéité.

Des problèmes spécifiques de licéité se posent à propos de certaines clauses prévoyant des engagements "survivant" au contrat. De telles clauses sont évidemment invalides lorsqu'elles entendent déroger à une législation impérative ou d'ordre public. Elles peuvent aussi contrevenir à certains principes généraux.

Dans la plupart des systèmes juridiques, par exemple, les clauses de non-concurrence ne sont valables qu'assorties de certaines

(1) Cf. Chr. LESTANC, op. cit., n° 32, et les références citées.

(2) R.G. 161, 338.

limitations spatiales et temporelles. Il n'est permis de renoncer à certaines activités économiques que dans une région déterminée, ou pour un temps limité (1). Le principe de la liberté du commerce est en cause.

On connaît aussi les restrictions à l'autonomie contractuelle qu'apporte le droit de la concurrence dans le domaine des contrats de transfert de technologie. Certaines obligations conventionnelles ne sont licites que pendant la durée de validité des droits de propriété industrielle auxquels elles sont liées. Le contrat ne peut prévoir des engagements dépassant cette durée ; au-delà, l'obligation devient illicite (2).

3) Sanctions.

Quelles sont les sanctions attachées à l'inexécution des clauses prévoyant des obligations "survivant" au contrat ?

Si rien n'est expressément prévu, le créancier de pareilles obligations risque de se trouver fort démuné. Il dispose évidemment des recours en exécution forcée ou en dommages-intérêts que peuvent lui réserver le droit applicable. Mais le contrat étant exécuté pour l'essentiel, la mécanique de la responsabilité contractuelle est partiellement dérégulée, et certains moyens de défense peuvent être perdus. L'exception d'inexécution, par exemple, n'est plus disponible si le co-contractant lésé n'est plus lui-même tenu d'obligations corrélatives,

(1) Cf. par exemple, J.L. BERGEL, Les clauses de non-concurrence en droit positif français, Etudes offertes à Alfred Jauffret, pp. 21-62 ; H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, I, n° 91.

(2) Cf. le projet de règlement de la Commission de la C.E.E. concernant l'application de l'article 85 § 3 du traité à des catégories d'accords de licence de brevets, art. 1er, 2° b ; art. 2, 1°, 2) ; art. 3, 2° (J.O.C.E., C58, 3 mars 1979).

ce qui sera souvent le cas (1). La résolution du contrat pour inexécution risque d'être refusée, là où elle est soumise à l'appréciation du juge (cf. l'article 1184 du Code civil français), si elle est demandée à l'occasion du manquement à une simple obligation post-contractuelle, les prestations essentielles ayant été correctement exécutées.

Il est donc prudent, lors de la rédaction d'une telle clause, de s'interroger sur l'opportunité de l'assortir de sanctions renforcées, par exemple d'une clause pénale adéquate (2). Les négociateurs y sont trop rarement attentifs ; la très grande majorité des clauses examinées par le groupe ne stipulaient aucune sanction particulière.

4) Survie parallèle des clauses "générales" du contrat ?

Le contrat a pris fin pour l'essentiel, mais les parties restent liées par une clause qui lui "survit", par exemple une obligation de garantie ou un engagement de confidentialité. Cette clause reste-elle vraiment isolée ? Certaines des clauses "générales" du contrat ne l'accompagnent-elles pas dans sa survie ?

Supposons par exemple que le contrat ait prévu que les différends seraient réglés par arbitrage ; ou que les tribunaux compétents seraient ceux de telle ville ; que le droit applicable serait le droit français ; qu'une clause élaborée aménage les conséquences d'événements

(1) Là-même où cette exception reste applicable, elle peut s'avérer très peu efficace. Ainsi, si le vendeur d'une machine manque à son obligation de fournir les pièces de rechange promises, l'acheteur ne sera pas tenu d'en payer le prix ; mais on perçoit immédiatement l'insuffisance du remède.

(2) Sur les clauses pénales, cf. la précédente chronique du groupe, D.P.C.I., 1982, pp. 401-442.

de force majeure, ou d'un bouleversement des circonstances (hardship). De telles stipulations perdent-elles toute portée avec l'exécution du contrat pour l'essentiel ? Ou au contraire, peuvent-elles encore être évoquées en cas de difficulté concernant l'exécution des obligations qui "survivent" ?

On se référera sans doute à la manière dont ces clauses sont rédigées. Leur libellé peut revêtir un degré de généralité suffisant pour qu'elles s'appliquent à toutes les obligations nées du contrat, quel que soit le moment où elles s'exécutent. Des difficultés peuvent néanmoins surgir si les rédacteurs de ces clauses n'avaient pas à l'esprit le cas des obligations post-contractuelles : le "rééquilibrage" de la situation des parties que prévoirait une clause de hardship, par exemple, n'a guère de sens si le bouleversement des circonstances n'affecte plus qu'une obligation unilatérale.

Dans des cas exceptionnels, le groupe a rencontré des stipulations organisant expressément la "survie" de certaines clauses générales. Ainsi, une clause d'arbitrage se termine par la disposition suivante :

- *"10c. Cette clause survit à la résolution du contrat dans la mesure où il y ait matière qu'on puisse déférer à l'arbitrage."*

La précision est utile. Mais elle crée le risque d'un raisonnement a contrario, à propos d'autres clauses "générales" ne comportant pas pareille indication.

5) Durée et changement des circonstances.

Si diverses obligations "survivent au contrat", cette "survie" n'est elle-même pas éternelle.

Les obligations relatives à la liquidation du passé sont souvent à exécution immédiate. La restitution des documents et des moyens de publicité, par exemple, doit s'effectuer sans atermoiement. Parfois, cependant, un bref délai est prévu, comme on en a vu des illustrations à propos de la vente des stocks, ou de leur reprise, et du maintien temporaire du droit aux commissions sur les commandes antérieures.

Le problème est tout différent en ce qui concerne les obligations qui prolongent le contrat dans l'avenir. Par définition, ces obligations sont inscrites dans la durée. Mais quelle durée ?

Le plus souvent, un terme est prévu. Il en va parfois de la licéité même de la clause : on l'a souligné à propos des clauses de non-concurrence, ainsi qu'à propos de celles qui sont relatives à un droit de propriété industrielle à durée limitée. Des termes exprès ont également été rencontrés à propos des clauses modalisant les obligations de garantie, notamment en ce qui concerne les pièces de rechange et le maintien d'un personnel spécialisé.

Dans d'autres cas, cependant, les rédacteurs des clauses, consciemment ou inconsciemment, ne prévoient pas de terme. On en a trouvé des exemples dans plusieurs des clauses de confidentialité citées plus haut, ainsi que dans les illustrations des clauses de premier refus. De tels engagements lient dès lors le débiteur pour une durée indéterminée.

Lorsqu'une clause "survit" au contrat jusqu'à une échéance éloignée, ou pour une durée indéterminée, quelle peut être l'incidence d'un bouleversement des circonstances qui l'ont vue naître ? Une obligation qui se prolonge ainsi en porte-à-faux semble particulièrement vulnérable à de tels changements.

Une clause de non-concurrence lie pour cinq ans un ancien cocontractant. Pendant cette période, l'entreprise créancière de

l'obligation disparaît du marché. Le débiteur doit-il encore respecter son engagement ? Le problème est délicat, car le créancier ne disparaît pas juridiquement au moment où l'entreprise ferme ses portes. Personne physique, le créancier survit avec ses droits, et les transmet éventuellement à ses ayants-cause universels. Personne morale, l'entreprise survit pendant la durée de sa liquidation, et ses droits sont éventuellement cédés à une autre entreprise. Il n'empêche que si l'activité économique cesse d'être exercée, l'obligation de non-concurrence n'a plus de sens. On rejoint dès lors les délicats problèmes du traitement du bouleversement des circonstances dans les différents systèmes juridiques ; on renverra à d'autres études parues sur ce sujet dans la présente revue (1). Au stade de la rédaction de pareille clause, il serait évidemment possible de prévoir l'extinction de l'engagement de non-concurrence lorsque l'entreprise créancière abandonne les activités concernées.

Des problèmes analogues peuvent se poser à propos d'autres obligations, et d'autres types de changements de circonstances. Quel est par exemple le sort d'une obligation de confidentialité si le secret protégé vient à tomber dans le domaine public ? Un engagement de premier refus doit-il toujours être exécuté si l'entreprise créancière est passée sous le contrôle d'un groupe concurrent ?

Une autre situation mérite d'être évoquée. Un contrat prévoit diverses obligations destinées à lui "survivre". Avant d'arriver à son terme normal, cependant, le contrat donne lieu à un litige entre parties, et la résiliation en est prononcée par un tribunal. Cette résiliation anéantit-elle les obligations qui devaient "survivre" ? Dans cer-

(1) Cf. les clauses de hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1976, pp. 10-12, 45-49; H. LESGUILLONS, Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, O.P.C.I., 1979, pp. 507-532.

tains cas, la question peut être importante. Avant la résiliation, les parties ont par exemple pu se communiquer des informations confidentielles, et la clause de secret conserve tout son sens, même si le contrat a pris fin, sans avoir été correctement exécuté. Un plaideur avisé demandera au juge que la résiliation laisse subsister de telles obligations.

X

X

X

Les obligations "survivant au contrat" constituent un ensemble trop disparate pour permettre une synthèse beaucoup plus élaborée. Le phénomène, néanmoins, vaut d'être mis en évidence. Il permet de nuancer "en aval" les idées reçues sur la durée des contrats, comme l'étude des lettres d'intention avait conduit à reconsidérer le problème "en amont". Les quelques réflexions qui précèdent devraient également attirer l'attention des négociateurs de contrats sur un certain nombre de difficultés, souvent susceptibles d'être rencontrées, ou atténuées, par une rédaction adéquate des clauses.