

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

La prévention des litiges contractuels :

modes de prévention interne

par M. FONTAINE

et B. HANOTIAU

Doc. 85/3

Rapport présenté au Colloque
organisé par le CEPANI,
le 10 octobre 1984.

La prévention des litiges contractuels :

modes de prévention interne

par M. FONTAINE et B. HANOTIAU (1)

1. Les modes de prévention des litiges traités dans le présent rapport ressortissent à la prévention interne, c'est-à-dire au fait pour les parties elles-mêmes, sans l'intervention de tiers, de recourir à divers procédés susceptibles d'éviter les conflits. Notre thème se distingue ainsi des modes de prévention technique, où interviennent des experts, des modes de prévention externe, où il est recouru à des tiers conciliateurs ou "régulateurs", et des modes de prévention juridictionnelle, faisant appel aux tribunaux ou aux collèges arbitraux. La prévention interne ne met en cause que les parties elles-mêmes. Nous tenterons ici de faire l'inventaire des différents procédés disponibles en vue de prévenir les litiges tout en restant entre soi.

2. De l'avis de vos rapporteurs, il s'agit d'un thème piège. Le sujet est nouveau dans son approche, c'est-à-dire qu'il y a peu de littérature à consulter. Mais son traitement conduit à énoncer une série de conseils de bon sens qui ressemblent parfois à des lieux communs. Exposer par exemple qu'il y a intérêt à ce qu'un contrat soit bien rédigé et qu'il ne soit pas trop déséquilibré, n'a rien d'original. Cela doit cependant être redit dans ce contexte, car de tels préceptes occupent une place de choix parmi les modes de prévention interne, même s'ils sont bien connus.

(1) Les n°s 1 à 11 et 34 à 41 ont été rédigés par M. FONTAINE, les n°s 12 à 33 par B. HANOTIAU.

3. Nous évoquerons cependant d'autres aspects peut-être plus originaux, en insistant notamment sur les problèmes liés à la rédaction de certaines clauses particulières, ainsi que sur la source de litiges souvent méconnue qui résulte de la mauvaise coordination d'un contrat avec des contrats connexes. Dans son rapport qui prolonge le nôtre, Me Didier Matray envisage par ailleurs l'existence éventuelle d'une obligation générale de prévenir les litiges qui serait liée au principe de l'exécution de bonne foi.

4. La prévention interne peut être implicite ou explicite. Elle est implicite lorsqu'elle résulte du recours à divers procédés qui sont susceptibles d'éviter la naissance de litiges, mais qui ne se présentent pas comme ayant cet objet. Elle est explicite dans le cas contraire.

I. Prévention implicite

5. Parmi les modes de prévention implicites, nous envisagerons successivement la qualité générale du contrat, l'équilibre du contrat, la précision des engagements et des sanctions, la détermination du droit applicable, la détermination des intentions des parties et la coordination avec d'autres contrats.

a) Qualité générale du contrat

6. Lorsqu'un litige se fait jour, il est rare que le manquement reproché au débiteur ne fasse de sa part l'objet d'aucune discussion. En général, le débiteur conteste sa responsabilité, et il le fait souvent sur base d'arguments qui reposent sur le contrat lui-même. A cet égard, la discussion est possible si le contrat n'est pas suffisamment clair ni précis quant aux obligations des parties.

Les problèmes liés à l'imprécision dans la définition des obligations respectives, des cas d'exonération et des sanctions seront traités plus loin. Nous voudrions ici mettre en évidence quelques déficiences plus formelles du contrat, liées à sa construction, à sa structure, à sa langue et particulièrement à la terminologie juridique employée.

1. Structure du contrat

7. Il est fréquent qu'un contrat soit le résultat d'une longue évolution dans la pratique du cocontractant, voire même de la branche où il exerce son activité. On est parti d'un premier modèle ou de plusieurs modèles, et cette version initiale a été modifiée et complétée au gré des circonstances et des difficultés rencontrées. Le résultat final ressemble souvent à un collage désordonné.

Un tel désordre présente de nombreux inconvénients. Il multiplie les chances de lacunes, de contradictions, de répétitions, de mauvaise intelligibilité du contrat. Il y a intérêt à veiller à ce que le contrat soit construit selon un plan d'ensemble, que les clauses se succèdent dans un ordre logique, qu'elles soient éventuellement subdivisées en chapitres, en sections et en paragraphes, que des titres et des sous-titres, à condition qu'ils correspondent adéquatement au contenu, soient insérés de manière à faciliter l'orientation dans le contrat. Cette systématisation dans la rédaction permet de mettre en évidence les lacunes à combler ou les répétitions à éliminer.

Ce premier conseil fera sans doute l'unanimité. Mais dans la hâte d'achever une négociation, il est trop souvent mal appliqué.

(1) Cfr. infra, n°s 12 et suiv.

2. Qualité de la langue

8. Nous n'abordons pas encore ici le problème de la terminologie juridique, dont il sera question plus bas, mais celui de la qualité de la langue courante. Les contractants ont tout à gagner de l'emploi d'une langue correcte, d'une syntaxe, voire d'une ponctuation précise, de manière à prévenir les problèmes d'interprétation ultérieurs. Que l'on songe par exemple aux longues controverses jurisprudentielles suscitées par un problème de virgules dans l'article 4 de la loi du 1er juillet 1956 et l'article 7 du contrat-type d'assurance R.C. automobile, à propos de l'exclusion du conjoint! Voici ce texte :

- *"Ne peuvent bénéficier de l'indemnité d'assurance :*

- 1) Le conducteur du véhicule désigné ainsi que le preneur d'assurance et tous ceux dont la responsabilité civile est couverte par le contrat ;*
- 2) Le conjoint des personnes visées au numéro précédent, ainsi que leurs parents et alliés en ligne directe, à la condition qu'ils habitent sous leur toit et soient entretenus de leurs deniers ..."*

- La double condition de cohabitation et d'entretien ne concerne-t-elle que les parents et alliés en ligne directe, ou s'applique-t-elle également au conjoint (1) ?

Une attention toute particulière doit être prêtée à cet aspect de la prévention des litiges, lorsque la langue du contrat n'est pas celle des parties. Le sort subi par l'anglais dans de nombreux contrats internationaux est à cet égard édifiant.

(1) Sur ce problème, cfr. notamment J. MAHAUX, Le sort du conjoint de l'assuré dans l'assurance R.C. automobile, Rev. Gén. Ass. Resp., 1981, n° 10.401.

3. Qualité de la terminologie juridique

9. Il est évidemment essentiel que les rédacteurs d'un contrat utilisent des termes corrects sur le plan juridique.

On regrettera par exemple cet emploi, fréquent dans les polices d'assurance, du terme "subrogation", là où il ne peut être question que de "cession de créance" :

- *"La compagnie est subrogée par le seul fait de la police dans les droits du bénéficiaire de l'indemnité" (1).*

Combien de fois les praticiens ne confondent-ils pas "annulation" et "résolution" ... (2). Tel est notamment le cas dans cette clause extraite de conditions générales de vente :

- *"Il nous sera permis d'annuler purement et simplement les commandes en cas de non-paiement d'une livraison partielle ou complète ou en cas de modification sérieuse dans l'état de l'acheteur, soit insolvabilité, soit faillite, incapacité ou tout autre événement similaire et notoire. Pour les mêmes raisons, il nous sera permis de réclamer paiement immédiat de toutes créances que nous pourrions avoir sur le client ou d'exiger des cautions".*

En droit anglais, les notions de "penalty" et de "liquidated damages" se distinguent nettement, avec d'importantes conséquences sur le plan de leur validité (3). Les voilà cependant confondues dans la clause suivante :

(1) Sur ce problème, cfr. M. FONTAINE, Droit des assurances, 1975, n° 33.

(2) Cfr. P.H. DELVAUX, Les clauses résolutoires expresses et les clauses aménageant l'exception d'inexécution, dans Centre de Droit des Obligations, La rédaction des conditions générales contractuelles, 1985, pp. 103-104.

(3) Cfr. P. ELLINGTON, Penalty Clauses : England, Dr. Prat. Comm. Int., 1982, pp. 507-514.

- *"Section 15. Liquidated Damages.*

This shall comprise the following and be paid in foreign currency.

15.1 Delay Penalty ...

15.2 Performance Penalty ...".

La langue juridique est une langue technique ; son emploi doit être rigoureux et précis. Malgré certaines réactions qui s'élèvent, notamment dans les milieux consuméristes, à l'égard de l'emploi d'un jargon non intelligible pour les profanes, il faut se méfier d'une trop grande vulgarisation, nuisible à la précision des clauses.

Les cocontractants apprécieront l'intérêt éventuel de placer en tête du contrat les définitions d'une série de mots ayant un sens particulier dans leur convention.

L'attention que mérite la terminologie juridique doit être particulièrement soutenue, si différents systèmes juridiques sont en jeu. Il y a des traductions littérales qui sont trompeuses. Le terme allemand "Auftrag", par exemple, se traduit par "mandat", mais le contenu juridique du mandat n'est pas le même en droit allemand qu'en droit français (1).

b) Equilibre du contrat

10. La tendance normale d'un cocontractant est de chercher à se prémunir le plus solidement possible contre les manquements de son partenaire, tout en se réservant la situation la moins défavorable à l'égard de ses propres manquements éventuels. De cette tendance est issue toute la panoplie des clauses pénales, des clauses résolutoires, des clauses de déchéance, des clauses limitatives et exonératoires, etc..., si fréquentes dans les contrats et conditions générales de toute nature.

(1) Cfr. J. ESSER, Schuldrecht, 4ème éd., II, § 82.

De telles pratiques peuvent en soi contribuer à prévenir les litiges. Une clause pénale, par exemple, est de nature à éviter les contestations ultérieures concernant l'existence et la quotité du dommage. Une clause qui fixe un plafond de responsabilité limite dans cette mesure la contestation concernant l'étendue du dommage. Tel est par exemple l'objet de la stipulation suivante :

- *"Au cas où la date d'achèvement des travaux ne serait pas respectée par suite d'une faute du fournisseur, le client pourra, pour autant qu'il prouve avoir subi un dommage, exiger pour chaque semaine de retard une indemnité de 0,50 % avec un maximum de 5 % de la valeur de la partie des travaux de montage non terminés dans les délais fixés".*

11. Mais les mêmes clauses peuvent avoir un effet inverse si elles sont maniées sans discernement. Un débiteur étranglé par une pénalité trop sévère se débat, un contractant lésé réagit s'il se voit imposer une clause limitative de responsabilité trop restrictive. On risque alors d'alimenter une nouvelle source de litiges, d'autant plus vive que les tribunaux accueillent volontiers de tels recours. Que l'on songe à la jurisprudence annulant les clauses pénales excessives (1), les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité vidant l'obligation de sa substance (2) ou à la jurisprudence sur la lésion qualifiée (3), sans oublier les développements apparus dans d'autres pays à propos des clauses abusives en général (4). Il importe de savoir jusqu'où aller dans la protection de ses intérêts.

(1) Cfr. notamment I. MOREAU-MARGREVE, Une institution en crise : la clause pénale, Rev. Crit. Jur. B., 1972, pp. 454-504 ; E. WYMEERSCH, Les clauses pénales : état de la question, Jur. Comm. Belg., 1982, pp. 428-454.

(2) Cfr. notamment L. CORNELIS, Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation, Rev. Crit. Jur. B., 1981, pp. 196-219 ; R. KRUIJTHOF, Contractuele wijzigingen van aansprakelijkheid, Tijdschr. voor Privaatr., 1984, pp. 233-298.

(3) Cfr. notamment A. DE BERSAQUES, La lésion qualifiée et sa sanction, Rev. Crit. Jur. B., 1977, pp. 5-37.

(4) Cfr. notamment l'Unfair Contract Terms Act anglais de 1977 et la loi française du 10 janvier 1978 sur l'information et la protection des consommateurs.

c) Précision des engagements et des sanctions

12. L'un des moyens les plus efficaces d'éviter les conflits consiste à stipuler avec précision dans les documents contractuels les obligations réciproques des parties et les sanctions qui découlent de leur inexécution.

L'on évitera de cette façon non seulement les litiges qui trouvent leur origine dans une divergence d'interprétation des clauses contractuelles, mais aussi, le cas échéant, les litiges qui pourraient naître d'une inexécution caractérisée du contrat par une des parties.

1. Le contrat doit être complet

13. Les conflits vont souvent trouver leur source dans un vide contractuel.

Il est vrai que prévoir une réglementation complète de tous les événements qui peuvent survenir durant la vie du contrat est impossible. Des événements imprévisibles peuvent toujours se produire au plan économique, technologique, politique, qui sont de nature à modifier les conditions du marché en matière de prix, de garantie ... (1)

Les vides contractuels sont donc inévitables. Tout au plus, les parties contractantes peuvent-elles tenter d'en réglementer la survenance ou d'en minimiser l'impact.

(1) Cfr. G. BERNINI, Techniques for resolving problems in forming and performing long-term contracts, Dr. Prat. Com. Int., 1976, p. 488.

Ces vides contractuels sont de différentes natures.

Les uns interviennent au moment de la conclusion du contrat. Ils résultent de l'omission des parties de régler un problème contractuel. Ce sont des vides par omission. Ils peuvent être soit volontaires, soit involontaires. L'omission volontaire est le résultat d'un désaccord des parties sur un problème déterminé. Ainsi, lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le droit applicable à leur convention.

Les autres vides contractuels interviennent dans un contrat qui est en principe complet, lorsqu'un élément intervient qui bouleverse l'équilibre contractuel et qu'aucune clause ad hoc n'a été prévue pour régir cet événement imprévu. L'on peut parler de vides par imprévision. L'on vise en fait l'hypothèse de hardship où un événement politique ou économique intervient durant la vie du contrat qui bouleverse l'équilibre contractuel et rend l'exécution de la convention beaucoup plus difficile ou plus onéreuse. Ce pourra être le cas d'une guerre, d'une émeute, d'une grève générale, d'une augmentation importante et imprévue des produits pétroliers, du prix des transports, etc.

Les vides contractuels, par omission ou par imprévision, peuvent être d'importance diverse. Tantôt ils portent sur des points mineurs de la convention et leur incidence est généralement réduite, tantôt ils portent sur des points fondamentaux et pourront avoir des conséquences extrêmement préjudiciables pour les parties. Le point de savoir quelle est l'importance d'un vide contractuel ne peut être apprécié dans la plupart des cas qu'au moment où survient le conflit.

14. Pour prévenir les litiges, l'on s'efforcera donc :

- d'avoir un contrat complet, c'est-à-dire qui aborde non seulement les aspects fondamentaux de l'opération envisagée (l'objet, le prix, les modalités de réception ...) mais encore qui prévoit pour ensuite les régler les événements qui sont de nature à poser problème et causer un préjudice à l'une des parties lors de la mise en oeuvre de la convention;

- au niveau de la rédaction, l'on se posera sans cesse la question de savoir si le libellé retenu rencontre adéquatement et sans possibilité de double interprétation toutes les hypothèses qui sont susceptibles de se poser dans le cours de l'exécution du contrat.

Certes, les clauses contractuelles n'auront pas toute la même efficacité dans leur rôle de prévention des litiges.

Cette efficacité sera plus grande dans la mesure où le litige pourrait avoir pour objet un problème qui n'est pas abordé dans le contrat ou pour lequel il n'offre qu'une solution partielle. En revanche, les clauses contractuelles auront un effet de prévention plus limité lorsque le litige trouve sa source dans une inexécution caractérisée du contrat, sauf à prévoir dans la convention la mise en oeuvre de sanctions ayant un caractère dissuasif.

L'on formulera enfin une dernière remarque concernant la nature des clauses de prévention. L'on peut sans doute distinguer parmi ces clauses celles qui ont pour objet d'empêcher la survenance d'un litige et celles qui facilitent ou favorisent la solution d'un litige naissant. Tel est le cas des clauses de prévention explicite dont il sera question ultérieurement.

2. La définition des engagements assumés par les parties doit être aussi précise que possible.

15. Les parties doivent tenter de définir au mieux les engagements qu'elles prennent, en ce compris leurs droits et obligations respectifs. A cet effet, elles introduiront dans la convention un maximum de détermination, sauf à prendre le risque d'être volontairement imprécis sur un point particulier dans l'espoir qu'une telle imprécision pourra le cas échéant procurer un avantage (1).

16. La définition des obligations des parties. Son contenu.

La définition des obligations des parties, sensu lato, comportera :

- d'une part, la détermination des éléments constitutifs de la convention : l'objet du contrat, le prix, de délai de livraison, le moment du transfert des risques, les modalités de réception, les garanties, le droit suivant lequel la validité et la portée de ces diverses obligations seront appréciées.

- d'autre part, la sanction des engagements que les parties assument et les limites de la responsabilité qu'elles acceptent d'encourir, notamment dans le cas d'inexécution totale ou partielle du contrat. Ceci inclut non seulement les clauses d'exonération de responsabilité et les clauses pénales mais également les clauses de force majeure et les clauses de hardship.

Ces clauses devront être établies avec la plus grande précision. L'on constate en effet que si les parties sont souvent très attentives à la bonne rédaction des clauses de responsabilité et des clauses pénales, les clauses définissant l'objet du marché et les clauses de prix sont fréquemment rédigées avec une indétermination

(1) M. DUBISSON, La négociation des contrats internationaux, Paris, p. 32.,

telle qu'elles sont source de litige.

1° Trois remarques s'imposent à cet égard :

L'on veillera à définir de manière complète et précise l'objet du contrat - les prestations du marché - même s'il en résulte que soient adjointes à la convention d'importantes annexes.

En particulier, si plusieurs documents successifs ont été élaborés, ou si les prestations du marché ont été établies avec des variantes dans un cahier des charges, suivi d'une offre et ensuite d'un contrat, l'on veillera à préciser lequel de ces documents doit être retenu comme point de référence ou à tout le moins, quel est l'ordre de préséance entre les divers documents contractuels. Ainsi, la clause suivante :

- *"Le contrat avenü entre parties est constitué par :*
 - *la présente convention et ses annexes,*
 - *les analyses fonctionnelle et organique visées à l'article X lorsqu'elles auront été établies et acceptées par l'acheteur".*
- *"Il est expressément convenu qu'en cas de contradiction, les analyses fonctionnelle et organique prévalent sur le présent contrat".*

2° De même, si l'on utilise une formule complexe de détermination du prix, comportant des paramètres, l'on veillera à ce que cette formule soit suffisamment explicitée pour qu'elle ne donne pas lieu à des litiges au moment de la détermination du prix final.

Il importe également de définir de manière précise les sanctions. Très souvent, les parties énoncent des obligations qui ne sont pas sanctionnées, par exemple dans le cas la stipulation d'un délai de livraison. La stipulation d'une sanction force la partie à agir. Elle est donc positive au plan de la prévention des litiges.

17. En quels termes faut-il définir les obligations des parties ?

La pratique contractuelle fait apparaître différents problèmes en ce qui concerne la manière de définir les droits et obligations des parties. Faut-il recourir aux critères subjectifs ou se limiter à des critères objectifs ? Les énumérations, exemplatives ou exhaustives, sont-elles à conseiller ? Enfin, le recours aux critères cumulatifs et aux solutions alternatives mérite également quelques développements.

- 1°) Critères objectifs et critères subjectifs.

Faut-il définir les obligations des parties en évitant de recourir à tout élément subjectif ? L'on vise ici les notions de "best efforts", ou de bonne foi, le recours à la notion d'équité ou au critère de "raisonnable".

Le recours aux critères objectifs présente incontestablement l'avantage d'une vérification objective et laisse par conséquent une moindre place à une possibilité d'appréciation divergente des parties.

En revanche, les critères subjectifs sont souvent imprécis et incertains; ils enlèvent toute sécurité juridique. Des critères tels que l'équité risquent en outre d'être appréciés différemment par les parties lorsqu'elles sont de nationalités différentes.

Ne faut-il pas dès lors éviter de recourir aux critères subjectifs dans la mesure où ils deviennent l'élément d'appréciation déterminant d'un comportement ou le critère unique de détermination de l'exécution ou du non-respect d'une obligation contractuelle ? Hormis cette exception, le recours à des critères subjectifs dans un contrat peut avoir certaines vertus. Ainsi l'on précisera à la fin de la convention qu'elle doit être appliquée et interprétée de bonne foi. Pareille interprétation, si elle est nécessaire, sera sans doute la plus conforme à la volonté et aux objectifs poursuivis par les parties lors de la conclusion de l'accord.

2° Les énumérations exemplatives ou exhaustives.

Faut-il avoir recours aux énumérations ? Sont-elles un moyen de prévention des litiges ?

Les parties ont fréquemment recours aux énumérations dans les clauses de force majeure ou de hardship, voire dans les clauses de confidentialité (s'agissant des éléments ou documents jugés confidentiels); de même dans les contrats d'emploi ou de distribution lorsqu'il faut définir les cas dans lesquels une convention peut être résiliée pour motif grave.

L'énumération est un facteur de précision mais peut être également une arme à double tranchant. Un cas classique est celui des clauses de force majeure où les parties, après avoir défini cette dernière notion, énumèrent les circonstances dans lesquelles la clause peut être appliquée. Dans un cas semblable, l'on peut se demander si les cas énumérés sont tous de manière absolue des cas de force majeure ou s'ils ne le sont que dans la mesure où ils remplissent les conditions de la définition qui précède (1).

(1) Cfr. infra, n° 18.

La technique de l'énumération peut être un facteur de prévention des litiges. Toutefois :

- elle ne doit pas être utilisée que dans la mesure où la définition qui précède l'énumération est susceptible de donner lieu à discussion dans certains cas;

- l'on veillera d'autre part à assurer la coordination et l'articulation entre la définition générale et l'énumération subséquente.

3° Critères cumulatifs et solutions alternatives.

La définition précise d'une obligation nécessitera le cas échéant le recours à deux autres techniques :

- les critères cumulatifs, ou la stipulation de conditions cumulatives. Cette technique est fréquemment utilisée dans les clauses de garantie ou de responsabilité ou encore dans les clauses "hold harmless" lorsqu'une partie veut définir à quelles conditions son intervention sera subordonnée. Le recours aux critères cumulatifs est également susceptible de nombreuses autres applications;

- les solutions alternatives, pour le cas où la solution retenue à titre principal pourrait conduire à une impasse : ainsi, lorsque la renégociation du contrat prévue dans la clause de hardship n'aboutit pas à une solution du litige; l'on prévoiera le recours, le cas échéant, à une procédure d'arbitrage.

18. Un cas classique de clause fréquemment rédigée avec UNIVERSITÉ CATH. DE LOUVAIN
imprécision, la clause de force majeure. FACULTÉ DE DROIT

BIBLIOTHÈQUE

(1) Cfr. M. FONTAINE, Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, travaux du groupe d'étude "contrats internationaux", Dr. Prat. Comm. Int., 1979, pp. 469-506.

La clause de force majeure est l'un des types de clauses dans lesquelles la précision est la plus nécessaire et peut-être la plus souvent absente.

Il importe en effet dans une clause de force majeure :

1° De définir ce que l'on entend par la notion de "force majeure";

Si la clause ne contient aucune définition, c'est la conception du droit commun qui s'applique. Cette conception peut varier suivant le droit applicable. Si de plus, celui-ci n'est pas stipulé, l'incertitude est totale.

En outre, les définitions existantes sont souvent incomplètes ou imprécises ou comportent comme critère de référence des éléments subjectifs, susceptibles d'interprétations divergentes.

2° L'on procédera le cas échéant à une énumération des cas que l'on considère comme des exemples de force majeure, en particulier si l'on écarte de la définition classique. Il faut éviter en tout cas d'insérer une énumération des cas de force majeure sans que celle-ci soit précédée d'une définition. Dans ce cas en effet la définition du droit commun sera d'application, avec la conséquence que l'on arrivera le cas échéant à un résultat différent de celui que l'on avait envisagé.

3° Il faut d'autre part articuler la définition de la "force majeure" et l'énumération subséquente.

La circonstance que l'on se trouve dans un des cas énumérés est-elle suffisante en soi ou faut-il en outre que soient rencontrés les éléments de la définition ? De même la définition de la force majeure ne peut-elle justifier l'application de la clause que lorsqu'on se trouve dans un des cas de l'énumération ?

Ces questions ne connaissent pas de réponse immédiate et précise dans la mesure où la définition et l'énumération n'ont pas été correctement articulées.

4° Il importe également de prévoir les modalités de la mise en oeuvre de la force majeure. Les conventions sont souvent imprécises sur ce point.

La force majeure a des effets importants. Il est dès lors indispensable que l'autre partie soit prévenue du moment précis où elle survient et prend fin. Les modalités de la notification doivent être précisées : quels justificatifs doit fournir la partie qui s'en prévaut ? quelles sont les sanctions en cas d'absence de notification ?

Sur le plan des effets, la force majeure entraîne en principe la résolution du contrat. Est-ce vraiment ce que les parties souhaitent ? Dans beaucoup de cas, les parties préfèrent s'orienter vers une suspension de l'exécution du contrat pendant une certaine durée. La convention doit toutefois le préciser.

De même, si l'on prévoit une suspension temporaire du contrat, quels en sont les effets ? Ainsi, dans un contrat d'approvisionnement, la partie acheteuse peut-elle s'approvisionner momentanément ailleurs ?

5° Enfin, l'on veillera à prévoir, dans le cas d'une résolution du contrat, les modalités de liquidation des relations contractuelles. Trop souvent, les clauses de force majeure sont muettes sur ce point.

3. D'autres moyens tendant à maximaliser la prévention des litiges.

19. Outre les procédés développés ci-avant, les techniques de

prévention des litiges dans la pratique contractuelle sont multiples et variées. L'on ne fait qu'en suggérer quelques-unes dans les pages qui suivent.

20. Le regroupement des clauses régissant un même problème.

Le regroupement des dispositions concernant un même sujet peut être un facteur de précision et de clarté. A côté des clauses concernant les éléments essentiels de la convention : objet, prix, délai de livraison, réception, certaines conventions concentrent en deux articles successifs toutes les obligations de l'une et de l'autre partie et regroupent ensuite dans une troisième clause toutes les dispositions concernant les responsabilités, c'est-à-dire d'une part les indemnités à payer en cas d'inexécution d'une obligation et d'autre part les limitations de responsabilité.

Pareille technique augmente la transparence du contrat. Elle est un facteur de prévention.

21. La suppression des clauses hybrides.

L'on veillera à éviter les clauses ambiguës ou hybrides. Ainsi, tenter de combiner au sein d'un seul article force majeure et hardship est une erreur et une source de litiges (1). Il est préférable de prévoir deux clauses, une clause de force majeure et une clause de hardship.

(1) Exemple d'une telle clause hybride :

"Si elle est contrainte d'invoquer la force majeure - entendant par là un événement indépendant de la volonté des parties qui empêche l'exécution du contrat ou la rend plus onéreuse ou plus difficile - R... devra en avertir immédiatement P... par écrit, de même lorsque l'événement constitutif de force majeure aura pris fin. Dans ce cas, les délais d'exécution seront prolongés d'une durée égale à celle des événements constitutifs de force majeure. Si toutefois celle-ci persiste pendant plus de six mois, chacune des parties sera en droit de résilier le contrat pour la partie non exécuté

Seront notamment considérés comme constituant des cas de force majeure, les incendies, inondations, tremblements de terre, accidents, troubles civils, guerres, rationnement, blocus ou embargos, grèves ou manque de travailleurs, défaut ou retard de transport, impossibilité de se procurer

../..

22. La modération dans la défense de ses intérêts propres.

L'absence de modération dans la défense de ses intérêts propres accroît le risque de litige lorsque survient une difficulté passagère; sans oublier qu'elle crée une impression psychologique défavorable à la partie qui a stipulé : "qui trop embrasse mal étreint". Ainsi certaines clauses d'exonération de responsabilité devraient être évitées dans la mesure où elles sont manifestement exorbitantes, d'autant qu'il est totalement improbable qu'elles puissent jamais être appliquées à la lettre (1).

23. L'adaptation des clauses contractuelles aux circonstances d'espèce.

Il n'existe pas de clause type valable pour tous les cas de garantie, d'exonération de responsabilité, de réception des marchandises, de force majeure, de hardship. Il est donc dangereux de transposer dans un contrat, sans adaptation, une clause contenue dans une autre convention. Il n'existe pas à proprement parler de contrat type universel; tout au plus existe-t-il des contrats qui peuvent servir de référence ou de modèle.

4) Application des principes à un cas particulier : le sort du contrat en cas de bouleversement des circonstances (hardship).

24. L'examen de la pratique des clauses de hardship fournit les éléments de réflexion suivants (2) :

../.. les matières premières, pièces ou éléments nécessaires, retard ou défauts d'exécution dans le chef de tout fournisseur ou sous-adjudicataire, actions de forces de la nature, acte de tout gouvernement ou de toute branche ou représentation de ceux-ci, cette énumération étant exemplative et non exhaustive".

(1) Cfr. supra, n°s 10 et 11.

(2) Voy. en particulier sur le sujet : M. FONTAINE, Les clauses de hardship, travaux du groupe d'étude "contrats internationaux", Dr. Prat. Comm. Int., 1976, pp. 7-49.

- Si l'absence de toute clause réglementant la survenance d'événements de nature à bouleverser l'équilibre contractuel est une source de conflit, l'insertion d'une clause de hardship peut dans certains cas n' avoir pour conséquence que de déplacer le conflit sur un autre plan dans la mesure où cette clause est rédigée de manière imparfaite.

- Il est pratiquement impossible de résoudre parfaitement le conflit entre l'inévitable imprécision des événements que les clauses de hardship entendent régir et le souci de canaliser au maximum ces incertitudes.

Il est certain néanmoins que dans ce type de clause, la précision des stipulations contractuelles est de nature à réduire les difficultés d'application et, partant, les sources de litige.

Plus précisément, la clause de hardship comprend normalement trois composantes :

- la définition des circonstances qui ont subi un changement et qui justifient la révision du contrat;

- la définition des conséquences nécessaires pour qu'il y ait révision du contrat;

- le régime applicable en cas de hardship.

L'on constate dans les trois hypothèses une rédaction souvent déficiente des clauses contractuelles qui entraîne presque inévitablement des difficultés d'application.

1° Ainsi, dans la définition des circonstances dont le changement justifie la révision du contrat, les circonstances visées sont généralement trop largement définies. Tel est le cas des formulations suivantes :

- *"Au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques"* ;
- *"En cas de bouleversement du système monétaire international actuel"* ;
- *"Dans le cas de la survenance d'événements politiques extérieurs ou intérieurs"*.

2° De même la définition des conséquences requises pour qu'il y ait révision du contrat est souvent libellée en des termes vagues ou imprécis :

- *"... une rupture appréciable de la position respective des parties"* ;
- *"... des charges substantiellement plus lourdes que celles prévues à la signature du contrat"* ;
- *"... qui imposent à l'une des parties une charge inéquitable découlant du présent contrat"*.

3° En cas de hardship, les parties prévoient généralement une renégociation du contrat. L'objectif de cette renégociation est souvent défini en des termes très généraux. Il s'agit de réaliser "des ajustements équitables" ou "un accord raisonnable acceptable pour les deux parties".

Ainsi libellée, la clause de hardship risque de conduire à une situation de blocage. Comment peut-on éviter pareille impasse ?

D'une part, l'on aura recours de préférence à des critères objectifs dans la définition des circonstances et des conséquences requises pour la mise en jeu de la clause. On écartera en d'autres termes les critères laissant une place trop grande à l'appréciation subjective.

Le cas échéant, l'on procédera à une énonciation des événements qui justifient l'application du système de hardship.

L'on précisera en outre que les événements ainsi décrits doivent avoir pour effet de bouleverser l'économie du contrat au préjudice de l'une des parties.

L'on décidera éventuellement le recours à des experts si les parties ne peuvent s'accorder sur l'existence d'un cas de hardship.

D'autre part, dans le cas où l'on prévoit une renégociation du contrat, l'on précisera que l'objectif de cette renégociation est d'aboutir à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion de la convention. Et, comme on ne pourra en tout état de cause éviter les incertitudes, l'on assortira la clause d'une procédure d'arbitrage au titre de solution alternative, si l'on ne peut aboutir à un accord amiable.(1).

d) Détermination du droit applicable

1. L'importance de la détermination du droit applicable.

(1) Sur la nature de cet "arbitrage", cfr. notamment Dr. Prat. Comm. Int., 1977, pp. 39-40.

25. Faut-il prévoir - et dans l'affirmative, pourquoi faut-il prévoir - dans la convention le droit qui régira les relations des parties ?

L'on ne traitera pas, sous cette rubrique, de l'hypothèse où les parties, prévoyant le recours à l'arbitrage, confient aux arbitres les pouvoirs d'arbitres amiables compositeurs. L'arbitrage amiable a déjà fait l'objet de nombreux débats (1). Vivement critiquée par la doctrine, elle peut toutefois se justifier dans certains cas, ainsi dans les contrats de coopération qui expriment davantage les intentions des parties qu'ils ne créent véritablement en leur faveur ou à leur charge des droits ou des obligations. Selon certains spécialistes, l'application de la règle de droit aux contrats de coopération pourrait être inappropriée (2).

Si l'on excepte cette hypothèse, la plupart des praticiens et spécialistes du commerce international conseillent aux parties de préciser dans leur contrat la règle de droit qui va le régir. Ainsi, selon le professeur del MARMOL (3) "l'avis des juristes d'entreprise est que le droit applicable au contrat doit être fixé sans ambiguïté par les parties dans la clause d'arbitrage". Ce point de vue est partagé par d'éminents juristes français tels que DERAINS, ancien secrétaire général de la Chambre de Commerce Internationale ou DUBISSON. Selon ce dernier, "décider que le comportement des parties devra être apprécié à la lumière d'une règle de droit, c'est opter pour une position de vérité et de clarté dont l'entreprise devrait pouvoir tirer profit" (4).

(1) Voyez notamment L. MATRAY, L'arbitrage amiable dans l'arbitrage interne et dans l'arbitrage international, in L'Arbitrage, Jeune Barreau, 1983, p. 35.

(2) M. DUBISSON, op. cit., p. 92.

(3) "Rédaction d'une clause d'arbitrage et choix d'arbitres compétents", Dr. Prat. Comm. Int., 1977, p. 291.

(4) Op. cit., p. 36.

L'on ne peut que partager cette opinion tout en restant conscient des limites rencontrées dans la pratique quant au choix du droit applicable. Savoir dès le départ quel est le droit qui régira la convention va favoriser une meilleure négociation du contrat, une analyse plus fine des risques et des responsabilités éventuellement encourues par les parties - ceux-ci étant mieux déterminés - et, partant, une rédaction plus complète, plus fouillée, plus minutieuse des stipulations contractuelles. Cette solution est incontestablement plus avantageuse pour les parties que de s'en remettre au sentiment que des arbitres pourraient éventuellement pallier en équité les défaillances dans la rédaction d'un contrat conclu à la suite d'une négociation bâclée (1).

Il résultera en effet d'une absence de choix :

- Une totale insécurité pour les parties qui ne savent pas quel est le droit matériel applicable à leur contrat et, partant, ne peuvent adapter leurs comportements en conséquence;

- Une impossibilité de savoir quel est le régime juridique applicable quant aux points non couverts par la négociation;

- Sans compter que le droit matériel applicable contient le cas échéant des dispositions d'ordre public dont l'application s'impose aux parties et vient modifier les règles qu'elles ont édictées.

2. Le choix du droit applicable

26. Quel droit faut-il choisir ?

(1) M. DUBISSON, op. cit., p. 41.

Souvent le rapport des forces en présence va apporter une réponse impérative à cette question. En théorie toutefois,

- 1.- une partie ne choisira pas nécessairement son propre droit. Il en sera notamment ainsi lorsque le droit étranger est plus protecteur de ses intérêts ou d'une manière générale, plus avantageux.
- 2.- l'on préférera en principe un droit connu à un droit que l'on ne connaît pas. Dans le même ordre d'idées, les juristes de droit romano-germanique préféreront choisir un droit appartenant au même système de pensée qu'un droit dont l'approche est totalement différente et beaucoup plus formaliste en matière contractuelle, par exemple le droit des Etats américains ou d'une manière générale, un droit de la common law.
- 3.- dans l'hypothèse où l'on ne peut imposer son choix, vaut-il mieux choisir le droit d'un Etat tiers tel (que le droit suisse ou suédois) ou le droit du cocontractant ?

Le choix du droit d'un Etat tiers est vivement déconseillé par les praticiens. En effet, les conceptions juridiques de l'Etat tiers seront souvent très différentes de celles des droits nationaux des parties, ce qui risque soit de donner naissance à des litiges soit de conduire des situations où le droit tiers ne peut s'appliquer, pour des raisons tenant à l'ordre public par exemple.

Il est donc préférable le cas échéant de faire choix du droit du pays où le contrat devra s'exécuter, en particulier dans les contrats de construction.

Le client est peut-être placé dans une situation plus favorable mais le fournisseur bénéficie d'un avantage au plan psychologique.

En outre, l'exécution de la sentence sera grandement facilitée.

3. L'importance de la connaissance du droit applicable.

27. Il ne suffit pas de préciser dans le contrat quel est le droit applicable. Il faut également s'inquiéter de connaître le contenu de ce droit et d'y adapter les dispositions de la convention. Trop souvent, les parties prévoient que le droit suisse ou le droit anglais est applicable mais ignorent totalement - ou à tout le moins l'une d'elles ignore - quel est le contenu de ce droit. Les règles en matière de détermination du prix, de garantie, de délai pour agir en justice peuvent être très différentes d'un système à un autre. Il est dès lors dangereux de considérer que le droit, même d'un pays voisin, doit probablement contenir des dispositions semblables à celles qui nous sont familières.

Cette connaissance est d'autant plus impérieuse, même après la conclusion du contrat, lorsque la convention prévoit l'application d'un droit très différent du droit romano-germanique, tel le droit d'un pays de culture arabe.

28. Au-delà du contenu du droit applicable, il faut également prendre en considération non seulement les usages du commerce mais également les règles d'ordre public de tous les Etats dont les juridictions sont susceptibles de connaître du contrat, dans le cadre d'une procédure de référé ou au fond ou d'une procédure d'exécution d'un jugement.

Les usages commerciaux - dans la mesure où les juges ou les arbitres y ont recours - peuvent modifier de manière fondamentale l'incidence

du choix par les parties d'un droit déterminé. L'on remarquera à cet égard que certains pays, tels que l'U.R.S.S., y sont très attachés, se fondant sur l'article 7 de la Convention de Genève en matière d'arbitrage aux termes de laquelle les arbitres saisis d'un litige doivent trancher ce dernier en prenant en considération non seulement le droit déclaré applicable mais également les usages commerciaux. Or les usages en vigueur dans les pays de l'Est sont parfois très différents des usages qui ont cours dans les pays occidentaux.

L'incidence des dispositions d'ordre public peut être également importante. Ainsi, de nombreuses sociétés étrangères, notamment américaines, appelées à choisir un concessionnaire en Belgique persistent à ignorer les dispositions de la loi de 1961 relative à la résiliation unilatérale de concessions de vente à durée indéterminée et prévoient l'application à la convention du droit anglais ou du droit américain. La prise en considération des règles impératives du droit belge permettrait pourtant à ces sociétés d'éviter les litiges qui ne manqueront pas de les opposer ultérieurement à leur concessionnaire belge.

4. Solutions en cas d'impossibilité d'accord sur le droit applicable.

29. Très souvent, le contrat ne contient aucune précision concernant le droit applicable parce que les parties n'ont pu s'accorder sur ce point.

Quels conseils peut-on donner aux négociateurs qui ne parviennent pas à arriver à un accord ?

a) D'une part, il est impérieux dans ce cas de rédiger un contrat aussi complet et précis que possible dans l'ensemble de ses stipulations, évitant ainsi qu'il soit ultérieurement nécessaire de recourir aux dispositions d'un droit supplétif.

b) L'on peut également conseiller, en particulier dans ce cas, de recourir à des contrats-types bien connus dans le secteur d'activité et dont les tribunaux ont déjà précisé la portée à l'occasion de divers litiges.

5. La clause d'arbitrage ou de compétence.

30. L'on n'entrera pas dans le détail du problème de la rédaction de la clause d'arbitrage ou de compétence, si ce n'est pour renvoyer le lecteur à d'autres études consacrées à la question (1) et souligner en outre l'importance d'éléments souvent négligés, tels que le lieu de l'arbitrage, si l'on veut éviter que ne surgissent des conflits au second degré, c'est-à-dire en fin de compte le piétinement des litiges.

Il est en tout cas essentiel de rédiger avec soin les clauses de juridiction, de manière à éviter qu'elles ne soient à l'origine de conflits aussi malheureux qu'inutiles. Ainsi, cette double clause de compétence dont le modèle a été récemment rencontré dans plusieurs contrats internationaux (2).

(1) Voyez notamment Ch. del MARMOL, op. cit., supra.

(2) *"If at any time any question, dispute or difference whatsoever shall arise between Buyer and ourselves upon, in relation to or in connection with the contract, either of us may give to the other notice in writing of the existence of such question, dispute, or difference, and the same shall be referred to the arbitration of one or more Arbitrators appointed in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce and the dispute shall be finally settled under the said Rules"*.

Et ensuite :

"The contract shall in all respects be construed and operated as a Swiss contract and in conformity with Swiss Law, and unless otherwise arranged, is subject to the jurisdiction of the Genevese Courts. The fact that delivery may be outside of Switzerland or that certain payments may be made after the goods have left Switzerland in no way modifies this clause of judicial prerogative. However, we reserve the right of appeal also to the courts of your domicile or of the country of destination of the goods".

e) Détermination de l'intention des parties

31. La détermination de l'intention des parties peut être importante, voire décisive en cas de difficulté d'interprétation d'une clause contractuelle. Si les intentions ou plus précisément les objectifs poursuivis par les cocontractants sont clairement définis dans un document contractuel, l'on pourra arriver plus aisément à la solution d'un litige naissant.

32. Plus généralement, ceci pose le problème du sort des travaux préparatoires et des documents précontractuels : les échanges de lettres, les prospectus, les offres successives, les lettres d'intention font-ils partie du contrat ? Constituent-ils des documents contractuels ? Il est important qu'une réponse claire et certaine puisse être apportée à ce problème dans la mesure où ces différents documents n'ont pas nécessairement la même portée que la convention stricto sensu, notamment en ce qui concerne la définition des prestations du marché, l'objet du contrat.

L'on rencontre à cet égard deux types principaux de clauses : d'une part, la clause dite "entire agreement", parfois appelée en droit français la clause des quatre coins (1); d'autre part, la clause prévoyant un recours limité - à titre d'interprétation - aux documents

(1) *"Le contrat et ses annexes contiennent l'entièreté des accords des parties, ils annulent et remplacent toutes les lettres, propositions, offres et conventions antérieures. Tous compléments et modifications au présent contrat seront nuls et nonavenus s'ils n'ont pas été acceptés par écrit et signés par les parties contractantes".*

pré contractuels, dans la mesure où il est fait référence à ces documents dans la convention (1).

Il est important de faire figurer pareille clause dans le contrat et de préciser corrélativement, d'une part, quels sont les documents contractuels et, d'autre part, quelle est éventuellement la hiérarchie entre ces documents, de manière à éviter que ne surgissent des contradictions.

De même, en vue d'éviter tout conflit ultérieur, on veillera à insérer dans le contrat ou dans ses annexes tous les éléments importants contenus dans les documents précontractuels - par définition exclus - que l'on juge essentiels dans l'exécution du marché et qui ne figurent pas dans le corps du contrat.

33. Enfin, si l'une des parties poursuit des objectifs importants et précis dans la réalisation du contrat ou d'une manière générale s'il est essentiel que l'intention des parties apparaisse dans la convention, l'on aura recours le cas échéant à la technique du préambule. Le préambule offre en effet l'avantage que les dispositions qu'il intègre font partie de la convention tout en n'apparaissant pas sous forme d'article dans le corps du contrat. On est ainsi amené à y insérer des éléments que le cocontractant n'accepterait pas de voir figurer dans le texte des dispositions contractuelles. Le préambule apparaît à cet égard comme un élément important dans la définition de l'intention des parties, de leurs objectifs, et d'une manière générale des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat.

(1) "Les autres documents et les données figurant dans des catalogues, prospectus, circulaires, annonces publicitaires, listes de prix n'ont de valeur obligatoire que dans la mesure où les documents contractuels s'y réfèrent expressément, ou, hormis cette hypothèse, comme aide dans l'interprétation des engagements assumés par les parties aux termes du présent contrat".

f) Coordination avec d'autres contrats

34. Un contrat est rarement seul au monde. Il se situe souvent en relation avec d'autres contrats. Cette coexistence est de nature à provoquer de nombreux litiges si elle n'a pas bien été aménagée. Différentes situations sont susceptibles de se présenter.

1. "Battle of forms"

35. Le problème du conflit entre conditions générales contradictoires est un problème classique (1). La jurisprudence belge est divisée. Tantôt elle préfère les clauses de l'acheteur, qui ont été proposées en dernier lieu, dans l'idée que le vendeur aurait dû les refuser, mais elle estime souvent que les clauses contradictoires s'annulent, ce qui entraîne un retour au droit commun (2). Si cette solution est retenue, les difficultés sont loin d'être résolues, notamment en raison de la disparition d'une série de stipulations qui auraient pu écarter certains litiges (clauses pénales, clauses limitatives de responsabilité, clauses précisant les délais de livraison, les cas d'exonération, etc...). Mais on n'a pas encore trouvé jusqu'à présent de clauses miracles concernant ce problème.

(1) Cfr. A. TUMMERS, Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur ?, Ann. Fac. Dr. Lg., 1972, pp. 585-616.

(2) Cfr. M. TAVERNE et M. VAN RUYMBEKE, Les clauses relatives à l'opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales, dans Centre de Droit des Obligations, op. cit., pp. 12-13.

2. Coordination avec des contrats en amont ou en aval

36. Un contrat est souvent lié à des contrats qui se situent en amont ou en aval. Un commerçant, par exemple, achète des marchandises et les revend. Le contrat conclu avec le consommateur contiendra une clause de garantie, qu'il faudra veiller à coordonner avec la clause de garantie du fournisseur. Voici un exemple d'une telle clause :

- *"Les marchandises fournies sont garanties dans les termes et limites de la garantie que nous accordent les fabricants et nos fournisseurs".*

De manière similaire, une entreprise qui recourt à un sous-traitant pour réaliser une partie du travail promis veillera à la bonne coordination des deux contrats, à propos par exemple du délai d'exécution, des obligations relatives à la qualité et au rendement, de la limitation éventuelle de responsabilité, des clauses pénales, etc...

3. Succession de contrats dans le temps

37. Ce problème se recontre notamment dans le secteur des assurances, lorsque deux assureurs viennent à se succéder. Lorsqu'il s'agit de branches d'assurances couvrant des sinistres à caractère évolutif, comme en assurance de responsabilité, il faut être très minutieux pour établir dans les deux contrats les limites respectives de l'intervention des deux assureurs. Si le fait générateur de responsabilité s'est produit sous l'empire du contrat A, mais que la réclamation de la victime ne s'est manifestée qu'au cours du contrat B, qui doit intervenir, de l'assureur A ou de l'assureur B ? C'est tout le problème des risques dits d'"antériorité" et de "postériorité", qui peut être résolu par des clauses adéquates, telle que celle-ci :

- *"La garantie s'applique aux réclamations formulées contre l'assuré, même après l'expiration du contrat, sur la base de faits générateurs de responsabilité survenus pendant la période de validité de la police".*

Mais une mauvaise coordination entre les deux contrats peut conduire soit à certaines lacunes de couverture, soit à des litiges résultant au contraire d'une double assurance.

4. Coexistence de contrats à objets complémentaires

38. Nous prendrons encore ici des exemples en matière d'assurance. Deux contrats d'assurance peuvent coexister à propos du même risque. Si la couverture totale est excessive à propos d'un sinistre déterminé, comment déterminer les interventions respectives ? Le droit des assurances apporte certaines solutions (1). Mais de grandes difficultés peuvent surgir si chacun des deux contrats comprend une clause de subsidiarité, déclarant qu'il n'interviendra qu'après l'épuisement des couvertures stipulées par d'autres contrats :

- *"Le présent contrat ne sortira ses effets qu'à défaut ou après épuisement de toute assurance, même postérieure en date, couvrant les mêmes risques".*

Avant de souscrire à une telle clause, il importe de vérifier si elle ne figure pas déjà dans le contrat connexe.

D'autres problèmes de départage entre contrats à objets complémentaires peuvent naître de la coexistence d'une police d'assurance R.C. produits et d'une police R.C. exploitation, ou de polices d'assurance-crédit à l'exportation couvrant respectivement les risques avant livraison et après livraison.

5. Contrat-cadre et contrat d'exécution

39. Le phénomène des contrats-cadres se développe de plus en plus, en relation avec la complexité toujours plus grande des opérations commerciales et industrielles. Un contrat de concession commerciale, par exemple, est destiné à être suivi d'une série de ventes particulières. Un accord de coopération industrielle donnera lieu à la conclusion ultérieure d'une série de contrats extrêmement variés : contrats de recherche, contrats de fournitures, contrats de transfert de technologie, etc...

(1) Cfr. M. FONTAINE, Droit des Assurances, 1975, n° 31.

En vue de prévenir les litiges, le contrat-cadre doit formuler des directives suffisamment précises pour que les contrats d'exécution puissent être négociés sans problème. Quant aux contrats d'exécution, ils doivent évidemment être conformes aux principes exprimés dans le contrat-cadre.

6. Contrats parallèles

40. Dans la pratique des opérations de compensation, le contrat principal (relatif par exemple à la fourniture d'usines) est souvent conclu parallèlement au contrat de contre-achat, qui concerne les fournitures de produits de compensation. La distinction entre les deux contrats a pour objet d'établir entre eux une certaine indépendance. Mais le degré d'indépendance qui sera finalement reconnu dépendra de la manière dont chacun des deux contrats fera ou ne fera pas référence à l'autre (1). Si l'on souhaite éviter qu'un litige né à l'occasion d'un des contrats ne se répercute sur le déroulement de l'autre contrat, il importe de rendre cette indépendance indiscutable.

Tel n'est pas le résultat obtenu par les clauses suivantes, qui ne sont pas recommandables :

- *"The present order includes also the following appendices which are an integral part of the order :*
 - *Appendix n° 1 - The frame contract n°...*
 - *Appendix n° II - Bank guarantee letter for the eventual payment of penalties for the non-fulfilment of the compensation obligations".*
- *"Il est entendu que le présent contrat est nul et sans effet en cas de non conclusion du Contrat n°... entre F et l'Entreprise d'Etat O.C.E. et qu'il sera résilié de plein droit en cas de résiliation dudit contrat".*

(1) Cfr. M. FONTAINE, Aspects juridiques des contrats de compensation, Dr. Prat. Comm. Int., 1981, pp. 186-194.

II. Prévention explicite

41. Nous venons d'examiner différents procédés dont le rôle préventif n'est pas toujours conscient. Les stipulants ne songent pas nécessairement à éviter les litiges lorsqu'ils soignent la rédaction du contrat, qu'ils veillent à sa perfection technique, qu'ils stipulent une clause bien faite, etc... Dans d'autres cas, par contre, c'est de manière explicite que se manifeste le souci de prévenir les litiges, avec l'insertion de clauses ayant cet objet particulier. Rappelons qu'il n'est ici question que de la prévention interne, c'est-à-dire de celle qui met en jeu les parties elles seules.

La pratique recourt à divers procédés.

- a) Une clause fréquente stipule qu'en cas de difficultés, les parties s'engagent d'abord à se revoir en vue de chercher une solution amiable à leur différend :
- *"Les deux parties s'engagent réciproquement à régler à l'amiable les difficultés auxquelles pourraient donner lieu l'interprétation ou l'exécution du contrat (ou marché, ou de la présente convention) et ce quelle que soit la nature du différend ..."*

Quel peut être l'effet d'une telle clause ? Peut-être jugera-t-on qu'elle se limite à formuler un vœu pieux. Elle oblige néanmoins les parties à se rencontrer avant tout recours à un tiers, et l'effet peut ne pas en être négligeable.

- b) Une clause plus spécifique est celle qui oblige à soumettre tout différend à d'autres organes des parties que ceux entre lesquels le litige est né :

- *"Si les représentants des parties sont incapables de s'accorder sur un certain sujet, le plaignant peut soumettre le litige, dans un délai d'une semaine, aux chefs hiérarchiques des représentants. Ceux-ci devront alors, dans un délai de trois semaines, rendre un rapport établissant, soit la manière dont ils ont résolu le litige, soit leurs points de vue définitifs au cas où ils ne seraient pas parvenus à un accord."*

Le désaccord serait par exemple soumis à d'autres services des firmes cocontractantes, aux directions de ces entreprises, voire aux sociétés-mères. Une telle stipulation présente son intérêt : certains litiges s'expliquent par le fait que les intéressés entre lesquels la difficulté est apparue ne parviennent pas à prendre un recul suffisant, ou parce qu'ils se laissent entraîner à des conflits dont l'élément personnel n'est pas absent.

c) Une autre technique est de mettre en place, avant tout litige, un comité de gestion du contrat, ou de charger un tiers d'en être le surveillant ("monitor"). On se rapproche, dans ce dernier cas, des modes de prévention externe. Le comité de gestion, ou le tiers surveillant, suit l'évolution du contrat, conserve les procès-verbaux des réunions, la correspondance des parties et tous les éléments qui accompagnent la vie du contrat, de manière à pouvoir ultérieurement, en cas de litige, reconstituer les faits de manière précise. La constitution d'un tel dossier peut être de nature à éviter les litiges, ou en tout cas à accélérer leur instruction. De manière plus simple, il peut être conseillé de tenir au moins un livre de bord, un livre de chantier, relatif au déroulement de l'exécution du contrat.

d) Un dernier procédé de prévention, ou tout au moins de limitation des litiges, consiste dans la stipulation de brefs délais de prescription, comme dans la clause suivante :

- *"Seules les réclamations écrites dans les 8 jours seront prises en considération."*

III. Conclusion.

42. Les statistiques élaborées par les tribunaux de commerce tendent à établir qu'un nombre important de litiges trouvent leur source dans une interprétation divergente de dispositions conventionnelles. Cette constatation - et les observations qui précèdent - doivent nous faire prendre conscience de l'importance d'une rédaction imaginative, mais aussi précise et complète, des clauses contractuelles. Elles mettent également en valeur le rôle primordial du juriste - encore insuffisamment perçu en Europe - dans la préparation et la négociation des contrats nationaux et internationaux.

Dans les relations contractuelles plus qu'en tout autre domaine, il importe de prendre conscience de ce que l'efficacité du droit ne s'exprime pas uniquement dans la solution d'un litige consommé, mais revêt toute son ampleur dès l' inception de la relation juridique, dans l'organisation des rapports contractuels et la prévention des conflits.
