

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

F A C U L T E D E D R O I T

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

La pratique du "préambule"

dans les contrats internationaux

par Marcel FONTAINE

Doc. 86/2

Projet de chronique destiné à  
être publié dans la  
Revue du Droit des Affaires  
Internationales

## Table des matières

|                                                                                                | Pages |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Introduction                                                                                   | 1     |
| I. La pratique                                                                                 | 3     |
| 1. Fréquence du phénomène                                                                      | 3     |
| 2. Forme                                                                                       | 4     |
| 3. Longueur                                                                                    | 5     |
| 4. Contenu                                                                                     | 6     |
| a) Qualités des parties                                                                        | 6     |
| b) Objectifs du contrat                                                                        | 8     |
| c) Attitudes respectives des parties                                                           | 10    |
| d) Circonstances précédant et entourant le contrat                                             | 12    |
| e) Liens avec d'autres contrats                                                                | 14    |
| f) Rappel des étapes de la négociation                                                         | 16    |
| g) Constatations et affirmations des parties                                                   | 17    |
| h) Expression d'engagements                                                                    | 19    |
| i) Définitions                                                                                 | 22    |
| 5. Objectifs du préambule                                                                      | 22    |
| II. Portée juridique                                                                           | 25    |
| 1. Préambule et phénomènes analogues                                                           | 25    |
| a) Actes de type législatif ou réglementaire                                                   | 25    |
| b) Constitutions                                                                               | 26    |
| c) Directives et décisions européennes                                                         | 27    |
| d) Traités                                                                                     | 28    |
| e) Jugements et sentences arbitrales                                                           | 29    |
| 2. Le préambule du contrat : effets juridiques                                                 | 32    |
| a) Interprétation du contrat                                                                   | 34    |
| b) Vices du consentement, misrepresentation                                                    | 36    |
| c) Fondements du contrat                                                                       | 37    |
| d) Estoppel                                                                                    | 38    |
| e) Incidence sur l'intensité des obligations et sur l'étendue de la responsabilité des parties | 38    |
| f) Sort des documents pré-contractuels                                                         | 40    |
| g) Liens avec d'autres contrats                                                                | 41    |
| h) Véritables engagements contractuels                                                         | 42    |
| III. Conseils aux négociateurs                                                                 | 44    |

La pratique du "préambule"  
dans les contrats internationaux

De très nombreux contrats, particulièrement dans le commerce international, débutent par un "préambule".

Les parties y développent une série de considérations qu'elles jugent utiles d'exposer avant d'aborder le corps même du contrat. Elles commencent souvent par se décrire, et par souligner leurs compétences respectives. Elles exposent les objectifs du contrat et les circonstances qui les ont conduites à se rapprocher pour collaborer. L'historique des négociations est parfois rappelé. Le préambule acte diverses constatations et déclarations des parties. De telles considérations, parmi d'autres, conduisent à une formule de transition qui débouche sur le contrat proprement dit.

En voici un premier exemple :

*"M. is specialised in international Project Managership and contracting in the Turnkey Engineering field and wishes to further expand its activities by means of association with P. to enable both Companies to benefit from the possible introduction of the ... Filter to the ... Mining and Metallurgical Industries.*

*With this purpose in mind, M. has approached P.*

*The P. Group is active in the international engineering design and contracting industry, particularly those concerning plants of a Metallurgical nature and incorporating applications of the ... Filter.*

*Therefore, it would appear that the abovementioned Groups have a common interest of forming a joint venture in order to promote the P. Filter application in ...*

*Therefore, the following has been agreed upon : ..."*

Autant le phénomène est répandu; autant sa portée paraît avoir peu retenu l'attention jusqu'ici (1). La théorie classique du contrat ignore tout du préambule. Ce silence s'explique-t-il par le fait que de telles considérations préliminaires n'auraient aucune portée juridique ? Une telle solution serait étonnante, si l'on songe aux développements que la doctrine a consacrés depuis le XII<sup>ème</sup> siècle au régime juridique des négociations, en y faisant apparaître une série d'effets de droit. Il y a quelques années, notre groupe de travail avait étudié le phénomène des lettres d'intention, pour également y découvrir diverses situations à portée juridique (2). Or, dans le cas du préambule, on atteint le seuil même du contrat. Les volontés se sont rencontrées, et c'est dans l'*instrumentum* même qui constate l'accord que les parties éprouvent le besoin de rélater certaines circonstances entourant leur convention. Il serait paradoxal que ces considérations soient absolument exemptes d'une quelconque portée juridique, alors qu'on en reconnaît à certains aspects des pourparlers antérieurs.

La recherche est cependant difficile, en raison de sa nouveauté. Le phénomène doit d'abord être perçu dans ses différents aspects. Nous commencerons par une description de la pratique du préambule (I). L'analyse repose sur l'examen des quelque 200 exemples de préambules rassemblés par le groupe de travail, et discutés lors des réunions tenues à Cologne, Louvain-la-Neuve, Azay-le-Ferron et Paris en 1985 et en 1986. La seconde partie tentera de proposer quelques réflexions sur la portée juridique du phénomène (II) ; après avoir tracé des parallèles avec quelques pratiques analogues mieux connues, nous mettrons en évidence différents niveaux où ce qui s'est dit dans un préambule paraît susceptible d'affecter ultérieurement la situation juridique des parties. Nous donnerons enfin quelques conseils aux négociateurs (III).

---

(1) Sous réserve de ce qui sera dit *infra*, p. 33, à propos du droit anglais. On trouvera cependant quelques allusions à la technique du préambule dans certains ouvrages récents destinés aux praticiens, et notamment dans J.M. DELEUZE, *Le contrat de transfert de processus technologique*, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, n° 60 ; J.A. BOON et R. GOFFIN, *Les contrats "clé en main"*, 1981, n° 37 ; D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, 1980, n° 105.

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

## I. LA PRATIQUE

### 1. Fréquence du phénomène

La présence d'un préambule se constate dans une proportion considérable de contrats. Un inventaire réalisé par un membre du groupe dans une collection de contrats de sa firme a découvert un préambule dans 85 % des cas ! Le phénomène n'est pas propre aux contrats internationaux (1), mais il paraît connaître un grand développement dans ce secteur. Des préambules introduisent des contrats de tous types : ventes, concessions, franchises, baux, mandats, prêts, nantissements, transferts de technologie, constructions d'usines, joint ventures, transactions, etc... Sans doute sont-ils particulièrement fréquents dans les contrats où les parties ressentent le besoin de beaucoup "expliquer", notamment parce que les négociations ont été longues et difficiles, ou parce que le contrat est lui-même relatif à une opération originale et complexe, surtout si elle s'inscrit dans une certaine durée.

La fréquence de la rédaction du préambule explique que ce procédé soit évoqué dans certains guides pratiques. Ainsi, le Guide sur le transfert de know-how de la Commission Economique pour l'Europe explique-t-il qu'un tel préambule peut fournir une source supplémentaire d'interprétation des obligations des parties en cas de litige (2).

- (1) L'insertion d'un préambule paraît notamment caractériser la pratique des actes internes revêtant une certaine solennité, comme les actes notariés (cfr. P. WATELET, La rédaction des actes notariés, 1975, p. 58) ou les deeds (cfr. ODGERS, Construction of Deeds and Statutes, 5ème éd., 1967, pp. 149-160).
- (2) U.N. Economic Commission for Europe, Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry, 1970, n° 24 ; cfr. J.M. DELEUZE, op. cit., n° 60.

Le guide de l'O.M.P.I. décrit la pratique, l'intérêt et le contenu des préambules contenus dans les contrats de licence et de transfert de technologie (1). Le projet de guide élaboré par la CNUDCI sur les contrats de construction de grands ensembles industriels expose notamment que le préambule peut contenir certaines déclarations ayant déterminé la conclusion du contrat, définir l'objet du contrat et décrire le contexte de sa formation (2) (3).

## 2. Forme

Sur le plan de la forme, le préambule s'inscrit le plus souvent après une brève entrée en matière qui identifie les parties contractantes :

*"This agreement is made between Consolidated Industries, inc., hereinafter called "LICENSOR", a corporation organized under the laws of Delaware, United States of America ("United States"), and having its principal offices in the United States, and GAS N.V., hereinafter called "LICENSEE", a naamloze vennootschap organized and existing under the laws of the Kingdom of the Netherlands ("Netherlands") and having its residence and principal offices in the Netherlands.*

*Witnesseth :  
Whereas, ..."*

---

(1) O.M.P.I., Licencing Guide for Developing Countries, 1977 , n° 124-127.

(2) UNCITRAL, Draft Legal Guide on Drawing Up International Contracts for Construction of Industrial Works, Doc. A/CN.9/WG.V/WP. 17/Add. 3, 31 oct. 1985, n° 13.

(3) L'article 1er de certaines conditions générales élaborées par la Commission Economique pour l'Europe de l'ONU, malgré son intitulé "Préambule", nous paraît être d'une autre nature. Ce texte fait partie du corps même du contrat ; il prévoit que les conditions sont applicables sauf dérogations expresses acceptées par écrit par les deux parties (cfr. notamment les conditions 188 A).

Le préambule porte parfois un titre ("Préambule", "Exposé des motifs", "Preliminary", "Préambule", "Recitals", "Präambel", etc...) ; en anglais, il est souvent introduit par la formule "Witnesseth", comme dans l'exemple ci-dessus.

Les différents alinéas débutent en général par les mots "Attendu que ...", ou "Considérant que ...", ou, en anglais, "Whereas ...".

Le préambule s'achève souvent par une formule de transition qui conduit au seuil du contrat. En voici quelques exemples typiques :

- *"NOW, THEREFORE, in consideration of the premises and of the mutual agreements hereinafter contained, LICENSOR and LICENSEE do hereby agree as follows :  
..."*
- *"...  
Now, therefore, it is hereby agreed as follows :  
..."*
- *"En foi de quoi, il a été convenu de ce qui suit : ..."*

### 3. Longueur

La longueur du préambule varie considérablement, de quelques lignes à plusieurs pages. Voici un exemple de préambule particulièrement bref :

- *"WHEREAS, pursuant to arrangements made by X incorporated and Bank of Z Limited (herein called the "Managers"), the Banks, subject to the terms and conditions herein set forth, are willing to make loans available to the Borrower in a maximum aggregate principal amount of U.S. \$ ...  
NOW, THEREFORE, it is agreed :  
..."*

Un exemple de très long préambule est donné en annexe (infra, pp.

La longueur dépend sans doute de la complexité des circonstances qui entourent le contrat, mais aussi de la prolixité des rédacteurs et de leur souci plus ou moins marqué de vouloir s'expliquer avant de s'engager.

#### 4. Contenu

Que contiennent les préambules ? Ce contenu est extrêmement varié. Il est cependant possible de regrouper en quelques catégories les types de considérations rencontrées le plus fréquemment. L'exposé qui suit est essentiellement descriptif ; on se bornera à amorcer, parfois sous une forme interrogative, les problèmes juridiques qui seront examinés dans la seconde partie de l'étude (1).

##### a) Qualités des parties

Les parties se sont peut-être déjà identifiées dans le paragraphe précédant le préambule, mais celui-ci contient très souvent un exposé plus circonstancié des spécialités et compétences particulières des parties :

- *"WHEREAS, A, through the operation of its subsidiaries and affiliates located in 22 countries in the world, has accumulated and is accumulating valuable experience and know-how in the business of, among other things, renting various kinds of television, video tape recorders and other similar and related merchandise to individuals, hotels and other customers ;*  
*WHEREAS, B and C each possess valuable information regarding the market situation relating to television, video tape recorders and similar and related merchandise and the rental business related thereto ; ..."*
- *"WHEREAS, A is in the business of selling food products to end consumers in ... and wishes to establish facilities for the production and bottling and/or canning of fruit juices and similar drinks (hereinafter referred to as the "Facilities") ;*  
*B is in the business of manufacturing and selling fruit juices, soft drinks, fruit concentrates and syrups in Europe and in other countries but is not in a position to market its finished products in Arabian countries ;*  
*C is in the business in the Middle East and Africa of developing and managing complete industrial projects including the provision of technical and general management assistance to such projects and wishes to cooperate closely with above mentioned partners with respect to the construction of, and the transfer of technology to, the Facilities ; ..."*

---

(1) Cfr. infra, pp. 32-43.



Souvent, l'accent est mis de façon marquée sur la compétence particulière de l'une ou l'autre des parties :

- *"WHEREAS, LICENSOR is now and it and its predecessors for many years have been engaged in the business of designing, manufacturing and selling orifice plate holding devices, ..."*
- *"Licensee is among the world leaders in the business of licensing know-how and patent rights for the design, construction and operation of ... plants ..."*
- *"Considérant que X possède une expérience très développée dans la fabrication mécanique et dans la commercialisation d'articles de ..."*
- *"A, constructeur de matériel textile, d'une part possède un réseau commercial important dans le monde entier et est donc, de ce fait, bien placé pour recueillir des demandes d'installations de production de fils ou fibres chimiques, ..."*

Ces appréciations flatteuses ne sont pas toujours sans arrière-pensée. Dans bien des cas, elles paraissent inspirées par le partenaire, et il est sans doute difficile aux intéressés d'en refuser l'insertion dans le préambule. Mais on évoquera plus loin les répercussions qu'elles pourraient avoir au niveau des responsabilités (1).

Dans certains cas, il semble au contraire que l'éloge est exprimé à l'initiative de son bénéficiaire, en vue de justifier les conditions parfois rigoureuses qu'il impose à son partenaire. Ainsi, dans le préambule d'un contrat de franchise :

- *"Considérant que X possède une position prépondérante en matière de création de chaussures de femmes et dispose d'importants moyens de production, ..."*

*Considérant que X a créé, en France et à l'étranger, des magasins de qualité indiscutable, installés dans des quartiers prestigieux et dont l'existence favorise le renom de ses propres marques, ainsi que de celles commercialisées dans ces points de vente,*

*Considérant que le franchisé est conscient des avantages que peut lui procurer une plus étroite collaboration avec X, ..."*

---

(1) Cfr. infra, pp. 38-39.

En sens inverse, un cocontractant voudra parfois mettre l'accent sur sa propre incompétence, de manière sans doute à souligner les responsabilités de son partenaire :

- *"Considérant que la société X n'est pas initiée à la technique informatique, qu'elle ne dispose actuellement d'aucun système informatisé ; ..."*

#### b) Objectifs du contrat

Autre thème fréquent dans les préambules, l'expression des objectifs poursuivis par les parties lors de la conclusion du contrat.

En voici quelques exemples :

- *"WHEREAS, the Parties are desirous of participating in the execution of the PROJECT, and, accordingly, wish to jointly prepare and submit to the CUSTOMER a TENDER for the PROJECT, and thereafter, if the TENDER is accepted by the CUSTOMER, to execute the PROJECT in collaboration jointly and severally towards the CUSTOMER, ..."*
- *"WHEREAS A and B desire to rationalize the production and operation of their respective mills so as to permit each mill to concentrate its production on grades of paper best suited to its equipment, to obviate short runs, and to effectuate other economies in the operations of both companies ; .."*
- *"Attendu que les objectifs essentiels visés par cette collaboration sont
 
  - . la mise au point et l'adaptation en commun de matériel textile mettant en oeuvre la technologie la plus récente et la plus performante,
  - . la coordination des moyens de recherches de chaque Partie, afin d'abaisser le coût de ces recherches et d'en augmenter l'efficacité,
  - . de faire bénéficier B de l'expérience industrielle d'un producteur mondial de fils et/ou fibres chimiques,
  - . de développer une industrie française de la construction de matériel pour la fabrication et la transformation de fils et/ou fibres chimiques."*
- *"Considérant que X désire participer au développement de cette nouvelle industrie pour mieux mettre en valeur sa main-d'oeuvre, ses propres investissements et son know-how en matière de ... ; qu'elle désire également renforcer sa participation dans cette industrie au cas où il s'avèrerait, à la suite de l'expérimentation, qu'une telle extension de sa participation serait souhaitable ; que cette participation permettrait à X d'utiliser pleinement les actifs dont elle dispose actuellement, étendrait ses activités dans un secteur nouveau de l'industrie du ... et contribuerait ainsi à préserver sa position dans cette industrie en s'adaptant à son évolution; ..."*

Cette manière de situer le contrat dans son contexte peut notamment répondre au souci de fournir des éléments d'interprétation en cas de difficulté ultérieure.

Dans l'illustration suivante, extraite du préambule à un contrat de joint venture, c'est plutôt la philosophie de base de l'association qui est exprimée :

- *"L'organisation de cette entité reposerait sur l'idée fondamentale qu'elle constitue un moyen au service des parties destiné à faciliter la coordination de leurs efforts et de la mise en oeuvre de leurs moyens respectifs et à améliorer les résultats de leur coopération en vue de réaliser les objectifs susvisés."*

L'expression des objectifs prend parfois un tour presque journalistique, comme dans le préambule de ce contrat de franchise :

- *"Les difficultés dont souffre le commerce indépendant en général, y compris celui de la quincaillerie, proviennent d'un certain nombre de causes dont les principales sont les suivantes :*
  - . les consommateurs ont de plus en plus tendance à estimer trop élevé le prix des marchandises qui leur sont offertes ;*
  - . l'accroissement continu des charges d'exploitation rend de plus en plus difficile l'équilibre des entreprises ;*
  - . une concurrence croissante disposant d'un pouvoir d'achat important et de puissants moyens d'action, utilisant les techniques les plus modernes de distribution, attire à elle une part croissante du marché au détriment du commerce isolé.*

*Afin de reprendre leur place et de retrouver une pleine activité, les commerçants indépendants n'ont d'autre moyen que d'unir leurs efforts en se groupant pour mettre en commun leur capacité d'achat et d'accéder ainsi aux méthodes commerciales modernes qui font le succès de leurs concurrents."*

Sans doute s'agit-il ici de "vendre" le contrat au franchisé, et peut-être aussi de se justifier éventuellement au regard de la réglementation de la concurrence, en insistant sur les objectifs de rationalisation.

Dans certains contrats avec des pays en voie de développement, le préambule veille à situer le contrat par rapport aux objectifs de politique économique poursuivis par le gouvernement en cause :

- "*QUE X est chargée, sous sa responsabilité, de promouvoir l'industrialisation (du pays Z) dans le domaine de la construction mécanique.*
- . *QUE X a plus particulièrement pour mission la création d'une industrie autonome et indépendante susceptible de répondre aux besoins actuels et futurs (du pays Z) en matière de constructions mécaniques et, notamment, dans le domaine de la fabrication et de la distribution de cycles, de cyclomoteurs et de moteurs ...*
- . *QUE le Constructeur accepte la mission qui lui est confiée dans le cadre des principes définis par (le pays Z) dans le but de développer son économie nationale."*

Ailleurs, c'est au "nouvel ordre économique international" que se réfère le préambule :

- "*Attendu que X et Y, conscients de contribuer ainsi à l'édification d'un nouvel ordre économique international, ont décidé de conclure la présente Convention Générale de Coopération, pour établir entre elles une coopération institutionnalisée et pour fixer les principes et le cadre de cette coopération."*

On reparlera plus loin des répercussions possibles d'une telle référence sur les engagements des parties (1).

#### c) Attitudes respectives des parties

Lorsqu'un accord s'avère particulièrement délicat pour les signataires, notamment dans leurs rapports avec leurs mandants, le préambule peut aussi être l'occasion de préciser l'esprit dans lequel chacun s'engage. En témoigne cet extrait d'une convention conclue en Belgique en 1964, entre les pouvoirs publics, les syndicats et le secteur privé ; il s'agissait d'organiser le secteur de la production et de la distribution du gaz et de l'électricité :

---

(1) Cfr. infra, p. 38.

- "Les organisations signataires, tout en ne se considérant pas comme engagées de façon générale sur le plan des principes applicables en matière économique et sociale, indiquent ci-après dans quel esprit elles signent la Convention :

Les organisations syndicales des travailleurs et la FIB, considérant, d'une part, les résultats obtenus par la formule de contrôle de l'électricité dérivant de la Convention de 1955 mais, d'autre part, la limitation du champ d'activité de celle-ci aux producteurs-distributeurs privés, se réjouissent de voir aboutir les efforts tendant à incorporer dans la Convention de contrôle l'ensemble du secteur de l'électricité. Par ailleurs, étant donné les activités mixtes (électricité et gaz) exercées par certaines sociétés, et l'aspect d'utilité publique de l'approvisionnement en gaz, elles se réjouissent également de l'adhésion à la Convention de la partie privée de ce secteur et espèrent pouvoir étendre cette adhésion à l'ensemble de celui-ci.

Ces organisations ont entendu également orienter vers une action de prévision et de programme la mission du Comité de Contrôle et donner à son secrétariat les moyens voulus pour la remplir.

Les entreprises privées d'électricité, fortes de l'expérience acquise, se rallient à une consolidation de la formule de contrôle. Les entreprises publiques d'électricité et les unions de centrales industrielles, considérant qu'elles ne peuvent rester en dehors d'un mouvement de coordination de la politique de l'électricité, décident d'adhérer à la Convention dans les limites indiquées respectivement dans les statuts de la SGSPE et dans la convention avec le Comité de Gestion des Entreprises d'Electricité.

Les entreprises privées gazières, enfin, se montrent disposées à s'engager dans un système de contrôle qui a fait ses preuves en électricité.

De son côté, le Gouvernement, conscient de sa responsabilité en matière de politique énergétique et considérant que la nouvelle convention de l'électricité et du gaz a le mérite d'étendre un système qui, jusqu'à présent, a donné d'heureux résultats, approuve cette convention et y apporte sa collaboration. Il a entendu y définir son rôle et ses prérogatives.

Toutes les parties constituantes et le Gouvernement se rallient aux objectifs de la Convention, soit, dans l'intérêt général, poursuivre la rationalisation des secteurs et la réalisation d'une gestion plus coordonnée et plus unifiée pour arriver à un abaissement des prix de l'électricité et du gaz, en tenant compte de la situation économique et du caractère de service d'utilité publique des secteurs."

En 1977, un autre accord intervenu en Belgique, entre les pouvoirs publics et certaines entreprises privées, tous actionnaires d'une société distributrice de gaz, prévoyait l'augmentation de la participation du secteur public dans l'entreprise. Les sociétés privées craignaient que cette évolution ne compromette la rentabilité de l'entreprise ; ces appréhensions se sont manifestées dans le passage suivant du préambule de la convention :

- "Attendu qu'il est admis entre les deux parties à la présente convention que ... devra être gérée en observant une politique de saine gestion industrielle, commerciale et financière de manière à assurer une rétribution normale des capitaux investis, sauf conditions économiques anormales ;

Attendu qu'en raison du caractère particulier des activités de ... dans le secteur énergétique, il se pourrait que l'Etat adopte une position susceptible d'orienter l'économie générale de la société, dans une voie qui n'assurerait pas la rétribution normale des capitaux investis et que, dans ce cas, les actionnaires privés pourraient exprimer leur volonté de se dégager de leur participation au capital social de ..."

d) Circonstances précédant et entourant le contrat.

Le préambule est souvent le lieu où les parties rappellent les circonstances qui ont précédé et qui entourent la conclusion du contrat. En voici deux exemples caractéristiques :

- "The GIOTTO project is undertaken to achieve an exploratory mission to the COMET HALLEY. GIOTTO is to be launched by an ARIANE launcher in a tight single launch window in July 1985. The encounter with HALLEY is to take place in March 1986. The principal objectives of the GIOTTO experiments include imaging the nucleus of the Comet HALLEY and chemical analysis of the Coma during a fast fly-by. The GIOTTO project principally consists of three parts :
  - The GIOTTO Spacecraft (hereinafter referred to as "GIOTTO") and
  - The GIOTTO Experiment Payload (hereinafter referred to as the "EXPERIMENTS") and
  - The GIOTTO ground segment..."
- "IL A ETE PREALABLEMENT EXPOSE :
  1. QU'APRES la découverte, au ..., d'un gisement de calcaire, X a fait procéder à une étude sur la rentabilité de l'investissement nécessaire à la construction et à l'exploitation d'une cimenterie installée à proximité dudit gisement ;
  2. QU'APRES examen de cette étude de rentabilité, X a décidé de construire à proximité du gisement découvert une cimenterie de deux lignes de production capable de produire annuellement un million deux cent mille tonnes de clinker, ladite cimenterie devant s'approvisionner aux carrières d'exploitation dudit gisement, la production de clinker devant être en partie utilisée au ... et en partie exportée, notamment en ... ; ..."

De telles descriptions de l'environnement du contrat semblent de nature à affecter son interprétation ultérieure (1). Ne pourraient-elles pas aussi faciliter la réadaptation ou la remise en cause du contrat s'il s'avérait que les circonstances décrites n'étaient pas conformes à la réalité, ou s'étaient profondément modifiées (2) ?

La description des circonstances ayant conduit au contrat revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit d'introduire une transaction ; le préambule définit ainsi les contours du litige auquel la transaction entend mettre fin :

- *"En date du 12.12.1977 X a passé commande à Y d'un remorqueur baptisé ultérieurement ...*

*Dans le cadre de cette commande, Y a passé différents contrats ... pour la fourniture de deux moteurs de propulsion entraînant chacun une pompe à incendie, sans qu'il soit utile ici d'entrer dans le détail de ces contrats ou des responsabilités en découlant.*

*Postérieurement à la livraison du navire, les groupes propulseurs pompes à incendie furent l'objet de graves détériorations qui nécessitèrent des travaux et dépenses importantes dont le montant s'est élevé à près de 650.000 Francs.*

*Les parties au présent protocole n'ayant pu se mettre d'accord sur les causes et responsabilités des désordres constatés, une expertise amiable fut confiée à M. W par un accord en date du 25 avril 1983.*

*M. W ayant déposé son rapport le 13 janvier 1984, les parties se sont alors rapprochées pour trouver une solution amiable à leur différend.*

*C'est dans ces conditions qu'il a été convenu ce qui suit ..."*

La nécessité de décrire les circonstances dans lesquelles la convention est conclue apparaît encore lorsque la convention a pour objet la modification d'un contrat antérieur ; les parties éprouvent le besoin d'expliquer et de situer les amendements intervenus :

---

(1) Cfr. infra, pp. 34-35.

(2) Cfr. infra, pp. 37-38.

- "WHEREAS, Primo and Secundo have entered into a ... Products Agreement" as of the first day of January 1900 (hereinafter referred to as "The Agreement") ;

WHEREAS, it has now become apparent to Primo and Secundo that Paragraph 4.03 of The Agreement does not adequately protect Secundo's interest, and

WHEREAS, in the furtherance of a good business relationship, Primo desires that Secundo's interests be adequately protected ;

NOW, THEREFORE, in consideration of the premises and the mutual covenants herein set forth, it is agreed that the first sentence of Paragraph 4.03 of The Agreement shall be amended to read as follows : ..."

e) Liens avec d'autres contrats.

L'environnement d'un contrat comporte parfois des liens avec certains contrats connexes. Dans de tels cas, il est fréquent que le préambule y fasse référence :

- "WHEREAS Buyer has previously purchased from Seller one Proof-of-Concept WIDGET under a Purchase Order, dated as amended ;

WHEREAS Buyer and Seller have previously entered into a WIDGET SALES AGREEMENT (Hereinafter "Sales Agreement"), dated ... ;

WHEREAS Buyer and Seller have previously entered into a LICENSE AND TECHNICAL ASSISTANCE AGREEMENT (hereinafter "LTAA"), dated ..., concerning the WIDGET ;

WHEREAS Buyer and Seller desire to continue their cooperative efforts to develop, manufacture, market, and sell the WIDGET ;

WHEREAS, as part of the aforementioned cooperative efforts, Buyer desires to purchase from Seller one Certified Prototype WIDGET ;

...".

- "Il a préalablement été exposé que :

- 1) Le "MINISTRY of WORKS" de la République de ... (ci-après dénommé le "CLIENT" a conclu avec l'E.G., le ... mil neuf cent quatre vingt deux, un contrat relatif aux études, génie civil, fournitures, montage et toutes opérations de mise en service d'un complexe ... à ériger sur le site de ... que le SOUS-TRAITANT a visité antérieurement aux présentes.

Travaux ci-après désignés comme : le "MAIN CONTRACT" (ou le "Contrat Principal") ou l'"ENTREPRISE".

- 2) De son côté, à l'issue des négociations de ... auxquelles ... a participé activement et après avoir pris connaissance du "MAIN CONTRACT", le SOUS-TRAITANT déclare ..."



L'illustration suivante constitue le préambule d'un contrat conclu par le fournisseur d'une installation industrielle tenu d'accepter que le paiement s'effectue pour partie en pétrole, avec le tiers s'obligeant à acquérir ce pétrole moyennant le paiement d'une commission (1) :

- *"ENGINEERING C° négocie avec la STATE CHEMICAL COMPANY (S.C.C.) un contrat industriel pour la fourniture d'unités de traitement faisant partie du projet d'aromatiques d'..."*

*Dans le cadre de ce projet, ENGINEERING C° ou l'Acheteur qu'il aura désigné sera amené à garantir à la STATE PETROLEUM COMPANY (SPC) le débouché aux prix et conditions officielles de la SPC de 4.000.000 Tonnes de brut dont 70 % sous forme de grade 2 lourd 31-31.09 API et 30 % sous forme de grade 1 léger 34-34.09 API."*

Ces références aux contrats connexes éclairent incontestablement le sens du contrat en cause. On se demandera parfois si elles n'ont pas pour effet de créer des liens juridiques entre les différents contrats (2).

Ces liens sont indiscutables dans l'exemple suivant, également extrait d'un contrat de sous-traitance :

- *"...In view of this, A shall design, manufacture, deliver CIF, guarantee and generally assure the obligations described in the Main Contract Documents on his equipment in the same manner as a direct Contractor towards ELECTRIC COMPANY, as well as assure the erection, supervision and commissioning test on site, if required.  
A will be bound by all and any decision taken by E.C. and in particular : modifications, suspension or termination of the Main Contract..."*

(1) Sur cette situation, cfr. notre chronique sur les Aspects juridiques des contrats de compensation, D.P.C.I., 1981, pp. 203-213.

(2) Cfr. infra, p. 41.

On citera encore l'exemple suivant, relatif à une cession d'actions, qui fait de l'exécution d'un contrat parallèle la condition suspensive de l'entrée en vigueur du contrat introduit par le préambule :

- "Considérant qu'un Accord d'Achat (ci-après dénommé "ACCORD D'ACHAT") daté du 30 juillet 1970 est souscrit simultanément avec le présent par et entre A, C et B pour formuler les modalités suivant lesquelles A devra acheter, ou avoir acheté, à la Date de Clôture (ci-après dénommée "CLOTURE" tels qu'ils sont définis dans ledit ACCORD D'ACHAT, les actions, prêts et avances ci-dessus mentionnés,

Considérant que les parties signataires souhaitent exposer dans le présent accord général leur accord en ce qui concerne les intérêts respectifs qu'elles vont avoir dans le capital de X et dans les prêts et avances à elles consentis, ainsi que les prix à payer par chacune d'elles pour ce faire, en ce qui concerne la manière dont X sera organisée, contrôlée, dirigée et gérée, d'un commun accord entre elles, aussi bien qu'en ce qui concerne les autres sujets dont question ci-dessous, dans le cas où les transactions prévues dans l'ACCORD D'ACHAT sont effectivement réalisées à la CLOTURE..."

#### f) Rappel des étapes de la négociation.

Souvent, le préambule est l'occasion de rappeler la chronologie et les différentes étapes de la négociation du contrat. En voici une illustration exemplaire :

- "1. Attendu que l'Agence a envoyé le 5 Octobre 1982 au Contractant une demande de révision de son offre de Novembre 1979 pour la réalisation d'une série de satellites METEOSTAT pour un système météorologique opérationnel (Réf. : Demande d'offre n° RFQ/3-3425/82/F, sous couvert de la lettre n° ON/2703-82/CG/fd datée du 5 Octobre 1982),
- 2. Attendu que le Contractant a répondu à cette demande d'offre révisée, par sa proposition de Novembre 1982 et par les amendements qui y ont été apportés jusqu'en Juin 1983,
- 3. Attendu que l'Agence a établi et signé le 24 Juin 1983 une lettre (réf. : ON/2794-83/CG:fd) de notification de son intention de conclure un contrat pour les travaux précités (3 satellites plus un jeu pré-assemblé d'éléments de rechange) et d'autorisation formelle d'entreprendre immédiatement les travaux,
- 4. Attendu que le Contractant a formellement accepté tous les termes de cette lettre, en apposant sa contresignature le 18 Juillet 1983,
- 5. Attendu qu'une seconde lettre (réf. : ON/2844-83/CG/fd datée du 27 Décembre 1983) a été signée par les deux Parties, les 5 et 11 Janvier 1984, pour prolonger jusqu'au 1er Avril 1984 l'autorisation formelle d'entreprendre les travaux et pour établir ou amender certains termes du contrat en préparation,

6. Attendu que ces lettres ont prévu la conclusion d'un contrat dans un délai spécifié, l'entrée en vigueur de ce contrat avec effet rétroactif au 21 Juin 1983, et l'annulation consécutive du caractère contractuel des dites lettres,
7. Attendu que les deux Parties ont achevé la négociation des termes et conditions nécessaires à l'établissement d'un contrat complet,
8. Le lien contractuel entre l'Agence et le Contractant est à présent établi et défini par le présent contrat que les Parties substituent aux lettres précitées".

De telles énumérations peuvent évidemment connaître d'autres finales. Ainsi, dans le présent exemple :

- "En ce qui concerne toute matière qui ne serait pas spécifiquement traitée dans le présent contrat, les deux Parties conviennent de se référer en priorité aux autorisations préliminaires d'entreprendre les travaux (en cas de conflit, la plus récente devant prévaloir), et aux lettres de l'Organisation confirmant au Contractant les accords conclus sur les prix négociés et définitivement approuvés ; en cas de lacune, les deux Parties conviennent de se référer subsidiairement aux termes de l'Appel d'Offres n° ... révisé en juillet 1973, émanant de l'Organisation, ainsi que de la proposition soumise par le Contractant le 16 août 1973 et révisée par celui-ci le 1er octobre 1973 ainsi qu'à l'occasion de la revue critique de conception tenue du 27 au 31 mai 1974 (les termes de l'Appel d'offres devant prévaloir sur ceux des documents émanant du Contractant, et en cas de conflit entre les documents précités émanant du Contractant, le document le plus récent faisant foi)".

Pareil rappel des étapes de la négociation est au moins de nature à affecter le rôle possible des documents préparatoires dans l'interprétation du contrat (1).

#### g) Constatations et affirmations des parties.

Au seuil de la conclusion d'un contrat, il n'est pas rare qu'une partie soit invitée par l'autre à constater une certaine situation de fait susceptible d'affecter les conditions de l'exécution, afin d'établir que cette situation était bien connue lors de l'engagement et d'éviter toute contestation ultérieure.

---

(Cfr. infra, p. 40.

- *"WHEREAS previously to the execution of the Contract, the Contractor has satisfied himself as to the nature of the site of the Works, and the physical conditions there prevailing, in so far as they affect the Works or the execution thereof and has also satisfied himself as to where and in what manner the labour, materials, and equipment required for the Works can be obtained and has made every allowance he considers desirable in his own judgement in view of his own information, for all and such matters in the Scheduled Rates and Prices."*
- *"Afin de permettre à B de contracter en connaissance de cause, A a communiqué à cette dernière la totalité des documents en sa possession relatifs aux BREVETS LICENCIES et en particulier le résultat des recherches d'antériorité".*

On soulignera particulièrement la référence à un litige en cours dans l'exemple suivant :

- *"WHEREAS, PRIMO has agreed to grant to TERTIO and TERTIO has agreed to accept from PRIMO, although aware of the pendency of litigation concerning the validity and enforceability of the aforesaid patent, a non-exclusive license under United States patent n°..., all on the terms and conditions hereinafter set forth."*

Dans d'autres cas, l'une ou l'autre des parties, ou les deux parties font une déclaration à propos d'une circonstance qui doit aussi conditionner l'exécution du contrat.

- *"X has represented that he is presently qualified to act in the abovementioned capacities in the Kingdom of Saudi Arabia and that he will forthwith satisfy all requirements (including as to nationality) to remain so qualified for the indefinite future."*
- *"WHEREAS, A has the financial ability, technical competence and professional skills necessary to carry out the Petroleum Operations hereinafter described, ..."*
- *"Considérant que ni A ni le franchisé n'ont, à ce jour, signé un quelconque accord qui serait incompatible avec le présent contrat, ..."*

C'est souvent à propos de droits de propriété industrielle que le préambule enregistre certaines déclarations :

- *"WHEREAS, R is the owner of patents and patent applications, and may be the owner of further patents and patent applications, in the United States and Canada relating to the manufacture and use of Products (as hereinafter defined) and other spunbonded fabrics ; and ..."*
- *"1. K has acquired a license under the French Patent Application PV N° ... registered on ... in the joint names of Centre National de la Recherche Scientifique and Centre National de Transfusion Sanguine (hereinafter referred to as C.N.R.S. and C.N.T.S.), entitled ... and its additional Application PV N° ... registered on ..., in the joint names of C.N.R.S. and C.N.T.S."*

2. Said license is an exclusive manufacturing license for the whole world, an exclusive sales license for the whole world and a license permitting sub-licensing for the manufacture and sale in the whole world, of equipment conceived under the patent and the additionnal Application mentioned hereinabove in the first Whereas.

3. Applications corresponding to the above have also been filed in the United States of America, on ... and in Canada, on ... under Ser. N° ... and ... respectively."

Dans ces différents cas, il semble que l'objectif poursuivi soit d'écarter tout recours ultérieur fondé sur une ignorance alléguée des circonstances ayant fait l'objet de telles déclarations dans le préambule, soit au contraire de fournir la base d'un recours ou d'une exécution au cas où l'une de ces déclarations s'avérerait inexacte ou ne serait pas respectée (1).

#### h) Expression d'engagements.

Le préambule précède le corps du contrat, et cependant l'on y trouve parfois déjà l'énoncé apparent de véritables obligations.

Ainsi, cet engagement de solidarité :

- "WHEREAS A now wishes to assign the Lease to B, which wishes to take it over, and A agrees that it will be jointly and severally liable for the obligations undertaken by B pursuant to this Assignment."

... cette clause de porte-fort :

- "WHEREAS, the parties hereto propose that, pursuant to the terms and conditions hereinafter set forth, A shall cause W Subsidiary, a corporation to be incorporated under the laws of the State of Delaware, a wholly-owned subsidiary of A, and B shall cause X Subsidiary, a corporation to be incorporated under the laws of State of New York, a wholly owned subsidiary of B, to establish a partnership (the "Partnership") under the laws of the State of ... in which each of W and X will have a fifty percent (50%) interest."

---

(1) Cfr. infra, pp. 36-37.

... cet engagement de payer certaines indemnités :

- "WHEREAS, A has agreed, in order to induce the Bank and W to assume the obligations as aforesaid : (i) to indemnify the Bank (for the account of the Bank, and W as their respective interests may appear) against any and all losses arising from the difference between the amount of funds expected to be forthcoming from the Ultimate Borrower and the aggregate amount of funds required to service the Fiduciary Credit, the Swiss Franc Credit and the Supplementary Credit, and to pay the Bank certain other amounts in connection with arranging the financing ..."

... cet engagement relatif aux prix :

- "SELLER and BUYER desire to enter into a long-term Contract, whereby SELLER will sell and BUYER will buy the naptha at prices conditions applicable from time to time to similar term contracts for similar quantities in Northwest Europe."

... cette clause de hardship :

- "(Les sociétés soussignées) reconnaissent que l'esprit qui régit le présent contrat et qui a conditionné leur adhésion à celui-ci est un esprit de solidarité, suivant lequel chacune d'elles doit tenir compte des situations propres des autres co-signataires. Notamment si l'application du présent contrat infligeait à l'une d'elles un préjudice anormalement élevé par rapport à celui supposé par l'ensemble d'entre elles, les sociétés soussignées acceptent que les effets en soient équitablement répartis..."

... cette garantie quant à la qualité du travail :

- "A garantit une construction soignée effectuée suivant les règles de l'art, concernant la manipulation d'un gaz corrosif et la pratique des installations frigorifiques au fréon 13 et à l'ammoniac.

A garantit aussi que l'étui et l'installation s'effectueront selon les normes bien connues d'elle par son expérience pratique."

... cette définition du territoire contractuel :

- "WHEREAS, LICENSEE is desirous of manufacturing the Products within the following manufacturing area (hereinafter called the "Manufacturing Area"), namely, that part of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland ("United Kingdom") included within England and the metropolitan territories of Belgium, France, Federal Republic of Germany ("West Germany"), Italy, Luxembourg and Netherlands, the Products to be so manufactured for sale and use within the following sales area (hereinafter called the "Sales Area"), namely, the British Isles, composed of the territory of the Republic of Ireland and those parts of the United Kingdom included within Wales, Scotland, England and Northern Ireland ; the territory of Iran ; continental Europe, composed of ... (etc...)."

Parfois, ce sont même les engagements essentiels du contrat qui paraissent déjà exprimés dans le préambule :

- *"WHEREAS the Contractor admits that unless the execution of the Works is seriously hindered or delayed by unforeseen difficulties he can by skill and diligence complete and deliver up and accordingly in his Tender has undertaken to complete and deliver up the whole of the said Works on or before the ... day of ... One Thousand Nine Hundred and ..."*
- *"In consideration of the mutual covenant herein contained, the BUILDER agrees to build, launch and complete One (1) Oil Tanker, more fully described in ARTICLE I hereof, to be registered under the flag of Liberia at the Shipyard in Japan, owned by the BUILDER or designated by the BUILDER at its sole descretion (hereinafter called the "SHIPYARD") and to deliver and sell to the BUYER, and the BUYER agrees to purchase from the BUILDER and to accept delivery from the BUILDER the said VESSEL, all upon the terms and conditions hereinafter set forth."*
- *"La convention dont le descriptif suit, a pour objet sur le plan local :*
  - *la concession par le concédant au concessionnaire d'une manière indis-*
  - *sociable :*
    - *de l'exclusivité d'exploitation de sa marque et de l'utilisation de son enseigne,*
    - *de l'exclusivité de la fourniture en gros pour la revente au détail des marchandises portant l'étiquette ... et éventuellement la marque, fournies en exécution du présent contrat, sous réserve de ce qui est dit ci-après en ce qui concerne les ventes directes.*

*En conséquence, le concédant s'interdit, dans le territoire concédé, d'exploiter directement ou indirectement une chaîne de distribution spécialisée dans la vente d'articles concurrents, à l'exception de la chaîne ...*

- *l'engagement du concessionnaire envers le concédant :*
  - *d'exploiter au mieux la marque et de maintenir le bon renom de l'enseigne concédées, par le meilleur service au consommateur,*
  - *de s'approvisionner exclusivement, sous réserve de ce qui est dit à l'art. 7 § 4b pour les articles sus indiqués, auprès du concédant et des fournisseurs agréés par celui-ci, et de toute façon d'acheter par campagne de vente (6 mois) un montant minimum garanti de marchandises au concédant."*

Ces différents exemples laissent quelque peu perplexe. Si le préambule est le siège de clauses contractuelles au sens plein, où est alors la frontière entre le préambule et le corps du contrat ? Faut-il reconnaître la même valeur à des engagements exprimés dans le préambule (1) ?

---

(1) Cfr. infra, pp. 42-43.

### 1) Définitions.

Une technique répandue consiste à définir un certain nombre d'expressions qui vont être utilisées dans le contrat. Il arrive que de telles définitions soient situées dans le préambule. Un exemple en a déjà été fourni plus haut, avec le "whereas" d'un préambule qui définissait le territoire contractuel. En voici une autre illustration :

- *"For purpose of this Agreement, the following terms shall have the meaning designated in this Section, unless the context otherwise requires :*

*"Affiliate" is any other person, who is directly or indirectly controlling it, controlled by it or under common control with that Affiliate.*

*"RC Know-how" means... (etc...)".*

L'accord sur une définition paraît bien constituer un engagement contractuel, au même titre que les illustrations fournies ci-dessus, au littéra g.

### 5. Objectifs du préambule

Quels objectifs les parties poursuivent-elles en rédigeant un préambule en tête de leur contrat ?

Il est évidemment malaisé de répondre à cette question. Parfois, semble-t-il, l'insertion d'un préambule ne répond à aucune motivation particulière, si ce n'est le réflexe de se conformer à une certaine pratique, sans arrière-pensée.

Plus souvent, le préambule est au contraire rédigé avec le plus grand soin, et ses mentions répondent à divers soucis très conscients de l'une ou l'autre des parties, voire des deux partenaires à la fois. Il est des situations où le contenu et le libellé du préambule font même l'objet de négociations acharnées, presque plus difficiles encore que celles relatives au corps même du contrat. Il peut en être ainsi lorsque certaines mentions du préambule sont liées à l'une ou l'autre des motivations particulières évoquées plus haut, à propos de la description du contenu.



On devra évidemment se demander, dans la seconde partie de cette étude (1), dans quelle mesure ces objectifs spécifiques ont effectivement des chances d'être atteints.

Parfois encore, il semble que la rédaction d'un préambule réponde à des objectifs d'un ordre tout différent, qui ne concernent plus les conditions dans lesquelles le contrat sera exécuté. Certains préambules sont rédigés par les négociateurs aux fins de l'information des dirigeants de leurs entreprises respectives ; la consultation d'un préambule bien conçu permet aux lecteurs pressés et non juristes de situer le contrat et de s'informer de l'essentiel de son contenu. Le procédé peut être pratique, mais il n'est pas toujours sans danger de chapeauter un contrat d'une sorte de résumé de vulgarisation, qui risque de contenir des imprécisions, voire des contradictions avec le corps du contrat.

On a cité des exemples où certains passages du préambule avaient pour but de justifier les engagements pris par les parties à l'égard de leurs mandants ou actionnaires respectifs (2). Dans d'autres cas, certains passages du préambule s'adressent à des tiers, par exemple à l'administration fiscale, ou aux autorités chargées d'autoriser le contrat, ou aux organes veillant au respect des règles de concurrence, dans l'espoir de provoquer des réactions favorables. Un exemple a déjà été fourni où l'objectif de certains passages du préambule semblait être de justifier la conformité aux règles de concurrence (3).

---

(1) Cfr. infra, pp. 32-43.

(2) Cfr. supra, pp. 10-12.

(3) Cfr. supra, p. 9.

Voici un autre exemple, où le souci est apparent de provoquer cette fois la sympathie de l'administration d'un pays en voie de développement devant autoriser le contrat :

- *"Considérant l'urgence de créer une infrastructure agro-industrielle, nécessaire à la réalisation des plans successifs de développement élaborés par le Gouvernement du ..., la Société ... a élaboré un projet prévoyant la création d'une Société de droit ... ayant pour objet la construction, l'installation et l'exploitation d'une ferme d'embouche, sise dans la région de ... ;*

*Le montant de l'investissement prévu s'élève à ... L'exploitation de la ferme entraînera la création d'environ 15 emplois (quinze) d'expatriés et d'environ 680 emplois de (nationaux) ;*

*Compte tenu de l'importance des capitaux investis ;*

*Eu égard à l'ampleur des effets directs et indirects de l'investissement prévu sur l'activité économique ;*

*Compte tenu de la concordance du projet avec les objectifs du Gouvernement de la République du ..."*

Les objectifs poursuivis lors de la rédaction du préambule sont donc variés. Cette diversité ne manquera pas d'affecter certains des aspects de la portée juridique du préambule, qu'il est à présent temps d'examiner.

## II. PORTEE JURIDIQUE

### 1. Préambule et phénomènes analogues

Le préambule du contrat est loind'être le seul phénomène de ce type. Souvent, lorsqu'une décision est prise, son auteur ou ses auteurs éprouvent spontanément le besoin de s'expliquer, de se justifier. Dans les documents à portée juridique, pareille motivation est souvent imposée dans l'intérêt de celui à qui la décision va s'appliquer.

a) Les actes de type législatif ou réglementaire comportent parfois des éléments introductifs comparables aux préambules. Il ne s'agit pas ici des "travaux préparatoires" (avant-projet et projet de loi, exposé des motifs, rapports et discussions parlementaires, etc...), qui se situent sur un plan analogue à celui des pourparlers précédant le contrat et des différents documents échangés lors de ces négociations (p. ex. les lettres d'intention) (1), mais de préliminaires introduits dans le texte définitif lui-même.

Voici par exemple la façon dont se présente le début de l'arrêté royal belge du 17 juillet 1985 modifiant le taux de l'intérêt légal (2) :

- "BAUDOUIN, Roi des Belges,  
A tous, présents et à venir, Salut.

*Vu la loi du 5 mai 1865 relative au prêt à intérêt, notamment l'article 2, modifié par l'arrêté royal n° 147 du 18 mars 1935, confirmé par la loi du 4 mai 1936, et modifié par la loi du 30 juin 1970 et par les arrêtés royaux des 14 octobre 1974 et 28 juillet 1981 ;*

*Vu les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, notamment l'article 3, § 1er, modifié par la loi du 9 août 1980 ;*

(1) Le parallèle n'est pas non plus proposé avec certains documents explicatifs qui peuvent suivre l'adoption d'un texte légal et réglementaire, notamment certaines circulaires administratives.

(2) Moniteur belge, 23 juillet 1985.

*Vu l'urgence ;*

*Considérant qu'il existe actuellement un écart important entre les taux d'intérêt pratiqués dans les conventions courantes et le taux de l'intérêt légal ;*

*Considérant, dès lors, qu'une adaptation du taux de l'intérêt légal s'impose au plus tôt afin de réduire l'écart entre ce dernier taux et ceux pratiqués sur le marché des capitaux ;*

*Sur la proposition de Notre Ministre de la Justice et de Notre Ministre des Finances et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil,*

*Nous avons arrêté et arrêtons : ..."*

Certaines de ces indications permettent de vérifier la régularité de l'arrêté : la référence aux lois dont l'arrêté est une mesure d'exécution (en vertu de l'art. 107 de la Constitution belge, la légalité des arrêtés est soumise au contrôle des tribunaux), l'invocation de l'urgence qui justifie l'absence de demande d'avis au Conseil d'Etat (1). Quant aux "considérants", leur rédaction ne répond à aucune exigence légale, mais à une pratique constante. Ils peuvent jouer un rôle considérable dans l'interprétation de l'arrêté.

b) Dans certains pays, c'est la Constitution qui se présente avec un préambule. Celui de la Constitution des Etats-Unis est particulièrement célèbre :

- *"We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America."*

Le contenu de ces préambules est variable. Il s'agit parfois, comme ci-dessus, de prononcer de manière solennelle la promulgation du texte constitutionnel qui suit (cfr. également les préambules des Constitutions de la Suisse de 1874 et de l'Irlande de 1937). Tantôt, il s'agit d'exprimer des réserves qu'il aurait été inopportun d'inscrire dans le texte constitutionnel lui-même (Constitution de l'Allemagne Fédérale de 1949 ; réserves relatives au caractère provisoire d'une Constitution non élaborée par tous

---

(1) En Belgique, cette institution comporte une section de législation, qui a pour mission de donner des avis préalables sur les projets de textes législatifs et réglementaires (lois coord. du 12 janv. 1973, art. 2 à 6, mod. par la loi du 9 août 1980).

les Allemands). Dans d'autres cas encore, le préambule est le lieu où sont affirmées de manière solennelle certains principes et certaines libertés fondamentales reconnues au citoyen (Constitutions françaises de 1946 et de 1958) (1).

La valeur juridique de ces préambules a donné lieu à certaines discussions. La réponse est évidemment variable selon les cas. Il peut notamment arriver qu'en paraissant conférer un caractère plus solennel à certains principes inscrits dans le préambule, on soustraie leur mise en oeuvre aux garanties du contrôle de constitutionnalité (2).

c) D'après l'article 190 du Traité de Rome, "les règlements, les directives et les décisions du Conseil et de la Commission sont motivés et visent les propositions ou avis obligatoirement recueillis en exécution du présent Traité".

En voici l'application, dans cet extrait de la version anglaise de la directive du 5 mars 1979 sur l'assurance-vie :

- "THE COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,  
*Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Articles 49 and 57 thereof,*  
*Having regard to the proposal from the Commission (OJ N° C 35, 28.3.1974, p. 9),*  
*Having regard to the opinion of the European Parliament (OJ N° C 140, 13.11.1974, p. 44),*  
*Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee (OJ N° C 109, 19.9.1974, p. 1),*  
 WHEREAS, in order to facilitate the taking up and pursuit of the business of life assurance, it is essential to eliminate certain divergences which exist between national supervisory legislation ; whereas, in order to achieve this objective and at the same time ensure adequate protection for policy-holders and beneficiaries in all Member States, the provisions relating to the financial guarantees required of life assurance undertakings should be coordinated ;  
 Whereas ..."

---

(1) P. BISCARETTI DI RUFFIA et S. ROSZMARYN, La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes, 1966, pp. 42-43.

(2) Ibid., p. 43.

(suit une longue série de "considérants" qui motive les différentes dispositions de la directive, et qui se termine de la manière suivante)

"...

*Whereas it is important to guarantee the uniform application of the coordinated rules and to provide accordingly for close collaboration between the Commission and the Member States in this field,*

*HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE :*

*TITLE I*

*GENERAL PROVISIONS*

*Article 1*

*This Directive ..."*

On relèvera l'exigence particulière, dans l'article 190, de la référence aux propositions et avis à recueillir obligatoirement.

La motivation, d'après la Cour de Justice, "vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits, à la Cour d'exercer son contrôle et aux Etats membres, comme à tout ressortissant intéressé, de connaître les conditions dans lesquelles la Commission a fait application du traité" (1). La doctrine ajoute que la motivation sert également à l'information du Parlement européen, à l'interprétation de l'acte et au bon fonctionnement de l'administration amenée à s'interroger sur les motifs de sa décision (2).

La Cour de Justice s'est montrée moins exigeante à propos de la motivation des actes normatifs qu'en ce qui concerne les décisions (3) ; un règlement a néanmoins été annulé pour défaut de motivation (4).

(1) Arrêt du 4 juillet 1963, Rec., IX, p. 143.

(2) J. MEGRET et al., Le droit de la communauté économique européenne, vol. X, t. I, 1983, p. 502.

(3) Ibid., pp. 505-506.

(4) Arrêt du 7 juillet 1981, Rec., 1981, pp. 1833-1834.

#### d) Traités

Les traités internationaux sont fréquemment précédés d'un préambule. Voici un extrait du préambule au Traité du 27 janvier 1967 sur l'exploration de l'espace :

- *"The States Parties to this Treaty,*

*Inspired by the great prospects opening up before mankind as a result of man's entry into outer space,*

*Recognizing the common interest of all mankind in the progress of the exploration and use of outer space for peaceful purposes,*

*Believing that the exploration and use of outer space should be carried on for the benefit of all peoples irrespective of the degree of their economic or scientific development,*

*Desiring to contribute to broad international co-operation in the scientific as well as the legal aspects of the exploration and use of outer space for peaceful purposes,*

*Believing that such co-operation will contribute to the development of mutual understanding and to the strengthening of friendly relations between States and peoples,*

*Recalling resolution 1962 (XVIII), entitled "Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space", which was adopted unanimously by the United Nations General Assembly on 13 December 1963, ...*

*... Have agreed on the following : ..."*

La Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, en son article 31, 2°, reconnaît explicitement la valeur interprétative du préambule.

e) Un autre rapprochement s'impose entre le préambule du contrat et la motivation des jugements. La décision, contenue dans le dispositif du jugement, est précédée de sa justification exprimée dans les motifs. Le jugement rédigé à la française, par exemple, comporte une série d'"attendus" ou de "considérants", conduisant à la formule "par ces motifs", qui introduit le dispositif.

Que trouve-t-on dans les "motifs" ? Des indications sur les qualités des parties, l'exposé du litige, les prétentions respectives, la discussion et les raisons de la prise de position du tribunal, une série d'éléments qui ne sont pas sans rappeler, mutatis mutandis, le contenu des préambules de contrats, tel qu'il a été décrit plus haut.

On sait qu'en de nombreux pays, la motivation des jugements répond à une exigence légale, voire constitutionnelle (cfr. par exemple l'article 97 de la Constitution belge). Le justiciable possède un intérêt évident à connaître les raisons de la décision qui va s'imposer à lui. Il s'agit d'une garantie de bonne justice et d'une protection contre l'arbitraire. L'absence ou le vice de motivation peut ouvrir la voie à un recours. L'exigence oblige le juge à préciser sa pensée avant de décider. En prenant connaissance de la motivation des jugements, les juristes peuvent dégager l'état et les tendances de la jurisprudence (1).

Certains motifs peuvent présenter un intérêt encore plus spécifique. Il arrive que le juge ne procède pas à une parfaite ventilation entre motifs et dispositifs et qu'il tranche déjà dans les motifs l'un ou l'autre point de la contestation. On considère, dans ce cas, que la forme du jugement importe peu, et que l'autorité de la chose jugée peut s'attacher à certaines affirmations insérées dans les motifs (2).

---

(1) Cfr. Dalloz, Nouv. Rép. de Droit, 2ème éd., 1963, v° Jugement, n° 65.

(2) Cfr. ibid., n° 64 ; J. VAN COMPERNOLLE, Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile, note sous Cass. b., 10 sept. 1981, Rev. Crit. Jur. B., 1984, pp. 260-264.



Les sentences arbitrales doivent également être motivées, du moins dans de nombreux systèmes juridiques, ainsi que sous l'empire de diverses conventions internationales et de certains règlements d'arbitrage (1). Les fondements de cette exigence sont analogues à ceux qui viennent d'être exposés à propos de la motivation des jugements. En outre, la motivation est de nature à éclairer les autorités judiciaires en cas de procédure en annulation ou en exequatur (2). On a aussi pu souligner l'intérêt particulier de cette motivation pour la reconstitution d'une lex mercatoria (3).

X

X

X

Qu'il s'agisse d'actes de nature législative ou judiciaire, la formulation de la règle ou de la décision est donc souvent précédée, dans l'acte lui-même, d'une "explication" plus ou moins longue, qui n'est pas toujours dénuée de toute portée juridique : indication de références permettant de vérifier la régularité de l'acte, motivation susceptible de provoquer la remise en cause de l'acte si elle est atteinte d'un vice, formulation de principes ou d'objectifs de nature à guider l'interprétation du texte.

Le relevé de ces différents effets reconnus à de tels "préambules" d'actes législatifs ou judiciaires incite à poser avec attention la question de la portée juridique éventuelle des préambules de contrats, et à prolonger peut-être certaines analogies apparentes. On soulignera cependant qu'à la différence des actes ci-dessus, les contrats sont des actes bilatéraux, qui expriment des accords intervenus entre les parties, et non des décisions unilatérales d'autorités publiques. Cette constatation doit inciter à la prudence dans les rapprochements à effectuer ; mais elle sera peut-être à l'origine de la découverte d'aspects nouveaux de la portée juridique que l'on peut reconnaître aux préambules de contrats.

---

(1) Cfr. R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, 1982, pp. 442-456. On sait que la tradition dominante est souvent différente dans les droits des pays de langue anglaise.

(2) Cfr. M. HUYS et G. KEUTGEN, L'arbitrage en droit belge et international, 1981, p. 306.

(3) Cfr. R. DAVID, op. cit., pp. 455-456.

## 2. Le préambule du contrat : effets juridiques

Quelle peut être la portée juridique du préambule ? Les considérations exprimées dans cette partie du document contractuel, formellement séparées du corps du contrat par une présentation caractéristique (1), ont-elles malgré tout des effets de droit ?

On pourrait en douter, compte tenu du type de développements qui fait le plus souvent la substance des préambules. Si les parties éprouvent le besoin de rédiger un préambule séparé du contrat, c'est parce que ce qu'elles veulent y exprimer n'a pas sa place dans le corps du contrat ; il ne s'agit en général pas de définir des droits et des obligations. La description des objectifs poursuivis par les parties, ou celle des circonstances qui précèdent et entourent le contrat, ou encore l'historique des négociations, par exemple, ne semblent pas à première vue fournir la base d'engagements juridiques.

Certains préambules, cependant, paraissent aussi contenir l'expression de véritables engagements (2). Par ailleurs, une étude plus approfondie conduit à la conclusion que même les considérations de nature plus "littéraire" peuvent avoir certains effets de droit, et ce, à plusieurs niveaux.

Les réflexions qui suivent traduisent les conclusions du groupe de travail. Le sujet étant largement inexploré dans la plupart des systèmes juridiques, ces conclusions ne peuvent en général pas s'appuyer sur doctrine ou jurisprudence ; elles sont donc proposées avec beaucoup de

---

(1) Cfr. supra, pp. 4-5 , quant à la forme du préambule.

(2) Cfr. supra, pp. 19-21.

prudence. On fera cependant une place à part au droit anglais, où, curieusement, certains aspects de la portée juridique des "recitals" ont donné lieu à une jurisprudence importante depuis au moins ... le XVIème siècle (1)!

Quels sont les effets juridiques susceptibles de se rattacher à la rédaction du préambule ?

- Le contenu du préambule peut servir à l'interprétation du contrat.
- Les affirmations du préambule peuvent fournir le fondement d'un recours pour vice de consentement ou pour misrepresentation.
- Certaines des circonstances décrites dans le préambule constituent les "fondements du contrat" (Geschäftsgrundlage, presupposizioni), dont l'évolution peut donner lieu, dans différents droits, à l'adaptation des engagements contractuels.
- Une déclaration faite par une partie dans le préambule peut faire obstacle (estoppel) à ce que cette partie adopte dans la suite un comportement incompatible avec cette déclaration.
- La description des compétences particulières reconnues aux parties n'est pas sans influence sur l'appréciation ultérieure de leurs obligations et de leurs responsabilités.
- Lorsque le préambule rappelle les différentes phases des négociations qui l'ont précédé, cet historique est parfois l'occasion de préciser le sort juridique de certains documents préparatoires.
- La référence à certains contrats connexes peut avoir pour portée de créer des liens entre ces contrats et le contrat en cause.
- Enfin, la préambule peut déjà exprimer de véritables obligations à charge des parties.

Ces différents aspects vont être repris successivement.

---

(1) Cfr. Skinner v. Gray (1595), note to Mount v. Hodgkin (1554), 2 Dyer 116a, cité par Halsbury's Laws of England, vol. 12, Deeds and other Instruments, § 1509, note 11.

### a) Interprétation du contrat.

Un principe souvent reconnu est qu'un contrat doit être interprété en fonction de l'intention des parties. Telle est du moins la position de principe de certains systèmes juridiques. L'article 1156 du Code civil français et l'article 1362 du Codice civile italien en sont de nettes illustrations (1).

Or le préambule peut contenir de nombreuses indications susceptibles d'éclairer cette volonté des parties. Que l'on songe particulièrement aux développements relatifs aux objectifs poursuivis par les cocontractants, supports privilégiés d'une interprétation "téléologique", ainsi qu'aux circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. On rappellera aussi les formules situant certains contrats dans le contexte de la politique économique du gouvernement intéressé ou du nouvel ordre économique international (2). Le juge ou l'arbitre devraient trouver dans ces passages du préambule des éléments utiles en vue d'orienter l'interprétation du contra

On sait cependant qu'une autre tendance existe en matière d'interprétation, celle qui privilégie la volonté exprimée sur la volonté réelle. Pour des raisons principalement de sécurité juridique, la priorité est donnée au sens objectif qu'un homme raisonnable donnerait à l'expression de la volonté. En présence d'un texte dont la signification est claire pour cet homme raisonnable, il n'est pas possible d'invoquer une intention subjective différente de l'auteur de la déclaration (3)(4).

---

(1) Sur l'interprétation des contrats en droit français, cfr. notamment A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, 3ème éd., 1980, pp. 401-416 ; en droit italien, cfr. notamment R. SACCO, Il contratto, 1975, pp. 749-785.

(2) Cfr. supra, pp. 9-10.

(3) Cfr. K. ZWIGERT et H. KOTZ, An Introduction to Comparative Law, 1977, II, pp. 71-79 ; C. DEL MARMOL et L. MATRAY, L'importance et l'interprétation du contrat (dans ses relations avec l'arbitrage commercial international), Rev. Dr. Inst. Dr. Comp., 1980, pp. 158-208.

(4) Les deux conceptions se sont affrontées dans la rédaction du BGB (comp. les §§ 133 et 157), mais la théorie de la volonté déclarée occupe une position dominante (Ibid., pp. 75-77) ; cfr. également A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961, pp. 358-420.

Bien que les débats théoriques entre ces deux conceptions aient moins retenu l'attention en Angleterre que sur le continent, le droit anglais est certainement attaché à la prééminence de la volonté déclarée en matière d'interprétation (1). Il en résulte que le recours aux recitals en vue d'apprécier le sens de dispositions figurant dans l'operative part du contrat ne sera pas admis si les dispositions en cause sont parfaitement claires (alors que l'article 1156 du Code Napoléon pourrait permettre un tel recours). Mais le préambule peut être invoqué lorsqu'une disposition de l'operative part s'avère ambiguë. Sur le rôle que joue ou ne joue pas, selon les cas, le préambule en matière d'interprétation, le droit anglais connaît une importante jurisprudence (2) (3).

Compte tenu de leurs différentes positions de principe en matière d'interprétation, les systèmes juridiques n'accordent donc pas tous la même valeur interprétative aux mentions du préambule. On y sera attentif. Mais il s'agit d'une question de degré, et il semble que partout, le préambule puisse jouer un rôle plus ou moins étendu dans la solution des litiges d'interprétation. Ce rôle est reconnu par certains guides pratiques (4). On le rapprochera de la valeur interprétative reconnue aux préambules de certains actes de droit européen (5) et des traités internationaux (6).

(1) Cfr. K. ZWIGERT et H. KÖTZ, op. cit., pp. 77-79 ; C. DEL MARMOL et L. MATRAY, op. cit., pp. 177-181.

(2) Cfr. ODGERS, Construction of Deeds and Statutes, 5ème éd., 1967, pp. 149-154 et les références jurisprudentielles citées ; Halsbury's Laws of England, vol. 12, Deeds and Other Instruments, 1975, §§ 1509-1511 et les références jurisprudentielles citées.

(3) C'est donc en cas de contradiction nette entre le préambule et le corps du contrat que l'opposition des deux systèmes est la plus manifeste : dans la théorie de la volonté déclarée, priorité est donnée à la clause contractuelle claire ; dans la théorie de la volonté réelle, il peut être admis de démontrer que cette volonté s'est exprimée dans le préambule. Les deux systèmes se rapprochent lorsque la clause contractuelle est ambiguë.

(4) Cfr. supra, pp. 3-4 ; le projet de guide de la CNUDCI souligne comme nous que "the extent to which the recitals are used in the interpretation of a contract may vary under different legal systems" (op. cit., n° 13).

(5) Cfr. supra, n. 28.

(6) Cfr. supra, n. 29.

b) Vices du consentement, misrepresentation.

Le préambule met souvent l'accent sur certaines des circonstances qui ont déterminé le consentement des parties, qu'il s'agisse de constatations de fait (par exemple, la proximité de gisements) ou de déclarations faites par l'un des contractants (par exemple, la titulaire d'un brevet).

Les différents systèmes juridiques connaissent des régimes permettant de remettre en cause un engagement contractuel contracté dans des conditions où le consentement n'a pas été donné en connaissance de cause.

En droit français, par exemple, un contrat peut être annulé pour cause d'erreur substantielle (art. 1110 du Code civil) ou de dol (art. 1116) (1). De tels vices du consentement doivent être prouvés par le demandeur, et les mentions du préambule peuvent grandement faciliter cette preuve dans certains cas. Ainsi, la mise en évidence, dans le préambule, d'une situation de fait déterminée pourra, si cette description s'avère inexacte, contribuer pour beaucoup à la preuve de l'erreur, et surtout du caractère substantiel de celle-ci. L'erreur sur les motifs est en principe inopérante, sauf s'il s'avère que ces motifs ont été déterminants et que les parties ont été d'accord pour les introduire dans le champ contractuel ; cette double condition sera peut-être considérée comme satisfaite si les motifs en cause ont été mis en évidence dans le préambule. L'insertion dans le préambule de la déclaration d'une partie qui s'avère contraire à la réalité pourra, dans certains cas, faciliter la preuve d'un comportement dolosif de cette partie. En sens inverse, la présence de certaines mentions dans le préambule permettra plus tard de justifier que les parties se sont engagées en connaissance de cause, et de faire ainsi échec à un éventuel recours en annulation pour erreur ou pour dol.

---

(1) Sur le droit français des vices du consentement, cfr. par exemple J. GHESTIN, Le contrat, Paris, 1980, n° 357-454.

En droit anglais, le régime des misrepresentations ouvre une série de recours au contractant lésé par une déclaration inexacte faite par son partenaire en vue de l'inciter à conclure (cfr. le Misrepresentation Act de 1967) (1). Le préambule sera souvent le lieu où l'on découvrira de telles fausses déclarations.

### c) Fondements du contrat.

Lorsque les circonstances changent, la poursuite de l'exécution d'un contrat peut devenir difficile pour l'une ou l'autre des parties. Un changement de régime politique a modifié les courants commerciaux, et tel marché n'est plus favorable à certains exportateurs. Une révolution technologique vient de frapper d'obsolescence les biens qui faisaient l'objet d'un contrat de fourniture à long terme. En de telles situations, est-il possible de réadapter le contrat, voire de provoquer sa résiliation ?

Ce problème est rencontré dans tous les systèmes juridiques, mais avec des solutions variables et sous l'empire de concepts divers (imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, presupposizione, frustration, etc...), qui se réfèrent souvent aux "fondements" qu'avait le contrat lors de sa formation (2).

Là où la loi applicable permet la remise en cause d'un contrat dont le contexte initial a disparu, le préambule peut jouer un rôle important dans la mesure où certains de ses attendus décrivent précisément les fondements du contrat, l'environnement en fonction duquel il a été conclu. Tel préambule, par exemple, justifie l'association des partenaires par le bon réseau de distribution dont dispose l'une des parties, compte tenu de ses liens avec un groupe apparenté ; l'association doit-elle être poursuivie si ces liens sont rompus ?

(1) Sur le droit anglais des misrepresentations, cfr. par exemple ANSON'S Law of Contract, 23ème éd., Oxford, 1969, pp. 231-245.

(2) Cfr. H. LESGUILLONS, Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, D.P.C.I., 1979, pp. 507-533.

La description dans le préambule des circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat peut également faciliter l'application éventuelle d'une clause de hardship (1).

D'autre part, l'inscription dans le préambule d'une référence au "nouvel ordre économique international", dont une illustration a été fournie (2), peut en soi impliquer la possibilité que l'une des parties se réserve le droit de provoquer la renégociation du contrat si les circonstances devaient changer. Pareil assouplissement du principe pacta sunt servanda relève en effet du contenu de ce "nouvel ordre économique international" (3).

d) Estoppel.

En droit anglais, sous certaines conditions, une partie ne peut contredire ce qu'elle a déclaré par écrit, par exemple dans un recital. Il faut toutefois que la déclaration en cause soit claire, précise et non ambiguë, et la jurisprudence anglaise paraît bien réticente à admettre qu'il y ait estoppel à propos d'une déclaration inscrite dans un préambule (4).

e) Incidence sur l'intensité des obligations et sur l'étendue de la responsabilité des parties.

L'étude descriptive du contenu des préambules a souligné l'insistance fréquente mise à vanter la qualification de telle ou telle partie ("among the world leaders in its field") (5). Ces louanges ne sont

---

(1) Cfr. Les clauses de hardship. Aménagement contractuel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1975, pp. 7-49.

(2) Cfr. supra, p. 10.

(3) Cfr. S.K.B. ASANTE, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, 28 Int. Comp. Law Q. (1979), pp. 401-423 ; O. LANDO, Renegotiation and Revision of International Contracts, German Yearbook of International Law, 1980, pp. 37-58. Rappelons que le N.O.E.I. a fait l'objet de plusieurs textes fondamentaux adoptés par l'O.N.U., à partir de la Déclaration et du Programme d'Action du 1er mai 1974 (Rés. 3201 et 3202).

(4) Cfr. ODGERS, op. cit., pp. 154-158 et les références citées.

(5) Cfr. supra, p. 7.



pas sans arrière-pensée. Lorsqu'une partie accepte de se voir considérer comme hautement spécialisée dans son domaine, elle justifie par avance le degré d'exigence qui sera mis dans l'appréciation de la manière dont elle exécutera ses obligations. Un professionnel de haut niveau doit fournir une prestation digne de sa réputation. L'évaluation de la qualité des produits livrés ou des services rendus se fera avec une rigueur particulière.

De telles mentions renforcent donc obligations et responsabilités corrélatives.

Parfois, un exemple en a été donné (1), le créancier d'une prestation veille en sens inverse à affirmer dans le préambule son propre manque de compétence dans le domaine où son cocontractant doit s'exécuter. Le but est également de renforcer les responsabilités du débiteur de la prestation, dont on attend souvent plus (par exemple quant à l'obligation de renseignement) lorsqu'en tant que professionnel qualifié, il traite non avec l'un de ses pairs, mais avec un cocontractant non spécialisé.

Certaines mentions du préambule peuvent avoir une incidence d'une autre nature sur l'étendue des responsabilités. Lorsque le droit applicable limite les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution à la réparation du dommage prévisible (2), l'indication dans le préambule de certaines circonstances peut fournir la preuve de la prévisibilité du

---

(1) Cfr. supra, p. 8.

(2) Il en est ainsi, notamment, en droit anglais (cfr. M. ELLAND-GOLDSMITH, Les principes généraux du droit anglais et les opérations internationales, D.P.C.I., 1980, pp. 465-466) ; on connaît également l'article 1151 du Code civil français (cfr. A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, 3ème éd., pp. 438 et 484-486) ; cfr. aussi notre chronique sur les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux, J.O.A.I., 1985, pp. 470-472.

préjudice allégué. La célèbre affaire Hadley v. Baxendale aurait sans doute connu un autre dénouement si le contrat de transport intervenu entre les parties avait comporté un préambule expliquant l'importance toute particulière de la pièce à transporter, nécessaire à la remise en marche du moulin (1).

f) Sort des documents pré-contractuels.

L'inventaire des documents pré-contractuels auquel il est procédé dans certains préambules peut, en l'absence de toute précision particulière, présenter au moins l'intérêt d'acter ce qui a constitué, dans l'esprit des parties, les principales étapes de la négociation. En cas de litige ultérieur quant à l'interprétation à donner au contrat, cet inventaire fournira une liste reconnue de documents préparatoires où l'on pourra, le cas échéant, et si le droit applicable le permet, rechercher des indices de la volonté réelle des parties.

Dans certains cas, le préambule prend position au sujet du sort à réserver à ces documents pré-contractuels, soit pour admettre que l'on s'y réfère en cas de lacune du contrat, soit au contraire pour les priver désormais de toute portée juridique, le contrat étant à présent le seul siège de l'accord des parties. On en a cité des exemples (2). De telles dispositions inscrites dans un préambule ont évidemment la portée de véritables clauses contractuelles ; elles pourraient tout aussi bien figurer dans le corps du contrat, ce qui se présente d'ailleurs assez souvent (3).

---

(1) 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). Dans cette affaire, l'exploitant du moulin n'avait pu obtenir du transporteur non informé de l'importance particulière de l'objet confié, l'indemnisation des pertes résultant de l'interruption de son exploitation suite au retard dans l'exécution du transport.

(2) Cfr. supra, pp. 16-17.

(3) La clause dite "entire agreement" ou "des quatre coins", notamment, prive de tout effet tous les documents antérieurs au contrat.

g) Liens avec d'autres contrats.

La mention dans le préambule des contrats avec lesquels le contrat en cause entretient certains rapports peut avoir pour effet de créer des liens juridiques entre ces contrats.

De tels liens sont parfois établis de manière expresse. Ainsi, le préambule d'un contrat de sous-traitance pourra se référer au contrat principal, et lier certaines des obligations des parties au contrat de sous-traitance aux obligations résultant du contrat principal. Un exemple a été donné (1). Dans un tel cas, le préambule contient encore une véritable clause contractuelle qui aurait tout aussi bien, et peut-être de préférence, pu figurer dans le corps du contrat.

D'autres préambules se réfèrent simplement à d'autres contrats, sans en expliciter les conséquences juridiques. Ces références peuvent au moins contribuer, le cas échéant, à l'interprétation du contrat qu'elles introduisent. Parfois, on pourra considérer que ces contrats connexes sont ainsi reconnus comme constituant la raison d'être, sur le plan économique, du contrat en cause, et qu'ils relèvent, par conséquent, de ses Geschäftsgrundlage ; il en résulterait notamment que le contrat en cause pourrait être affecté par le sort des contrats connexes (absence de conclusion, nullité, résolution, etc ...) (2).

---

(1) Cfr. supra, p. 15.

(2) Comp. Aspects juridiques des contrats de compensation, D.P.C.I., 1981, pp. 211-212.

#### h) Véritables engagements contractuels.

Enfin, le préambule peut contenir de véritables engagements contractuels. On vient d'en citer des exemples à propos des dispositions relatives aux documents échangés lors des négociations et aux rapports existant avec d'autres contrats. On avait antérieurement évoqué la présence dans certains préambules d'engagements de solidarité, de porte-fort, de clauses relatives au prix, au territoire contractuel, de clauses de hardship, voire même de dispositions exprimant déjà les engagements essentiels du contrat (1). On rappellera également la pratique parfois rencontrée de situer dans le préambule les définitions contractuelles (2).

Il s'agit là de clauses qui, de manière plus opportune, auraient dû figurer dans le corps du contrat. Mais en ces matières, le droit est rarement formaliste, et la maladresse des rédacteurs n'a pas pour portée de priver de telles clauses de leurs effets normaux(3). C'est d'engagements à part entière qu'il est ici question.

C'est dans ce sens qu'a décidé la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt non publié du 26 septembre 1984. Un contrat de société regroupait des commerçants en vue de l'exploitation d'une galerie marchande. Le préambule comportait un passage où les parties exprimaient leur accord de ne pas modifier leur assortiment initial, engagement non repris dans le corps du contrat. Cette déclaration faite dans le préambule avait-elle la portée de faire naître de véritables obligations juridiques ? La Cour de Rennes, en l'espèce, a répondu affirmativement :

---

(1) Cfr. supra, pp. 19-21.

(2) Cfr. supra, p. 22.

(3) On comparera cette solution avec la solution analogue, mutatis mutandis, suivant laquelle l'autorité de la chose jugée peut s'attacher à certaines affirmations contenues dans les motifs d'un jugement (cfr. supra, p. 30).

- *"Considérant que le contrat de société forme un tout dont il n'est pas possible de dissocier la partie "préambule" pour lui donner une simple valeur explicative d'une convention allant suivre ;*

*Qu'il suffit pour s'en persuader de constater que cette partie contient non seulement l'énoncé de principes généraux devant présider au fonctionnement de la galerie marchande mais aussi celui de toute une série d'obligations précises (dont celui de ne pas "modifier l'assortiment initial") pesant sur des associés présents ou futurs ; qu'en signant une telle convention ces associés adhéraient à un contrat dont le préambule était partie intégrée, ayant valeur conventionnelle et dont l'homogénéité implique que toutes ses composantes soient soumises en cas de difficultés à la procédure d'arbitrage stipulée par l'article 57 du contrat."*

On retiendra la solution, mais on relèvera également du premier "considérant" que la Cour reconnaît au moins au préambule une valeur "explicative", c'est-à-dire interprétative, de la convention.

Lorsque le préambule paraît exprimer un véritable engagement, on veillera toutefois à vérifier si ces dispositions ne sont pas reprises et développées dans le corps du contrat. Il arrive que le préambule annonce de façon résumée certains des engagements qui vont être exprimés par le contrat. Dans un tel cas, c'est en principe la clause figurant dans le contrat qui est le véritable siège de l'obligation. Mais la méthode est dangereuse, car le risque existe qu'une contradiction n'apparaisse entre les deux expressions de l'obligation, dans le préambule et dans le corps du contrat. On rejoint alors les problèmes d'interprétation évoqués plus haut (1).

---

(1) Cfr. supra, pp. 34-35.

### III. CONSEILS AUX NEGOCIATEURS

La portée juridique que peut revêtir le contenu d'un préambule ne doit pas être sous-estimée. A différents niveaux, "attendus" et "whereas" risquent d'avoir d'importantes répercussions sur le sort futur du contrat et des cocontractants.

La rédaction d'un préambule mérite donc de retenir une attention toute particulière. Tel n'est pas toujours le cas ; certains rédacteurs relâchent quelque peu leur discipline lorsqu'ils rédigent cette sorte d'introduction au contrat, pour lui donner une tournure plus "littéraire" que juridique. Quelques conseils s'imposent au terme de la présente étude.

1. Le préambule est rarement une nécessité. Un contrat sans préambule est en principe parfaitement viable. La rédaction d'un préambule ne peut résulter d'un désir machinal de se soumettre à une certaine tradition, elle doit procéder d'une décision réfléchie. Selon les mentions dont on envisage l'insertion dans le préambule, les effets juridiques qui peuvent en découler sont-ils souhaitables, ou au contraire risquent-ils de provoquer divers désagréments dans l'avenir ?

Les deux parties à un contrat ne donneront pas toujours la même réponse à ces questions, et les intérêts peuvent s'opposer à propos de certaines mentions. Ceci justifie que le préambule soit négocié avec autant de soin que le corps du contrat.

2. Il arrive qu'en cours de négociation, une partie refuse l'insertion d'une clause déterminée dans le contrat, mais accepte qu'il soit fait mention du problème en cause dans le préambule. Si l'effet escompté est de minimiser la portée de ce problème, cet effet n'est pas toujours réalisé ; au contraire, une mention dans le préambule peut, dans certains cas, être perçue comme la mise en évidence d'une des circonstances essentielles ayant été à la base du contrat.

3. L'effet le plus général des mentions du préambule est de contribuer de manière privilégiée à l'interprétation du contrat (1). On aura cet effet à l'esprit en expliquant dans le préambule les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, ainsi que les objectifs poursuivis par les parties. Ces mentions ne manqueront pas d'alimenter les discussions qui pourraient naître à l'avenir sur des problèmes d'interprétation ; elles retiendront l'attention toute particulière des juges ou des arbitres.

4. S'il s'avère important d'acter que tel fait est vrai, ou qu'il est affirmé comme tel par une partie, ou qu'il est connu d'une partie, soit pour prévenir une contestation ultérieure, soit au contraire pour se ménager un recours éventuel, le préambule peut être le réceptacle adéquat d'une telle déclaration.

5. La description dans le préambule des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat peut présenter de l'intérêt pour le contractant qui souhaite se réserver le droit de remettre ses engagements en cause en cas de bouleversement de ces circonstances, si le droit applicable (ou une clause de hardship) le permet.

---

(1) On retiendra cependant les nuances souvent importantes qui peuvent exister à cet égard entre les différents systèmes juridiques (cfr. supra, pp. 34-35).

6. La partie qui souhaite obtenir de son partenaire une prestation d'une qualité élevée ne manquera pas d'insister dans le préambule sur les compétences particulières du cocontractant.

7. Si la négociation a été longue et si elle a provoqué l'échange de nombreux documents pré-contractuels, il peut être opportun d'en faire le rappel et l'inventaire dans le préambule. On sera cependant attentif à préciser la portée que l'on souhaite ou que l'on ne souhaite pas conserver à ces documents, à présent que le contrat est conclu.

8. Si le contrat en cause est économiquement lié à d'autres contrats, il peut être utile de l'expliquer dans le préambule, en vue notamment de fournir des critères d'interprétation. Mais on se demandera si ces explications doivent ou non avoir pour effet de créer des liens juridiques entre les différentes conventions.

9. Le siège normal des dispositions établissant des obligations à charge des parties est le corps du contrat, et l'on conseillera de ne pas prévoir de telles dispositions dans le préambule. Le procédé qui consiste à annoncer dans le préambule des obligations dont le régime complet est repris dans le corps du contrat doit être déconseillé, en raison des problèmes d'interprétation qui peuvent naître d'une mauvaise coordination des deux textes. A tout le moins, le préambule doit préciser que les engagements annoncés sont assumés selon les modalités exprimées dans le corps du contrat.

10. Certaines mentions du préambule sont destinées à l'édification de certaines administrations. Si ces mentions devaient quelque peu altérer la véritable philosophie du contrat, le danger existe qu'elles ne



servent un jour à justifier des conséquences inattendues, à l'occasion par exemple de l'interprétation du contrat par un juge ou un arbitre.

X X  
X

La pratique du préambule contractuel mérite de sortir de l'ignorance quasi totale dans laquelle la tient la littérature juridique de la plupart des pays. Il s'agit d'un phénomène extrêmement répandu, dont la portée juridique très réelle offre de multiples facettes. La présente étude, au départ d'une description basée sur l'examen de très nombreux exemples, n'a fait qu'ébaucher certaines directions dans lesquelles pourraient s'orienter des analyses plus approfondies. Le groupe de travail "contrats internationaux" invite les lecteurs de la Revue à lui faire part de ses réflexions et de ses expériences.