

LE CONSEIL PARTAGÉ

Michel Gyory

SYNTHESE

Le Conseil Partagé se caractérise par le fait qu'un seul avocat conseille, dans leur intérêt commun, les deux parties à un contrat. Cette méthode renforce la coopération des parties, réduit les risques de conflit et divise par deux les coûts juridiques.

Ce service est issu d'une analyse approfondie des causes et des mécanismes qui sont à la base des litiges. Il est construit sur une pratique professionnelle de plus de trente années dans les domaines de la négociation contractuelle nationale et internationale et de la gestion de litiges en matière contractuelle.

Le Conseil Partagé repose sur une démarche de construction de la confiance et de prévention des différends qui implique directement les parties au stade de la négociation du contrat. Cette démarche préalable à la conclusion du contrat s'accompagne d'un suivi de l'exécution du contrat ainsi que d'un mécanisme de conciliation qui, si un différend survient, permet d'éviter qu'il ne se transforme en conflit.

Les parties qui choisissent le Conseil Partagé ne limitent pas la négociation contractuelle à la recherche du meilleur équilibre entre leurs intérêts individuels. Elles tiennent compte également de leur intérêt commun et organisent leur coopération autour de celui-ci. L'équilibre qui se crée ainsi entre les intérêts individuels des parties se révèle beaucoup plus stable et durable que celui qui peut résulter d'une approche fondée exclusivement sur la confrontation des intérêts individuels.

Une négociation contractuelle traditionnelle a souvent pour point de départ un projet de contrat proposé par l'avocat de l'une des parties. Les parties au contrat – ou leurs avocats – s'affrontent alors autour d'un texte qui apporte par avance des réponses précises à des questions que les parties ne se sont pas posées.

La pratique révèle que, en matière contractuelle, un grand nombre de conflits trouvent leur source dans les questions qui n'ont pas été posées – et qui n'ont donc pas été discutées dans le cadre de la négociation du contrat – ainsi que dans le fait que les parties n'ont pas défini clairement leurs attentes à l'égard de leur cocontractant.

La méthode du Conseil Partagé invite les parties à s'impliquer personnellement dans la négociation de leur contrat avant la rédaction de celui-ci. Elles disposent à cette fin d'un canevas qui fournit le cadre du futur accord et d'un *fil rouge* qui les guide à travers toutes les étapes de l'opération concrète qui fera l'objet de leur accord.

En répondant à des questions, qui ne sont pas juridiques mais pratiques, les parties sont confrontées à toutes les questions qui se posent dans le cadre de leur projet et sont amenées à y répondre elles-mêmes. Elles mesurent ainsi beaucoup mieux la portée de leurs attentes réciproques et de leurs engagements.

L'avocat que les parties choisissent conjointement pour les accompagner dans cette démarche est le conseil de leur projet commun. Il veille à l'équilibre de leurs intérêts individuels et ne privilégie jamais les intérêts d'une partie au détriment de l'autre. Il est la mémoire de la négociation et il accompagne les parties durant l'exécution du contrat pour les informer, les conseiller et, si nécessaire, les concilier.

Comme les activités humaines sont de plus en plus complexes, le Conseil Partagé est également pratiqué par des experts techniques dont la mission est d'apporter aux parties les conseils et avis techniques impartiaux dont elles peuvent avoir besoin dans le cadre de la négociation et/ou de l'exécution de leur contrat.

Cette nouvelle façon de négocier et d'exécuter des contrats permet aux parties de consacrer toute leur énergie au développement de leur projet commun. Elle répond ainsi aux exigences d'une nouvelle économie liée à une nouvelle façon de vivre ensemble dans un monde plus complexe où la coopération se révèle plus profitable que la confrontation.

INTRODUCTION

Qu'est-ce qu'un contrat ?

Avant d'être un document écrit, un contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes que l'on nommera les « parties » au contrat.

Cet accord se caractérise par le fait qu'il produit des effets juridiques, c'est-à-dire qu'il crée des obligations. L'exécution de ces obligations s'impose aux parties. C'est la raison pour laquelle, dans certains pays, le code civil précise que le contrat est « la loi des parties ».

Les personnes qui concluent un contrat ont l'obligation de l'exécuter. C'est ce qui distingue l'accord contractuel de tout autre accord. Si deux personnes conviennent d'aller déjeuner ensemble, il y a bien un accord mais ce n'est pas un contrat : si l'une des deux ne vient pas, l'autre ne peut pas la contraindre parce qu'il n'y a pas d'obligation.

Dans un contrat en revanche, la partie qui n'exécute pas volontairement ses obligations pourra être contrainte. Parce que le contrat a pour but de faire naître des obligations et que ces obligations doivent être exécutées. Elles doivent l'être parce que le contrat est le cadre dans lequel se font les échanges, que les échanges sont la base de notre système économique et que celui-ci ne peut se développer que s'il existe une sécurité suffisante, c'est-à-dire que si chaque partie à un contrat peut raisonnablement considérer qu'elle obtiendra ce qui lui est dû en vertu du contrat.

C'est la raison pour laquelle, dans nos sociétés, la fidélité est une valeur. Nous valorisons la fidélité aux engagements pris (c'est-à-dire leur exécution volontaire) et nous nous sommes dotés d'un instrument de protection de cette valeur : le droit, qui permet de contraindre celui qui n'exécute pas volontairement l'engagement qu'il a pris.

Mais l'efficacité de ce moyen de contrainte est limitée. En matière contractuelle, les remèdes offerts par le droit en cas d'inexécution d'un contrat ne constituent souvent qu'une bouée de sauvetage, pas toujours accessible et pas toujours efficace. **Ce n'est pas le droit qui réduit les risques de naufrage mais le soin que les parties ont mis à préparer leur voyage.**

Les bons et les mauvais contrats

Qu'est ce qu'un bon contrat ? Tous les contrats qui ne sont pas « bons » sont-ils « mauvais » ?

Il est des contrats que tout juriste qualifierait de « mauvais » parce qu'il y manque des choses essentielles. Malgré cela l'opération à laquelle ils se rapportaient s'est déroulée sans la moindre difficulté. En général parce que la relation personnelle entre les parties était bonne.

Il en est d'autres que l'on serait tenté de qualifier de « bons » parce qu'ils sont « imparables » et ont tout prévu. Sauf la manière de résoudre un conflit autrement qu'en désignant un gagnant et un perdant. Le fait de pouvoir imputer l'échec à une partie et de la mettre à terre efface-t-il l'échec et la perte de richesse qui en résulte ?

On peut comparer un contrat à un système de protection contre l'incendie. Certains contrats écrits s'apparentent à des extincteurs périmés mais cela n'aura aucune importance s'il n'y a jamais de feu. En revanche, si un feu se déclare, des détecteurs de fumée et des extincteurs de capacité suffisante permettront souvent de limiter très sensiblement les dégâts.

A la distinction entre « bons » et « mauvais » contrats on substituera avantageusement celle qui distingue les contrats utiles et ceux qui le sont moins.

Un contrat écrit sera vraiment utile aux parties si, en cas de difficulté entre elles, il leur donne les moyens de résoudre le problème par elles-mêmes. Elles éviteront ainsi qu'un différend ne se transforme en litige et aboutisse à une décision imposée par un tiers, juge ou arbitre. Outre le fait qu'il permet d'éviter des pertes de temps, d'argent et d'énergie, un tel contrat est utile parce qu'il permet non seulement aux parties de poursuivre leur relation mais que cette relation sera renforcée par la constatation que les parties sont en mesure de résoudre elles-mêmes les différends qui peuvent les opposer.

La préparation d'un tel contrat n'est pas une question de virtuosité juridique mais plutôt de virtuosité humaine. Et comme le disait un grand pianiste du 20^e siècle, la virtuosité, c'est 2 pourcents d'inspiration et 98 pourcents de transpiration.

Comment naissent les litiges

En matière contractuelle, un litige est souvent l'aboutissement d'un processus de dégradation de la relation des parties qui se déroule en plusieurs étapes.

Le litige voit les parties, assistées chacune par un avocat, s'opposer devant un tribunal avec des positions très tranchées. Cette situation est en général l'étape ultime d'un processus qui commence souvent par un problème de communication. Celui-ci sera à l'origine d'un différend qui, non résolu, se transformera en conflit. Dans de nombreux cas le conflit débouchera sur un litige, c'est-à-dire qu'il sera soumis à la décision d'un tiers, juge ou arbitre, qui tranchera.

De nombreux jugements désignent un gagnant et un perdant, mettant ainsi un terme à la collaboration des parties, et ce malgré les efforts de nombreux magistrats pour aboutir à une solution négociée. Cette démarche de conciliation est souvent condamnée à l'échec parce que, au stade du litige soumis au tribunal, il est en général trop tard.

On constate en effet qu'il devient plus difficile de rapprocher les parties à chaque fois qu'une étape est franchie dans le processus de dégradation de leur relation.

Ce processus, qui part du problème de communication pour aboutir au litige comprend trois étapes :

1. Le différend

La première étape est celle du différend. A ce stade les parties constatent qu'il y a entre elles un désaccord mais il n'y a pas d'animosité.

Ce désaccord, que les parties considéreront en général comme un problème d'interprétation de leur accord, se révèle souvent être une absence d'accord. **La question qui est au centre du désaccord n'a tout simplement pas fait l'objet d'un accord des parties.**

Il y a à ce stade deux possibilités : soit les parties résolvent le différend et poursuivent leur relation qui s'en trouvera souvent renforcée ; soit elles n'en tiennent pas compte ou n'arrivent pas à le résoudre. Dans ce cas, le différend évolue généralement vers un conflit.

2. Le conflit

La phase de conflit voit naître un antagonisme entre les parties. Elles vont s'opposer l'une à l'autre et tenter de faire triompher leur point de vue. C'est souvent à ce moment qu'elles consultent un avocat. Il s'agit d'un tournant dans la relation des parties : une part – qui peut être importante – de l'énergie que les parties consacraient à la réalisation de leur projet commun va être détournée pour alimenter la défense de leur intérêt propre qui s'oppose à celui de l'autre partie. Cela signifie que de l'énergie qui était utilisée pour créer de la richesse va être utilisée pour combattre la position de l'autre partie. Il en résulte en général un affaiblissement du projet et des parties elles-mêmes.

3. Le litige

Lorsqu'aucun accord n'est possible et qu'aucune partie ne peut triompher de l'autre dans le cadre du conflit, celui-ci se transforme en général en litige soumis à la décision d'un tiers, juge ou arbitre. Cela signifie que plus d'énergie encore sera consacrée par chaque partie à combattre la position de l'autre pour imposer la sienne.

Il y a souvent des appels à la conciliation de la part des avocats, des juges ou des arbitres. Mais, dans de nombreux cas, la raison se heurtera à une valeur beaucoup plus profondément enfouie dans le cerveau humain : la cohérence. L'être humain est programmé pour être cohérent. Et la cohérence a pour effet de pousser les êtres humains à mettre leurs pensées en conformité avec leurs actes parce qu'il serait très difficile de vivre en remettant en permanence en cause les décisions que l'on a prises.

En outre, parce qu'elle est indispensable au développement de l'être humain, la cohérence est fortement valorisée dans la société. Il en résulte que personne ne souhaite donner une image d'incohérence. La plupart des êtres humains s'en tiendront dès lors à leurs décisions, surtout si celles-ci sont connues de tiers et ont donc un caractère « public ».

La mise en œuvre d'une procédure judiciaire constituera souvent un « point de non retour ». Il s'agit d'un acte public accompli en exécution d'une décision. Une fois cet acte accompli, la partie qui l'a initié se convaincra que cette décision était la meilleure parce que « c'est elle qui a raison ». Ce processus ne se déroule pas au niveau de la raison mais de l'inconscient. La cohérence empêchera en général les parties de revenir en arrière. Cela ne signifie pas que les parties refuseront l'idée d'une négociation mais la condition de l'acceptation d'une solution négociée sera souvent l'abandon par l'autre partie de toutes ses prétentions (ou presque), ce qui laissera peu de chances à la négociation.

La cohérence pousse l'être humain à mettre ses pensées en conformité avec ses actes. La dynamique de la cohérence peut donc être utilisée pour renforcer la collaboration des parties. C'est l'objectif du Conseil Partagé qui conduira les parties à collaborer « naturellement » parce que leur contrat aura été construit à cette fin.

En choisissant une méthode qui a pour objectif de prévenir les différends et en affirmant leur volonté de régler elles-mêmes, par référence à leur intérêt commun, les difficultés qui pourraient surgir, les parties créent les conditions du succès d'une telle démarche.

L'UTILITE DU CONSEIL PARTAGE

Renforcer la relation et prévenir les différends

Lorsque deux parties s'opposent relativement à l'exécution d'un contrat, il est des phrases qui reviennent dans de nombreux cas : « il est normal que... » ; « il était clair que ... » ; « il (ou elle) devait bien savoir que ... ». L'usage même de ces phrases dans le cadre d'un conflit révèle que les parties ne s'accordent pas sur ce qui est « clair » ou « normal ».

Il apparaît en général à ce moment qu'elles n'ont pas défini, dans le cadre de leur négociation contractuelle, ce qu'elles considéraient comme « clair » ou « normal » dans le cadre de l'exécution du contrat. Plus généralement, il apparaît qu'elles n'ont pas défini clairement leurs attentes.

Cette omission peut, par exemple, être due au fait que les parties ne se sont pas impliquées personnellement dans la négociation de leur contrat.

Les parties peuvent ne pas s'impliquer personnellement dans la négociation de leur contrat

- parce que celui-ci est complexe sur le plan juridique, qu'il a été négocié par leurs avocats et que chaque partie s'est ralliée à l'avis de son avocat ;
- parce que les parties ont considéré le contrat comme une simple formalité et ont récupéré « quelque part » un contrat préexistant qui « faisait l'affaire » ;
- parce que les parties ont signé volontairement, à titre provisoire - par exemple pour obtenir un financement public - un contrat qui ne correspondait pas (entièrement) à ce qu'elles voulaient en se promettant de le modifier ensuite et qu'elles ont omis de procéder à cette modification, etc.

La raison pour laquelle les parties n'ont pas défini clairement leurs attentes peut être aussi qu'elles n'ont pas accordé à la négociation le temps et le soin nécessaire.

Souvent, beaucoup de temps est consacré à des questions techniques d'ordre économique et juridique, parfois complexes, tandis que le reste est abandonné à des dispositions standard. Or ce « reste » contient souvent l'aspect humain de la relation contractuelle qui se révélera être le déclencheur de ce qui deviendra un litige.

Partant de la constatation que de nombreux litiges trouvent leur origine dans une communication insuffisante lors de la négociation du contrat, le Conseil Partagé vise à une communication la plus claire et la plus complète possible entre les parties avant la rédaction du contrat par leur avocat.

Tous les contrats définissent en général leur objet, c'est-à-dire ce que les parties entendent faire ensemble. Les obligations des parties sont également précisées. Il est très rare cependant que les parties définissent leurs attentes par rapport à leur projet commun. Or, souvent, celles-ci ne se confondent pas avec l'objet ni avec les obligations des parties tels qu'ils sont décrits dans le contrat.

N'ayant pas, chacune pour elle-même, défini leurs attentes et celles-ci n'ayant pas été communiquées à l'autre partie, il arrive que, à un moment donné, une attente implicite (non formulée parce que considérée comme « évidente » ou « normale » dans la vision que les parties ont chacune de la réalité) soit considérée comme non satisfaite. Il peut en résulter un différend.

L'exemple suivant, qui décrit une situation très simple, illustre ce problème.

Marc et Françoise, qui se connaissent depuis peu, décident de passer ensemble une semaine à la mer. Ils vont devoir se mettre d'accord sur plusieurs points:

- Dans quelle station iront-ils ? Ils la choisissent de commun accord ;
- Iront-ils à l'hôtel ? non, comme ils sont jeunes et ont peu d'argent, ils préfèrent louer un petit appartement qu'ils choisissent ensemble sur internet.
- Comment rejoindront-ils la station ? Ils décident de prendre la voiture de Marc et de partager par moitié les frais d'essence et de parking ;
- Comme ils ont loué un appartement, se pose la question des repas et des tâches ménagères : ils iront parfois au restaurant mais, dans un souci de maîtrise des dépenses, ils prendront la majorité des repas dans l'appartement. Ils se mettent d'accord sur le fait qu'ils partageront par moitié les frais de location de l'appartement, de restaurant et des achats de nourriture et qu'ils effectueront ensemble les tâches ménagères.
- Pour le surplus, chacun paiera pour lui-même l'entrée à la piscine, au cinéma, etc.

Tout est clair. Marc et Françoise ont tout réglé. Du moins le pensent-ils.

Le premier soir ils vont au restaurant ; ils mangent tous les deux la même chose et chacun paie la moitié de l'addition. Tout se passe comme prévu.

Le deuxième soir, ils mangent dans l'appartement le repas qu'ils ont acheté ensemble. Après le repas Françoise débarrasse tandis que Marc s'installe devant la TV. Elle lui demande de l'aider pour la vaisselle. Marc ne bouge pas. Sur l'insistance de Françoise il répond qu'il est d'accord de partager les tâches ménagères mais qu'il est « normal » que ce soit Françoise qui fasse la vaisselle. Lui sortira la poubelle à la fin de la semaine (ce partage des tâches est « normal » pour Marc parce que c'est le modèle qu'il a connu dans sa famille).

Marc est convaincu qu'il respecte parfaitement l'accord conclu tandis que Françoise estime que ce n'est pas le cas.

Le lendemain, Marc va faire les courses seul. Il rentre avec un sac bien rempli et, comme convenu, demande à Françoise de payer la moitié des courses. Il y en a pour 90 euros : 30 euros de nourriture et 60 euros d'alcools. Marc a, par hasard (ou pas ?), rencontré des amis qui passent la journée à la mer et les a invités pour le soir.

Françoise est doublement heurtée : elle n'a pas envie de passer la soirée avec les amis de Marc qu'elle ne connaît pas et comme elle ne boit pas d'alcool elle ne voit pas pourquoi elle devrait en payer la moitié. Marc lui répond qu'il était convenu de partager en deux les frais de nourriture et que la nourriture, ça comprend aussi les boissons. D'ailleurs il a payé la moitié de la bouteille de lait alors qu'il n'en boit pas.

Pour ce qui concerne ses amis, il estime qu'il est « normal » qu'il puisse les inviter quand il veut puisqu'ils ont loué l'appartement ensemble et qu'il y est, autant que Françoise, « chez lui ».

A nouveau, Marc est convaincu qu'il respecte parfaitement l'accord conclu tandis que Françoise estime que ce n'est pas le cas.

A ce stade, Marc et Françoise ont un différend. Celui-ci peut se transformer en conflit s'ils n'arrivent pas à le régler.

On observera la facilité avec laquelle ce différend est né, alors que Marc et Françoise vivent dans la même ville, parlent la même langue, appartiennent à la même culture, ont le même âge et sont issus du même système d'enseignement.

L'un des principaux objectifs du Conseil Partagé étant de prévenir les différends, voici ce que son application au cas de Marc et Françoise aurait pu donner : imaginons que, invités avant leur départ à consigner par écrit leurs attentes relatives au futur séjour à la mer, ils aient écrit ceci :

- Françoise : passer une agréable semaine à deux, apprendre à mieux se connaître, se détendre et s'amuser.
- Marc : passer un bon moment, sortir de la routine, bien s'amuser.

Leur intérêt commun est de s'amuser et de passer un moment agréable. Toutefois, telles qu'elles sont exprimées à ce stade, leurs attentes diffèrent sur un point : le développement de la relation personnelle, qui constitue une attente pour Françoise mais pas pour Marc.

Il est probable que, à la comparaison des deux textes, Françoise aurait interrogé Marc sur ce point : la relation « à deux » est-elle pour lui aussi un point important ?

En outre, l'application de la méthode du Conseil Partagé aurait suscité les questions suivantes, destinées à leur permettre de préciser leur accord et de mieux définir leurs attentes:

- il est prévu qu'ils partageront en deux le loyer et les frais de l'appartement. Une garantie locative devra-t-elle être payée ? Sera-t-elle également partagée en deux ? En ira-t-il de même pour les éventuels dégâts locatifs ?
- il est prévu que les frais d'essence et de parking seront partagés en deux. Que se passera-t-il en cas de dépannage ou de réparation au véhicule ? Ces frais seront-ils également partagés en deux ?
- les frais de nourriture seront partagés en deux. Cela signifie-t-il que, au restaurant, chacun paie la moitié de l'addition ou que chacun paie ce qu'il a consommé ? Pour la nourriture consommée à l'appartement, l'accord porte-t-il sur tout ce qui sera acheté ou certains produits sont-ils exclus de l'accord ? Si oui, lesquels ?
- il est prévu qu'ils effectueront ensemble les tâches ménagères. Cela concerne-t-il toutes les tâches ou y a-t-il des exceptions ?

Imaginons qu'ils aient répondu comme suit :

- pour ce qui concerne la question posée par Françoise relativement à la relation « à deux » : Marc répond que même s'il ne l'a pas mentionné immédiatement, le développement de la relation personnelle est important aussi pour lui et il l'ajoute par écrit à la liste de ses attentes. Il s'agit donc à présent d'un intérêt commun.

Etant d'accord sur ce point, ils décident que :

- ils louent à deux et se sentent responsables à deux. La garantie locative et les éventuels dégâts locatifs seront donc, comme le prix de la location, partagés par moitié; pour la même raison, les tâches ménagères seront exécutées en commun, sans exception.
- en cas de réparation à la voiture de Marc ils partageront les frais en deux si le problème n'est pas dû à l'usure (par exemple un pneu crevé) mais Marc paiera seul si c'est l'usure qui rend la réparation nécessaire (par exemple la batterie est morte) ;
- puisqu'ils sortent « à deux », les notes de restaurant seront partagées en deux, en ce compris le vin mais à l'exclusion des alcools. Comme Françoise boit du vin mais pas d'alcools, si Marc prend un ou plusieurs verres d'alcool, il en paiera seul le prix ;
- ils décident qu'ils n'achèteront sur place que de la nourriture, et que, pour limiter les dépenses, ils emporteront deux bouteilles de vin que Françoise possède.

Sur cette base, il est plus que probable que les réponses apportées par Marc aux questions évoquées plus haut seront différentes :

- il considère probablement toujours qu'il serait « normal » que ce soit Françoise qui fasse la vaisselle. Mais il a marqué son accord sur le fait que les tâches ménagères seraient exécutées en commun, sans exception. Il a donc pris un engagement que Françoise lui rappellera au besoin et, comme la grande majorité des êtres humains, il le respectera ;
- comme il a ajouté le développement de la relation personnelle à la définition de ses attentes et qu'il a accepté le principe de la responsabilité « à deux », il est très probable que Marc n'invitera pas ses amis sans demander à Françoise si elle est d'accord. Sa perception a changé : il n'est plus « chez lui » mais « chez eux » ;

- en conséquence, il n'achètera pas à l'avance les bouteilles d'alcool, dont il sait maintenant qu'elles seront à sa charge. Même si ce point n'a pas été expressément convenu tel quel, il a marqué son accord sur le fait que, pour limiter les frais, Françoise apporterait deux bouteilles de vin (ce qui signifie qu'ils n'en achèteront pas sur place) et sur le fait que, au restaurant, les alcools seront payés par celui qui les consomme. Il ne peut plus raisonnablement soutenir que « les alcools font partie des dépenses de nourriture ».

Il apparaît ainsi qu'en attirant l'attention des parties sur leur intérêt commun et en les invitant à définir clairement leurs attentes, le Conseil Partagé renforce la relation des parties et prévient les différends.

Il peut aussi, dans certains cas, précipiter la rupture de la relation : imaginons qu'à la question posée par Françoise relativement à l'importance pour Marc de la relation « à deux » celui-ci ait dit ou laissé entendre que cela ne constituait pas une attente de sa part. Dans ce cas, Françoise aurait pu décider de ne pas partir avec lui à la mer.

L'exemple qui précède et la réalité dans laquelle nous vivons aujourd'hui suggèrent qu'il est très difficile d'arriver à un équilibre satisfaisant entre les intérêts individuels des parties si celles-ci ne prennent pas en compte leur intérêt commun. Et même si elles y arrivent, cet équilibre ne résistera en général pas au temps.

En outre, la difficulté de trouver un équilibre entre les seuls intérêts individuels croîtra avec la durée du contrat, avec l'importance de la relation personnelle dans l'exécution du contrat et avec l'éloignement culturel des parties.

L'exemple de Marc et Françoise montre que, en cas de désaccord, ce que les parties considèrent en général comme un problème d'interprétation de leur accord se révèle souvent être une absence d'accord. **La question qui est au centre du désaccord n'a tout simplement pas fait l'objet d'un accord des parties.**

Le but premier du Conseil Partagé est d'élargir et de préciser le plus possible le cadre de l'accord des parties pour réduire le nombre des questions qui restent « en dehors du cadre ». Cela consiste à ne pas seulement définir, souvent de manière large, leurs obligations réciproques mais à prendre en compte les attentes concrètes de chaque partie telles qu'elles sont exprimées par elle.

Après comparaison, les points de convergence des attentes des deux parties définiront leur intérêt commun qui constituera le « centre » autour duquel se construira leur relation et s'équilibreront leurs intérêts individuels.

Ainsi, si un différend surgit malgré tout, les parties disposent d'un cadre qui servira de base à leur négociation visant à résoudre ce différend. Cette négociation sera facilitée par le fait que les parties ont anticipé la possibilité de survenance d'un différend et se sont donné les moyens d'y faire face.

Enfin, si les parties ne tiennent pas compte seulement de leur intérêt individuel mais organisent leur négociation autour de leur intérêt commun, il leur apparaîtra que, derrière ce troisième intérêt, il y en a un quatrième : l'intérêt général. Les liens que deux personnes créent entre elles ne limitent pas leurs effets à ces personnes. Ils ont également un impact sur la communauté dans laquelle ces personnes vivent. Lorsqu'il s'agit de contrats, ces liens créent de la richesse. Il suffit, pour en prendre conscience, de penser au nombre de personnes qui sont intervenues pour que nous disposions au petit déjeuner d'un pain à la confiture accompagné d'une tasse de café.

Le Conseil Partagé : pour quels contrats ?

Les contrats les plus fréquents ne font en général pas l'objet d'une négociation. Ce sont des contrats qui s'exécutent le plus souvent très rapidement et où aucune relation personnelle ne se noue entre les parties. Il s'agit, par exemple, du contrat de vente relatif au sandwich que nous achetons à midi ou du contrat de transport que nous concluons quand nous prenons le métro.

Il est d'autres contrats (assurance, crédit bancaire, utilisation d'une application internet...) où les conditions contractuelles sont déterminées par la partie qui propose le service, le choix du cocontractant se limitant en général à conclure ou non le contrat aux conditions proposées.

En revanche, **pour tous les contrats qui sont précédés d'une négociation, le Conseil Partagé est susceptible de renforcer sensiblement la relation des parties en approfondissant et en clarifiant leur accord tout en réduisant les risques de conflit.** Ce sera en particulier le cas pour les contrats dans le cadre desquels la relation personnelle entre les parties est importante et pour les contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps.

La relation personnelle entre les parties joue un rôle très important dans la réussite de nombreux projets. Ce sera le cas, par exemple, pour le contrat qui liera les entrepreneurs qui créent une *Startup* et unissent leurs forces pour développer et vendre un nouveau produit ou un nouveau service ; ce sera également le cas pour le contrat conclu entre un scénariste et un producteur en vue de la réalisation d'un film ou pour le contrat de colocation d'un appartement conclu par des personnes qui habiteront ensemble, parfois pendant plusieurs années, ainsi que pour nombre d'autres contrats.

Lorsque des difficultés surviennent dans l'exécution de tels contrats, c'est souvent la relation entre les personnes qui est à la base de ces difficultés. Cela s'explique par le fait que les parties ont chacune leur propre « vision » de l'accord. Et les « visions » des parties peuvent être d'autant plus éloignées qu'elles appartiennent à des langues et des cultures différentes.

Les contrats cités à titre d'exemples aux paragraphes précédents sont également des contrats de longue durée. La colocation pourra durer plusieurs années ; la startup grandira et ses fondateurs travailleront ensemble pendant des années ou des décennies ; le contrat

entre le scénariste et le producteur d'un film peut durer plus d'un siècle. Un tel contrat est souvent conclu pour toute la durée de protection des droits de l'auteur qui est fixée par la loi à la durée de la vie de l'auteur + 70 ans après sa mort.

Pendant toute cette période, les choses changeront, les parties évolueront. Qu'advient-il de leur accord ? Le Conseil Partagé a pour objectif de lui permettre d'évoluer avec elles.

Le Conseil Partagé est tout aussi utile pour les contrats de longue durée qui n'impliquent pas personnellement les parties. On songera par exemple au contrat qui lie, parfois pendant des décennies, l'association des propriétaires des différents appartements d'un immeuble à la société qui entretient l'ascenseur de l'immeuble. Ou au contrat de bail.

LA METHODE DU CONSEIL PARTAGE

Le Conseil Partagé comprend une phase préparatoire à la rédaction du contrat dans laquelle les deux parties sont directement impliquées. Au contraire de nombreuses négociations contractuelles traditionnelles qui commencent par l'examen d'un projet de contrat fourni par l'une des parties ou par son conseil, il n'existe pas de projet de texte au début de la négociation. Parce qu'un contrat est un accord des parties avant d'être un document écrit. Et que le Conseil Partagé a pour objet d'organiser la négociation autour de l'intérêt commun des parties et de leurs attentes concrètes tels qu'elles les auront elles-mêmes définis.

Ce n'est qu'après cette première étape que commencera le travail d'écriture du contrat qui pourra, le cas échéant, intégrer des clauses types.

La définition de l'intérêt commun des parties est un élément essentiel parce que c'est autour de cet intérêt commun que se conjuguent les forces qui portent le projet et que se construit l'équilibre entre les intérêts individuels des parties.

La définition par les parties de leur intérêt commun facilitera ensuite la négociation parce que, en vertu du principe de cohérence, chacune des parties acceptera plus facilement les conséquences de ce premier choix.

En revanche, lorsque l'intérêt commun n'est pas pris en compte, la relation des parties est purement duale. Lorsqu'elles ne portent pas le projet commun, les forces en jeu ont tendance à s'opposer plutôt qu'à se conjuguer. Il peut arriver alors que les parties ne négocient pas l'une *avec* l'autre mais plutôt l'une *contre* l'autre.

Dans une telle situation, chaque conseil veillera à assurer à son client la position la plus forte possible, ce qui sera souvent compris par les parties comme « obtenir le plus possible et donner le moins possible ». Lorsque les intérêts individuels sont poussés à leur paroxysme, la victoire est au bout du contrat et non plus dans la réussite du projet commun. La négociation contractuelle peut alors connaître un « gagnant », ce qui est la caractéristique de la confrontation.

Dans la pratique du Conseil Partagé, la préparation du contrat par les parties et leur avocat inclura les points suivants qui s'ajouteront aux clauses habituelles d'un contrat ou les compléteront :

- La prise en compte et la définition de l'intérêt commun des parties (ce que les parties attendent chacune du projet commun) ;
- La définition de ce que chaque partie attend de l'autre partie (que l'autre partie fasse ou ne fasse pas) ;
- La définition de ce que chaque partie fera pour exécuter le contrat (ce que l'autre partie peut attendre d'elle) ;

- La définition de ce que chaque partie ne pourrait accepter de l'autre partie (causes de rupture) ;
- La définition des cas dans lesquels il pourra être mis fin à la relation contractuelle alors qu'aucune faute n'a été commise ;
- La définition des conséquences de la fin de la relation contractuelle ;
- La définition d'une obligation d'information réciproque des parties ;
- Le recours au mécanisme de la présomption pour définir les conséquences de certains actes ou omissions ;
- La définition de délais pour les différentes étapes de l'exécution du contrat ;
- La définition de la manière dont les parties entendent répondre en cours d'exécution du contrat aux questions non prévues par le contrat ;
- La référence à la procédure de conciliation en cas de différend ;
- L'identification des éléments du contrat qui constituent des réponses à des questions qui n'ont pas été posées.

1. La définition des attentes et des engagements des parties

La pratique révèle que de nombreux différends en matière contractuelle ont pour origine des discordances entre la manière dont une partie exécute ses obligations et les attentes non exprimées de l'autre partie relatives à l'exécution de ces mêmes obligations.

Ce sont ces discordances qui, en cas de conflit, sont à la base d'affirmations telles que « il était clair que... », « il est normal que... », etc. Ces phrases révèlent que la personne qui doit exécuter une obligation et celle en faveur de laquelle l'obligation doit être exécutée n'ont pas la même vision de ce qui doit être fait.

La cause principale de ces discordances se trouve dans le fait que les parties n'ont pas défini clairement leurs attentes et n'ont dès lors pas défini leurs obligations réciproques de façon suffisamment précise.

A défaut d'une définition claire, les attentes des parties restent implicites. Et un différend naîtra si certaines attentes implicites ne sont pas satisfaites.

La définition claire et complète des attentes et des engagements des parties est une étape essentielle de la négociation contractuelle dans le cadre du Conseil Partagé. Elle seule permettra à chaque partie de savoir ce qu'elle peut vraiment attendre de son cocontractant.

Elle seule permettra de définir les obligations des parties avec un niveau de précision permettant de réduire significativement les risques de conflit liés à la définition des obligations des parties.

Les parties seront invitées à définir :

- ce qu'elles attendent du projet commun ;
- ce qu'elles attendent concrètement de leur partenaire contractuel ;
- ce qu'elles feront concrètement pour exécuter le contrat.

A cette fin elles répondront, dans un premier temps chacune pour elle-même, à trois questions simples :

- qu'est-ce que ce contrat doit m'apporter ?
- que doit faire mon cocontractant pour que le contrat m'apporte ce que j'en attends ?
- que dois-je faire pour que le contrat apporte à mon cocontractant ce qu'il en attend ?

Ce travail demande une certaine maturation et se fera par écrit. Tous les éléments importants ne viennent pas immédiatement à l'esprit. Ils se construisent, au fur et à mesure, lorsque la question reste présente à l'esprit des parties pendant un certain temps. La forme écrite permettra un plus haut niveau de précision que la réflexion orale. Elle permettra également à chacune des parties de garder une trace claire de l'évolution de sa pensée.

Ce travail de définition se poursuivra pendant une grande partie de la négociation. Ainsi, les attentes et les engagements, qui au départ ne sont pas toujours très clairs pour les parties elles-mêmes, peuvent-ils s'affiner et mûrir.

Lorsque les parties auront établi une première définition de leurs attentes et leurs engagements, elles les communiqueront à leur avocat qui les analysera, en fera une synthèse et organisera une réunion au cours de laquelle ces attentes et engagements seront examinés et discutés.

Le premier point examiné sera l'intérêt commun des parties.

Une définition claire, précise et complète de l'intérêt commun des parties sera un élément essentiel de la qualité de leur relation contractuelle.

Les points de convergence dans les attentes exprimées par les parties relativement au projet commun fourniront la base d'une définition de cet intérêt commun. Les éléments divergents ou absents chez l'une des parties seront analysés par leur avocat et les parties interrogées à ce sujet. Une première image de l'intérêt commun des parties se dessinera. Elle se complétera au fil du temps sous l'impulsion de l'avocat qui amènera les parties à approfondir leur réflexion sur ce sujet et à affiner la définition de leur intérêt commun.

Ensuite, la comparaison des attentes réciproques des parties permettra à chaque partie de prendre conscience de ce que l'autre partie attend exactement d'elle. Cette démarche

permet, dès le départ, de mesurer l'ampleur des convergences et des divergences entre les parties et donc de déterminer le cadre de la future négociation.

La prise de conscience par les parties des divergences existant entre leurs attentes et leurs engagements et les réponses qu'elles apportent aux questions nées de la constatation de ces divergences sont un élément essentiel du renforcement de leur relation et donc de la confiance nécessaire au développement de leur projet.

Ce sont en effet souvent des divergences non prises en compte au moment de la négociation du contrat – divergences qui n'ont pas été perçues par les parties parce qu'elles n'ont pas exprimé clairement leurs attentes – qui seront la cause des litiges futurs.

Un exemple en est donné par le contrat qui a lié Wolfgang à la société K. Music.

Wolfgang exerce un métier à la fois extraordinaire et très ingrat : il est compositeur de musique classique. Il pratique son art depuis plusieurs décennies déjà et, si sa musique est très appréciée d'un public international d'amateurs éclairés, il n'arrive pas à obtenir une diffusion plus large de sa musique. Depuis le début de son activité de compositeur, Wolfgang a été déçu par tous les éditeurs de musique avec lesquels il a travaillé. Sa déception fut telle qu'il décida un jour d'éditer lui-même ses œuvres.

Le travail de l'éditeur de musique consiste à faire imprimer les partitions des œuvres et à les diffuser. L'importance du travail varie selon le type d'œuvre. Si, pour une œuvre pour piano solo, seule la partition destinée au pianiste est imprimée, pour les œuvres orchestrales, l'éditeur fait imprimer non seulement la partition d'orchestre, destinée au chef d'orchestre, mais également la partition destinée à chacun des instrumentistes (violonistes, flûtistes, altistes, etc.). Ces partitions seront, soit vendues au public lorsqu'il s'agit d'œuvres pour instruments solistes ou petits ensembles, soit, lorsqu'il s'agit d'œuvres orchestrales, louées à des orchestres qui les exécuteront en concert ou les enregistreront.

Comme l'éditeur de livres, l'éditeur de musique fait la promotion des œuvres qu'il édite pour les faire connaître de ses clients potentiels qui achèteront ou loueront les partitions.

Comme dans de nombreux secteurs économiques, le vrai défi consiste à susciter la demande, c'est-à-dire à trouver les clients. La musique classique n'échappe pas à cette situation et il n'est pas aisé d'obtenir des exécutions publiques ou des enregistrements d'œuvres classiques contemporaines.

Le principal reproche que font de nombreux compositeurs classiques à leur éditeur est de ne rien faire pour susciter l'exécution publique ou l'enregistrement de leurs œuvres. Wolfgang n'échappe pas à la règle. Il estime que les différents éditeurs auxquels il a confié ses œuvres « n'ont rien fait ».

Il a donc décidé d'agir lui-même et a récupéré toutes ses partitions. Toutefois le temps que lui prend la promotion et la vente de ses œuvres n'est plus disponible pour la composition et, après quelques années, cette situation lui pèse. D'autant plus qu'avec l'âge, une nouvelle préoccupation a surgi : comment assurer la pérennité de sa musique une fois qu'il aura disparu ?

C'est alors que le destin le met sur la route de la société K. Music dont il rencontre le gérant dans un salon international de la musique. Après lui avoir parlé de ses problèmes et préoccupations, Wolfgang lui fait écouter quelques extraits d'enregistrements de ses œuvres. L'éditeur se déclare émerveillé. Il est incompréhensible, dit-il, que cette musique ne soit pas beaucoup plus largement diffusée. Selon lui, une musique d'une telle qualité doit être diffusée dans le monde entier et sa diffusion doit constituer une priorité pour un éditeur.

C'est le coup de foudre éditorial ! Wolfgang va, par un seul contrat, céder la totalité de ses œuvres (c'est-à-dire en transférer la propriété) à la société K. Music. Il lui remettra l'entièreté du stock de partitions qu'il possède et K. Music lui paiera pour cela une somme forfaitaire équivalant à une moyenne de 400 euros par œuvre, qu'il s'agisse d'une sonate pour piano ou d'un opéra. Wolfgang rentre chez lui ravi et soulagé, il a enfin trouvé quelqu'un qui va vraiment s'occuper de sa musique et en assurer la pérennité.

Wolfgang consultera un avocat huit ans plus tard après s'être rendu à l'évidence : en huit années la société K. Music n'a pas obtenu une seule exécution publique ni aucun enregistrement d'aucune de ses œuvres. Et elle n'a quasiment pas vendu de partitions pour solistes ou petits ensembles. Les quelques exécutions qui ont eu lieu pendant cette période sont toutes dues aux démarches que Wolfgang a accomplies lui-même auprès de chefs d'orchestres, de solistes ou d'organisateur de concerts.

Déçu, il demande à K. Music de lui restituer ses œuvres. Mais celle-ci ne l'entend pas de cette oreille. En effet, chaque exécution obtenue par le compositeur lui-même entraîne une location du matériel et donc la perception du prix de location par K. Music.

L'avocat consulté constate que le contrat signé entre Wolfgang et K. Music prévoit uniquement, au titre des obligations d'exploitation de l'éditeur, l'obligation de procéder à une exploitation continue, conforme aux usages, comme le prévoit la loi dans la plupart des pays d'Europe.

La question était donc de savoir si le fait de n'avoir obtenu aucune exécution constituait une « exploitation continue, conforme aux usages ». Le compositeur considérait que ce n'était pas le cas. L'éditeur soutenait quant à lui que toutes les œuvres avaient été inscrites à son catalogue, que ce catalogue et les partitions de Wolfgang étaient disponibles en permanence pour toute personne qui en faisait la demande et que dès lors l'éditeur avait accompli toutes ses obligations.

Les tentatives de négociations n'aboutirent pas. Une procédure judiciaire fut entamée et, après trois années de procédure et le recours à une expertise judiciaire, le tribunal estima que l'on pouvait considérer que « globalement » l'éditeur avait exécuté ses obligations. Le fait d'inscrire le compositeur et ses œuvres dans un catalogue et de tenir ce catalogue et les partitions à la disposition du public constituait donc, du point de vue du tribunal, une exécution suffisante des obligations de l'éditeur telles qu'elles étaient définies par la loi et par le contrat signé par les parties. Wolfgang avait perdu son procès.

Tout cela aurait pu être évité si Wolfgang avait clairement défini ses attentes avant de signer le contrat avec la société K. Music.

La procédure a révélé que les attentes de Wolfgang et de K. Music étaient les suivantes :

1. Les attentes relatives à la réalisation du projet commun (le contrat d'édition)

Les attentes de Wolfgang :

Le contrat conclu avec K. Music doit assurer une plus large diffusion à ses œuvres. Wolfgang attend de ce contrat

- que ses œuvres soient jouées plus souvent, par un plus grand nombre d'exécutants et dans un plus grand nombre de pays ;
- que ses œuvres soient diffusées plus largement en radio et sur supports d'enregistrement ;
- que sa musique soit proposée à des producteurs et cinéastes afin d'être utilisée comme musique de film.

Le contrat conclu avec K. Music doit également assurer la survie de ses œuvres après sa mort et la pérennisation de leur exploitation.

Les attentes de K. Music :

Le contrat conclu avec Wolfgang doit lui permettre d'élargir son catalogue et donc ses sources de revenus.

L'intérêt commun des parties peut en l'espèce être défini comme suit : que les partitions des œuvres de Wolfgang soient diffusées le plus largement possible.

2. Les attentes à l'égard de l'autre partie

Wolfgang attendait de K. Music :

- Que les partitions de toutes ses œuvres soient disponibles en permanence, ce qui implique

- que toutes les partitions destinées à la vente soient disponibles en quantité suffisante pour satisfaire la demande ;
- que les partitions destinées à la location soient disponibles dans un état permettant leur utilisation dans des conditions optimales (ce qui implique la réimpression des partitions qui seraient trop abîmées).
- Qu'il entretienne un contact régulier avec des organisateurs de concerts, des directeurs d'opéras, des orchestres, des chefs d'orchestre et des solistes susceptibles d'être intéressés par la musique de Wolfgang ; qu'il leur propose les œuvres qui pourraient leur convenir, notamment en leur envoyant de la documentation relative au compositeur et des extraits d'enregistrements ou des enregistrements complets ;
- Qu'il informe et invite des journalistes spécialisés lors d'exécution des œuvres ou lors de manifestations dans le cadre desquelles ces œuvres pourraient être portées à leur connaissance ;
- Qu'il accomplisse les démarches nécessaires pour obtenir l'exécution d'œuvres de Wolfgang à la radio et à la télévision, dans son propre pays et à l'étranger ;
- Qu'il accomplisse les démarches nécessaires pour obtenir l'exécution d'œuvres de Wolfgang dans des festivals de musique contemporaine, dans son propre pays et à l'étranger ;
- Qu'il prenne contact avec des producteurs de films et d'œuvres audiovisuelles ainsi qu'avec des réalisateurs susceptibles d'être intéressés par les œuvres de Wolfgang afin de les inclure dans des œuvres audiovisuelles ;
- Qu'il collecte et exploite tous les articles publiés à propos de Wolfgang et de ses œuvres ;
- Qu'il l'informe de ses démarches, de tous les actes d'exploitation, lui rende des comptes et lui paie la part qui lui revient dans la vente ou la location des partitions.

K. Music attendait de Wolfgang :

- Qu'il lui remette son stock de partitions imprimées ;
- Qu'il lui transfère les droits de propriété intellectuelle sur ses œuvres ;
- Qu'il lui communique des informations biographiques et des informations relatives à ses œuvres ;
- Qu'il relise et corrige dans un délai déterminé toutes les impressions ou réimpressions de ses œuvres.

Il est intéressant de comparer ces attentes avec les obligations des parties telles qu'elles avaient été définies dans le contrat établi par K. Music et signé par Wolfgang sans l'assistance d'un conseil.

K. Music :

- Paiera au compositeur la somme convenue ;
- Généra conformément aux usages le stock de partitions remis par le compositeur et les partitions qui seront imprimés ultérieurement ;

- Réimprimera les partitions destinées à la vente lorsqu'elles seront épuisées ;
- Distribuera les partitions destinées à la vente aux revendeurs qui en feront la demande (et, pour chaque nouvelle œuvre, en enverra d'office un ou plusieurs exemplaires aux revendeurs avec lesquels il a un accord relatif à l'acquisition des nouveautés) ;
- Mettra à disposition des personnes qui en feront la demande, dans le cadre d'un contrat de location, les matériels d'orchestre destinés aux exécutions publiques et enregistrements et réimprimera les matériels qui seraient détériorés ;
- Rendra compte au compositeur des opérations de vente et de location des partitions de ses œuvres et lui versera la part qui lui revient.

Wolfgang :

- Remettra son stock de partitions imprimées à l'éditeur ;
- Transférera à l'éditeur les droits de propriété intellectuelle sur ces œuvres ;
- Relira et corrigera dans un délai déterminé toutes les impressions ou réimpressions de ses œuvres.

La comparaison des obligations des parties, telles qu'elles résultent du contrat, avec leurs attentes révélées durant la procédure, montre que **si les obligations du compositeur sont très proches des attentes de l'éditeur, les obligations de l'éditeur sont à l'inverse très éloignées des attentes du compositeur.**

Ceci s'explique par le fait que le contrat a été rédigé par l'éditeur et a été accepté tel quel par le compositeur. Les attentes de Wolfgang, non exprimées, sont restées implicites.

Wolfgang attendait de K. Music tout ce qu'il avait fait lui-même pendant plusieurs années pour diffuser sa musique, mais à une échelle plus importante puisque K. Music était un professionnel de l'édition. Le gérant de K. Music s'était montré tellement enthousiaste (et le désir de Wolfgang de rencontrer une telle personne était tellement grand) qu'il ne pouvait imaginer qu'il en aille autrement.

Ceux qui connaissent le monde de l'édition musicale considéreront que les attentes de Wolfgang étaient irréalistes, qu'aucun éditeur de musique n'aurait jamais pris de tels engagements.

Toutefois, si les parties avaient défini et confronté leurs attentes et avaient ensuite défini chacune ce qu'elles s'engageaient à faire concrètement pour répondre aux attentes de l'autre partie, l'éditeur aurait du répondre par oui ou par non à chacune des attentes exprimée par le compositeur. Cela n'aurait probablement pas entraîné une modification radicale de la position de K. Music mais aurait permis à Wolfgang d'y voir beaucoup plus clair.

S'il avait été clair, avant la signature du contrat, que plusieurs de ses attentes ne seraient pas satisfaites, il est probable que Wolfgang aurait réalisé que K. Music n'était pas le sauveur qu'il avait imaginé.

Il n'aurait pas, en une seule fois, remis toutes ses partitions et transféré les droits de propriété intellectuelle sur toutes ses œuvres existantes, sans limitation de durée. Il aurait probablement conclu un contrat relatif à quelques œuvres afin de pouvoir apprécier la qualité du travail fait par K. Music.

En outre, une négociation basée sur la formulation claire et complète de ses attentes lui aurait sans doute permis d'obtenir, sur certains points, un engagement de K. Music qui aille au-delà de la formule creuse d'une exploitation « conforme aux usages ». En effet, si les parties s'étaient accordées sur le fait que leur intérêt commun était d'assurer à la musique de Wolfgang la plus large diffusion possible, le principe de cohérence qui s'impose à chaque être humain aurait fonctionné en faveur de Wolfgang. Il aurait été difficile au gérant de K. Music, après avoir marqué son accord sur cette définition de l'intérêt commun, de réfuter toutes les attentes de Wolfgang et de limiter son engagement à la disponibilité des partitions et à la mention de leur existence dans le catalogue de K. Music.

En définissant précisément et complètement leurs attentes à l'égard de leur projet commun et de leur partenaire, les parties à un contrat définiront leurs obligations réciproques avec beaucoup plus de précision. Elles mesureront aussi très rapidement l'écart qui peut exister entre la réalité et leur perception de cette réalité.

Cette démarche permettra de définir précisément le cadre de l'engagement contractuel et, le cas échéant, fera apparaître clairement que certaines attentes ne peuvent pas être satisfaites dans ce cadre. Il appartiendra alors à la partie qui formule ces attentes de les redéfinir ou de décider, le cas échéant, de ne pas contracter.

Si, après avoir fait cette démarche, les parties décident de contracter, elles sauront précisément ce qu'elles peuvent obtenir et auront augmenté leurs chances de l'obtenir. Elles auront également réduit sensiblement les risques de voir naître un différend dû au fait qu'une attente implicite n'est pas satisfaite.

Une définition précise des attentes des parties, construite autour de leur intérêt commun, n'aura pas seulement pour effet de renforcer la relation des parties et de réduire les risques de différend ; dans de nombreux cas elle leur permettra aussi de rendre leur coopération plus productive, de créer plus de richesse.

Un bon exemple est donné par les contrats de travail. De nombreux contrats de travail se bornent à décrire la fonction qui sera exercée par l'employé, les modalités d'exercice de cette fonction et la rémunération qu'il percevra en échange de son travail. Dans une relation duale, l'intérêt de l'employeur apparaît donc comme étant que l'employé fournisse le travail convenu tandis que l'intérêt de l'employé sera de percevoir sa rémunération. C'est d'ailleurs ainsi que beaucoup de gens voient leur relation de travail.

Si, avant de conclure le contrat, les parties définissent leur intérêt commun, il apparaîtra souvent que leur relation dépasse le simple échange « travail contre argent ». L'intérêt commun pourra par exemple être défini comme la participation d'une personne au

développement d'une entreprise par la mise à disposition de ses compétences, de sa créativité et de sa force de travail. L'employeur n'attend pas seulement un travail, il attend une contribution au développement de l'entreprise ; l'employé n'attend pas seulement un salaire, il attend aussi la définition et la reconnaissance de son rôle dans le développement de l'entreprise, c'est-à-dire sa place dans l'entreprise.

La relation qui cesse d'être duale (travail contre argent) pour devenir triangulaire (travail et argent en vue de développer l'entreprise) sera souvent plus productive et plus souple. Et si les parties placent leur intérêt commun ainsi défini au centre de leur relation contractuelle, elles s'apercevront que l'impact de leur coopération ainsi renforcée dépasse cet intérêt commun et leurs intérêts propres : en créant de la richesse, le projet commun des parties répond aussi à l'intérêt général : il crée de l'emploi et génère des bénéfices dont une part est redistribuée par le biais de l'impôt et d'initiatives de l'entreprise en matière sociale, culturelle, etc.

2. La définition de ce que chaque partie ne pourrait accepter de l'autre partie (les causes de rupture) ;

De nombreux contrats contiennent une clause semblable à celle-ci :

En cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties, la convention pourra être résolue aux torts et griefs de cette partie, sans préjudice de tous dommages et intérêts, si elle ne remédie pas aux griefs invoqués par l'autre partie dans les X jours de la réception de la formulation de ces griefs par envoi recommandé avec accusé de réception.

Une telle clause est d'une très faible utilité en cas de problème dans l'exécution d'un contrat. En l'absence de précisions relatives à ce que les parties entendent par « défaut d'exécution justifiant la rupture du contrat », la partie considérée comme étant en défaut contestera en général le défaut et s'adressera au tribunal pour faire constater que la rupture du contrat par son cocontractant n'était pas justifiée.

Le juge décidera, souvent sur les ruines de ce qui fut le projet commun des parties, s'il y avait ou non motif à rupture et, le cas échéant, obligera la partie en faute à indemniser l'autre partie. L'une des parties estimera avoir gagné ; l'autre estimera avoir perdu alors que, dans de nombreux cas, elles seront toutes les deux perdantes.

La rupture d'une relation contractuelle est souvent synonyme de destruction de valeur et d'appauvrissement pour les deux parties. Et, au-delà, pour la société dans son ensemble lorsqu'une source de richesse disparaît.

Il est possible de réduire sensiblement les risques de rupture pour inexécution en définissant clairement les causes de rupture, c'est-à-dire les actes ou omissions qui, du point de vue de chacune des parties, rendraient impossible la poursuite de la relation contractuelle.

Dans le cadre du Conseil Partagé, chaque partie est invitée dans la phase de préparation du contrat, à définir ce qu'elle ne pourrait accepter dans le cadre de l'exécution du contrat. Une distinction peut ainsi être établie entre ce qui est essentiel pour les parties et ce qui ne l'est pas.

Ainsi, par exemple, les faits suivants pourraient-ils être considérés par les parties comme constituant une faute entraînant la rupture du contrat :

- Le fait pour une partie de ne pas disposer de l'intégralité des financements promis alors que le projet est entré en phase de production ;
- Le fait de ne pas avoir communiqué à l'autre partie une information essentielle relative au projet commun ;
- Le fait pour une partie d'agir de telle façon qu'elle fait naître un risque pour l'autre partie d'être solidairement tenue de ses engagements à l'égard de tiers ;
- Le fait pour une partie de bloquer l'accès de l'autre partie aux résultats du projet développé en commun ; etc.

La mention de ces situations dans le contrat réduit sensiblement le risque de les voir se produire dans la mesure où le « flou » qui est si propice à la survenance des litiges n'existe plus : chaque partie sait exactement si elle se trouve - ou risque de se trouver - dans une situation définie par les parties elles-mêmes comme constituant une rupture fautive. Et chaque partie sait que, dans ce cas, le contrat pourra être résolu à ses torts.

La définition des actes constitutifs de rupture fautive sera en général propre à chaque contrat et reposera sur la définition donnée par les parties des obligations qu'elles considèrent comme essentielles et dont elles ne pourraient accepter l'inexécution. Ainsi, un retard dans l'exécution peut-il, dans certains cas, être considéré par les parties comme constitutif de rupture fautive (par exemple lorsqu'une prestation s'inscrit dans le cadre d'un ensemble de prestations interdépendantes fournies par différentes personnes ou entreprises) alors qu'il ne le sera pas dans d'autres cas. De même pour la délivrance d'une marchandise qui ne présente pas les caractéristiques convenues.

On sera attentif au fait que, s'ils constituent une cause de rupture du contrat, le non respect d'un délai ou la non conformité d'une marchandise ne mettent pas nécessairement un terme à la relation des parties lorsque celle-ci dépasse le cadre de ce seul contrat. De nombreuses relations contractuelles se poursuivent ou se répètent dans le temps et il y aura donc lieu parfois de prévoir la préservation de ces relations malgré l'inexécution qui peut entraîner la rupture d'un contrat. Cela se fera par le biais d'une communication claire et complète (cf. L'obligation d'information).

L'expérience révèle que, dans de nombreux cas, ce n'est pas l'inexécution d'une obligation qui rend impossible la poursuite des relations contractuelles mais la perte de confiance. Et toute inexécution n'est pas synonyme de perte de confiance.

Ce qui détruit la confiance, c'est le mensonge parce qu'il donne à l'autre partie le sentiment d'avoir été trompée même lorsque son cocontractant a agi sans malice. A côté du mensonge délibéré, qui vise à induire l'autre partie en erreur et entraînera en général la rupture définitive de la relation des parties, on rencontre aussi un mensonge « accidentel », en général commis par omission, sans intention frauduleuse. Ce mensonge trouve souvent sa source dans la rétention d'une « mauvaise nouvelle » parce que personne n'aime annoncer de mauvaises nouvelles et qu'il est tellement facile à l'être humain de se convaincre qu'il trouvera une solution lui permettant d'exécuter ses obligations dans les délais et que son partenaire contractuel ne se rendra compte de rien.

Si le mensonge délibéré peut difficilement être empêché par une disposition contractuelle (qui ne pourra en général que le sanctionner), il n'en va pas de même pour le mensonge par omission qui peut être prévenu facilement par la définition d'une obligation d'information réciproque (cf. L'obligation d'information), renforcée par une disposition prévoyant que la violation de cette obligation d'information constitue une inexécution justifiant la résolution du contrat (sachant que la partie victime de la violation de cette obligation a toujours la possibilité de ne pas l'invoquer et de poursuivre la relation).

3. La définition des cas dans lesquels il sera mis fin à la relation contractuelle alors qu'aucune faute n'a été commise

Il peut s'avérer utile, pour certains contrats – notamment les contrats dans le cadre desquels une phase de développement précède la fabrication et la commercialisation d'un produit – de prévoir la résiliation du contrat en l'absence de toute faute lorsque, par exemple, certains objectifs ne sont pas atteints par une partie à une date fixée au contrat ou lorsque les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur des éléments essentiels du projet.

Il en ira ainsi, par exemple, dans le cadre de la coproduction internationale d'un film, lorsque le film n'est pas reconnu par les autorités compétentes du pays de l'un des coproducteurs avec pour conséquence qu'il ne pourra pas bénéficier de financements publics dans ce pays. Une telle décision aura souvent pour conséquence que le producteur concerné ne sera pas en mesure d'apporter les financements promis.

Il en ira également ainsi lorsque, par exemple, les coproducteurs du film n'arrivent pas à se mettre d'accord, pour une date définie à l'avance, sur la version définitive du scénario.

4. La définition des conséquences de la fin de la relation contractuelle

Si une relation contractuelle peut se terminer parce qu'une des parties n'a pas exécuté ses obligations ou n'a pas atteint un résultat donné à un moment donné, elle peut aussi se

terminer suite à un accord des parties, que le projet commun ait atteint son terme où que l'une des parties souhaite quitter le projet.

De nombreux contrats prévoient, dans l'éventualité d'une résolution pour inexécution fautive, la manière dont la partie en faute dédommagera l'autre partie. Les autres aspects de la fin de la relation contractuelle sont toutefois souvent négligés.

Qu'advient-il par exemple des droits de propriété intellectuelle apportés par la partie qui se retire, que ce retrait soit forcé ou volontaire ? Qu'advient-il des droits de propriété intellectuelle qui ne lui appartenaient pas mais dont elle sera, le cas échéant, devenue copropriétaire dans le cadre de l'exécution du contrat ?

Qu'advient-il des financements apportés par la partie qui quitte le projet ? Lui seront-ils remboursés ? A quelles conditions et dans quels délais ? S'il s'agit de financements publics ou privés attribués à la partie qui quitte le projet, ces financements sont-ils cessibles ? Quelles obligations une telle cession impose-t-elle aux parties ?

Qu'advient-il des stocks de marchandises et de pièces de rechange détenus par un concessionnaire à la fin de la concession ?

Le défaut de réponse à ces questions dans le contrat peut être source de litige au moment où il est mis fin au contrat.

La société Alphamobiles, concessionnaire des véhicules Betacars, en a fait l'expérience au moment où son contrat de concession a pris fin.

Alors que le contrat de concession lui avait imposé de maintenir un stock important de pièces de rechange d'origine, Alphamobile se trouva fort dépourvue lorsque Betacars refusa de reprendre ce stock ainsi que les véhicules neufs non encore vendus par Alphamobiles.

Le contrat de concession ne comportait aucune disposition relative aux conséquences de la fin de la relation contractuelle et la loi était muette sur ce point, de sorte qu'il n'existait aucune obligation explicite de reprise du stock de pièces de rechange et de véhicules à la fin de la concession.

Alphamobiles considéra que, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, il était « normal » que Betacars reprenne les stocks ; cette dernière répliqua que ce n'était pas prévu par le contrat.

Alphamobile fut donc contrainte de s'adresser au tribunal et invoqua l'argument selon lequel la bonne foi qui doit présider à l'exécution des contrats commandait que le stock soit repris par Betacars.

Dans l'entretemps, Alphamobiles, qui n'avait plus la qualité de concessionnaire et ne pouvait plus exécuter de travaux sous garantie, fut obligée, pour des raisons économiques, de vendre à prix réduit les véhicules neufs qu'elle possédait.

La justice lui donna raison quatre ans plus tard. La cour d'appel considéra que, en l'absence de disposition contractuelle en sens contraire, l'exécution de bonne foi des conventions impliquait que le stock de véhicules et de pièces de rechange constitué par le concessionnaire soit repris par le concédant à la fin de la concession.

Betacars fut condamnée à reprendre, au prix marchand majoré d'intérêts de retard, toutes les pièces de rechange qui se trouvaient en état de conservation normale et les véhicules invendus. Elle dut également compenser la perte subie par Alphamobiles sur les véhicules vendus à prix réduit après la fin de la concession.

L'affaire n'était pas terminée pour autant. Betacars introduisit un recours en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel. Ce recours fut rejeté deux ans plus tard.

Alphamobiles a donc « gagné ». Mais en réalité, les deux parties sont perdantes. Alphamobiles n'a rien obtenu de plus que ce qu'elle aurait obtenu si le contrat de concession exclusive avait prévu les conséquences de la fin de la relation contractuelle et avait été exécuté volontairement. Mais, pendant six années, les deux parties ont consacré à lutter l'une contre l'autre une énergie qui aurait pu être consacrée à créer de la richesse.

Dans le cadre du Conseil Partagé, tous les aspects de la fin de la relation contractuelle seront examinés par les parties avec l'aide de leur avocat afin qu'une réponse soit apportée à l'avance à toutes les questions prévisibles susceptibles de se poser au moment où les parties se séparent.

5. Favoriser une meilleure communication par la définition d'une obligation d'information réciproque des parties

L'obligation d'information s'inscrit, comme les autres points qui caractérisent le Conseil Partagé, dans une stratégie de communication qui vise à renforcer la confiance et à réduire les risques de conflit entre les parties au contrat.

Par le recours à une telle clause, les parties s'obligent à s'informer mutuellement, dès qu'elles en ont connaissance, de tout élément susceptible d'avoir un impact sur l'exécution du contrat.

Ces éléments peuvent être de « mauvaises nouvelles » pour le partenaire contractuel ce qui explique que, à défaut d'un engagement en ce sens (qui repose nécessairement sur un accord préalable des parties au contrat), il est rare que ces informations soient communiquées.

Il est peu courant en effet que le débiteur d'une obligation avise à l'avance son créancier du fait qu'il ne pourra pas exécuter son obligation dans le délai convenu. Pourtant, dans de nombreux cas, le débiteur d'un paiement saura avec quelques jours (parfois quelques semaines) d'avance, qu'il ne pourra pas honorer une échéance. Il en va de même pour l'entrepreneur ou le fournisseur qui ne pourra respecter un délai.

Lorsque l'autre partie constate l'inexécution, sa réaction est souvent vive parce qu'elle est surprise. Et la confiance sera d'autant plus affectée que le défaut d'exécution est susceptible d'avoir un impact sur l'exécution par cette partie de ses propres obligations à l'égard de tiers.

Toute inexécution ne justifie pas la rupture d'un contrat. Mais, pour un même motif, les risques de rupture seront plus grands si les parties à un contrat ont négocié sur base de leurs seuls intérêts individuels et si le créancier est surpris par l'inexécution. La perte de confiance sera importante et c'est cette perte de confiance qui justifiera la rupture du contrat.

En revanche, si les parties ont organisé la négociation autour de leur intérêt commun et si le débiteur de l'obligation avertit à l'avance son partenaire contractuel d'un défaut d'exécution prévisible en lui en expliquant la raison, l'impact sur la confiance sera en général moindre. En avertissant son partenaire, le débiteur qui anticipe une défaillance ne lui permet pas seulement de prendre des mesures pour faire face à la situation (lorsque cela est possible), il lui montre qu'il prend aussi en compte sa situation et ses intérêts et cette attitude aura un impact sur le maintien ou la restauration de la confiance. Une personne confrontée à un désagrément causé par une autre personne réagira en effet différemment selon que ce désagrément est accompagné du message (implicite ou explicite) « débrouille-toi » ou « que pouvons-nous faire ? »

La partie qui prévoit un défaut et avertit à l'avance son cocontractant en lui expliquant les raisons de cette situation lui fait passer le message « que pouvons-nous faire ? ». Ce message, qui intervient dans un cadre contractuel organisé autour de l'intérêt commun des parties, peut être la clé de la sauvegarde de la confiance. Cela ne dispensera pas la partie en défaut de faire face au mécontentement de son cocontractant mais ce mécontentement pourra souvent être tempéré et la relation préservée.

L'utilité d'une obligation d'information dépasse largement le cadre des défauts d'exécution prévisibles à court terme. Elle se révèle également essentielle dans toutes les relations contractuelles de longue durée, l'écoulement du temps étant, à lui seul, source de transformations qui affecteront l'exécution du contrat.

L'obligation d'information se révélera également très utile dans des cas où il n'y a pas, à court terme, de risque de défaut d'exécution mais une situation susceptible de déboucher ultérieurement sur un défaut d'exécution.

L'exemple de Max et Fred illustre ce problème :

Max et Fred sont producteurs de films dans deux pays différents. Ils possèdent chacun une société de production et ont décidé de coproduire un film, c'est-à-dire de produire ensemble un film dont leurs sociétés seront ensuite copropriétaires. Ils apporteront chacun une partie du financement nécessaire à la production et seront responsable chacun de la partie du tournage du film qui aura lieu dans leur pays.

Ce tournage sera précédé, comme c'est le cas pour tous les films, d'une longue phase dite de « développement » durant laquelle tous les éléments nécessaires à la fabrication du film seront réunis : contrats avec les auteurs, écriture du scénario, choix des lieux de tournage, choix des acteurs, élaboration du budget, réunion des moyens de financement, etc.

La production d'un film exigeant des moyens financiers importants, les producteurs sont en général amenés à recourir à diverses sources de financements, publiques et privées. Cela signifie que chaque société de production va conclure des contrats avec des autorités publiques, des chaînes de télévision, des distributeurs de films, des investisseurs privés, etc.

Lorsque tout cela est fait, le développement est terminé et le tournage peut être organisé. Le projet entre alors dans une phase dite de « pré-production » au cours de laquelle le tournage est préparé. Cette phase dure quelques semaines, parfois quelques mois et n'est entamée que lorsque les coproducteurs sont d'accord.

C'est ainsi que Max et Fred ont procédé avant d'entamer le tournage de leur film. Après cinq semaines de tournage dans le pays de Max, l'équipe se rendit dans le pays de Fred qui prit la relève de Max pour la suite du tournage qui devait durer trois semaines.

Le matin de ce qui devait être le dixième jour de tournage, Max reçut un appel téléphonique de Fred qui lui dit simplement qu'il n'avait plus d'argent, qu'il arrêta le tournage et quittait l'endroit où le tournage avait lieu.

Une telle situation pouvant avoir des conséquences graves allant jusqu'à la perte du film et des financements déjà investis pour le produire, Max prit le premier avion, relança le tournage abandonné par Fred, et parvint (ce qui est exceptionnel) à se procurer le financement manquant pour achever le tournage.

Il apparut plus tard que cette situation était due au fait que Fred avait, durant la période de développement, perdu un financement qu'il pensait acquis. Il n'en avait pas informé Max et avait donné son accord à l'entrée dans la phase de préparation du tournage, alors qu'il ne disposait pas, à ce moment, des moyens nécessaires pour achever le tournage.

Le coup de téléphone de Fred annonçant l'arrêt du tournage détruisit la confiance entre les coproducteurs. Max considéra l'attitude de Fred comme une faute grave justifiant la résolution du contrat aux torts de Fred et écarta sa société de la coproduction.

Mais les choses n'étaient pas aussi simples. Fred contesta la décision de Max et introduisit une procédure judiciaire. Le contrat de coproduction signé par Max et Fred constituait un terrain fertile pour les litiges : il ne prévoyait pas d'obligation d'information et n'énonçait pas les actes qui seraient considérés comme constituant une rupture du contrat. Il fallait donc prouver la rupture du contrat par Fred. Cela impliquait de prouver la réalité des faits invoqués et, celle-ci établie, de prouver que ces faits justifiaient la rupture du contrat aux torts de Fred.

Fred contesta avoir dit qu'il abandonnait le tournage (ce que Max ne put pas prouver) et justifia son absence par le fait « qu'il était allé chercher de l'argent ». Il prétendit avoir trouvé cet argent (ce qu'il ne prouva pas) et soutint avoir été exclu à tort de la coproduction.

Après deux audiences de quatre heures sur une matière particulièrement technique, le juge annonça son intention de désigner un expert. C'est à ce moment que Fred abandonna la procédure.

Les circonstances qui ont donné naissance au litige qui a opposé Max et Fred ne sont pas exceptionnelles. Il peut arriver qu'un financement promis à un producteur ne soit finalement pas obtenu, par exemple parce que les conditions d'obtention de ce financement ne sont plus réunies, parce que celui qui l'a promis revient sur sa décision, est en faillite ou connaît d'autres difficultés qui font qu'il se retire du contrat conclu avec le producteur. Comme le montage financier intervient dans la phase de développement du film, un tel revirement n'est, à ce stade, en général rien de plus qu'une contrariété comme en connaissent toutes les entreprises.

Les choses peuvent toutefois se compliquer lorsque le producteur qui a perdu un financement n'en informe pas son coproducteur.

La raison pour laquelle il ne l'informe pas est qu'il s'agit d'une « mauvaise nouvelle » et qu'il estime que, au vu du temps restant avant le début du tournage, il trouvera une autre source de financement pour remplacer celle qui a été perdue.

Cette attitude peut aboutir à mettre l'ensemble du projet en danger. Ce sera le cas lorsque le coproducteur qui a perdu une source de financement laisse démarrer la phase de « pré-production » (la préparation du tournage du film) alors qu'il n'a pas trouvé de financement de remplacement. Une fois le tournage entamé, une part très importante du budget sera dépensée sur une période de deux à trois mois. La production risque donc de manquer d'argent avec, dans certains cas, le risque de voir le tournage interrompu, ce qui entraîne en général un préjudice considérable.

Il n'y a pas de commune mesure entre les conséquences potentielles de la rétention d'une information telle que la perte d'un financement et le désagrément lié à la communication de cette information. Dans le cadre de la phase de développement du projet, les obligations relatives à la recherche de financements sont des obligations de moyen. Un coproducteur ne sera donc pas considéré comme n'ayant pas exécuté ses obligations si, ayant mis en œuvre les moyens dont il disposait, il n'a pas pu obtenir les financements nécessaires.

Si le fait de perdre un financement que l'on croyait acquis n'a pas de conséquences pénalisantes, pourquoi arrive-t-il qu'un producteur ne communique pas cette information à son partenaire contractuel et, dans certains cas, laisse démarrer le tournage du film qui révélera le manque d'argent et le mettra en situation de défaut d'exécution de ses obligations ?

Le mécanisme est le suivant : la perte d'un financement est un événement désagréable ; c'est une « mauvaise nouvelle » et, pas plus que toute autre personne, un producteur n'a envie d'annoncer de mauvaises nouvelles, surtout s'il a l'impression (en général fausse) que sa position pourrait être « dévalorisée » à l'égard de son partenaire contractuel.

A défaut d'une obligation d'information prévue au contrat, la tentation peut être forte de ne rien dire au motif qu'un financement de remplacement pourra être trouvé. Il sera plus facile d'annoncer simultanément la perte d'un financement et son remplacement par un autre. Le problème deviendra toutefois sérieux si le financement de remplacement n'est pas trouvé.

Le fait que certains coproducteurs laissent démarrer le tournage d'un film sans avoir informé leur partenaire du fait qu'il leur manque un financement trouve sa source dans la difficulté d'annoncer la nouvelle à l'approche du tournage qui est une opération de grande envergure mobilisant un grand nombre de personnes.

Une telle annonce détruirait sur le champ la confiance entre les parties et provoquerait une crise grave. Le producteur en défaut peut donc, comme un grand nombre d'êtres humains, préférer se mentir à lui-même et se convaincre qu'il trouvera le financement nécessaire avant la date à laquelle il aura besoin de cet argent.

S'il ne le trouve pas, la situation sera révélée le jour où il sera en cessation de paiement, ce qui aura en général des conséquences graves pour toutes les entreprises concernées et pour le projet commun. Cette situation pourra être la cause d'une destruction de richesse significative alors que cette perte aurait pu être facilement évitée si le producteur concerné avait informé son cocontractant en temps utile.

Cet exemple montre que lorsqu'une mauvaise nouvelle n'est pas annoncée immédiatement, il devient de plus en plus difficile de le faire par la suite. La confiance repose sur la clarté qui elle-même repose sur le partage de l'information. La rétention d'une information importante pour le projet commun affectera, souvent gravement, la confiance entre les parties.

Le principe à appliquer est simple : les mauvaises nouvelles doivent être annoncées immédiatement. Parce qu'avec le temps il devient de plus en plus difficile de les annoncer et que la réaction logique de tout être humain sera de s'interroger sur le point de savoir pourquoi il n'a pas été informé plus tôt, pourquoi son partenaire l'a laissé continuer à travailler et à investir de l'argent alors qu'il existait un risque que le projet soit retardé ou doive être abandonné. Souvent, le silence sera perçu comme une atteinte grave à la confiance entre les parties.

Dans le cadre du Conseil Partagé il sera toujours recommandé aux parties de prévoir une obligation d'information détaillée parce qu'il s'agit d'un outil puissant de renforcement de la confiance entre les parties. Cet outil sera d'autant plus efficace que la communication de l'information sera rapide et que le champ d'application de la clause sera large. Les parties qui organisent leur coopération autour de leur intérêt commun ont tout intérêt à se communiquer toutes les informations qui intéressent leur projet commun, qu'il s'agisse de mauvaises ou de bonnes nouvelles.

La clause que leur avocat rédigera à cette fin ne sera que la mise en forme des engagements qu'elles auront pris dans le cadre de la négociation, sachant que les engagements pris en connaissance de cause sont le meilleur garant d'une exécution volontaire et complète du contrat par les deux parties dans leur intérêt commun.

6. Le recours au mécanisme de la présomption pour définir les conséquences de certains actes ou omissions

L'obligation d'information pourra dans certains cas être utilement renforcée ou complétée par le recours au mécanisme de la présomption qui repose sur la formule « si...alors... » (Exemple : « si » un commerçant n'a pas contesté à bref délai une facture qui lui était adressée, « alors » il sera présumé l'avoir acceptée).

Il est en général possible de renverser une présomption (exemple : le commerçant personne physique peut prouver que l'absence de contestation à bref délai d'une facture est due à une hospitalisation qui l'a empêché de prendre connaissance de la facture).

Parfois, la présomption est irréfragable ce qui signifie qu'elle ne peut pas être renversée (par exemple, la personne qui a commis un délit ne peut pas invoquer le fait qu'elle ne savait pas que l'acte qu'elle a commis constituait un délit car il existe une présomption légale irréfragable : nul n'est censé ignorer la loi).

Si la présomption est un mode de preuve qui peut s'avérer utile dans le cadre d'un litige né de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat, dans le cadre du Conseil Partagé le recours à ce mécanisme aura surtout pour objectif d'attirer l'attention des parties sur les conséquences d'un acte ou d'une omission et d'éviter la survenance d'un événement qui pourrait affecter la confiance des parties et entraîner la rupture du contrat.

Ainsi, pour prévenir des situations semblables à celle qu'ont connue Max et Fred (le producteur qui omet d'informer son cocontractant de la perte d'un financement - cf. le point relatif à l'obligation d'information), une présomption irréfragable sera un moyen supplémentaire de renforcer la sécurité juridique de l'opération et d'éviter qu'une partie ne laisse démarrer la seconde phase d'un projet alors qu'elle n'a pas entièrement exécuté les obligations qui lui incombent dans la première phase et que son cocontractant l'ignore.

Dans un cas comme celui de Max et Fred, cette présomption pourrait prendre la forme d'une clause prévoyant que, par le seul fait de marquer son accord à l'entrée dans la phase de préparation du tournage du film, chaque producteur confirme que, au moment où il donne son accord, il a entièrement exécuté ses obligations relatives à la phase de développement du projet et est en mesure de fournir la totalité des apports promis dans les délais convenus.

Dans le cas de Max et Fred, dont le contrat de coproduction ne prévoyait pas d'obligation d'information et n'énonçait pas les actes qui seraient considérés comme constituant une rupture du contrat, une telle présomption aurait donné à Fred une chance d'enrayer la mécanique de destruction de la confiance initiée par son silence : il aurait sans doute pris conscience du fait que, par l'application de cette présomption, son mensonge par omission (ne pas informer Max de la perte d'un financement) se transformait en tromperie délibérée (donner son accord à l'entrée en production aurait impliqué qu'il certifie avoir exécuté toutes ses obligations liées à la phase de développement et être en mesure de faire tous les apports promis).

Fred aurait probablement dit à Max qu'il n'était pas en mesure d'entrer dans la phase de préparation du tournage et lui en aurait donné la raison. Il lui aurait fallu affronter le mécontentement de Max. Mais il n'était pas trop tard ; la préparation du tournage et le tournage lui-même auraient pu être décalés, non sans quelques difficultés mais sans doute sans grand dommage. En outre, Fred et Max auraient pu joindre leurs forces pour résoudre le problème et, peut-être, éviter ainsi de devoir reporter le tournage.

Dans le cas de Max et Fred, cette présomption n'existait pas dans le contrat. Comme celui-ci ne comportait pas non plus d'obligation d'information et n'énonçait pas les actes qui seraient considérés comme constituant une rupture du contrat, la zone « floue » était suffisamment importante pour permettre à Fred de penser qu'il ne commettait pas de faute. Cette erreur entraîna la rupture du contrat et une procédure judiciaire où chacun imputa à l'autre la responsabilité de la rupture. Max et Fred n'ont plus jamais travaillé ensemble par la suite.

Dans le cadre du Conseil Partagé, le recours à des présomptions irréfragables, cumulé à une obligation d'information et à une définition précise des actes constituant une rupture fautive du contrat, renforcera considérablement les chances d'éviter une situation telle que celle qu'ont connue Max et Fred.

7. La définition de délais précis pour l'exécution des obligations

De nombreux litiges en matière contractuelle pourraient être évités par la définition de délais précis. Imaginerait-on aujourd'hui donner rendez-vous à quelqu'un « en ville au coucher du soleil » ? Pourtant, de nombreux contrats contiennent encore des dispositions qui pourraient être comparées à cette proposition. Et l'expérience révèle que ces dispositions sont un terrain fertile pour les litiges.

L'exemple de Vincent et Marie en est une illustration.

Vincent et Marie se sont résolus à divorcer après trente ans de mariage. Ils n'avaient pas d'enfants, travaillaient tous les deux et n'avaient pas de problèmes d'argent. Si la raison les a convaincus de choisir la procédure de divorce par consentement mutuel, Marie était blessée et éprouvait un certain ressentiment à l'égard de Vincent qui refaisait sa vie avec une autre femme.

La procédure de divorce par consentement mutuel impliquait que, avant le dépôt de la requête en divorce au tribunal, ils se mettent d'accord sur différents points parmi lesquels le partage de leurs biens. Un contrat fut établi à cette fin par les notaires choisis par Vincent et par Marie.

Les biens communs à partager comprenaient la maison dans laquelle le couple avait vécu et deux appartements. Ils décidèrent que les immeubles seraient partagés par moitié, la maison devant être vendue tandis que Marie deviendrait seule propriétaire des deux appartements dont elle aurait la disposition dès la signature de la convention. La valeur de sa part étant de ce fait nettement supérieure à celle de Vincent, il fut convenu qu'elle lui paierait une soulte de deux cent mille euros pour rétablir l'équilibre.

La convention préparée par les notaires prévoyait que le paiement de cette somme interviendrait au plus tard trois mois après la transcription du divorce. La date de la transcription n'était pas connue au moment de la signature de la convention parce que cette convention devait être jointe à la requête en divorce déposée au tribunal et devait de ce fait être signée avant le début de la procédure. Il était toutefois possible de procéder à une estimation, sachant qu'une procédure de divorce par consentement mutuel durait environ cinq à six mois tandis que la transcription prenait environ deux mois.

Sur base d'une durée estimée à huit mois et compte tenu du fait que la soulte devait être payée au plus tard trois mois après la transcription, Vincent pouvait s'attendre à percevoir le montant de la soulte au plus tard onze mois après la signature de la convention.

Au texte dactylographié de la convention, dont les parties avaient pris connaissance par avance, fut ajoutée, le jour-même de la signature de l'acte chez les notaires, une mention manuscrite dans la marge. Cet ajout portait que la somme de deux cent

mille euros due à Vincent serait prélevée sur la part revenant à Marie dans le prix de vente de la maison. La mention manuscrite précisait en outre que le paiement interviendrait après le paiement effectif du prix de vente de la maison et que chacune des parties collaborerait loyalement à la vente.

Cette mention supplémentaire, ajoutée par les notaires en dernière minute, évitait à Marie de devoir recourir à un emprunt bancaire ou de devoir vendre un appartement dans le cas où le prix de vente de l'immeuble n'aurait pas été perçu dans le délai prévu pour le paiement de la soulte. Toutefois, cette mention ajoutait un élément non prévu initialement dans l'accord des parties : alors qu'il était convenu que le paiement de la somme de deux cent mille euros interviendrait trois mois après la transcription du divorce, cet ajout de dernière minute soumettait le paiement à la vente de la maison et à la perception effective du prix de vente. Cet ajout faisait naître ainsi une contradiction relativement au délai dans lequel le paiement de la soulte devait intervenir, mais celle-ci était compensée, semblait-il, par la mention selon laquelle chacune des parties agirait « loyalement ».

Cet ajout manuscrit de dernière minute a donné lieu à une procédure judiciaire qui a duré sept années.

Alors que Marie était entrée en possession des deux appartements qui lui revenaient dès la signature de la convention de partage, elle rendit impossible la vente de la maison en exigeant un prix très supérieur à la valeur réelle de l'immeuble. Sans doute a-t-elle vu là un moyen de faire payer à Vincent sa décision de divorcer tandis que Vincent, probablement un peu mal à l'aise parce qu'il refaisait sa vie tandis que Marie se retrouvait seule, ne contesta pas au départ le chiffre imposé par Marie.

Il fallu plusieurs mois pour que, sous la pression de l'agent immobilier qui n'arrivait pas à vendre le bien au prix demandé, Vincent se rende compte que la petite mention manuscrite dans la marge de la convention, ajoutée en dernière minute sans réelle réflexion, avait ouvert un piège dont il lui était difficile de sortir.

Il tenta d'obtenir de Marie que l'immeuble soit mis en vente à un prix conforme à l'évaluation de l'agent immobilier; elle refusa. Il lui proposa de racheter sa part à un prix supérieur à l'évaluation faite par l'agent immobilier (mais inférieur au prix exigé par Marie) ; elle refusa également. En désespoir de cause, un an et demi après la signature de la convention de partage, Vincent se résolut à demander la licitation judiciaire du bien. Il s'adressa au tribunal pour demander la désignation de notaires qui seraient chargés de vendre la maison en vente publique.

Lorsque le bien fut finalement vendu – à un prix correspondant exactement à l'évaluation initiale de l'agent immobilier – trois années s'étaient écoulées depuis la signature de la convention de partage. L'affaire n'était pas terminée pour autant. Vincent, excédé par l'attitude de Marie, réclama des intérêts de retard sur le montant qu'elle lui devait en faisant remonter ceux-ci à la date initialement prévue, soit trois mois après la transcription de l'acte de divorce. Marie soutint qu'aucuns

intérêts n'étaient dus puisqu'il avait été convenu qu'elle paierait au moyen du prix de vente de l'immeuble qui n'avait été perçu que trois ans après la signature de la convention. La question fut donc soumise à nouveau au tribunal qui dû trancher le point de savoir si l'attitude de Marie avait ou non respecté le principe de « loyauté » inscrit en marge de l'acte notarié.

Cette procédure et les nombreux désagréments qui l'ont accompagnée auraient pu être évités très simplement : il aurait suffi d'indiquer dans l'acte une date ultime pour le paiement. S'il avait été prévu que le paiement interviendrait par exemple au plus tard six mois après la transcription du divorce si le prix de vente de l'immeuble n'avait pas été perçu dans ce délai, Marie se serait probablement montrée plus souple sur la fixation du prix de vente puisqu'elle aurait été contrainte de contracter un emprunt ou de vendre un appartement pour payer cette somme. La question des intérêts ne se serait pas posée et tout aurait été réglé dans un délai beaucoup plus court. En effet, à défaut de vente de la maison et en cas de refus de paiement, Vincent aurait pu faire vendre l'un des appartements dont Marie était devenue seule propriétaire.

C'est la possibilité de contester le défaut d'exécution de la convention qui fait naître des situations telles que celle qu'ont connue Vincent et Marie. Dans le cadre du Conseil Partagé, l'avocat invitera les parties à définir, chaque fois que cela est possible, des délais précis pour l'exécution de chaque obligation.

Il attirera leur attention sur la sécurité juridique accrue qui résulte d'une telle clause. Chaque partie sait en effet, dès la conclusion du contrat, que le non respect d'un délai (qui est très facile à prouver) la placera en situation de défaut. La précision d'une telle clause garantira en général l'exécution ponctuelle des obligations contractées par les parties, sachant qu'il leur est toujours possible de convenir ensemble de modifier ces délais.

8. Réagir aux imprévus par la définition de la manière dont les parties entendent répondre en cours d'exécution du contrat aux questions non prévues par le contrat

De nombreux contrats comportent une disposition selon laquelle, pour ce qui n'a pas été prévu au contrat, les parties « se référeront à la loi » ou « agiront de bonne foi ».

Une telle clause est en général très peu utile. Il arrive souvent que la loi n'apporte pas de réponse (cf. l'affaire Alphamobiles/Betacars) tandis que le critère de bonne foi est trop vague pour guider utilement les parties (cf. le cas de Vincent et Marie). Lorsqu'une partie estime qu'elle a raison, elle considérera souvent que l'autre partie, qui conteste son point de vue, est de mauvaise foi. Les parties se retrouveront donc devant un tribunal qui, quelques années plus tard, dira qui avait raison et qui avait tort.

Dans le cadre du Conseil Partagé, l'élément-clé de la réponse à des questions non prévues au contrat sera la volonté affirmée des parties de fournir elles-mêmes cette réponse.

L'expression de cette volonté et sa consignation dans le contrat fera naître un engagement clair pour les deux parties. Et le principe de cohérence aura pour effet que la grande majorité des êtres humains exécuteront volontairement les engagements qu'ils ont pris en connaissance de cause.

Les chances d'aboutir seront d'autant plus grandes qu'un cadre de référence aura été clairement défini.

Ce cadre de référence se fondera sur le principe de base selon lequel les parties qui choisissent le Conseil Partagé organisent l'équilibre de leurs intérêts individuels autour de leur intérêt commun et sera constitué de la définition que les parties ont donnée de leur intérêt commun et de leurs attentes réciproques.

Dans certains cas, il pourra être utile de se référer à la manière dont les parties sont arrivées à un accord sur des questions similaires lors de la négociation initiale qui a abouti à la conclusion du contrat. A cette fin, une trace écrite de l'évolution de ces négociations et des arguments qui ont conduit aux accords des parties sera établie et conservée par leur avocat qui établira un « dossier d'intervention ultérieure ».

Exemple de clause :

Pour tout ce qui n'a pas été prévu au contrat, les parties s'engagent à trouver elles-mêmes une réponse en se référant à la définition de leur intérêt commun et de leurs attentes réciproques ainsi qu'à la manière dont elles ont organisé l'équilibre de leurs intérêts individuels autour de leur intérêt commun dans les négociations qui ont conduit à la conclusion du contrat.

9. La référence à la procédure de conciliation en cas de différend

Le Conseil Partagé se caractérise par le fait que l'avocat qui accompagne les parties pour la négociation, la rédaction et éventuellement la modification du contrat jouera le rôle de conciliateur en cas de différend.

Les chances d'éviter qu'un différend éventuel ne se transforme en conflit seront d'autant plus grandes que le problème sera traité rapidement. Les parties qui choisissent le Conseil Partagé s'engagent dès lors à soumettre le différend à leur avocat lorsqu'elles en constatent l'existence.

En pratique, les parties ne s'accorderont pas nécessairement toujours sur le fait qu'il existe un différend. L'engagement qu'elles prennent a donc pour objectif que si l'une des parties estime qu'il existe un différend et saisit le conciliateur, l'autre partie réponde positivement à cette demande.

Sur ce point également, le fait que cet engagement soit pris de façon expresse par les parties au moment de la conclusion du contrat aura en général pour conséquence son exécution volontaire par les deux parties.

Une telle disposition n'empêche pas de prévoir d'autres issues si la conciliation n'aboutit pas. Dans ce cas toutefois, l'avocat qui a conseillé les deux parties mettra fin à son intervention, son rôle dans le cadre du Conseil Partagé lui interdisant de défendre les intérêts d'une partie contre l'autre.

10. L'identification des éléments dans le contrat qui constituent des réponses à des questions qui n'ont pas été posées

Après sa rédaction, le contrat sera relu en vue de repérer les éléments qui constitueraient des réponses à des questions qui n'ont pas été posées.

Il arrive, dans le cadre de conflits lié à l'exécution d'un contrat, qu'une partie se prévale à l'égard de l'autre d'une disposition du contrat prévoyant une obligation dont il n'a pas été question durant les négociations.

Dans le cadre de négociations contractuelles traditionnelles, où chaque partie est assistée par un conseil, une telle situation est en général due au fait que les parties ont négocié sur base d'un texte préexistant fourni par l'une des parties ou par son conseil et que tous les éléments de ce texte n'ont pas été analysés en détail.

Lorsque le contrat est long et technique, les discussions portent sur les points essentiels et les parties se fient souvent pour le surplus à l'avis de leurs conseils respectifs qui peuvent estimer que certaines dispositions sont usuelles et donc acceptables.

Il peut donc arriver qu'une partie soit liée à son insu par une obligation prévue au contrat mais dont elle n'a pas conscience. Sa réaction sera en général dans un tel cas : « je ne me suis jamais engagée à cela », ce à quoi l'autre partie répondra : « c'est dans le contrat ».

Sachant que l'engagement est le meilleur garant de l'exécution volontaire d'une obligation, l'avocat qui pratique le Conseil Partagé – et qui recourra parfois aussi à certaines clauses types – veillera à ce que, pour chaque obligation, il existe un engagement clair de la partie concernée avant la signature du contrat.

Récapitulatif des questions qui appellent une réponse dans le cadre du Conseil Partagé

- qu'est-ce que chaque partie attend du contrat ? quel est l'intérêt commun des parties ?
- quelles sont les attentes de chaque partie à l'égard de l'autre ?
- quels sont les engagements de chaque partie à l'égard de l'autre ?
- quels sont les actes ou omissions qui rendraient impossible la poursuite de la relation contractuelle ?
- certaines situation justifieraient-elles qu'il soit mis fin à la relation contractuelle alors qu'aucune faute n'a été commise ? Lesquelles ?
- certains points doivent-ils faire l'objet d'un accord des parties pour le cas où il serait mis fin à la relation contractuelle ? Lesquels ?
- comment définir l'obligation d'information réciproque ?
- y a-t-il lieu de recourir au mécanisme de la présomption ? A quelles fins ?
- pour quelles obligations y a-t-il lieu de prévoir un délai d'exécution ?
- comment les parties répondront-elles en cours d'exécution du contrat aux questions non prévues par le contrat ?
- est-il fait explicitement référence à la procédure de conciliation en cas de différend ?
- le contrat contient-il des éléments qui constituent des réponses à des questions qui n'ont pas été posées ?