

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

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

**Le sort réservé au contrat suite à un changement
de circonstances entraînant le bouleversement
de l'économie contractuelle**

par

Murielle VAN DER MERSCH

Doc. 99/26

LE SORT RÉSERVÉ AU CONTRAT SUITE À UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ENTRAÎNANT LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE CONTRACTUELLE

I. SITUATION DU PROBLÈME

La présente étude s'attache au *sort réservé au contrat* à la suite d'un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle mais non l'impossibilité de son exécution. Les situations de force majeure seront donc exclues de cette analyse.

Cette étude n'abordera pas non plus la notion de hardship ni son acceptation par le droit applicable.

L'hypothèse de départ est donc que l'on se trouve dans une situation de hardship — hardship reconnu par les Principes UNIDROIT ou les Principes de droit Européen — notion voisine (imprévision — frustration...) admise par un droit national.

Le contrat-type visé est un contrat à long terme, c'est-à-dire celui dans lequel l'exécution de la prestation d'au moins une des parties s'étend sur une certaine période, spécialement les contrats d'approvisionnement en matière première¹. Cependant, il est certain que la possibilité d'invoquer le hardship pour un autre type de contrat n'est pas expressément exclue

Il apparaît de prime abord que plusieurs pistes doivent être abordées en tant que conséquences possibles à réserver au contrat : renégociations « libres », intervention d'un tiers (juge — arbitre — expert ...), renégociations « surveillées »...

¹ M. FONTAINE, Droits des contrats internationaux, Paris, 1989, p. 254 : Selon l'analyse qu'en fait Monsieur FONTAINE, les secteurs de l'économie contractuelle où les clauses de hardship se retrouvent le plus sont notamment ceux de la sidérurgie, des métaux non ferreux, des constructions mécaniques, des grands travaux, de l'industrie pétrolière, de la chimie, de l'informatique et de la banque. Voyez également le commentaire officiel n° 5 de l'article 6.2.3. des principes Unidroit : « Le hardship sera normalement pertinent pour les contrats à long terme, c'est-à-dire ceux dans lesquels l'exécution de la prestation d'au moins une partie s'étend sur une certaine période.

II. LES RENÉGOCIATIONS « LIBRES »

1. Remarque

Il faut signaler qu'outre des adaptations purement légales ou contractuelles, les parties restent toujours libres, en dehors de toute renégociation de leur contrat, et sans que celui-ci subisse donc de modification formelle, de transformer ou d'adapter sur le plan opérationnel leurs relations commerciales aux circonstances nouvelles et difficultés techniques².

Il nous paraît cependant que la sécurité juridique plaide en faveur d'une transposition contractuelle de toute modification opérée au sein de relations commerciales.

2. Déclenchement de la renégociation

2.1. Les clauses de renégociation

Les circonstances qui entraînent une obligation de renégocier le contrat devraient de manière idéale être précisées dans la clause. Il est inutile de souligner que la précision est ici, comme partout ailleurs, le meilleur allié contre les interprétations divergentes des parties et les conflits qui peuvent en résulter.

Certaines clauses de renégociation peuvent préciser de manière automatique qu'à l'arrivée de tel événement qui peut déjà être déterminé ou déterminable dans le temps, la renégociation s'impose. Tel peut être le cas tout simplement d'un certain laps de temps écoulé³ ou l'apparition d'un autre événement tel par exemple le moment où l'investisseur a récupéré son investissement⁴.

A défaut d'accord entre les parties, quant à la question de savoir si la circonstance entraînant la renégociation s'est bien réalisée, la question devra être tranchée par un tiers.

² J.-Q. DE CUYPER et P. WOLFGANG, Renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité : réflexions à partir du cas GHANA VALVO, *R.D.A.I.*, 1995, p. 787.

³ J.-Q. DE CUYPER et P. WOLFGANG, Renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité : réflexions à partir du cas GHANA VALVO, *R.D.A.I.*, 1995, p. 787 : cf. notamment la clause 49A du nouvel accord VALCO.

⁴ Voyez par exemple le cas d'un accord pétrolier conclu avec TAÏTI en 1979 : « renegotiation clause. The contract will be open to renegotiation on the later of two dates — seven years after the contractor has been able to recover its costs out of the 40% cost recovery portion of revenues or — ten years after the first commercial production », exemple cité par J.-Q. DE CUYPER et P. WOLFGANG, Renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité : réflexions à partir du cas GHANA VALVO, *R.D.A.I.*, 1995, p. 787.

2.2. Les Principes UNIDROIT : l'article 6.2.3.

Le paragraphe 1^{er} de cet article permet à la partie lésée, en cas de hardship, d'exiger de l'autre partie l'ouverture de négociations portant sur les clauses initiales pour les adapter à la nouvelle situation.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée des termes « en cas de hardship ». La disposition ne vise que l'hypothèse où une des parties estime personnellement que la situation de hardship est présente et insinue nullement que les parties se soient mises d'accord sur la qualification à apporter à l'événement qui affecte l'économie de leurs relations contractuelles.

Une demande de renégociation n'est pas admissible lorsque le contrat lui-même contient une clause d'adaptation automatique du contrat, sauf si la clause en question n'envisageait pas les conséquences de l'événement ayant entraîné le hardship⁵.

Cette demande d'ouverture de renégociation doit être motivée⁶. Les commentaires officiels estiment que la partie lésée a l'obligation d'indiquer les raisons sur lesquelles la demande de motivation est fondée pour permettre à l'autre partie de mieux se rendre compte si cette demande est ou non justifiée. Les éléments suivants devraient être donnés pour information : la survenance du hardship, ses conséquences pour le contrat et les termes initiaux de la négociation⁷.

Cette demande d'ouverture de négociation doit être faite aussi vite que possible après la survenance du hardship dont la partie lésée veut se prévaloir. Le délai précis pour demander la renégociation dépendra des circonstances d'espèce. Selon les commentaires officiels⁸, il pourra par exemple être plus long lorsque le changement de circonstances est progressif. Est également assimilée à une demande d'ouverture tardive celle qui est insuffisamment ou qui n'est pas motivée, sauf si les motifs du prétendu hardship sont tellement évidents qu'il est inutile de les exposer dans la demande.

Quid en cas d'insuffisance de motivation ou en cas de retard indu de demande de renégociation ? L'article lui-même ne prévoit aucune sanction. La partie lésée ne perd pas son droit de demander l'ouverture de renégociations au seul motif qu'elle n'agit pas sans retard indu. Mais, suivant les commentaires officiels⁹, cette négligence pourra avoir un effet sur l'existence réelle du hardship et, le cas échéant, sur ses conséquences sur le contrat. En d'autres termes, l'autre partie, ou le juge, lors de la vérification des conditions d'application pourrait prendre le retard ou la non-motivation en compte pour par exemple ne pas accepter de concéder un effet rétroactif à la reconnaissance des conséquences du hardship¹⁰.

⁵ Art. 6.2.3. des principes, commentaire officiel n°1.

⁶ Par comparaison, l'article 2.117 des PEDC ne comporte aucune disposition semblable.

⁷ M. C.A. PRADO, « La théorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international », *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 367.

⁸ article 6.2.3. commentaire 2.

⁹ article 6.2.3. commentaire 3.

¹⁰ M. C.A. PRADO, « La théorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international », *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 368.

Il échet de remarquer que lorsque la doctrine suggéra différents modèles de clauses de hardship¹¹, elle préconisait la forclusion du droit de demander la réadaptation du contrat en cas de non- communication des éléments d'appréciation dont disposait la partie lésée.

Il nous semble d'une part qu'en toute hypothèse, et sur base de l'article 5.3. des principes Unidroit, la partie lésée qui invoque le hardship pourrait engager sa responsabilité contractuelle dans la mesure où elle contrevient à son obligation de coopération dans l'exécution de ses obligations/

D'autre part, et sur la base de l'article 1.7. des Principes Unidroit, le principe général de bonne foi trouve à s'appliquer pour la partie qui invoque le hardship. Suivant le commentaire officiel¹², la partie lésée doit honnêtement croire qu'il y a situation de hardship et ne pas demander l'ouverture de renégociation par pure manœuvre tactique. Ainsi que nous le verrons plus loin, l'exécution des obligations en cas de survenance alléguée de hardship ne sera jamais suspendu. L'on peut ainsi espérer que le risque d'abus consistant à introduire une demande de renégociation à de pures fins dilatoires est écarté.

2.3. Principes Européens du Droit des Contrats : art. 2.117

L'article 2.117 (2) prévoit que les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elle en raison d'un changement de circonstances.

- a) qui est survenu après la conclusion du contrat ou qui, bien qu'intervenu auparavant, n'a pas été connu et ne pouvait raisonnablement être connu par les parties ;
- b) qui ne pouvait raisonnablement être pris en considération au moment de la conclusion du contrat ;
- c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

L'article 2.117 des PEDC est fort semblable à l'article 6.2.3. des Principes UNIDROIT, même si le terme « *obligation* (d'engager des négociations) » employé dans le premier cas semble plus explicite et contraignant (voir point 3 *infra*).

L'insertion expresse du terme « obligation » fait défaut dans le cadre des Principes UNIDROIT et pourrait laisser croire que ce caractère obligatoire est plus restreint et serait soumis à la demande de la partie qui a subi le hardship. Au contraire, la référence précise à une obligation dans le cadre des PDEC semble faire peser celle-ci sur les deux parties, tant celle victime du hardship que son cocontractant.

¹¹ P. VAN OMMESELAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship dans les contrats internationaux, RDIC, 1980, p. 5600

¹² article 6.2.3. commentaire 5.

Le commentaire officiel précise que la partie qui se prétend lésée par le hardship doit, en vertu du principe général de bonne foi, prendre l'initiative de la négociation dans un délai raisonnable en précisant l'effet que le changement de circonstances produit sur le contrat. L'autre partie peut également, si elle est intéressée par le maintien des relations contractuelles, déclencher l'ouverture des négociations¹³.

L'article 6.2.3. des principes UNIDROIT, étayé par les commentaires officiels, nous semble cependant plus précis que les PEDC quant à la manière dont l'ouverture de la renégociation doit se présenter.

3. Obligation de renégocier: responsabilité - recours?

3.1. Les clauses de renégociation

A partir du moment où la circonstance qui entraîne l'obligation de renégocier est présente, les parties ont effectivement l'obligation d'entamer la procédure de renégociation. Le fait pour une partie de refuser d'entrer en renégociation constitue dès lors une violation contractuelle¹⁴.

Comment sanctionner cette faute contractuelle? Soit la clause elle-même prévoit une sanction, soit le recours à un tiers est nécessaire. Il s'agirait dès lors éventuellement pour ce tiers d'évaluer le dommage encouru par la partie en comparant la situation actuelle et la situation que les parties auraient dû ou pu atteindre suite à une renégociation¹⁵. On imagine le caractère délicat d'une telle tâche.

3.2. Principes UNIDROIT: l'article 6.2.3

Le paragraphe 3 de l'article 6.2.3 des Principes autorise l'une ou l'autre des parties à saisir le Tribunal faute d'accord des parties sur l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances.

¹³ commentaire officiel art. 2.117, C.

¹⁴M. Fontaine, Droits des contrats internationaux, Paris, 1989, p. 271.

¹⁵ J.- Q.DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 792.

Cette saisine du Tribunal peut se produire dans plusieurs hypothèses:¹⁶

- a) si la partie non touchée par le hardship ne reconnaît pas l'existence d'une telle situation. L'on peut craindre que la qualification du hardship ne rencontre que rarement l'assentiment de toutes les parties au contrat. Il sera aisé au cocontractant de la partie lésée de se dérober à la renégociation souhaitée en contestant tout simplement la réalisation de l'hypothèse du hardship. pL'imprécision des critères conventionnels permettant d'identifier le hardship laisse croire à cette fréquente hypothèse et la définition, bien que minutieuse, du hardship proposée par l'article 6.2.2, peut toujours laisser place à des contestations ... ;
- b) le cocontractant de la partie lésé peut également refuser sans motif d'entrer en renégociation.

3.3. Principes Européens du Droit des Contrats: art. 2.117

L'obligation de renégocier est une obligation indépendante en soi et porte ses propres sanctions stipulées à l'article 2117 par. 3 (C).

Cet article prévoit le recours au tribunal, faute d'accord des parties dans un délai raisonnable.

L'accord ainsi visé comprend tant celui d'entamer des négociations, que celui se concrétisant par une modification contractuelle de commun accord.`

Il est expressément prévu que le juge puisse ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier.`

4. Étendue de la renégociation: sur quoi peut ou doit-elle porter?

4.1. Les clauses de renégociation.`

Pour déterminer l'étendue de la renégociation, un premier point de départ peut être la clause même qui permet la modification contractuelle.

¹⁶ article 6.2.3., commentaire 6.

À côté de la clause de force majeure, qui ne fait pas partie de notre étude, deux principales clauses peuvent être distinguées: d'une part les clauses qui permettent les modifications contractuelles en fonction d'un modèle préétabli et qui ont pour objet de combler des lacunes du contrat (clauses d'adaptation) et d'autre part les clauses qui provoquent une modification fondamentale du contrat (clauses de renégociation)¹⁷.

Il est à souhaiter que la clause de renégociation prévoie les principes directeurs et les limites de la renégociation. Il se peut que la clause prévoit par exemple que la renégociation ne peut pas ou ne peut que couvrir une question ou une matière déterminée, comme le système fiscal.

4.2. Principes Européens du Droit des Contrats: art. 2.117

Le commentaire officiel de cet article précise que le principe de bonne foi requiert que tous les points en discussion entre les parties doivent être portés dans le champ de la renégociation¹⁸. Bien entendu, il nous paraît aller de soi que seuls les points du contrat remis en cause par la survenance du hardship rentrent en ligne de compte.

Les Principes Européens du Droit des Contrats sont sur ce point plus précis que les Principes UNIDROIT.

5. Sort du contrat lors des renégociation

5.1. Principes UNIDROIT: L'article 6.2.3 paragraphe 2

La demande d'ouverture des renégociations ne donne pas par elle même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. Suivant les commentaires officiels, le motif en est le caractère exceptionnel du hardship et le risque d'éventuels abus. La suspension ne peut se justifier que dans des circonstances exceptionnelles¹⁹.

Une telle précision ne se retrouve pas dans les Principes Européens du Droit des Contrats.

¹⁷ J.- Q.DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p.787.

¹⁸ Commentaire officiel (art. 2.117), C.

¹⁹ Commentaire officiel n°4.

6 Critères qui doivent guider les parties

6.1. Les clauses de renégociation

Les clauses de renégociation se réfèrent souvent expressément à certains critères qui doivent guider la renégociation.

Tout comme au niveau de l'hypothèse même qui donne ouverture à la renégociation, on rencontre deux tendances:

Certaines clauses retiennent des critères objectifs par exemple le maintien d'un équilibre financier ou économique pour une partie spécifique ou pour les deux parties.²⁰

Si l'intention des parties n'est pas aisée à déterminer, le renvoi à un critère plus sûr, plus objectif, tel l'équilibre entre les obligations de chacune des parties, qui peut être aisément quantifié dans un contrat d'investissement à long terme, peut être jugé préférable..

D'autres critères, subjectifs, peuvent inspirer les clauses. Classiquement, le recours à la justice ou l'équité qui se retrouvent dans plusieurs clauses sont classés parmi ces critères²¹.

La distinction entre ces deux critères est peut-être plus théorique qu'il n'y paraît. Il nous semble par exemple que les critères de "justice" ou d'équité" supposent, pour une correcte application, que l'on se réfère aussi bien à l'intention des parties qu'à l'économie contractuelle et aux buts poursuivis par le contrat.

²⁰ex: *"The government and the contractor shall meet to negotiate in good faith and agree upon the modifications which need to be made to the terms of this agreement to restore the contractor's economic rights and benefits to a level equivalent to what they would have been had such change no occurred"*: accord de production sherring agreement pour l'exploration et la production de pétrole entre la République Démocratique populaire d'Ethiopie et la société internationale Petroleum Bermuda LTD, cité par J.- Q.DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 790

ex: *".... de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du contrat"* cité par M. FONTAINE, Les clauses de hardship dans les contrats internationaux, Droit et Pratique du commerce international, 1976.

²¹ ex: *"équitablement dans l'esprit d'objectivité et de loyauté qui est à la base des relations existant entre les parties"*

ex *"afin que tout se passe en parfaite loyauté réciproque"*

ex *"in fairness to the parties"*

ex *"des ajustements équitables"*

ex *"appropriate and equitable in the circumstances"*

exemples tirés de M. Fontaine, Les clauses de hardship dans les contrats internationaux, Droit et Pratique du commerce international, 1976

voyez également l'art. 49 du nouvel accord VELCO cité par J.-Q.DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 790

En toute hypothèse, il appartient aux parties de mener toute renégociation des termes du contrat selon le critère de la bonne foi. Ce principe implique le devoir de formuler des propositions raisonnables et susceptibles d'être acceptées par l'autre partie²².

6.2. Principes UNIDROIT

Aucun article ne mentionne expressément les critères à suivre par les parties lors de leur renégociation. Cependant, les parties restent soumises au principe général de la bonne foi (article 1.7.) et au devoir de collaboration (article 5.3.).

Il en résulte que les parties doivent conduire leur négociation dans un esprit positif en évitant d'y faire obstruction et en cachant des informations nécessaires.

Le paragraphe 3 de l'Art. 6.2.3 des Principes autorise l'une ou l'autre des parties à saisir le Tribunal faute d'accord des parties sur l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances. Tel sera le cas si une des parties viole les obligations de bonne foi et de coopération dans les négociations.

6.3. Principes Européens du Droit des Contrats: art. 2.117

L'article 2.117 n'envisage l'obligation de bonne foi lors des renégociations que sous l'angle de la rupture fautive de celles-ci.

Le commentaire officiel de cet article étend cette hypothèse à celle, très proche, de la conclusion d'un autre contrat, avec une partie tierce, contrat qui serait incompatible avec la poursuite de bonne foi des négociations entamées.

Tout comme pour le contrat régi par les Principes Unidroit, les parties qui ont convenu soumettre leur contrat aux Principes de droit européen sont tenues, d'une part, en vertu de l'article 1.106 de ces Principes d'agir conformément aux exigences élémentaires de la bonne foi, et sont, d'autre part, en vertu de l'article 1.107, tenues l'une envers l'autre à un devoir de collaboration, qui doit permettre au contrat de produire son plein effet.

L'article 2.117 (3) (c) stipule que le Tribunal peut ordonner la réparation que cause à l'une des parties la rupture de mauvaise foi des obligations.

²² Y. DERAIS, note sous sentence n° 2508, Clunet, 19877, p. 942

7. Échec de la renégociation: responsabilité ?

S'il est peu probable qu'une partie refuse de rentrer en renégociation, il est par contre beaucoup plus probable qu'aucun accord ne puisse être dégagé.

Il serait surprenant que la clause de renégociation implique l'obligation pour les parties d'atteindre un accord.

L'obligation de renégociation doit être analysée en termes d'obligations de moyens et non de résultat. Un désaccord sur l'aménagement du contrat persistant après une renégociation menée loyalement reste une éventualité possible sans que la faute puisse être imputée à l'un des partenaires²³.

8. Échec de la renégociation: solutions ?

8.1. Suspension du contrat

L'on peut concevoir qu'en cas de désaccord sur de nouvelles bases le contrat soit suspendu pendant un certain délai.

Si celui-ci perdure, il s'agit alors d'un échec économique. Dans le cas-type du contrat d'investissement à long terme les deux parties ont intérêt qu'un déblocage de la situation soit trouvé. D'une part, des investissements considérables ont souvent été effectués et d'autre part, le contrat revêt une importance considérable pour l'économie du pays hôte.

²³ La clause suivante peut parfois être rencontrée.: "Neither party shall unreasonably refuse to agree to any change, modification, amplification, delation or addition proposed by the other party" (clause citée par J.-Q. DE CUYPER et P. WOLFGANG, Renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 790). Même dans ce type de clause, le terme "unreasonably" est suffisamment extensible pour que l'obligation soit susceptible d'interprétation, le cas échéant par un tiers.

8.2. Résiliation du contrat

Une résiliation immédiate du contrat ou consécutive à une suspension est également envisageable.

La même réflexion peut être apportée que pour la suspension.

8.3. Intervention d'un tiers

Ce point est analysé au chapitre suivant.

III. L'INTERVENTION D'UN TIERS

1. Remarque préliminaire

Les plus souvent, la clause de hardship prévoit que si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur une renégociation de leur contrat, l'affaire sera soumise à l'appréciation d'une tierce personne. Cette tierce personne, dont l'existence peut déjà avoir été prévue à propos des divergences qui peuvent se réaliser concernant la question de la réalisation de l'hypothèse du hardship, réapparaît ici.

Qui est ou peut être ce tiers ainsi désigné par les parties? Son intervention suscite de nombreuses interrogations et l'on relève dans la pratique que ces tierces personnes sont qualifiées de manière fort diverse: experts, arbitre, médiateurs, intervenants, conciliateur²⁴. La divergence de mots est plus qu'un simple jeu d'écriture. La nature de l'intervention du tiers dépendra de sa fonction.

²⁴ M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, FEC, Paris, 1989, p. 274; U. DRAGETTA ET R. LAKE, *Contrats internationaux, Pathologie et remèdes*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 196.

Le développement des méthodes alternatives de règlement de litiges (A.D.R.²⁵), à côté des juridictions classiques et l'arbitrage²⁶ offre une variété impressionnante de tiers possible. Il est à remarquer également que ce foisonnement de méthodes alternatives de litiges va de pair avec une liste croissante d'organisations institutionnelles et associations intervenant en matière d'A.D.R. qui offrent, pour la plupart, des clauses ou des règlements ouvrant la possibilité de désignation de tiers plus "institutionnalisés".²⁷

Les parties peuvent déjà dans leur contrat initial prévoir une clause se référant à un de ces types d'ADR (ex: médiation contractuellement préconstituée où les règles de la médiation ainsi que l'identité du médiateur sont déterminées aux termes d'une clause du contrat liant les parties) ou choisir, en dehors de toute clause contractuelle initiale de recourir dès lors que l'économie contractuelle est bouleversée, à tel type de méthode d'ADR.

2. Le tiers

La nature de l'intervention de ce tiers peut être classée en deux grandes catégories: ou bien son intervention ne sera pas contraignante pour les parties, ou bien celle-ci s'imposera. Il paraît d'emblée que les méthodes ADR qui s'inscrivent dans le cadre de la première catégorie n'ont de sens que si les parties ont la volonté de trouver un accord. Tel sera le cas si les parties souhaitent sauvegarder une relation commerciale à long terme et éviter de rentrer directement en conflit avec son cocontractant.

La gradation dans les types de RAD à la disposition des parties s'intègre dans ce classement.

²⁵ On désigne par A.D.R. un ensemble de techniques de règlement des litiges dont la principale caractéristique est de se situer en dehors du système des tribunaux. Cette définition négative peut se coupler d'une définition plus positive: les A.D.R. sont des méthodes de solution de conflits qui permettent aux parties en présence de régler le litige qui les oppose, tout en maintenant un dialogue ou une communication constructive. A propos de la difficulté de cerner ce concept, voyez: J.-C. GOLDSMITH, Les modes de règlement amiable des différends (RAD), RDAI, 1996, sp. p. 222; G. CARLE "L'A.D.R. a-t-elle un avenir en Belgique? Quel rôle pour le juriste d'entreprise?" in Liber amicorum, Commission Droit et vies des affaires, 40^e anniversaire (1957-1997), 1998, pp. 359 et s.

²⁶ La question de savoir si l'arbitrage fait ou non partie des A.D.R. a fait l'objet d'un débat doctrinal. L'arbitrage semble de moins en moins considéré comme une méthode alternative de règlement de litige mais plutôt comme une variante du procès: Cf. VERBRAEKEN et Fr. VINCKE, Les méthodes alternatives de règlement de conflits "The main field of injustice is not litigation but non-litigation", J.T., 1996, p. 163; G. BLOCK, Les contestations pouvant naître de l'organisation, du déroulement ou de l'exécution des procédures arbitrales, RDAI, 1996, p. 179.

²⁷ Il est évidemment impossible ici d'en fournir une liste exhaustive. Pour une liste détaillée, voyez: J.-C. GOLDSMITH, les modes de règlement amiable de différends (RAD), RDAI, 1996, page 253, spécialement note 6.

2.1. Les tiers dont la décision ne sera pas contraignante

A priori le recours à ce type de tiers entend donner ses chances à la sauvegarde d'un consensus maximal entre les parties et évite au maximum de compromettre leurs relations économiques futures.

Les parties restent encore maître du règlement de leur litige et évitent la solution extrême d'une gestion *imposée* de leur contrat par un tiers.

Si les parties peuvent accepter la décision qui leur est proposée par le tiers, cet accord des parties constituera en soi une convention dont il partagera la force obligatoire.

Plusieurs types de tiers peuvent être classés dans la première catégorie:

2.1.1. l'expert

Une clause d'expertise amiable peut avoir été prévue par les parties.

L'expertise consistera "en une mission que les parties confèrent à un tiers afin que celui-ci donne un avis qu'il présentera sous la forme d'un rapport. L'avis est demandé à l'expert à propos d'un problème technique. Le tiers est généralement choisi en raison de sa compétence professionnelle ou technique relative au problème qui lui est soumis"²⁸.

Quelle est la valeur du rapport qui sera déposé par l'expert ?

Il faut se référer à la clause d'expertise prévue dans le contrat. Il appartient aux parties de préciser la valeur soit indicative soit décisive du rapport qui interviendra. ²⁹

L'article 10.4 du règlement CEPANI dispose à propos de l'avis technique que "sauf dispositions contraires, les constatations et conclusions de l'expert lient les parties à l'égard de leurs dispositions contractuelles".

Si l'on se trouve dans l'hypothèse où l'on doit admettre valeur contraignante au rapport du tiers, l'expertise se rapprochera plus de la classification de la tierce décision obligatoire qui sera abordée plus loin.

²⁸ J. JARROSSON, La notion d'arbitrage, Paris, 1987, p.114, n° 208; A. THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, Les modes de pacification extra judiciaires, heurs et malheurs, in Les règlements judiciaires et extra-judiciaires des conflits commerciaux, Commission Droit et vie des affaires, Liège, 1998, p. 54.

²⁹ A. THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, Les modes de pacification extra judiciaires, heurs et malheurs, in Les règlements judiciaires et extra-judiciaires des conflits commerciaux, Commission Droit et vie des affaires, Liège, 1998, pp. 55

Il nous semblait cependant que dans la mesure où une déclaration expresse des parties quant à leur volonté (exception faite ici du règlement CEPANI ou d'autres règlements analogues d'organisations institutionnelles et associations voisines intervenant en matière d'ADR) était nécessaire pour conférer force obligatoire à un tel rapport, la nature de l'expertise pouvait a priori être classée parmi l'intervention non contraignante d'un tiers.

2.1.2. *L'ombudsman*

Le recours à cette institution, qui ne fait que se multiplier, pourrait également apparaître dans le cadre d'un bouleversement de circonstances qui affecte un contrat.

Si certains secteurs³⁰ sont des lieux de prédilection pour ce type d'institution, la multiplication de l'ombudsman au sein des entreprises privées ne peut être négligée.

Cette méthode d'ADR est cependant assez spécifique dans la mesure où elle paraît se rattacher plutôt au domaine des litiges de consommation et où c'est la partie qui fournit le service aux consommateurs qui met elle-même sur pied une procédure simplifiée et plus rapide de traitement rapide des plaintes³¹.

Cette spécificité rejoint assez mal la classification-type des protagonistes que met en place le contrat standard où les clauses de hardship se retrouvent le plus fréquemment.

Cette institution n'est cependant pas à exclure a priori dans la mesure où la clause de hardship peut affecter tout contrat.

En toute hypothèse, l'ombudsman ne peut que suggérer une solution, il ne peut en aucun cas l'imposer³².

³⁰ Notamment le secteur des assurances, le secteur bancaire: Voyez à ce sujet: R. CRONENBERGHS, L'ombudsman de l'Union professionnelle des entreprises d'assurances in Les modes non judiciaires de règlement des conflits, pp. 113 et s.; J.M. VEKEMAN, Initiative législative en matière de règlement non judiciaires de conflits: les médiateurs auprès des entreprises publiques in Les modes non judiciaires de règlement des conflits, pp. 125 et s.; J. VAN NUULAND, De ombudsmann voor de cliënten van de banken, in Les modes non judiciaires de règlement des conflits, pp. 103 et sv.

³¹ Cf. VERBRAEKEN et Fr. VINCKE, Les méthodes alternatives de règlement de conflits "The main field of injustice is non litigation but non-litigation", J.T., 1996, p. 164.

³² A. THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, op.cit.p. 57.

2.1.3. La conciliation

a. la conciliation judiciaire

En droit belge, la conciliation judiciaire de droit commun est consacrée, de manière facultative aux articles 731 à 733 du Code judiciaire. D'autres matières spécifiques consacrent le caractère spécifique (obligatoire ou facultatif) de la conciliation³³.

La pertinence d'une tentative de négociation devant un juge que l'on sait pouvoir trancher le litige à un stade ultérieur peut se poser.

N'y-a-t-il pas une incompatibilité entre la fonction de juge et celle de médiateur ?³⁴ Certaines techniques fort intéressantes se sont développées aux États-Unis et en Australie et consistent à permettre au juge d'organiser une tentative de conciliation sous la direction d'un médiateur indépendant autre que le juge lui-même³⁵.

b. la conciliation extrajudiciaire

La conciliation peut être institutionnelle ou simplement ad hoc.

Dans le premier cas, la procédure se déroule sous la surveillance d'un organisme tiers Il existe divers règlements en matière de conciliation, notamment celui édicté par la Chambre de Commerce Internationale (CCI), par l'American Arbitration Association (AAA), par la Conférence des Nations Unies sur le droit du commerce international (CNUDCI), par le CEPANI, ...

La première section du règlement CEPANI, consacré à la conciliation, prévoit expressément, dans son article 6.1., la désignation d'un tiers dont la mission consiste à adapter leur volonté commune à des situations nouvelles.

Le rôle du conciliateur est perçu comme étant une aide indépendante et impartiale pour les parties dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige (cf. notamment art. 7.1 du règlement de conciliation de la CNUDCI).

³³ cf notamment la matière des baux commerciaux, baux à ferme, contrat de travail, divorce, exécution de crédit hypothécaire...

³⁴ En ce sens: Cl. VERBRAEKEN et Fr. VINCKE, Les méthodes alternatives de règlement de conflits "The main field of injustice is not litigation but non-litigation", J.T., 1996, p. 163; contra I. BRANDON, L'office de juge dans la conciliation, J.T., 1995, p. 506. A ce sujet également, v. l'article 828, 8° du C.J.

³⁵ M. VAN DER HAEGEN, Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe, RDAI, 1996, p. 256.

Le conciliateur devra être guidé par des principes d'objectivité, d'équité et de justice et devra prendre notamment en considération les droits et obligations des parties, des usages et les circonstances du litige (cf. notamment art. 7.2 du règlement de conciliation de la CNUDCI).

Le conciliateur peut à n'importe quel stade de la procédure formuler des propositions de règlements.

Cette proposition, comme son nom l'indique, s'identifie à une simple recommandation et la mission du conciliateur ne peut aboutir à une décision que si les stipulations contractuelles le prévoient (cf. art. 6.1. du règlement CEPANI). Dans ce dernier cas, la procédure d'adaptation du contrat par le conciliateur se rapproche de la tierce décision obligatoire examinée ci-après. La décision peut également lier les parties aux contrats dans les mêmes conditions que leurs dispositions contractuelles si l'accord proposé par le conciliateur peut faire l'objet d'un entérinement conventionnel par les parties (cf art. 13 du règlement de conciliation de la CNUDCI).

Il est certain que la procédure de conciliation reste entre les mains de chaque partie qui peut à tout moment décider de rompre le processus (cf. notamment art. 15 du règlement de conciliation de la CNUDCI). Cette modalité est essentielle: dans une procédure qui ne peut aboutir que si le consensus des deux parties reste persistant tout au long de la procédure, dès que ce consensus a disparu, il faut que chaque partie soit libre de se dégager pour, par exemple, pouvoir porter ou poursuivre le litige devant un tribunal judiciaire ou arbitral.³⁶ Cette question se rapproche quelque peu de la question du cumul d'un règlement alternatif d'un litige avec un arbitrage.

Lorsque la conciliation est ad hoc, elle sera organisée librement par les parties.

2.1.4. La médiation

La distinction entre le concept de médiation et de conciliation n'est pas claire³⁷. Cette difficulté de cerner cette distinction provient certainement en partie du fait qu'il n'y a pas de définition universellement acceptée de la médiation et de la conciliation.

L'usage indistinct de ces deux termes se retrouve même dans le règlement des institutions privées de résolution de conflits qui s'abstiennent généralement de préciser ce qu'on entend par ces deux concepts voisins³⁸.

³⁶ Cf. VERBRAEKEN et Fr. VINCKE, Les méthodes alternatives de règlement de conflits "The main field of injustice is not litigation but non-litigation", J.T.,1996, p. 164.

³⁷ B. HANOTIAU, Arbitrage, médiation, conciliation: approches d'Europe continentale et de common law, RDAI, 1996, sp. p. 216; J.-C. GOLDSMITH, Les modes de règlement amiable des différends (RAD), RDAI, 1996, sp. p. 222; M. VAN DER HAEGEN, Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe, RDAI, 1996, p. 259.

³⁸ Ainsi le règlement de conciliation adopté le 4 décembre 1980 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) définit seulement l'objectif de la conciliation (art.1er).

Certains auteurs en conséquence préconisent l'usage indistinct de ces deux concepts en estimant qu'il n'y a pas de différence de nature entre la conciliation et la médiation³⁹

D'autres auteurs, par contre, estiment la distinction pertinente.`

Ainsi, les principales différences entre le processus de médiation et le processus de conciliation ont été étudiées dans un article récent de J. VAN COMPERNOLLE et A. THILLY. Il en ressort, d'une analyse comparée des règlements de l'OCA et du CEPANI notamment que :

- le conciliateur est le plus souvent choisi par les instances de résolution de conflit tandis que le médiateur serait proposé par les parties elles-mêmes ;
- le rôle du médiateur se distingue de celui du conciliateur en ce que le premier n'émet une proposition qu'avec le consentement des parties et seulement après que les parties ont elles-mêmes échoué dans leur tentative de renégociation. Le conciliateur, de son côté fait toujours une proposition aux parties ;
- la médiation, mais non la conciliation sera caractérisée par l'utilisation de facteurs de techniques de communication et de stratégies basées sur la psychologie, et sera guidée par des principes de neutralité d'indépendance et d'impartialité.

Quelle est la valeur juridique qui s'attache au rapport de médiation ?

Le procès-verbal ou la convention qui comprendra ce rapport aura pour certains force de contrat qui tient lieu de loi entre parties. Telle est la position de certains règlements d'institutions privées de résolution de conflits (art 6 et 7 du règlement CPR).

Appliquer la force contractuelle à un accord de médiation ne va cependant pas sans poser certains problèmes, notamment celui de risquer de ruiner l'efficacité et les objectifs de la médiation⁴⁰. De plus, certains droits étrangers⁴¹ n'acceptent pas, sauf stipulation expresse, de force contraignante à l'accord de médiation.

De même les règlements de conciliation de la Chambre de commerce internationale (CCI) et du Centre belge de l'arbitrage et de la médiation (CEPANI) en règlent uniquement le déroulement de la procédure.

³⁹En ce sens, voyez G. KEUTGEN, Médiation et conciliation en matière économique, J.T., 1999, p. 245.

⁴⁰A.THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., p. 65.

⁴¹ Comme celui du Minnesota, voy. à ce sujet A.THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., p. 65.

Deux cas particuliers de médiation doivent retenir notre attention :

- il s'agit d'abord des formules de médiations contractuellement préconstituées (M.C.P.)⁴². Un collège de médiateur (Dispute review board) est prévu dans le contrat, en dehors même de l'apparition d'un quelconque bouleversement contractuel. Le mécanisme et la procédure de médiation sont fixés initialement. Une clause de médiation ainsi préconstituée avait été insérée dans le cadre du contrat EUROTUNNEL. 17 fois cette clause⁴³ a été mise en œuvre pour aboutir dix fois à une médiation acceptée par les parties.

- Une autre technique, assez peu répandue en Europe, se situe à la frontière entre la médiation et l'arbitrage: il s'agit de la technique de "médiation arbitrage ou "med-ab". Dans cette hypothèse, le médiateur est également appelé à trancher le litige en qualité d'arbitre en cas d'échec de la tentative de médiation. Les auteurs soulignent pour la plupart le caractère dangereux de cette technique dans la mesure où la médiation suppose la conduite de débats en vue de favoriser le rapprochement des parties par des propositions de conciliation qui doivent pouvoir demeurer strictement confidentielles. Le médiateur est même autorisé à entendre les parties séparément hors de tout débat contradictoire. S'il doit intervenir ultérieurement comme arbitre, sa neutralité et son indépendance s'en verront gravement affectées. L'efficacité de la procédure de médiation elle-même s'en trouvera atteinte⁴⁴.

2.1.5. Le mini-trial

Entre le "mini-procès" et la "variante de la médiation, le mini-trial revêt des caractéristiques propres.

⁴² J.-C. GOLDSMITH, Les modes de règlement amiable des différends (RAD), RDAI, 1996, sp. p. 244.

⁴³ La clause prévoyait que tout litige ou différend devait être soumis en premier lieu à un collège constitué de deux membres titulaires désignés, ainsi que leurs suppléants, respectivement par chacune des parties avec l'approbation de l'autre, et d'un président désigné d'un commun accord entre les parties ou, à défaut par le Président de la Chambre de Commerce Internationale. On notera par ailleurs que la procédure contractuellement prévue stipulait que la recommandation du collège de médiateur serait définitive et, comme telle, s'imposerait aux parties pour autant que celles-ci n'auraient pas recouru à l'arbitrage dans un délai de 90 jours, mais que, nonobstant ce recours, il y aurait exécution provisoire de la recommandation dès lors que l'avis du collège de médiateurs serait unanime.

⁴⁴ M. VAN DER HAEGEN, Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe, RDAI, 1996, sp. p. 256.

Cette méthode comporte deux étapes⁴⁵:

- une phase composée d'échanges d'information, d'échange de pièces qui se termine par une courte plaidoirie devant un comité composé de membres des parties en litige présidé par une tierce personne et une seconde phase axée plutôt sur la négociation aux fins de trouver une solution transactionnelle.

Pour donner toute chance à cette institution, deux nécessités s'imposent: il faut d'une part que les parties en litige soient représentées par des personnes qui puissent prendre un recul par rapport au litige concret pour privilégier l'intérêt à plus long terme de leur société et également qu'elles jouissent au sein de cette société d'un statut tel qu'elles puissent engager cette dernière si un accord peut se dégager (voyez notamment à ce propos l'article 5 du règlement de mini trial du CEPANI).

En général, les parties s'engagent à ne pas entamer ou poursuivre de procédure judiciaire ou arbitrale, sauf à titre conservatoire, pendant la procédure de mini trial (cf. art.15 du règlement de mini trial du CEPANI; art. 15 du règlement de procédure du mini trial établi par la chambre de commerce de Zurich).

Il existe plusieurs règlements en matière de mini-trial, dont le règlement du CEPANI, celui de l'AAA, celui de la chambre de commerce de Zurich.

Ici, de nouveau, la concertation doit aboutir à un accord des parties pour pouvoir débloquer la situation engendrée par le bouleversement de l'économie contractuelle.

2.2. *Le tiers dont la décision sera obligatoire*

2.2.1. *type de tiers*

- le juge

L'existence et l'étendue de la compétence du Juge saisi d'un échec des renégociations ou saisi en l'absence de toute procédure de renégociation entamée par les parties sont précisées par le droit applicable au contrat dont il est question.

Sur ce point, la situation du juge paraît identique à celle de l'arbitre, dont question *infra*.

⁴⁵ Cf. VERBRAEKEN et Fr.VINCKE, Les méthodes alternatives de règlement de conflits "The main field of injustice is non litigation but non-litigation", J.T., 1996, p. 165; J.-C. GOLDSMITH, Les modes de règlement amiable des différends(RAD), RDAI, 1996, sp. p. 222; M. VAN DER HAEGEN, Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe, RDAI, 1996, p. 265; A. THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., p. 82.

Le paragraphe 3 de l'Art. 6.2.3 des Principes UNIDROIT autorise l'une ou l'autre des parties à saisir le Tribunal faute d'accord des parties sur l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances. Tel sera le cas si la négociation, bien que menée de bonne foi par les parties, n'a pas abouti à un résultat positif⁴⁶.

L'article 2.117 des Principes de droit européen prévoit le recours au Tribunal à défaut pour les parties d'aboutir à un accord dans un délai raisonnable.

- l'arbitre

L'arbitrage constitue un mode de solution des conflits qui trouve son origine, tout comme la conciliation ou la médiation, dans une convention privée et qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de chose jugée. Cette décision sera sollicitée par l'une ou les deux parties qui avaient initialement fait par de leur volonté commune de donner à l'arbitre le pouvoir de trancher le litige⁴⁷.

L'institution connaît un succès croissant en matière de commerce international. De nombreux avantages sont liés au mécanisme de l'arbitrage: rapidité ⁴⁸ dans la solution d'un litige, choix des arbitres par les parties, discrétion des débats et de la sentence ...

De nouveau, les institutions réglementées proposant leur service d'arbitrage sont florissantes (règlement d'arbitrage de la CCI⁴⁹, ...).

⁴⁶ M. C.A. PRADO, op. cit., p 369 et commentaires officiels n°6

⁴⁷ G. KEUTGEN, Médiation et conciliation en matière économique, J.T., 1999, p. 245.

⁴⁸ Contra cependant A.THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., p. 87; G. de LEVAL, Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage, in l'Arbitrage, Travaux offerts au professeur A. FETTWEIS; G. Horsmans, Actualités et évolution du droit belge de l'arbitrage, Rev. de l'Arbitrage, 1992, p. 24 pour qui l'institution arbitrale se révélerait inadaptée pour régler, en cas d'urgence, le sort des mesures conservatoires ou provisoires qui s'imposeraient.

⁴⁹ Sur ce sujet, voyez notamment P. BERNARDINI, Il nuovo regolamento di arbitrato della CCI, Diritto del commercio internazionale, 1998, p. 317.

- la tierce décision obligatoire

Cette institution a une spécificité propre et ne peut être confondue avec l'arbitrage⁵⁰.

En effet, d'une part, contrairement à l'arbitrage, la tierce décision obligatoire porte sur une décision qui peut ne pas être contentieuse ou porter uniquement sur une question de fait.

Mais la tierce décision obligatoire peut également porter uniquement sur une question de droit⁵¹, bien que certains auteurs et certaines juridictions aient soutenu que la tierce décision ne pourrait aplanir que des difficultés de fait ⁵².

D'autre part le résultat auquel aboutit la tierce décision obligatoire, même tranchant une question de droit sera différent de celui auquel aboutit l'arbitrage. L'arbitrage produira une sentence dotée de l'autorité de la chose jugée qui pourra être exécutée tandis que la tierce décision obligatoire produira un autre résultat, celui d'une force contractuelle qui lie les contractants⁵³.

En cas d'inexécution de la tierce décision obligatoire, il appartient dès lors à la partie préjudiciée de saisir les tribunaux par une action analogue à tout autre fondée sur l'inexécution d'obligations contractuelles.

La décision du tiers participe en réalité au contrat lui-même et a la même force contraignante que celui-ci⁵⁴.

La tierce décision consistera le plus souvent dans le fait de charger un tiers, même en dehors de tout conflit, de la mission de compléter (cf. *infra*) un contrat sur des points où celui-ci ne l'a pas été par les parties ou d'adapter leur volonté commune à des situations nouvelles. Pareil mécanisme s'avère dès lors particulièrement utile en situation de hardship ⁵⁵.

⁵⁰ M. STORME, "De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen", T.P.R., 1984, p. 1243, paru en français sous, "La tierce décision obligatoire comme moyen de prévention des litiges. Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure", Rev. Dr. Intern. et de Dr. comp., 1985, p. 285 et sv; M. STORME, " De bindende derdenbeslissing naar belgische recht", T.P.R., 1985, p. 713 et s.; M. STORME, " "La tierce décision obligatoire: ni expertise, ni arbitrage," , J.-L. - J.L.M.B., Centenaire, Bruxelles, 1988, p. 345 et s.

⁵¹ O. CAPRASSE, De la tierce décision obligatoire, J.T., 1999, p. 565 et s.

⁵² voyez les références citées par O. CAPRASSE, De la tierce décision obligatoire, J.T., 1999, sous III, a).

⁵³ O. CAPRASSE, De la tierce décision obligatoire, J.T., 1999, p. 565 et S.

⁵⁴ Voyez cependant certaines hypothèses évoquées par O. CAPRASSE, De la tierce décision obligatoire, J.T., 1999, p. 574 et 575 où la décision rendue n'aura pas nécessairement un caractère irrévocable: convention par laquelle les parties ont désigné le tiers, qui serait entachée d'un vice de consentement - le tiers qui ne respecte pas la mission qui lui est confiée - décision entachée d'une erreur grossière (question de bonne foi et d'équité).

⁵⁵ A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., p.91

La position du tiers se rapproche ici de celle d'un mandataire⁵⁶. Pour une partie de la doctrine⁵⁷, cette qualification de mandat doit être analysée en tenant compte de deux niveaux de relations contractuelles: d'une part le lien contractuel qui unit les parties qui décident de se conformer à la décision et d'autre part le lien contractuel qui se noue entre les parties et le tiers qui accepte de remplir sa mission.

2.2.2. nature des pouvoirs ?

A la différence des méthodes précédentes, les méthodes contraignantes ne supposent aucun processus volontariste de la part des parties quant à la décision qui interviendra. Cette dernière leur sera imposée.

Dès lors que la tierce personne, dont la décision sera obligatoire se penche sur les conséquences de l'échec de la renégociation, plusieurs voies lui sont offertes :

- mettre fin au contrat

Cette solution radicale ne peut avoir lieu que si le bouleversement de l'économie du contrat n'est plus ou n'est pas temporaire.

Une restitution, qui a pour objet d'éviter les situations d'enrichissement injuste de l'une de parties contractantes peut être allouée.

A priori, cette solution est celle d'un échec à la survie du contrat.

Cette solution paraît inadéquate pour les contrats d'investissement à long terme dans lesquels l'intérêt des parties est que le contrat soit maintenu en vie car des investissements considérables ont été réalisés et sont parfois d'une grande importance pour l'économie du pays hôte.

Conformément au paragraphe 4 de l'article 6.2.3. des Principes UNIDROIT, le Tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut réagir de différentes façons. L'une d'elle peut consister à mettre fin au contrat. Il est certain que dans cette hypothèse, la fin du contrat n'est pas imputable à la mauvaise exécution ou l'inexécution de l'une des parties. Les règles régissant la résolution des contrats prévue par les Principes (art. 7.3.1. et s.) ne peuvent dès lors trouver application⁵⁸. Le tribunal fixera dans cette hypothèse la date et les conditions de cette fin de contrat.

L'article 2.117 des Principes européens des contrats est similaire.

Il est expressément prévu que le Tribunal peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe. Le commentaire officiel précise cependant que cette solution est subsidiaire et que le souci premier du Tribunal doit être de préserver le contrat.

⁵⁶ A.THILLY, et J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., p.91

⁵⁷ O. CAPRASSE, De la tierce décision obligatoire, J.T., 1999, p. 574.

⁵⁸ Commentaire officiel n°7.

- suspension du contrat

Dans le cas où le bouleversement de circonstances est temporaire, le contrat pourrait être suspendu par le tiers et les parties pourraient être tenus de poursuivre le contrat dès que les circonstances ne seraient plus présentes.

Cependant, si la durée de la suspension du contrat est importante, le risque serait de rendre l'exécution encore plus onéreuse et cette voie ne paraît dès lors pas appropriée en terme de solution.

- allocation de dommages et intérêts

Le tiers peut allouer des dommages et intérêts si une partie a violé le contrat en rejetant de manière abusive les modifications proposées par l'autre partie. Cette possibilité est expressément prévue par l'article 2.117 (3)(c) des Principes européens des contrats.

Les Principes UNIDROIT, par contre, ne prévoient pas explicitement cette possibilité mais les articles 1.7 (principe général de bonne foi) et 5.3.(devoir de collaboration) évoqués plus haut devraient permettre, me semble-t-il, d'arriver à la même solution.

D'autre part, en dehors de tout abus de droit, des indemnités pourraient être allouées à la partie lésée afin de rétablir l'équilibre du contrat⁵⁹.

Il se peut que l'indemnité octroyée pour compenser la survenance du hardship ne couvre pas la totalité du préjudice subi. Le plus souvent, l'indemnité se caractérisera par un partage du déficit entre les personnes concernées⁶⁰.

- adaptation du contrat en lieu et place des parties ?

La question est délicate. Si le tiers est saisi après un échec de négociation, il s'agit donc de lui permettre d'imposer aux parties une solution que les parties n'ont par hypothèse pas pu atteindre ensemble par négociations. Si le tiers est saisi alors qu'aucune négociation n'a été entamée (que ce soit par faute d'une des parties ou par décision des deux parties de faire directement appel à un tiers, il s'agit alors pour le tiers de déterminer quel est le résultat des négociations que les parties auraient dû ou pu atteindre.

L'immixtion du tiers dans la relation contractuelle prend une ampleur non négligeable.

La question des pouvoirs de la tierce personne rejoint ici la question de sa compétence.

⁵⁹ M. C.A. PRADO, La Théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 337; cf également le commentaire officiel de l'article 2.117 des principes européens des contrats.

⁶⁰ Pour le calcul de cette indemnité au regard de l'imprévision dans les contrats administratifs en droit français, voyez M. C.A. PRADO, La théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 337.

Si la clause de réadaptation permet à la tierce personne de réadapter le contrat, les parties se sont expressément démunies de cette faculté contractuelle au profit d'une tierce personne dès lors que l'événement décrit se produit.

Si la clause de réadaptation est plus vague, la question qui se pose est celle de savoir si la simple référence à une tierce personne permet à celle-ci de s'immiscer dans la réadaptation d'un contrat. A priori, il semble difficile d'accorder un tel pouvoir à la tierce personne en dehors d'une stipulation contractuelle prévue par les parties elles-mêmes ou par la loi⁶¹.

* le juge

La plupart des droits nationaux sont réticents à accorder au juge un pouvoir d'ingérence dans la modification du contrat lors du bouleversement de l'économie contractuelle.

Les Principes UNIDROIT par contre, ont décidé d'octroyer une base à l'intervention du juge dans cette hypothèse⁶².

Le Tribunal se voit ainsi reconnaître le droit d'adapter le contrat en vue de faire disparaître le déséquilibre survenu entre les prestations. Le commentaire officiel⁶³ précise que ce faisant le Tribunal essaiera de procéder à une juste répartition des pertes entre parties. Selon la nature du hardship, une adaptation du prix sera ou non nécessaire. Mais une telle adaptation ne sera pas obligatoirement calquée exactement sur la perte enregistrée par la partie lésée, car il appartiendra également au Tribunal de tenir compte du risque éventuel supporté par les parties et dans quelle mesure la partie bénéficiaire peut encore tirer profit de la prestation.

Selon M. FONTAINE, cette solution du recours au juge en cas d'échec de renégociation ne sera que peu acceptée dans la pratique⁶⁴.

De larges pouvoirs sont également accordés au juge en terme de modification du contrat initial par l'article 2.117 des Principes de droit européens des contrats.

⁶¹J.- Q.DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 794.

⁶² M. C.A. PRADO, La Théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, Diritto del commercio internazionale, 1997, p. 369.

⁶³ art. 6.2.3. commentaire 7.

⁶⁴ M. FONTAINE, Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure, 1996, p. 4, cité par M. C.A. PRADO, La Théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, Diritto del commercio internazionale, 1997, p. 369: "Il est à craindre que les praticiens apprécient peu la solution donnée à l'échec des négociations, qui est de recourir au Tribunal en vue de résoudre la difficulté. Les praticiens sont extrêmement réticents à cette idée de confier à des tiers et a fortiori à un renégociation, il est plus souvent prévu que chaque partie aura la faculté de résilier le contrat. Si le recours à un tiers est organisé, il s'agit plutôt d'un tiers expert dont les pouvoirs sont limités à des recommandations."

Le commentaire officiel n°6 au par. 2-615 de l'UCC⁶⁵ invite le juge, dans des circonstances spécifiques, à intervenir sur les bases des exigences de la justice. Cette perspective a été également reconnue dans le Restatement second on contracts par. 272.

En vertu de ces dispositifs, une partie de la doctrine américaine soutient la thèse selon laquelle les tribunaux sont autorisés à modifier le prix fixé par le contrat ou à imposer des modifications aux contrats de long terme⁶⁶.

Quelle est la nature de ce contrat ainsi réécrit ?

S'agit-il d'un nouveau contrat en quelque sorte une novation de contrat, ou est-ce l'ancien contrat qui subsiste avec quelque "remodelage" ?

La question n'est pas dépourvue de pertinence.

Ainsi, si la question de la durée du contrat se pose, doit-on prendre comme point de départ celui de la conclusion du contrat initial ou celui où le contrat a été modifié ?

Le commentaire officiel de l'article 2.117 des PDEC précise que le Juge peut étendre la période d'exécution, augmenter ou diminuer le prix, modifier la quantité fixée, ordonner un paiement compensatoire ...⁶⁷ mais que ce pouvoir a une limite : le juge peut modifier des clauses du contrat mais il ne lui appartient pas de réécrire le contrat dans son ensemble. Les modifications apportées au contrat ne doivent pas conduire à imposer un nouveau contrat aux parties.

Ce commentaire officiel précité nous laisse quelque peu songeur.

D'une part l'on admet que le juge peut modifier des parties tout-à-fait essentielles d'un contrat comme le prix fixé, la quantité déterminée...

Il est vrai que le bouleversement économique du contrat, à la base de l'ouverture des renégociations, rentrera par hypothèse dans le champ d'application d'une partie essentielle du contrat.

Mais peut-on alors soutenir d'autre part que c'est toujours le même contrat qui subsistera après cette modification ? N'y aura-t-il jamais place pour la naissance d'un nouveau contrat ?

La question mérite discussion...

M. FABRE dénie tout effet novatoire au contrat réécrit.⁶⁸

⁶⁵"In situations in which neither nor justice is served by either answer when the issue is posed ...

⁶⁶ Mauricio C.A. PRADO, La Théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, Diritto del commercio internazionale, 1997, p. 358.

⁶⁷ comp. avec l'article 2.104 PEDC qui accorde également au juge un large pouvoir dans l'hypothèse où le facteur de référence du prix à déterminer n'existe plus.

⁶⁸M. FABRE, cité par D.-M. Philippe in La vie du contrat à prestations successives, C.J.B., A.B.J.E., Bruxelles, 1991, p. 76.

Il est vrai que la "psychologie contractuelle" dans cette problématique est celle de sauvegarder un équilibre à un contrat et non d'un créer un nouveau.

Mais ne devrait-on quand même pas essayer de tracer une ligne de démarcation entre refaire un nouveau contrat et simplement réviser un contrat sans substitution d'un nouveau?

Cette frontière pourrait passer par le niveau de l'obligation contractuelle à modifier. Il nous paraît que si le juge doit se prononcer sur une modification d'un élément essentiel du contrat, celui-ci acquiert une nouvelle vie qui prendra cours le jour de la modification.

Dans le même sens, pour A. KASSIS⁶⁹, si l'arbitre modifie le "quantum" de l'obligation, sans porter atteinte au contenu et à la nature de celle-ci on parlera de "révision" du contrat. Dans le cas contraire, si le tiers transforme la substance même de cette obligation, il y aura apparition d'un nouvel accord.

* l'arbitre

L'adaptation contractuelle rentre-t-elle dans le contenu d'une simple référence à une clause d'arbitrage ?⁷⁰

La réponse à cette question passe par la délimitation de la définition donnée à la notion de sentence arbitrale.

Au sens de la Convention de New-York, l'arbitrage constitue un mode de règlement d'un *différend* entre parties par un tiers détenant ses pouvoirs d'un accord entre les parties et dont la décision sera obligatoire pour elles⁷¹.

Pour M. OPPETIT, cette notion de différend semble difficile à utiliser et il propose de recourir à une investigation exclusivement psychologique de l'intention des parties pour savoir si, en recourant à un tiers les parties entendent réellement coopérer et faire aplanir à l'amiable leurs éventuels désaccords ou si, au contraire, elles veulent opposer leurs prétentions et obtenir une décision juridictionnelle sur ces derniers. Selon le cas on aura affaire à un mandataire ou un arbitre⁷²

⁶⁹ A. KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.C., 1987, p. 26

⁷⁰ La nature d'un accord transactionnel ayant pris la forme d'une sentence arbitrale pose le même problème.

⁷¹ Q. DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 795

⁷² B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship, CLUNET, 1974, p. 808.

Pour M. KASSIS⁷³, dont la solution nous paraît préférable, les deux situations différentes examinées par M. OPPETIT en cas de modification contractuelle, relèvent de l'arbitrage: il faut parler d'arbitrage en cas de mésentente mais aussi en cas d'absence d'accord entre les parties. La recherche psychologique envisagée par M. OPPETIT permet dès lors uniquement de savoir à quel type d'arbitrage, juridictionnel ou contractuel⁷⁴, les parties ont entendu se référer.

Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur une adaptation du contrat il nous semble qu'il faut bien considérer qu'il existe entre elles un différend. Il nous paraît qu'il n'y a pas lieu de faire un sort particulier à ce type de différend et qu'il pourra être soumis à l'arbitrage par simple référence à une clause d'arbitrage préexistante dans le contrat.

Cependant, si la seconde branche de l'alternative devait être préférée (arbitrage non accepté comme technique d'adaptation contractuelle), d'autres solutions peuvent conduire à une adaptation du contrat: interprétation du contrat, comblement des lacunes ...

- interprétation du contrat

Un réaménagement du contrat peut être issu d'une interprétation de celui-ci. Aussi longtemps que l'arbitre, le juge, ou la personne dont la tierce décision sera obligatoire estime qu'il se limite à interpréter la volonté des parties et le contrat, la décision qu'il prend rentre sans doute possible dans les limites de sa fonction.

Il est cependant certain que l'étendue de bon nombre d'adaptation exige le dépassement d'une simple adaptation du contrat.

Quels sont les critères qui doivent guider le tiers ?

Le paragraphe 4 de l'article 6.2.3. des Principes UNIDROIT prévoit que l'adaptation du contrat doit viser à rétablir l'équilibre des prestations.

Le critère retenu est donc un critère objectif⁷⁵

⁷³ A. KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.C., 1987, p. 318

⁷⁴ Sur cette distinction: B. OPPETIT, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente, Rev. Arb., 1977, p. 314; R.DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, p. 564; A. KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.C., 1987, p. 26.

⁷⁵ art. 6.2.3. commentaire 7.

- comblement de lacunes initiales (initial gaps) ou survenues (supervining gaps)

L'adaptation du contrat peut consister à parfaire le contrat sur les points où celui-ci ne l'a pas été par les parties⁷⁶.

Cette "régulation des relations contractuelles" est spécifiquement prévue par l'article 6 du règlement CEPANI.

Une distinction peut être faite entre les lacunes initiales et les lacunes survenantes.

Les premières visent l'hypothèse où les parties rédigent l'ensemble des dispositions d'un contrat, à l'exception de certains éléments accessoires, car elles n'ont pas, lors de la conclusion de l'accord, suffisamment de renseignements pour les prendre en considération⁷⁷.

Le comblement de ce type de lacune ne constitue pas un arbitrage car il n'existe pas de litige. Les parties étaient en effet d'accord, dès le départ, d'attribuer à un tiers cette mission déterminée. Le tiers ne pourra dès lors intervenir en qualité d'arbitre et sa décision ne pourra être considérée comme une sentence arbitrale.

Le deuxième type de lacunes vise celles survenues postérieurement à la conclusion du contrat, que les parties estimaient complet. Elles sont dès lors plus intéressantes, dans la mesure où elles se situent au niveau de l'exécution de l'accord juridique

La plupart des clauses de renégociation ne visent, en ce qui concerne les lacunes, que celles survenues postérieurement à la conclusion du contrat⁷⁸.

Il ressort des attributions de l'arbitre de combler ces « lacunes survenantes ».⁷⁹

La décision du tiers s'incorporera au contrat lui-même et en fera partie intégrante. En cas de contravention à la partie du contrat ainsi complétée, une partie pourrait poursuivre l'autre par une action classique fondée sur l'inexécution contractuelle.

⁷⁶ cf par analogie l'article 1592 du code civil qui permet à un tiers de parfaire une convention en déterminant l'un de ses éléments (prix de vente).

⁷⁷ G. BERNINI et H.M. HOLTZMANN, "Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et l'exécution des contrats à long terme", Rev. Arb., 1975, p. 29.

⁷⁸ Q. DE CUYPER et P. WOLFGANG, renégociation d'accords internationaux à long terme et flexibilité: réflexions à partir du cas GHANA VALVO, RDAI, 1995, p. 796.

⁷⁹ G. BERNINI et H.M. HOLTZMANN, "Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et l'exécution des contrats à long terme", Rev. Arb., 1975, p. 41.

- nouvelle ronde de négociations imposées aux parties

Le juge pourrait inviter les parties à entamer une nouvelle ronde de négociation sous la surveillance d'une autorité désignée par lui.

Cette obligation de renégociation imposée par le Tribunal ne pourra bien sûr être assortie que d'une obligation de moyens et non de résultat.

Lorsque le Tribunal impose une nouvelle ronde de négociation la pression qui pèse sur les parties est assurément plus forte que dans l'hypothèse d'une négociation menée volontairement par les parties en dehors de toute surveillance d'une tierce autorité⁸⁰. Il est certain que si aucun accord ne peut être dégagé, le tribunal pourra trancher le litige par des indemnités ou éventuellement par une réadaptation d'office du contrat ⁸¹.

Il paraît évident pour les parties qu'une nouvelle formule d'équilibre contractuel négocié est préférable à une imposée. L'on peut cependant se poser la question de savoir sur quelle base juridique le Tribunal pourrait imposer cette négociation.

Partant du principe que le contrat impose certainement une obligation de renégocier, la partie qui prétend ne pas renégocier, alors que les circonstances du hardship sont reconnues, met en cause sa responsabilité contractuelle selon le droit applicable.

Le pouvoir du juge de condamner les parties à une renégociation revient à se poser la question du pouvoir du juge de condamner à l'exécution en nature.

Ce pouvoir n'est, loin s'en faut, pas reconnu de manière unanime dans les différents droits nationaux.

En effet, l'adage " *nemo potest praecise cogi ad factum* " répugne, en civil law, au prononcé d'une telle injonction. L'exécution en nature est également peu courante en droit anglais.

Cependant, la relecture de l'article 1142 du Code civil belge (et français) proposée par Patrick Wéry dans sa dissertation doctorale⁸², permet cependant de revoir la question de l'exécution en nature sur un plan nouveau: le juge peut condamner le débiteur à exécuter en nature son obligation de faire dans un délai qu'il lui assigne, tout en précisant que, passé ce délai, ce débiteur sera tenu, en cas d'inexécution, au paiement de dommages-intérêts.

⁸⁰ Un arrêt du 28 septembre 1976 de la Cour d'Appel de Paris illustre ce cas: une clause contractuelle obligeait les parties en cas de hausse de fuel-oil à se rapprocher pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat. La cour, en se prévalant de cette clause, a obligé les parties à renégocier sous l'égide d'une tierce personne désignée par elle quant à cet effet: Paris, 28 septembre 1976, JCP, 1978, II, n° 1881110.

⁸¹ M. C.A. PRADO, La Théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 336.

⁸² P. WERY, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil, Kluwer, 1993, p. 89 et s.

Les commentaires officiels des Principes UNIDROIT précisent que les termes "s'il estime raisonnable" compris dans le paragraphe 4 de l'article 6.2.3. autorise le juge à imposer une nouvelle ronde de négociations surveillées⁸³.

Le commentaire officiel de l'article 2.117 des Principes de droit européens aboutissent à la même solution en précisant que le Juge peut même imposer l'existence d'un médiateur pour assister les parties.⁸⁴. De nouveau, si les négociations n'aboutissent pas, le cas échéant, et si un abus peut être prouvé, des dommages et intérêts peuvent être sollicités.

- confirmation judiciaire des termes initiaux du contrat

Les commentaires officiels des Principes UNIDROIT précisent que les termes "s'il estime raisonnable" compris dans le paragraphe 4 de l'article 6.2.3. autorise le juge à imposer aux parties d'exécuter leur contrat dans sa version existante. Cette solution, uniquement exprimée dans le corps du commentaire, peut paraître critiquable. Par hypothèse, le juge, saisi par l'une des parties, a dû explicitement ou implicitement reconnaître l'existence du hardship. Il nous paraît dès lors que si les conditions du hardship au sens de l'article 6.2.2. sont reconnues, imposer à la partie lésée de devoir continuer à subir les conséquences du hardship est, dans l'optique de la renégociation contractuelle, un échec.

⁸³ Commentaire n°7

⁸⁴ Commentaire D.

IV. CONSIDÉRATIONS FINALES

Est-il exact de prétendre que les clauses/ procédures de renégociation (notamment prévues par UNIDROIT ou les Principes de droit européen) réduisent la stabilité contractuelle ?

A priori, on pourrait le croire.

Le contrat qui ne contient pas de clause de renégociation ou qui n'est pas soumis à une procédure de renégociation ne pourra être revu que si le droit auquel il est soumis l'accepte. Or, tous les systèmes juridiques n'offrent pas de base juridique qui permettrait une modification du contrat.

La situation créée par ces systèmes juridiques n'offre en réalité qu'une apparence de satisfaction pour la stabilité des contrats.

En effet, un manque de souplesse dans le processus contractuel peut être dangereux tant pour l'une que pour l'autre des parties. Une clause de renégociation claire et précise qui illustre manifestement la volonté des deux parties de renégocier lorsque survient tel type de circonstance permet d'éviter une rigidité qui menace la vie même du contrat et risque de conduire les cocontractants à un conflit aigü sans impasse⁸⁵. Plusieurs cas d'étude montrent ainsi que l'exclusion de tout changement contractuel dans un contrat n'est pas forcément un avantage à long terme⁸⁶.

Dans cette optique, la procédure de renégociation assure également la stabilité contractuelle dans la mesure où elle sauvegarde un contrat qui, sans elle, serait voué à l'échec.

Murielle Vandermersch

⁸⁵ En ce sens, M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, Cambridge, 1994, p. 107: "Renegotiation is more sensible as a technique for avoiding disputes and ensuring that the relationship remains viable in the context of changed circumstances".

⁸⁶ W. PETER, *Stabilization clauses in state contracts*, RDAI, 1998, p. 888.