

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

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

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

PACTA SUNT SERVANDA

REBUS SIC STANTIBUS

par Denis-M. PHILIPPE

Doc 86/5

Rapport présenté au colloque
organisé par la Chambre de
Commerce Internationale à Paris
les 7 et 8 avril 1986, ayant pour
thème l'arbitrage commercial
international

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	1.
CHAPITRE I : Délimitation du sujet et analyse des problèmes posés	2.
§ 1. Définition	2.
§ 2. Analyse des problèmes posés	2.
1. Nature des circonstances. Caractéristique des circonstances : postériorité à la conclusion du contrat	2.
2. Caractéristique des circonstances et de leurs effets : non-imputabilité	3.
3. Caractéristique des circonstances et de leurs effets : imprévisibilité	4.
4. Effet des circonstances sur le contrat	4.
5. Différents effets que le bouleversement de l'économie contractuelle est susceptible de produire	5.
CHAPITRE II : Etude du droit positif	7.
§ 1. <u>Droit français</u>	
1.1. Théorie de l'imprévision (droit civil et droit administratif)	7.
1.2. Caducité du contrat	10.
§ 2. <u>Droit belge</u>	11.
§ 3. <u>Droit allemand</u>	12.
3.1. Le Wegfall der Geschäftsgrundlage : notion	12.
3.2. Conditions d'application	13.
3.2.1. La base contractuelle	13.
3.2.2. Le risque	14.
3.2.3. L'Unzumutbarkeit	16.
3.2.4. Le caractère imprévisible et extraordinaire des circonstances n'est pas nécessairement requis	17.
3.2.5. Le déséquilibre sensible des prestations ne donne pas, en lui-même, lieu à l'application du "Wegfall der Geschäftsgrundlage".	17.
3.3. Effets : adaptation du contrat	18.
§ 4. <u>Droit anglais</u>	19.
4.1. La frustration : notion	19.
4.2. Comparaison avec le Wegfall der Geschäftsgrundlage. Ressemblances	19.
4.3. Différences	21.
4.3.1. Le fondement juridique	21.
4.3.2. Le champ d'application	21.
4.3.3. Les effets	22.
4.4. Les autres droits de la common law	23.

§ 5. <u>Droit italien</u>	24.
5.1. <u>Eccessiva onerosità</u>	24.
5.1.1. <u>Eccessiva onerosità : notion</u>	24.
5.1.2. <u>Applications larges</u>	24.
5.1.3. <u>Caractéristiques</u>	25.
5.2. <u>Presupposizione</u>	26.
5.2.1. <u>Définition</u>	26.
5.2.2. <u>Caractéristiques (définition, rapports avec les autres concepts, fondement, effets)</u>	27.
§ 6. <u>Droit néerlandais</u>	29.
- <u>Droit néerlandais actuel</u>	29.
- <u>Réforme du Code civil et introduction dans le futur Code civil néerlandais d'une disposition reconnaissant l'imprévision</u>	29.
§ 7. <u>Droit suisse</u>	31.
- <u>Théorie de l'imprévision</u>	31.
- <u>Erreur sur les circonstances futures</u>	31.
§ 8. <u>Très bref aperçu des autres droits (droits des pays arabes...)</u>	34.
§ 9. <u>Conclusions</u>	35.
CHAPITRE III. <u>L'imprévision dans les contrats internationaux</u>	36.
§ 1. <u>La clause de hardship ou d'imprévision</u>	36.
1.1. <u>Préambule</u>	38.
1.2. <u>Conditions d'application de la clause</u>	38.
1.2.1. <u>Nature des circonstances et caractéristiques</u>	38.
1.2.2. <u>Effets des circonstances sur le contrat</u>	40.
1.3. <u>Effets de la survenance de l'hypothèse prise en considération</u>	41.
1.3.1. <u>Information et constatation du changement de circonstances</u>	41.
1.3.2. <u>Effets</u>	43.
1.4. <u>Conclusion</u>	48.
§ 2. <u>Application de la clausula rebus sic stantibus dans les contrats internationaux</u>	50.
2.1. <u>Reconnaissance du principe</u>	50.
2.2. <u>Eléments d'appréciation de l'application de la clausula propres aux contrats internationaux</u>	52.
2.3. <u>Les cas d'application</u>	56.
§ 3. <u>L'obligation de négocier</u>	58.
3.1. <u>L'obligation de négocier dans la clause d'adaptation</u>	58.
3.2. <u>L'obligation de négocier en l'absence de clause d'imprévision</u>	60.
3.3. <u>L'obligation de négocier en cas de convention plus avantageuse contractée avec un tiers</u>	61.
CONCLUSIONS GENERALES	64.
ANNEXES : exemplaires de clauses et tableaux	65.

La complexité grandissante et les mutations profondes de la société, l'interdépendance sans cesse accrue entre les hommes donnent à la problématique du changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat, un intérêt pratique certain. Ainsi, la révolution iranienne, la dépréciation monétaire, la crise pétrolière de 1973, la fermeture du canal de Suez entre 1958 et 1973 ont influencé de manière sensible l'exécution des différents contrats.

Il est donc opportun de s'interroger sur la possibilité de mettre fin ou d'adapter un contrat lorsque des circonstances nouvelles viennent modifier profondément l'exécution des obligations.

La problématique du changement de circonstances est connue en droit international sous le nom de clausula rebus sic stantibus.

En fait, la reconnaissance implicite de la clausula suppose que le contractant n'ait accepté de s'engager que moyennant absence de changement de circonstances. Il s'agit là d'une fiction puisque les parties n'ont généralement émis aucune volonté sur cette question ; en outre, c'est nier la fonction même du contrat que de le priver de force juridique en cas de changement de circonstances ; le contrat ne constitue-t-il pas en quelque sorte, un îlot de sécurité face aux réalités mouvantes de l'avenir ?

Aussi est-il opportun d'introduire cette étude par une définition de la problématique et de ses différentes facettes (ch. I).

L'on abordera ensuite le droit commun en la matière dans différents systèmes juridiques (ch. II) et, dans un troisième chapitre, l'on analysera les clauses aménageant le changement de circonstances (§1) et, enfin, la jurisprudence, essentiellement arbitrale, relative au changement de circonstances dans les contrats internationaux (§ 2), et, plus spécifiquement, celle relative à l'obligation de négocier (§ 3).

CHAPITRE I. DELIMITATION DU SUJET ET ANALYSE DES PROBLEMES POSES

§ 1. - Définition

Le problème du changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat porte sur la possibilité de modifier ou de dissoudre la convention lorsque survient un changement de circonstances, non-imputable à la partie qui l'invoque et qui bouleverse l'économie du contrat.

§ 2. - Analyse des problèmes posés

1. Nature des circonstances. Caractéristique des circonstances : postériorité à la conclusion du contrat.

Les circonstances visées présentent les caractéristiques suivantes.

a) Les circonstances surviennent après la conclusion du contrat

Le problème du changement de circonstance concerne en premier lieu l'exécution du contrat. Il se distingue ainsi des institutions juridiques qui envisagent le déséquilibre originaire entre les prestations.

On pense, dans les systèmes juridiques qui la connaissent, à la lésion.

b) Par ailleurs, le bouleversement de l'économie contractuelle peut trouver sa cause dans des éléments de fait qui, bien qu'existant à la conclusion du contrat, n'ont été découverts qu'au cours de son exécution. L'hypothèse la plus fréquente est la découverte lors de la réalisation de la fondation d'une maison ou d'ouvrages souterrains, d'une nappe aquifère, d'anciennes fondations, etc..., dont personne ne pouvait soupçonner l'existence. En droit français, l'on parle de "sujétions imprévues".

2. Caractéristiques des circonstances et de leurs effets : non-imputabilité.

Il serait illogique et injuste d'accorder au débiteur le bénéfice d'une modification du contrat lorsque le changement radical des obligations contractuelles trouve son origine dans une faute qu'il a commise.

Mais cette solution, simple à prime abord, soulève plusieurs questions, à savoir :

- les circonstances doivent-elles être extérieures au contractant ? En d'autres termes, faut-il que les circonstances ne trouvent pas leur origine dans le fait du contractant ? Si tel était le cas, le gel pourrait entraîner l'application du bouleversement de l'économie contractuelle tandis que la maladie du contractant ne pourrait être retenue.
- si le bouleversement de l'économie contractuelle est dû, en majeure partie, à une circonstance non-imputable au contractant et, pour une part minime, à une circonstance qui lui est imputable, la théorie peut-elle trouver une application partielle ?

3. Caractéristiques des circonstances et de leurs effets : imprévisibilité.

Cette question est très délicate et se décompose en fait en une série de sous-questions, notamment :

- les circonstances doivent-elles être imprévisibles au moment de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution ?
- les circonstances doivent-elles être imprévisibles, c'est-à-dire qu'un homme raisonnable ne devait pas les prendre en considération en contractant ou doivent-elles être imprévues, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas été réellement prises en considération lors de la conclusion du contrat ?
- une circonstance prévue par le(s) contractant(s), assortie de conséquences imprévisibles, autorise-t-elle l'application du concept de bouleversement de l'économie contractuelle ? Plus particulièrement, la présence d'une clause envisageant les effets découlant de la survenance d'un événement, empêche-t-elle, en toutes hypothèses, l'application de ce concept si l'événement se produit ?
- l'imprévision ou l'imprévisibilité des circonstances est-elle une condition d'application essentielle de la théorie étudiée ou est-elle un simple facteur que le juge doit, certes, prendre en considération mais dont la présence n'est pas nécessairement requise pour appliquer la théorie étudiée ?
- les circonstances doivent-elles présenter un caractère extraordinaire, irrésistible ?

4. Effet des circonstances sur le contrat.

4.1. - Parmi les différents éléments constitutifs du bouleversement de l'économie contractuelle, le changement radical de l'obligation contractuelle assumée est sans doute la notion la plus difficile à cerner.

Ce critère peut épouser différentes formes, soit :

- l'aggravation sensible de la prestation ;
- le déséquilibre des prestations ;
- la perte d'intérêt d'une prestation ou du contrat.

A ces critères d'ordre objectif vient souvent s'adjoindre une donnée d'ordre normatif, notamment : l'abus de droit (il est abusif de réclamer au débiteur l'exécution du contrat dans de telles circonstances), la bonne foi ou l'équité.

4.2. - La théorie du bouleversement de l'économie contractuelle ne trouvera également pas application si le risque relatif au changement des circonstances doit être pris en charge par l'une des parties.

En contractant, les parties visent notamment à garantir l'exécution des obligations assumées par leur partenaire ; leur désir de sécurité serait déçu si le moindre changement de circonstances permettait une remise en cause des obligations librement assumées.

Les risques contractuels représentent précisément les charges ou conséquences que doit supporter un contractant ensuite du changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat.

5. Différents effets que le bouleversement de l'économie contractuelle est susceptible de produire.

Nous soulèverons notamment les questions suivantes :

- Le bouleversement de l'économie contractuelle entraîne-t-il une dissolution ou une modification du contrat ?

- Une éventuelle modification ou dissolution peut-elle être assortie de conditions ?
- Les effets juridiques peuvent-ils agir rétroactivement ?
- Qui peut proposer ou décider des mesures à prendre : le juge, la personne qui se prévaut de l'imprévision, son contractant, un tiers arbitre ou "régulateur" du contrat ?

CHAPITRE II. ETUDE DU DROIT POSITIF

L'on analysera successivement :

- le droit français (§ 1)
- le droit belge (§ 2)
- le droit allemand (§ 3)
- le droit anglais (§ 4)
- le droit italien (§ 5)
- le droit néerlandais (§ 6)
- le droit suisse (§ 7)

§ 1. - Le Droit français

1.1. - L'on y connaît la théorie de l'imprévision qui vise à "permettre la modification ou la suppression du contrat lorsque des événements imprévisibles bouleversent gravement les conditions de son exécution " (1).

Cette théorie n'est pas reconnue en droit civil français. Ainsi, une hausse sensible des coûts de production ensuite de la guerre mondiale ne donne pas droit, dans le chef du débiteur de la prestation, à une

(1) Voy. H.L.J. MAZEAUD, M. de JUGLART et F. CHABAS, Leçons de droit civil, 1978, t. II ; 1978, n° 734, pp. 685 et 686.

révision du prix (1). Lorsque l'érosion monétaire rend dérisoire le prix de vente convenu pour la fourniture de certains biens, la jurisprudence refuse d'aménager le prix en fonction des circonstances nouvelles (2).

La convention tient lieu de loi pour les parties qui l'ont conclue et le juge ne peut modifier unilatéralement les termes de celle-ci.

Certains auteurs ont critiqué l'attitude rigide de la jurisprudence, en affirmant notamment que l'équité et la bonne foi, ou la fonction sociale du contrat, autorisent le juge à s'écarter des dispositions d'une convention présentant un déséquilibre considérable à la suite de circonstances imprévisibles.

La théorie de l'imprévision a cependant été consacrée soit dans certaines législations temporaires prises dans des circonstances exceptionnelles comme la première guerre mondiale (Loi Failliot), soit dans des législations organisant les contrats particuliers à long terme comme les baux commerciaux.

Contrairement au droit civil, le droit administratif reconnaît la théorie de l'imprévision.

C'est, en 1916, dans le célèbre arrêt Compagnie du Gaz de Bordeaux que le Conseil d'Etat a admis cette théorie (3). La juridiction administrative suprême reconnut le droit du concessionnaire à une indemnité lorsque la hausse imprévisible du prix du charbon survenue au cours de la guerre bouleversait l'économie du contrat, rendant excessive l'application pure et simple du prix de l'énergie déterminé par le cahier des charges.

La continuité du service public (4) constitue le fondement de l'imprévision en droit administratif.

(1) Voy. not. Cass. civ., 4 août 1915, S., 1916, 1, p. 17 et note A. WAHL ; Cass. civ., 10 mars 1919, S., 1920, 1, p. 105 et note E. NAQUET ; Cass. civ., 6 juin 1921, D., 1921, 1, p. 73 (cassant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, 8 juillet 1920, D., 1920, 2, p. 105) ; S., 1921, 1, p. 193 et note L. HUGUENEY ; Cass. req., 27 novembre 1923 et 28 janvier 1924, D., 1925, 1, p. 60 (3e et 4e espèces) ; Cass. comm., 18 janvier 1950, D., 1950, 1, p. 227.

(2) Ibid.

(3) Cons. d'Etat, 30 mars 1916, Dalloz, 1916, III, p. 25.

(4) C'est le fondement original de la théorie en droit administratif qui explique pourquoi celle-ci n'a jamais été transposée en droit civil.

Les variations des circonstances économiques qui pouvaient entrer dans le champ de prévision des parties, en contractant, ne peuvent donner lieu à l'application de la théorie. Ces variations doivent dépasser l'aléa contractuel normal et aggraver de manière considérable et imprévisible la prestation du contractant de l'administration.

Ces quelques lignes permettent de faire ressortir les traits fondamentaux de la théorie de l'imprévision :

- la théorie suppose un déséquilibre objectif des prestations : il s'agit de comparer les valeurs respectives des prestations à la conclusion du contrat d'une part et après le changement de circonstances d'autre part.

Ainsi, dans l'arrêt Gaz de Bordeaux, le prix fixé par le contrat était déterminé en fonction du coût de la fourniture d'énergie et de ses variations telles qu'elles pouvaient être envisagées à la conclusion du contrat. L'on rapprocha le nouveau coût de production engendré par la hausse du prix du charbon avec l'ancien pour apprécier le caractère anormal des variations de circonstances et l'on compara le prix contractuel avec les coûts de production nouveaux pour déterminer la présence d'un bouleversement de l'économie contractuelle.

Une augmentation des charges de 15 à 20 % pourra donner lieu à l'application de l'imprévision (1).

(1) Voy. not. circulaire du 20 novembre 1963, art. 4.12.1. aux termes duquel le bouleversement de l'économie contractuelle suppose que les charges extra-contractuelles atteignent le quinzième du montant initial du marché.

- Le bouleversement de l'économie contractuelle caractérisé par le déséquilibre objectif des prestations doit rendre l'exécution du contrat beaucoup plus onéreuse pour le débiteur de la prestation. L'application de la théorie suppose un préjudice financier.

- Une fois déterminé le seuil à partir duquel l'imprévision est admise, l'on procède à une adaptation des charges en équité.

Une partie du déficit, variant généralement entre 5 % et 10 %, reste à charge du contractant de l'Administration (1).

1.2. - Le droit français connaît également le concept de caducité du contrat qui s'applique lorsqu'un élément essentiel du contrat vient à disparaître après sa conclusion.

Celui-ci a fait l'objet de quelques rares et intéressantes applications en matière de bouleversement de l'économie contractuelle. En cours d'exécution d'un contrat portant sur des fournitures d'énergie, l'indice de variation de prix auquel s'étaient référées les parties fut remplacé par d'autres indices. L'existence de l'indice originaire constituait un élément essentiel pour les parties et il était impossible de lui substituer l'un des nouveaux indices. Le prix n'étant plus déterminable, la jurisprudence considéra le contrat comme caduc (2) (3).

(1) A. de LAUBADERE, Traité de droit administratif, tome III, 1956, pp. 127 à 129.

(2) Voy. Cass. comm., 30 juin 1980, D., 1981, I.R., p. 108 ; Cass. civ., 29 juin 1981, J.C.P., 1981, IV, p. 339.

(3) Le rapprochement de l'imprévision et de la caducité montre le caractère complexe du phénomène du bouleversement de l'économie contractuelle. Une brève comparaison entre l'application de ces deux concepts permettra peut-être de mieux comprendre cette complexité.

- La caducité n'est pas un concept s'appliquant essentiellement en cas de changement de circonstances. Son application ne requiert ni un changement extraordinaire et imprévisible des circonstances, ni un déséquilibre des prestations, ni un alourdissement considérable de l'exécution du contrat. Elle s'applique lorsque vient à disparaître un élément essentiel du contrat, rendant impossible toute poursuite de l'exécution de celui-ci.
- La caducité ne pourrait donc avoir pour effet une révision du contrat alors que l'imprévision, à tout le moins en droit administratif, suppose la poursuite des relations contractuelles.

1.3. - D'autres concepts étrangers au bouleversement de l'économie contractuelle, mais interprétés parfois de manière extensive, ont été appliqués occasionnellement dans des hypothèses visées par le bouleversement de l'économie contractuelle (1). L'on peut citer comme exemple la dépréciation monétaire survenue à l'occasion de la guerre entre la conclusion d'une promesse de vente avec option d'achat et la levée de cette option. La jurisprudence a prononcé la rescision de la vente sur la base des articles 1674 et suivants du Code civil relatifs à la lésion en matière d'immeubles lorsque le prix originaire était inférieur au sept-douzième de la valeur de l'immeuble à la levée de l'option (2) ; c'est à ce moment en effet, précise la jurisprudence, que la vente est parfaite et que, partant, s'apprécie la lésion (2).

Le problème du bouleversement de l'économie contractuelle reste donc inexploré en droit français puisque, hormis la théorie de l'imprévision admise en droit administratif, aucun concept ne vient organiser celui-ci.

§ 2.- Droit belge

En l'absence d'une juridiction administrative séparée de l'ordre judiciaire, l'imprévision n'y est même pas reconnue en droit administratif. Palliant

(1) Voy. D.M. PHILIPPE, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, 1986, pp. 107 et sv.

(2) Voy. not. Cass. req., 19 avril 1926, S., 1926, I, p. 128 ; voy. déjà Cass. civ., 14 novembre 1921, D., 1921, 1, p. 34 ; 21 novembre 1949, J.C.P., 1950, II, 5255 et note CAVAROC.

cette lacune, le cahier général des charges de l'Etat reconnaît, en son article 16, § 2, le droit de l'entrepreneur à une révision du contrat lorsque surviennent des circonstances imprévisibles et inévitables lui causant un préjudice important.

§ 3. - Droit allemand

3.1. - Celui-ci connaît un concept large et complexe, le "Wegfall der Geschäftsgrundlage" qui permet, en cas de disparition de la base contractuelle, de modifier les obligations des parties contractantes ou, parfois, de dissoudre le contrat.

Plusieurs applications récentes de la Geschäftsgrundlage portaient sur la vente d'un terrain considéré comme constructible par les contractants mais pour lequel l'administration refusa d'octroyer un permis de bâtir postérieurement à la conclusion du contrat (1). La jurisprudence considère que l'acheteur supporte en principe le risque relatif à la possibilité de bâtir sur le terrain vendu ; ce principe souffrira exception, poursuit-elle, si la volonté des parties s'est construite sur la base des attentes de l'une d'entre elles ; cette condition se vérifie par exemple lorsque le vendeur a présenté le terrain comme une parcelle à bâtir, lorsque le prix est équivalent à celui d'un terrain constructible, lorsque le texte du contrat fait état d'un plan d'aménagement du territoire en projet et de l'intention des acheteurs de construire sur la parcelle vendue (2).

Evoquons maintenant une seconde application possible de la Geschäftsgrundlage. Entre la vente et la livraison d'un bien est levé un impôt qui augmente substantiellement les charges du vendeur. La jurisprudence

(1) Voy. not. B.G.H., 26 oct. 1979, N.J.W., 1980, p. 1537 ; voy. les autres références citées sous ch. III, n° 1.3.3.1., p. 334.

(2) B.G.H., 15 oct. 1976, J.Z., 1977, p. 177.

actuelle (1) ne permettra l'application de la Geschäftsgrundlage que si le maintien de la stabilité fiscale a réellement constitué la base sur laquelle la volonté des parties s'est formée.

3.2. - Quelles sont les principales conditions d'application de la théorie ? Trois éléments paraissent essentiels :

- la circonstance qui est modifiée constitue la Geschäftsgrundlage ;
- le changement de circonstances n'est pas inclus dans la sphère de risque du débiteur de la prestation ;
- l'exécution de la prestation ne peut plus, selon la bonne foi, être exigée du débiteur.

3.2.1. - De nombreux auteurs se sont attachés à définir la base contractuelle (Wegfall der Geschäftsgrundlage). A la suite du père de la doctrine, Paul Oertmann, la jurisprudence définit la Geschäftsgrundlage comme la représentation de circonstances commune aux deux parties contractantes ou propre à l'une des parties mais reconnaissable et non contestée par le cocontractant (2).

En droitsfrançais et belge, l'économie contractuelle est souvent considérée comme l'équilibre entre les prestations. A notre connaissance, aucune analyse approfondie de la notion n'a été effectuée. L'approche plus subjective et plus approfondie du concept de droit allemand donne donc un éclairage nouveau au problème.

(1) Voy. sur l'évolution jurisprudentielle, D. PHILIPPE, op. cit., ch. III, n° 4.2.5.2., p. 326.

(2) Voy. D. PHILIPPE, op. cit., ch. III, spéc. n° 1.3.3.1., p. 261.

3.2.2. - Pour définir la Geschäftsgrundlage, ou fondement contractuel, il faut l'étudier en rapport avec la notion de risque et celle d'interprétation du contrat (en droit allemand : ergänzende Auslegung).

Comme en droits français et belge, l'on considère que les variations de circonstances et, partant, les charges nouvelles affectant l'exécution d'une prestation contractuelle font partie de l'aléa, ou risque, du contractant.

Outre par cette règle de base, la répartition des risques est définie par les clauses contractuelles, l'interprétation de la convention, la nature du contrat (contrat spéculatif ...) et les dispositions légales (1).

Lorsque le contrat attribue le risque relatif à un changement de circonstances à l'une des parties, la théorie de la Geschäftsgrundlage ne trouve pas application.

Ainsi, en cas de vente d'un "Bauerwartungsland", contrat de nature spéculative, l'acheteur, même s'il paie un prix élevé, équivalent à celui d'un terrain à bâtir, doit normalement supporter le risque portant sur le refus de délivrer le permis de bâtir s'il ne réussit pas à prévoir dans la convention une clause érigeant en condition la constructibilité du terrain. Les juridictions de fond avaient considéré la constructibilité comme la Geschäftsgrundlage du contrat. La Cour suprême censura ces décisions qui avaient omis d'analyser la répartition des risques résultant notamment de la nature du contrat (2).

(1) Voy. not. I. KOLLER; Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München, 1979.

(2) B.G.H., 1 juillet 1979, N.J.W., 1979, p. 1818 ; voy. le résumé et le commentaire de cet arrêt par V. EMMERICH, Juristische Schulung, 1979, pp. 902 à 903.

Les relations entre la Geschäftsgrundlage et le risque sont floues en droit allemand et, plus particulièrement, les relations entre la Geschäftsgrundlage et l'ergänzende Auslegung, ou interprétation "complétive". Le Bundesgerichtshof a rappelé récemment la définition de ce concept (1) : "L'application de l'interprétation complétive est permise lorsque la convention des parties est muette sur un point qui devait être réglé. Le motif pour lequel cet aspect des choses n'a pas été envisagé est indifférent : soit que les parties aient consciemment renoncé à régler la question, soit que cette "lacune" ait existé dès le départ ou qu'elle soit seulement apparue postérieurement à la suite de l'évolution des circonstances. Lorsqu'il faut compléter le contenu du contrat, il faut se référer à ce que les parties auraient convenu dans une détermination adéquate de leurs intérêts respectifs, en vertu de la bonne foi, et comme partenaires raisonnables."

La théorie de la Geschäftsgrundlage ne trouvera pas application si la lacune du contrat peut être complétée à partir de l'"ergänzende Auslegung" (2).

(1) B.G.H., 29 avril 1982, D.B., 1982, pp. 2031 et 2032.

(2) Ibid.

3.2.3.. - Le droit allemand fonde l'application de la Geschäftsgrundlage sur la bonne foi. En droit administratif français, la continuité du service public constitue le fondement juridique premier de l'imprévision ; en droit civil allemand, la bonne foi possède une acceptation moins restrictive que dans notre droit et permet, dans certaines circonstances exceptionnelles, de déroger aux clauses du contrat.

S'agissant de la Geschäftsgrundlage, l'on considère que le créancier ne peut plus exiger l'exécution de la prestation lorsque, selon l'équité, celle-ci est devenue insupportable pour le débiteur. L'"Unzumutbarkeit" constitue en fait le critère décisif d'application de la Geschäftsgrundlage. Plusieurs décisions récentes ont refusé toute modification du contrat au seul motif que la prestation était toujours Zumutbar (1).

L'application de la Geschäftsgrundlage sera donc généralement conforme à l'équité ; cependant, ce critère d'Unzumutbarkeit laisse une grande liberté au juge et, partant, rend difficilement prévisible l'issue du litige.

(1) B.G.H., 8 février 1978, Juristenzeitung, 1978, p. 235 ; 19 avril 1978, Neue Juristische Wochenschrift, 1978, p. 2390 ; 29 avril 1982, Der Betrieb, 1982, pp. 2031 et 2032.

3.2.4. - L'on sait que l'imprévision suppose un changement extraordinaire et imprévisible des circonstances. Les développements qui précèdent ont déjà permis de déduire que cette condition n'était pas requise en droit allemand.

Ainsi, la non-délivrance d'un permis de bâtir est prévisible lors de la conclusion de la vente. Cependant, les parties étaient tellement convaincues du caractère constructible du terrain qu'elles n'ont pas estimé nécessaire de prévoir un régime juridique pour le cas où le permis ne serait pas octroyé.

La prévisibilité des circonstances et de leurs effets est considérée non comme une condition d'application du concept, mais comme un indice d'attribution du risque.

Cette solution, on le verra, est admise dans d'autres systèmes juridiques (frustration en droit anglais ; présupposition en droit italien ; erreur sur les circonstances futures en droit suisse).

3.2.5. - Il nous semble utile de souligner dans cette synthèse que le déséquilibre très marqué des prestations n'est pas à lui seul suffisant pour permettre l'application de la Geschäftsgrundlage.

Un récent arrêt du Bundesgerichtshof en fournit une intéressante illustration (1). La Cour d'appel avait autorisé l'augmentation du prix fixé dans un contrat de fourniture d'eau conclu en 1901.

La Cour suprême censura l'arrêt en ce qu'il avait pris en considération dans l'application de la Geschäftsgrundlage l'augmentation des coûts de production de l'eau et la profonde discordance entre les coûts actuels et le prix fixé à l'époque.

(1) B.G.H., 4 oct. 1978, M.D.R., 1979, p. 490 ; L.M., § 242 (Bb), B.G.B., n° 94.

Si la théorie de l'imprévision et la Geschäftsgrundlage régissent toutes deux le changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat, la première vise un simple déséquilibre objectif des prestations, la seconde la disparition d'éléments que les parties ont réellement tenus pour présents à la conclusion du contrat et qui en formaient la base.

L'application de la Geschäftsgrundlage suppose nécessairement une recherche de la volonté des parties à la conclusion du contrat ; le rapport entre l'imprévision et la formation du contrat est beaucoup plus tenu.

3.3. - Les effets juridiques du Wegfall des Geschäftsgrundlage consisteront en une adaptation du contrat ; la dissolution de celui-ci sera prononcée si l'exécution du contrat a perdu toute raison d'être . . . Le juge devra revoir le contrat en se référant à l'équité. Aussi bien en droit administratif français qu'en droit allemand et en droit italien, l'adaptation du contrat ne se fera pas principalement en veillant à maintenir l'économie contractuelle originaire ou en veillant à laisser à charge du débiteur de la prestation le risque contractuel assumé mais en se référant à l'équité.

Alors que les prérogatives du juge se limitent, en droit administratif français, à évaluer une indemnité, le juge allemand peut modifier de manière sensible les prestations contractuelles.

A notre connaissance, le principe même de la révision du contrat par le juge ne pose pas de problèmes en droit allemand.

§ 4. - Droit anglais

4.1. - Le système juridique reconnaît la théorie de frustration en vertu de laquelle l'obligation contractuelle n'est plus susceptible d'exécution lorsque les circonstances dans lesquelles elle devrait être exécutée, la rendraient radicalement différente de l'obligation assumée en contractant (1).

L'application de la théorie procède de la "construction" du contrat, c'est-à-dire la détermination des effets du contrat à partir du texte de la convention, des circonstances intrinsèques et de la nature du contrat. Ensuite, le contrat ainsi "reconstruit" est analysé à la lumière des circonstances nouvelles. Comparant le contrat à exécuter avant et après le changement de circonstances, le juge détermine alors si les obligations contractuelles ont subi une modification radicale.

4.2. - Bon nombre des remarques formulées à propos du Wegfall der Geschäftsgrundlage pourraient être reproduites dans l'étude de la frustration. Ainsi en est-il des considérations relatives au risque, à l'imprévisibilité des circonstances qui n'est qu'un indice et non une condition d'application du concept, au déséquilibre des prestations qui, comme en droit allemand, ne permet pas l'application du concept.

Comme en droit allemand, le juge procède à une analyse minutieuse des circonstances extrinsèques, du texte et de la nature de la convention pour donner à l'obligation contractuelle sa véritable dimension.

(1) Voy. Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council A.C., 1956, pp. 696 et s., spéc. p. 729.

Il apprécie si cette obligation a perdu son identité en vérifiant si le changement de circonstances n'avait pas été intégré dans le risque contractuel.

Comme en droit allemand, la frustration se distingue parfois difficilement de concepts basés sur l'interprétation du contrat. Une affaire soumise récemment à la Cour d'appel anglaise portait sur la révision du prix de la fourniture d'eau fixé dans un contrat conclu en 1929 "at all time hereafter" (1).

Le premier juge considéra que l'engagement de fournir l'eau au prix fixé par la convention était perpétuel.

La Cour d'appel énonça pour sa part que le contrat était résiliable moyennant le respect d'un préavis raisonnable. Lord Denning M.R. fonda sa décision sur la frustration ; les autres juges de la Cour, plus proches du droit en vigueur, déduisirent des circonstances précédant la conclusion du contrat et du texte de celui-ci, l'existence d'un implied term autorisant la résiliation du contrat.

Lord Denning M.R. s'est attaché au profond changement de circonstances et à son effet sur l'ensemble du contrat. Les autres juges se sont arrêtés sur l'interprétation d'une clause particulière (2).

(1) Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co., 3 All.E.R., 1978, pp. 769 et sv.

(2) Comme le souligne le professeur Furmston (Cheshire and Fifoot's On contracts, 1981, pp. 498 et 520), cette solution ne manque pas d'audace ; en 1940, le juge n'aurait pas admis cette possibilité de résiliation ; comment alors déterminer le moment où le juge a pu considérer cette condition comme faisant partie intégrante du contrat ?

4.3. - A côté de ces points de ressemblance, la frustration et la Geschäftsgrundlage diffèrent sur plusieurs points.

4.3.1. Le fondement même de ces deux théories est différent. La Geschäftsgrundlage est basée sur la bonne foi et l'Unzumutbarkeit constitue un critère d'application de la théorie. La théorie de la frustration trouve son fondement dans sa définition : si l'obligation a perdu son identité, elle n'est pas susceptible d'exécution.

4.3.2. La frustration possède un champ d'application différent de la Geschäftsgrundlage.

La Geschäftsgrundlage vise la discordance entre la base contractuelle et le contenu du contrat soit telle que présente à la conclusion du contrat, soit telle que résultant des circonstances postérieures à celle-ci. La Geschäftsgrundlage constitue une ultima ratio et fait l'objet d'applications strictes.

La frustration vise aussi bien l'impossibility of performance appréhendée dans notre droit par la force majeure que la frustration of purpose dont les coronation cases constituent d'excellents exemples d'application (1).

Les applications du concept sont rigoureuses et à notre avis liées, dans le droit des affaires, aux usages et prin-

(1) Les coronation cases portaient sur le sort des contrats conclus à l'occasion du couronnement du roi Edouard VII ; à la suite de la maladie du roi, le couronnement fut différé ; la personne qui avait loué un balcon sur la route du cortège était-elle encore tenue au paiement du loyer ? (Voy. Krell v. Henry, (1903), 2 K.B., p. 740 ; comp. Herne Bay Steam Boat Co v. Hutton (1903), 2 K.B., p. 683).

cipes en vigueur dans ces milieux. En outre, les cases ont une definitely maritime flavour (1). Dans ses applications premières, la frustration permettait à l'affrèteur de se dégager des engagements contractés dans la charte-partie à l'égard du propriétaire lorsque, par suite d'une impossibilité d'exécution ou tout autre raison dans le chef de ce dernier, l'objet du "voyage" projeté apparaissait comme définitivement compromis. La notion d'inordinate delay (retard anormal) se retrouve encore fréquemment dans les applications de la frustration.

4.3.3. Au niveau des effets, la frustration possède une originalité certaine non seulement à l'égard de la Geschäftsgrundlage, mais aussi à l'égard des autres concepts organisant le bouleversement de l'économie contractuelle.

La seule présence de la frustration entraîne la dissolution automatique et immédiate du contrat. Non seulement l'intervention du juge n'est pas requise, mais celui-ci ne pourrait modifier le contrat ; il doit se limiter à constater que la frustration a sorti ses effets à partir de tel moment.

Fait assez paradoxal, la common law est le seul système juridique qui ait réglé par voie législative les conséquences patrimoniales de la frustration dans le chef des contractants (2). La loi prescrit des règles assez similaires à celles applicables en matière d'annulation du contrat en droit français et belge basées sur l'enrichissement sans cause.

(1) A. Mc NAIR, Legal Effects of War, p. 86.

(2) Cette loi Law Reform (Frustrated Contracts) 1943 se justifie par les solutions inéquitables qu'engendrait une application jurisprudentielle trop stricte de la théorie.

4.4. - La frustration est reconnue dans les autres droits de la common law. Le droit américain distingue nettement à l'intérieur de la même problématique l'impossibility of performance et la frustration of purpose ; il permet en outre l'adaptation du contrat en cas d'impracticability of performance qui s'applique par exemple à la pénurie extrême de matières premières ou du décès de la personne nécessaire à l'exécution du contrat (1).

Le droit américain est donc plus clair que le droit anglais ; en outre, le raisonnement des juristes américains est fort inspiré par des critères économiques (2).

-
- (1) Voy. not. A. CORBIN, On Contracts, vol. 6, ch. 74 à 78, § 1320 à § 1372 ; Frustration of contracts in the United States, Journal of Comparative Legislation, vol. 28, pp. 1 et s. ; A. LUDEWITZ, op. cit., p. 448. Voy. pour une brève étude comparée de la jurisprudence allemande, anglaise et américaine en cette matière, E. SCHUBATH, Wegfall der Geschäftsgrundlage und doctrine of frustration, J.R., 1958, pp. 214 et s. : voy. pour un aperçu des jurisprudences anglaise et américaine, P. HAY, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht, A.c.P., 1964, Bd 164, pp. 231 et s. ; G.J. WEBBER, Frustration of contract, Current Legal Problems, 1951, vol. 4, pp. 283 et s.
- (2) Voy. not. Stephen S. ASHLEY, The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility, loc. cit. ; Robert L. BIRMINGHAM, A second look at the Suez case, Excuse for non performance of contractual obligations in the light of economic theory, loc. cit. ; R.A. POSNER et A.M. ROSENFELD, Impossibility and related doctrines in contract law : an economic analysis, loc. cit.

§ 5. Le Droit italien

Ce droit distingue deux concepts régissant le changement de circonstances. Le premier l'eccessiva onerosità, est consacré par la loi et se rapproche de l'imprévision. Le second, la presupposizione est d'origine jurisprudentielle ; inspiré du droit allemand, il s'apparente à la Geschäftsgrundlage.

5.1. - Eccessiva onerosità

5.1.1. L'article 1467 du Code civil italien permet la révision ou la résolution des contrats à exécution périodique ou continue lorsque la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse ensuite de la survenance de circonstances extraordinaires et imprévisibles.

L'eccessiva onerosità, précise l'article 1467, alinéa 2, du Code civil, ne peut être prise en considération lorsqu'elle rentre dans l'aléa normal du contrat.

Ce concept présente des conditions d'application identiques à l'imprévision du droit administratif français à savoir :

- contrat à exécution différée ;
- événements extraordinaires et imprévisibles ;
- charges contractuelles excessives ;
- dépassement du risque contractuel normal.

5.1.2. Comme en droit administratif français, le concept fait l'objet d'applications larges. Ainsi, il a été jugé que la dépréciation monétaire survenue en 1973 et dans les années subséquentes - le pourcentage annuel de la dépréciation était passé de 7,45 % en 1972 à 21,4 % en 1973, pour se maintenir entre 15 % et 20 % dans les années suivantes, constituait

lors de la conclusion d'une promesse de vente conclue en janvier 1972, un événement extraordinaire et imprévisible (1). A notre connaissance, seule la jurisprudence italienne fait application de l'eccessiva onerosità dans les contrats perpétuels ou à très long terme (2).

Si la nature du contrat administratif justifie une interprétation moins sévère des conditions d'application, l'on peut se demander si une application large de l'eccessiva onerosità n'est pas de nature à mettre en péril la sécurité des affaires.

5.1.3. Après avoir étudié les traits de ressemblance entre l'imprévision du droit administratif français et l'eccessiva onerosità, il échet de s'arrêter sur les caractéristiques originales de ce dernier concept.

Tout d'abord, l'eccessiva onerosità a été consacrée par une disposition légale.

Les relations entre l'eccessiva onerosità - en tant qu'élément d'application du concept - et l'aléa contractuel sont aussi floues que celles entre le Wegfall der Geschäftsgrundlage et le risque en droit allemand. La jurisprudence italienne ne permet pas de dégager de critères précis ; l'on peut seulement affirmer que l'eccessiva onerosità permet d'apprécier de

(1) L'Aquila, 19 déc. 1978 - 10 janv. 1979, confirmé par Cass., 4 nov. 1980, n° 5905, loc. cit. :

(2) Cass., 13 mars 1950, n° 649, Giur. it., 1950, c. 852 .

manière globale l'alourdissement des charges contractuelles en se référant également aux variations de la contre-prestation ; par contre, la notion de risque porte sur le degré d'aggravation de la charge évalué en fonction de la nature du contrat (1).

Une étude de la doctrine révèle mieux encore les interprétations multiples auxquelles est sujet le texte légal.

Ainsi, Gambino préconise le recours d'une part à un paramètre monétaire pour évaluer l'onérosité excessive et d'autre part, à un examen qualitatif et global de l'économie contractuelle pour apprécier le risque. Par contre, Turnaturi propose la solution inverse ... (2).

5.2. - Presupposizione

5.2.1. La Cour de cassation italienne fait application de la presupposizione "lorsqu'une situation de fait déterminée - qui est commune aux deux contractants, dont la survenance est indépendante de la volonté des parties et prend donc un caractère objectif que l'on peut déduire du contexte du contrat et que les parties ont tenu pour présentes sans y faire explicitement référence, de manière à former le présumé du contrat conclu - se révèle finalement distincte de celle qui était présumée" (3).

(1) Ainsi, une aggravation des charges inférieure à 10 % est censée rentrer dans l'aléa normal d'un contrat de vente portant sur une habitation à construire (Trib. Turin, 14 déc. 1979, loc. cit. ; voy. aussi art. 1664 du Code civil).

(2) Voy. D. PHILIPPE, op. cit., ch. 1.

(3) Trad. libre. Voy. not. Cass., 14 juin 1974, n° 191, Rep. Foro it., 1974, v° Obbligazioni e contratti, n° 174.

5.2.2. Les Italiens ont en quelque sorte introduit la Geschäftsgrundlage dans leur droit, tout en procédant à des applications plus larges.

La définition donnée par la Cour de cassation italienne est plus précise que celle du Bundesgerichtshof. Cependant, elle est, à certains égards, moins exacte ; ainsi, la définition oublie que les circonstances présumées constituent souvent un élément ayant déterminé l'une des parties à contracter (et non les deux contractants), cette situation ayant été portée à la connaissance du cocontractant et non contestée par lui.

Cependant, le terme "présupposé" est peut-être plus révélateur que "fondement du contrat" ; en outre, la définition de la Cour de cassation italienne montre avec raison que le présupposé "soutend" en quelque sorte le contrat et qu'il ne peut résulter de la seule interprétation d'un contrat qui est muet sur ce point (1).

Plusieurs auteurs ont critiqué la presupposizione qui, en théorie, est basée sur la volonté des parties alors qu'en fait, elle est déterminée à partir d'éléments objectifs (2). Les problèmes appréhendés par la presupposizione devraient, selon ces auteurs, être résolus sur la base de l'integrazione ; celle-ci permet à partir des lois, usages et de l'équité, non pas de modifier ce contrat aux fins d'en compléter les lacunes, mais de lui attribuer tous les effets qui découlent de la volonté des parties (3). L'intégration a donc un rôle plus large que l'interprétation.

(1) Les termes "condition non développée" utilisés par le père de la présupposition, le professeur allemand Windscheid, sont très parlants.

(2) Voy. not. M. BESSONE, Rischio e adempimento contrattuale .

(3) Cass. civ. it., 14 oct. 1972, Giur. it., 1974, I, 1, c. 814.

L'on a déjà évoqué le fondement assez déroutant de la présupposition, à savoir l'article 1467 du Code civil italien qui consacre l'eccessiva onerosità. Certes, les deux concepts organisent le bouleversement de l'économie contractuelle, mais sont assortis de conditions d'application différentes ; la Cour de cassation a voulu sans doute montrer qu'il était difficile de séparer totalement les deux facettes du bouleversement de l'économie contractuelle. D'ailleurs, lorsqu'elle vérifie la présence de la présupposition, la Cour de cassation étudie si les conditions d'application de l'article 1467 du Code civil sont réunies lorsque celles-ci ne sont pas en contradiction avec le concept de présupposition. Ainsi, dans un important arrêt du 17 mai 1976 (1), la Cour de cassation a considéré que la constructibilité d'un terrain constituait la présupposition du contrat de vente ; ensuite, la Cour analysa si l'acheteur n'avait pas assumé le risque découlant de la discordance entre la situation réelle et la situation présumée. L'acheteur, observa-t-elle, n'avait pas pris en charge le changement immédiat de la situation présumée, mais l'arrêt entrepris ne permettait pas d'étendre cette conclusion aux modifications à intervenir dans un avenir plus éloigné. La Cour renvoya l'affaire aux juridictions de fond aux fins de trancher ce dernier point.

L'on constate donc que la présupposition du droit italien diffère à plus d'un point de vue de la Geschäftsgrundlage : fondement différent et, partant, conditions d'application distinctes (risque), applications plus larges en droit italien où l'integrazione, à l'inverse de l'ergänzende Auslegung en droit allemand, n'entre pas tellement en conflit avec la présupposition, du moins au niveau jurisprudentiel.

Les effets de la présupposition diffèrent aussi quelque peu de ceux de la Geschäftsgrundlage. La dissolution ou résolution est la

(1) Riv. dir. comm., 1977, pp. 341 et s.

conséquence juridique normale et non pas la révision de contrat ; cependant, celle-ci n'est pas exclue comme en témoigne la décision suivante du tribunal de Camerino (1). La possibilité d'accès à la voie carrossable constituait, selon le tribunal, la présupposition de la vente d'un terrain ; comme celui-ci était encloué à la suite de l'interdiction émise par l'autorité publique d'accéder directement à la voie publique à partir du fonds vendu, le tribunal octroya à l'acheteur un droit à une servitude de passage gratuite sur le fonds voisin, resté propriété du vendeur. Cette servitude lui permettait alors d'accéder à la voie publique.

§ 6. - Droit néerlandais

Le Nouveau Code néerlandais (N.B.W.) reconnaît l'imprévision dans un article 6.5.3.11.

Ce Code va entrer très prochainement en vigueur. Cependant, l'étude du droit actuel n'est pas dépourvue d'intérêt. En effet, la législation relative aux obligations étant pour ainsi dire identique à celle du Code Napoléon, il est utile de montrer les interprétations divergentes qui sont données aux textes.

Ainsi, l'article qui prescrit l'exécution de bonne foi des conventions, identique à l'article 1134, alinéa 3, de notre Code civil, permet non seulement de compléter les obligations du contrat mais également d'y déroger (2). Des clauses d'exonération de responsabilité sont restées sans effet parce que, dans les circonstances de l'espèce, leur application était contraire à la bonne foi (3).

(1) Trib. Camerino, 10 mai 1966, Foro it., 1966, I, c. 1414-1419.

(2) Voy. not. H.R., 19 mai 1967, Nederlandse Jurisprudentie (ci-après N.J.), 1967, n° 267, obs. G.J.S. ; H.R., 14 décembre 1973, N.J., 1974, n. 127, obs. C.J.S. ; H.R., 20 février 1976, N.J., 1976, n. 486, obs. G.J.S. ; D. PHILIPPE, op. cit., ch. VI, n. 1.1.5.1., pp. 494 et s.

(3) H.R., 20 février 1976, loc. cit.

L'on retrouve en droit néerlandais un concept voisin de l'ergänzende Auslegung, ou de l'integrazione, à savoir l'interprétation normative (normatieve uitleg).

Alors que la jurisprudence et la doctrine néerlandaises consacrent d'importants développements soit à l'exécution de bonne foi, soit à l'interprétation normative, soit à l'imprévision, les droits français et belge ne connaissent pas l'interprétation normative, ne reconnaissent pas l'imprévision ou tout autre concept organisant le bouleversement de l'économie contractuelle, et n'accordent qu'un rôle limité à l'exécution de bonne foi. Il n'est dès lors pas étonnant que la jurisprudence française et belge applique de manière parfois trop extensive des concepts comme l'interprétation du contrat.

Le nouveau Code, empreint des principes de la bonne foi (redelijkheid en billijkheid), reconnaît de manière générale l'imprévision. L'article 6.5.3.11. N.B.W. permet au juge de modifier ou dissoudre le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues de nature telle que le cocontractant ne peut s'attendre, selon les critères de raison et d'équité, au maintien inchangé du contrat.

Cette disposition montre une fois de plus les faiblesses des solutions légales qui figent le concept. Le terme imprévu n'est pas adéquat ; ainsi, les travaux préparatoires prévoient l'application de l'imprévision en cas de guerre, prévisible et prévue par une mais non par les deux parties. Les travaux préparatoires prévoient une application très large du concept ; ils évoquent plusieurs exemples tirés de la jurisprudence allemande des années cinquante, hypothèses dans lesquelles cette jurisprudence soit ne ferait plus application de la Geschäftsgrundlage eu égard à l'inter-

prétation plus stricte de la notion de risque soit ferait application d'un autre concept comme la bonne foi. Ainsi, les travaux préparatoires prévoient l'application du texte légal au déséquilibre des prestations ; il permet la révision du contrat portant sur la vente de fournitures en cas d'évolution technologique alors que celle-ci est généralement incluse dans le risque contractuel en droit allemand ; les travaux préparatoires citent aussi l'exemple de la révision d'une pension allouée à un administrateur par une firme alors que, avant l'introduction des dispositions légales de 1974, cette révision était octroyée directement sur la base de la Unzumutbarkeit sans référence au Wegfall der Geschäftsgrundlage (1).

Ceci étant, il est très significatif que le droit néerlandais dont l'influence sur la doctrine et jurisprudence flamande est grandissante, consacre par une disposition légale le concept du bouleversement de l'économie contractuelle.

§ 7.- Droit suisse

Celui-ci reconnaît la théorie de l'imprévision et, de manière hésitante, l'erreur sur les circonstances futures. En outre, il connaît le "complètement" du contrat.

Le Tribunal fédéral suisse autorise l'intervention du juge dans le contrat en présence d'"un déséquilibre des prestations engendré par un changement extraordinaire des circonstances tel que le partage des risques déterminé par le contrat n'est plus supportable pour l'une des parties et que la persistance du cocontractant dans la volonté de faire valoir ses droits est, eu égard aux circonstances de l'espèce, abusive" (2).

(1) Voy. D. PHILIPPE, op. cit., ch. III, n° 2.6.2.

(2) Trib. féd., 26 sept. 1974, A.T.F., 1974, vol. 100, pp. 345 et s., spéc. cons. 2, p. 349.

Comme en droit néerlandais notamment, l'imprévision est fondée sur la bonne foi. Comme en droit allemand et néerlandais intervient la notion d'Unzumutbarkeit absente dans le concept d'imprévision appliqué en droit italien et en droit administratif français.

La notion de risque contractuel fait l'objet d'une appréciation plus sévère qu'en droit administratif français et en droit italien. Ainsi, le Tribunal fédéral refusa d'augmenter le prix fixé dans un contrat de livraison de bière ensuite de l'augmentation sensible des coûts de production causée par la guerre (1). On se souviendra que la solution inverse avait été admise dans l'arrêt Gaz de Bordeaux.

La jurisprudence suisse a mis en lumière les relations entre le complètement du contrat et l'imprévision.

Le complètement du contrat recherche la volonté hypothétique des parties sur la base du droit supplétif, de la nature du contrat, du contexte de sa conclusion et des intérêts de chaque partie (2).

Dans une affaire soumise au Tribunal fédéral (3), une servitude de non-bâtir avait été constituée moyennant une redevance annuelle. Celle-ci devait, selon la convention, être revue après cinquante ans. En cas de désaccord sur le nouveau prix, énonça le Tribunal fédéral, la servitude ne devient pas caduque, mais le montant peut être fixé par le juge. L'on comparera cette première partie de la décision avec les arrêts précités de la Cour suprême française qui refusent toute révision par le juge du contrat

(1) Arrêt Vereinigte Luzerner Brauereien, 1 juill. 1924, A.T.F., vol. 50, pp. 256 et s.

(2) Voy. D. PHILIPPE, op. cit., ch. VII, n° 3.2., p. 810 et références citées.

(3) Trib. féd., 9 mars 1967, A.T.F., vol. 93, pp. 185 et s.

relatif à la fourniture d'énergie et en prononçant la caducité en cas de disparition de l'indice déterminant les variations du prix (1).

Le Tribunal fédéral considéra ensuite que le fondement juridique de cette révision n'était pas l'imprévision car le juge se limitait à compléter le contrat sur un élément qui n'était pas essentiel.

Rappelons enfin qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine suisses admet l'erreur "portant sur des faits futurs, mais qui, en réalité, ne se réalisent pas par la suite, telle, par exemple, la délivrance d'une patente à l'acquéreur d'une auberge (2) ou d'un permis de bâtir sur un terrain considéré par les parties comme constructible.

Cette institution se rapproche de la Geschäftsgrundlage puisqu'elle suppose la présence d'un état de circonstances constituant la base du contrat.

Au niveau des concepts, le droit suisse rattache résolument le problème du bouleversement de l'économie contractuelle à la formation du contrat tandis que les droits allemand et italien connaissent une institution spécifique.

L'erreur sur les circonstances futures ne requiert donc pas, dans la même mesure, la présence d'éléments propres aux institutions organisant le changement de circonstances, comme le dépassement du risque contractuel et l'inexigibilité de la prestation selon la bonne foi (Unzumutbarkeit) (3).

(1) Voy. supra.

(2) Trib. féd., 17 juin 1969, J. Trib., 1970, I, pp. 325 et s., spéc. p. 328.

(3) La présence de l'erreur pourra cependant être appréciée aussi à partir d'éléments objectifs puisque, en vertu de l'article 24, alinéa 1, ch. 4, l'erreur est essentielle notamment lorsqu'elle porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat.

§ 8 - Autres droits

L'imprévision est reconnue, dans son acception française, en droit espagnol (1) et dans de nombreux nouveaux codes des pays arabes.

Ainsi, l'article 147, alinéa 2, du Code civil égyptien de 1948 reconnaît l'imprévision (2). La présence de celle-ci permet le réajustement - ce qui, semble-t-il, exclut la résiliation ou la dissolution du contrat (3) - par le juge de l'obligation devenue excessive.

Mentionnons aussi les Codes civils syrien de 1949 (4), irakien de 1951, lybien de 1953, soudanais de 1971 (5), algérien de 1975 (6) et kowétien de 1980 (7) qui contiennent une disposition semblable à l'article 147, alinéa 2, du Code égyptien.

-
- (1) Voy. en droit espagnol, F.S. GONZALEZ, Note sull' eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto civile spagnolo, Riv. dir. proc. civ., 1960, pp. 1053 et s., et références citées, spéc., pp. 1063 et s. (étude de la jurisprudence et spéc. l'arrêt de la Cour suprême du 13 juin 1944, ARANZADI, Repertorio de jurisprudencia, 1944, n. 893bis) ; la clausula rebus sic stantibus fait l'objet d'une interprétation des plus restrictives, la jurisprudence voulant garantir au mieux le respect du principe de la convention-loi) ; F.P. PENA, Compendio de derecho civil, spéc. pp. 365 et 367 ; voy. aussi l'arrêt de la Cour suprême du 17 mai 1957 publiée et commentée par C.F. RODRIGUEZ, Anuario de Derecho civil, 1958, vol. II, pp. 1265 et s. ; V.E. SANZ, La Frustración del fin del contrato, Madrid, 1968.
- (2) Voy. pour un commentaire approfondi de cette disposition à la lumière des droits égyptien et français, voy. M.M. EL GAMMAL, op. cit., spéc., pp. 227 et s. ; voy. aussi S. TANAGHO, De l'obligation judiciaire, 1965, pp. 177 et s.
- (3) M.M. EL GAMMAL, op. cit., n° 427, p. 244 et références aux opinions divergentes ; S. TANAGHO, op. cit., p. 178 ; comp. N.E. TERKI, L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien, D.P.C.I., 1982, n° 1, pp. 9 à 28, spéc. pp. 26 à 28.
- (4) Article 148, alinéa 2.
- (5) Voy. K. DILGER, Das sudanesische Zivilgesetzbuch von 1971 und sein Verhältnis zu den anderen arabischen Zivilgesetzbüchern, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1974, pp. 39 à 65.
- (6) Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 (Journal Officiel de la République algérienne démocratique et populaire du 30 septembre 1975). Voy. G.M. BADR, A propos du nouveau Code civil algérien, Rev. dr. int. dr. comp., 1978, pp. 368 et s. ; G. BERLIOZ, Le code civil algérien de 1975 et les contrats internationaux, D.P.C.I., 1978, pp. 88 et s. ; N.E. TERKI, op. cit., pp. 9 à 28.
- (7) Décret-loi n° 67-1980 (entrée en vigueur le 25 février 1981), al-Kowait-al-Yawm (Journal officiel), n° 1335, 5 janvier 1981.

§ 9. - Conclusion

L'isolement du système juridique français est évident : tous les droits étrangers étudiés reconnaissent au juge le pouvoir de déroger exceptionnellement au principe de la convention-loi lorsqu'un profond changement de circonstances bouleverse l'économie contractuelle.

Ce bouleversement présente des facettes multiples. Dans un même système juridique, il est appréhendé par un ou deux concepts différents. Ainsi, le droit italien connaît, à côté de l'eccessiva onerosità, la présupposition.

L'on peut distinguer - bien qu'il soit téméraire de systématiser - quatre types de théories. Les théories subjectives se fondent sur la volonté des parties (Geschäftsgrundlage, presupposizione). Les théories objectives s'appliquent en cas de déséquilibre des prestations (imprévision, eccessiva onerosità). La théorie "mixte" de la frustration se rapproche de la Geschäftsgrundlage, mais elle procède de la "construction" du contrat, qui consiste à en déterminer les effets à partir d'éléments objectifs ou subjectifs. Enfin, certaines théories sont basées directement sur la bonne foi. (L'article 6.5.3.11. N.B.W., qui requiert cependant un changement imprévu des circonstances).

En droit comparé, à l'exception du droit anglais, le fondement juridique du concept réside généralement dans la bonne foi, qui connaît une acception plus large qu'en droit français et belge.

Le concept est organisé parfois par une disposition légale (Art. 1467 du Code civil italien, N.B.W. néerlandais) parfois par une théorie adoptée par la jurisprudence.

Enfin, le bouleversement de l'économie contractuelle fait généralement l'objet d'applications très rigoureuses, sauf en droit administratif français et en droit italien.

Chapitre III. L'imprévision dans les contrats internationaux.

Nous nous attacherons dans ce chapitre à l'étude de la pratique contractuelle (§ 1), et plus particulièrement des clauses de hardship qui organisent l'imprévision. Ensuite, nous étudierons quelques sentences arbitrales relatives à la reconnaissance et l'application de l'imprévision (§ 2). Enfin, l'obligation de négocier a fait l'objet de quelques décisions intéressantes dont nous ferons mention (§ 3).

§ 1. La clause de hardship ou d'imprévision.

On peut constater que le régime du changement des circonstances reste assez imprécis dans les différents droits nationaux qui, au surplus, présentent des divergences assez profondes au niveau des concepts.

Il est important d'insérer dans les contrats internationaux des clauses aménageant le changement de circonstances hormis, bien sûr, l'hypothèse où l'on veut donner au contrat un caractère forfaitaire en évitant ainsi que le cocontractant ne puisse remettre en question les conditions du contrat, quelle que puisse être l'évolution des circonstances.

Si l'hypothèse de ces deux types de clause se distingue de celle visée par les clauses de hardship, le régime (renégociation, intervention d'un tiers) présente quant à lui de nombreux points communs.

Nous n'avons pas l'ambition de procéder à une analyse complète ou originale des clauses de hardship. Des études, excellentes, ont été consacrées à ce sujet (1).

-
- (1) Voy. sur les clauses de hardship ou d'imprévision, J.H. DALHUISEN, De betekenis van de "hardship" clause, N.J.B., 1976, pp. 173 à 184 ; M. FONTAINE, article cité, D.P.C.I., 1976, pp. 7 à 49 ; A. FRIGNANI, La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law, Rivista di diritto civile, 1979, pp. 690 et s. ; B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship", Journal de Droit International, 1974, pp. 794 à 814 ; C. SCHMITTHOFF, Hardship and Intervener Clauses, Journal of Business Law, 1980, pp. 82 à 91 ; P. VAN OMMESLAGUE, op. cit., pp. 1 à 59 ; Voy. not. sur des clauses insérées dans les contrats entre un Etat en voie de développement et un investisseur étranger, S. ASANTE, Stability of contractual relations in the transnational investment process, International and Comparative Law Quarterly, 1979, pp. 401 à 423 ; G.R. DELAUME, Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 10, 1971, p. 242 et s. O. LANDO, Renegotiation and Revision of International Contracts, An Issue in the North South Dialogue, German Yearbook of International Law, 1980, vol. 23, pp. 37 à 58. P. WEIL, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, Mélanges Ch. Rousseau, pp. 301 à 328.
- Sur les clauses d'adaptation des prix, voy. par exemple, S. MANKABADY, The price adjustment clauses of liquified natural gas (LNG), The International contract, 1980, p. 243.
- Voy. aussi les documents préparatoires du Forum de la Chambre de commerce international relatif à l'adaptation des contrats aux variations économiques, tenu à Paris, le 17 novembre 1980.
- Voy. sur les clauses insérées dans les conditions générales, D.M. PHILIPPE, Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert de risques, dans La rédaction des conditions générales contractuelles, Centre de Droit des Obligations, U.C.L., 1985, p. 25 et s.

Nous nous limiterons à une étude schématique, basée sur une dizaine de clauses reproduites en annexe. Nous insisterons plus particulièrement sur le régime de ces clauses.

1.1. Préambule.

Certaines clauses sont précédées d'une sorte de préambule ou, à tout le moins, d'une phrase qui constate l'impossibilité de tout prévoir dans la rédaction d'un contrat à long terme (1).

1.2. Conditions d'application de la clause.

1.2.1. Nature des circonstances et caractéristiques.

1.2.1.1. Certaines clauses font référence à des circonstances particulières uniquement. Ainsi, l'on trouve des dispositions aménageant les variations monétaires (2). D'autres ont trait aux fluctuations des cours de change (3).

1.2.1.2. Certaines clauses définissent les circonstances de manière purement qualitative.

Parmi ces clauses, certaines sont assez vagues ; la clause 1 envisage la "modification fondamentale des circonstances". Certaines clauses plus laconiques encore, se contentent de parler des effets de circonstances : "if in the course of the performance of this Agreement

(1) Voy. cl. 4, 12, 17b.

(2) Voy. cl. 5, 10, 13, 15.

(3) Voy. cl. 21 et 22.

unfairness or substantial and disproportionate prejudice to either party is expected or disclosed" (cl. 4, 7, 19). Une autre clause (n° 20) se limite à envisager : "If, for any bona fide cause the revenue accruing to you from this transaction is insufficient to meet the cost of operations...

D'autres envisagent les différentes caractéristiques des circonstances :

- "événement imprévisible et étranger aux parties" (cl. 3).
- "en cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties" (cl. 9, 11, 16).
- "the occurrence of an intervening event or change of circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operation" (cl. 8).

1.2.1.3. Enfin, certaines clauses sont mixtes, dans la mesure où elles envisagent des circonstances particulières, à titre exemplatif, tout en énonçant de manière plus ou moins précise les caractéristiques que doivent revêtir ces circonstances.

Ainsi, la clause 6 envisage la survenance de circonstances imprévisibles ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties et cite, dans un deuxième alinéa, les modifications d'ordre monétaire.

La clause 2 précise : "If owing to changed circumstances such as change in the monetary values or discriminatory governmental action or regulations or differential customs duties unduly discriminating against the origin from which A is then supplying to B" (1).

D'autres clauses excluent certaines circonstances. Ainsi, la clause 8, a, dernière phrase précise : "Price control by the Government

(1) Voy. aussi la clause 14 relative à l'application de nouveaux droits d'exportation ou d'importation, la clause 14 a).

of the state of the relevant buyer affecting the price of oil in the market shall not be considered to constitute substantial hardship".

La simple énonciation de circonstances sans en préciser les caractéristiques (imprévisibilité, inévitabilité) peut prêter à confusion. Le rédacteur du contrat devant rédiger celui-ci de la manière la plus claire, il convient en tout cas que les parties s'interrogent sur la question de savoir si les nouveaux droits d'importation par exemple peuvent donner lieu à l'application de la clause même s'ils étaient prévisibles à la conclusion du contrat. La réponse sera généralement négative mais une précision dans le contrat n'est pas inutile (1).

1.2.2. Effets des circonstances sur le contrat.

1.2.2.1. Certaines clauses se contentent de mentionner l'effet normal de l'imprévision, à savoir le bouleversement de l'économie contractuelle (clause 13, 15). La clause 8, a) se rapprochant du critère de la frustration du droit anglais parle de circonstances "that the consequences and effects of which are fundamentally different to what was contemplated by the parties at the time of entering this agreement".

Plusieurs clauses parlent d' "événements ayant pour effet de bouleverser les bases économiques de la convention au préjudice de l'une ou l'autre des parties " (clause 6, 8 , 14, 16). Elles ajoutent la nécessité d'un préjudice ; l'existence d'un préjudice est un élément qui découle normalement du bouleversement de l'économie contractuelle et de l'invocation de la clause par une des parties.

1.2.2.2. D'autres clauses s'attachent à la seule aggravation de la prestation pour l'une des parties, l'importance de l'aggravation

(1) Voy. M. FONTAINE, Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1979, p. 484 ; D. PHILIPPE, Les clauses de force majeure ..., op. cit., p. 33.

étant appréciée sur la base de normes comme l'équité.

Exemples : - charge inéquitable (cl. 1) ;
 - unfairness or undue hardship (cl. 4, 7, 17b) ;
 - undue hardship (cl. 2) ;
 - préjudice matériel exagéré (cl. 12).

1.2.2.3. D'autres encore s'attachent à l'équilibre du contrat.

"L'une des parties retire du présent contrat des avantages hors de proportion avec ses obligations" (clause 2 ; cette clause est à notre avis, trop restrictive dans la mesure où elle suppose une sorte d'enrichissement d'une des parties ; or, la survenance des événements catastrophiques n'a pas pour effet d'enrichir une partie au détriment de l'autre. Il en est de même si la fonction même du contrat vient à perdre toute utilité).

"Disproportionate prejudice" (cl. 4, 18b) ;

"Distortions sérieuses entre les monnaies auxquelles il est fait référence dans le contrat" (cl. 5).

1.2.2.4. D'autres clauses se réfèrent uniquement à la perte pour l'une des parties : "revenue insufficient to meet the cost of the operation".

1.3. Effets de la survenance de l'hypothèse prise en considération.

1.3.1. Information et constatation du changement de circonstances.

1.3.1.1. La partie, victime du changement de circonstances, doit en informer son partenaire.

Cette obligation qui correspond à une exécution de bonne foi des conventions, ne se retrouve pas souvent reprise dans l'échantillon de clauses analysées (voy. cependant cl. 18 a).

Nous croyons que la circulation de l'information constitue un des facteurs de l'efficacité économique. Aussi, serait-il, à notre avis, souvent opportun de souligner la nécessité d'une information rapide et le cas échéant, le mode de transfert de l'information (1).

1.3.1.2. Constatation de l'hypothèse.

Il serait également utile, dans certains cas, de procéder à une constatation contradictoire de l'hypothèse. Ainsi, la clause 20 envisage le cas dans lequel les bénéfices résultant de la transaction deviennent inférieurs aux coûts ; en pareille hypothèse, une procédure de contrôle ou d'expertise pourrait être souhaitée.

1.3.1.3. La constatation de l'hypothèse peut présenter un caractère normatif ; il s'agira de vérifier non plus la présence de certaines circonstances mais de dire si ces circonstances épousent bien l'hypothèse définie dans la clause. Ainsi, la clause 3, alinéa 2 prévoit : "A défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économique assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un événement imprévisible".

(1) Les clauses de force majeure sont souvent plus explicites à cet égard. Voy. M. FONTAINE, Les clauses de force majeure, D.P.C.I., 1979, pp. 469 et s. Peut-être les phénomènes d'imprévision, fort souvent de nature économique, sont-ils plus facilement connus de tous ; il faut cependant éviter qu'une partie, invoquant tardivement un changement de circonstances, ne veuille faire rétroagir plusieurs mois auparavant, les effets de la clause.

1.3.2. Effets.

1.3.2.1. Résiliation immédiate.

Il est rare que les clauses prévoient la résiliation du contrat sans procédure de renégociation préalable.

La clause 20 prévoit la faculté de résiliation ou de suspension du contrat (1).

Il est intéressant de souligner que cette même clause 20 prévoit également, en cas de suspension du contrat, la faculté pour le cocontractant de mettre fin au contrat si la période de suspension dure plus de 60 jours (2).

1.3.2.2. Renégociation du contrat.

Bon nombre de clauses prévoient dans un premier temps que les parties se rencontreront aux fins de révision du contrat (voy. not. ex. 1, 2, 3, 4 ...).

Quels sont les critères de renégociation :

- l'équité : cl. 1 : "ajustements équitables".
- cl. 2 : "revision would be equitable".
- cl. 4 : "remove such unfairness".

-
- (1) Nous ne connaissons pas le contexte dans lequel cette clause a été insérée.
L'hypothèse qu'elle vise est assez originale et précise (l'opération projetée génère des pertes) ; il était peut-être logique dans le cadre de cette opération d'y mettre fin dès qu'elle générerait des pertes.
- (2) L'on se souviendra que la théorie de la frustration du droit anglais trouve fréquemment à s'appliquer en pareille hypothèse.

- le rétablissement d'un équilibre :

cl. 5 : "ces modifications auront pour but d'éviter que l'une des parties ne tire profit au détriment de l'autre partie de la nouvelle situation ainsi créée".

cl. 6 : "replace les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion de la présente convention)

voy. aussi cl. 14, 15, 16, 18 a).

- l'économie du contrat :

cl. 9 : "celles-ci auraient, dans le même esprit que celui qui a présidé à la conclusion des présentes, à se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires".

- la disparition d'un préjudice :

cl. 4 : "remove such prejudice"

voy. aussi cl. 8 a).

Ces critères sont généralement confondus : ainsi l'équité, la bonne foi, la loyauté constituent souvent des critères essentiels ou accessoires dans la révision.

Cl. 8 a) : "agree upon what adjustment ... is justified in the circumstances in fairness to the parties to alleviate said consequences and effects of said occurrence".

D'autres clauses enfin ne prévoient pas de critères d'ajustement du contrat (clauses 10, 21, 22).

Si les négociations excèdent une certaine durée, les clauses prévoient parfois la faculté pour l'une des parties de résilier le contrat (voy. clause 6, 15). D'autres clauses prévoient expressément la continuation du contrat pendant la durée des négociations.

Y a-t-il une norme de bon comportement en matière de négociation ? Nous étudierons plus loin (1.3.3.) quelques décisions jurisprudentielles à ce sujet. Les clauses assortissent parfois dans l'obligation de négociation d'un élément normatif :

"will use their best endeavour ... (cl. 7)

"will do their utmost to come to a reasonable agreement" (ch. 17)

1.3.2.3. Echec des négociations.

Une bonne partie de clauses n'envisagent pas cette hypothèse.

D'autres envisagent le recours à un tiers médiateur (cl. 12), à des experts (cl. 17), à un arbitre (cl. 7, 9).

La Chambre de Commerce Internationale a mis au point un règlement organisant l'intervention de tiers régulateur des contrats et a établi un comité permanent pour le règlement des relations contractuelles (1).

Il n'entre pas dans nos intentions d'étudier en détail ces documents.

Nous nous bornerons à décrire brièvement les problèmes juridiques posés par l'intervention du tiers dans le contrat (2).

Le tiers peut être revêtu d'une mission d'arbitre. Il est alors chargé de trancher un litige en respectant des principes d'ordre juridictionnel (respect des droits de la défense, ordre public ...). Sa décision a force obligatoire et deviendra exécutoire par la procédure de l'exequatur où le juge étatique examinera si les principes évoqués ci-dessus ont été respectés (3).

(1) Voy. la brochure n° 326 de la C.C.I. sur l'adaptation des contrats.

(2) Voy. sur cet aspect du problème, A. FRIGNANI, op. cit., pp. 705 et s. ; B. OPPETIT, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente, Revue de l'Arbitrage, 1975, pp. 316 et s. ; C.M. SCHMITTHOFF, op. cit., pp. 87 et s.

(3) Voy. not. P. FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, pp. 461 et s.

La décision peut également être exécutée à l'étranger (1).

A l'opposé, le tiers qui est investi d'une mission de conciliation, peut agir de manière informelle. Son avis n'est pas contraignant pour les parties.

Entre ces deux extrêmes se situent un ensemble d'hypothèses intermédiaires dont la qualification juridique n'est pas toujours aisée.

Le tiers peut être chargé de rendre un avis que les parties considéreront comme obligatoire.

Si, dans cette hypothèse, il est investi indépendamment de tout litige, d'une mission portant sur un point déterminé (évaluation d'un terrain par exemple dans le cadre d'un contrat complexe), l'on considérera généralement qu'il ne tranche pas un litige. L'avis rendu par l'expert revêtira la même force contractuelle que les autres clauses du contrat.

S'il est investi d'une mission plus large à l'occasion d'un litige, la question est plus délicate : le tiers qui est appelé, dans le cadre d'une clause de hardship, à refixer le prix d'une matière première, en cas de désaccord des parties, agit-il en qualité d'expert ?

En droits français et belge, l'on estime généralement que le juge ne peut modifier le contrat ; en d'autres termes, le tiers qui intervient dans le contrat excède la fonction normale de juge, et, partant, ne peut plus être considéré comme arbitre. Son avis ne sera pas revêtu de

(1) Voy. à ce sujet, la convention de New York de 1918 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Voy. sur cette convention A.J.J.V. van den BERG, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer, 1981.

l'autorité de la chose jugée mais acquerra la même force obligatoire qu'une disposition contractuelle.

Dans d'autres systèmes juridiques, l'on distingue arbitrage contractuel et arbitrage juridictionnel (1).

Ainsi, en droit italien, la révision du contrat par un tiers peut être considérée comme une mission d'arbitrage "libre" : la décision ainsi prise a cependant force de chose jugée et peut faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution à l'étranger sur la base de la convention de New York. Le tiers peut être investi, dans le cadre de la clause de hardship, d'une mission plus limitée, à savoir, vérifier si les conditions d'application de la clause sont présentes en l'espèce qui lui est soumise (clause 7). Dans ce cas, il exerce une mission qui n'excède pas la compétence traditionnelle d'un juge.

Il s'agit d'un problème assurément délicat et les interprètes devront, dans chaque espèce, vérifier la mission exacte confiée aux tiers (2).

Peut-être serait-il utile d'introduire dans notre droit la distinction entre arbitrage libre et arbitrage "rituale" du droit italien.

(1) En Italie, on distingue "arbitrato rituale et arbitrato libero ou ir-rituale" ; en Allemagne, "Schiedsgerichte et schiedsgutachten" ; voy. A. FRIGNANI, op. cit., p. 708 ; B. OPPETIT, op. cit., p. 315.

(2) Voy. la jurisprudence citée par B. OPPETIT, op. cit., p. 315.

Soulignons que se posent, à propos de ces clauses, des problèmes similaires à ceux rencontrés pendant la période de négociation, à savoir : "quel est le sort du contrat pendant la procédure, plus spécialement si celle-ci se prolonge de manière telle que l'exécution du contrat originaire n'est plus adéquate"? Certains contrats envisagent à juste titre le retour aux circonstances normales. La clause 8 a) prévoit alors le retour aux circonstances antérieures.

1.4. Conclusion.

Il importe de veiller dans la rédaction des clauses aux éléments suivants :

- a) Une énonciation des caractéristiques des circonstances (imprévisibles...). Mentionner que la grève constitue un cas d'imprévision est imprécis et ne permet pas de connaître le régime juridique d'une grève prévisible. Le critère d'imprévisibilité constitue à notre avis, un élément important à mentionner dans les clauses de hardship. Il serait en effet souvent contraire au bon fonctionnement des opérations internationales que de permettre à une partie de se prévaloir de la révision de la convention ensuite d'événements contre lesquels elle pouvait se prémunir.

Parfois, il peut être utile de préciser le seuil du bouleversement de l'économie contractuelle, par exemple le pourcentage de hausse des coûts de production à partir duquel l'économie contractuelle est considérée comme bouleversée.

La rédaction de la clause pourra également varier en fonction de la nature du contrat. Ainsi, la solution pourra varier selon qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise ou d'une concession.

- b) Ensuite, l'on aura égard à une circulation parfaite de l'information notamment en prévoyant la notification de l'événement perturbateur, et toute modification de ces circonstances susceptible d'influencer l'exécution du contrat.
- c) Surtout dans les contrats à long terme, la clause doit être souple : la négociation, l'adaptation contribuent à cet effet.
- d) Enfin, l'on organisera l'effet du changement de circonstances non seulement sur la prestation directement touchée par celui-ci, mais aussi sur la prestation du cocontractant. Le sort des prestations déjà exécutées ne doit pas être oublié.

§ 2. Application de la clausula rebus sic stantibus dans la jurisprudence arbitrale.

Nous étudierons dans cette section si les arbitres ont admis la possibilité de revoir le contrat en cas de changement de circonstances. Dans un premier paragraphe, nous analyserons si le principe même est reconnu dans la jurisprudence arbitrale ; dans un deuxième paragraphe, nous en examinerons les conditions d'application propres aux contrats internationaux ; dans un troisième paragraphe, nous nous attacherons aux cas pratiques soumis aux arbitres et à la décision prise par ceux-ci.

Il convient, avant de procéder à cette analyse, d'émettre une réserve ; l'échantillon de décisions analysées a été limité notamment par la non-publication de nombreuses décisions, mais aussi parce que nous n'avons pas la prétention d'avoir procédé à un recensement exhaustif des décisions publiées. Rappelons aussi que notre analyse ne porte pas sur les problèmes propres aux clauses d'adaptation des contrats conclus avec des Etats.

2.1. Reconnaissance du principe

De nombreuses sentences réaffirment généralement avec force le principe "Pacta Sunt Servanda" (1).

(1) Sentence rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, Clunet, 1974, p. 905 ; Sentence intérimaire rendue dans l'affaire n° 2321, en 1974, Clunet, p. 938 ; Sentence rendue dans l'affaire n° 2404, en 1975, Clunet, 1976, p. 995 ; Sentence rendue dans l'arbitrage ad hoc Texaco / Calasiatic c/ Gouvernement libyen, Clunet, 1977, p. 350 et s., spécialement p. 363.

La plupart des sentences analysées estiment que ce principe doit faire l'objet d'une application stricte (1), l'excluant même (2).

Les considérations suivantes extraites de la décision précitée n° 1512 reflètent, à notre avis, l'opinion de la jurisprudence arbitrale, dans la mesure où celle-ci s'écarte de l'application stricte du droit national :

"... le moyen ne peut pas prospérer, selon moi, car il est universellement considéré comme étant d'interprétation stricte et étroite, en tant que dangereuse exception au principe du caractère sacro-saint des contrats. Quelle que soit l'opinion ou l'interprétation des juristes des différents pays en ce qui concerne le "concept" de modification des circonstances comme excuse d'une non-exécution, ils s'accorderont sans doute sur la nécessité de limiter l'application de la soi-disant doctrine "Rebus sic stantibus" (quelquefois visée par les expressions "frustration", "force majeure", "imprévision", et autres termes similaires) à des cas où des raisons contraignantes le justifient, en considérant non seulement le caractère fondamental des modifications, mais aussi le caractère particulier des contrats en cause, les exigences de loyauté et d'équité et toutes les circonstances de l'affaire."

Une décision, isolée à notre connaissance estime, après avoir relevé que le droit suisse reconnaissait la clausula, que "On pourrait peut-être appliquer cette règle de manière plus souple à des contrats internationaux" (3) (4).

(1) Voy. les sentences rendues en 1971 dans l'affaire 1512, Clunet, 1974, p. 905 et note 4.D. ; en 1974, affaire 2216, Clunet, 1975, p. 917 ; en 1975, affaire 2404, Clunet, 1976, p. 995.

(2) Sentence rendue en 1976, affaire 2708, Clunet, 1977, (La décision souligne que le droit français ne reconnaît pas la clausula, et justifie le rejet de la clausula par des éléments propres à la nature des contrats internationaux). Sentence rendue en 1976, affaire 2673, citée.

(3) Sentence rendue dans l'affaire n° 2508, en 1976, Clunet, 1977, p. 939.

(4) Voy. sur le caractère isolé de la décision, la note sous l'arrêt.

2.2. Eléments d'appréciation de l'application de la clausula propres aux contrats internationaux.

L'application restrictive de la clausula se justifie, dans les contrats internationaux, par les considérations suivantes.

2.2.1. L'opération internationale est complexe et comporte généralement plus de risques que l'opération réalisée sur un plan national.

Ceci ne veut pas dire, à notre avis, que l'opération internationale revête un caractère spéculatif (2). Le praticien du commerce international n'a pas l'intention de conclure une opération à caractère spéculatif lorsque, par exemple, il construit une usine clé sur porte. Il cherche au contraire à garantir l'exécution et la stabilité du contrat contre tous les événements, nombreux, qui peuvent perturber cette exécution. En outre, le contrat international ne présente pas, en règle générale, un aléa objectif, inhérent à un élément essentiel du contrat, aléa par contre présent dans le contrat d'assurance ou la rente viagère.

La présence de ces risques divers doit rentrer dans le champ des prévisions des parties à la conclusion du contrat. Elles doivent donc, dans la négociation contractuelle, prendre ces éléments en considération et les assortir des stipulations contractuelles adéquates (augmentation du prix, assurance, ...).

Cette prise en charge des risques est d'autant plus grande que l'engagement assumé porte sur une longue durée (3).

(1) Voy. not. sentence n° 1512 précitée.

(2) Voy. dans le même sens, la note sous la sentence rendue dans l'affaire 2708, précitée, qui renvoie elle-même à la sentence rendue en 1932, dans l'affaire 519 (Clunet, 1974, p. 892).

(3) Voy. dans ce sens, dans la jurisprudence nationale, Trib. fédéral suisse, 26 septembre 1974, A.T.F., vol. 100, pp. 345 et s., spécialement cons. 2, pp. 348 et 349.

2.2.2. Le négociateur de contrats internationaux est généralement un homme compétent et averti.

Il doit donc prendre l'initiative de veiller à se prémunir contre les changements de circonstances (1).

2.2.3. Cette affirmation est étayée par la présence dans la plupart des contrats internationaux de clauses organisant le changement de circonstances.

La chambre de commerce internationale a d'ailleurs mis en oeuvre un mécanisme de "Régulation contractuelle" organisant l'adaptation par un tiers des contrats au changement de circonstances.

En conséquence, le contractant pourra difficilement invoquer la clausula dans la mesure où il est un homme averti et qu'il doit donc prendre les mesures destinées à organiser le changement de circonstances, comme le font la majorité des praticiens du commerce international.

Ceci ne signifie pas, à notre avis, que la clausula ou l'imprévision, ne puisse jamais trouver application en droit international.

Les réflexions qui précèdent trouvent en effet leurs limites dans la capacité de prévision des parties contractantes.

(1) Voy. sentence n° 2508 précitée.

La réalité économique internationale revêt un caractère extrêmement complexe et mouvant et les bouleversements qu'elle connaît nous surprennent chaque jour.

Les clauses, si parfaitement rédigées qu'elles puissent être, ne parviennent pas toujours à appréhender cette réalité.

Ainsi, dans l'affaire E.D.F./SHELL (1), les parties avaient assorti leur contrat de fourniture de produits pétroliers à long terme d'une clause d'indexation et de renégociation. Aurait-on pu leur reprocher de ne pas avoir inclus, dans leur clause de renégociation, la soumission du problème à un tiers en cas d'échec des négociations ? Nous ne le pensons pas.

La solution est d'autant plus évidente lorsqu'il s'agit de contractants non expérimentés (2), qui accèdent au marché international (3).

(1) Paris, 28 septembre 1976, Revue de l'Arbitrage, 1975, pp. 341 et s. Voy. supra, § 3.

(2) Voy. dans le même sens, note 4.D. sous la sentence n° 1512, précitée, Clunet, 1974, p. 910.

(3) Si des éléments personnels au contractant (expérience, ...) ne peuvent être pris en considération pour apprécier le bouleversement de l'économie contractuelle, ils peuvent, à notre avis, intervenir dans l'appréciation de l'imputabilité ou de la prévisibilité des circonstances nouvelles.

En conséquence, si la problématique du changement de circonstances fait l'objet d'une appréciation plus sévère en droit commercial international, c'est sans doute en raison de la capacité généralement plus grande des praticiens du commerce de se prémunir, par des clauses appropriées, contre le changement de circonstances.

2.2.4. L'on a écrit que le maintien de l'équilibre contractuel constituait un principe de la lex mercatoria (1).

Si l'on admettait ce principe de manière absolue, il faudrait admettre que le contrat international peut être aménagé en fonction du changement des circonstances, même en l'absence de clause de hardship.

Certains auteurs, voulant sans doute mettre en concordance l'application de ce principe et les décisions arbitrales récentes, considèrent que l'absence de clause de hardship témoigne de la volonté des contractants d'écarter le principe du maintien de l'équilibre contractuel (2).

En fait, l'absence de clause peut résulter d'un oubli, et d'un manque de compétence etc..., et ne peut s'analyser comme une volonté délibérée d'écarter le principe du maintien de l'équilibre contractuel.

A notre avis, s'il est exact que les parties en contrat international veillent à préserver l'équilibre contractuel par des clauses de hardship ou d'indexation notamment, l'on ne peut affirmer qu'il existe en droit commercial international, un principe qui autoriserait à défaut de dispositions contractuelles, la révision du contrat en cas de rupture imprévisible de cet équilibre contractuel.

(1) Voy. not. les références citées par S. JARVIN, L'obligation de coopérer de bonne foi, p. 4, supra. Voy. la célèbre sentence de MM. Ripert et Planchaud, publiée au Journal de droit international, 1959, p. 1078 ; voy. la note sous la sentence n° 2404 en 1975, Journal de droit international, 1976, p. 996.

(2) Voy. la note précitée.

2.3. Les cas d'application.

Les décisions analysées ne sont malheureusement pas précises dans la description des faits.

2.3.1. La sentence n° 1512 précitée portait sur l'exécution par une banque pakistanaise de sa garantie, en faveur d'une société indienne.

La banque invoquait le conflit armé indo-pakistanaise survenu en 1965 et la législation d'état d'urgence qui s'en suivit dans les deux pays.

L'arbitre considéra que ces événements ne permettaient pas l'application de la frustration ni de la clausula.

Sans connaître de manière précise les arguments développés par les parties, il convient de souligner que le lien de causalité entre l'événement perturbateur et une prétendue difficulté substantielle dans l'exécution de la prestation n'est pas établi. Le simple état d'urgence ne constitue pas à lui seul une application valable de l'imprévision. En outre, en matière de dettes de somme (une garantie bancaire doit, à notre avis, être considérée comme telle), il faut appliquer l'adage "genera non pereunt".

2.3.2. D'autres décisions portent sur l'augmentation des prix pétroliers et ses effets.

Dans la sentence précitée n° 2508, l'arbitre reproche à la partie qui invoque l'imprévision, de s'être limitée à se prévaloir sans autre précision de l'augmentation des prix des produits pétroliers. : "Quoi qu'il en soit, la charge de la preuve incombait à Y..., qui ne l'a pas rapportée. En effet, il ne suffisait pas d'invoquer d'une manière

générale l'augmentation des prix du pétrole et ses dérivés. Il eut fallu exposer de manière détaillée quelles étaient les sources d'approvisionnement et quelles auraient été les conséquences graves, pour Y... de l'exécution du contrat. Le Tribunal Arbitral a expressément attiré l'attention de Y... sur ce point. Y...a préféré ne pas donner de précisions à ce sujet, pour des raisons certes compréhensibles, tenant notamment au secret des affaires. L'argumentation de Y... doit donc être rejetée, faute de preuves. Au surplus, Y... a admis que ce contrat ne représentait qu'une faible partie de son chiffre d'affaires ; par conséquent il est invraisemblable que l'exécution du contrat, aux prix convenus, aurait provoqué pour cette entreprise des difficultés insupportables".

Dans la décision n° 2708 précitée, l'augmentation des prix des produits pétroliers n'est pas prise en considération aux motifs que la clausula n'est pas reconnue en droit français et qu'il appartenait aux parties de se prémunir contre les changements de circonstances (1).

(1) Voy. aussi sur l'augmentation des prix de produits chimiques et la disparition de barèmes d'indexation, la sentence rendue dans l'affaire n° 3938, en 1982, Clunet, 1984, pp. 926 et s., et note S.J.

§ 3. L'obligation de négociier

3.1. Clause d'adaptation aux circonstances nouvelles.

Obligation de négociier

La décision de la Cour d'appel de Paris en cause E.D.F./SHELL a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires (1). Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit.

La société pétrolière SHELL avait conclu avec l'E.D.F. un contrat de fourniture de "fuel-oil", à long terme afin d'obtenir un prix préférentiel.

Le contrat contenait une clause d'indexation du prix, ainsi qu'une clause de sauvegarde, aux termes de laquelle les parties "se rapprocheront pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat (prix ou autre clause) si le fuel-oil ordinaire rendu à destination venait à subir une hausse de plus de six francs par rapport à la valeur initiale".

Le Tribunal de commerce a considéré que le contrat était devenu nul à la suite de la disparition d'un élément essentiel du contrat (le prix était devenu indéterminable à la suite de la disparition de l'indice contractuel de variation du prix) et que, la négociation entre parties n'ayant pas abouti, il n'appartenait pas au juge de substituer sa volonté à celle des parties.

(1) Paris, 1ère ch., 28 septembre 1976, Revue de l'arbitrage, 1977, pp. 341 et s., avec, dans la même livraison, l'article de B. OPPETIT, Arbitrage juridictionnel et arbitrage conventionnel: à propos d'une jurisprudence récente, p. 315 et s., spécialement p. 322 et s., n° 8 ; J.C.P., II, 1978, n° 12736, et obs. J. ROBERT.

Saisie du litige, la Cour d'appel de Paris s'attacha à l'exécution de l'obligation de négocier. Elle constata que les parties voulaient poursuivre l'exécution du contrat de fourniture originaire puisque SHELL continuait à livrer le fuel, contre versement de sommes "à valoir" sur le prix.

La Cour en déduisit la volonté des parties, non de mettre fin à leurs relations contractuelles, mais de les adapter aux circonstances nouvelles.

Les parties doivent donc, poursuivit la Cour, déterminer un nouveau prix et de nouvelles modalités de variations de celui-ci, qui tiennent compte de l'économie contractuelle, et plus particulièrement du caractère réduit du prix en fonction de l'importance et de la durée des fournitures.

L'on perçoit ainsi l'intérêt de la société pétrolière d'invoquer la caducité du contrat ; elle n'était plus obligée d'accepter un prix réduit lors de la conclusion de la nouvelle convention, destinée à remplacer la convention caduque ; si elle acceptait un nouveau prix réduit, c'était en contrepartie d'une durée et d'une quantité de livraison importante qui ne tiendrait pas compte de la durée écoulée du contrat caduc.

La Cour renvoya donc les parties à la table des négociations et désigna un observateur chargé de suivre les négociations et de faire rapport à la Cour en cas d'échec de celles-ci.

Cette décision a été approuvée par les annotateurs précités.

Tout en adoptant une solution équitable, énergique et efficace (1), la Cour évite le reproche de substituer sa volonté à celle des parties.

En outre, le principe de l'exécution en nature des obligations a fait parfois l'objet d'applications trop timides ; or, l'exécution en nature est celle qui offre généralement la solution la plus opportune sur le plan économique et la plus conforme à l'économie du contrat.

Le juge fait une application très pertinente de ce principe en invitant les parties à négocier et, à notre avis, novatrice en associant l'exécution de cette obligation de l'intervention d'un tiers chargé de contrôler le déroulement des négociations (2).

3.2. Obligation de négociation en cas de survenance de circonstances nouvelles (en l'absence de clause d'imprévision).

Même lorsque le juge admet le principe de l'imprévision, il appartient à la partie qui s'en prévaut de négocier de bonne foi lors de la survenance des circonstances nouvelles.

(1) Les parties sont en effet arrivées à un accord sous l'influence de l'observateur désigné par le tribunal (voy. obs. J. ROBERT précitée, alinéa 2).

(2) Voy. sur une appréciation de l'initiative de la Cour de Paris au regard du droit français et de la Common law, D. TALLON, Dommages et intérêts et exécution en nature, J.T., 1985, pp. 601 à 605.

Dans la sentence arbitrale précitée n° 2508, le vendeur invoquait, on l'a vu, l'augmentation des prix des produits pétroliers.

L'acheteur avait, lors de la survenance de la hausse, proposé une augmentation de 25 % du prix.

Le vendeur avait refusé, voulant obtenir des prix voisins de ceux du marché mondial.

Les arbitres considèrent le comportement de l'acheteur comme fautif : "En l'occurrence il était en principe compréhensible, vu les circonstances économiques, que Y... tente d'obtenir une augmentation des prix contractuels. Il était cependant inadmissible qu'elle cherche à obtenir des prix proches des prix mondiaux, ce qui revenait simplement à résilier le contrat."

3.3. Obligation de négocier en cas de convention plus avantageuse contractée avec un tiers.

Mentionnons aussi les sentences arbitrales des 5 mars et 16 avril 1969, reprises dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 13 janvier 1971 (1).

Un contrat de fourniture de pétrole conclu le 8 septembre 1960 comportait les clauses suivantes :

(1) Paris, 13 janvier 1971, Revue de l'arbitrage, 1973, pp. 68 et s. et note P. FOUCHARD.

"Art. V.F. Si la situation du marché du pétrole venait à se modifier de façon telle que le mécanisme des prix du contrat cessât de donner des résultats équitables pour l'une ou l'autre des parties, celles-ci se concerteraient à la requête de celle d'entre elles qui le demanderait de façon à rétablir, si nécessaire, un mécanisme de prix qui donnât des résultats équitables pour elles deux ..." Art. 15 (ERAP) et 17 (SOFREPAL) : "Si, au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes, ou si les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants".

En 1967, le vendeur conclut des contrats plus avantageux avec un autre acheteur.

L'acheteur originaire se prévalait de cette circonstance pour obtenir la révision de ses propres prix.

Après avoir ordonné la production des nouveaux contrats passés en 1967 avec un tiers acheteur, les arbitres estimèrent que l'acheteur originaire était, en l'espèce, en droit de se prévaloir des clauses de révision précitées.

L'originalité de cette décision est de faire application des clauses relatives au changement de circonstances à un fait nouveau, dont l'un des contractants a pris l'initiative.

C'est en effet la conclusion d'une nouvelle transaction par une partie avec un tiers qui a engendré la révision du contrat ; or la clause de hardship vise le changement de circonstances généralement

extérieur aux parties contractantes. L'hypothèse visée par l'espèce étudiée est normalement appréhendée par la clause du client le plus favorisé (1).

Dans l'un et l'autre cas, il s'agit cependant d'adapter le contrat aux nouvelles conditions du marché.

(1) Voy. M. FONTAINE, Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, 1978, pp. 185 à 220.

Conclusions générales

En droit comparé, la problématique du changement de circonstances revêt un caractère complexe, imprécis, empreint d'équité. Cette constatation montre la nécessité d'organiser le changement de circonstances dans des clauses claires et précises.

Les clauses de hardship se caractérisent par leur diversité, à la fois dans leur définition de l'hypothèse visée et dans le régime juridique dont elle est assortie. Ces clauses veillent, pour la plupart, à garantir la stabilité du contrat, élément souvent essentiel dans les opérations économiques internationales.

La jurisprudence arbitrale est plutôt muette sur les conditions d'application de la clausula rebus sic stantibus. Elle témoigne en tout cas d'une appréciation sévère des arbitres à l'égard de l'application de la clausula rebus sic stantibus dans les contrats internationaux.

Enfin, la jurisprudence étudiée en matière d'obligation de négociation illustre l'efficacité économique de l'exécution en nature du contrat par rapport à la réparation sous forme de dommages et intérêts.

ANNEXE

CLAUSES de HARSHIP

Ces clauses nous ont été communiquées par M. le Professeur FONTAINE, animateur du Groupe Contrats Internationaux, à qui nous tenons à exprimer notre reconnaissance.

CLAUSES DE HARDSHIP

Exemple n° 1Modification des circonstances

En cas de modification fondamentale des circonstances imposant à l'une des parties une charge inéquitable découlant du présent protocole, les parties se consulteront aux fins de trouver en commun des ajustements équitables à cet accord.

Exemple n° 2Hardship

If owing to changed circumstances such as changes in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations or differential customs duties unduly discriminating against the origin from which A is then supplying to B, the continued operation of which is causing undue hardship to either party, that party shall have the right to require the other party to participate in a joint examination of the position with a view to determining whether revision or modification of the provisions hereof is required and if so what revision or modification would be appropriate and equitable in the circumstances.

Exemple n° 3

Les conditions de la présente convention pourront être revues de commun accord si un événement imprévisible et étranger aux parties a pour effet que l'une d'entre elles retire du présent contrat des avantages hors de proportion avec ses obligations.

A défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économique assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un événement imprévisible.

Lesdits experts agiront seuls pour leur partie et seront tenus au secret professionnel et à l'ensemble des règles déontologiques de leur profession.

Exemple n° 4

In entering in this long-term Agreement, the parties hereto agree that it is impracticable to make provision for every contingency which may arise during the term thereof, and the parties hereby agree it to be their intention that this Agreement shall operate between them with fairness and without substantial and disproportionate prejudice to the interests of either, and that if in the course of the performance of this Agreement unfairness or substantial and disproportionate prejudice to either party is expected or disclosed, then the parties will use their best endeavors to agree upon such action as may be necessary to remove or modify such unfairness or prejudice.

Exemple n° 5

Dans le cas de modifications importantes pouvant affecter le système monétaire international, modifications notamment susceptibles d'entraîner des distortions sérieuses dans les relations entre les monnaies auxquelles il est fait référence dans ce contrat, l'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontrer le plus rapidement possible afin d'étudier les modifications éventuelles à apporter d'un commun accord au présent contrat.

Il reste entendu que ces modifications auront pour but d'éviter que l'une des parties ne tire profit au détriment de l'autre partie de la nouvelle situation ainsi créée.

Exemple n° 6

En cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties et qui auraient pour effet de bouleverser les bases économiques du présent marché au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient, dans le même esprit de bonne foi que celui qui a présidé à la conclusion de la présente convention, à se mettre d'accord sur une adaptation du prix, ou s'il y a lieu, des éléments de la formule d'indexation

du prix, de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion de la présente convention.

Il en sera notamment ainsi en cas de modification d'ordre monétaire qui aurait pour effet de bouleverser l'économie du contrat.

A défaut d'accord des parties dans un délai de ---- jours, à compter de la demande d'adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant un préavis de ---- jours à notifier par lettre recommandée. Pendant ce préavis, les fournitures se poursuivront sans modification des conditions contractuelles.

Sont exclus des cas ci-avant, les cas de force majeure visés à la clause "force majeure".

Exemple n° 7

Unfairness or Undue Hardship

In entering into this long term Agreement, the parties hereto agree that it is impracticable to make provision for every contingency which may arise during the term thereof, and the parties hereby agree it to be their intention that this Agreement shall operate between them with fairness and without undue hardship to the interests of either, and that if in the course of the performance of this Agreement unfairness or undue hardship to either party is expected or disclosed, then the parties will use their best endeavours to agree upon such action as may be necessary to remove or moderate such unfairness or undue hardship.

If it shall be determined by arbitration as provided for in paragraph ("Arbitration") hereunder, or if the parties agree, that unfairness or undue hardship exists, and the parties shall fail to agree upon such action as may be appropriate to abate such unfairness or undue hardship' within a reasonable time thereafter, not to exceed ---- days, the Agreement shall be suspended for a maximum of --- months on the written request of their party. Should the cause of such unfairness or undue hardship remain unchanged after this period of suspension, then either party shall be entitled to cancel this Agreement forthwith on written notice without liability for damages.

No arbitrator shall prescribe a remedy or require any amendment of this Agreement for any "unfairness" or "undue hardship" found in any proceeding under this paragraph.

Any quantity of the product which has not been delivered as a result of a suspension under this provision shall be cancelled, unless otherwise mutually agreed.

Exemple n° 8

Hardship. When entering into this Agreement the parties contemplate that the effects and/or consequences of this Agreement will not result in economic conditions which are substantial hardship to any of them ; provided that they will act in accordance with sound marketing and efficient operating practices. They therefore agree on the following :

- a. Substantial hardship shall mean if at any time or from time to time during the term of this Agreement without default of the party concerned there is the occurrence of an intervening event or change of circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator such that the consequences and effects of which are fundamentally different to what was contemplated by the parties at the time of entering into this Agreement such as, without limitation, the economic consequences and effects of a novel economically available source of products, which consequences and effects place said party in the situation that then and for the foreseeable future all annual costs (including, without limitation, depreciation and interest) associated with or related to the processed oil which is the subject of this Agreement exceed the annual proceeds derived from the sale of said oil notwithstanding the effect of other relieving or adjusting provisions of this Agreement the party claiming that it is placed in such position as foresaid may by notice request the other for a meeting to determine if said occurrence has happened and if so to agree upon what, if any, adjustment in the price then in force under this Agreement and/or other terms and conditions thereof is justified in the circumstances in fairness to the parties to alleviate said consequences and effects of said concurrence. Price control by the Government of the state of the relevant Buyer affecting the price of oil in the market shall not be considered to constitute substantial hardship.

- b. If the Seller and the Buyer have not agreed a mutually acceptable solution within (sixty) 60 days after the notice requesting a meeting under the provisions of the Section _____, either party may require the matter to be submitted for arbitration in accordance with Section _____. The arbitrators shall determine whether the aforesaid occurrence has happened, and if so what adjustment, if any, in the said price or in the other terms and conditions should be made for the purposes of paragraph (a) having due regard for the interests of the other party, and any revised prices or other conditions so determined by said arbitrators shall take effect on the date when notice of arbitration was first given unless the arbitrators decide a later date. Notwithstanding the foregoing either the Seller or the Buyer concerned in the arbitration who did not request arbitration may, not later than sixty (60) days from the date the arbitration award is issued, give notice of termination of the Agreement the termination to be effective either at the end of the next succeeding Contract Year or at the end of the second succeeding Contract year, which termination date shall be stated in said notice. The other party shall have sixty (60) days from the date of receipt of said notice of termination to elect by notice to the party giving notice of termination whether to accept said termination or to continue the Agreement under the terms and conditions prevailing prior to said award as though such award had never been made ; provided that if said party elects to accept termination of the Agreement it may nevertheless elect in the said notice to change the termination date to a day at the end of a month not less than one year nor more than two years from the date said notice of termination was given by the other party. If the Agreement is to be terminated then it shall continue in force in accordance with the terms and conditions hereof as if there had been no award until the date of termination ;
- c. This section_____ may not be invoked by Seller or buyer prior to the First day of_____, 19.. and no more often than once every two (2) years.
- d. To the extent that any occurrence of hardship as determined under this section _____shall have decreased or ended then any revision of prices or other conditions pursuant to an arbitration award likewise be changed or ended and the terms and conditions of the Agreement (if not already terminated pursuant to paragraph b) thereof) shall be restored to take account of the said decrease or ending of the occurrence of hardship.

9. En cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties, et pour autant que ces événements aient pour effet de bouleverser les bases économiques de la présente convention au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient, dans le même esprit que celui qui a présidé à la conclusion des présentes, à se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires. Si les parties ne parvenaient pas à s'entendre, elles auraient à s'en remettre à l'arbitrage prévu.

Sont exclus des dispositions ci-dessus les cas de force majeure visés aux présentes.

10. Dans le cas de modifications importantes pouvant affecter le système monétaire international, modifications notamment susceptibles d'entraîner des distorsions dans les relations entre les monnaies auxquelles il est fait référence dans ce contrat, l'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontrer le plus rapidement possible afin d'étudier les modifications éventuelles à apporter d'un commun accord au présent contrat.

Il reste entendu que ces modifications auront pour but d'éviter que l'une des parties ne tire profit au détriment de l'autre partie de la nouvelle situation ainsi créée.

12. En stipulant les clauses de la présente convention, les parties constatent l'impossibilité de prévoir tous les cas qui pourraient se présenter au cours de l'exécution du contrat. En conséquence, les parties déclarent que leur intention est que cette convention se déroule dans un esprit d'équité et sans qu'un préjudice matériel exagéré puisse en résulter, ni pour l'acheteur, ni pour le vendeur. S'il advenait qu'une telle situation préjudiciable soit à craindre ou vienne à se réaliser, les parties conviennent de rechercher en commun les moyens aptes à y remédier. Si aucun accord n'était intervenu dans un délai de soixante jours à compter de la demande de revision introduire par l'une des parties, celles-ci s'en remettraient à la décision d'un conciliateur unique à désigner de commun accord.
- Les dispositions du présent article seront également d'application dans le cas où les parties ne parviendraient pas à se mettre d'accord sur les revisions de prix telles que prévues aux articles

Sont exclus des dispositions ci-avant les cas de force majeure visés aux articles

13. En cas de modifications de droit ou de fait dans les parités (officielles) du franc belge et du florin ou de changements dans le système monétaire actuel qui auraient pour effet de bouleverser l'économie du contrat, les parties auraient à s'entendre pour adapter le prix et, s'il y a lieu, les éléments de la formule d'indexation du prix de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du contrat.

14. En cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties, qui auraient pour effet de bouleverser les bases économiques du présent marché au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient, dans le même esprit que celui qui a présidé à la conclusion des présentes, à se mettre d'accord sur une adaptation du prix ou, s'il y a lieu, des éléments de la formule d'indexation du prix de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat.

Il en sera notamment ainsi en cas d'application de nouveaux droits d'exportation ou d'importation et en cas de modification de droit ou de fait dans les parités officielles actuelles du \$ USA, du franc belge et du florin (1 \$ = 50 Fb = 3,62 Fl) ou de changements dans le système monétaire actuel qui auraient pour effet de bouleverser l'économie du contrat.

15. En cas de modifications de droit ou de fait, dans les parités du franc belge et du florin, ou de changement dans le système monétaire actuel, qui auraient pour effet de bouleverser l'économie du contrat, la partie concernée pourra demander une adaptation du prix et, s'il y a lieu, des éléments de la formule d'indexation du prix, de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du contrat.

A défaut d'accord des parties sur telle adaptation dans un délai de trente jours de la demande d'adaptation, la partie qui aura invoqué la clause aura le droit de mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité. Elle devra user de cette faculté dans un délai supplémentaire de trente jours, faute de quoi le contrat s'exécutera sans modification aucune des conditions contractuelles.

*

* *

16. En cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties, qui auraient pour effet de bouleverser les bases économiques du présent marché au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient, dans le même esprit que celui qui a présidé à la conclusion des présentes, à se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires pour permettre de replacer l'une et/ou l'autre des parties dans des conditions d'équilibre comparables à celles qui existaient au moment de la conclusion du présent contrat.

17. In the event of the ... producer basis ceasing to be the representative basis in Western Europe for the purchase and sale of ..., both Seller and Buyer will endeavour to agree upon whatever modifications to the terms of the Contracts should be considered necessary to make it acceptable to both parties, and will do their utmost to come to a reasonable agreement. Failing such agreement the matter shall be referred for decision to three referees who shall be persons fitted by the possession of expert knowledge for such decision. Each of the parties hereto shall be entitled to appoint one referee and the third one shall be nominated by mutual agreement between the parties or failing such agreement by the President for the time being of the International Chamber of Commerce. All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators, and their decision shall be final and conclusive.

b) In entering into this long term Contract the parties hereto agree that it is impracticable to make provision for every contingency which may arise during the term thereof; and the parties hereby agree it to be their intention that this Contract shall operate between them with fairness and without prejudice to the interests of either, and that if in the course of the performance of this Contract unfairness or prejudice or obvious hardship to either party is expected or disclosed, then the parties will use their best endeavours to agree upon such action as may be necessary to remove or modify such unfairness or prejudice.

Failing such agreement the matter shall be referred for decision to three referees who shall be persons fitted by the possession of expert knowledge for such decision. Each of the parties hereto shall be entitled to appoint one referee and the third one shall be nominated by mutual agreement between the parties or failing such agreement by the President for the time being of the International Chamber of Commerce. All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators, and their decision shall be final and conclusive.

c) It is understood the foregoing includes inter alia the following :

1. Monetary events and/ or alterations
2. Environmental prescriptions forcing the designated receiving smelter to undertake new endeavours for providing, elimination and reducing certain elements in its production process or its omissions.

18. a) In the event that during the term of this Agreement the ... producer basis for ... is discontinued or ceases to be the representative basis in Europe for the purchase and sale of ..., then either party shall have the right to ask for renegotiation of the pricing basis by giving notice in writing to the other party. One|such ... notice has been given, pricing on the ... producer basis shall cease with effect from the date on which the ..., producer basis was discontinued or from such date as the parties may agree, and Buyer and Seller shall negotiate and use their best endeavors to agree as early as possible on a new pricing basis in line with the previous pattern.

b) In entering in this long-term Agreement, the parties hereto agree that it is impracticable to make provision for every contingency which may arise during the term thereof, and the parties hereby agree it to be their intention that this Agreement shall operate between them with fairness and without substantial and disproportionate prejudice to the interests of either, and that if in the course of the performance of this Agreement unfairness or substantial and disproportionate prejudice to either party is expected or disclosed, then the parties will use their best endeavors to agree upon such action as may be necessary to remove or modify such unfairness or prejudice.

c) It is further specifically understood that monetary events and/or alterations are to be considered as contingencies coming under sub-clause (b) hereabove.

20. If for any bona fide cause the revenue accruing to you from this transaction is insufficient to meet the cost of operations you shall have the right to cancel or to suspend this contract subject to your giving us a minimum day written advance notice of said cancellation or suspension. If the suspension extends for more than months, we shall have the right to terminate the contract forthwith by giving you written notice to this effect.

21. Clause de change

Les prix mentionnés ci-dessus sont basés sur les parités actuelles du D.M., du franc belge, de la Livre Sterling. Si des modifications venaient à se produire entre ces parités ou entre l'une et l'autre de ces parités avec pour effet de modifier l'économie du contrat, les parties auraient à se rencontrer pour examiner les meilleures mesures à prendre.

22. Clause de change

En cas de modification de la parité établie au Fonds Monétaire International du Florin hollandais, les parties devraient se revoir immédiatement pour en examiner les incidences sur l'économie du présent contrat et convenir de mesures appropriées. Les parties reconnaissent formellement que les modalités de fixation de prix ainsi arrêtées constituent une condition essentielle et déterminante du contrat tout entier.

HYPOTHESE			REGIME JURIDIQUE			
Nature des circonstances			Effets des circonstances	Notification Constatation	Adaptation (critères)	Intervention du juge ?
non-imputables	imprévisibles	irrésistibles	aggravation de la prestation		résiliation (sort de la contre- prestation)	négociation
			déséquilibre des prestations			tiers/arbitre {amiable compositeur}
			bouleversement de l'économie contractuelle			

Tableau I.

CIRCONSTANCES		REGIME JURIDIQUE
DESCRIPTION	EFFETS DES CIRCONSTANCES SUR LE CONTRAT	a) Notification b) Négociation (avec l'intervention d'un tiers négociateur ou d'un arbitre) c) Résiliation (suspension) (qui peut résilier ?) (<u>sort de la contreprestation</u>) d) Adaptation (critères) e) Sort du contrat pendant la négociation f) Retour aux circonstances normales
<u>SOIT</u> QUALITATIVE - non imputabilité (extériorité) - imprévisibilité - irrésistibilité	<u>SOIT</u> Aggravation de la prestation d'une des parties	
ENUMERATIVE grève, guerre, hausse des prix pétroliers, ou d'autres matières premières	Déséquilibre des prestations	
MIXTE la plus fréquente	Bouleversement de l'économie contractuelle	
	Combinaison	

Tableau II.