

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Faculté de Droit

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

LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE

DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

Doc. 79/3

Le présent texte est une synthèse provisoire des discussions d'un groupe de travail constitué de professeurs, de juristes d'entreprises et d'avocats anglais, allemands, belges, français, italiens, polonais, suédois, suisses et yougoslaves.

Une version définitive de ce texte sera publiée en 1979 dans la revue Droit et Pratique du Commerce International (Paris).

Le groupe de travail est animé par le Professeur M. FONTAINE.

Les clauses de force majeure
dans les contrats internationaux.

Après les clauses de hardship (1), les lettres d'intention (2), les clauses de l'offre concurrente et du client le plus favorisé et les clauses de premier refus (3), le groupe de travail "contrats internationaux" consacre cette quatrième chronique aux clauses de force majeure.

Le sujet est sans doute plus classique, mais il présente des caractéristiques fort originales dans la pratique des contrats internationaux. Qu'il s'agisse de la notion de force majeure, ou de l'aménagement de ses effets sur les obligations contractuelles, les rédacteurs de clauses ont souvent innové par rapport aux solutions traditionnellement enseignées des droits romanistes. L'étude de ces développements issus de la pratique présente donc un vif intérêt pour l'affinement de la théorie juridique.

-
- (1) Les clauses de hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, D.P.C.I., 1976, pp. 7-49.
- (2) Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, D.P.C.I., 1977, pp. 73-122.
- (3) Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1978, pp. 185-220.

Pour les praticiens, en outre, l'analyse critique des clauses récoltées met en évidence les différentes facettes d'une clause de force majeure auxquelles il importe d'être attentif lors d'une négociation, avec les variantes possibles et les pièges de rédaction à éviter.

La récolte de clauses de force majeure ne suscite guère de difficultés ; ces clauses sont courantes. Le groupe de travail en a rassemblé une centaine, parmi lesquelles une trentaine, préalablement sélectionnées pour leurs caractéristiques intéressantes, ont fait l'objet de discussions approfondies. Le reste de l'échantillon, cependant, a également été pris en considération pour la rédaction de la présente chronique.

Le groupe de travail a discuté des clauses de force majeure lors de séances tenues en 1977, 1978 et 1979 à Londres, Paris, Louvain-la-Neuve et Varsovie. Cette dernière réunion, rendue possible grâce à l'aimable invitation de la Faculté de Droit de Varsovie, fut exceptionnellement fructueuse ; une trentaine de juristes polonais spécialistes du commerce extérieur s'étaient joints au groupe pour l'occasion. La discussion a principalement porté sur les particularités des clauses de force majeure insérées dans les contrats Est-Ouest, dont on ne manquera pas de rendre compte ci-après.

La description analytique des clauses de force majeure récoltées (I) sera suivie de l'exposé d'un certain nombre de considérations critiques (II), conclusions de cette nouvelle phase des travaux du groupe.

I. Les clauses de force majeure : description analytique.

L'analyse qui suit tente de dresser le tableau des principaux éléments généralement présents dans les clauses de force majeure, avec les nombreuses variantes, bonnes ou moins bonnes, que peut connaître leur rédaction.

Comme la plupart des clauses contractuelles, la clause de force majeure comporte deux parties. Il s'agit d'abord de circonscrire l'hypothèse (A) ; la clause décrit ensuite le régime applicable (B).

A. Hypothèse.

L'hypothèse considérée est celle de l'événement de "force majeure". Mais cette notion, issue du droit romain, n'est pas connue de tous les systèmes juridiques, et là où elle est accueillie, elle ne manque pas de subir des interprétations divergentes. C'est pourquoi, même lorsque le concept de "force majeure" appartient à la loi du contrat, les rédacteurs des clauses éprouvent souvent le besoin de définir la notion, voire même d'accompagner la définition d'une série d'exemples d'événements. En de nombreux cas, il s'agit d'ailleurs de caractériser conventionnellement une hypothèse qui s'écarte plus ou moins des critères du droit applicable, soit en élargissant la définition, soit en incluant dans la liste des exemples des événements qui ne relèveraient pas nécessairement de la force majeure. La variété des formulations est infinie ; d'autre part, les rédactions sont fréquemment défectueuses. On cherchera ci-dessous à décrire les exemples les plus intéressants ou les plus représentatifs de notre échantillon.

a) Définition.

1. Des définitions classiques de la force majeure apparaissent dans les clauses suivantes :

- *"Force majeure are contingencies caused by either of the parties and which are unforeseeable at the time of concluding the Contract, uncontrollable and which render the further performance of the contractual obligations impossible ..."*.

- *"On entend par force majeure tous les événements indépendants de la volonté des parties, imprévisibles ou si prévisibles inévitables, intervenus après l'entrée en vigueur du contrat et qui empêchent l'exécution intégrale ou partielle des obligations dérivant de ce contrat"*.

Ces deux exemples font apparaître les critères traditionnels de la force majeure, à savoir l'imprévisibilité, l'inévitabilité, l'extériorité par rapport à la volonté des parties et l'effet sur l'obligation, de rendre l'exécution de celle-ci impossible.

2. En général, cependant, les clauses comportant une définition de la force majeure omettent l'un ou l'autre de ces critères, ou le formulent de manière moins rigoureuse.

L'imprévisibilité, par exemple, n'est pas expressément requise dans les clauses suivantes :

- *"In the Contract "force majeure" shall mean any occurrence outside the control of the parties preventing or delaying their performance of the contract..."*.

- *"En cas de survenance d'événements indépendants de la volonté des parties et d'impossibilité d'exécution totale ou partielle par une des parties engagées par la présente convention..."*.

- "... in case of force majeure or for any reason beyond its control making it impossible for producer to manufacture or to deliver...".

Le caractère d'inévitabilité est plus rarement omis. En voici cependant un exemple :

- "The contracting parties are relieved of their obligations for partial or complete failure to comply with the contract liabilities with regard to the delivery terms if such failure is due to force majeure. Force majeure regards all circumstances occurred after the signature of the contract and as a result of any event of exceptional nature, that could not have been anticipated by the contracting parties at the signature of the contract...".

Exceptionnellement aussi, les rédacteurs oublient de faire allusion à l'effet que l'événement doit avoir sur l'exécution du contrat :

- "On entend par force majeure pour l'exécution du contrat tous les événements indépendants de la volonté des parties, imprévisibles ou, si prévisibles, inévitables".

Ces omissions peuvent résulter d'inadvertances; certaines d'entre elles traduisent peut-être le souci d'assouplir les conditions classiques de la force majeure. Mais ce souci est plus évident dans les clauses qui assortissent expressément les critères traditionnels de qualifications destinées à en tempérer la rigueur.

L'inévitabilité est par exemple atténuée dans la clause suivante :

- "On entend par force majeure pour l'exécution du contrat tout acte ou événement imprévisible, irrésistible, hors du contrôle des parties et qui ne pourra être empêchée par ces dernières malgré des efforts raisonnablement possibles".

Dans un autre exemple, l'appel à la raison vise également l'imprévisibilité :

- "... tout événement , circonstance ou état de fait que le vendeur ne pouvait raisonnablement ni prévoir, ni empêcher et auxquels il lui a été impossible de porter remède de manière à pouvoir respecter les délais contractuels de livraison".

Une clause fait allusion à la "due diligence", permettant peut-être également une interprétation plus souple des critères en cause :

- "By force majeure are to be meant extraordinary events independent of the Parties' will that cannot be foreseen or averted by them even with due diligence, being beyond their control preventing the Contracting Party / or Parties / to come up his (their) obligation(s) undertaken in this Contract".

L'atténuation des exigences concerne cependant le plus souvent l'impact des événements de force majeure sur l'exécution des obligations contractuelles. Une impossibilité absolue d'exécution n'est pas toujours exigée :

- "On entend par force majeure... tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties rendant momentanément humainement impossible l'exécution de leurs obligations ou de certaines d'entre elles.

- "Sont considérés comme cas de force majeure ou assimilés, outre les cas communément admis par la jurisprudence belge et française... (suit l'énumération d'une série d'événements)... et en général toutes les causes étrangères à la volonté ou à l'influence des contractants qui pourraient mettre obstacle à la marche normale de l'approvisionnement, de la fabrication ou des expéditions des contractants".

- "If either party is prevented from or delayed in carrying out any of the provisions of this Agreement by reason of ... (énumération d'événements)... or any cause beyond its control making it impossible or exorbitant from an industrial or commercial standpoint to perform its obligations hereunder...".

On notera que cette dernière clause s'écarte sur deux plans de la force majeure classique : elle atténue l'exigence d'impossibilité d'exécution et elle omet le critère d'imprévisibilité.

Dans d'autres exemples, l'imprévisibilité est également passée sous silence, mais c'est l'inévitabilité qui fait l'objet d'une appréciation moins rigoureuse :

- "If either Sellers or Buyers are rendered unable wholly or in part by force majeure to carry out its obligations under this Agreement... (suit le régime applicable). The expression "force majeure" shall mean circumstances which were beyond the control of the party concerned exercising the standard care of a reasonable and prudent operator".

- "The expression "force majeure" shall mean circumstances ... which were beyond the control of the party concerned and which by the exercise of due diligence and reasonable foresight it could not have prevented or overcome".

3. Parfois, les rédacteurs de clauses renoncent à proposer une définition originale, mais ils se réfèrent à des sources d'interprétation extérieures au contrat.

- " *The Sellers shall not be held responsible for late delivery or non-delivery of the goods owing to generally recognized "force majeure" causes*".

- " *Outre les cas de force majeure admis par la jurisprudence, sont notamment considérés comme cause d'exonération s'ils interviennent après la conclusion du contrat et en empêchent l'exécution : ... (suit une énumération) ..., lorsque ces autres circonstances sont indépendantes de la volonté des parties*".

Le groupe de travail n'a pas manqué de relever le caractère dangereusement vague de ces formulations, particulièrement dans la première des deux clauses. Bien que la loi applicable au contrat circoncrive sans doute le débat, on peut se demander par qui ces causes de force majeure doivent être reconnues. Par la loi ? La jurisprudence ? La doctrine ? A moins que les parties n'aient voulu se référer à la lex mercatoria ? La seconde clause est un peu moins imprécise, puisqu'elle se réfère expressément à la jurisprudence, et que certains critères d'interprétation sont fournis à propos des événements énumérés à la suite de la formule générale ; on est cependant encore loin d'un modèle de rédaction (1).

On rapprochera de cette seconde clause celle déjà citée plus haut, qui faisait référence aux "cas communément admis par la jurisprudence belge et française".

L'échantillon rassemblé comportait deux clauses s'en remettant aux parties elles-mêmes, ou aux arbitres, pour attribuer à un événement le caractère de force majeure :

- " *If either of the parties be prevented from performing its obligations under the contract by such cases of force majeure as ... (suit une énumération d'événements)...*

(1) Une clause analogue a fait l'objet de discussions au Colloque de Tours : cfr. D.P.C.I., 1979, pp. 147-150.

or by other cases which can be recognized by both parties as being cases of force majeure for being beyond their control ...".

- *"Les cas de force majeure sont ... (suit une énumération d'événements) ..., ainsi que les autres cas à déterminer par l'arbitrage comme cas de force majeure"*.

Ces formulations paraissent également très dangereuses par leur imprécision ; elles prêtent à équivoques. A la différence de la première, la seconde clause ne fournit même aucun critère d'appréciation.

On appréciera par contre l'intérêt de la clause suivante, qui emprunte en termes précis sa conception de la force majeure à une loi nationale :

- *"Unabwendbare Gewalt" is a circumstance preventing the fulfilment of contractual obligations which at the time of conclusion of this Agreement, was unforeseeable and could not be prevented with the diligence commonly required in international trade (as set forth in Article 293, paragraph I of the "Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge" of February 5, 1976, as published in the Gesetzblatt der DDR, dated February 10, 1976)".*

D'après les renseignements recueillis, le reste du contrat n'était probablement pas soumis au droit allemand (il n'y avait pas de clause expresse de droit applicable). Des membres du groupe ont cependant attiré l'attention sur les dangers du "panachage". La greffe de tel régime national de la force majeure sur un contrat régi par un autre droit peut entraîner des phénomènes d'incompatibilité. D'insolubles difficultés peuvent se produire si le régime de la responsabilité est soumis à un droit, et celui des causes d'exonération à un autre droit.

4. D'autres clauses, enfin, ne fournissent aucun critère direct ou indirect de détermination du sens à donner aux mots "force majeure". L'expression est employée telle quelle, sans autre précision :

- *"S'il se produit des circonstances ou des événements de force majeure et /ou de cas fortuit, ... (suit la description des conséquences)".*

- *"Tous les cas de force majeure, qui peuvent se présenter pendant la durée du contrat, déchargent la partie etc..."*.

- *"Au cas où le fournisseur prévoirait, pour cas de force majeure, une diminution de ses fournitures ..."*.

La seule ressource de l'interprète est dès lors de se référer à la loi du contrat. Encore faut-il que celle-ci connaisse la notion de force majeure.

Parfois, l'absence de définition est partiellement palliée par l'énumération de quelques exemples de cas de force majeure :

- *"En cas de force majeure (incendie, inondation, tremblement de terre, épidémie et autres calamités), ..."*.

- *"Par cas de force majeure s'entendent les cas comme guerre, incendie, explosion et fléaux de la nature tels que : inondations, tremblement de terre, etc..."*.

Ces deux clauses paraissent se référer uniquement à des événements de nature catastrophique, ce qui peut fournir un indice à l'interprète. Mais elles ne révèlent rien en ce qui concerne les caractéristiques que doivent présenter ces événements pour constituer en l'espèce des cas de force majeure (imprévisibilité, inévitabilité, etc...).

b) Énumérations.

On vient déjà de citer deux exemples d'énumération de circonstances constitutives de cas de force majeure, là où ces énumérations remplaçaient des définitions absentes. En général, cependant, l'énumération, lorsqu'elle existe (deux tiers des cas dans notre échantillon), sert d'illustration exemplative à la définition. On tentera d'abord de tracer un panorama des circonstances les plus fréquemment reprises dans les énumérations dont le groupe de travail a pris connaissance, avant d'examiner les articulations possibles entre les définitions et les énumérations.

1. Les cataclysmes naturels sont les plus fréquemment cités. Rares sont les énumérations qui ne citent pas l'un ou l'autre d'entre eux. Voici à titre d'exemples, quelques extraits de clauses :

- "... *tremblement de terre, typhon, tempête, alluvions, incendies, ...*".
- "... *incendie, inondation, sécheresse, glace, ...*".
- "... *forces of nature, perils of navigation, shipwreck, ..., ... epidemics, ... landslides, lightning, earthquakes, fires, storms, tidal waves, floods, washouts, ... freezing of lines, ...*".

L'énumération se termine parfois par une formule générale :

- " ... *earthquake, flood, fire or other natural disaster*".
- " ... *incendie, inondation, tremblement de terre, épidémie et autres calamités...*".

Parfois, la formule générale précède :

- "... les calamités naturelles ou les autres événements tels que : tremblement de terre, typhon, tempête, inondations, alluvions, incendies, etc...".

D'autres clauses se contentent d'une telle formule générale pour couvrir les cataclysmes naturels :

- " ... any operation of the forces of nature ...".

- "... cataclysmes ...".

A cet effet, l'expression anglaise "Act of God" est souvent utilisée ; dans des contrats conclus avec des pays socialistes, elle est parfois remplacée par l'expression "Act of elements".

Les conflits armés constituent la deuxième catégorie d'événements les plus fréquemment présents dans les énumérations. Ici également, les clauses se différencient selon qu'elles recourent ou non à des formules générales, et selon qu'elles tentent ou non d'évoquer le plus grand nombre d'hypothèses possibles :

- "Disasters, such as ... war".

- "... opérations militaires de tous genres ...".

- "... acts of war, ... revolutions and the like".

- "... la guerre (déclarée ou non), la rébellion, la révolution, la commotion civile, ...".

- "... war, preparation for war, blockade, revolution, insurrection, mobilization, civil commotions, riots...".

- "... war, hostilities (whether war be declared or not) invasion, act of foreign enemies, rebellion, revolution, insurrection or military or usurped power, civil war, or (otherwise than among the Contractor's own employees) riot, commotion or disorder..." (1).

(1) Clause empruntée aux conditions F.I.D.I.C. (art. 20 et 65).

Les conflits du travail n'apparaissent pas dans toutes les énumérations. Dans biens des cas, et spécialement des les contrats Est-Ouest, leur prise en ensidération fait en effet l'objet de divergences entre les négociateurs des clauses. On en reparlera plus loin. Au stade actuel, si l'on se borne à décrire le rédaction des clauses, on constate que lorsque les conflits du travail sont acceptés comme hypothèses possibles de force majeure, il y est généralement fait allusion de manière peu circonstanciée, en insérant les mots 'grève', "strike", voire également "lockout", dans l'énumération. Voici néanmoins quelques formules plus explicites trouvées dans l'échantillon examiné par le groupe de travail :

- "... *strike or lockout or other industrial action ...*".
- "... *la grève, ... les troubles du travail...*".
- "... *strike, lockout, differences with workmen ...*".
- "... *grèves générales, grèves organisées syndicalement dans l'entreprise du vendeur et dans les entreprises de ses sous-traitants ...*".

On relèvera particulièrement cette dernière formule, qui paraît exclure les grèves dites "sauvages", mais qui contient une intéressante extension aux grèves affectant les sous-traitants.

Le Fait du Prince, c'est-à-dire l'obstacle à l'exécution des obligations contractuelles résultant de l'intervention des pouvoirs publics, peut prendre différentes formes :

- "... *interdiction d'exportation ou importation ...*".
- "... *inability to obtain necessary construction or exploitation permits ...*".
- "... *interdiction de transfert de devises, ... restrictions d'emploi d'énergie ...*".

On peut juger préférable de recourir à des formules plus générales :

- "... governmental order or regulation ...".
- "... acts of Government or any governmental authority or representative thereof (whether or not legally valid)...".
- "... any legislative, judicial or governmental action...".

Les difficultés de transport et/ou d'approvisionnement préoccupent aussi les rédacteurs de nombreuses clauses :

- "... impossibility of the use of railway, port, airport, river transport, roads ...".
- "... manque de wagons ou tonnage"...
- "... delay of carriers...".
- "... interruption or delay of transport facilities ...".
- "... graves crises de ravitaillement ou matières premières indispensables à la production ...".
- "... complete or partial shutdown of plant by reason of inability to obtain sufficient raw materials or power ...".
- "... shortage of labour, ... power or fuel shortage...".
- "... lack or failure of supplies of power, raw materials and labor...".

On citera enfin, parmi les événements fréquemment repris dans les énumérations de cas de force majeure, les bris de machines et accidents analogues :

- "... bris ou mise hors service de machines...".
- "... accident to plant...".
- "... explosions, breakage or accident to machinery, oil or gas pipelines...".
- "... les accidents d'exploitation généralement quelconques ...".

2. Dans la plupart des cas, les événements figurant dans l'énumération servent d'illustration à la notion de force majeure préalablement évoquée ou définie. Comment, plus précisément, l'articulation se réalise-t-elle ?

En premier lieu, les énumérations sont en principe exemplatives. Elles sont presque toujours introduites par une expression du genre "notamment" ou "par exemple", et/ou suivies d'un "etc..." ou d'une formule telle que "... ou autres circonstances analogues". En voici une illustration typique :

- *"Force majeure are contingencies caused by neither of the parties and which are unforeseeable at the time of concluding the Contract, uncontrollable and which render the further performance of the contractual obligations impossible as for instance acts of God, acts of war, acts of Government, blockages and revolutions and the like".*

Dans des cas très rares, l'énumération paraît limitative :

- *"Special and excepted risks are : war, hostilities, ..., any operation of the forces of nature as reasonable foresight and ability on the part of the Contractor could not foresee or reasonably provide against".*

On a par ailleurs déjà cité certaines clauses où les exemples énumérés semblent limiter les cas de force majeure à certains types de cataclysmes. Rappelons l'une de ces clauses :

- *"En cas de force majeure (incendie, inondations, tremblement de terre, épidémie et autres calamités),..."*.

Le problème majeur d'articulation entre la notion de force majeure et l'énumération des cas est cependant de savoir si les circonstances visées constituent toujours des hypothèses de force majeure, ou seulement lorsqu'elles répondent aux caractéristiques générales de la notion. Les

événements en cause peuvent en effet n'être que des illustrations ; mais ils peuvent aussi figurer dans l'énumération parce que les parties ont voulu les assimiler à des cas de force majeure, en dehors des conditions de celle-ci. Dès lors, une rédaction ambiguë risque de susciter de graves problèmes d'interprétation. Qu'on en juge d'après la clause suivante :

- *"By force majeure are to be meant extraordinary events independent of the Parties' will that cannot be foreseen or averted by them even with due diligence, being beyond their control preventing the Contracting Party or Parties to come up to his / their / obligation(s) undertaken in this Contract . Disasters, such as inundations, earthquake, stroke of lightning and war are to be considered as such events"*.

Toute inondation, toute guerre sont-elles nécessairement des cas de force majeure pour l'exécution du contrat ? Ou ne le sont-elles que dans les conditions de la première phrase de la clause ? Il y a des inondations qui sont prévisibles, il y a des guerres qui n'empêchent pas l'exécution du contrat ...

Si les parties n'entendent prendre en considération les événements cités que s'ils répondent aux critères généraux, la rédaction doit être plus attentive sur ce point.

Dans la clause suivante, les termes "selon le cas" paraissent soumettre les hypothèses énumérées aux conditions de la phrase précédente :

- *"Aucune des Parties ne sera responsable de la non-exécution des obligations qu'elle assume par le présent Contrat, s'il se présente des circonstances de Force majeure et/ou de Cas fortuit, c'est-à-dire n'importe quel événement ou circonstance indépendant et en dehors du contrôle des Parties. On considérera Force majeure ou Cas fortuit, selon le cas, entre autres, la guerre (déclarée ou non), la rébellion, ... (suite de l'énumération)"*.

Cette rédaction reste cependant douteuse.
On préférera des formulations plus explicites, telles que les suivantes :

- ... sont notamment considérées comme cause d'exonération s'ils interviennent après la conclusion du contrat et en empêchent l'exécution : les conflits du travail et toutes autres circonstances telles que incendie, mobilisation, ... (suite de l'énumération), lorsque ces autres circonstances sont indépendantes de la volonté des parties".

- "The expression "force majeure" shall mean circumstances which were beyond the control of the party concerned exercising the standard of care of a reasonable and prudent operator. Subject to the foregoing and without limiting the generality of the foregoing the following circumstances in particular shall be regarded as force majeure : forces of nature, perils of navigation, ... (suite de l'énumération), or any other cause whether of the kind herein enumerated or otherwise which is beyond the control of the party concerned exercising the standard of care of a reasonable and prudent operator".

- "(a) The expression "force majeure" shall mean circumstances (whether of the kind mentioned in sub-cause (b) of this Clause or otherwise) which were beyond the control of the party concerned and which by the exercise of due diligence and reasonable foresight it could not have prevented or overcome .

(b) The circumstances which shall (provided they fulfil the requirements of sub-cause (a) of this clause) be within the definition of Force majeure shall include but shall not be limited to the following : acts of God or forces of nature, ... (suite de l'énumération)".

B. Régime.

Lorsque l'hypothèse de force majeure est réalisée, la clause décrit le régime qui lui est applicable. Il s'agit d'abord de notifier au co-contractant la survenance de l'hypothèse, et de lui en fournir les justifications. La clause précise ensuite les effets sur les obligations des parties : exonération de toute responsabilité, suspension de l'exécution. De nouvelles obligations peuvent naître, de mettre tout en oeuvre pour lever au plus tôt l'impossibilité d'exécution, et de notifier la fin de la situation de force majeure. Si la situation se prolonge au-delà d'un certain délai, il peut être stipulé que le contrat sera renégocié ou résilié.

a) Notification, preuve.

La survenance d'un événement de force majeure a d'importants effets sur la poursuite de l'exécution du contrat. Il importe donc que le co-contractant en soit rapidement prévenu, et que les justifications nécessaires lui soient fournies. Nombreuses sont cependant les clauses de force majeure qui oublient de traiter ces problèmes, et qui laissent leur solution aux principes généraux, si ce n'est à l'inspiration du moment. Il paraît souhaitable d'éviter ces incertitudes, en réglant d'avance les modalités de notification et de preuve. Voici, à cet égard, ce que révèle l'analyse des clauses qui se sont engagées dans cette voie.

1. L'exigence de notification, lorsqu'elle est prévue, est généralement assortie de conditions de formes et de délais.

Quant aux formes, il est parfois simplement requis que la notification soit expresse :

- "La partie qui invoque un cas de force majeure devra aussitôt adresser une notification expresse à l'autre partie".

Plus souvent, la clause réclame une notification écrite :

- "Upon the occurrence of any such contingencies the party suffering therefrom shall immediately give the other party notice in writing of the cause of delay...".

Parfois, la notification doit se faire par lettre recommandée, cable ou télégramme, voire par une combinaison de deux de ces modes :

- "La partie qui invoque le cas de force majeure devra, aussitôt après la survenance, adresser une notification expresse et recommandée à l'autre partie".

- "... such party shall advise the other by cable of the date when such delay commenced ...".

- "The concerned party has to notify the other party of setting in of the events mentioned in § 17.0 immediately by cable and confirm it by a registered mail letter".

Un autre procédé est la notification téléphonique confirmée par écrit :

- "The party claiming force majeure shall notify the other party of said force majeure event promptly after the occurrence thereof by telephone which shall be confirmed by telex or telegram as soon as possible".

La notification doit évidemment intervenir dans un bref délai. Comme le montrent plusieurs des exemples qui viennent d'être cités, de nombreuses clauses se bornent à exiger qu'elle soit faite "aussitôt" ou "immédiatement". Parfois, cependant, un délai précis est prévu ; dans l'échantillon de clauses qui lui étaient soumises, le groupe a relevé des délais de 7, 15, 21 et 30 jours. Dans un autre cas, la notification devait intervenir "within a reasonable time".

Un délai n'a de sens que si son point de départ est connu. Les rédacteurs des clauses n'en sont pas toujours conscients. Lorsqu'ils le sont, le délai est le plus souvent stipulé courir à partir de la survenance de l'événement ; une solution plus favorable au débiteur est prévue dans la clause suivante :

- *"Le vendeur notifiera à l'acheteur l'existence d'un tel cas, dans les trente jours de son apparition, ou de la date à laquelle il est venu à sa connaissance".*

2. La partie qui invoque l'événement de force majeure doit en apporter la preuve. C'est ce qui résulte sans doute du droit commun, mais certaines clauses organisent cette preuve dans ses modalités.

Parfois, c'est la notification dont il vient d'être question qui doit déjà être accompagnée des justifications nécessaires :

- *"Cette notification devra être accompagnée de toutes les informations circonstanciées utiles ...".*

Plus souvent, comme la notification doit être rapide et que la récolte des justifications peut prendre un certain temps, la preuve peut être fournie ultérieurement, le cas échéant dans un nouveau délai :

- "Après cette notification seront envoyées toutes les informations circonstanciées ...".

- "Les preuves officielles du cas signalé seront ... fournies dans les 30 jours à compter de la date de notification du cas de "force majeure", en même temps qu'une indication sommaire des conséquences possibles sur les conditions de livraison".

Comment prouver ? Certains des exemples qui précèdent se bornent à exiger des "informations circonstanciées". La dernière clause envisage des "preuves officielles". Dans d'autres cas, on réclame des "documents dignes de foi", ou le certificat d'"autorités compétentes" :

- "Les cas de force majeure ... ne peuvent être opposés à l'autre partie qu'à condition de lui avoir communiqué, dans un délai de 21 jours de leur apparition, par lettre recommandée, le commencement et la fin de la force majeure invoquée, en annexant à cette communication un certificat des autorités compétentes attestant la réalité et l'exactitude des faits et dates allégués".

Quelles peuvent être ces "autorités compétentes" ? Ce sera par exemple l'Institut Météorologique (tempête), la société des chemins de fer (accident ferroviaire) ou la police (vol). Mais dans les contrats conclus avec les pays socialistes, un rôle privilégié est très souvent reconnu aux Chambres de Commerce :

- "At the party's request the party suffering the force majeure event is obliged to make the Chamber of Commerce of his country testify the event" (contrat avec la Tchécoslovaquie).

- "Les circonstances désignées ci-dessus sont confirmées dans leur nature et dans leur durée par les Chambres de Commerce de chacune des parties correspondantes" (contrat avec l'U.R.S.S.).

- " Cette communication devra être confirmée par la Chambre de Commerce du pays dans lequel est survenu le cas de force majeure" (contrat avec la Hongrie).

- "La confirmation de l'annonce est à ratifier par la Chambre locale de l'Industrie et du Commerce et par le Conseiller commercial de la R.P. de Pologne à Bruxelles" (contrat avec la Pologne) (1).

Ce rôle dévolu aux Chambres de Commerce, et plus généralement aux organismes invités à fournir la preuve de l'événement de force majeure, a fait l'objet de discussions animées. Il en sera question plus loin.

(1) On relèvera, dans cette dernière clause, l'intervention complémentaire d'un agent diplomatique du pays du cocontractant.

3. Quelle est la sanction des exigences relatives à la notification et à la preuve de la force majeure ?

Une première possibilité est de mettre à charge du débiteur la réparation des dommages résultant du retard dans le respect des formalités requises. En voici un exemple :

- *"Vous devez nous signaler toutes les causes de retard dès qu'elles apparaîtront, de manière que nous puissions prendre toutes dispositions utiles, en particulier vis-à-vis des clients, faute de quoi vous seriez tenus pour responsables des préjudices qui en résulteraient pour notre société".*

Parfois, le débiteur ne peut invoquer la suspension de ses obligations qu'à partir du moment où il a notifié :

- *"Tout cas de force majeure ou assimilé... suspend l'exécution de la présente convention ... à partir du moment où la partie intéressée a informé l'autre ...".*

Plus fréquemment, une sanction plus radicale est prévue : le retard dans le respect des formalités entraîne la déchéance du droit d'invoquer la cause exonératoire :

- *"Tout retard pour cas de force majeure, non notifié dans les conditions et formes ci-dessus, ne sera en aucune façon retenu pour le décompte du délai contractuel".*

- "A défaut de notifier le cas ou de fournir les preuves dans les délais impartis, le droit du vendeur de demander une prolongation de délai est frappé de prescription pour ce cas considéré".

- "La partie qui n'a pas respecté cette condition sera réputée avoir pris à charge irrévocablement les risques et toutes les conséquences de la force majeure respective".

- "Si la partie contractante se dérobe à son obligation d'informer l'autre partie par télex, elle ne pourra plus invoquer le cas de force majeure".

Quelle est la sanction applicable dans les très nombreux cas où la clause n'a rien prévu ? La plupart des membres du groupe estiment que c'est la déchéance. D'autres jugent cette sanction trop sévère, compte tenu notamment de la difficulté pour le débiteur, dans bien des cas, de juger d'emblée si tel ou tel incident va constituer un obstacle de force majeure à l'exécution de ses obligations (la durée d'une grève, par exemple, n'est pas toujours prévisible au départ). Doit-il alors le notifier ? Peut-on lui infliger une sanction si lourde pour ne pas l'avoir fait directement ?

L'accord se fait en tout cas sur l'idée que le débiteur ne subira aucune sanction si le retard de la notification est dû à la force majeure elle-même (cfr. par exemple l'interruption des communications).

b) Exonération du débiteur.

La survenance d'un événement de force majeure va empêcher, au moins provisoirement, l'exécution de certaines obligations nées du contrat, dans des conditions excluant toute responsabilité du débiteur. Cet effet exonératoire de la force majeure va de soi pour les rédacteurs de la plupart des clauses, qui ne le mentionnent pas explicitement. Voici cependant quelques exemples où cet effet est souligné :

- *"The Contractor shall not be responsible for any harm or damages that are due to force majeure ..."*.

- "Neither party shall be deemed to be in default of its contractual obligations whilst performance thereof is prevented by force majeure ...".

- "No indemnity shall be claimed by either party in case of force majeure".

- "Pour les retards et non-exécution des obligations dus à la force majeure, aucune partie ne peut réclamer à l'autre des pénalités, des intérêts ou tout autre dédommagement ou participation au préjudice souffert par elle à cause de la force majeure".

c) Suspension de l'exécution.

Alors que la théorie classique, construite à propos de contrats simples, à exécution instantanée, met l'accent sur l'effet extinctif de la force majeure (l'obligation est éteinte), la pratique des contrats internationaux révèle que dans un premier temps tout au moins, la force majeure n'a qu'un effet suspensif.

La suspension peut cependant être aménagée de plusieurs façons.

1. Une première modalité, la plus fréquente, a pour effet de prolonger les délais d'exécution de la durée de la suspension :

- "... les obligations affectées par la force majeure sont prorogées automatiquement d'une durée égale au retard entraîné par la survenance du cas de force majeure".

Une telle formule est courante. Parfois, cependant, la prolongation n'a pas nécessairement la même durée que la suspension. En voici trois exemples différents :

- "... the delivery periods shall be increased as far as necessary to compensate the reduction in deliveries caused by the force majeure".

- "... les délais de livraison seront prolongés d'une durée raisonnable tenant compte des circonstances".

- "Au cas où la partie empêchée par un cas de force majeure estimerait que l'incidence sur les délais est supérieure à la durée même du cas de force majeure, elle se rapprocherait de l'autre partie pour arrêter, en commun, la durée du retard".

2. Une autre possibilité est de suspendre l'exécution mais de ne pas prolonger la durée du contrat, qui se voit donc irrémédiablement amputé d'une fraction de sa durée, et le cas échéant, d'une partie de son objet :

- "... the party so prevented or delayed shall be excused from such performance to the extent and during the period of prevention or delay, without, however, extending the term of this Agreement".

- "Pendant la durée de la force majeure, le présent Contrat suspendra ses effets jusqu'au rétablissement normal de la situation, la durée des présentes n'étant en aucun cas prolongée des périodes de suspension éventuelles et les quantités non livrées étant purement et simplement annulées".

- "Any quantity of ... which is not shipped from port of loading ... due to suspension of this Agreement shall be cancelled from this Agreement unless otherwise agreed within 15 days of the date of the declaration of force majeure hereunder".

3. Dans un contrat d'approvisionnement, la suspension des fournitures risque évidemment de placer le co-contractant dans une situation difficile.

L'acheteur peut-il provisoirement s'approvisionner ailleurs ? C'est ce que prévoit expressément une clause :

- "Buyers shall be at liberty to procure from other suppliers any deficiency of deliveries caused by the operation of this clause".

Mais cette faculté est exclue implicitement dans un autre contrat :

- "The orders corresponding to the suspended deliveries shall accordingly be cancelled, this Agreement remaining in force".

Les derniers mots, en effet, font notamment allusion à l'obligation d'exclusivité.

D'autre part, il est possible que le vendeur ait plusieurs clients, et que l'événement de force majeure ne fasse que réduire ses approvisionnements. Visant cette hypothèse, certaines clauses prévoient des répartitions proportionnelles :

- *"If, by reason of any such contingencies, seller is unable to supply the total demands upon it for the material or materials covered by this Agreement, seller, without liability, may allocate its available supply pro rata among its contract customers and for its manufacturing purposes".*

4. La suspension des obligations affectées par la force majeure résulte le plus souvent de l'application automatique de la clause contractuelle. Parfois, cependant, elle est livrée à la discrétion du cocontractant :

- *"Des prolongations de délais d'exécution pourront être accordées par l'Acheteur au Vendeur dans le cas où celui-ci serait empêché ou retardé dans l'exécution du contrat par suite d'un cas de force majeure ...".*

En sens contraire, certaines clauses laissent une grande latitude au débiteur :

- *"... nous nous réservons le droit de suspendre, de limiter ou d'ajourner partiellement ou totalement nos livraisons ou bien de renoncer à la partie non exécutée du contrat sans aucune obligation de dédommagement".*

d) Efforts en vue de lever l'obstacle de force majeure.

Sous réserve des atténuations soulignées plus haut, l'événement de force majeure est en principe imprévisible et irrésistible lorsqu'il se produit. Mais une fois l'événement survenu, il est souvent possible d'agir en vue de rétablir les conditions permettant la reprise de l'exécution des obligations contractuelles. De nombreuses clauses de force majeure en font une obligation expresse :

- *"Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes dispositions utiles pour assurer dans les plus brefs délais, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par le cas de force majeure et réduire au maximum le retard subi".*

Il est parfois prévu que le co-contractant doit être tenu au courant des mesures prises à cet effet :

- *"... (la partie affectée par la circonstance de force majeure) prendra les mesures nécessaires et réalisera les efforts correspondant aux circonstances pour dominer cette situation, en donnant avis officiel de ses actions à l'autre Partie aux fins pertinentes".*

Souvent, l'obligation est mise à charge des deux parties :

- *"... parties shall exercise all due diligence to minimize the extent of the prevention or delay in the performance of the Contract generally".*

- "The Contracting Parties have to act both during the force majeure event and with respect to its consequences in compliance with the principle of "Bona Fides" in view of realizing the economical aim defined in Chapter I, so as to remedy the loss of time caused by the force majeure case as soon as possible and to get the contractual obligations performed within the shortest possible time".

- "In case of "Unabwendbare Gewalt" the parties must make all reasonable efforts to eliminate or overcome the consequences of such an event. In this regard the parties shall work closely together and shall establish a new delivery plan within the limits of their possibilities. The parties are to keep the damages resulting from "Unabwendbare Gewalt" as small as possible and to take whatever measures are necessary in this regard".

La sanction normale d'une telle obligation consiste en dommages et intérêts. C'est ce que prévoit explicitement la clause suivante :

- "En cas de force majeure les parties contractantes sont tenues de conduire tous les efforts nécessaires dans le but de supprimer et/ou de diminuer les difficultés et les dommages provoqués, auquel cas l'autre partie sera constamment tenue au courant de la situation. Dans le cas contraire, la partie défaillante pourra se voir réclamer des dommages et intérêts par l'autre partie".

e) Fin de la force majeure : notification.

La survenance d'un événement de force majeure, on l'a vu, doit souvent être notifiée au co-contractant. Certaines clauses prévoient également la notification de la fin de l'événement :

- *"The Contractor shall forthwith notify the Buyer as soon as the said Special and Excepted Risks have ended".*

- *"The termination of the force majeure shall similarly be notified".*

f) Renégociation, résiliation.

La suspension des obligations résultant de la force majeure ne peut se prolonger indéfiniment. La plupart des clauses prévoient qu'après un certain délai, si les circonstances de force majeure n'ont pas pris fin, le contrat pourra être résilié, ou renégocié (la renégociation pouvant elle-même déboucher sur une résiliation).

1. Certaines clauses n'envisagent que l'éventualité d'une résiliation, à l'initiative de l'une des parties, au terme d'un délai déterminé, qui varie selon les contrats (de 30 jours à 1 an dans notre échantillon).

En général, c'est le co-contractant de la partie dont les obligations sont suspendues qui peut résilier le contrat :

- *"Si ces circonstances se prolongeaient plus de 6 mois, l'autre partie serait en droit de refuser l'exécution ultérieure des obligations contractuelles".*

- *"Si le retard de livraison de l'équipement de l'installation pour des raisons de force majeure dépasse six mois, l'acheteur a le droit d'annuler (sic) le contrat ...".*

Plus rarement, c'est le débiteur affecté par la force majeure qui peut lui-même résilier :

- "If, after 180 days from the date of the aforesaid notice to one party, the other party shall still be prevented, by the cause as to which it gave notice, from continuing with its performance of the work, then said party shall be entitled to terminate this contract..."

Certains contrats enfin, accordent le droit de résiliation à chacune des parties :

- "Dans le cas où la durée des circonstances de force majeure affectant tout ou partie des engagements dépasserait un an, chacune des parties aurait le droit de se dégager du contrat par simple notification écrite, sans devoir demander la résiliation à un tribunal".

2. Plus souvent, les clauses de force majeure prévoient que les parties se reverront si la suspension due à la force majeure se prolongeait au-delà d'un certain délai. L'objet de la renégociation sera d'envisager l'adaptation du contrat.

- "If the effect of Force Majeure continues for more than 120 days both parties shall settle the problem of further execution of the Contract by friendly negotiations and reach an Agreement as soon as possible".

- "Si un cas de force majeure durait plus de 2 mois, les deux parties contractantes se mettront d'accord en ce qui concerne l'exécution ultérieure du contrat vu les circonstances survenues".

De telles clauses sont évidemment dangereuses, car elles ne prévoient aucune solution au cas où les négociations "amicales" ne déboucheraient à aucun accord.

D'autres rédacteurs ont prévu l'hypothèse, et convenu de s'en remettre à l'arbitrage :

- "Si la force majeure s'étendait sur plus de quatre mois, l'Acheteur et le Vendeur entreprendraient immédiatement de nouvelles négociations dans le but de prendre les mesures qui paraissent les plus appropriées pour atteindre le but du contrat. Si dans les deux mois suivants aucune solution n'a été trouvée, il est décidé d'aller en arbitrage".

Une autre possibilité est de permettre la résiliation du contrat faute d'accord sur son aménagement :

- "Si, pour cause de force majeure, l'une des parties est empêchée de remplir ses obligations contractuelles pendant une période supérieure à trois mois, les parties se rencontreront pour déterminer les conditions de poursuite de l'exécution du contrat ou de sa résiliation".

- "In case force majeure lasts continuously for at least six months, then both parties shall meet to consult and agree on the necessary arrangements for the further implementation of the contract. In case the further implementation is unforeseeable and impossible, then both parties shall arrange for the termination of the contract ...".

- "Si un cas de force majeure durait plus de 6 mois, les parties contractantes devraient se mettre d'accord en ce qui concerne l'exécution ultérieure du contrat, vu les circonstances survenues. Au cas où aucune solution ne serait envisageable, les parties auront la possibilité de résilier le contrat".

Ces clauses sont susceptibles de conduire à des difficultés. A défaut d'accord sur le réaménagement du contrat, les parties pourront-elles s'entendre pour résilier ? Les deux premières clauses semblent n'admettre de résiliation que convenue de commun accord ; la troisième est ambiguë sur ce point. Il serait préférable d'aménager de manière plus précise cette faculté de résiliation faute de trouver un autre accord (Qui peut résilier ? Dans quels délais ? Sous quelle forme ?). En voici un exemple :

- *"Si un cas de force majeure provoque un retard dans les livraisons supérieur à 8 mois, les deux parties seront obligées de se mettre d'accord, dans un délai supplémentaire d'un mois, sur un nouveau délai de livraison. Si, à l'expiration de ce mois supplémentaire, les deux parties ne se sont pas mises d'accord, la partie du contrat relative à l'unité pour laquelle cet équipement est en retard de plus de 8 mois du fait de la force majeure pourra être résiliée, partiellement ou totalement, par l'acheteur ... "*

Deux clauses examinées par le groupe envisagent aussi l'intervention des arbitres en de telles circonstances.

- *"Dans le cas où le cas de la force majeure se prolongeait de plus d'un mois, l'Acheteur et le Vendeur auront des négociations concernant la prorogation ou l'annulation (sic) du Contrat. Dans le cas où il n'y aurait aucun accord, les parties contractantes ont le droit de recourir à la Cour d'Arbitrage selon l'article 15 du présent Contrat. L'Acheteur et le Vendeur s'engagent à reconnaître la décision de la Cour d'Arbitrage comme obligatoire".*

-- *"Si le retard dû à la Force majeure dépassait 8 mois, la partie à laquelle elle fut opposée a le droit, faute d'autre accord, de demander la résiliation du contrat à l'instance arbitrale qui statuera sur la liquidation des rapports entre les parties".*

Dans tous les cas précédents, la renégociation n'intervenait qu'après l'écoulement d'un certain délai. Certaines clauses envisagent par contre une renégociation immédiate, dès la survenance d'un événement de force majeure dont les répercussions paraissent importantes :

- *"... the Contracting Parties shall enter immediately into negotiations with each other concerning further performance of the contractual obligations, if the force majeure event and its expected consequences will cause a delay of 90 or more days in meeting with the contractual obligations".*

Enfin, on citera une clause d'après laquelle la renégociation n'est pas rendue obligatoire par le contrat lui-même, mais en vertu d'un nouvel accord susceptible d'intervenir en présence des circonstances de force majeure:

- *"... in the event of a delay caused by an occurrence of force majeure continuing for a period exceeding 180 days from the date of the notice referred to in subarticle 2 of this Article, and provided that there has not within this period been prior agreement between the two parties in writing to renegotiate the terms upon which the Contract should be continued, then either party may express his intention by 30 days notice in writing that the Contract is at an end..."*

3. Si le contrat est résilié, se posera la problème de la liquidation des relations contractuelles. Peu de clauses de force majeure contiennent à cet égard des dispositions particulières. Parfois, un renvoi explicite est fait à la clause du contrat qui traite de la résiliation en général :

- "... in which case the amounts due as between the parties shall be settled in accordance with Article "Termination" ".

Parfois, la clause confie aux arbitres la résolution des problèmes que pourrait poser la résiliation :

- "Faute d'accord amiable, la liquidation des rapports contractuels sera soumise à l'Arbitrage prévu à l'article 39".

Quelques clauses, cependant, aménagent un régime de résiliation spécifique à l'hypothèse de la force majeure. En voici deux exemples ; ces dispositions, on s'en doute, doivent être particulièrement adaptées à l'objet du contrat où elles s'insèrent :

- "... le Vendeur s'engage, dans ce cas, à remettre à l'Acheteur tous les dessins (y compris les dessins d'exécution) et toute la documentation technique nécessaire à la fabrication de la partie d'équipement non livrée, pour compléter l'installation".

- "If Force Majeure or abnormal circumstances, as stated above, shall call for termination of the Contract, the Ministry shall pay the Contractor, the following :

1) The amounts payable in respect of the preliminary items as far as the work or service comprised therein has been carried out or performed, and a proper proportion as certified by the Engineer of any such items, the work or service partially carried out or performed.

2) The cost of materials or goods reasonably ordered for the works or temporary works which shall have been delivered to the Contractor or of which the Contractor is legally liable to accept delivery (such materials or goods becoming the property of the Ministry upon such payment being made by them).

3) Any additional sum or sums that shall become due in accordance with the provisions of Paragraph 1) of this clause.

4) The reasonable cost of repatriation of all the Contractor's staff and workmen employed on or in connection with the works at the time of such termination.

In all case, the Ministry shall be entitled to retain any sum or sums owed by the Contractor in way of advance payments or paid to the Contractor on account of construction, or in any manner pertaining to the construction".

II. Considérations critiques.

La première partie de la présente chronique a décrit et illustré les principaux éléments constitutifs d'une clause de force majeure. L'attention a été attirée sur les lacunes et les imprécisions à éviter.

Au-delà de ces problèmes de technique rédactionnelle, le groupe de travail a rencontré un certain nombre de questions de fond. On évoquera successivement les rapports entre la clause de force majeure et le droit applicable au contrat, la notion même de force majeure, les effets de la force majeure et les particularités de ces clauses dans les rapports Est-Ouest, avant d'exposer les raisons pour lesquelles le groupe de travail estime inopportun de proposer une clause-modèle.

A. Force majeure, lois nationales et lex mercatoria.

Lors de la réunion de Varsovie, le Professeur Mitrović, de l'Université de Belgrade, proposa de distinguer, parmi les clauses de force majeure, les clauses de force majeure légale et celles de force majeure contractuelle. Dans certains cas, en effet, les parties se réfèrent simplement à la conception de la force majeure d'une loi nationale. Mais de manière plus caractéristique, en d'autres cas, elles construisent pour leur contrat un régime propre des causes d'exonération, qui, détaché de toute loi nationale, s'insère dans la lex mercatoria.

Cette présentation n'a pas manqué de ranimer au sein du groupe la querelle qui oppose depuis longtemps partisans et adversaires du contrat "sans loi" et de la lex mercatoria (1). Dans le cadre de la présente chronique, on n'aura pas la prétention de prendre position sur ces problèmes fondamentaux du droit du commerce international. Mais à la lumière des travaux du groupe, on apportera quelques éléments de nature à clarifier le débat en ce qu'il concerne les clauses de force majeure.

Deux constatations s'imposent au départ. La première est que la notion romaniste de la force majeure n'a pas été accueillie par tous les systèmes juridiques. Si le concept appartient incontestablement à des droits tels que le droit français (2) et le droit belge (3), le droit allemand (4) et le droit italien (5) préfèrent construire des régimes analogues autour de la notion d'"impossibilité d'exécution" non imputable au débiteur. Quant au droit anglais (6), il se sépare radicalement des droits continentaux, puisqu'il ne connaît pas le principe selon lequel l'impossibilité d'exécution libère le débiteur ; la théorie de la "frustration" tempère parfois cette rigueur, mais elle pose le problème sur un plan très différent.

(1) Sur cette controverse, cfr. notamment B. GOLDMAN, Frontières du droit et "lex mercatoria", Arch. Phil. Dr., 1964, 177-192.

(2) Cfr. A. WEILL, Les obligations, n° 413.

(3) Cfr. H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, II, n° 599.

(4) Cfr. J. ESSER, Schuldrecht, § 33.

(5) Cfr. A. TORRENTE, G. PESCATORE et C. RUPERTO, Codice Civile annotato, 6ème éd., pp. 1177-1182.

(6) Cfr. ANSON'S Law of Contract, 23rd ed., pp 453-481.

Les droits socialistes, par contre, se rapprochent sur ce point des droits romano-germaniques, mais des distinctions doivent être tracées entre les rapports internes, où l'on sous-distiguera les rapports entre les entreprises chargées de l'exécution du Plan et les autres rapports, et les rapports du commerce extérieur, où l'on sous-distinguera les rapports entre pays du Comecon et les rapports avec des entreprises d'économie de marché (7) (8).

La seconde constatation est qu'il semble bien exister des usages internationaux en matière de causes d'exonération, comme en témoignent les nombreuses similitudes relevées dans les clauses de force majeure examinées par le groupe (9). Certes, toutes les clauses de force majeure ne sont pas rédigées de la même façon. Mais un certain nombre de caractéristiques apparaissent avec une fréquence significative : une conception assouplie des conditions de la force majeure, l'effet suspensif, et non extinctif, des événements, les obligations d'informer, de prouver et d'oeuvrer pour la levée des obstacles, la renégociation éventuelle après un certain délai. Sur ces différents points, les clauses issues de la pratique internationale présentent entre elles d'indéniables similitudes, en même temps qu'elles se séparent souvent des solutions de droit commun résultant respectivement des différentes législations nationales.

(7)

(8) On ne tentera pas, dans le cadre de la présente chronique, de proposer une analyse comparative approfondie des différents droits nationaux en la matière. Pour une telle analyse, cfr. notamment C.M. SCHMITHOFF, Frustration of International Contracts of Sale in English and Comparative Law, dans Problèmes de l'inexécution et de la force majeure dans les contrats de vente internationale, Helsinki, 1961, pp. 127-158, ainsi que l'étude non publiée réalisée en 1978 par le Professeur P. VAN OMMESLAGHE pour la Chambre de Commerce Internationale.

(9) En ce sens, cfr. C.L. SCHMITHOFF, op. cit., p. 150 ; G.R. DELAUME, Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements, 10 Col. Journ. of Transnat. Law (1971), 262 et suiv. ; contra, P. VAN OMMESLAGHE, rapport cité, p. 8.

Très rares, d'autre part, semblent être les contrats internationaux qui, faute de stipulation particulière, abandonneraient entièrement ces questions à l'empire de la loi nationale applicable.

En contraste avec la diversité des lois nationales, la pratique des contrats internationaux a donc engendré des usages bien caractérisés, consacrés par les clauses contractuelles, pour régir la survenance d'événements empêchant l'exécution des obligations. Est-ce la confirmation de la théorie du contrat sans loi ?

Tel n'est pas, semble-t-il, l'avis de la majorité des membres du groupe. La constatation de l'émergence de régimes juridiques originaux, issus des usages internationaux, n'implique pas nécessairement le détachement du contrat par rapport à toute loi nationale.

Il est en effet concevable qu'un contrat soit explicitement ou implicitement soumis à une loi nationale, mais que sur un aspect déterminé, comme la force majeure, les parties estiment que cette loi n'offre pas de solutions adéquates. Tantôt, elle ne reconnaît pas le principe de l'exonération du débiteur empêché de s'exécuter (cfr. le droit anglais). Tantôt, ses critères de la force majeure paraissent trop stricts (elle exige par exemple une impossibilité absolue d'exécution). Ou encore, elle organise de manière à la fois trop frustrante et trop radicale les conséquences de l'événement (elle se borne à prévoir la dissolution du contrat).

Dans ces circonstances très fréquentes, sans nécessairement remettre en cause le principe selon lequel leur contrat serait soumis à une loi nationale, les parties vont rédiger une clause de force majeure qui déroge aux solutions de cette loi.

Le problème est alors de savoir si les règles écartées ne présenteraient pas un caractère impératif ou d'ordre public (ou tout au moins d'ordre public international) (1). Or, il semble bien qu'en règle générale (2), tout au moins dans les droits des pays européens, le régime des causes d'exonération non imputables au débiteur ne comporte que des solutions supplétives. Cette considération légitime les clauses de force majeure insérées dans les contrats régis par la common law, ou celles inscrites dans des contrats soumis aux droits continentaux qui assouplissent les conditions auxquelles doivent répondre les événements considérés, ou qui organisent un régime élaboré sur le plan des effets (notification, preuve, suspension, renégociation, etc...). On rappellera aussi l'exemple cité (Supra, p. 8) où les parties avaient emprunté leur concept de force majeure à une autre loi que celle du contrat, en répétant la mise en garde alors formulée contre les dangers du "panachage". Mais la thèse du contrat sans loi n'en est pas démontrée pour autant, car il ne s'agit ici que de déroger aux solutions supplétives du droit applicable.

Même les clauses de force majeure qui se réfèrent explicitement aux usages internationaux (cfr. la clause citée plus haut faisant allusion aux "*generally recognized*" force majeure "*causes*") n'indiquent pas nécessairement le détachement du contrat par rapport à toute loi nationale. Elles aussi se bornent à mettre en oeuvre l'autonomie de la volonté dans un domaine où la loi du contrat n'est que supplétive (3).

(1) Cfr. B. MERCADAL, Ordre public et contrat international, D.P.C.I., 1977, pp. 457-468 ; Chronique, D.P.C.I., 1978, pp. 576-581.

(2) Des réglementations particulières font exception, notamment en droit international des transports (cfr. par exemple les articles 17 et 41 combinés de la C.M.R.).

(3) Dans ce sens, apparemment, G.R. DELAUME, op. cit., pp. 246-247 ; comp. Ph. KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, Clunet, 1975, p. 474.

Cette loi ne perd pas nécessairement tout son empire. Elle est notamment susceptible d'intervenir au niveau de l'interprétation. Telle clause, par exemple, peut avoir organisé de manière détaillée les effets de la survenance de circonstances de force majeure, mais avoir peu explicité sa conception de la force majeure elle-même ; celle-ci sera interprétée par référence à la loi du contrat. On a d'ailleurs relevé sur ce point un exemple de référence explicite aux *"solutions de la jurisprudence belge et française"*.

B. Notion de force majeure, hardship, exonération de responsabilité.

a) La force majeure, dans la conception romaniste stricte, est un événement imprévisible et inévitable, extérieur à la volonté du débiteur, qui rend absolument impossible l'exécution de l'obligation.

Certaines des clauses analysées plus haut se réfèrent à une telle notion, mais dans la plupart des cas, les rédacteurs y avaient substitué une conception assouplie, plus "humaine", plus "raisonnable", mieux conforme aux usages commerciaux. L'atténuation des exigences, on l'a vu, est susceptible de prendre différentes formes : appréciation moins rigoureuse de l'imprévisibilité, de l'inévitabilité ou de l'impossibilité d'exécution, voire même abandon de l'une ou l'autre de ces conditions (le plus souvent, il s'agit de l'imprévisibilité). On rencontre ici une caractéristique bien marquée des contrats internationaux (1), bien que la tendance à l'assouplissement des conditions de la force majeure soit également perceptible en droit interne (2).

(1) Cfr. H. J. BERMAN, Non-Performance and Force Majeure in International Trade Contracts, dans Problèmes de l'inexécution et de la force majeure dans les contrats de vente internationale, Helsinki, 1961, p. 32 ; Ph. KAHN, op. cit., pp. 470-471, 476-477.

(2) Cfr. par exemple Cass.fr.,

Cfr. aussi la section 2-615 (a) du Uniform Commercial Code des Etats-Unis.

Compte tenu du caractère généralement supplé-
tif des lois nationales dans ce domaine, les parties sont
certainement libres d'adopter par convention une notion plus
ou moins souple de la force majeure exonératoire, en fonction
des particularités des obligations susceptibles d'être affect-
tées, voire aussi du rapport de force existant entre les
négociateurs. L'important est que les rédacteurs des clauses
soient conscients de leurs options, ce qui ne paraît pas
toujours être le cas.

L'analyse des clauses a aussi souligné les
problèmes que peut susciter l'articulation entre la définition
et l'énumération qui lui est fréquemment associée (1).
Parfois, la liste a pour but d'assimiler aux cas de force
majeure certains événements qui n'en présentent pas nécessai-
rement les caractéristiques (par exemple, la grève), et par
conséquent d'élargir le domaine des causes exonératoires.
Mais parfois, on l'a montré, la clause est tout simplement
mal rédigée. Sur ce point, le conseil est donné aux rédacteurs
des clauses de veiller tout particulièrement à s'expliquer sur
les conditions dans lesquelles les événements énumérés relèvent
de la force majeure.

b) L'atténuation des exigences peut réduire, ou à la limite
supprimer les distances qui séparent normalement les clauses
de force majeure de deux autres clauses, les clauses de
hardship, et les clauses d'exonération de responsabilité.

1. Hardship et force majeure se rapprochent
en ce que les événements en cause, de part et d'autre, doivent
en principe être imprévisibles et inévitables. Mais alors que
la force majeure rend normalement impossible l'exécution du
contrat, la circonstance de hardship ne fait que la rendre
substantiellement plus onéreuse pour l'une des parties. L'éco-
nomie du contrat est bouleversée, mais il reste possible de
l'exécuter.

(1) Cfr. à ce sujet G.R. DELAUME, op. cit., pp. 248-250.

Cette différence, claire en théorie, s'estompe considérablement lorsque la clause de force majeure atténue les exigences traditionnelles en ce qui concerne l'impossibilité d'exécution (1). On a cité plus haut des formules telles que "... *des causes... qui pourraient mettre obstacle à la marche normale de l'approvisionnement, de la fabrication ou des expéditions des contractants*" ou "... *any cause beyond its control making it impossible or exorbitant from an industrial or commercial standpoint to perform its obligations*".

L'autonomie de la volonté semble permettre pareil glissement d'un concept à l'autre. Mais il importe, une fois encore, que les rédacteurs des clauses en soient conscients. Il s'agira aussi d'adapter correctement le régime à l'hypothèse. Les effets normalement attachés aux circonstances de hardship ne sont pas les mêmes que les conséquences de la force majeure. D'une part, l'accent est mis d'emblée sur la renégociation du contrat (il est toujours possible de l'exécuter, mais à d'autres conditions si l'on veut rétablir l'équilibre). De l'autre, il est d'abord question de suspension des obligations (il est devenu provisoirement impossible de les exécuter, mais lorsque l'obstacle sera levé, les contractants se retrouveront dans les conditions initiales), la renégociation n'étant envisagée qu'en cas d'impossibilité prolongée. Si la prétendue clause de force majeure se mue en clause de hardship au niveau de l'hypothèse, il conviendra sans doute d'examiner si les conséquences habituelles de la force majeure peuvent être maintenues. N'est-il pas opportun, par exemple, d'envisager une renégociation immédiate, non précédée d'une période de suspension plus ou moins longue ?

(1) Cfr. notre chronique sur les clauses de hardship, D.P.C.I., 1976, pp. 12-13. Cfr. également G.R. DELAUMI, op. cit., p. 252, ainsi que les débats du Colloque de Tours, D.P.C.I., 1979, pp. 150-151.

2. La clause de force majeure se distingue en principe de la clause d'exonération de responsabilité : par hypothèse, l'événement de force majeure, indépendant de la volonté du débiteur, ne met pas en jeu sa responsabilité. La clause de force majeure régit des circonstances qui excluent en soi toute responsabilité ; elle n'a pas pour objet d'écarter conventionnellement une responsabilité qui serait sinon acquise. C'est pourquoi la plupart des clauses de force majeure, on l'a vu, n'estiment pas nécessaire de confirmer explicitement l'absence de responsabilité du débiteur.

Mais la distinction perd de sa netteté lorsque la clause atténue la rigueur de la notion de force majeure au point de prendre en considération des événements prévisibles ou évitables. Lorsqu'un débiteur s'est engagé à accomplir une obligation alors qu'il prévoyait ou pouvait prévoir la survenance de circonstances de nature à en empêcher l'exécution, ne peut-on estimer qu'il a pris le risque à la charge, et qu'il doit répondre de l'inexécution ? Lorsqu'un débiteur ne s'exécute pas en raison de la survenance d'obstacles qu'il aurait pu éviter, n'a-t-il pas commis une faute contractuelle ?

Dès lors, de tels assouplissements dans les exigences, qu'ils résultent d'une définition large de la force majeure ou de la présence non qualifiée de certains événements dans l'énumération, peuvent partiellement transformer la clause de force majeure en clause d'exonération de responsabilité. Tel est par exemple le cas si la clause exonère le débiteur dans tous les cas d'incendie, même ceux qu'il aurait pu éviter.

La liberté des conventions rencontre ici certaines limites. Les clauses exonératoires ou restrictives de responsabilité ne sont généralement pas admises sans réserves par les droits positifs. En droit français, par exemple, elles ne peuvent exonérer du dol ni de la faute lourde (1). Une clause fondée sur une conception trop laxiste de la force majeure risque de perdre son efficacité dans certaines des circonstances où elle serait invoquée.

(1) Cfr. A. WEILL, op. cit., n° 461. Pour une étude de droit comparé, cfr. G. LORST, The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability, 23 Amer. J. of Comp. Law (1975), 215-235.

C. Effets de la force majeure.

a) Pour la théorie classique, la force majeure libère le débiteur, sans que sa responsabilité soit engagée (1). La pratique des contrats internationaux confirme cet effet exonératoire de la force majeure, mais elle place l'effet extinctif au second plan, lui substituant en première ligne un effet suspensif (2).

La plupart des contrats internationaux s'inscrivent en effet dans la durée ; ils prévoient des prestations à exécution continue ou successive. Or, en général, les événements de force majeure ne vont se manifester qu'un certain temps, au-delà duquel l'exécution des obligations redeviendra probablement possible (3). Comme les parties ressentent le plus souvent un vif intérêt commun à la survie du contrat, elles vont stipuler que les obligations affectées par la force majeure ne seront au départ que suspendues (4). La clause de force majeure n'est pas conçue comme un moyen d'échapper à ses obligations, mais elle est destinée à fournir aux parties un répit provisoire, permettant de reprendre plus tard leurs relations normales (5).

Cette suspension peut être aménagée de diverses manières. On en a décrit des exemples dans la partie analytique. Il s'agit notamment de déterminer si la durée initiale du contrat est ou non prolongée de celle de la période de suspension.

(1) Cfr. par exemple, en droit français, A. WEILL, op. cit., n° 414.

(2) Nous confirmons sur ce point les conclusions d'études antérieures, notamment celles de G.R. DELAUME, op. cit., p. 256, et de Ph. KAHN, op. cit., pp. 480-481.

(3) Il en va différemment dans les contrats à court terme, par exemple certains contrats d'affrètement.

(4) La théorie classique attribue également un effet suspensif à l'impossibilité temporaire d'exécution (cfr. A. WEILL, ibid.), mais cette hypothèse est présentée comme un cas particulier, quelque peu exceptionnel. L'exception devient la règle dans les contrats internationaux à long terme.

(5) G.R. DELAUME, op. cit., p. 244.

b) Si l'impossibilité d'exécution se prolonge au-delà d'une certaine durée, la suspension de l'exécution du contrat devient intolérable, et les parties doivent prendre d'autres mesures. Ici aussi, le souci est manifeste d'assurer la survie du contrat. Si la résiliation est prévue par certaines clauses, il est plus souvent stipulé que le contrat sera renégocié en vue de son adaptation. La clause de force majeure en vient ainsi à se ranger dans la catégorie des clauses de révision (1).

L'engagement de renégocier suscite d'importants problèmes, notamment celui de la validité même d'un tel engagement (particulièrement en droit anglais), et celui du rôle de l'"arbitre" éventuellement appelé à modifier le contrat faute d'accord entre les parties. Ces difficultés ont été évoquées, mutatis mutandis, lors des travaux que le groupe a consacrés aux lettres d'intention (2) et aux clauses de hardship (3). Qu'il soit permis d'y renvoyer.

En cas de résiliation se pose le problème de la liquidation des relations contractuelles. On a décrit plus haut la manière dont certaines clauses de force majeure réglementaient l'hypothèse.

c) Un autre aspect des effets conventionnels de la force majeure ressort particulièrement des travaux du groupe. La survenance des événements considérés engendre à charge des parties, ou de l'une d'entre elles, des obligations nouvelles.

(1) En ce sens, cfr. Ph. KAHN, op. cit., p. 468.

Cfr. aussi G.R. DELAUME, op. cit., p. 259.

(2) D.P.C.I., 1977, pp. 102-107.

(3) D.P.C.I., 1976, pp. 36-40. Depuis lors, on sait que la Chambre de Commerce Internationale a mis au point un "Règlement d'expertise technique" (cfr. D.P.C.I., 1977, pp. 528-530 et le commentaire de I. KOPIEMANAS, ibid., pp. 417-422) et qu'elle prépare un "Règlement de régulation des relations contractuelles".

Il s'agira d'abord de notifier la force majeure au co-contractant, et de lui en fournir des preuves adéquates. La clause imposera ensuite aux parties d'oeuvrer en vue de lever l'obstacle de force majeure. Cette obligation, qui traduit encore le souci d'assurer la survie du contrat, est cohérente avec la conception d'après laquelle l'obstacle est en principe considéré comme temporaire, n'entraînant qu'une suspension provisoire des obligations affectées. Une autre obligation parfois prévue est celle de notifier la fin de la force majeure.

On constate une fois de plus, au niveau des effets de la force majeure, l'exceptionnelle richesse du droit créé par la pratique conventionnelle, qui contraste avec le simplisme de la théorie classique.

D. La force majeure dans les contrats Est-Ouest.

Les particularités de la force majeure dans les rapports Est-Ouest ont été récemment décrites dans cette Revue(1). Les observations du groupe confirment les principales conclusions de cet article, auxquelles on ajoutera quelques commentaires additionnels.

(1) N. SOKOLOV, La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques, D.P.C.I., 1978, pp. 323-330. Pour un exposé général sur les conditions actuelles du commerce Est-Ouest, cfr. J. RAJSKI, Basic Principles of International Trade of Certain European Socialist States and of East-West Trade Relations, D.P.C.I., 1978, pp. 9-28.

a) Le concept de "force majeure" n'est pas en soi différent pour les juristes socialistes de ce qu'il représente dans la tradition romaniste. Mais on constate que ses exigences sont moins souvent assouplies dans les contrats Est-Ouest que dans les contrats conclus entre partenaires occidentaux. Lorsqu'une énumération d'événements figure dans la clause, les exemples choisis mettent souvent l'accent, de manière significative, sur les catastrophes naturelles et les conflits armés. Il ne s'agit cependant que d'une tendance générale, passible d'exceptions.

b) La prise en considération de la grève comme cause exonératoire est l'un des points délicats de la rédaction d'une clause de force majeure dans un contrat Est-Ouest.

Le groupe peut cependant confirmer l'observation de l'auteur de l'article précité, d'après laquelle un certain nombre de sociétés occidentales auraient réussi à inclure dans leurs contrats une clause de force majeure comprenant la grève (1). Dans l'échantillon recueilli, plusieurs clauses extraites de contrats Est-Ouest mentionnaient effectivement la grève, les conflits du travail.

Lors des débats de Varsovie, certains participants socialistes soulignèrent la distinction entre une grève générale, qui s'impose à l'entreprise, et une grève propre à l'entreprise, événement auquel il est possible de mettre fin en accédant aux revendications des travailleurs (2).

(1) N. SOKOLOW, *op. cit.* p. 327.

Cfr. aussi, à propos de la grève, les débats du Colloque de Tours, D.P.C.I., 1979, pp. 148-149, 151-154.

Sur le plan législatif, la définition donnée à la force majeure par l'article 293 de la loi est-allemande sur les contrats économiques internationaux ("Des circonstances ... (qui) ne pouvaient être évitées malgré l'observation de la diligence usuelle dans le commerce international") devrait, d'après certains, être suffisamment large pour couvrir certains conflits du travail.

c) Le fait du Prince est également susceptible de poser des problèmes lorsque le contractant qui l'invoque est lui-même une entreprise publique.

Ce sujet vient de connaître un regain d'actualité avec la décision récente de la Chambre des Lords relative à l'annulation de fournitures de sucre polonais ; à la suite de mauvaises récoltes de betterave, le Gouvernement polonais avait supprimé toutes les licences d'exportation de sucre. La Chambre des Lords a admis l'exonération de l'entreprise exportatrice polonaise(1), et sa décision a suscité certains remous dans les milieux d'affaires.

La solution est cependant conforme à la jurisprudence dominante, notamment arbitrale. Depuis la célèbre affaire Soyuzneftexport - Jordan Investments(2), il a été maintes fois décidé que les entreprises socialistes du commerce extérieur, malgré leur caractère public, étaient sur le plan juridique des personnes distinctes de leur Gouvernement, et que les décisions de celui-ci pouvaient constituer pour elles des causes étrangères exonératoires (3).

(1)

(2) Cfr. M. DOMKE, *The Israeli-Soviet Oil Arbitration*, 53 *Amer. J. of Com. Law* (1959), 787-806.

(3) Cfr. P. FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, n° 332.

Dans l'affaire du sucre polonais, la Chambre des Lords n'a d'ailleurs jamais remis en cause l'indépendance de l'entreprise polonaise ; mais il s'agissait de savoir si cette entreprise ne devait quand même pas assumer la responsabilité de l'interdiction d'exporter en raison d'une clause du contrat lui imposant l'obligation absolue d'obtenir la licence (1).

La question a par ailleurs été posée du cas où une entreprise du commerce extérieur ne peut plus exécuter un contrat parce que ses attributions ont été modifiées (c'est par exemple une autre entreprise qui se charge dorénavant des exportations de machines à écrire). Est-ce un fait du Prince libératoire ? Peut-être pour l'entreprise, mais normalement l'Etat aurait dû organiser le transfert des obligations à l'entreprise nouvellement compétente. Dans le chef de l'Etat, la mesure ne revêt certainement pas les mêmes caractères que lorsqu'il s'agit de restreindre les exportations en raison d'une mauvaise récolte (2).

(1) On rappellera à cet égard l'intéressant article 252 (2) du Code tchécoslovaque du commerce extérieur : "Ne sont pas considérées, toutefois, comme circonstances exclusives de responsabilité les circonstances qui résultent des conditions personnelles et plus particulièrement économiques de l'obligé ou les obstacles empêchant l'exécution de l'obligation et que l'obligé était tenu de surmonter ou d'éliminer, tels que, par exemple, le défaut d'une autorisation officielle nécessaire à l'accomplissement du devoir de l'obligé, ainsi que les circonstances qui ne se sont produites qu'à l'époque où ce dernier était déjà en demeure."

(2) On citera à cet égard une intéressante clause extraite d'un contrat polonais relatif à des prestations touristiques : "Aucune des parties ne sera responsable des préjudices causés par la force majeure. On entend par force majeure les événements survenus après la conclusion du contrat par suite de circonstances imprévisibles, indépendantes de parties, de caractère exceptionnel."

Au cas où l'autorité administrative rend impossible la réalisation des prestations touristiques l'agence de voyages du pays de cette autorité couvre les frais causés par cette décision. Néanmoins si la décision de ladite autorité a pour cause les événements de force majeure il faut appliquer les règles concernant la force majeure."

De tels risques sont spécifiques aux relations avec des entreprises de pays socialistes. Mais le commerce avec les pays capitalistes n'est-il pas aussi exposé à certains risques propres au système, notamment, les grèves et les faillites ? Le vœu a été émis que les partenaires d'un contrat Est-Ouest témoignent en cette matière d'une meilleure compréhension réciproque.

d) Les contrats Est-Ouest mettent généralement en place une procédure détaillée de notification et de preuve des événements de force majeure. Certains participants occidentaux ont jugé que cette procédure était parfois exagérément formaliste et rigoureuse dans son application. D'autres, au contraire, ont souligné l'utilité et l'efficacité d'une procédure précise.

Un caractère spécifique des modes de preuve exigés dans les contrats Est-Ouest réside dans le recours fréquent à l'intervention des Chambres de Commerce. On en a cité plusieurs exemples à l'occasion de l'analyse des clauses. L'origine en est sans doute dans les statuts de la Chambre de Commerce et d'Industrie d'U.R.S.S., dont le paragraphe 2 prévoit que la Chambre témoigne des événements de force majeure en accord avec les conditions prévues dans les contrats (1).

(1) N. SOKOLOV, op. cit., p. 329.

Le groupe de travail s'est cependant interrogé sur la signification de ce rôle conféré aux Chambres de Commerce dans les contrats Est-Ouest.

En premier lieu, les Chambres de commerce ne jouissent pas du même statut dans tous les pays. Elles bénéficient parfois d'une reconnaissance légale, mais il s'agit souvent d'institutions non réglementées, dont la représentativité et les qualifications sont très variables.

De plus, elles n'ont pas nécessairement dans leurs missions de délivrer de telles attestations, et des cas sont connus où la Chambre de commerce locale s'y est refusée.

Ensuite et surtout, on peut se demander quelle doit être la portée du certificat délivré. Un vendeur est dans l'impossibilité de livrer des marchandises, parce qu'elles ont été détruites par un incendie. La Chambre de Commerce se bornera-t-elle à attester que tel hangar a brûlé, ou devra-t-elle vérifier que les marchandises s'y trouvaient effectivement, que le sinistre n'est pas dû à la faute du vendeur, qu'il n'a pas été possible d'évacuer à temps le contenu du hangar, qu'il n'existe pas de stocks de remplacement, etc..., c'est-à-dire qu'il s'agit bien d'un cas de force majeure ? D'autre part, à supposer que la Chambre de Commerce accepte de fournir un témoignage aussi circonstancié dans quelle mesure cette attestation lierait-elle le co-contractant ?

Les clauses examinées par le groupe n'apportent pas de réponses à ces questions. Lors de la réunion de Varsovie, certains participants polonais ont insisté sur la très grande latitude d'appréciation que conserveraient en toute hypothèse les arbitres.

E. Une clause - modèle de force majeure ?

Plusieurs participants aux travaux du groupe ont évoqué l'intérêt qu'il y avait à proposer un modèle de clause de force majeure. L'analyse des clauses issues de la pratique révèle en effet la mauvaise qualité de nombreuses rédactions : imprécisions, ambiguïtés, lacunes.

Certes, quelques modèles soigneusement étudiés sont déjà à la disposition des praticiens, par exemple dans les conditions générales élaborées par la Commission Economique pour l'Europe des Nations-Unies. Mais le groupe de travail ne pourrait-il pas, à son tour, proposer une clause-type ?

Cette tâche n'a pas été entreprise, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, la notion de force majeure peut faire l'objet d'interprétations diverses, plus ou moins strictes, et la rédaction d'une clause dépend évidemment de l'option prise à cet égard par les parties. La Chambre de Commerce Internationale a récemment demandé à un groupe de spécialistes de mettre au point, sous la direction du Professeur P. VAN OMESLAGHE, des clauses-modèles de force majeure et de hardship. En ce qui concerne les clauses de force majeure, cette équipe s'oriente vers la proposition de deux modèles de clauses, répondant respectivement à des conceptions stricte et souple de la force majeure. Une telle prise de position confirme bien le manque d'intérêt d'un modèle unique, mais ne présente-t-elle pas encore trop peu de souplesse, n'offre-t-elle pas aux praticiens un choix trop peu nuancé?

Toute une gradation existe en effet dans l'assouplissement des conditions de la force majeure (1). D'autre part, les autres éléments de la clause sont également susceptibles d'aménagements divers adaptés au cas d'espèce, qu'il s'agisse par exemple des modes de notification et de preuve, de la durée de la suspension, des issues possibles au cas où les événements de force majeure persisteraient, etc ... (2).

Au lieu de proposer une ou deux clauses-types, il nous a paru plus adéquat de fournir aux praticiens un inventaire des différents aspects d'une clause de force majeure, avec l'indication des variantes disponibles et les mises en garde nécessaires. Tel a été l'objet principal de la première partie de la présente chronique. Que chaque rédacteur y puise les matériaux adéquats pour construire lui-même la clause la mieux adaptée à son contrat.

Une seconde raison est liée à une observation assez fondamentale, dont la plupart des négociateurs ne semblent pas encore conscients. Dans la grande majorité des cas, il semble que les contrats contiennent une seule clause de force majeure, destinée à régir l'inexécution de n'importe quelle obligation. Or, chacune des obligations nées d'un contrat n'est pas nécessairement affectée de la même façon par la survenance d'un événement de force majeure. Le paiement du prix par l'acheteur, par exemple, sera plus rarement rendu impossible que la fourniture des marchandises par le vendeur. Cette réflexion débouche sur la suggestion

(1) Cfr. supra, pp. 3-6.

(2) Cfr. supra, pp. 17-37.

qu'un contrat bien fait ne devrait pas comporter une seule clause de force majeure, mais plusieurs, à la limite autant qu'il y a d'obligations, chacune étant traitée selon sa spécificité.

Un tel souci de perfectionnisme pourrait certes conduire à compliquer exagérément les négociations et à alourdir à l'excès certains contrats. Mais dans des limites raisonnables, les négociateurs feraient bien d'envisager si certaines des obligations ne devraient pas être soumises à un régime particulier en matière de force majeure.

Un autre argument contre la rédaction d'une clause-modèle unique est que la formulation de la clause (ou des clauses) de force majeure doit également répondre à la nature spécifique de chaque contrat, voire aussi à la personne des co-contractants. On n'évoquera par exemple pas le risque de glace dans un contrat devant s'exécuter sous l'équateur, mais cet aléa mérite une attention particulière s'il s'agit d'une fourniture provenant de la Finlande ou du Canada. Les perturbations de l'approvisionnement en matières premières concernant un contrat de fourniture de matériel, non une convention relative à des prestations intellectuelles. La durée de la suspension des obligations est fonction de son caractère plus ou moins supportable pour les parties, compte tenu de l'importance que revêt pour elles, en l'espèce, la poursuite régulière de l'exécution. Le "Fait du Prince" prend une portée tout à fait particulière lorsque l'Etat lui-même est co-contractant.(1)

(1) Sur l'adaptation des clauses à la nature du contrat et à la personne du co-contractant, cfr. Ph. KAHN, op. cit., pp. 472-476, P.I. BENJAMIN, intervention dans Problèmes de l'inexécution et de la force majeure dans les contrats de vente internationale, Helsinki, 1961, p. 250 ; L. KOPELMANAS, ibid., pp. 305-306.

Pour ces différentes raisons, le groupe ne propose pas de modèle de clause de force majeure. Mais on trouvera dans la partie analytique de la chronique les principales sources d'inspiration nécessaires à la rédaction des clauses spécialement adaptées aux besoins respectifs (1).

c) Sur le plan terminologique, est-il opportun de recommander l'usage de l'expression "clause de force majeure" ?

Deux raisons plaident en sens contraire. D'une part, la notion de force majeure n'est pas connue de tous les systèmes juridiques. Si le contrat est régi par une loi qui ignore cette notion, l'expression risque de prêter à confusion (2). D'autre part, même si la loi applicable accueille le concept de force majeure, de nombreuses clauses ont pour portée d'en assouplir les exigences et par conséquent de la dénaturer.

(1) Egalement réticent à l'égard des clauses-modèles de force majeure, cfr. B.J. CARTOON, Drafting an Acceptable Force Majeure Clause, Journ. of Business Law, 1978, 232.

(2) L. KOPELMANAS a qualifié le concept de force majeure de "fausse idée claire" (op. cit., p. 305).

Plusieurs codifications récentes intéressant le commerce international ont abandonné toute référence à l'expression "force majeure". Les conditions générales du Comecon évoquent les "circonstances dans lesquelles les parties sont relevées de leur responsabilité" (§ 46). Les Conditions de Genève, notamment celles relatives à la fourniture de biens d'équipement, traitant des "causes d'exonération" (art. 10). La L.U.V.I. intitule "Exonération" l'article qu'elle consacre à cette matière (art. 74). Le Code tchécoslovaque du commerce international parle d'"impossibilité subséquente d'exécution" (art. 245 à 250) et de "circonstances exclusives de responsabilité" (art. 252).

Une partie des membres du groupe de travail propose de suivre la même voie dans la rédaction des clauses.

D'autres participants soulignent néanmoins à quel point l'expression "force majeure" est ancrée dans les usages internationaux, même si son contenu est variable ; ne serait-il pas regrettable de lui substituer d'autres expressions au contenu encore plus incertain ? Il est vrai que la plupart des clauses de notre échantillon restent fidèles à la formule. Dans cette ligne, la nouvelle loi est-allemande sur les contrats économiques internationaux a retenu l'expression "Unabwendbare Gewalt" (§ 293), traduction allemande de "force majeure" (1).

L'essentiel est évidemment de s'entendre sur le sens des termes employés. Si l'expression "force majeure" conserve les faveurs des négociateurs, il leur est conseillé de bien en préciser la portée.

(1) Cfr. Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge, Textausgabe Deutsch-Französisch, Staatsverlag der D.D.R., Berlin, 1978, p. 93.

* * *
* *

Le groupe de travail Contrats internationaux livre cette quatrième chronique à l'attention des lecteurs de la Revue. L'importance quantitative des matériaux rassemblés et le caractère très concret des discussions qui leur ont été consacrées nous ont permis, semble-t-il, d'affiner les analyses des clauses de force majeure déjà présentées dans la littérature juridique, et d'apporter quelques éléments nouveaux de réponses aux principaux problèmes que ces clauses suscitent.

Le groupe est cependant conscient des lacunes de cette étude. La Revue remercie d'avance les lecteurs qui voudraient lui faire part de leurs critiques et de leurs observations complémentaires.