

La Convention de Vienne sur le droit des traités et le hardship

James A. Graham and Sebastián Partida

Volume 34, Number 2, 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1098440ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1098440ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Graham, J. A. & Partida, S. (2021). *La Convention de Vienne sur le droit des traités et le hardship*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 34(2), 81–99.
<https://doi.org/10.7202/1098440ar>

Article abstract

In the absence of adequate concepts in the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, the authors suggest interpreting the said instrument in a way which accepts the concept of hardship, based on the principle of good faith and *rebus sic stantibus*, thus evidencing the existence of an obligation to re-negotiate. The above is justified in these times of crisis due to SRAS-CoV-2, where more than one State will no longer be able to honor its international treaty obligations.

LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS ET LE *HARDSHIP*

*James A. Graham** et *Sebastián Partida***

En l'absence de concepts adéquats dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, les auteurs suggèrent d'interpréter ledit instrument de sorte à y intégrer la notion de *hardship*, fondée à la fois sur le principe de la bonne foi et sur celui du *rebus sic stantibus*, conduisant ainsi à reconnaître l'existence d'une obligation de renégociation. Une telle interprétation s'avère plus que nécessaire en raison de la crise économique causée par le SRAS-CoV-2 (COVID-19), durant laquelle plus d'un État ne sera plus en mesure d'honorer ses obligations conventionnelles internationales.

In the absence of adequate concepts in the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, the authors suggest interpreting the said instrument in a way which accepts the concept of *hardship*, based on the principle of good faith and *rebus sic stantibus*, thus evidencing the existence of an obligation to re-negotiate. The above is justified in these times of crisis due to SRAS-CoV-2, where more than one State will no longer be able to honor its international treaty obligations.

En ausencia de conceptos adecuados en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, los autores sugieren interpretar dicho instrumento de manera que acepte el concepto de *hardship*, basado en el principio de buena fe y del *rebus sic stantibus*, demostrando así la existencia de una obligación de renegociar. Lo anterior se justifica en estos tiempos de crisis debido al SRAS-CoV-2, donde más de un Estado no podrá cumplir con sus obligaciones convencionales internacionales.

* Professeur titulaire et directeur du département de droit international (Université autonome de Nuevo León, Mexique), Associé responsable du département Arbitrage international, 3CT, docteur en droit (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

** Docteur en droit de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.

Avec la pandémie de SRAS-CoV-2 (COVID-19), il a beaucoup été question ces derniers mois des conséquences de la crise sur l'exécution des contrats commerciaux. Une des problématiques majeures a notamment été la situation dans laquelle le débiteur ne pouvait plus honorer son obligation de paiement. Dans ce contexte, divers concepts ont été invoqués afin de répondre à ces défauts de paiement et plus largement d'exécution contractuelle, comme la force majeure ou la théorie de l'imprévision, ou *hardship*¹. Le droit international, et plus particulièrement le droit international public, n'a pas échappé à ce phénomène.

Les situations dans lesquelles un État ne peut plus se conformer à ce qui a été convenu avec un ou plusieurs autres États, en cas par exemple d'emprunt, d'indemnisation, de paiement de quota à une organisation internationale ou d'exécution d'une sentence arbitrale, se sont en effet multipliées². En raison d'une pandémie par principe imprévue, les États ont dû restructurer leur budget. Ils ont dû non seulement injecter des fonds dans les hôpitaux, le matériel médical, la rémunération des médecins, mais également mettre en place un plan de relance économique et soutenir les entreprises pendant toute la durée de la pandémie. De la même manière, un nombre toujours croissant de personnes se trouvant au chômage doit être soutenu financièrement, en plus de diverses autres dépenses nécessaires au maintien du tissu social. Dans ces conditions, il n'est pas incongru qu'un État puisse décider qu'il préfère ne pas rembourser ses dettes envers d'autres États et conserver ses avoirs pour la sauvegarde des intérêts de ses propres citoyennes et citoyens. Ce budget « imprévu » peut en effet être fatal pour les pays fortement endettés³ comme le Sri Lanka, dont la dette extérieure représente 48 % de son budget, le Liban (41 %), l'Angola (43 %) ou encore le Salvador (38 %) ⁴. De nombreux pays se sont ainsi retrouvés en situation de défaut de paiement, puisqu'incapables d'honorer leurs engagements financiers internationaux au cours de l'année 2021⁵.

¹ Il est intéressant de noter que, malgré la confusion fréquente entre les termes « imprévision » et « *hardship* », leurs étymologies sont en fait assez différentes et devraient conduire à des significations et à des théories différentes. Le *hardship*, apparu pour la première fois en Angleterre au début du XIII^e siècle et dont le sens original était « la qualité d'être difficile à supporter » ou la « difficulté douloureuse », repose sur un élément objectif puisqu'il désigne un événement qui entrave l'exécution du contrat, mais qui ne fait *a fortiori* pas appel à la volonté des parties. Au contraire, issue du latin *praevisio*, mais en réalité plus récente, l'imprévision repose sur une approche subjective et précisément sur le manque d'anticipation des parties au moment de la conclusion du contrat.

² Andrew England et al, « G20 agrees debt relief for low income nations » *Financial Times* [15 avril 2020], en ligne : <www.ft.com/content/5f296d54-d29e-4e87-ae7d-95ca6c0598d5>. À cela, il faut ajouter les récentes sanctions contre la Russie en relation avec l'invasion de l'Ukraine, lesquelles privent le pays des revenus nécessaires pour honorer ses engagements financiers internationaux.

³ Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, *From the Great Lockdown to the Great Meltdown: Developing Country Debt in the Time of Covid-19*, Trade and Development Report 2020 Update (avril 2020), en ligne (pdf) : <unctad.org/system/files/official-document/gdsinf2020d3_en.pdf>.

⁴ Rob Garver et Mark LaMe, « Coronavirus Crisis Fuels Push to forgive Poor Countries' Debts », *VOA* (1^{er} mai 2020), en ligne : <www.voanews.com/a/economy-business_coronavirus-crisis-fuels-push-forgive-poor-countries-debts/6188513.html>.

⁵ Argentine, Belize, Équateur, Suriname et Zambie. Voir Leila Oulhaj, « Crise de la dette des pays du Sud : l'urgence de mettre en œuvre des solutions justes et durables », *CNCD 11.11.11*, (9 juin 2022), en ligne : <www.cncd.be/Crise-de-la-dette-des-pays-du-Sud?lang=fr>.

Bien que l'État, de bonne foi, soit bien souvent incapable d'honorer son obligation de paiement au moment opportun, il ne l'indique que très rarement à l'autre partie contractante, et ce, même s'il est conscient que le retard de paiement peut générer des intérêts. Ainsi, l'instrument international tel qu'il avait été convenu ne peut plus être appliqué *expressis verbis*. Le traité doit donc être renégocié pour être adapté précisément à la situation actuelle et future⁶. Les bases sont fermes et immuables à la volonté des parties. Ce sont davantage les conditions d'exécution et les taux d'intérêt qui doivent être revus. Par conséquent, nous ne traiterons pas de l'hypothèse d'une modification du traité, mais uniquement de son adaptation aux nouvelles réalités. Toutefois, l'adaptation implique forcément une nouvelle négociation : la « renégociation ». Par exemple, s'il y a lieu de modifier le taux d'intérêt prévu au traité, les parties négocieront une augmentation de trois points ou de deux points, etc. Comme nous le verrons plus loin, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne permet pas l'adaptation; il n'existe donc aucun précédent à notre sujet d'étude. Cependant, la modification de certaines modalités implique obligatoirement un droit à la renégociation. En d'autres termes, il faut vérifier qu'un tel droit existe bien et, si la réponse est affirmative et que les circonstances fondamentales ont changé, c'est alors qu'intervient la vérification de l'existence d'un droit à adapter un instrument juridique.

Une telle situation est communément appelée *hardship*. Le meilleur exemple est l'article 6.2.2 des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*⁷, qui établit qu'un changement fondamental de circonstances provoquant un déséquilibre dans le contrat et générant une onérosité excessive pour l'une des parties, et conséquemment obligeant les deux parties à renégocier le contrat⁸. Cependant, nous considérerons le *hardship* de manière beaucoup plus large, en supprimant le concept d'onérosité excessive de la définition des *Principes d'Unidroit* pour décrire le *hardship* comme un déséquilibre du contrat causé par un changement fondamental de circonstances. La définition adoptée correspond au principe général du commerce international attesté par le principe *Trans-lex n° IV.6.7*⁹ et implique une obligation positive de renégociation.

⁶ Il est à noter que cette hypothèse n'inclut pas l'amendement ou la conclusion d'un nouveau traité. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 art 39 et s, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne* ou *CV*].

⁷ Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 2016, art 6.2.2 [*Principes d'Unidroit*].

⁸ « Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. » *Ibid* ; Mauricio Curvelo de Almeida Prado, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant, Bruxelles, 2003 aux pp 135-139.

⁹ « Each party has a good faith obligation to renegotiate the contract if there is a need to adapt the contract to changed circumstances and the continuation of performance can reasonably be expected from the parties. » *TransLex-Principles*, No IV .6.7.; Voir aussi, dans le cadre de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, 1489 R.T.N.U. art 79 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1998), la décision belge qui établit, bien que ledit instrument international ne le prévoit pas explicitement, une obligation de renégocier en cas de *hardship*, puisqu'il s'agit d'un principe général du commerce international : Cass Bruxelles, 19 juin 2009, *Scafom International BV c Lorraine Tubes S.A.S.*, C.07.0289.N [*Scafom*]; Julie Dewez et al, « The Duty to

S'il est évident que, lorsque les deux parties conviennent de simplement suspendre temporairement le traité¹⁰ ou de renégocier les termes conventionnels, aucune difficulté n'est soulevée, que se passe-t-il lorsque l'une des parties refuse de renégocier ou considère simplement qu'il n'y a pas de changement fondamental des circonstances ? Une obligation de renégociation peut-elle être imposée au créancier, si les circonstances ont effectivement changé ? La Cour internationale de Justice (ci-après « CIJ ») peut-elle adapter le traité aux nouvelles réalités ? Les droits nationaux répondent assez bien à ces questions à travers des règles clairement établies et une jurisprudence assez fournie en matière de force majeure et d'imprévision. Néanmoins, ces mécanismes ont-ils un équivalent fonctionnel pour les traités internationaux ?

Pour répondre à cette question, il convient d'analyser les différentes sources du droit international, à savoir *la Convention de Vienne sur le droit des traités*¹¹ (ci-après « CV » ou « *Convention de Vienne* »), les règles coutumières ainsi que le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*¹² (ci-après « *Articles CDI* »). Après avoir éliminé les mécanismes similaires, mais inopérants pour notre hypothèse, tels que la force majeure (I), nous verrons que la seule base légale pour renégocier un traité est la *clausula rebus sic stantibus*, laquelle, toutefois, n'est pas prévue par la *Convention de Vienne*. C'est en effet uniquement sur ce fondement du droit international général qu'un mécanisme de renégociation du traité pourra être invoqué dans le cadre de la *Convention de Vienne* (II).

I. LES MÉCANISMES INOPÉRANTS

Bien que la *Convention de Vienne* ne désigne expressément ni la force majeure ni le *hardship*, les dispositions des articles 61 et 62 CV semblent cependant proposer des concepts similaires. Or nous verrons que ni la force majeure prévue par le premier article (A) ni le « faux » *hardship* prévu par le second (B) ne sont adaptés à notre hypothèse.

Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principle » (2011) 19:1, Eur R Priv L 101 aux pp120-121.

¹⁰ Voir *Communiqué : Virtual meeting of the G20 finance ministers and central bank governors*, Riyadh, Arabie Saoudite, avril 2020 ; ou la décision, prise le 8 juin 2020, de la Chine de suspendre bilatéralement le remboursement dû par 77 pays.

¹¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1069, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne* ou CV].

¹² Par sa résolution 56/83 du 12 déc. 2001, adoptée sans vote, l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et présentés par la Commission du droit international, en les recommandant à l'attention des gouvernements. *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc off AGNU 56^e session, annexe (2001) 388 [*Articles CDI*]; Sur le sujet, voir Alain Pellet, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin ? » (2002) 48 : 1 AFDI 1 ; James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : Introduction, texte et commentaires*, A. Pedone, Paris, 2005.

A. La force majeure

L'affirmation selon laquelle le mécanisme de force majeure n'existe pas en tant que tel dans la *Convention de Vienne*¹³ peut être étayée par le fait que l'article 61 *CV* ne parle que d'une impossibilité d'exécution de l'objet¹⁴. Il s'agit là d'une forme restrictive de la notion de force majeure, dont la définition ne couvre pas tous les cas possibles, vu qu'il faut la « disparition ou destruction définitive » d'un « objet essentiel à l'exécution » du traité¹⁵. Par conséquent, dans l'hypothèse d'une obligation financière impossible à remplir en raison de la crise du SRAS-CoV-2, il n'est pas possible de parler de la disparition ni de la destruction de l'argent. La capacité financière continue en effet d'exister en soi, mais c'est du fait des circonstances que les ressources financières de l'État doivent être réorientées, en particulier dans le domaine de la santé, plutôt que d'être utilisées dans le remboursement des sommes dues.

Il n'en demeure pas moins que la notion de force majeure est également reconnue par le droit international coutumier, codifiée à l'article 23 des *Articles CDI* et conçue de manière plus large¹⁶. Néanmoins, il n'y a pas lieu d'analyser son contenu étant donné que, selon le dernier rapporteur spécial en charge des *Articles CDI*, James Crawford, la force majeure n'est pas applicable du seul fait que l'exécution de l'obligation est plus difficile en raison de la crise économique :

*Force majeure does not include circumstances in which performance of an obligation has become more difficult, for example due to some political or economic crisis. Nor does it cover situations brought about by the neglect or default of the State concerned, even if the resulting injury itself was accidental and unintended*¹⁷.

¹³ Pour une étude détaillée, voir « "Force majeure" and "Fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: Survey of State practice, international judicial decisions and doctrine - study prepared by the Secretariat » (Doc NU A/CN.4/315) dans *Yearbook of the International Law Commission 1978*, vol 2, partie 1, New York, NU, 1980 (A/CN.4/SER.A/1978/Add.1).

¹⁴ « SURVENANCE D'UNE SITUATION RENDANT L'EXÉCUTION IMPOSSIBLE 1. Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité. 2. L'impossibilité d'exécution ne peut être invoquée par une partie comme motif pour mettre fin au traité, pour s'en retirer ou pour en suspendre l'application si cette impossibilité résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité. » *CV*, *supra* note 11, art 61.

¹⁵ Signalons qu'une proposition mexicaine pour inclure dans l'article 61 *CV* tous les cas de force majeure avait été écartée lors la Conférence de Vienne par crainte de compromettre gravement la sécurité des relations conventionnelles entre États. *Supra* note 13 aux pp 88-89.

¹⁶ « 1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation. a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation. » *Articles CDI*, *supra* note 12, art 23.

¹⁷ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, Doc off AGNU 56^e session, annexe (2001) 30 art 23 commentaire 3.

La jurisprudence internationale va dans le même sens. Dans les affaires des *Emprunts serbes*¹⁸ et des *Emprunts brésiliens*¹⁹, la Cour permanente de Justice internationale (ci-après « CPJI ») a en effet estimé que, quelle que soit la gravité de la situation financière d'un État, il ne peut y avoir d'impossibilité matérielle pour faire face à des obligations financières. De ce fait, dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, la CPJI a estimé que la force majeure ne saurait justifier une impossibilité pour un État de rembourser sa dette :

Force majeure. — Le bouleversement économique causé par la grande guerre n'a pas, au point de vue des principes juridiques, libéré de ses obligations le Gouvernement brésilien. Pour ce qui est des paiements or, si l'on considère la promesse comme visant un paiement de valeur or, on ne saurait invoquer l'impossibilité du fait que l'on ne peut obtenir des pièces d'or. Il est possible de se procurer l'équivalent de la valeur or²⁰.

Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, un tribunal arbitral a également soutenu que :

*New Zealand is right in asserting that the excuse of force majeure is not of relevance in this case because the test of its applicability is of absolute and material impossibility, and because a circumstance rendering performance more difficult or burdensome does not constitute a case of force majeure*²¹.

Ces interprétations paraissent toutefois discutables. En effet, en application du principe général *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, il est difficilement concevable que les obligations de paiement ne relèvent pas des hypothèses de la *Convention de Vienne sur la suspension du respect des obligations conventionnelles*²². Il est vrai que l'article 32 *CV* dispose qu'il est nécessaire de prendre en considération les travaux préparatoires de la *Convention* pour l'interprétation, lesquels indiquent que la proposition d'inclure expressément l'hypothèse d'obligations monétaires dans la *Convention* a été rejetée²³. Or, il est également vrai que le moyen d'interprétation des travaux préparatoires n'est que complémentaire et ne s'applique que si le sens de l'instrument à interpréter est « ambigu » ou « obscur ». Une interprétation de bonne foi, prévue par l'article 31 *CV* comme une règle générale, ne permet pas de considérer le

¹⁸ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes)* (1929), CPIJ (Sér A) N^{os}. 20/21 5.

¹⁹ *Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France c Brésil)* (1929), CPIJ (ser. A) N^{os} 20/21 93.

²⁰ *Ibid.* à la p 120.

²¹ *Affaire relative au différend entre la Nouvelle-Zélande et la France au sujet de l'interprétation et de l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 concernant les problèmes découlant de l'affaire Rainbow Warrior* (1990), Recueil des sentences arbitrales vol XX215 au para 77 (Arbitres : Eduardo Jiménez de Aréchaga, Sir Kenneth Keith); Voir aussi Jean Charpentier, « L'affaire du Rainbow Warrior : la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle Zélande c. France) » (1990) 36:1 AFDI 395.

²² « 62nd Meeting : Consideration of the question of the law of treaties in accordance with resolution 2166 (XXI) adopted by the General Assembly on 5 December 1966 Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties », (Doc NU A/CONF.39/C.1/SR.62) dans *United Nations Conference on the Law of Treaties : Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole* vol 1 première session, Vienne, 1968 aux pp 361-365 (A/CONF.39/11) [*Summary record of the 62nd Meeting*].

²³ *Summary record of the 62nd Meeting*, supra note 22.

terme « obligation » comme étant obscur. Il s'agit en réalité de n'importe quelle obligation conventionnelle internationale. Néanmoins, même si la force majeure est appliquée aux obligations financières, il faudra distinguer entre l'*impossibilité* et la *difficulté* de remplir l'obligation. Ainsi, dans *l'Affaire de l'indemnité russe*, le tribunal arbitral a jugé que :

Il est incontestable que la Sublime-Porte prouve, à l'appui de l'exception de la force majeure [...] que la Turquie s'est trouvée de 1881 à 1902 aux prises avec des difficultés financières de la plus extrême gravité, cumulées avec des événements intérieurs et extérieurs (insurrections, guerres) qui l'ont obligée à donner des affectations spéciales à un grand nombre de ses revenus, à subir un contrôle étranger d'une partie de ses finances, à accorder même un moratoire à la Banque Ottomane, et, en général, à ne pouvoir faire face à ses engagements qu'avec des retards ou des lacunes et cela au prix de grands sacrifices. Mais il est avéré, d'autre part, que, pendant cette même période et notamment à la suite de la création de la Banque Ottomane, la Turquie a pu contracter des emprunts à des taux favorables, en convertir d'autres, et finalement amortir une partie importante, évaluée à 350 millions de francs, de sa dette publique (Réplique Russe, p. 37). Il serait manifestement exagéré d'admettre que le paiement (ou la conclusion d'un emprunt pour le paiement) de la somme relativement minime d'environ six millions de francs due aux indemnitaires russes aurait mis en péril l'existence de l'Empire ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure. *L'exception de la force majeure ne saurait donc être accueillie*²⁴.

Quoique la pandémie de COVID-19 n'ait probablement pas empêché le remboursement des dettes contractées, elle a probablement pu le rendre plus difficile. C'est pourquoi la force majeure ne nous permet pas de résoudre le problème posé par notre hypothèse, à savoir l'adaptation du traité aux circonstances. À défaut de pouvoir utiliser ce mécanisme, voyons si le recours au *hardship* s'avère plus opportun.

B. Le *hardship* dans la *Convention de Vienne*

L'article 62 *CV* prévoit, comme cause d'extinction ou de suspension du traité, un changement « fondamental » de circonstances qui n'était pas « prévu » au moment de la conclusion du traité²⁵. Certaines conditions s'appliquent : ces circonstances qui

²⁴ *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)* (1910), Recueil des sentences arbitrales vol XI 421 à la p 443 (Cour permanente d'arbitrage) (Arbitres : C.E. Lardy, Baron M. de Taube, A. Mandelstam, Hernante Abro Bey, Ahmed Réchid Bey).

²⁵ « CHANGEMENT FONDAMENTAL DE CIRCONSTANCES 1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que : a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et que b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité. 2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) S'il s'agit d'un traité établissant une frontière ; ou b) Si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité. 3. Si une partie peut,

ont changé doivent, en outre, être celles qui constituaient la « base essentielle du consentement » des parties à être liées par le traité, et ce changement doit avoir pour effet de modifier « radicalement » la portée des obligations qui restent à être exécutées²⁶. Cette suspension d'une obligation de paiement peut certes aider un État débiteur, mais elle ne résout pas les nombreux problèmes tels que la période de suspension ou les intérêts moratoires. La *Convention de Vienne* ne prévoit, de plus, aucune obligation de renégociation des termes du traité. La CIJ a ainsi confirmé dans sa décision *Gabcikovo* que l'article 62 *CV* constitue une exception très limitée au principe *Pacta sunt servanda*, qui reste l'axiome fondamental du droit des traités :

Le fait que l'article 62 de la convention de Vienne sur le Droit des traités soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels²⁷.

L'article 62 *CV* étant « une voiture qui n'a jamais quitté son garage »²⁸ [notre traduction], ou qui en a, pourrait-on dire, « brisé la porte » en sortant²⁹, il convient de rechercher d'autres mécanismes au sein de la *Convention de Vienne* qui permettraient d'assurer la survie du traité en situation de crise.

II. LE MÉCANISME OPÉRANT

Pierre angulaire du droit des traités, l'adage *Pacta sunt servanda* a pour corollaire implicite le principe *rebus sic stantibus*. Or, celui-ci pourrait être une réponse séduisante à l'impécuniosité des États (A) puisqu'il obligerait les parties à renégocier le traité (B).

conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité. » *CV*, *supra* note 11, art 62.

²⁶ Aymeric Heche, « Les conditions d'application de la *clausula rebus sic stantibus* » (2014) XLVII : 1 RBDI 322.

²⁷ *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ Rec 4 au para 104 [*Gabcikovo*].

²⁸ Marko Milanovic, « *Brexit, the Northern Irish Backstop, and Fundamental Change of Circumstances* » (18 mars 2019), en ligne (blogue) : *EJIL:Talk* <www.ejiltalk.org/brexit-the-northern-irish-backstop-and-fundamental-change-of-circumstances/>. Les affaires des pêcheries (*Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c Islande)*, [1973] CIJ Rec 3 [*Pêcheries au Royaume-Uni*]; *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c Islande)*, [1973] CIJ Rec 49 [*Pêcheries en République fédérale d'Allemagne*]) parlent d'une simple possibilité théorique d'application de l'article 62. À ce sujet, voir Ducan B. Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, 1^{re} éd, Londres, Oxford University Press, 2012, à la p 618.

²⁹ Les rares exemples de recours à cet article se sont en effet souvent avérés résulter d'événements retentissants. À titre d'illustration, les Pays-Bas avaient suspendu, en 1982, l'application d'un traité avec le Suriname et qui les obligeait à lui fournir une aide au développement en invoquant un changement fondamental de circonstances à la suite d'un coup d'État ayant mis fin à la démocratie et conduisant à de graves violations des droits de l'Homme. Pour un commentaire assez critique sur le fond et la procédure de cette affaire, voir Dionne Bosma, « *The Dutch-Surinam Treaty on Development Assistance: A Correct Appeal to A Fundamental Change of Circumstances?* » (1990) 3:2, Leiden J Intl L 201.

A. L'affirmation de la *clausula rebus sic stantibus*

Conçue à l'époque romaine et redécouverte par Hostiensis, un cardinal catholique du XIII^e siècle, la maxime *Pacta sunt servanda* constitue la clef de voûte tant du droit des traités que du droit commun des contrats³⁰. Plus de sept siècles plus tard, il peut cependant être tentant de considérer que, dans une économie de marché, les contrats et les traités ne sont plus des actes moralement contraignants. En effet, il semble de plus en plus admis en droit international que ces actes consistent aujourd'hui en de simples opérations qui doivent être réalisées, quelles que soient les circonstances. Il est également plus courant qu'on juge nécessaire d'adapter les obligations convenues aux nouvelles réalités lorsque des changements de circonstances surviennent. Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, le « contrat-obligation » du *Code Napoléon* tend désormais à devenir un « contrat-opération »³¹.

Avec cette conception socioéconomique du contrat, qui vise à privilégier le pragmatisme au détriment du dogmatisme, la finalité du contrat est en effet de rendre celui-ci opérationnel et de l'adapter à l'objectif socioéconomique poursuivi par les parties. Or, cela se fait au-delà de la réalité juridique, qui constitue la rencontre des volontés. En d'autres termes, l'économie du contrat représente le contenu matériel et non psychologique du contrat. Ensuite, contrairement au principe *Pacta sunt servanda* de la *Convention de Vienne*, il ne s'agit pas de se concentrer sur l'exécution de l'obligation convenue dans le traité, mais plutôt sur la réalisation de l'opération socioéconomique projetée. Sur la base de notre hypothèse de départ, le plus important n'est pas qu'à une date convenue l'État paie sa dette, mais plutôt que la dette soit remboursée. Bien évidemment, dans un cadre parfait, l'emprunt serait remboursé à la date fixée par les parties. Néanmoins, en cas d'imprévu, la solution à notre problème semble plutôt résider dans un autre principe doctrinal, celui élaboré par Gentili au XVI^e siècle à partir de la maxime *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*.

Ce principe *rebus sic stantibus* est considéré comme complémentaire au principe *Pacta sunt servanda* en droit international public, en particulier parce qu'il lui apporte une certaine souplesse. Chaque traité comprend ainsi une clause implicite *rebus sic stantibus*, comme l'a écrit Oppenheim :

*every treaty implied a condition that, if by any unforeseen change of circumstances an obligation provided for in the treaty would imperil the existence or vital development of one of the parties, it should have a right to demand to be released from the obligation concerned*³².

Le professeur Kiss a d'ailleurs soutenu qu'une clause expresse *rebus sic stantibus* n'est aucunement nécessaire dans les traités, tout simplement parce qu'elle est implicite par nature. Pour étayer son argument, il évoque comme exemple une ancienne

³⁰ Richard Hyland, « *Pacta sunt servanda* : a meditation » (1994) 34:2 Va J Int L 405.

³¹ Dans ce sens, voir par ex : Eric FOKOU, « L'apport épistémologique de la notion d'économie du contrat en matière d'interprétation » (2016) 57 : 4 C de D 715.

³² Lawrence Oppenheim et Hersch Lauterpacht, *International Law: A Treatise*, 8^e ed, Longmans, Green & Co, London, 1955 [1967] au para 53.

décision d'un tribunal de commerce français³³ : « Dans tout traité international, la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où les conditions essentielles du traité ne pourraient plus être exécutées par l'une des parties contractantes³⁴. »

À cet égard, il est possible de relever que la France a utilisé la clause *rebus sic stantibus* pour son retrait du commandement militaire intégré de l'OTAN en 1966, indiquant qu'en raison des changements de circonstances intervenus depuis la conclusion du *Traité de l'Atlantique Nord de 1949*, les accords subséquents – et non le traité de l'Organisation de l'Atlantique lui-même –, étaient devenus caducs et ne créaient donc plus de force obligatoire à l'égard de la France³⁵. À son tour, Basdevant, dans ses arguments devant le CPJI dans l'*Affaire des Zones franches*, a également soutenu la même thèse avec une certaine vigueur : « C'est une règle reconnue du droit international que les obligations internationales résultant d'un traité sont rendues caduques par le changement des circonstances, lorsque, du moins, ce changement a un caractère suffisamment important³⁶. »

Un raisonnement similaire a été développé par un tribunal arbitral, au sujet de contrats internationaux, en s'appuyant notamment sur la *lex mercatoria* :

Toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et nier ce principe reviendrait à faire du contrat un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation et le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées³⁷.

Il nous semble néanmoins que les principes visés dans ces différentes décisions ne sont pas rigoureusement identiques : Basdevant parle d'une « règle » qui s'applique toujours; Kiss défend l'idée d'une clause implicite, qui est alors une présomption contractuelle réversible; le tribunal de commerce français est en faveur d'une clause de résolution implicite; et enfin, la *lex mercatoria*, une fois son existence admise, n'est pas par définition destinée à être appliquée dans des relations mettant en jeu les intérêts d'un État. En réalité, le principe *rebus sic stantibus*, quelle que soit sa base – qu'il soit normatif ou coutumier – n'a pas nécessairement pour finalité de mettre fin au contrat ou au traité, mais plutôt de permettre la modification des termes du contrat pour l'adapter aux nouvelles circonstances³⁸. Il peut ainsi ressembler au *hardship* dans notre conception.

³³ Revue critique, 1937, à la p 95 ; Ch. Rousseau, « Jurisprudence française en matière de droit international public » (1938) 45:1 RGDI 457 aux pp 497-498.

³⁴ Alexandre Charles Kiss, « L'extinction des traités dans la pratique française » (1959) 5:1 AFDI 784 à la p 793.

³⁵ France, *Aide-mémoire du gouvernement français du 11 mars 1966*, Articles et documents n° 0.1792 (Paris : La Documentation Française); A. Giglioli, « Le retrait de la France du commandement intégré de l'OTAN (1998), en ligne (pdf) : <www.nato.int/acad/fellow/98-00/giglioli.pdf>.

³⁶ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* « Exposé de M. le professeur Basdevant (représentant le Gouvernement français) » (19 et 20 avril 1932), CPJI (Sér C) n° 58, 342 à la p 405.

³⁷ Sentence CCI n° 2291/75, JDI, 1976 à la p 989.

³⁸ David J. Bederman, « The 1871 London Declaration, *Rebus Sic Stantibus* and a Primitivist View of the Law of Nations » (1988) 82:1 AJIL 1 à la p 29.

Cela dit, il reste à déterminer s'il s'agit alors d'une règle coutumière ou d'une présomption contractuelle. Le Rapporteur spécial pour le projet de la *Convention de Vienne* a opté pour une règle coutumière³⁹, ce qui impliquerait la nécessité de l'*opinio juris* des États. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs expressément reconnu le caractère coutumier du *rebus sic stantibus*⁴⁰. La CIJ, de son côté, s'est également prononcée en faveur d'une règle coutumière⁴¹. Quant à la Cour de La Haye, il semble qu'elle partage l'avis de la CIJ :

La Cour n'a pas à s'attarder sur la question de l'applicabilité en l'espèce de la *convention de Vienne* de 1969 sur le droit des traités. Il lui suffira de rappeler qu'à plusieurs reprises déjà elle a eu l'occasion de dire que certaines des règles énoncées dans ladite convention pouvaient être considérées comme une codification du droit coutumier existant. La Cour est d'avis qu'à bien des égards tel est le cas des règles de la *convention de Vienne* afférentes à l'extinction et à la suspension de l'application des traités, énoncées à ses articles 60 à 62⁴².

Les juges de La Haye ajoutent :

La Cour rappellera que, dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries, elle a dit que l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités ... peut, à bien des égards, être considéré comme une codification du droit coutumier existant en ce qui concerne la cessation des relations conventionnelles en raison d'un changement de circonstances (CIJ Recueil 1973, p. 63, par. 36)⁴³.

Récemment, le gouvernement britannique a également considéré que la *clausula rebus sic stantibus* était une règle de droit international⁴⁴. Toutefois, il ne suffit pas d'affirmer son existence⁴⁵. Encore faut-il voir en quoi cette clause de « résolution » entraîne une obligation de renégocier le traité sans y mettre fin.

B. L'obligation de renégocier

Le *hardship* entraîne une obligation de renégocier certains paramètres du traité pour les adapter aux nouvelles circonstances. Cette obligation trouve sa source tant dans le droit coutumier (2) que dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et prévus par l'article 38 du *Statut de la CIJ* (1).

³⁹ *Summary record of the 62nd meeting*, supra note 22, au para 11.

⁴⁰ *A. Racke GmbH & Co. c Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, [1998] Rec CJCE I-03655 au para 53.

⁴¹ *Pêcheries au Royaume-Uni*, supra note 28, au para 36 ; *Pêcheries en République fédérale d'Allemagne* supra note 28, au para 36 ; *Gabcikovo*, supra note 28, aux paras 46, 99, 104.

⁴² *Gabcikovo*, supra note 27, au para 46.

⁴³ *Ibid* au para 104.

⁴⁴ Steven Seinfeld, « Exclusive: The Geoffrey Cox legal advice that Theresa May hopes will save her Brexit deal », *The Telegraph*, (19 mars 2019), en ligne : <www.telegraph.co.uk/politics/2019/03/14/exclusive-geoffrey-cox-legal-advice-theresa-may-hopes-will-save/>.

⁴⁵ Julian Kulaga, « A Renaissance of the doctrine of *rebus sic stantibus*? » (2020) 69 : 2 ICLQ 477, 2020 aux pp 477-78.

1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT

Rien ne s'oppose à la reconnaissance du *hardship* comme un principe général de droit reconnu par les « nations civilisées » au sens de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale*. En effet, étant entre autres⁴⁶ consacré tant par les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* que par les jurisprudences judiciaire⁴⁷ et arbitrale⁴⁸ au niveau mondial, le *hardship* correspond bien, sans aucun doute, à un principe général de droit. Les principes généraux reconnus par les nations civilisées sont généralement ceux qui, en droit de l'arbitrage, correspondent à l'attente légitime des parties⁴⁹. En d'autres termes, ils sont une sorte de *Ius Commune*, vu la grande acceptation qu'ont eue les *Principes d'Unidroit* un peu partout dans le monde. Cette idée de principe général est d'autant plus renforcée par le fait que la notion de *hardship* et son devoir corollaire de renégocier se retrouvent aussi dans la coutume internationale.

2. DROIT COUTUMIER

Paul Reuter, en son temps, avait considéré que la *Convention de Vienne* pouvait servir de fondement justifiant l'obligation de renégociation dans le cadre de l'article 62 *CV* : « Plutôt que de dire que le changement fondamental de circonstances entraîne de piano [sic] caducité du traité, il serait plus conforme à la vérité de dire qu'il entraîne, pour les parties intéressées, obligation de négocier⁵⁰. »

En somme, le principe *rebus sic stantibus* serait une règle qui devrait nécessairement aboutir à une renégociation et non pas simplement à une résiliation, nonobstant le fait que le texte final du droit des traités n'a pas repris un des projets initiaux, à savoir l'ancien article 23(1) qui avait prévu un « vrai » *hardship*⁵¹. La

⁴⁶ Voir par exemple la clause *hardship* de la CCI, Ercümten Erdem, « The Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause », dans Fabio Bortolotti et Dorothy Udeme Ufot, dir., *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, Dossiers XXII de l'Institut du Droit des Affaires Internationales, 2018, 123; Pour la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* et la reconnaissance du *hardship*, voir Alejandro M. Garro, « Exemption of Liability of Damages Under Articles 79 of the CISH » (12 octobre 2007), en ligne : *CISG-AC* <www.cisgac.com/cisgac-opinion-no7/> et Edgardo Muñoz, « Hardship under the CISG » (5 février 2020), en ligne : *CISG-AC* <cisgac.com/opinion-no20-hardship-under-the-cisg/>.

⁴⁷ Voir par exemple l'affaire *Scafom* de la Cour de cassation belge très illustrative à ce sujet, et qui, de surcroît, combine le *hardship* des *Principes Unidroit* avec le *hardship* de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* : *Scafom*, *supra* note 9.

⁴⁸ Voir par exemple : en matière de contrats d'investissement avec l'État, l'*obiter dictum* dans la sentence arbitrale *Kuwait v Aminoil* (1982), 21 ILM 976 à la p 1015 (Arbitres : Gerald Gray Fitzmaurice, Paul Reuter et Hamed Sultan) [*Kuwait v Aminoil*]; en matière commerciale, la sentence CCI 2508 (1976), 1977 JDI 939 et Matthias Scherer, « Economical or financial crisis as a defence in commercial and investment arbitration » (2010) 1:1 *Czech Yearbook of Intl L* 219.

⁴⁹ Ce que l'on dénomme aujourd'hui la nouvelle *Lex mercatoria*. Voir Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit » (1995) 122:1 JDI 5.

⁵⁰ Paul Reuter *Introduction au droit des traités*, Genève, Graduate Institute Publications, 1985 à la p 293.

⁵¹ « Article 23(1) – Extinction ou suspension par application de la règle de droit. Cas d'un changement essentiel de circonstances ou principe *rebus sic stantibus* (modalités de la demande d'extinction). 1. En

renégociation serait ainsi dictée, soit par une règle implicite de la *Convention de Vienne* comme le pensait Reuter, soit par l'obligation générale de bonne foi des parties en droit international général. Toutefois, il faut d'abord souligner qu'il n'y a pas d'obligation générale *a priori* de négocier en droit international⁵². Cela a été clairement affirmé par la CIJ dans l'affaire de l'*Accès à la mer*⁵³. De plus, l'article 33 de la *Charte des Nations Unies*, qui prévoit l'obligation pour les parties à un différend de le résoudre pacifiquement, n'est pas applicable dans notre hypothèse, à moins qu'il n'y ait un danger pour la paix internationale⁵⁴. Dans une telle situation, « *the obligation imposed by the UN Charter is to settle disputes by "peaceful means". One such means is negotiation, but there are many others, and there is no obligation to negotiate in preference to pursuing other means of peaceful settlement of disputes*⁵⁵. » Pourtant, le principe de bonne foi existe de manière générale⁵⁶ :

L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *Pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi⁵⁷.

Quant à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, nous pensons que, nonobstant la position de Reuter, elle reste cette voiture qui n'a jamais quitté le garage⁵⁸. Néanmoins, il est tout aussi vrai que la même convention énonce, dans le troisième considérant de son Préambule : « Constatant que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *Pacta sunt servanda* sont universellement reconnus⁵⁹. » Cela dit, dans l'affaire de l'*Accès à la mer*, la CIJ a considéré que :

En droit international, l'existence d'une obligation de négocier doit être établie de la même manière que celle de toute autre obligation juridique. La négociation fait partie de la pratique courante des États dans leurs relations

l'absence d'un accord entre les parties ou d'une décision appropriée d'un tribunal international arbitral ou judiciaire, le fait d'alléguer un changement fondamental de circonstances en invoquant le principe *rebus sic stantibus* ne peut, par lui-même, produire l'extinction du traité ; il ne peut qu'en suspendre l'exécution, et ce, uniquement en conformité de la procédure exposée ci-après. [...] » « Le droit des traités » (Doc NU A/CN.4/107) dans *Annuaire CDI*, vol II, New York, NU, 1957 à la p 36 (A/CN.4/SER.A/1957/Add.1).

⁵² Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 13^e éd, Paris, LGDJ, 2019 à la p 604.

⁵³ *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c Chili)*, [2018] CIJ Rec 507 au para 165 [*Accès à la mer*].

⁵⁴ « En outre, toute obligation découlant de l'article 33 de la Charte des Nations Unies s'applique aux différends "susceptible[s] de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationale", condition qui n'est clairement pas remplie en l'espèce » *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)* « Duplique du Chili » (15 septembre 2017), CIJ Mémoire (vol 1) au para 2.7.

⁵⁵ *Ibid* au para 2.5.

⁵⁶ Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000 au para 138.

⁵⁷ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] Rec CIJ 253 au para 46.

⁵⁸ *Supra* note 28.

⁵⁹ *Convention de Vienne*, *supra* note 11, au préambule, al 4.

bilatérales et multilatérales. Cependant, le fait de négocier une question donnée à un moment déterminé ne suffit pas pour donner naissance à une obligation de négocier. En particulier, pour qu'il y ait obligation de négocier en vertu d'un accord, il faut que les termes employés par les parties, l'objet, ainsi que les conditions de la négociation, démontrent une intention des parties d'être juridiquement liées. Cette intention, à défaut de termes exprès indiquant l'existence d'un engagement juridique, peut être établie sur la base d'un examen objectif de tous les éléments de preuve⁶⁰.

Nous ne pensons pas que l'existence d'une obligation de bonne foi soit niée dans notre hypothèse d'une éventuelle adaptation du traité aux nouvelles circonstances. En effet, la Cour indique qu'une obligation alléguée doit avoir une source, et celle-ci doit être prouvée. Dans le cas du *hardship*, cela implique, premièrement, l'existence d'un traité; deuxièmement, le principe de la bonne foi; troisièmement, la règle coutumière du *rebus sic stantibus*; et quatrièmement, le principe nécessaire et corollaire de la bonne foi, à savoir l'obligation de renégocier si les circonstances qui ont donné lieu au traité ont fondamentalement changé. La Cour de La Haye ne dit pas le contraire, dans son arrêt *Gabcikovo* :

Ce que la règle *pacta sunt servanda*, telle que reflétée à l'article 26 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, exige en l'espèce des Parties, c'est de trouver d'un commun accord une solution dans le cadre de coopération que prévoit le traité⁶¹.

Le devoir de coopération susmentionné est également inhérent au principe *Pacta sunt servanda*, comme l'a répété la CIJ dans l'affaire des *Baleines* :

La Cour observe que le paragraphe 30 du règlement et les lignes directrices relatives à la communication des propositions de permis et à leur examen par le comité scientifique (lesquelles font actuellement l'objet de l'annexe P) doivent être considérés à la lumière du devoir de coopération avec la CBI et le comité scientifique qui s'impose à tous les États contractants, devoir qui a été reconnu par les deux Parties et l'État intervenant⁶².

Et lorsqu'un traité n'est plus fonctionnel dans les nouvelles circonstances, le devoir de coopération implique l'obligation de discuter les nouvelles modalités du traité. Cela s'explique par le fait que la grande majorité des traités sont relationnels et non transactionnels⁶³. Comme l'affirme Macneil, dans le cadre des traités relationnels, au lieu de se faire concurrence, les parties cherchent à coopérer pour un bénéfice mutuel⁶⁴. Cette coopération n'est pas seulement un moyen pratique d'aller de l'avant, mais également une obligation juridique propre au principe *Pacta sunt servanda*. Dans son avis consultatif concernant l'affaire de la *Présence continue de l'Afrique du Sud en*

⁶⁰ *Accès à la mer*, *supra* note 53, au para 91.

⁶¹ *Gabcikovo*, *supra* note 27, au para 142.

⁶² *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon; Nouvelle-Zélande (intervenante))*, [2014] CIJ Rec 226 au para 240 [*Baleines*].

⁶³ Corinne Boismain, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

⁶⁴ Ian R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

Namibie, la CIJ souligne que le texte est susceptible d'évoluer en même temps que l'ensemble du système juridique et que, pour interpréter les notions se trouvant dans le texte en l'espèce, il faut « prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle et l'interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce [...] à la coutume⁶⁵ ». Cette position a d'ailleurs été confirmée par l'arrêt des *Baleines*⁶⁶.

Dans l'ensemble, la bonne foi et le principe subséquent du devoir de coopération requièrent que, s'il existe un changement de circonstances fondamentales, les parties ont l'obligation de renégocier le traité pour l'adapter aux nouvelles circonstances. Cela ne contredit pas la position prise par la CIJ dans l'affaire de *L'Accès à la mer*, qui nie l'existence d'une obligation générale de négocier. « Notre » obligation de renégocier a donc une source spécifique, il s'agit du traité lui-même. Il est vrai que le raisonnement exposé peut sembler compliqué. Si nous reprenons les différentes étapes, nous arrivons au résultat suivant. D'abord, il faut bien évidemment un changement de circonstances fondamentales, tel que prévu par l'article 62 *CV*, dont le contenu revêt d'un caractère de coutume internationale⁶⁷. La *CV* ne prévoyant aucun mécanisme de *hardship*, nous nous en remettons à la coutume internationale, et ce, sur la base de l'article 31.3 c) *CV* – qui prescrit la prise en considération des règles du droit international au moment d'interpréter un traité. La coutume internationale prévoit dans tout traité une clause implicite de *rebus sic stantibus* qui donne naissance à une obligation conventionnelle implicite du traité à s'adapter, et dont les sources sont le principe de la bonne foi et le devoir de coopération.

Cela dit, il n'est pas possible de clore le sujet sans prendre en considération quelques dernières objections possibles aux arguments soutenus jusqu'à présent dans les lignes antérieures. En premier lieu, il faut s'interroger si la *CV* est de nature impérative ou supplétive, car dans le premier cas, il n'est pas possible d'avoir d'autres règles que celles prévues par la *Convention*⁶⁸. Toutefois, le texte international indique clairement son caractère supplétif, puisque les normes impératives sont les seules auxquelles nous ne pouvons pas déroger⁶⁹. En deuxième lieu, à notre avis, il est possible

⁶⁵ *Ibid* au para 53.

⁶⁶ *Baleines*, *supra* note 62 aux paras 83, 240. Pour une étude sur la façon dont les règles d'interprétation permettent de « lire » un traité comme un instrument vivant, voir Ulf Linderfalk, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, vol 83, Berlin, Springer, 2007.

⁶⁷ Voir *Pêcheries au Royaume-Uni et Pêcheries en République fédérale d'Allemagne*, *supra* note 28; *Gabcikovo*, *supra* note 41.

⁶⁸ Voir sur ce point le passage intéressant, et à la fois mystérieux, de la CIJ dans son *dictum* dans l'affaire *Gabcikovo* précité (*supra* note 27, au para 100) : « 100. Le traité de 1977 ne contient pas de disposition concernant sa terminaison. Rien n'indique non plus que les parties entendaient admettre la possibilité de dénoncer le traité ou de s'en retirer. Au contraire, le traité établit un système durable d'investissement conjoint et d'exploitation conjointe. Par conséquent, les parties n'en ayant pas convenu autrement, le traité ne pouvait prendre fin que pour les motifs énumérés limitativement dans la convention de Vienne ».

⁶⁹ *Convention de Vienne*, *supra* note 11, art 53. Il est évident que pour les tenants d'un droit international objectif, la *CV* doit être un texte impératif. Or, le droit des contrats repose sur l'autonomie de la volonté, laquelle est un droit de l'homme (qui devrait aussi s'appliquer aux États – mais dans le cadre restreint du présent article, il n'est guère possible de développer plus en détails cette approche métavolontariste du droit international, et nous renvoyons à une étude qui aborde cette problématique dans le cadre du

qu'une règle coutumière soit en conflit avec une règle conventionnelle, étant donné que contrairement à la coutume, la *CV* ne permet pas le *hardship*. Il faudrait donc résoudre cette divergence. Premièrement, comme nous l'avons mentionné précédemment, la *CV* est de nature supplétive; le fait que le *hardship* ne soit pas prévu ne vaut pas une interdiction dudit mécanisme. De toute manière, nous ne pouvons guère nier le principe général selon lequel tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis. Deuxièmement, même dans le cas où nous ne partageons pas cette opinion, nous pourrions toujours adapter le traité sous le couvert du droit international général, puisque l'article 62 *CV* reflète des normes coutumières. Ce « plan B » n'est toutefois pas la solution idéale. Nous souhaitons que le *hardship* soit « intégré » à l'article 62 *CV* à travers la voie d'interprétation, comme nous l'avons mentionné antérieurement⁷⁰. Ceci nous amène, en troisième lieu, à nier l'affirmation selon laquelle, en raison de son article 42, la *CV* serait un texte impératif. Cet article suggère qu'il est interdit d'éteindre ou de suspendre un traité en dehors des cas prévus par la *Convention*. En réalité, et il importe d'insister, un *hardship* n'a rien à voir avec la suspension ou l'extinction d'un traité. De ce fait, formellement, la disposition est inapplicable à notre sujet. Même au nom de la curiosité intellectuelle, si nous voulions supposer l'applicabilité de l'article 42 *CV*, elle ne devrait pas être problématique. En effet, la terminaison/suspension prévue par la *Convention* est bien évidemment permise si le traité en question la prévoit également. De plus, nous avons démontré que le *rebus sic stantibus* est implicite à une quelconque convention internationale, y compris à la *Convention sur le droit des traités*. Par conséquent, cette régulation ne peut pas être invoquée au détriment de la position que nous défendons, d'autant plus que l'article 42 *CV* n'a pas un caractère coutumier⁷¹.

droit commercial international et de l'arbitrage : James A. Graham, « Pacta sunt servanda : El primer orden jurídico » dans Francisco González de Cossío, dir, *Todo arbitraje y MASC : Homenaje a José Luis Siqueiros*, Bosch, 2022, 589). Cette autonomie de la volonté peut s'autolimiter, mais certainement pas disparaître... tout comme la souveraineté. Dans un droit volontariste, les règles sont supplétives, sauf exceptions. Et la *CV* en est l'exemple parfait. D'ailleurs, en lisant bien *Gabcikovo* et son passage précité (*supra* note 27, au para 100), la Cour commence par dire que seule la *CV* s'applique à déterminer les causes pour mettre fin à un traité, sauf si la volonté commune des parties en convient autrement. Donc, la règle est l'autonomie de la volonté, et l'exception, la *CV*. En d'autres mots, la primauté est donnée au droit subjectif sur le droit objectif.

⁷⁰ L'existence d'un double corps de règles (conventionnelles/coutumière) n'a rien d'extraordinaire. Il suffit, à cet égard, de citer la jurisprudence *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, [1969] CIJ Rec 3, ou l'arrêt de *l'Affaire des Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ Rec 1986 14 aux paras 17-179, où les juges de La Haye se sont prononcés de la manière suivante : « 178. De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant des deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu, et même si les États considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte. [...] 179. Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique ». Or, ce dernier point n'empêche pas l'interaction entre ces deux catégories de normes. La norme conventionnelle peut être complétée ou interprétée selon la coutume internationale, tel que prévu par l'article 31 *CV* (*supra* note 11).

⁷¹ Olivier Dörr et Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, aux pp 735 s.

Il n'est pas possible d'affirmer, de manière générale et abstraite, dans quels cas le défaut d'un État de remplir son obligation de paiement serait justifié par la crise du SRAS-CoV-2. En effet, les réactions des États à la crise étaient et demeurent trop différentes. Considérant que certains États font preuve d'efficacité et réussissent à maîtriser assez rapidement la crise⁷², que d'autres minimisent la gravité de la situation⁷³, que leur taille varie⁷⁴, et que le vieillissement de la population⁷⁵ et les régimes alimentaires sont différents pour chacun⁷⁶, il est très difficile de prédire quel État pourrait déroger à son obligation conventionnelle sans engager sa responsabilité. À cela s'ajoute que l'interprétation des faits varie. Par exemple, s'agissant de la « faillite » de l'Argentine, deux tribunaux arbitraux ont statué très différemment sur les mêmes faits. De manière similaire, en 2005, le tribunal arbitral dans l'affaire *CMS* a considéré que l'Argentine avait contribué à la crise financière qui l'avait affectée⁷⁷, tandis que, dix-huit mois plus tard, un autre tribunal dans l'affaire *LG&E* considérait, à partir des mêmes faits, que l'Argentine n'avait pas contribué à ladite crise⁷⁸.

Il fait consensus qu'il y a un changement fondamental de circonstances dû à la pandémie de SRAS-CoV-2, puisque celle-ci ne pouvait, par définition, être prévue au moment de la conclusion du traité (à supposer qu'elle soit intervenue avant la crise) et que ces circonstances ont donc désormais radicalement changé. En outre, pour tout traité comportant une obligation pécuniaire, il ne fait aucun doute qu'en droit coutumier, les circonstances constituent une base essentielle de consentement des parties à être liées par le traité, et ce changement a pour effet de modifier considérablement la portée des obligations à remplir en vertu du traité. Le problème consiste à mesurer l'impact financier de la crise sur la capacité de paiement de l'État débiteur. Si en théorie, un État a toujours des fonds disponibles, la distribution de ceux-ci peut s'avérer complexe. Par exemple, si un État doit choisir entre remplir une obligation de paiement en vertu d'un remboursement financier ou consacrer ses avoirs à la protection de la santé de la population, il est compréhensible que cette dernière option prévale, d'autant plus que

⁷² Selon l'information publique disponible dans la presse : Chine, Taïwan, Nouvelle-Zélande, etc.

⁷³ États-Unis d'Amérique, Mexique, Brésil, etc.

⁷⁴ L'Uruguay a une situation contrôlée avec une population de 3,5 millions d'habitants, tandis que les États-Unis d'Amérique, par exemple, ont une population de 328 millions d'habitants.

⁷⁵ Par exemple, la Floride, dont 20 % de la population est âgée de plus de 65 ans.

⁷⁶ Au Mexique, par exemple, 10 % des habitants souffrent du diabète, ce qui situe le Mexique au neuvième rang des pays avec le plus haut taux de diabète parmi leur population.

⁷⁷ *CMS Gas Transmission Company v The Argentina Republic*, (2005), (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Francisco Orrego Vicuña, Marc Lalonde, Judge Francisco Rezek).

⁷⁸ *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v Argentina Republic*, (2006) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Tatiana B. de Maekelt, Francisco Rezek et Albert Jan Van den Berg).

l'État doit respecter une autre obligation internationale, à savoir le droit à la santé⁷⁹. Conséquemment, si les éléments de preuve sont suffisants, l'État peut invoquer l'obligation de bonne foi de l'autre État afin de renégocier les conditions de paiement. Cependant, si l'homologue s'y oppose et considère qu'il n'y a pas eu de changement fondamental de circonstances⁸⁰, la CIJ pourrait être priée de constater ce changement de circonstances et d'ordonner à la partie adverse de renégocier le traité. Dans le cas où ces renégociations n'aboutiraient pas, ce serait la CIJ qui aurait le pouvoir, en vertu de la règle coutumière du *rebus sic stantibus*, d'adapter le traité aux nouvelles circonstances. La voie qui nous semble la plus appropriée est celle d'une action *ex aequo et bono*, énoncée à l'article 38(2) du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁸¹, qui prévoit une adaptation et une révision éventuelle du traité par la CIJ⁸². Cette procédure ne dénie en rien le caractère juridique du *hardship*, s'agissant non de résoudre un différend en droit, mais d'adapter certains paramètres du traité (délais, taux d'intérêt, etc.) qui sont des questions factuelles soumises à l'équité. Bien sûr, il est probable que, préliminairement, il faudra résoudre une question juridique, soit déterminer s'il existe ou non un *hardship* en droit. Or, le fait qu'il s'agisse d'une procédure d'amiable composition n'empêche pas la ou le juge équitable d'appliquer des règles de droit, notamment en ce qui concerne les procédures. D'ailleurs, même sur le fond, il peut les appliquer si sa démarche est justifiée et conforme au principe d'équité. À l'inverse, une procédure en droit ne permet pas l'adaptation d'un contrat ou d'un traité. Il convient de noter que, compte tenu des délais de procédure de la CIJ, une telle action en justice n'est pas la meilleure option. La solution idéale serait la généralisation des clauses d'arbitrage dans les traités avec, si possible, une disposition prévoyant « l'arbitre d'urgence »⁸³. Les arbitres seraient en effet assez bien placés pour ordonner l'adaptation du traité aux circonstances actuelles et futures dans des délais plus raisonnables que la CIJ. L'opération économique visée par le traité serait sauvée,

⁷⁹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 art 25 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) art 12(1).

⁸⁰ Le différend entre le Royaume-Uni et l'Islande est une illustration parfaite de ce que nous venons de dire. Dans le cas cité, la Cour internationale a établi que, malgré un changement fondamental de circonstances, un acte unilatéral n'est pas opposable aux autres. Cela signifie que, si nous traduisons ce qui est dicté par notre hypothèse, deux options sont présentées. L'État notifie sa suspension de paiement en expliquant le changement fondamental de circonstances et le créancier accepte ; et nous aurions alors un accord mutuel. Ou bien l'État créancier rejette le fait que le changement de circonstances était fondamental, et, alors, seul un juge ou un arbitre pourra décider s'il y a ou non un tel changement (Voir *Pêcheries au Royaume-Uni*, *supra* note 28).

⁸¹ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, 33 R.T.N.U. 993, RT Can 1945 n° 7 art. 38(2).

⁸² *Contra* : le juge saisi ne pourrait en aucun cas décider lui-même quelles sont les modifications qu'il faut apporter au traité, car un tel pouvoir dépasse manifestement l'étendue de la fonction judiciaire, mais il pourrait en revanche décider de la caducité du traité dans le cas où ce serait l'État intéressé au maintien de l'ancien traité qui n'aurait pas satisfait à l'obligation de négocier, ou décider, au contraire, de maintenir le traité quand ce serait l'État demandeur de la modification qui n'aurait pas épuisé ses devoirs de négociation. Voir *Kuwait v Aminoil*, *supra* note 48, au para 295.

⁸³ Voir par exemple *Règlement d'arbitrage CCI 2021* (entrée en vigueur : 1er janvier 2021), en ligne : Chambre de commerce internationale <iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/02/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-french-version.pdf> art 29 ; *Règlement d'Arbitrage LCIA* (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 2020), en ligne : www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx art 9B.

et les parties en mesure d'obtenir les avantages escomptés, mais pas dans les conditions d'origine attendues. Toutefois, comme le dirait le bon magistrat à Eve – dans l'œuvre de Balzac⁸⁴ –, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès.

⁸⁴ *Honoré de Balzac*, « *Illusions Perdues* », Paris, 1843, à la p. 568.