

Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision

Pierre Moisan

Volume 35, numéro 2, 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043281ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043281ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Moisan, P. (1994). Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision. *Les Cahiers de droit*, 35(2), 281–334. <https://doi.org/10.7202/043281ar>

Résumé de l'article

Une multitude d'événements peut perturber le déroulement d'une transaction internationale. La prévention et la répartition des risques revêtent donc une importance primordiale pour les parties au contrat.

Les praticiens ont élaboré des clauses sophistiquées permettant d'adapter la relation contractuelle aux circonstances nouvelles. Parmi ces clauses, l'auteur analyse celles qui s'attachent à résoudre les problèmes d'exécution engendrés par les situations de force majeure et d'imprévision. L'insertion de telles clauses apparaît essentielle devant l'inadéquation des solutions juridiques nationales et internationales en la matière.

Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision*

Pierre MOISAN**

Une multitude d'événements peut perturber le déroulement d'une transaction internationale. La prévention et la répartition des risques revêtent donc une importance primordiale pour les parties au contrat.

Les praticiens ont élaboré des clauses sophistiquées permettant d'adapter la relation contractuelle aux circonstances nouvelles. Parmi ces clauses, l'auteur analyse celles qui s'attachent à résoudre les problèmes d'exécution engendrés par les situations de force majeure et d'imprévision. L'insertion de telles clauses apparaît essentielle devant l'inadéquation des solutions juridiques nationales et internationales en la matière.

Many events may upset an international transaction. The prevention and sharing of risks are therefore of primary importance for parties to the contract.

Practitioners have developed sophisticated clauses to adapt contractual relations to new circumstances. The author analyses those applying to solving problems regarding performance that arise from acts of God and unforeseeable changes in circumstances. The insertion of such clauses appears to be essential owing to the inadequacies of national and international legal solutions in such matters.

* La présente étude a été réalisée dans le cadre du Programme de recherche sur les contrats internationaux et le droit civil du Québec qui bénéficie d'une subvention de la Fondation du Barreau du Québec.

** Avocat en droit commercial international.

	Pages
1. La gestion des risques	284
2. Le contrat en tant qu'outil de gestion des risques	285
2.1 La mise en évidence des principaux types de risques	287
2.2 Les disparités législatives et réglementaires.....	288
2.2.1 Les solutions nationales.....	289
2.2.1.1 Le droit français	289
2.2.1.2 Le droit québécois	293
2.2.1.3 Le droit anglais	293
2.2.1.4 Le droit américain.....	296
2.2.1.5 Le droit allemand	297
Conclusion.....	299
2.2.2 Les solutions internationales	299
2.2.2.1 La Convention de Vienne	300
2.2.2.2 Unidroit et la Chambre de commerce international.....	303
3. Les clauses d'adaptation	307
3.1 Les clauses d'adaptation automatique.....	308
3.2 Les clauses d'adaptation semi-automatique.....	309
3.2.1 Les clauses de force majeure	310
3.2.1.1 Les conditions d'ouverture.....	310
3.2.1.2 La procédure de notification.....	313
3.2.1.3 La charge des risques.....	315
3.2.1.4 Le sort du contrat.....	316
3.3 Les clauses d'adaptation non automatique.....	319
3.3.1 Les clauses d'imprévision	320
3.3.1.1 Les conditions d'ouverture.....	322
3.3.1.2 La constatation de la survenance de l'événement perturbateur	325
3.3.1.3 La mise en œuvre du processus de renégociation	326
Conclusion.....	331
Conclusion	332

George Bush a péché par optimisme en croyant une fois de plus qu'une victoire était « la victoire ». Comme Wilson à la fin de la guerre 14-18 et Roosevelt à la fin de la guerre 39-45, il a postulé qu'il était possible, toutes affaires cessantes, de s'entendre définitivement sur un ordre du monde. Or, il faut admettre une fois pour toutes que le monde est un désordre, un risque de chaos permanent.

André GLUCKSMANN,
« Glucksmann contre les candides »,
L'Express, 19 septembre 1991, p. 118.

Les praticiens du commerce international ont toujours été aux prises avec l'instabilité et la très grande diversité des systèmes juridiques, poli-

tiques et économiques du monde. À cela s'ajoute aujourd'hui la nécessité de faire face à une accélération sans précédent du développement scientifique, technologique et industriel.

Dans ce contexte mouvant, la pérennité des engagements contractuels se trouve mise à rude épreuve. Les circonstances ayant présidé à leur conclusion évoluent continuellement et connaissent parfois des bouleversements tels que leur existence même est susceptible d'être remise en cause.

Devant ce phénomène et soucieux d'assurer la stabilité des relations économiques internationales, les praticiens ont élaboré, au cours des dernières années, des techniques juridiques de plus en plus sophistiquées, permettant d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles. Ces techniques prirent naissance et sont surtout utilisées dans le cadre des contrats à long terme, car ces derniers sont d'autant plus vulnérables aux changements de circonstances que leurs effets s'étalent dans le temps¹. Elles prennent la forme de clauses dites d'adaptation qui pourront être mises en œuvre de manière automatique, semi-automatique ou non automatique². Parmi ces clauses, nous nous attacherons plus précisément, dans le cadre de la présente étude, à l'analyse des clauses de force majeure et d'imprévision.

Les clauses de force majeure « concernent les hypothèses dans lesquelles des événements qui échappent au contrôle et aux prévisions des parties, rendent l'exécution du contrat tout à fait impossible³ ». Quant aux clauses d'imprévision (*hardship*), elles visent à « régler les conséquences de modifications fondamentales et profondes des conditions économiques qui se traduisent par un bouleversement de l'équilibre du contrat⁴ ». Par l'analyse de ces clauses contractuelles, nous mettrons en évidence les façons d'aménager les conséquences d'événements dont on ne peut imaginer l'ampleur ou même l'éventualité de leur survenance.

Le souci d'insérer de telles clauses dans les contrats internationaux de longue durée procède d'une logique conforme à une approche plus globale,

-
1. M. FONTAINE, « Les problèmes du long terme », dans *Comment négocier un contrat international à long terme ?*, Colloque de Tours, du 1^{er} au 3 juin 1978, (1979) 5(1) *D.P.C.I.* 141, 143.
 2. J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. juridiques Lefebvre, 1988, pp. 529-550.
 3. P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », (1980) 1 *Revue de droit international et de droit comparé* 7, 10.
 4. *Ibid.*

celle de la « gestion des risques » (*risk management*) encourus par l'entreprise dans l'exercice de ses activités. Nous en esquisserons les traits dominants à titre d'introduction.

La mise en application de cette approche nous amènera à effectuer un survol des principaux risques auxquels doit faire face l'entreprise lorsqu'elle s'engage dans une relation économique de longue durée, au niveau international. Cette démarche nous permettra d'évoquer les dispositions de certains droits nationaux relatives aux changements de circonstances et de constater leur absence d'uniformité.

La nécessité d'aménager conventionnellement les conséquences d'un bouleversement des circonstances sur la bonne marche d'une relation contractuelle internationale à long terme apparaîtra au terme de cet exercice. Nous concluons notre étude par la démonstration de l'importance économique que revêt la répartition conventionnelle des risques.

1. La gestion des risques

Jusqu'à la fin des années 1950, la souscription d'une police d'assurance constituait le moyen privilégié par lequel les entreprises choisissaient de se prémunir contre les risques de pertes occasionnées par l'exercice de leurs activités⁵. On assista cependant au fil des années à une croissance et à une diversification considérable du champ d'action des entreprises. Ce phénomène devait rapidement s'accompagner d'un accroissement substantiel de leur responsabilité civile et, par conséquent, des primes d'assurance s'y rapportant. Devant le gonflement de ce poste budgétaire et afin de réduire leurs frais d'exploitation, les entreprises ont dû élaborer de nouvelles approches. C'est alors qu'apparut, dans un premier temps aux États-Unis, la méthode de la « gestion des risques » (*risk management*).

Ce concept, issu des sciences de la gestion, « consiste à analyser au préalable et de façon globale, l'ensemble des risques qui pourront éventuellement affecter l'activité de l'entreprise. Le but est de chercher à les supprimer, ou à les minimiser afin d'assurer leur financement au moindre coût, tout en évitant la mise en péril de l'entreprise⁶. »

Différents modes de gestion des risques existent donc ; parmi ceux-ci l'assurance, souvent très onéreuse et offrant une couverture imparfaite, n'apparaît désormais que comme un moyen de financement parmi tant d'autres.

5. N. LACASSE et L. PERRET (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, pp. 12-13.

6. *Id.*, p. 13.

Le gestionnaire de risques s'intéresse à toutes les facettes de la vie de l'entreprise. Son objectif est de lui permettre de couvrir elle-même la plus grande partie possible des risques qui l'assaillent. Cette approche permet à l'entreprise de réduire de façon substantielle la part des fonds propres qui doivent être consacrés à l'assurance externe.

La gestion des risques procède d'une méthode en quatre étapes⁷.

La première consiste à repérer les risques. Pour ce faire, le gestionnaire fera l'inventaire du patrimoine de l'entreprise et des risques pouvant le toucher. Cet exercice méthodique lui permettra de déceler les événements susceptibles d'entraver la production ou d'engager la responsabilité de l'entreprise. Il devra être mené avec rigueur et imagination puisqu'il constitue le fondement sur lequel s'articuleront toutes les autres étapes.

Le gestionnaire devra ensuite procéder à l'évaluation de chacun des risques qu'il aura découverts. Son évaluation tiendra compte de la probabilité de survenance de ces risques et des coûts s'y rattachant.

À cette étape succédera une phase de décision : à chacun des risques devra être apportée une solution. Le gestionnaire aura le choix de courir le risque ou bien de chercher à le couvrir.

S'il opte pour le second terme de l'alternative, il devra en dernier lieu sélectionner parmi les moyens de couverture disponibles celui ou ceux qui procurent la meilleure couverture au moindre coût.

La technique contractuelle est un des moyens auxquels les entreprises ont de plus en plus recours. À une certaine époque, « l'influence des compagnies d'assurances, ajoutée à la paresse intellectuelle de certains juristes ont pu laisser croire que l'unique moyen de réduire les risques liés à un contrat ne pouvait être que l'assurance⁸ ». Désormais, et c'est heureux, on s'aperçoit « qu'une rédaction attentive des clauses mêmes du contrat peut rendre les plus grands services sans entraîner de frais supplémentaires⁹ ».

2. Le contrat en tant qu'outil de gestion des risques

On dit du contrat qu'il a pour fonction principale de résoudre un problème économique auquel doivent faire face les parties¹⁰ ; qu'il a pour effet d'inscrire dans la durée une opération économique donnée¹¹.

7. *Ibid.*

8. D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, Paris, Librairies techniques, 1980, p. 246.

9. *Ibid.*

10. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 1, p. 142.

11. J.M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », (1988) 87 *Rev. trim. dr. civ.* 481, 482.

Nous n'avons pourtant qu'une idée bien approximative du temps qui vient. Son passage nous convie plutôt à la rencontre inopinée des aléas les plus inusités.

Dans cette optique, le contrat ressemble beaucoup plus à un pari sur l'avenir qu'à l'agencement prédéterminé et incontournable de ses éléments constitutifs. Ainsi, l'usure du temps pourra remettre en cause l'utilité économique de l'opération, révéler l'inadéquation de ses contreparties, voire engendrer des embûches qui s'avéreront impossibles à surmonter. En fait, « quelles que soient les presciences que l'on peut en avoir, demain n'aura pas exactement le contenu que lui prêtent les parties au jour de leur rencontre¹² ».

L'outil contractuel peut pourtant permettre d'appréhender l'imprévisible ; d'aménager l'inimaginable. Pour ce faire, il faut cesser de percevoir le contrat comme un espace rigide et immuable. Insister sur sa souplesse, sa fluidité et son adaptabilité s'avérerait plus approprié.

Dans ces conditions, l'utilité du contrat en tant qu'outil de gestion des risques prend toute sa mesure. Comme le professeur Jean Marc Mousseron, par « risque » nous entendons, « considérée en terme d'éventualité au jour de la conclusion du contrat, toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues¹³ ».

Deux types de risques peuvent nuire au déroulement d'une opération conventionnelle. Les risques internes sont ceux « qui tiennent au comportement de l'une des parties ». Dans le cadre de la présente étude, notre exposé sera limité aux modes de gestion contractuelle des « perturbations de la ligne idéale convenue par les parties résultant d'événements extérieurs à leur comportement », soit les « risques externes »¹⁴.

Bien sûr, les parties pourront choisir d'ignorer les risques. Elles pourront encore adopter une attitude spéculative et, conscientes de leur témérité, fixer définitivement le contenu obligationnel de leur contrat dans l'espoir d'obtenir du hasard ses faveurs aléatoires¹⁵. Plus prudentes, elles préféreront ne rien laisser au hasard et doter leur relation de mécanismes d'adaptation leur permettant d'« enchâsser » l'instabilité au sein même de leur contrat. Capable d'évolution, celui-ci devient alors un véritable outil

12. *Id.*, 484.

13. *Ibid.*

14. *Id.*, 487 et 489.

15. R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », (1983) 82 *Rev. trim. dr. civ.* 1, 5.

de projection dans l'avenir, permettant aux parties non seulement d'imputer les risques mais encore de les prévenir¹⁶.

Cette faculté trouvera toute son utilité dans les contrats internationaux à long terme. L'une des caractéristiques remarquables de notre époque consiste en l'accroissement sans précédent du nombre de conventions de longue durée conclues par des parties de plus en plus éloignées géographiquement. L'importance économique de ces conventions est telle que ces dernières constituent en fait l'expression concrète et l'un des fondements de l'interdépendance des nations.

Il n'est donc guère étonnant de retrouver dans de telles ententes « le souci de permettre l'adaptation des engagements en cas de modification des circonstances, le désir d'assurer la survie du contrat à l'encontre des obstacles qui viendraient se dresser sur la voie de son exécution et la volonté des parties d'envisager ensemble l'extension éventuelle du domaine de leur coopération¹⁷ ».

Or, la survie de telles relations contractuelles et, par le fait même, l'extension de leur champ d'application dépendent ultimement de l'adaptabilité du contrat aux changements de circonstances, de son aptitude à bien répartir, donc à bien gérer les risques.

L'efficacité de cette répartition est toutefois tributaire d'une prise de conscience effective de ces risques. Nous tenterons donc d'en faire l'inventaire dans le contexte propre à une relation économique internationale de longue durée. Par la suite, nous passerons en revue les principaux modes d'adaptation du contrat.

2.1 La mise en évidence des principaux types de risques

Parmi les événements les plus susceptibles de perturber une entente internationale à long terme, certains pourront être inclus dans les prévisions des parties, d'autres s'avérer totalement imprévisibles; certains auront pour effet de rendre plus onéreuse l'exécution des obligations, d'autres la rendront totalement impossible.

Conformément à l'approche de la « gestion des risques », nous avons retenu, à titre illustratif, les aléas suivants¹⁸:

a) *Risques naturels* :

- incendie, inondations, tremblement de terre, tempête, typhon, tornade, sécheresse, glace, épidémie, décès, maladie, etc.

16. J.M. MOUSSERON, *loc. cit.*, note 11, 487-503.

17. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 1, p. 145.

18. Les risques énumérés sont tirés de l'analyse de contrats répertoriés dans le cadre du Programme de recherche sur les contrats internationaux et le droit civil du Québec.

b) *Risques sociopolitiques* :

- guerre, invasion, révolution, rébellion, commotion civile, blocus, insurrection, émeute, embargo, etc. ;
- intervention législative ou réglementaire des pouvoirs publics, interdiction d'importation ou d'exportation, refus de délivrance de permis ou d'autorisations, imposition de tarifs douaniers, interdiction de transfert de devises, etc. ;
- conflits de travail, grève, lock-out, etc. ;

c) *Risques économiques* :

- crise économique, hyperinflation, récession, déflation, etc. ;
- crise monétaire, dévaluation, réajustement des parités, etc. ;
- obsolescence technique, pénurie de matières premières, découverte de produits ou de sources d'énergie substituables, offres concurrentes, arrivée de nouveaux compétiteurs, défaillance d'un fournisseur, faillite, etc.

d) *Risques juridiques* :

- à côté des modifications législatives et réglementaires évoquées plus haut, les disparités existant entre les diverses législations nationales constituent un facteur de risques non négligeable. Nous en ferons l'illustration en effectuant un survol des dispositions de certains droits nationaux relatives aux changements de circonstances.

2.2 Les disparités législatives et réglementaires

Comme nous l'avons vu, les parties à un contrat peuvent choisir soit d'ignorer, soit d'aménager les risques. Au niveau international, l'aménagement conventionnel des risques juridiques passe normalement par deux étapes.

La première consiste à désigner la loi applicable à la relation contractuelle. Cette faculté est largement reconnue par les systèmes juridiques du monde entier et se fonde sur la règle de l'autonomie de la volonté¹⁹. En vertu de cette même règle, les parties aménageront ensuite les dispositions de la loi choisie, en fonction des particularités de leur transaction. Seules les normes présentant un caractère impératif ou d'ordre public échapperont, de par leur nature, à une telle opération²⁰. Ajoutons que le choix

19. P. LAGARDE, « La loi applicable au contrat de distribution commerciale », dans N. LACASSE, L. PERRET et J.E. DENIS, *Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 93.

20. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, Paris, Forum européen de la communication, 1989, p. 236.

d'une loi pourra entraîner l'application des conventions internationales qui y sont afférentes.

Si elles renoncent à cet aménagement conventionnel, les parties s'exposeront à l'application des règles de conflit et des normes nationales qui en découleront²¹. Or, en matière de changements de circonstances, l'unanimité ne se réalise entre les principaux systèmes juridiques qu'autour de la soumission à l'adage *Pacta sunt servanda*. Ce principe, fondé sur la sécurité juridique, vise à assurer le respect de la volonté des parties²². Pour le reste, les conceptions nationales en la matière sont très différentes, voire divergentes²³. En voici quelques illustrations.

2.2.1 Les solutions nationales

2.2.1.1 Le droit français

En droit français, le bouleversement des circonstances est appréhendé par les notions de force majeure et d'imprévision²⁴.

L'imprévision

La théorie de l'imprévision vise à « permettre au juge la modification ou la suppression du contrat lorsque des événements imprévisibles bouleversent gravement les conditions de son exécution²⁵ ».

Cette théorie a suscité de nombreuses controverses en doctrine et en jurisprudence, mais n'est toujours pas reconnue par le droit civil. Ce refus se fonde sur l'article 1134 du Code civil en vertu duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La décision de la Cour de cassation dans l'*Affaire du canal de Crapone* fait autorité en la matière. Le principe suivant y fut énoncé : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des charges nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants²⁶ ».

21. P. LAGARDE, *loc. cit.*, note 19, 93.

22. H. LESGUILLONS, « Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage », (1979) 5 *D.P.C.I.* 507, 507-508.

23. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 13.

24. *Id.*, 27.

25. D.M. PHILIPPE, « Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle », thèse de doctorat, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1986, p. 54.

26. Cass. civ. 6 mars 1876, D. 1876.I.193.

La rigueur de ce principe n'est atténuée qu'en droit administratif. On y envisage les changements de circonstances sous le couvert de deux institutions distinctes : la théorie de l'imprévision et la théorie des sujétions imprévues²⁷. Dans ce contexte, « la théorie de l'imprévision confère au contractant de l'administration le droit d'obtenir de celle-ci une indemnité lorsque des circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat en bouleversent l'économie au cours de l'exécution²⁸ ». Cette théorie fut consacrée par l'arrêt *Gaz de Bordeaux* du 30 mars 1916²⁹. Son fondement essentiel reste la continuité du service public et l'équité³⁰. Soulignons qu'elle ne permet pas au juge de modifier le contrat pour l'adapter aux circonstances nouvelles. Il pourra toutefois inviter les parties à le faire. Si ces dernières ne peuvent s'entendre, le rôle du juge se limitera à contraindre l'administration à verser une indemnité d'imprévision à son cocontractant³¹.

De son côté, la théorie des sujétions imprévues vise les circonstances existant au moment de la conclusion du contrat et que les parties ne pouvaient ni ne devaient connaître. Elle permet au juge d'attribuer une indemnité compensatoire lorsque ces circonstances se manifestent pendant l'exécution du contrat et alourdissent les charges du contractant de l'administration³².

La force majeure

Le Code civil ne définit pas la notion de force majeure (ou cas fortuit). L'article 1148 se limite à faire l'énoncé suivant : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

La force majeure apparaît donc comme une cause d'exonération de responsabilité pour le débiteur lorsque l'inexécution de ses obligations ne lui est pas imputable. Les conditions permettant de bénéficier de cette exonération ont d'abord été définies de manière stricte par la jurisprudence³³, et ce, tant en matière contractuelle que délictuelle.

27. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 69.

28. G. PÉQUINOT, « Droit administratif », *Encyclopédie Dalloz*, cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 70.

29. Cons. d'État, 30 mars 1916, D. 1916.III.25.

30. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 76.

31. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 31.

32. *Id.*, 32.

33. H. LESGUILLONS, *loc. cit.*, note 22, 520.

En fait, les tribunaux se sont longtemps limités à transposer au domaine de la responsabilité contractuelle la rigueur des principes élaborés dans le domaine délictuel : « un événement n'aurait constitué une force majeure que s'il avait réuni les trois caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité³⁴ ».

La prise de conscience des particularités propres aux relations contractuelles a par la suite amené les juges à relativiser ces trois caractères. De nos jours, « la force majeure tend à se définir en France par l'événement raisonnablement irrésistible, imprévisible et extérieur ce qui, souvent, oblige à une application au cas par cas³⁵ ».

Selon un auteur, la force majeure s'apparenterait à l'absence de faute ; l'imprévisibilité en serait alors l'élément essentiel³⁶. Un autre prétend que seule l'irrésistibilité caractérise vraiment la force majeure³⁷. Quoi qu'il en soit, les trois éléments sont généralement requis, avec plus ou moins d'intensité, par les tribunaux.

L'irrésistibilité fait appel à une « double impossibilité absolue : celle d'empêcher l'événement de survenir [...] et celle d'exécuter le contrat, une fois l'événement survenu³⁸ ».

Il n'y aurait pas force majeure si le débiteur disposait de moyens pour empêcher l'événement de survenir, et ce, même à des conditions plus onéreuses³⁹.

Bien que le principe soit clair, son application demeure hésitante. La frontière de l'irrésistibilité n'est pas toujours facile à tracer : « Il est évident que le droit n'est pas absolu, il ne demande pas au débiteur d'être un surhomme, Tarzan, Astérix, Tintin, Superman, Rambo ou le Comte de Monte-Cristo ; il ne doit pas accepter non plus qu'il soit un sous-homme dépourvu du sens de l'effort. Tout est ici, nécessairement relatif⁴⁰. »

En pratique les tribunaux hésiteront souvent entre une appréciation objective (*in abstracto*) ou subjective (*in concreto*) de l'irrésistibilité⁴¹. Dans le premier cas, on se référera à l'« individu ordinaire », normalement diligent. Dans l'autre, les tribunaux feront preuve d'indulgence et tiendront

34. P. MALAURIE et L.A. YNES, « Cours de droit civil », *Les obligations*, t. 6, Paris, Éd. Cujas, 1993, p. 458.

35. *Ibid.*

36. A. SÉRIAUX, « La faute du transporteur », thèse, Aix, Economica, 1984.

37. P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, L.G.D.J., 1988, n° 88 et suiv.

38. *Juris-classeur*, Paris, Éd. techniques, 1993, fasc. 171, p. 13.

39. P. MALAURIE et L.A. YVES, *loc. cit.*, note 34, 459.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

compte de considérations personnelles au débiteur afin d'apprécier l'événement⁴².

La seconde condition d'ouverture de la force majeure exige de l'événement que sa survenance ait été imprévisible, au moment de la conclusion du contrat. Évidemment, « dans l'absolu, l'événement de force majeure est toujours prévisible⁴³ ». Pour que le concept soit d'une quelconque utilité, les juges procèdent donc d'une conception relativiste de l'imprévisibilité. À nouveau, certains l'apprécieront concrètement, d'autres dans l'abstrait⁴⁴.

Enfin, l'événement constitutif de force majeure doit être extérieur au débiteur, aux personnes dont il doit répondre et aux choses qu'il utilise aux fins de l'exécution du contrat. À titre d'exemple, « un entrepreneur ne peut invoquer la défaillance de son personnel, de son matériel ou de la technologie qu'il met en œuvre pour s'exonérer de sa responsabilité⁴⁵ ». Un auteur prétend que la notion d'extériorité est plus flottante encore que celle d'irrésistibilité ou d'imprévisibilité. Ainsi, la maladie est parfois reconnue comme étant une cause de force majeure, bien qu'elle ne soit pas extérieure au débiteur⁴⁶.

Nous pouvons donc constater que les trois conditions d'ouverture de la force majeure sont appliquées avec plus ou moins de rigueur par les tribunaux, dépendant des circonstances.

Quant aux effets de la force majeure, ils sont normalement suspensifs lorsque l'impossibilité d'exécution n'est que momentanée⁴⁷.

Si l'impossibilité s'avère permanente, le débiteur sera déchargé de son obligation. Cela libère du même coup le cocontractant de son obligation, sur la base de la règle *res perit debitori*. Soulignons enfin que, lorsqu'elle a des effets extinctifs, la force majeure mène à l'anéantissement rétroactif du contrat à exécution instantanée (résolution). Cet anéantissement ne se fera sentir que pour l'avenir (résiliation) dans le cas du contrat à exécution successive⁴⁸.

42. *Ibid.*

43. *Juris-classeur*, précité, note 38, p. 14.

44. P. MALAURIE et L.A. YVES, *loc. cit.*, note 34, 460.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Id.*, 463.

48. B. BOURDELOIS, « L'exécution du contrat international », dans *Dictionnaire Joly : Pratique des contrats internationaux*, livre V, Paris, GLN Joly éditions, 1990, p. 20.

2.2.1.2 Le droit québécois

Le droit québécois connaît les mêmes principes que le droit français à l'égard de la force majeure et de l'imprévision⁴⁹. Seule différence notable, la théorie de l'imprévision y est non seulement rejetée en droit civil mais également en droit administratif⁵⁰.

Les rédacteurs du projet de Code civil ont pourtant bien tenté d'introduire l'imprévision dans le droit québécois en proposant l'article suivant :

La survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation.

Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables.

Cette approche visait à établir « une meilleure justice et équité dans les rapports contractuels⁵¹ ». Elle fut cependant rejetée, du fait de l'insécurité juridique qu'elle eût risqué d'engendrer⁵².

Quant à la force majeure, l'article 1072 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait que sa survenance exonérait le débiteur du paiement de dommages-intérêts en cas d'inexécution, à condition que celui-ci n'ait commis aucune faute et qu'il ne se soit point obligé spécialement par le contrat à assumer le risque.

L'article 1470 du *Code civil du Québec* est au même effet, mais donne en plus, à son second alinéa, une définition de la force majeure : « La force majeure est un événement imprévisible et irrésistible ; y est assimilée la cause étrangère qui présente ces mêmes caractères. »

On retrouve donc là les critères élaborés par la jurisprudence française et adoptés par les tribunaux québécois.

2.2.1.3 Le droit anglais

En droit anglais, le concept de *frustration* « couvre à la fois le domaine correspondant à la force majeure et la matière de l'imprévision⁵³ ». Cette théorie est venue tempérer les rigueurs d'un système juridique qui n'ad-

49. J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, pp. 423-427.

50. P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 467.

51. ORCC, COMITÉ DU DROIT DES OBLIGATIONS, *Rapport sur les obligations*, Montréal, Le Comité, 1975, p. 118.

52. La stabilité contractuelle fut donc préférée aux notions d'équité et de bonne foi qui prévalent en pareil cas dans certains systèmes juridiques (voir *infra*).

53. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 16.

mettait pas qu'une partie puisse être exonérée de l'exécution de ses obligations, dût-elle s'avérer impossible⁵⁴.

Ainsi, dans le *leading case Paradine v. Jane*, la Cour affirmait sans ambages : « when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract. And therefore if the lessee covenants to repair a house, though it be burnt by lightning, or thrown down by enemies, yet he ought to repair it⁵⁵. »

La première brèche à ce principe rigide ne survint qu'en 1863 dans l'affaire *Taylor v. Caldwell*. Cette décision allait constituer la fondation sur la base de laquelle allait s'élaborer la doctrine de la *frustration*. Le juge Blackburn y rappelle d'abord le principe énoncé dans *Paradine* pour ensuite ajouter :

But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute and not subject to any condition either express or implied : and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done ; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the party shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor⁵⁶.

Avec ce type de raisonnement alambiqué, les juges anglais ont pu appliquer la *doctrine of frustration* à un large éventail de situations. D'abord limitée aux contrats dont l'exécution est subordonnée à l'existence d'une chose, la doctrine fut étendue aux situations où le cocontractant se trouvait dans l'impossibilité physique d'exécuter son engagement⁵⁷. Elle fut ensuite admise dans les cas d'impossibilité juridique engendrés par l'expropriation (ou la nationalisation) de biens et par les interdictions d'exportation ou d'importation, pourvu que le risque n'ait pas été pris en charge par l'une des parties⁵⁸.

De telles situations ressemblent à s'y méprendre aux types d'événements couverts par la notion de force majeure. C'est plutôt dans la

54. H. LESGUILLONS, *loc. cit.*, note 22, 509.

55. *Paradine v. Jane* (1647), Al. 26, 82 E.R. 897.

56. *Taylor v. Caldwell*, (1863), 3 B. & S. 826 (K.B.), 122 E.R. 309, 312.

57. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 18.

58. *Ibid.* ; P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 16-17.

notion d'identité du contrat, que la *frustration* trouve son originalité. L'affaire la plus représentative de ce courant concerne l'exigibilité d'un loyer dû pour la location d'un appartement, effectuée afin d'assister au défilé prévu en l'honneur du couronnement d'Édouard VIII⁵⁹. Le défilé ayant été annulé du fait de la maladie du roi, le locataire fut exonéré de l'obligation de payer le loyer : « l'objet (au sens large) du contrat avait disparu⁶⁰ ».

Cette notion de *frustration of the adventure* trouve donc son application même lorsque l'exécution du contrat n'est pas devenue complètement impossible, dans la mesure où surviennent « des modifications fondamentales dans les circonstances de cette exécution⁶¹ ». Elle se rapproche donc du concept d'imprévision « dans ses motifs profonds⁶² ».

Les auteurs anglais sont peu enclins à donner une définition abstraite et générale de la *frustration*. Ils préfèrent énumérer les hypothèses où elle trouve application en fonction de la nature du contrat et des circonstances⁶³.

La définition qu'en donne lord Radcliffe semble pourtant fort adéquate : « Frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract⁶⁴ ».

La *frustration* s'applique donc lorsque l'existence d'une personne, d'un objet ou de certaines circonstances conditionne implicitement l'existence même du contrat⁶⁵. Son fondement juridique réside dans la notion d'*implied terms* en vertu de laquelle le juge peut suppléer aux termes exprès du contrat au moyen de termes tacites fondés sur la loi, la coutume, la nature du contrat ou même son contexte⁶⁶. Comme pour la force majeure, l'événement qui se trouve à l'origine de la *frustration* doit présenter un caractère d'extériorité par rapport à la partie qui l'invoque. Par contre, la condition de l'imprévisibilité n'est pas un critère pertinent⁶⁷.

59. *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740.

60. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 18.

61. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 17.

62. *Ibid.*

63. H. LESGUILLONS, *loc. cit.*, note 22, 510.

64. *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696, 729.

65. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 338.

66. *Id.*, p. 345.

67. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 18-19 ; au même effet, voir D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 399 ; *a contrario*, voir P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 18.

La *frustration* a pour effet soit de suspendre temporairement l'exécution du contrat, soit d'entraîner sa résiliation : « En aucun temps, le juge britannique n'a le droit de modifier la convention et de l'adopter aux circonstances nouvelles⁶⁸. » Soulignons qu'une loi de 1943⁶⁹ dispose des modalités de restitution des contreparties et exclut du domaine de la *frustration* certains contrats tels que ceux d'assurance et de transport maritime⁷⁰.

2.2.1.4 Le droit américain

D'inspiration anglaise, le droit américain se caractérise tout de même par certaines particularités. Il a ainsi procédé à une codification plus poussée des cas d'*excusable non performance* et de *risk of loss*. On retrouve les principales dispositions relatives aux changements de circonstances aux articles 2-509 et suivants et 2-613 à 2-615 du *Uniform Commercial Code* et dans le *Restatement 2nd of Contracts*⁷¹.

Aux États-Unis, les tribunaux tranchent généralement la question en se demandant si les parties, au moment de la conclusion du contrat, avaient envisagé que l'existence d'une personne, d'une chose ou d'une situation de fait s'avérait essentielle à la bonne exécution du contrat⁷². La disparition de l'une ou l'autre de ces composantes permet au juge de mettre un terme au contrat. Une autre approche consiste à déterminer si la survenance d'un événement a eu pour effet de rendre impossible l'exécution des prestations de l'une ou l'autre des parties. Pour entraîner l'exonération, l'événement doit avoir été un événement que « the promisor had no reason to anticipate, and for the occurrence of which he is not in contributing fault » et qui cause « extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss » à l'une des parties. Les événements rendant l'exécution plus difficile ou onéreuse que prévu ne satisferont pas aux critères de l'*impracticability* dont il est question⁷³.

Le critère d'imprévisibilité est reconnu par les juges américains. Il semble que l'ampleur des pertes financières subies par les parties entre également en ligne de compte⁷⁴. Comme en droit anglais, la question de l'« identité du contrat » demeure toutefois déterminante⁷⁵.

68. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 21.

69. *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, 1943.

70. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 17 et 19.

71. R.E. SPEIDEL, « Excusable Non Performance in Sales Contracts : Some Thoughts about Risk Management », (1980) 32 *S.C.L. Rev.* 241, 250.

72. *Id.*, 245.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Id.*, 258 et 267.

Soulignons enfin que, outre qu'ils peuvent résilier le contrat, les juges américains se sont permis à quelques reprises de le « rééquilibrer » en procédant à sa réadaptation⁷⁶.

2.2.1.5 Le droit allemand

Les Allemands ont élaboré une conception quasi métaphysique de l'effet des changements de circonstances sur le contrat. Ils auraient apporté la « contribution la plus substantielle » en la matière⁷⁷.

Le droit allemand opère une distinction entre la force majeure et l'imprévision qui apparaît nette pour certains⁷⁸, mais semble plus floue pour d'autres⁷⁹. Les changements de circonstances y sont abordés par l'intermédiaire de la *Geschäftsgrundlage* et de l'*Unmöglichkeit*.

La Geschäftsgrundlage

La *Geschäftsgrundlage*, cette institution élaborée par les juristes allemands, est très complexe. Elle permet au juge de modifier les obligations des parties contractantes, ou parfois de dissoudre le contrat, en cas de disparition de la « base contractuelle⁸⁰ ». Une décision du *Bundesgerichtshof* allemand (B.G.H.) fournit la définition suivante : « Selon la jurisprudence constante du B.G.H., la « Geschäftsgrundlage » d'un contrat est formée par la représentation (*vorstellungen*) que se sont faites les parties de la présence, ou de la continuation de certaines circonstances sur la base desquelles la volonté contractuelle est construite. Elle peut également être formée par la représentation de pareilles circonstances propres à l'une des parties mais qui est reconnaissable et n'est pas contestée par l'autre partie⁸¹. »

En d'autres termes, les *Geschäftsgrundlagen* apparaissent comme étant les fondements en considération desquels les parties ont conclu leur convention, qu'il s'agisse des bases économiques fondamentales du contrat qui n'y sont pas nécessairement exprimées ou des objectifs particuliers en considération desquels les parties se sont entendues⁸².

76. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 5 ; voir à ce sujet : R.E. SPEIDEL, « Court-imposed Price Adjustments under Long Term Supply Contracts », (1980) 76 *Nw. U.L. Rev.* 369, 405.

77. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 215.

78. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 21.

79. H. LESGUILLONS, *loc. cit.*, note 22, 523.

80. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 215.

81. *Bundesgerichtshof* (B.G.H.), 8 février 1978, J.Z. 1978, p. 235 ; traduit et cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, pp. 215 et 216.

82. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 24.

L'inexistence de ces fondements ou leur modification en cours d'exécution (*Wegfal der Geschäftsgrundlage*) permet au juge d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles ou de le dissoudre⁸³. Il peut choisir d'aménager l'objet de la prestation, la réduire ou l'augmenter, de modifier les délais ou d'allouer une indemnité compensatoire⁸⁴. Pour ce faire, le changement de circonstances doit être imprévisible et ne pas être imputable à la partie qui s'en prévaut ; entraîner pour la partie préjudiciée des conséquences insupportables ; ne pas avoir été inclus dans la sphère des risques qu'elle avait assumés⁸⁵ ; modifier l'équilibre des prestations réciproques au point de faire du contrat une convention fondamentalement différente de celle que les parties avaient l'intention de conclure.

La jurisprudence est unanime à fonder la *Geschäftsgrundlage* sur les dispositions de l'article 242 BGB qui énonce que « le débiteur doit exécuter sa prestation comme le requiert, en égard aux usages, la bonne foi⁸⁶ ». C'est ce critère qui permet l'assouplissement des règles juridiques « lorsque leur application rigide, voire aveugle, est contraire à l'économie du contrat originaire ou entraîne des injustices flagrantes⁸⁷ ».

L'Unmöglichkeit

L'article 275 BGB permet la libération du débiteur lorsque, par l'effet de circonstances qui ne lui sont pas imputables, il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation⁸⁸. Il peut s'agir d'une impossibilité physique, juridique ou matérielle. L'*Unmöglichkeit* est plus souple que la force majeure dans son appréciation de l'irrésistibilité. De même, elle ne requiert pas la condition d'imprévisibilité sauf dans les cas d'impossibilité subjective, qu'elle reconnaît par ailleurs⁸⁹. Soulignons enfin que l'*Unmöglichkeit* a connu un développement intéressant mais controversé : l'impossibilité économique. Elle permet au débiteur d'être délié de ses obligations lorsque leur exécution « lui imposerait des sacrifices ou des prestations d'une telle ampleur qu'il serait contraire à la bonne foi de les exiger de lui⁹⁰ ».

La justification de ce courant jurisprudentiel s'apparente aux fondements de la *frustration* anglaise⁹¹. On considère en effet que « le débiteur

83. *Ibid.* ; D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 249.

84. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 25-26.

85. D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 260.

86. Traduit et cité par D.M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 25, p. 239 ; voir également p. 249.

87. *Id.*, p. 250.

88. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 21.

89. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 23.

90. *Ibid.*

91. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 22.

ne peut être contraint d'exécuter la prestation que dans la mesure où les sacrifices qui lui sont imposés à cet effet rentrent dans l'objet de l'obligation d'après la nature et les intentions des parties interprétées à la lumière de la bonne foi⁹² ».

Conclusion

Dans une optique de « gestion des risques », l'absence d'uniformité des solutions nationales relatives aux changements de circonstances constitue un facteur d'insécurité considérable. Alors que tous les systèmes reconnaissent avec plus ou moins de rigueur un concept analogue à celui de la force majeure, certains ne reconnaissent pas la notion d'imprévision, d'autres la reconnaissent mais n'autorisent que la résiliation du contrat, d'autres, enfin, permettent en pareil cas la révision judiciaire du contrat. La couverture du risque juridique passe donc par d'autres avenues. L'une d'elles aurait pu être constituée par les règles uniformes élaborées au niveau international.

2.2.2 Les solutions internationales

Malheureusement, le droit du commerce international n'apporte que des solutions incomplètes au problème. En effet, « que l'on envisage l'unification des règles de conflit ou des règles de droit matérielles, certaines questions particulières seulement ont pu être prises en considération et réglées, et nombre d'États sont demeurés en dehors de ce mouvement, que pour des motifs divers ils ont ignoré⁹³ ».

Les « principes généraux du droit » et la *lex mercatoria*, dans la mesure où l'on en reconnaît l'existence, ne sont guère d'un plus grand secours. Ainsi, la jurisprudence arbitrale révèle que les arbitres se refusent à réviser le contrat en l'absence de clause d'imprévision « car, selon les usages du commerce international, les divers risques qui peuvent donner lieu à un bouleversement de l'équilibre du contrat doivent en principe entrer dans le champ contractuel et être gérés par l'une des parties⁹⁴ ».

Par ailleurs, il semble que la pratique des contrats internationaux ait engendré des « usages bien caractérisés, consacrés par les clauses contractuelles, pour régir la survenance d'événements empêchant l'exécution des obligations⁹⁵ ». Un groupe d'experts de renom s'est penché sur la question.

92. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 23.

93. R. DAVID, *Le droit du commerce international : réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Economica, 1987, p. 16.

94. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 10.

95. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 235.

Or, la majorité d'entre eux refuse de voir dans de telles clauses l'expression d'un régime, propre à l'exonération, s'insérant dans la *lex mercatoria*. En fait, les parties se borneraient « à mettre en œuvre l'autonomie de la volonté dans un domaine où la loi du contrat n'est que supplétive⁹⁶ ».

Heureusement, un souffle nouveau semble jaillir du côté des conventions internationales. On assiste à un accroissement important de la quantité de normes reconnues par un nombre grandissant d'États dans des secteurs névralgiques du droit du commerce international. Prenons, à titre d'exemple, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. On s'attend qu'elle suscite, au cours des prochaines années, une vague de ratifications et d'adhésions⁹⁷.

2.2.2.1 La Convention de Vienne

Dans le domaine de la vente, « les différences entre les droits nationaux sont nombreuses et redoutables⁹⁸ ». L'objectif premier de la Convention de Vienne est d'aplanir ces distorsions en énonçant des règles uniformes conformes aux nécessités du commerce international⁹⁹.

Les succès remportés par la Convention sont remarquables si l'on considère qu'elle constitue en fait l'expression d'un véritable compromis entre des conceptions nationales relatives à la vente qui se situent souvent aux antipodes. Ce caractère compromissaire a toutefois eu pour effet de restreindre grandement son champ d'application.

Ainsi, de nombreux auteurs ont critiqué le fait qu'elle ne traite pas, entre autres, de la validité du contrat, du transfert de la propriété et... de l'imprévision¹⁰⁰.

En conséquence, les dispositions de la Convention de Vienne relatives aux changements de circonstances ne pourront, en principe, être d'aucun secours aux parties dont les prestations sont devenues plus onéreuses, à la suite d'événements imprévisibles ou imprévus.

Par contre, la Convention a élaboré un concept original trouvant application lorsqu'un changement de circonstances empêche l'une ou l'au-

96. *Id.*, p. 237.

97. P. KAHN, « Convention de Vienne du 11 avril 1980 : caractères et domaine d'application », (1989) 15 (3) *D.P.C.I.* 385.

98. J. THIEFFRY, « Les nouvelles règles de la vente internationale », (1989) 15 (3) *D.P.C.I.* 369.

99. *Ibid.*

100. *Id.*, 371.

tre des parties d'exécuter ses obligations. Il s'agit de la notion d'« exonération » énoncée à l'article 79 :

« EXONÉRATION »

- 1) Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.
- 2) Si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas :
 - a) où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent ; et
 - b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées.
- 3) L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement.
- 4) La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception.
- 5) Les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention.

Le texte de l'article 79 révèle que les rédacteurs de la Convention ont bien pris soin d'éviter de recourir aux conceptions nationales relatives à l'impossibilité d'exécution¹⁰¹. Elle a mis au point son propre système, ce qui rend plus difficile son interprétation, puisque les droits nationaux ne peuvent servir de base de comparaison.

L'article 79 traite seulement des effets de l'inexécution quant à la partie qui n'a pu remplir ses obligations. Pour connaître les conséquences de l'inexécution pour l'autre partie, l'article 79 doit être lu conjointement avec les dispositions relatives à la théorie des risques, soit les articles 66 à 70 de la Convention¹⁰².

Le texte de l'article 79 semble viser tous les types d'inexécution, qu'elle soit totale ou partielle, tardive ou inadéquate. Il vise également

101. P. VOLKEN et P. SARCEVI (dir.), *International Sale of Goods*, New York, Dubrovnik Lectures, Oceana Publications, 1986, p. 253.

102. D. TALLON, « Exemptions », dans C.M. BIANCA *et al.*, *COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 575.

toutes les obligations, du vendeur comme de l'acheteur. Par ailleurs, il prévoit une forme particulière d'exonération lorsque le défaut de l'une des parties découle de l'inexécution, par une tierce partie, de ses obligations.

Une analyse littérale de l'article 79 révèle une définition de l'exonération comprenant quatre éléments principaux¹⁰³ :

- 1) un empêchement,
- 2) raisonnablement imprévisible au moment de la conclusion du contrat,
- 3) raisonnablement impossible à surmonter,
- 4) ayant entraîné l'inexécution du contrat.

À première vue, ces éléments reprennent les principales composantes de la force majeure¹⁰⁴.

La partie voulant se prévaloir de l'exonération aura le fardeau de prouver que les conditions énoncées à l'article 79 sont réunies. Soulignons qu'elle devra, au préalable, avertir l'autre partie de la survenance d'un empêchement afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires en vue de surmonter les conséquences de l'inexécution (art. 79 (4)). Si l'avertissement n'a pas été donné ni reçu à l'intérieur d'un délai raisonnable, la partie en défaut sera tenue à des dommages et intérêts.

Par ailleurs, l'exonération n'a d'effet que pendant la durée de l'empêchement (art. 79 (3)). Il semble que cet effet soit de portée très limitée puisque les dispositions de l'article 79 « n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages et intérêts ». Cette solution fait l'objet de sérieuses critiques¹⁰⁵.

En conclusion, nous pouvons constater que la Convention de Vienne laisse en suspens d'importantes questions. Elle ne tranche pas la question de l'imprévision, et des doutes subsistent quant à son interprétation¹⁰⁶. Soulignons enfin qu'elle peut voir ses dispositions mises à l'écart par les cocontractants (art. 6).

103. *Id.*, 578.

104. Il s'agirait en fait d'une « définition souple » de la force majeure : C. SAMSON, « La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : étude comparative des dispositions de la Convention et des règles de droit québécois en la matière », (1982) 23 C. de D. 919-976.

105. D. TALLON, *loc. cit.*, note 102, 588-590.

106. Ainsi, certains auteurs craignent que des juges, s'inspirant de leur droit national, ne cherchent à appliquer l'article 79 à des situations couvertes par la notion d'imprévision. Voir : D. TALLON, *loc. cit.*, note 102, 593-594 ; J. HONNOLD, « Uniform Law for International Sales Under The 1980 U.N. Convention », (1982) *K.L.T.P.* 433-436.

2.2.2.2 Unidroit et la Chambre de commerce international

Devant les lacunes constatées dans les droits nationaux et dans un souci d'uniformiser les principes juridiques et la pratique commerciale internationale, certains organismes internationaux se sont proposés d'offrir des solutions de rechange au problème de la force majeure et de l'imprévision.

Ainsi, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) travaille présentement à l'élaboration de « principes généraux pour les contrats commerciaux internationaux¹⁰⁷ ». L'avant-projet comporte sept chapitres respectivement consacrés aux dispositions générales, à la formation, à la validité, à l'interprétation, au contenu, à l'exécution et à l'inexécution des contrats.

À l'origine, ses promoteurs souhaitaient élaborer un texte pouvant être soumis aux divers gouvernements sous la forme d'un projet de convention qui aurait constitué un « véritable code des contrats internationaux¹⁰⁸ ». Le réalisme a cependant ramené le projet à des dimensions plus modestes.

On espère tout de même que le prestige et l'autorité de l'Institut permettront aux « principes » d'être considérés « comme une espèce de *ratio scripta*, d'ordre légal supranational émergeant — une *lex mercatoria* moderne — qui gouverne les transactions internationales soit parce que les parties elles-mêmes s'y sont référées comme étant la loi applicable ou à cause de sa reconnaissance par les instances arbitrales¹⁰⁹ ».

Parmi les principes sont reconnues l'imprévision et la force majeure. Bien qu'il ne s'agisse pas de la version définitive des principes, il est intéressant de présenter l'approche qu'a retenue le groupe de travail d'Unidroit à l'égard de ces deux notions.

Les dispositions relatives au *hardship* constituent la section 2 du chapitre 6 portant sur l'exécution. Pour souligner le caractère exceptionnel du régime de l'imprévision, l'article 6.2.1 réaffirme d'abord le principe suivant lequel une partie reste tenue de s'exécuter même si ses obligations sont devenues plus onéreuses.

Par la suite l'article 6.2.2 définit le *hardship* de la manière suivante : « There is a case of hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract whether because the cost of a party's

107. *Unidroit 1992*, Study L. — Doc. 40 Rev. 10.

108. M. FONTAINE, « Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par Unidroit », (1991) 1 *Revue de droit international et de droit comparé* 25, 28.

109. M.J. BONELL, « A «Restatement» of Principles for International Commercial Contracts : An Academic Exercise or a Practical Need ? », (1988) 7 (1) *R.D.A.* 873, 874.

performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished ».

Les paragraphes suivants précisent ensuite la définition en énonçant que les « événements » dont il est question devront être survenus ou portés à la connaissance de la partie préjudiciée après la conclusion du contrat. Ces événements devront également être irrésistibles et raisonnablement imprévisibles. Enfin, les risques de leur survenance ne devront pas avoir été assumés par la partie qui se prévaut du régime.

L'article 6.2.3 traite ensuite des effets du *hardship*. Sa survenance permet d'abord à la partie lésée de demander à l'autre la renégociation du contrat (art. 6.2.3 (1)). Cette demande doit s'effectuer dans des délais raisonnables et indiquer les fondements sur lesquels elle s'appuie. Soulignons que la demande de renégociation n'a pas, par elle-même, pour effet de permettre à la partie lésée de suspendre l'exécution de ses obligations (art. 6.2.3 (2)).

En cas de désaccord entre les parties, l'une ou l'autre peut faire appel aux tribunaux (art. 6.2.3 (3)). Si la Cour conclut à la survenance du *hardship*, elle pourra, si cela est raisonnable, mettre fin au contrat ou procéder à son adaptation afin de restaurer l'équilibre perdu (art. 6.2.3 (4)).

Quant à la force majeure, les dispositions qui s'y appliquent se retrouvent au chapitre 7. L'article 7.1.6 (1) en donne la définition suivante : « A party's non-performance is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. »

Par la suite, l'article 7.1.6 (2) précise que lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération n'aura effet que durant une période raisonnable eu égard aux conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat.

Il est important de préciser que la partie touchée par l'empêchement devra en aviser l'autre sous peine de dommages-intérêts (art. 7.1.6 (3)).

Enfin, la survenance d'un événement de force majeure n'aura pas pour effet d'empêcher une partie de mettre fin au contrat, de suspendre l'exécution de ses obligations ou de réclamer l'intérêt courant sur les sommes qui lui sont dues (art. 7.1.6 (4)).

Les principes d'Unidroit s'adressent d'abord aux praticiens et visent à répondre aux « véritables besoins des acteurs internationaux¹¹⁰ ». Il en est

110. M. FONTAINE, *loc. cit.*, note 108, 30.

certes de même pour les documents issus de la Chambre de commerce internationale (CCI). Parmi ces documents, on trouve un règlement relatif à l'adaptation des contrats. Ce règlement organise une procédure permettant aux parties de recourir à l'intervention d'un tiers soit pour combler une lacune du contrat, soit pour procéder à sa réadaptation en application d'une clause de *hardship*, à défaut d'accord entre les parties. L'intervention du tiers pourra s'exprimer sous la forme d'une « décision » ou d'une « recommandation »¹¹¹.

La CCI a publié dans un autre document une clause modèle de force majeure et des conseils pour la rédaction d'une clause de *hardship*¹¹². La clause type de force majeure définit « les conditions d'exonération de responsabilité quand l'exécution est devenue littéralement ou pratiquement impossible¹¹³ ». Elle dispose qu'une partie ne sera pas responsable de l'inexécution de ses obligations si elle prouve que cette inexécution résulte d'un empêchement indépendant de sa volonté, raisonnablement imprévisible et irrésistible.

La clause donne ensuite, à titre d'illustration, une liste non limitative d'événements susceptibles de constituer des situations de force majeure lorsqu'ils en respectent les conditions d'ouverture.

Par la suite, la clause modèle prévoit l'obligation pour la partie lésée de notifier la survenance et la fin de l'événement à l'autre partie et dispose des conséquences d'un défaut de notification.

Quant aux conséquences de la force majeure, la clause précise qu'elle exempte la partie lésée du paiement de dommages-intérêts, de pénalités et d'autres sanctions contractuelles. De plus, la force majeure a pour effet de permettre à la partie lésée de suspendre l'exécution de ses obligations pour une période raisonnable pendant laquelle l'autre partie ne peut annuler ni résilier le contrat. Au-delà de cette période, les deux parties auront le droit de résilier le contrat. La clause type dispose alors du sort des contreparties.

Quant à l'imprévision, les rédacteurs du document n'ont pas cru bon de lui faire prendre la forme d'une clause modèle. Ils ont plutôt choisi de se limiter à offrir quelques avenues de solution, le concept d'imprévision étant « relativement récent » et « encore en cours d'élaboration »¹¹⁴.

Ces suggestions trouveront application lorsque des événements imprévus « modifient fondamentalement l'équilibre du contrat » au point de faire supporter une « charge excessive par l'une des parties dans l'exé-

111. *Adaptation des contrats*, Paris, CCI, n° 326, 1978.

112. *Force majeure et imprévision*, Paris, CCI, n° 421, 1985.

113. *Id.*, p. 5.

114. *Id.*, p. 7.

cution de ses obligations contractuelles »¹¹⁵. Cette partie pourra en pareil cas demander la révision du contrat dans un délai raisonnable en invoquant les motifs d'une telle demande.

Les deux parties devront alors se consulter en vue de réviser le contrat sur une base équitable. Soulignons que la demande de révision n'aura pas, en elle-même, pour effet de suspendre l'exécution du contrat.

En cas de défaut d'un accord entre les parties sur la révision dans un délai de 90 jours, la CCI offre quatre options différentes aux praticiens :

- 1) le contrat demeure en vigueur conformément à ses dispositions originales ;
- 2) un (ou des) tiers est nommé par le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la CCI. Son rôle est de déterminer si, à son avis, les conditions de la révision sont réunies et, le cas échéant, de recommander un mode de révision équitable du contrat. L'avis et les recommandations du tiers ne lient pas les parties, mais ces dernières doivent les examiner de bonne foi. Si, malgré cela, les parties ne peuvent s'entendre sur la révision, le contrat est maintenu en vigueur selon ses dispositions originales ;
- 3) chaque partie peut porter la question de la révision devant la juridiction arbitrale prévue dans le contrat ou devant les tribunaux ;
- 4) un tiers est nommé par le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la CCI. Il donne son avis sur les conditions d'ouverture de la révision et, le cas échéant, procède à la révision du contrat. Sa décision engage les parties et est censée être incorporée au contrat.

Le document de la CCI pourra s'avérer fort utile aux praticiens désireux d'insérer une clause de force majeure ou d'imprévision au sein de leurs contrats. Il en sera de même des principes élaborés par Unidroit qui risquent même de constituer de façon non équivoque une véritable *lex mercatoria*. Les résultats des travaux de ces organismes se fondent en grande partie sur l'observation des pratiques et des besoins des praticiens du commerce international et sur la difficulté d'uniformiser les législations nationales et de combler leurs lacunes.

Compte tenu de la réticence des États à adopter des conventions et lois modèles, Unidroit et la CCI ont pris les devants et semblent avoir compris que le développement du droit du commerce international passe désormais par des « moyens non législatifs¹¹⁶ ». Parmi ceux-ci, les « coutumes com-

115. *Id.*, p. 19.

116. M.J. BONELL, « Unification of Law by Non-legislative Means : The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts », texte non publié.

merciales internationales » sont appelées à jouer un rôle grandissant. Leur fondement est constitué des « models clauses and contracts formulated by the interested business circles on the basis of current trade practices and relating to specific types of transactions or particular aspects thereof¹¹⁷ ».

Nous analyserons donc maintenant dans le détail les divers types de clauses de force majeure et d'imprévision élaborées par la pratique. En effet, à la lumière de ce qui précède, la solution la plus sûre semble être de nature privée et résider dans l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle.

Cet exercice s'impose car, comme nous l'avons vu¹¹⁸, les arbitres internationaux ne reconnaissent ni la force majeure ni l'imprévision en tant que principes autonomes de la *lex mercatoria*¹¹⁹. Par contre, ils appliqueront généralement l'adage *pacta sunt servanda* qui ne sera tempéré que par les exigences de la bonne foi. Les arbitres « présument ainsi, à titre d'exemple, que ceux qui négocient des contrats internationaux sont conscients de l'impact potentiel des fluctuations de prix et des réglementations des changes étrangères. À moins que les parties n'aient expressément prévu une autre répartition de ces risques, les arbitres hésitent à ajouter au contrat de leur propre chef des termes qui allègent l'obligation de l'une des parties¹²⁰. » Le risque du marché est donc envisagé comme un « facteur élémentaire du commerce international¹²¹ ».

3. Les clauses d'adaptation

Puisqu'il s'avère trop risqué de s'en remettre aux autorités publiques, pour assurer le « rééquilibrage » du contrat en cas de changements de circonstances, cette tâche incombera aux « volontés privées¹²² ». Plusieurs approches pourront alors être envisagées par les parties.

Ainsi, elles pourront « souhaiter que leur convention s'adapte aux circonstances sans que l'acte de volonté de l'une ou l'autre d'entre elles ne soit nécessaire ». Il s'agira d'une adaptation « automatique ». Si l'adaptation suppose l'intervention de la volonté de l'une des parties, elle sera « semi-automatique ». Enfin, l'adaptation du contrat pourra être soumise à l'expression de la volonté des deux parties. Sa mise en œuvre sera alors « non automatique¹²³ ».

117. *Id.*, p. 3.

118. Voir *infra*, section 2.2.1.

119. J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Revue de l'arbitrage*, vol. 55, n° 1, 1990, pp. 85-86.

120. *Id.*, 82.

121. *Id.*, 87.

122. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, pp. 531-532.

123. *Id.*, p. 533.

Les clauses d'imprévision procèdent de cette dernière approche. De leur côté, les clauses de force majeure s'articulent parfois de manière semi-automatique, parfois de manière non automatique.

3.1 Les clauses d'adaptation automatique

Les clauses d'adaptation automatique instituent au sein de la relation contractuelle un mécanisme « qui adaptera le contrat sans en affecter la solidité puisqu'aucun nouvel accord de volontés ne sera nécessaire à ce moment-là¹²⁴ ». Leur insertion implique la prise en considération par les parties de risques d'ordre économique, financier et concurrentiel. Ces risques seront traités comme des variables qui seront mises en relation avec un élément de référence¹²⁵. Il pourra s'agir des cours de l'or ou d'une devise si les parties souhaitent se prémunir contre une dévaluation ou une baisse de parité ; de l'indice des prix de certaines matières premières par rapport à l'inflation ; des prix offerts par la concurrence ; etc.¹²⁶.

Soulignons que le choix de la référence s'avère délicat puisque, dans certains pays, sa validité dépend de divers facteurs tels que son degré de précision, son indépendance à l'égard des parties et son rapport avec l'objet que les parties entendent réaliser¹²⁷. Également, le choix d'un mauvais indice ou sa disparition risquent de poser problème.

L'adaptation automatique portera, entre autres, sur la déterminabilité du prix, du territoire, de la durée et de l'objet du contrat. Par exemple, une clause de prorogation automatique pourra étendre la durée du contrat lorsqu'un cas de force majeure aura entraîné sa suspension¹²⁸. En pratique, c'est plus souvent sur le prix que l'adaptation automatique fera sentir ses effets. On parlera alors de clauses d'indexation, ou d'échelle mobile¹²⁹. Un exemple d'indexation du prix du cuivre par l'entremise d'un indice serait le suivant : « the average of the commodity exchange (Comex) first position settlement prices for high grade copper as quoted during the contractual month of shipment¹³⁰ ».

Ce qui caractérise les clauses d'adaptation automatique, c'est qu'elles portent « sur des événements qui sont par nature prévisibles puisque les

124. *Ibid.*

125. R. FABRE, *loc. cit.*, note 15, 12.

126. *Id.*, 8.

127. *Id.*, 11.

128. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, pp. 534-536.

129. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 31, 11.

130. Clause répertoriée dans l'inventaire de contrats du Programme de recherche sur les contrats internationaux et le droit civil du Québec. Les clauses tirées de la même source seront dorénavant citées *Clause P.R.C.I.*

parties ont pu en maîtriser les effets par avance¹³¹ ». Les situations couvertes par ces clauses ne poseront donc pas, en principe, de difficultés d'exécution puisque les parties auront prévu, dès la conclusion du contrat, les conséquences des changements de circonstances sur ce dernier.

Par contre, l'ampleur des fluctuations de l'indice choisi ou sa disparition pourront entraîner de sérieuses difficultés pour les parties. C'est pourquoi elles préféreront, surtout dans les contrats à long terme, doter leur convention de mécanismes d'adaptation encore plus sophistiqués.

3.2 Les clauses d'adaptation semi-automatique

Les clauses d'adaptation semi-automatique connaissent de nombreuses applications¹³². Elles accordent en fait une option à la partie qui aura le bénéfice de s'en prévaloir. Ainsi, les « clauses d'obligations alternatives » énoncent deux objets possibles dont seul l'un d'eux devra être exécuté. De leur côté, les clauses d'alignement permettent d'adapter le contrat aux fluctuations du marché.

Ces clauses prendront de multiples formes. Parmi elles, soulignons la « clause d'offre concurrente » qui permet à une partie de faire valoir auprès de l'autre l'offre plus alléchante d'un concurrent. Si la partie ainsi avertie accepte de s'aligner sur cette offre, le contrat sera adapté en fonction de ces nouvelles conditions. Si elle refuse, l'autre partie sera libérée de ses obligations et pourra transiger avec le tiers.

La « clause de premier refus », quant à elle, oblige son débiteur à soumettre ses offres futures à son cocontractant. Ce dernier aura alors l'option de s'en prévaloir, à défaut de quoi le débiteur pourra transiger avec un tiers sur la base de ces mêmes offres. De son côté, la « clause du client le plus favorisé » permet à celui qui en est créancier d'exiger de son cocontractant l'obtention des conditions plus favorables, que ce dernier a consenties à un tiers dans un contrat analogue.

Enfin, et puisque les clauses contractuelles peuvent se montrer sous de multiples visages, mentionnons que de nombreuses « clauses de force majeure » seront rédigées de manière à entraîner une adaptation semi-automatique du contrat. Nous procéderons maintenant à leur analyse détaillée.

131. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 4.

132. Cette section s'inspire de J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, pp. 537-542.

3.2.1 Les clauses de force majeure

Nous avons vu que la notion d'impossibilité d'exécution imputable à un changement de circonstances est abordée sous le couvert d'institutions très diversifiées dans les différents systèmes juridiques nationaux. En conséquence, les praticiens du commerce international préféreront généralement procéder eux-mêmes à l'aménagement du régime applicable aux situations d'impossibilité. Cela est d'autant plus facile que les règles juridiques nationales en la matière revêtent un caractère supplétif¹³³.

Ce sont les clauses de force majeure qui permettront de déterminer en quelles circonstances une partie sera exonérée de l'exécution, devenue impossible, de ses obligations. Ces clauses auront également pour fonction de décider du sort de la relation contractuelle lorsque de telles circonstances surviennent¹³⁴.

La définition, au sein de la clause, des événements constitutifs de la force majeure revêt donc une importance considérable. C'est leur survenance qui permettra à la partie préjudiciée d'invoquer le bénéfice de l'exonération et, ainsi, d'entraîner l'adaptation semi-automatique du contrat.

3.2.1.1 Les conditions d'ouverture

L'analyse de la pratique contractuelle internationale révèle que deux approches sont privilégiées dans la définition des événements de force majeure¹³⁵. La première consiste à faire la liste, généralement non exhaustive, de circonstances ayant le caractère de la force majeure. La seconde consiste à définir la notion ; cette définition permettant d'établir les caractéristiques requises pour qu'un événement soit qualifié de force majeure. Ces deux approches font souvent l'objet d'un cumul, la clause prenant alors une forme hybride composée d'une définition générale suivie d'une énumération¹³⁶.

Définition générale

Nous l'avons souligné, l'usage de la liberté contractuelle permet aux parties de « couvrir » les facteurs de risques que constituent l'absence d'uniformité des solutions nationales et l'incomplétude des solutions internationales. Cette liberté sert également à doter le contrat d'un régime juridique conforme à ses caractéristiques propres. Il est malheureux de

133. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 22.

134. *Ibid.*

135. *Ibid.* ; voir également M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, pp. 212-221.

136. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 22 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 217.

constater que certains praticiens prennent la peine de formuler des clauses sans pour autant se prévaloir de tels avantages.

Ainsi, certains rédacteurs se limitent à faire référence à des critères extérieurs sans autre précision dans le libellé des clauses : « The Sellers shall not be held responsible for late delivery or non-delivery of the goods owing to generally recognized « force majeure » causes¹³⁷. » Parfois, ils se limitent à employer l'expression « force majeure » en indiquant que sa survenance décharge les parties de leurs obligations : « Tous les cas de force majeure, qui peuvent se présenter pendant la durée du contrat, déchargent la partie [...]»¹³⁸. » En pareils cas, l'interprète de la clause n'a d'autre choix que de s'en remettre à la loi applicable au contrat en espérant qu'elle reconnaisse la notion de force majeure.

Ne seront guère d'un plus grand secours les clauses qui tentent de pallier l'absence de définition par l'ajout de quelques illustrations de situations de force majeure : « Chaque partie à ce contrat sera libérée de ses obligations dans la mesure où leur exécution sera retardée ou empêchée par cas de force majeure, incendie, inondation, explosion, émeutes, grèves ou conflits ouvriers, par la loi, les ordonnances ou les règlements gouvernementaux¹³⁹. »

De telles clauses posent problème dans la mesure où elles n'indiquent pas dans quelles circonstances les événements qu'elles énumèrent présenteront les caractéristiques d'un cas de force majeure. Par exemple, la survenance d'une grève dont le déclenchement était prévisible pourra susciter certaines controverses quant à l'applicabilité de la clause. Cela constitue un facteur de risque inacceptable pour les parties.

Il est donc préférable de qualifier le type d'événements donnant ouverture à l'exonération. Ainsi, la clause suivante donne une définition classique de la force majeure : « On entend par force majeure tous les événements indépendants de la volonté des parties, imprévisibles et inévitables, intervenus après l'entrée en vigueur du contrat et qui empêchent l'exécution intégrale ou partielle des obligations dérivant de ce contrat¹⁴⁰. »

De nombreux rédacteurs préféreront s'écarter des critères traditionnels et adopter une conception moins rigide de la force majeure. Ils en élargiront parfois la définition, atténuant ainsi ses exigences, à l'image de certains systèmes juridiques déjà décrits dans la présente étude. Par exem-

137. Clause citée par M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 215. Les clauses tirées de la même source seront dorénavant citées *Clause M. Fontaine*.

138. *Id.*, p. 217.

139. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

140. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 213.

ple, on omettra parfois le critère d'imprévisibilité : « Constitue une cause d'exonération de la responsabilité d'une partie tout événement, prévisible ou non, qui se trouve raisonnablement en dehors du contrôle de cette partie, dont elle ne pouvait empêcher ou prévenir les effets, et qui est de nature à l'empêcher, temporairement ou définitivement d'accomplir, en tout ou en partie, ses obligations contractuelles compte tenu de la diligence que l'on peut raisonnablement requérir d'elle [...] »¹⁴¹. »

Plus rarement, les parties écarteront ou atténueront le critère d'inévitabilité ou d'irrésistibilité¹⁴². D'autres assoupliront les critères traditionnels de la force majeure, en les appréciant par la loupe de la raisonabilité¹⁴³, ou s'abstiendront d'exiger une impossibilité absolue d'exécution¹⁴⁴. Enfin, il arrive fréquemment que les parties assortissent une définition plus ou moins élaborée d'une liste, à titre exemplatif, d'événements de force majeure.

Énumération des cas de force majeure

La vaste majorité des clauses utilisées par les praticiens québécois du commerce international se caractérisent par la présence d'une liste non exhaustive énumérant les cas de force majeure. Cette énumération permet d'illustrer et de compléter des définitions souvent très succinctes qui se limitent à qualifier le type d'événement requis. Par exemple :

If the performance by a party shall be in any way prevented or interrupted in consequence of an act of God, war, civil disturbance, strike, lock-out, cessation of work, legislation or restriction of any governmental or other authority, breakdown or interruption of transport or any other circumstances beyond the control of such party, failure or delay by that party in fulfilling such obligations shall not constitute a breach of this agreement insofar and so long as it is caused by such prevention, interruption or hindrance¹⁴⁵.

L'un des principaux avantages de l'énumération est qu'elle permet d'inclure nommément des situations qui ne sont pas couvertes par la conception classique de la force majeure. Cela est d'autant plus aisé lorsque la qualification des événements est assouplie au sein de la clause. Cette approche permet aux parties de tenir compte des spécificités de leur transaction :

Le vendeur exécute le contrat de vente sous réserve d'un incendie, d'une grève, d'un conflit ouvrier, d'une guerre, d'une agitation civile, d'une épidémie, d'un embargo, d'une inondation, d'un retard dans le transport, d'une insuffisance de

141. *Ibid.*

142. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 23.

143. *Ibid.*

144. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 216.

145. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

moyens de transport, d'un manque de carburant ou d'autres matériaux, d'un manquement ou d'une faute de la part des transporteurs ou entrepreneurs, d'une pénurie de main-d'œuvre, d'un cas fortuit, d'une mesure, d'une mise en demeure, d'une exigence ou d'une demande de quelque autorité gouvernementale que ce soit, ou de toute autre cause indépendante de la volonté du vendeur. Si l'une de ces causes devait retarder, entraver ou empêcher l'exécution du contrat par le vendeur, ce dernier est déchargé de toute responsabilité indépendamment du fait que cette cause existait ou non à la date du contrat¹⁴⁶.

Causes for delay beyond the reasonable control of [...] shall include, but not be limited to Force Majeure (Acts of God, in God, insurrections or riots, fires, floods, explosions, serious accidents, epidemics or quarantine restrictions), also delays caused by non-receipt or required replacement of modification parts or delays by sub-contractors of [...] non receipt of technical data required in order to define the work requirements, labour disputes, «delays by the Operator», as defined in paragraph 7.1 hereof, or other circumstances which were unforeseen by [...] or the Operator at the time of execution of the Agreement¹⁴⁷.

L'analyse de nombreux contrats américains et européens nous permet de classer les types de risques qui préoccupent davantage les praticiens du commerce international.

Ainsi, la vaste majorité des clauses font référence aux cataclysmes naturels¹⁴⁸. Les conflits armés sont généralement évoqués mais moins fréquemment. De même, les conflits de travail n'apparaissent pas dans toutes les énumérations. L'intervention des pouvoirs publics ou faits du prince font également l'objet de l'attention des rédacteurs de clauses. D'autres se préoccupent plus particulièrement des difficultés de transport ou d'approvisionnement, des bris de machine et des accidents analogues.

Comme nous l'avons déjà indiqué, il est primordial de faire un lien entre la définition et l'énumération afin d'établir dans quelles conditions les événements ainsi énumérés se qualifient en tant qu'événements de force majeure.

Par la suite, il faut se préoccuper du régime applicable au moment de la survenance de tels événements. La première étape consistera alors à établir un mécanisme de notification approprié.

3.2.1.2 La procédure de notification

Lorsqu'un changement de circonstances entraîne l'avènement d'un cas de force majeure, la poursuite de l'exécution du contrat se trouve profondément perturbée. La partie qui souhaite s'en prévaloir entraînera l'adaptation semi-automatique du contrat. Or, cette adaptation pourra

146. *Ibid.*

147. *Ibid.*

148. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 217.

amener des conséquences aussi dramatiques que la terminaison même de la relation contractuelle. Il importe donc que le cocontractant soit rapidement prévenu de la survenance de l'événement de force majeure et que la preuve lui en soit apportée.

Malheureusement, les rédacteurs omettent fréquemment de traiter de ces questions, ce qui risque d'entraîner d'éventuels différends. Il est important d'établir les modalités de notification et de preuve dès le départ. Il est également préférable d'assortir la clause d'une obligation de minimiser les conséquences de l'événement perturbateur :

The PARTIES affected by Force Majeure shall take all reasonable steps to minimize the effects of such Force Majeure. Notice of any occurrence of Force Majeure shall be given by the affected PARTY to the other PARTY as soon as possible together with evidence thereof and the expected duration thereof¹⁴⁹.

Si l'une des circonstances ci-dessus vient à se produire, l'acheteur joindra à la notice par laquelle il avertit le vendeur de la cessation de l'événement, toutes pièces justificatives propres à établir le caractère de force majeure de l'événement considéré et prendra les mesures nécessaires pour limiter au maximum les effets de ces circonstances¹⁵⁰.

En plus de l'avis, la clause peut exiger l'élaboration d'un plan de redressement de la situation : « The party suffering an Event of Force Majeure shall notify the other party within five (5) days of the occurrence of such Events and within ten (10) days shall furnish the other party with a recovery plan of action¹⁵¹. »

La procédure de notification pourra prendre de multiples formes : lettre recommandée, fac-similé, câble, télégramme ou appel téléphonique confirmé par écrit¹⁵². Il est évidemment nécessaire d'y procéder le plus rapidement possible. Certaines clauses accordent un délai, mais il ne dépassera généralement pas 30 jours¹⁵³.

Quant à la preuve de l'événement de force majeure, elle sera faite par la fourniture « de toutes les informations circonstanciées utiles », de « preuves officielles » ou d'un « certificat des autorités compétentes » comme les chambres de commerce¹⁵⁴.

Dans certains cas, cette preuve pourra nécessiter l'intervention d'un tiers. On se rapproche alors de l'adaptation non automatique : « toutefois le

149. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

150. *Ibid.*

151. *Ibid.*

152. M. FONTAINE, *op cit.*, note 20, p. 222.

153. *Id.*, p. 223.

154. *Ibid.*

cas de force majeure ne sera opposable à l'acheteur que s'il est dûment constaté par un officier de justice¹⁵⁵ ».

Le défaut de procéder à la notification ou de fournir la preuve de l'événement de force majeure pourra mettre à la charge du débiteur défaillant le versement de dommages-intérêts, le priver du droit d'invoquer la suspension de ses obligations, voire l'empêcher de se prévaloir du bénéfice de la clause de force majeure¹⁵⁶. La sanction appropriée devra être déterminée au sein de la clause, car les solutions apportées par le droit commun en l'absence de stipulation font l'objet de controverses¹⁵⁷.

Une fois l'événement notifié et prouvé, la clause de force majeure fera sentir ses effets quant aux obligations des parties et quant au sort de leur contrat.

3.2.1.3 La charge des risques

L'effet premier de la force majeure consiste en l'exonération du débiteur malgré l'inexécution de ses obligations. À cet égard, « la force majeure est un procédé d'attribution de la fatalité¹⁵⁸ ». Le rôle de la clause de force majeure sera donc de désigner laquelle des deux parties supportera les risques découlant du changement de circonstances. Puisque la clause a pour effet de dégager la partie défaillante de sa responsabilité contractuelle, l'autre partie ne pourra en principe exiger d'elle quelque indemnité que ce soit.

Il semblerait que cet effet exonératoire de la force majeure va de soi pour les praticiens européens du commerce international et qu'il n'est que très rarement mentionné explicitement¹⁵⁹. De l'autre côté de l'Atlantique, c'est plutôt la situation inverse qui règne, comme le démontrent les clauses suivantes :

[The Seller] shall not be liable for failure to perform or delay in performing any work hereunder when such failure or delay is due to cause beyond the reasonable control of [the Seller]¹⁶⁰.

Except as otherwise specifically provided herein, neither party shall be in default under this Contract or responsible in damages or otherwise for any failure or delay in the performance of its obligations hereunder caused by an event of Force Majeure¹⁶¹.

155. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

156. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 224.

157. *Id.*, p. 225.

158. P. KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », (1975) JDI 467, 478.

159. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 225.

160. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

161. *Ibid.*

Généralement, de telles stipulations se limitent en fait à réaffirmer le contenu du droit commun national. Cela est vrai même lorsque la clause oblige la partie défaillante à prendre les mesures nécessaires pour minimiser les conséquences de la force majeure. Cette obligation découle en effet de celle d'exécuter les contrats de bonne foi¹⁶².

C'est plutôt en ce qui concerne le sort qui sera réservé au contrat à la suite de changements de circonstances que les praticiens se démarquent le plus des solutions offertes par les droits nationaux¹⁶³.

3.2.1.4 Le sort du contrat

Outre qu'elle considère l'exonération du débiteur, la théorie classique de la force majeure met l'accent sur son effet extinctif. Or, les particularités propres aux contrats internationaux de longue durée ont amené les praticiens à privilégier la suspension du contrat plutôt que sa résiliation¹⁶⁴.

La suspension du contrat

La négociation d'un contrat international à long terme nécessite un labeur considérable et implique le dépassement de nombreuses embûches. En conséquence, « la poursuite des relations avec un partenaire qui convient est préférable à une solution qui suppose à nouveau un investissement humain et financier à la recherche d'un nouveau contrat. L'intérêt en outre que les parties retirent du contrat fait que leur objectif est de permettre son exécution et d'essayer avant tout de surmonter les difficultés¹⁶⁵. »

Dans ce contexte, la suspension du contrat est beaucoup plus appropriée que sa résiliation et reflète la volonté des parties de maintenir le lien contractuel en dépit des obstacles qui se dressent sur le chemin de son exécution. La suspension totale du contrat est toutefois rarement envisagée par les parties. Normalement, les obligations dont l'exécution ne serait point affectée par la force majeure seront maintenues¹⁶⁶. La suspension a donc pour effet de libérer temporairement le débiteur de sa responsabilité à l'égard de certaines obligations. Elle entraîne du même coup une dispense, pour le créancier, de l'exécution de ses obligations corrélatives¹⁶⁷ : « To the extent that a Party is or has been delayed or prevented by

162. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 26.

163. *Ibid.*

164. *Ibid.* ; voir également M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 225.

165. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 27.

166. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, p. 533.

167. *Id.*, pp. 418-419.

force majeure from complying with its obligations under this Agreement, the other Party may suspend the performance of its obligations¹⁶⁸. »

La suspension pourra être assortie de diverses modalités. Ainsi, dans les cas suivants, les parties conviennent de prolonger les délais de la durée pendant laquelle l'exécution est suspendue :

Le délai de livraison sera prorogé d'une durée égale à celle du retard ou de l'empêchement¹⁶⁹.

Any party affected by an event of Force Majeure shall forthwith notify the other in writing of its occurrence and of its termination. The period of Force Majeure shall be the period comprised between the two notices and, except as otherwise specifically provided herein, such period shall extend the period of time during which the party thus affected shall be entitled to fulfill its obligations hereunder¹⁷⁰.

Dans certains cas, la durée de la prolongation sera déterminée en fonction du délai nécessaire à la parfaite exécution des obligations : « Si la livraison des marchandises est partiellement ou complètement restreinte, l'expédition sera alors partiellement ou complètement suspendue jusqu'à ce que la cause de cette restriction ait disparu. L'expédition reprendra ensuite jusqu'à ce que la quantité totale achetée ait été livrée¹⁷¹. »

La longueur du délai sera parfois laissée à la discrétion du débiteur : « Si le vendeur choisit d'exécuter le contrat, le temps prévu pour cette exécution est prolongé de la période jugée nécessaire par le vendeur pour lui permettre d'effectuer la livraison à compter du moment où ladite cause cesse d'exister¹⁷². »

Pendant la durée de la suspension, rappelons que de nombreuses clauses de force majeure prévoient expressément l'obligation pour le débiteur défaillant de prendre les mesures nécessaires afin de minimiser les conséquences du changement de circonstances. Il est également préférable de stipuler l'obligation de notifier la fin de l'événement de force majeure.

Évidemment, la suspension des obligations ne pourra se poursuivre indéfiniment. C'est pourquoi la plupart des clauses prévoient la résiliation ou la renégociation du contrat lorsque les effets de la force majeure se font sentir sur une trop longue période.

La résiliation du contrat

La persistance des conditions résultant d'un événement de force majeure peut causer de graves préjudices aux parties. Ainsi, l'acheteur

168. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

169. *Ibid.*

170. *Ibid.*

171. *Ibid.*

172. *Ibid.*

pourra dépendre de la fourniture de certains biens qu'il souhaite transformer afin d'exécuter un contrat conclu avec une tierce partie. Le vendeur pourra souhaiter réorienter sa production vers un acheteur capable de se la procurer. En conséquence, il est important d'apporter une limite au délai durant lequel le contrat ou les obligations qui en découlent pourront être suspendus. À l'expiration du délai, la résiliation du contrat sera envisagée par de nombreux rédacteurs de clauses. Le droit de résilier sera le plus souvent accordé au créancier de l'obligation suspendue¹⁷³ :

If BUYER fails to fulfill his obligation under clause 4 of this Agreement and does not make good such default in sixty (60) days after receiving SELLER's written notice thereof, SELLER may terminate this Agreement¹⁷⁴.

Notwithstanding the foregoing, in the event that the delivery of any of the items to be delivered hereunder, shall be delayed by reason of any Event of Force Majeure relative to Supplier's inability to deliver for more than thirty (30) consecutive days, the buyer by giving written notice thereof to Supplier may forthwith terminate without penalty This Agreement or cancel any Purchase Order issued hereunder¹⁷⁵.

Parfois, la résiliation sera accessible à chacune des parties :

In the event that the delivery of any Aircraft is delayed by reason of any one or more of the causes to which reference is made in this Article for more than six (6) months beyond the last day of the month when delivery is otherwise required, either Buyer or Seller may terminate this Agreement upon notice in writing to the other party of such termination, which notice shall be given within fifteen (15) days immediately following such period of six (6) months. In the event of such termination, Seller's sole liability and responsibility shall be limited to the obligation to return to Buyer all amounts paid by Buyer to Seller with respect to the undelivered Aircraft¹⁷⁶.

In case the contingency cannot be permanently removed, this Agreement (upon notice by either Party) may be terminated and the Parties shall be relieved of their further contractual obligations, except for the rights to which they may be entitled to a settlement and final accounting¹⁷⁷.

La résiliation du contrat pose le problème de la liquidation des relations contractuelles. Or, trop peu de clauses s'attardent à l'aménagement d'un régime approprié à cette liquidation¹⁷⁸. La clause suivante y pourvoit :

If for any reason of force majeure the performance of any other obligations of the party under this Agreement will be delayed for more than four (4) months or

173. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 229.

174. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

175. *Ibid.*

176. *Ibid.*

177. *Ibid.*

178. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 232.

becomes impossible then either party may terminate this Agreement in writing to the other party to such effect.

In the event of such termination, SELLER shall be reimbursed for materials purchased and labour expended but not previously paid for, plus a reasonable amount for overhead expense and proportionate profit payable to the effective date of termination, less salvage.

The termination shall be without prejudice to the rights of the parties accrued under this Agreement upon to the time of termination¹⁷⁹.

La terminaison du contrat ne sera pas toujours la solution privilégiée par les parties. Elles préféreront fréquemment, surtout dans les contrats internationaux de longue durée, se rencontrer pour prendre les mesures nécessaires au maintien de la relation contractuelle. Elles envisageront alors la renégociation du contrat.

La renégociation du contrat

Lorsqu'elles prévoient la renégociation des obligations contractuelles, les clauses de force majeure se démarquent nettement des solutions apportées, par les droits nationaux, au problème de l'impossibilité d'exécution¹⁸⁰. Ces clauses procèdent alors d'une mécanique analogue à celle des clauses d'imprévision dont l'objectif premier est la renégociation du contrat¹⁸¹.

La renégociation d'un contrat touché par un cas de force majeure pourra amener les parties à s'entendre pour suspendre ou résilier le contrat ou, ce qui est moins traditionnel, à procéder à son adaptation : « In the event that a contingency results in a delay extending beyond six months, the parties shall meet to agree on the further implementation, suspension, or cancellation of this Agreement¹⁸². »

Puisque la renégociation du contrat implique l'apport de la volonté des deux parties, nous en arrivons maintenant à pénétrer dans le domaine des clauses d'adaptation non automatique. Nous analyserons donc le mécanisme de la renégociation des clauses de force majeure dans ce cadre, par l'intermédiaire des clauses d'imprévision.

3.3 Les clauses d'adaptation non automatique

Nous avons vu que, dans la conception romaniste stricte, la force majeure est « un événement imprévisible et inévitable, extérieur à la volonté du débiteur, qui rend absolument impossible l'exécution de l'obliga-

179. *Clause P.R.C.I.*, précitée, note 130.

180. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 26.

181. *Id.*, 27.

182. *Clause V, P.R.C.I.*, précitée, note 130.

tion¹⁸³ ». Nous avons également souligné que la pratique internationale se caractérise par un assouplissement fréquent de ces critères. Les parties auront alors choisi d'étendre le champ des risques couverts par l'exonération en atténuant ou même en abandonnant le critère de l'imprévisibilité, de l'inévitabilité ou de l'impossibilité d'exécution.

L'atténuation ou l'abandon du critère de l'impossibilité pourra avoir pour conséquence de faire basculer la clause de force majeure dans la catégorie des clauses dites d'imprévision en oblitérant les distinctions théoriques qui les séparent. En effet, bien que l'imprévision et la force majeure « se rapprochent en ce que les événements en cause, de part et d'autre, doivent en principe être imprévisibles et inévitables », elles se distinguent du fait que la force majeure rend normalement l'exécution du contrat impossible, alors que l'imprévision « ne fait que la rendre substantiellement plus onéreuse (ou dépourvue de toute utilité) pour l'une des parties¹⁸⁴ ». Rappelons également qu'en principe la clause d'imprévision mène à la renégociation du contrat, alors que la clause de force majeure entraînera plutôt sa suspension ou sa résiliation¹⁸⁵. C'est cet aspect de la renégociation qui permet de qualifier la clause d'imprévision de « clause d'adaptation non automatique », l'adaptation résultant de l'intervention des deux parties¹⁸⁶. L'énoncé suivant illustre bien la confusion qui peut s'établir entre les deux concepts au sein d'une même clause : « any cause beyond its control making it impossible or exorbitant from an industrial or commercial standpoint to perform its obligations¹⁸⁷ ».

Puisqu'une définition large de la force majeure rapproche celle-ci de l'imprévision, il est primordial de bien articuler entre elles les clauses y faisant allusion. D'ailleurs, en pratique, la plupart des contrats internationaux différencient les deux concepts quant à leur définition, leurs conditions d'applications et leurs conséquences¹⁸⁸. Ayant passé en revue les principales caractéristiques des clauses de force majeure, nous procéderons maintenant à l'analyse du régime propre aux clauses d'imprévision.

3.3.1 Les clauses d'imprévision

L'utilisation des clauses d'imprévision a connu son véritable essor dans les années 1970 alors que les praticiens cherchaient à se prémunir

183. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 237.

184. *Id.*, p. 239.

185. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 27.

186. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, p. 533.

187. Clause citée par B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 11.

188. P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 3, 10.

contre les risques entraînés par l'ébranlement du système économique et monétaire de l'époque¹⁸⁹.

Cette instabilité ambiante, avec laquelle, faut-il le souligner, nous sommes toujours aux prises depuis, a entraîné l'élaboration de clauses d'imprévision de plus en plus sophistiquées¹⁹⁰. Leur champ de développement privilégié allait devenir celui des contrats à long terme, davantage exposés qu'ils sont à un bouleversement des circonstances. On retrouve surtout ces clauses dans les contrats d'approvisionnement en matières premières, dans les contrats de nature à lier irrémédiablement les parties (construction d'un barrage, d'un pipe-line) ou dont la rupture s'avérerait inconcevable politiquement¹⁹¹.

La multiplication des clauses d'imprévision semble se justifier par la multiplication des risques et par l'inertie des législateurs nationaux devant ce problème. Nous l'avons vu, les législations domestiques reconnaissent d'emblée la notion d'impossibilité d'exécution, mais sont beaucoup plus réticentes à admettre l'imprévision.

L'adaptation judiciaire des modalités du contrat, lorsqu'un changement de circonstances entraîne un alourdissement des obligations contractuelles, se heurte trop souvent au principe de la convention-loi dans de nombreux systèmes juridiques. En conséquence, c'est encore l'usage de la liberté contractuelle qui s'avère l'outil privilégié de couverture de tels risques. Ces risques (le *hardship*) consistent en un bouleversement des données initiales du contrat en vertu desquelles s'étaient engagées les parties et qui fait subir à l'une d'elles une rigueur injuste¹⁹². Par la clause d'imprévision, les parties pourront envisager l'adaptation du contrat en cours d'exécution par une révision de la prestation déséquilibrée¹⁹³.

Cette adaptation sera qualifiée de « non automatique dans la mesure où elle nécessite le concours de la volonté des deux cocontractants¹⁹⁴ ». C'est par la renégociation entre les parties des modalités du contrat que s'exprimeront ces volontés. L'adaptation pourra également être le fait d'un tiers dont l'intervention sera prévue, lorsque les parties craignent de ne pouvoir s'entendre « ou comme solution de secours en cas d'échec de leurs négociations¹⁹⁵ ».

189. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 254.

190. *Ibid.*

191. *Ibid.*

192. B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », (1974) JDI 794, 801.

193. F. CABAS, « Les clauses de *Hardship* », thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier 1, 1981, p. 31.

194. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, p. 533.

195. R. FABRE, *loc. cit.*, note 15, 14.

Nous analyserons ce mécanisme d'adaptation après avoir déterminé les circonstances de son déclenchement.

3.3.1.1 Les conditions d'ouverture

Les clauses d'imprévision comportent toujours deux parties principales. La première définit l'hypothèse qui entraîne la mise en œuvre de la clause. La seconde prévoit le régime applicable en cas de survenance de l'hypothèse¹⁹⁶.

Le déclenchement de la clause suppose l'avènement de certaines circonstances ayant pour effet de porter préjudice à l'une ou l'autre des parties. Ces deux aspects sont bien illustrés par la clause suivante : « si par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial survenant après la signature du contrat et en dehors des prévisions normales des parties l'économie des rapports contractuels venait à être modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations [...]»¹⁹⁷.

La clause d'imprévision implique donc un changement des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat : « dans les cas où la situation économique ou monétaire subirait des modifications » ; « si par suite de circonstances survenant après la signature du contrat »¹⁹⁸.

En principe, un tel changement n'aura d'effets que s'il nuit gravement aux relations entre les parties et qu'il s'avère imprévisible : « des circonstances en dehors des prévisions normales des parties » ; « en cas de survenance d'événements économiques imprévisibles »¹⁹⁹.

Plus rarement, les parties n'exigeront pas que le changement soit imprévisible. Il suffira qu'il soit substantiel : « Au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques²⁰⁰. »

Les circonstances générales

Le changement dont font état les clauses d'imprévision peut toucher une grande variété de circonstances. Il est important de souligner que ces dernières seront le plus souvent abordées sous le couvert d'une formula-

196. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 255.

197. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 256.

198. *Id.*, p. 257.

199. *Ibid.*

200. Clause citée par T. VERNHET, « La clause de Hardship », travail réalisé dans un cours sous la direction du professeur Mousseron, Université de Montpellier I, 1990, p. 11.

tion générale²⁰¹. Cela s'explique par la nature de la clause d'imprévision : « le fait même que l'on stipule une clause de hardship implique évidemment que les parties sont conscientes de la possibilité d'un bouleversement futur des circonstances ; mais elles ne sont pas en mesure d'en prévoir ni la nature, ni la portée, ni le moment²⁰² ».

Les événements visés pourront donc être l'objet d'une formulation très large, seuls leurs effets sur le contrat permettant de les qualifier. Par exemple : « En cas de survenance d'événements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties, et pour autant que ces événements aient pour effet de bouleverser les bases économiques de la présente convention au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient à se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires²⁰³. »

Plus souvent, les circonstances visées par la clause entreront dans la catégorie des risques économiques, commerciaux ou monétaires²⁰⁴. Leur formulation en sera tout de même fort large : « en cas de bouleversement du système monétaire international actuel » ; « dans le cas où la situation économique ou monétaire subirait des modifications » ; « par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial »²⁰⁵.

Plus rarement, les parties chercheront à couvrir nommément les risques politiques, voire juridiques : « Au cas où une quelconque mesure légale, administrative ou réglementaire serait imposée à [...] par des autorités publiques [...] »²⁰⁶.

Les circonstances particulières

Il arrive que les caractéristiques propres à une transaction fassent craindre aux parties que ne survienne un événement perturbateur particulier sans qu'elles ne puissent pour autant en prévoir la réalisation ni les répercussions sur la bonne marche du contrat. En pareil cas, elles préféreront procéder à une nomenclature parfois très précise des risques visés par la clause : « si le fuel-oil ordinaire, rendu à destination, vient à subir une hausse de plus de six francs la tonne par rapport à la valeur initiale, les parties se rapprocheront pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat (prix ou autre clause)²⁰⁷ ».

201. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 11.

202. M. FONTAINE, « Les clauses de Hardship », (1976) *Dr. Prat. Comm. int.* 7, 20.

203. Clause citée par T. VERNHET, *op. cit.*, note 200, p. 11.

204. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 259.

205. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 259.

206. *Id.*, p. 260.

207. Clause citée par B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 11.

Parfois, comme pour les clauses de force majeure, la qualification de circonstances générales sera suivie d'une énumération plus précise :

dans le cas où le gouvernement (du pays Z) prendrait des mesures faisant obstacle à l'exécution de la présente convention, décréterait un moratoire général ou introduirait une demande de consolidation de ses dettes extérieures ou si un retard généralisé venait à être constaté dans les transferts en provenance (du pays Z)²⁰⁸.

En cas de survenance d'événements économiques imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises acheteur et vendeur (telles sont notamment les modifications de charges de toutes natures, les hausses des matières premières, ou autres causes conduisant à une aggravation importante des coûts de fabrication) [...] ²⁰⁹.

La mise en évidence des risques auxquels veulent se soustraire les parties ne constitue que la première étape de la définition du *hardship*. Il est ensuite nécessaire de préciser dans quelles circonstances la survenance de tels risques aura un effet suffisant sur la relation contractuelle pour entraîner le déclenchement de la clause d'imprévision.

Le préjudice

La réalisation de l'hypothèse du *hardship* implique que les événements visés aient certaines conséquences. En principe, ces événements devront provoquer un « bouleversement de l'équilibre contractuel²¹⁰ ». Il faut que s'instaure entre les prestations respectives des parties un déséquilibre substantiel. À cet égard, on fera fréquemment appel à la notion de préjudice grave²¹¹. Le degré d'intensité du préjudice importe car « c'est l'ampleur du déséquilibre qui décidera de l'opportunité de la renégociation²¹² ». Cet aspect de l'intensité du préjudice est primordial afin de circonscrire le domaine de la renégociation et ainsi d'éviter que tout revers de fortune ne soit prétexte à l'ouverture de pourparlers. On emploiera par exemple les expressions suivantes : « substantial economic hardship » ; « des charges sensiblement plus lourdes que celles prévues à la signature du présent contrat » ; « un préjudice matériel exagéré »²¹³.

À ces critères plutôt objectifs pourront se substituer ou être cumulés des critères plus subjectifs. On aura alors recours à la notion d'équité pour qualifier les événements perturbateurs : « imposent à l'une des parties une charge inéquitable » ; « undue hardship or inequity »²¹⁴.

208. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 261.

209. *Id.*, p. 262.

210. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 2, p. 545.

211. *Ibid.*

212. F. CABAS, *op. cit.*, note 193, p. 72.

213. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 268.

214. *Id.*, p. 265.

L'apport d'éléments subjectifs est toutefois perçu comme générateur d'insécurité juridique. Il apparaît préférable de recourir à des critères d'appréciation plus objectifs, ce qui facilitera d'autant l'entente entre les parties sur la constatation effective du bouleversement de l'économie contractuelle²¹⁵.

3.3.1.2 La constatation de la survenance de l'événement perturbateur

Comme pour les clauses de force majeure, il est requis de prévoir au sein de la clause d'imprévision une procédure de notification par laquelle la partie touchée par la survenance de l'événement en avisera son cocontractant²¹⁶. Les risques de désaccord entre les parties sur le respect des conditions d'ouverture de la clause d'imprévision seront beaucoup plus grands du fait de l'imprécision des critères utilisés.

La survenance du *hardship* ayant souvent des conséquences avantageuses pour le cocontractant de la partie qui le subit (le plus souvent, il bénéficiera de prix inférieurs aux cours du marché), celui-ci sera tenté en pareil cas d'en contester la réalisation afin de conserver le bénéfice du *statu quo*. Il est donc important de prévoir la procédure à suivre en cas de désaccord entre les parties sur la constatation de l'événement. Le recours à l'arbitrage ou à l'expertise constitue la solution la plus recommandée²¹⁷. Par exemple :

À défaut d'accord des parties sur le principe de la révision, la question est, à l'initiative de la partie la plus diligente, soumise à l'arbitrage [...] Les arbitres décident s'il y a lieu à révision de la ou des clauses incriminées.

À défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économiste assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un événement imprévisible²¹⁸.

La nature du rôle joué en pareil cas par l'arbitre ou l'expert a soulevé certaines controverses doctrinales. Nous y reviendrons en étudiant la procédure de réadaptation du contrat.

215. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 12 ; voir également M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, pp. 270-271.

216. À cet effet, nous renvoyons le lecteur à la section 3.2.1.2 portant sur la procédure de notification dans les clauses de force majeure, applicable *mutatis mutandis* aux clauses d'imprévision.

217. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 267.

218. Clause M. Fontaine, précitée, note 137, p. 266.

3.3.1.3 La mise en œuvre du processus de renégociation²¹⁹

Une fois admise la réalisation du *hardship*, une procédure de renégociation devra s'engager entre les parties en vue d'en arriver à la réadaptation du contrat ou de certaines de ses obligations. Cette réadaptation sera le fait des deux parties ou d'un tiers²²⁰. Dans les deux cas, il importera d'en circonscrire les limites par avance au sein de la clause et de prévoir les conséquences d'un échec du processus. Par ailleurs, la procédure de renégociation se caractérise par le fait qu'elle survient alors que le contrat « déroule déjà ses effets²²¹ ». Il faudra donc se préoccuper du sort du contrat dans l'intervalle.

Le sort du contrat

Trop peu de clauses se préoccupent du sort du contrat pendant la période de renégociation²²². En principe, l'absence de stipulation à cet égard a pour effet d'obliger les parties à continuer d'exécuter leurs prestations, et ce, malgré la survenance des événements perturbateurs²²³. Ces événements pourront avoir pour conséquence d'alourdir considérablement les obligations de l'une des parties. On choisira donc d'enfermer le processus de négociation dans un délai prédéterminé à l'issue duquel les pourparlers devront être arrivés à leur terme. Dans les contrats dont la négociation, plus complexe, risque de s'étendre sur une longue période, il sera préférable de prévoir une sorte de « débrayage » du contrat en stipulant la suspension provisoire de son exécution durant les négociations²²⁴.

Le rôle des parties

Le processus de renégociation ne touche pas nécessairement au déroulement du contrat ; il impose néanmoins des obligations aux deux parties. L'obligation de renégocier s'envisage sous deux volets distincts. Une première obligation enjoint aux parties d'entrer effectivement en discus-

219. Les remarques qui suivent s'appliquent *mutatis mutandis* aux clauses de force majeure stipulant un mécanisme de renégociation. Au sein du présent texte, seule la clause d'imprévision est évoquée pour des raisons de commodité.

220. R. FABRE, *loc. cit.*, note 15, 16 et suiv.

221. C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », dans *Les principales clauses de contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 1990, p. 142.

222. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 277.

223. B. OPÉTI, *loc. cit.*, note 192, 808 ; les parties auront par ailleurs le devoir de minimiser leurs dommages encourus pendant la négociation : C. JARROSSON, *loc. cit.*, note 221, 150.

224. C. JARROSSON, *loc. cit.*, note 221, 151.

sion ; il s'agit là d'une obligation de résultat²²⁵. Son inexécution sera facile à démontrer puisqu'elle résultera du refus d'une partie ou de son abstention²²⁶. Elle entraînera la responsabilité contractuelle du débiteur fautif et le rendra passible de dommages-intérêts ou de toute autre sanction prévue par la loi applicable au contrat²²⁷.

La seconde obligation consiste, une fois les parties face à face, à discuter sérieusement, c'est-à-dire de bonne foi, afin d'en arriver à une réadaptation du contrat. Cette réadaptation portera par exemple sur le prix, les délais, le territoire de même que sur la quantité, la qualité ou les spécificités du bien à livrer²²⁸. Il s'agit alors d'une obligation de moyens car « un désaccord sur l'aménagement du contrat, persistant après une négociation menée loyalement, reste une éventualité possible²²⁹ ». L'obligation de renégocier n'entraîne pas celle de parvenir à une entente. Le comportement de chaque négociateur sera apprécié en fonction des principes reconnus par le droit applicable et par référence aux critères énoncés dans la clause elle-même. Les critères devant présider à la renégociation seront souvent objectifs : « de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat ».

Certains praticiens préféreront des critères plus subjectifs : « équitablement dans l'esprit d'objectivité et de loyauté qui est à la base des relations existant entre les parties » ; « dans un esprit de compréhension et d'équité ».

Enfin, des critères mixtes seront parfois utilisés : « afin de préserver l'esprit de bonne foi qui prévalait au moment de la signature du contrat et qu'ainsi celui-ci puisse s'exécuter ou continuer à s'exécuter sans préjudice disproportionné pour l'une ou l'autre des parties²³⁰ ».

L'utilisation de tels critères s'avère essentielle pour encadrer le processus de renégociation afin d'en arriver à une adaptation adéquate des engagements contractuels. Le recours à des critères objectifs est préférable à l'emploi de critères subjectifs, car ces derniers sont plus susceptibles d'être l'objet d'interprétations divergentes²³¹.

225. *Id.*, 150.

226. *Ibid.*

227. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 271.

228. C. JARROSSON, *loc. cit.*, note 221, 145.

229. B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 192, 807.

230. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 289.

231. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 270.

Nombreux sont les risques de divergences entre les parties lorsque s'articule la clause d'imprévision, notamment quant à l'opportunité d'une renégociation, ou quant au contenu de la réadaptation. Il faut donc procéder à une rédaction soignée des critères devant présider à la renégociation et s'attacher à en bien circonscrire l'objet.

Malgré tous les soins apportés à l'élaboration de la clause, le risque subsiste que les parties, s'étant rencontrées et ayant négocié de bonne foi, ne puissent s'entendre. Il faut donc prévoir des solutions de rechange.

La résiliation ou suspension du contrat

À défaut d'accord amiable des parties sur la révision du contrat, certaines clauses offrent à l'une d'entre elles ou aux deux la possibilité de provoquer la résiliation du contrat : « À défaut d'accord des parties dans un délai de ____ jours à compter de la demande d'adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant un préavis de ____ jours à notifier par lettre recommandée. Pendant ce préavis, les fournitures se poursuivront sans modification des conditions contractuelles²³². »

Une autre approche, plutôt originale, consiste à suspendre l'exécution du contrat pendant un certain temps à défaut d'accord entre les parties. C'est seulement à l'expiration de cette période, et dans la mesure où les conditions demeurent inchangées, que l'une ou l'autre des parties aura la possibilité de provoquer la résiliation du contrat : « If [...] the parties fail to agree within a reasonable time not to exceed ____ days, this agreement shall be suspended for a maximum of ____ months on the written request of either party. Should the cause of such unfairness or undue hardship remain unchanged after this period of suspension, then either party shall be entitled to cancel this agreement forthwith on written notice without liability for damages²³³. »

Une telle clause n'est évidemment concevable que lorsque les parties peuvent se permettre d'en supporter les conséquences, économiquement parlant.

La possibilité de suspendre ou de résilier le contrat en cas d'échec de négociations entreprises à la suite d'un bouleversement de l'économie contractuelle constitue une illustration convaincante des bienfaits de la liberté contractuelle dans l'aménagement des risques conventionnels. Plutôt que de subir les rigueurs de l'adage *Pacta sunt servanda* ou les limites inhérentes au pouvoir de révision des tribunaux (lorsque ce pouvoir

232. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 272.

233. *Id.*, p. 273.

existe !), les parties se donnent les moyens de retrouver elles-mêmes l'équilibre perdu ou de renoncer à un pacte devenu caduc. Une troisième avenue leur est offerte : l'intervention de tiers pendant le processus de renégociation ou à son terme.

Le rôle des tiers

Comme nous l'avons vu, l'échec des négociations entraîne, à défaut de stipulations à l'effet contraire, le maintien du contrat suivant ses modalités d'origine.

Plutôt que d'en arriver à un tel résultat ou de mettre un terme à leur relation contractuelle, les parties choisiront de faire appel à un tiers afin qu'il procède à l'adaptation forcée du contrat. Cette faculté, dont la licéité semble être reconnue dans la plupart des systèmes juridiques, doit cependant être expressément prévue²³⁴ : « Au cas où les parties ne parviendraient pas à trouver elles-mêmes une solution à leur litige, elles feraient appel à l'arbitrage prévu au contrat²³⁵. »

L'intervention du tiers, qu'il soit « arbitre » ou « expert », doit faire l'objet de certaines précisions quant à son rôle dans le processus d'adaptation du contrat. Cette intervention ne saurait survenir qu'après l'expiration d'un délai suffisamment long pour permettre aux parties d'en arriver par elles-mêmes à un accord : « Si aucun accord n'était intervenu dans un délai de soixante jours à compter de la demande de révision [...] »²³⁶.

Une décision prise par les parties sera plus facilement acceptée que celle d'un tiers qui leur apparaîtra plus ou moins imposée²³⁷. Dans cette optique, l'éventualité de l'intervention d'un tiers constituera une source de pression favorable au dénouement de la négociation²³⁸.

Le mode de désignation du tiers sera l'objet de précisions détaillées. Ces précisions s'avèrent essentielles car l'échec des négociations risque de nuire à l'esprit de collaboration de l'une des parties ou même des deux. On fera donc, par exemple, appel au mode de désignation prévu dans la clause d'arbitrage générale : « l'arbitre ou les arbitres dont la désignation est prévue à l'article 10 ».

Certains préféreront adopter une procédure spéciale : « three referees who shall be persons fitted by the possession of expert knowledge for such

234. B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 192, 809.

235. Clause M. Fontaine, précitée, note 137, p. 274.

236. *Ibid.*

237. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 14.

238. A. PRUJINER, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », (1992) 37 *R.D. McGill* 428, 429.

decision. Each of the parties hereto shall be entitled to appoint one referee and the third one shall be nominated by mutual agreement between the parties or failing such agreement by the President for the time being of the International Chamber of commerce²³⁹. »

Une fois le tiers désigné, se pose la délicate question de la qualification de son rôle. S'agit-il d'un véritable arbitre ? D'un médiateur ? D'un expert ? D'un mandataire commun aux deux parties ? Cette qualification a une importance pratique considérable.

Le rôle du médiateur consiste à faire « des propositions en vue d'éteindre le litige²⁴⁰ ». Ses propositions n'auront pas valeur obligatoire. Si le tiers est considéré comme un mandataire commun des parties, « sa décision sera un texte contractuel qui pourra faire l'objet de tous les modes de contestation habituels quant à son interprétation et à son exécution²⁴¹ ». Autrement dit, les conclusions du mandataire requièrent pour leur exécution « l'emploi des voies judiciaires de droit commun comme pour toute question d'application et d'exécution d'un contrat²⁴² ». Enfin, si le tiers agit en tant qu'arbitre, sa décision aura force obligatoire et son exécution ne sera subordonnée qu'à sa reconnaissance par l'entremise de la procédure de l'exequatur.

Le problème de la qualification du tiers est dû à l'incertitude qui subsiste quant à la nature de son rôle : « à ce stade, le recours à un tiers peut aussi bien être dû à l'indécision des parties ou à leur souci de s'en remettre à un expert qu'à l'existence d'un litige qui les oppose sur les modalités de cette modification. En fonction de quel élément opter alors pour l'une ou l'autre qualification²⁴³ ? »

Le professeur Prujiner propose une solution à ce problème sur la base des critères requis pour que l'on soit en présence d'un arbitrage : l'existence d'un litige et la fonction juridictionnelle.

D'après lui, puisqu'il faut un litige pour qu'il y ait arbitrage, il faut se demander si « le fait de ne pas s'entendre lors de négociations sur la modification d'un contrat constitue un litige » ou s'il s'agit plutôt « d'un simple désaccord qui ne saurait permettre le recours à l'arbitrage »²⁴⁴.

Après avoir passé en revue les opinions contradictoires de la doctrine sur la question, le professeur Prujiner évoque la définition de Jarrosson

239. *Clause M. Fontaine*, précitée, note 137, p. 274.

240. C. JARROSSON, *loc. cit.*, note 221, 143 et 157.

241. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 238, 430.

242. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 48, 14.

243. B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 192, 809.

244. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 238, 432.

selon laquelle « il y a litige, contestation [...] dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer, et qui diffère du sien²⁴⁵ ».

Sur la base du critère de l'argumentation juridique, Prujiner opère une distinction entre les négociations précontractuelles au cours desquelles le défaut d'en arriver à une entente « constitue un simple désaccord car aucune partie ne peut faire valoir un droit en sa faveur » et les négociations dans le cadre d'une clause d'adaptation.

Dans ce dernier cas, selon lui, « il existe un droit contractuel à la modification. L'échec des négociations entraîne alors un litige sur l'exécution d'une obligation d'adaptation²⁴⁶. » De ce point de vue, l'obligation de négocier est vraiment perçue comme étant une obligation de résultat puisqu'elle doit mener effectivement à un résultat concret, soit l'adaptation du contrat²⁴⁷.

Quant au critère de la mission juridictionnelle, Prujiner croit qu'il n'existe aucun obstacle théorique majeur à ce que l'arbitre procède à une réécriture des clauses du contrat. Puisque les juges peuvent modifier les contrats dans certains systèmes juridiques, rien ne s'oppose à ce que les arbitres puissent faire de même : « À partir du moment où l'obligation contractuelle à faire respecter est bien une obligation de modification du contrat (obligation de résultat) et non une simple obligation de négociation (obligation de moyens), l'arbitre doit pouvoir aboutir au résultat recherché et ne saurait se limiter à demander aux parties de négocier de bonne foi et mettre fin au contrat en cas d'échec²⁴⁸. »

Au vu de la complexité du processus de qualification du tiers, il est donc fortement recommandé de préciser clairement la fonction que comptent lui attribuer les parties au sein de la clause afin de minimiser les risques de controverses et l'insécurité qui en découle.

Conclusion

L'analyse des clauses d'imprévision nous a permis de constater l'originalité des solutions qu'elles offrent pour assurer le maintien du contrat en cas de bouleversement des circonstances ayant présidé à sa conclusion. Se démarquant des solutions nationales traditionnelles (notamment du principe de la convention-loi), ces clauses se caractérisent par une mécanique

245. *Ibid.* ; voir C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 254-255.

246. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 238, 433.

247. *A contrario*, voir *supra*, note 228.

248. *Supra*, note 238, pp. 437-438 ; quant à la qualification de l'obligation, un tel point de vue risque de soulever la controverse.

complexe dont l'articulation peut être source d'insécurité. Cette dernière résulte de « l'impossibilité de résoudre parfaitement le conflit entre l'inévitable imprécision des événements que ces clauses entendent gouverner et le souci de canaliser au maximum ces incertitudes²⁴⁹ ». Elle constitue le prix à payer pour assurer le maintien de relations contractuelles dont l'importance est fondamentale et elle est certes préférable à l'insécurité engendrée par les disparités que connaissent les droits nationaux.

Conclusion

La nécessité de prévoir au sein même du contrat la répartition des risques entre les parties ne fait pas de doute. Malheureusement, l'expérience démontre que, même lorsque les parties sont conscientes de la possibilité que survienne un événement déstabilisateur, elles omettent fréquemment de stipuler une clause faisant supporter le risque à l'une d'entre elles ou de prévoir des mécanismes d'adaptation, telle la renégociation du contrat.

Or, nous l'avons vu, la survenance d'une multitude de circonstances peut entraîner la rupture de l'équilibre contractuel et aller jusqu'à provoquer le refus par l'une des parties d'exécuter ses obligations.

Si l'on choisit d'aborder le problème sous l'angle de ses répercussions sur le plan économique, on constate rapidement qu'il dépasse celui d'une simple répartition des risques entre particuliers. Dans une économie de marché dont les composantes sont dynamiques et interdépendantes, la question de savoir qui devra supporter le fardeau d'une perte financière qui n'avait pas été prévue au moment de la conclusion du contrat a une incidence directe sur la distribution optimale des ressources (*allocative efficiency*)²⁵⁰.

Puisque, dans la plupart des systèmes juridiques étudiés, les tribunaux se refusent la possibilité d'adapter les modalités du contrat à la situation nouvelle, la solution judiciaire résidera donc dans le maintien du contrat tel qu'il a été conclu à l'origine ou dans la libération du débiteur. Dans les deux cas, la décision du juge aura des conséquences économiques importantes : « If the seller's performance costs have increased substantially, the effect of discharge may be to fuel inflation and impair needed contract stability. The effect of enforcement may be to impose unbargained-for financial burdens on the promisor, which are passed on to others, leave the buyer

249. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 20, p. 279.

250. KRONMAN, « Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts », (1978) 7 *Legal Stud.* 1, 3 ; l'auteur définit la notion d'*allocative efficiency* de la manière suivante : « The process of allocating goods to their highest-valuing users ».

with undeserved gains, or possibly, promote economic duress as promisors seek modifications from unwilling but dependant promisees²⁵¹. »

Afin d'offrir un meilleur cadre d'analyse, les professeurs Posner et Rosenfield suggèrent une approche basée sur la question suivante : « Who should bear the loss resulting from an event that has rendered performance uneconomical²⁵² ? »

D'après eux, l'analyse économique indique que le risque devrait être supporté par celui qu'ils appellent « the most efficient bearer of the particular risk in the particular circumstances²⁵³ ». L'objectif du droit des contrats devrait être de réduire les coûts de la négociation contractuelle en suppléant au contrat les conditions que les parties auraient probablement adoptées si elles s'y étaient attardées²⁵⁴. En conséquence, il faudrait favoriser la mise en œuvre de la volonté des parties, et si cette volonté n'est pas claire, procéder au *gap filling*, en fonction de l'efficacité économique de manière à maximiser la valeur de l'échange²⁵⁵. Une telle maximisation interviendra en limitant les cas d'exonération à certaines situations bien circonscrites.

La question de l'exonération ne se pose alors que dans les situations où le contrat n'a pas prévu précisément qui assumera le risque perturbateur. Il faut également que ce risque n'ait pu être évité au moyen de précautions raisonnables. Lorsque ces conditions sont satisfaites, l'analyse économique suggère que la perte soit assumée par la partie « who is the superior (that is, lower cost) risk bearer²⁵⁶ ».

Afin de déterminer laquelle des deux parties supportera cette qualification, trois facteurs sont pris en considération :

- a) la connaissance de l'ampleur de la perte ;
- b) la connaissance de la probabilité qu'elle survienne ;
- c) les autres frais liés à l'auto-assurance et à l'assurance externe²⁵⁷.

Une telle approche, basée sur la rationalité économique et l'équité (?), ne semble pas avoir animé les législateurs nationaux lorsqu'ils ont élaboré les règles applicables à la force majeure et à l'imprévision. La volonté des parties y occupe une place beaucoup plus centrale que leur position éco-

251. R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 71, 244.

252. R. POSNER et ROSENFELD, « Impossibility and Related Doctrines in Contract Law : On Economic Analysis », (1977) 6 *Legal Stud.* 83, 86.

253. *Id.*, 90.

254. *Id.*, 88.

255. *Id.*, 89.

256. *Id.*, 117.

257. *Ibid.*

nomique relative lorsque vient le temps de déterminer le « bénéficiaire » du risque en cas de bouleversement des circonstances.

Pourtant, cette position a une importance déterminante dans les faits puisque les grandes entreprises disposant de plus de ressources seront mieux à même d'appréhender les risques, d'en saisir toute la portée et d'en assurer la prévention et la répartition à leur avantage.

L'étude de plusieurs contrats internationaux nous a d'ailleurs permis de constater un écart qualitatif important entre les contrats élaborés par les grandes entreprises et ceux des PME, en ce qui concerne le traitement des risques. Or, si une mauvaise répartition des risques a une influence négative sur le système économique, elle pourra avoir un effet dévastateur sur l'entreprise qui en subit les conséquences, surtout s'il s'agit d'une PME.

Dans cette ère de conquête des marchés, de plus en plus d'entreprises de taille modeste tenteront de participer à l'aventure internationale. Elles devront pour faire d'une telle démarche un succès prendre pleinement conscience des risques qu'elle implique et des moyens mis à leur disposition pour les parer. Dans cette optique, et s'il est manié avec dextérité, l'outil contractuel occupera une place de choix dans l'attirail du gestionnaire de risques.