
Les clauses de force majeure et de hardship dans le contrat international de longue durée

Nour- Eddine Terki

Professeur à l'Université d'Alger

1 – Parce qu'il met en jeu des intérêts économiques qui débordent les frontières d'un seul Etat, le contrat international autorise les parties à choisir librement le droit auquel sera soumis cet accord et ce, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté qui est universellement admis¹.

L'hypothèse qui est envisagée dans le cadre de cette recherche est essentiellement celle d'un contrat international de longue durée, c'est-à-dire celui dont l'exécution s'inscrit dans une période de temps plus ou moins longue. Qu'il s'agisse, par exemple, d'un contrat de réalisation «clés en main » ou « produit en main » d'un ensemble industriel, d'un contrat de vente de gaz, d'un accord de partage de production, d'un joint-venture ou d'un contrat de gestion d'une entreprise...

2 – Dès lors qu'il se place dans cette perspective temporelle, le juriste se trouve nécessairement confronté à un véritable dilemme qui puise son origine dans deux principes a priori antinomiques.

Le premier est posé par l'article 106 du code civil qui dispose que « le contrat fait la loi des parties ». Ce principe de l'effet obligatoire du contrat, qui est ainsi consacré dans notre législation interne, est également posé en droit international par la maxime « pacta sunt servanda » qui impose une intangibilité du contrat international. Et ce respect de la volonté des parties, qui trouve sa justification dans l'exigence morale de la bonne foi, est à juste titre considéré comme indis-

pensable à la sécurité juridique qui doit prévaloir dans les relations contractuelles internationales.

Mais cette règle sacro-sainte de l'immutabilité du contrat international est néanmoins contrariée par une exigence pratique quasiment incontournable : il est en effet difficile de demander aux négociateurs d'un accord international à long terme de tout prévoir au moment de sa conclusion. De multiples facteurs, qui étaient complètement ignorés au moment de la naissance des obligations, peuvent surgir par la suite et remettre l'équilibre des prestations contractuelles. Ces facteurs qui sont ainsi susceptibles d'exercer une influence déterminante sur l'exécution du contrat international de longue durée peuvent être de nature technique, économique, politique ou géopolitique.

En présence de la règle de l'intangibilité du contrat international – gage de la sécurité juridique – et de la nécessité de tenir compte de la modification des circonstances en particulier économiques afin de sauvegarder son exécution, les parties à cet accord à long terme doivent donc trouver un juste compromis pour répondre à ces deux exigences contradictoires.

3 – Pour corriger l'effet d'un bouleversement des circonstances économiques, les opérateurs publics ou privés ont souvent recours à des clauses particulières. C'est par exemple le cas de l'utilisation de la clause de révision du prix du marché ayant pour objet d'ajuster d'une manière automatique, en fonction de paramètres préalablement choisis, l'adaptation du contrat. C'est également le cas de l'insertion d'une clause de « maintien de valeur »² qui couvre les risques de variations monétaires.

Les cocontractants ont aussi souvent tendance à prévoir dans le contrat international de longue durée deux clauses de portée générale pour faire face aux éventuels changements des circonstances. Il s'agit en l'occurrence des clauses de force majeure et de hardship qui retiendront notre attention. Plusieurs raisons expliquent pourquoi prennent la précaution d'organiser, quelquefois avec beaucoup de soin, ces clauses de réadaptation du contrat international.

La première découle du fait que la législation applicable à cet accord méconnaît l'une ou l'autre de ces deux notions. C'est ainsi, par exemple, que sous l'empire du droit français la théorie de l'imprévision ne peut pas être mise en œuvre en dehors des contrats administratifs. C'est dire que le contrat internatio-

nal, qui est soumis à cette législation et qui ne comporte pas une clause de hardship, ne peut pas faire l'objet d'une modification fondée sur l'imprévision ; surtout lorsque l'on sait que la jurisprudence arbitrale éprouve une grande réticence à prendre en considération la maxime « rebus sic stantibus »³.

La seconde raison découle de ce que les dispositions légales trop rigoureuses ou inadaptées aux relations économiques internationales. Et dans la mesure où ces prescriptions n'ont pas un caractère d'ordre public – comme celles qui organisent l'imprévision en droit algérien – les parties peuvent alors aménager contractuellement aussi bien leurs conditions d'application que leurs effets.

4 – L'analyse des notions de force majeure et de hardship laisse apparaître une certaine communauté, bien que chacune de ces deux clauses ait pourtant son domaine particulier. Elles présentent une similitude en ce que, dans les deux cas, l'évènement doit en principe être imprévisible, irrésistible et extérieur à la partie qui l'invoque. Mais ces clauses sont néanmoins différents en raison du fait que la force majeure doit normalement rendre impossible l'exécution du contrat, alors que la clause de hardship intervient uniquement lorsque l'exécution d'une obligation devient beaucoup plus onéreuse. Mais cette différence théorique peut cependant s'estomper atténue les exigences traditionnelles quant à l'impossibilité d'exécution⁴.

C'est cette interaction que nous tenterons de faire apparaître en étudiant le contenu et la portée des clauses de force majeure et de hardship.

I – Le contenu des clauses de force majeure et de hardship

5 – Pour tenter de cerner le contenu de deux notions dont la survenance paralyse de manière plus ou moins importante l'exécution du contrat international, on est a priori incité à entreprendre l'étude de leurs points de convergence et de divergence. Ce serait oublier que ces clauses sont avant tout d'essence pratique. Il paraît donc préférable d'analyser successivement le contenu de la force majeure et de la clause de hardship, même si cette distinction peut être génératrice de quelques répétitions.

A – Le contenu de la clause de force majeure

6 – Contrairement à ce que l'on pourrait penser, tous les contrats internationaux de longue durée conclus par les opérateurs publics – et qui composent

notre échantillon – ne comportent pas une clause de force majeure. Lorsque cette lacune, consciente ou inconsciente, est caractérisée, cela ne signifie pas pour autant que la force majeure n'est pas susceptible d'être invoquée par l'une des parties. En effet, dans la mesure où le droit applicable reconnaît l'existence de cet événement imprévisible, le juge ou l'arbitre compétent se doit alors de le prendre en considération. Il doit apprécier, conformément aux dispositions légales, si les conditions de sa mise en œuvre sont réunies en l'espèce.

7 – Mais en dehors de quelques cas exceptionnels, la plupart des accords internationaux de longue durée contiennent une clause de force majeure plus ou moins précise. La lecture de ces stipulations révèle qu'une partie contractante n'est admise à se prévaloir d'un cas fortuit ou de force majeure pour justifier l'inexécution de ses obligations que si certaines conditions de fond et de forme sont caractérisées.

1 – Les conditions de fond de la force majeure

8 – Ces de fond dépendent bien sûr du contenu de la clause de force majeure, tel qu'il a été aménagé par les parties contractantes. Or on constate avec la doctrine⁵ que la pratique internationale donne sa préférence tantôt à une définition synthétique, tantôt à une définition analytique et tantôt à une définition mixte.

a – La définition synthétique de la force majeure

9 – En s'inspirant d'une conception purement romaniste, les rédacteurs du contrat international retiennent parfois une définition synthétique et abstraite de la force majeure : « On entend par force majeure pour l'exécution du contrat tout acte ou événement imprévisible, irrésistible, indépendant de la volonté des parties ».

Une autre variante peut être trouvée dans la clause suivante : « Aucune partie ne sera réputée avoir failli à ses obligations contractuelles dans la mesure où l'exécution de ses obligations serait retardée, entravée ou empêchée par un cas de force majeure.

Ne pourront être considérés comme cas de force majeure que des décisions, actes, situations ou événements échappant au contrôle des parties et présentant un caractère imprévisible et irrésistible ».

Sans entrer dans les détails de ces deux formulations, on peut raisonnablement penser qu'en présence de clauses de ce type l'arbitre ou le juge compétent sera en principe obligé d'apprécier cette notion abstraite de la force majeure à la lumière de la conception consacrée par le droit algérien régissant les contrats. Car dans ces deux exemples, les parties ne font finalement, en ce qui concerne les conditions d'application de la force majeure, que renvoyer aux dispositions légales et à la jurisprudence qui les met en œuvre. Les contractants se sont, en d'autres termes, abstenus d'introduire un quelconque aménagement conventionnel aux dispositions supplétives prévues par la loi.

b – La définition analytique de la force majeure

10 – C'est une démarche totalement différente qui est retenue par certains contractants. Ils donnent plutôt leur préférence à une définition analytique de la force majeure inspirée par le droit anglo-saxon : « On entend par force majeure les événements suivants : guerre, épidémies, inondations, séismes, autres fléaux de la nature, grève continue de plus de quinze jours décidée par un syndicat de profession et de nature à affecter la bonne exécution du contrat, mobilisation, insurrection, sabotages, explosions, accidents de transport et incendies graves de nature à affecter l'exécution du contrat ».

Comme on peut rapidement le constater, les rédacteurs de clause ont d'abord voulu désigner nommément la plupart des événements qui sont à leurs yeux constitutifs d'un cas fortuit. Le risque encouru par cette énumération résulte d'un éventuel oubli d'un événement important. Et dans un tel cas de figure, le juge devra déterminer si cette liste a un caractère énumératif ou limitatif. Mais cet inconvénient ne semble pas exister dans cette clause puisqu'elle référence aux « autres fléaux de la nature ». Même si elle n'est pas expressément prévue, une éruption volcanique doit être considérée comme un cas de force majeure.

Les rédacteurs de cette clause ont, d'autre part, introduit des assouplissements de la notion légale de la force majeure. C'est ainsi que la grève d'une durée excédant quinze jours n'est pas en principe considérée par le droit positif comme un événement imprévisible ; et encore moins un simple accident de transport. Sans compter que ces deux expressions sont susceptibles de susciter des difficultés d'interprétation en raison de leur imprécision⁶.

c – La définition mixte de la force majeure

11 – Il peut enfin arriver que les parties au contrat international de longue durée adoptent une solution de compromis en associant dans la même clause à la fois la définition abstraite et celle qui procède par énumération : « Sont considérés comme cas de force majeure tous les événements irrésistibles, imprévisibles et indépendants de la volonté des parties, ayant pour conséquence d'empêcher totalement ou partiellement l'exécution de leurs obligations et notamment les inondations, les tremblements de terre, les insurrections... ».

Sous l'empire de cette clause contractuelle, les événements qui sont ainsi énumérés ne doivent être pris que comme autant d'exemples permettant d'illustrer la définition générale de la force majeure. Ce qui implique que même un événement non visé expressément peut justifier la mise en œuvre de la force majeure à partir de l'instant où il remplit les conditions d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité.

C'est en tout cas sur la base de stipulations contractuelles de ce type que plusieurs sentences arbitrales ont refusé d'accueillir la force majeure comme cause d'exonération du débiteur de l'exécution de ses obligations. Les arbitres se sont prononcés soit en se fondant sur le défaut du caractère imprévisible de l'évènement⁷, soit sur le défaut d'irrésistibilité en soulignant qu'une « impossibilité subjective pour une personne physique d'exécuter un engagement contractuel ne la libère pas »⁸.

2 – La condition de forme de la force majeure

12 – La partie qui veut se retrancher derrière un cas de force majeure pour suspendre l'exécution de ses obligations ne peut pas se contenter de la réunion de ses conditions de fond. Elle doit encore respecter une condition de forme essentielle ayant pour finalité d'informer son partenaire. Cette exigence formelle lui est imposée par une stipulation rédigée comme suit : « La partie qui invoque un cas de force majeure devra aussitôt la survenance de cet événement, et dans un délai maximum de dix jours calendaires, adresser à l'autre partie une notification par lettre recommandée avec accusé de réception établissant les éléments constitutifs de la force majeure ».

Il est assez rare de tomber sur un contrat international de longue durée qui n'organise pas une telle notification de manière à ce que le créancier soit informé de la survenance de ce cas fortuit. Mais il par contre fréquent de rencontrer

des clauses qui ne prévoient pas la forme de la notification ; ou encore qui garde le silence sur le délai dans lequel elle doit être faite. C'est alors par référence à un délai raisonnable que cette question sera éventuellement tranchée. En tout cas, les clauses que nous avons consultées nous fournissent une indication : elles prévoient un délai qui varie entre sept et quinze jours.

13 – Quelle est la sanction encourue par la partie qui invoque un cas de force majeure sans avoir avisé son cocontractant par une notification ? Cette question capitale est souvent tranchée par les clauses contractuelles de la manière suivante : « Tout retard pour cas de force majeure non notifié dans les conditions et formes ci-dessus, ne sera en aucune façon retenu pour le décompte du délai contractuel, ni opposable ». La sanction qui est ainsi prévue est assurément grave. Elle signifie que le défaut de notification, ou même la simple violation des conditions de sa mise en œuvre, interdit à la partie qui prétend mettre en avant un cas de force majeure d'en tirer un quelconque bénéfice concernant le délai contractuel. En clair, cela veut dire qu'elle ne pourra pas obtenir une prolongation de ce délai. Et la jurisprudence arbitrale a fait une stricte application d'une clause de genre. Elle dénie à une entreprise le droit de se prévaloir de la force majeure parce qu'elle n'avait pas porté à la connaissance de l'autre partie la survenance de cet événement⁹.

L'information de l'autre partie contractante est également indispensable dans la mise en œuvre de la clause de hardship.

B – Le contenu de la clause de hardship

14 – Depuis la promulgation du code civil de 1975, les contrats internationaux de longue durée conclus par les opérateurs publics ne contiennent plus de clause de hardship. Cela s'explique par le fait que l'article 107, alinéa 3, de ce code organise l'imprévision et qu'il prévoit, in fine, que « toute convention contraire est nulle ». Cette disposition d'ordre public – qui ne semble pas exister dans les autres législations qui reconnaissent l'imprévision¹⁰ – interdit donc aux parties d'aménager une clause de hardship dans les contrats internationaux soumis au droit algérien. C'est en fonction de cette disposition d'ordre public qu'il convient d'envisager deux cas de figure : l'hypothèse d'un contrat soumis au droit et, par conséquent, aux prescriptions légales relatives à l'imprévision ;

et le cas d'un contrat international soumis à une législation méconnaissant cette théorie ou ne prévoyant que des dispositions supplétives autorisant ainsi les parties à aménager une clause de hardship proprement dite.

1 – Les dispositions légales relatives à l'imprévision

15 – Après avoir édicté dans ses deux premiers alinéas que le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, de bonne foi et en prenant en considération l'usage de l'équité, l'article 107 du code civil ajoute : « Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive... ».

Parce qu'il constitue une simple redondance, le caractère exceptionnel de l'événement ne mérite pas que l'on s'y attarde : dès lors qu'un événement est imprévu cela ne laisse-t-il pas supposer qu'il est exceptionnel¹¹ ? Ce qui veut dire que nous ne retiendrons que quatre conditions de mise en œuvre de l'imprévision : l'imprévisibilité de l'événement, sa généralité, le caractère excessivement onéreux de l'obligation contractuelle et l'intervention préalable d'un juge ou d'un arbitre¹².

a – L'imprévisibilité de l'événement

16 – Tout comme en matière de force majeure, un événement n'est susceptible de justifier une modification d'une obligation contractuelle que s'il avait échappé à toute prévision des parties au moment de la conclusion du contrat. A propos de cette imprévisibilité, Toute la question consiste à se demander si son appréciation – qui relève de la compétence souveraine du juge ou de l'arbitre – doit être subjective ou objective. Sans avoir besoin de nous attarder ici sur les raisons qui nous inclinent à écarter la première approche, qu'il nous suffise de réaffirmer que c'est la conception objective qui doit prévaloir. L'événement imprévisible est donc celui qui, au moment de la formation du contrat international, est resté en dehors de la sphère raisonnable de prévision des parties. En

d'autres termes, c'est l'évènement qui aurait échappé à la perspicacité d'hommes d'affaires, c'est-à-dire de professionnels, normalement intelligents et avisés¹³.

Une autre question mérite d'être posée : est-ce que ce sont seulement certains évènements – tels que les changements des circonstances économiques – ou tous les évènements normalement imprévisibles qui doivent être pris en compte ? Toute restriction serait contraire aux dispositions de l'article 107, alinéa 3, du code civil. Il vise sans aucune discrimination n'importe quel évènement, qu'il soit de nature économique, politique ou géophysique. C'est cette interprétation qui a d'ailleurs prévalu en Egypte : on a considéré comme un évènement imprévu justifiant une réduction du prix de vente des terres agricoles, la promulgation de la loi portant réforme agraire¹⁴. Dans cette optique, il est raisonnable de considérer que l'importante et soudaine dévaluation du dinar constitue un évènement imprévu, même si tout le monde s'accordait pour dire que le taux de change officiel qui était en vigueur était tout à fait superficiel. De la même façon, supposons un instant, en nous inspirant d'un exemple vécu par un pays d'Extrême-Orient¹⁵, que la Sonatrach, en vue d'une recherche pétrolière, conclut un contrat de partage de production sur une base de 50/50% ; que le gisement pétrolier découvert est tellement important que tous les frais engagés par son partenaire étranger sont amortis rapidement et que les profits réalisés par celui-ci deviennent alors colossaux. Dans de telles conditions, est-ce qu'il ne serait pas raisonnable de permettre à la Sonatrach de s'appuyer sur l'imprévisibilité de cette découverte pour demander à l'arbitre de modifier la proportion du partage ?

b – La généralité de l'évènement

17 – Tout en consacrant la théorie de l'imprévision, le législateur, à l'inverse de ses homologues polonais, grec et italien, a quand même voulu en limiter la portée. Sans doute pour ne pas trop ébranler le principe de la force obligatoire du contrat, il a exigé que l'évènement imprévu soit de nature générale. L'évènement ne doit pas, en d'autres termes, être particulier au débiteur. Ses effets doivent être ressentis par un groupe de personnes suffisamment important, comme de guerre, de sécheresse ou encore de crise économique telle que celle qui vient de secouer le monde.

c – Le caractère excessivement onéreux de l'obligation contractuelle

18 – L'intervention d'un évènement imprévu ayant un impact général ne suffit pas à elle seule pour servir de fondement à une demande de modification d'une obligation contractuelle. Pour qu'il en soit ainsi, il importe que l'exécution de cette prestation, « sans devenir impossible, devienne excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante » (art. 107, al. 3, c. civ.). Comme on peut le remarquer, le cocontractant qui invoque le bénéfice des règles de l'imprévision n'aura nullement besoin de prouver qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation ; il doit tout simplement se contenter de démontrer que l'exécution de sa prestation est devenue financièrement insupportable, au point qu'il risque de subir une perte disproportionnée en comparaison du profit qu'il tire de la convention. En un mot, il lui suffit d'exciper une rupture flagrante de l'équilibre des prestations contractuelles – souverainement appréciée par l'arbitre ou le juge – pour prétendre à une réadaptation de son obligation.

En écartant ainsi expressément l'exigence de cette condition de l'impossibilité de l'exécution, le législateur met en relief une autre particularité qui sépare l'imprévision de la force majeure.

d – L'intervention préalable de l'arbitre ou du juge

19 – L'appréciation de l'existence des conditions d'application de l'imprévision suppose la saisine préalable de l'arbitre ou du juge compétent. C'est en principe uniquement à cette autorité que le législateur a conféré le droit de « réduire... l'obligation devenue excessive ».

Mais s'il est exclu que le débiteur cesse unilatéralement l'exécution de ses obligations en se retranchant derrière un évènement imprévu – qu'il soit réel ou supposé – rien ne semble au contraire lui interdire d'obtenir de son partenaire une renégociation du contrat international. L'intervention de l'arbitre ne constituerait alors qu'un ultime recours. Ceci aurait en tout cas l'avantage de rapprocher un peu plus l'imprévision organisée par le code civil de la clause contractuelle de hardship.

2 – La clause de hardship proprement dite

20 – En raison de la consécration de l'imprévision par les dispositions d'ordre public précitées du code civil algérien, il convient de rappeler qu'une

clause de hardship proprement dite ne peut par définition être prévue que dans un contrat international échappant à l'empire de cette législation.

La clause de hardship, qui constitue une technique générale d'adaptation du contrat international de longue durée¹⁶, peut être définie comme une stipulation autorisant les parties à prétendre à un réaménagement de leurs obligations « si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (hardship) injuste »¹⁷. Même si la pratique internationale montre qu'il existe une variété de clauses de hardship, plus ou moins élaborées, leur contenu est à peu près identique pour l'essentiel :

« Au cas où, au cours de l'exécution du contrat, surviendraient des événements ou des circonstances politiques, sociales, économiques, technologiques ou autres, imprévisibles pour les parties, au moment de la signature du présent accord, échappant à leur contrôle, et qui bouleverseraient l'équilibre des relations contractuelles ou rendraient pour l'une ou l'autre des parties l'exécution des prestations prévues beaucoup plus onéreuses, la partie qui s'estimera lésée pourra demander la révision dudit contrat ».

Pour permettre au lecteur d'avoir une vue suffisamment large du contenu de ces clauses de hardship, il nous paraît utile de citer deux autres variantes empruntées à un auteur¹⁸.

« In the event that during the period of this agreement, the general situation and/or the date on which this agreement is based are substantially changed so that either party suffers severe and unforeseeable hardship, they shall consult and show mutual understanding with a view to making such adjustments as would appear to be necessary and such revision as would be justified by circumstances which could not reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into, in order to restore the equitable character of this agreement ».

L'autre variante est ainsi rédigée: « Si au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes, ou les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitable-

ment lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour le deux contractants ».

La lecture de ces clauses de hardship montre clairement, qu'en ce concerne les conditions d'application, il n'y a aucune différence fondamentale entre ces stipulations contractuelles et les dispositions légales régissant l'imprévision. C'est pourquoi il ne paraît pas utile de nous y attarder. Quelques observations rapides suffiront.

Tout d'abord, même si le caractère imprévisible de l'évènement n'est pas exigé par cette dernière clause, cette condition semble néanmoins s'imposer dans la majorité des cas. Alors que la première clause rapportée fait référence à « des événements ou des circonstances politiques, sociales, économiques, technologiques ou autres, imprévisibles pour les parties », la seconde parle de « unforeseeable hardship » et de « circumstances which could not reasonably be foreseen ».

L'évènement qui est pris en considération présente également un caractère général. Car les formules utilisées par les trois clauses de hardship sont tellement larges que n'importe quelle circonstance est susceptible de servir de justification à une demande de réadaptation du contrat. Pour qu'il en soit ainsi, il suffit que la situation générale qui prévalait au moment de la conclusion de l'accord international subisse une modification substantielle.

La notion d'extériorité – qui est implicite en matière d'imprévision – est quelquefois par certaines clauses de hardship. C'est ainsi que seul le premier exemple cité indique clairement que l'évènement doit échapper au contrôle des parties.

Par ailleurs, à l'instar de la solution retenue dans le cadre de l'imprévision légale, c'est seulement si l'exécution de l'obligation devient excessivement « onéreuse » ou qu'elle subit « des rigueurs » que la partie lésée est alors habilitée à prétendre à la mise en œuvre de la clause de hardship. Et ce déséquilibre des prestations contractuelles doit être justifié par un changement important de la situation telle qu'elle prévalait au moment de la conclusion du contrat international.

Finalement, la clause de hardship semble a priori se distinguer de l'imprévision en que la partie lésée est tenue de demander directement à son partenaire une réadaptation amiable du contrat au lieu de saisir d'emblée l'arbitre ou le juge compétent. Mais cette différence est en réalité purement formelle. Car sous l'empire des dispositions légales relatives à l'imprévision, rien n'interdit à la partie qui a subi un préjudice de saisir au préalable son cocontractant afin d'obtenir un aménagement conventionnel de son obligation. Et à l'inverse, dans le cadre d'une clause de hardship, l'arbitre ou le juge peut être saisi en cas de refus du partenaire d'aménager le contrat ou encore en cas de désaccord sur la portée de la réadaptation.

II – La portée des clauses de force majeure et de hardship

21 – L'interaction qui caractérise ces notions quant à leur contenu, est également perceptible eu égard à leurs effets. Mais les différences qui les séparent, et surtout la volonté de privilégier une approche pragmatique, nous obligent à envisager distinctement la portée de la clause de force majeure et, ensuite, celle du hardship.

A – La portée de la clause de force majeure

22 – Sous l'empire des dispositions du droit commun, la réunion des conditions d'application de la force majeure se traduit essentiellement par la libération du débiteur et, corrélativement, par celle de son créancier.

Mais cette solution rigoureuse qui a pour effet d'exonérer purement et simplement le débiteur de l'exécution de ses obligations est pour le moins inadaptée aux relations économiques internationales : d'une part, parce que les intérêts qui sont en jeu dans un contrat international de longue durée sont souvent considérables ; d'autre part, parce que les économies de deux pays au moins peuvent être directement impliquées par cette opération. C'est ce qui explique que la pratique internationale préfère procéder à des aménagements contractuels de la force majeure afin de les harmoniser avec les besoins spécifiques du monde des affaires. Et l'analyse des contrats internationaux composant notre échantillon révèle quels sont les assouplissements qui ont été introduit dans la mise en œuvre de la force majeure. Il s'agit en l'occurrence de la prorogation du délai

contractuel, de la reprise de l'exécution du contrat dans les meilleurs délais, de la renégociation éventuelle du contrat et de sa résiliation exceptionnelle en cas de persistance de l'évènement de force majeure.

1 – La prorogation du délai contractuel

23 – Presque tous les contrats internationaux qui ont été consultés montre que la survenance d'un cas fortuit, rendant impossible l'exécution des obligations mises à la charge du débiteur, a principalement pour conséquence de faire bénéficier celui-ci d'une prorogation du délai qui lui avait été imparti :

« Au cas où surviendrait un évènement qui constituerait un cas de force majeure, les obligations qui sont affectées par la force majeure seront prorogées automatiquement d'une durée égale au retard entraîné par la survenance du cas de force majeure ; étant entendu que cette prorogation n'entraîne pas de pénalités à la charge de la partie empêchée ».

A la lumière de cette clause, on mesure immédiatement l'importance du changement introduit par rapport au régime du droit commun. Dans le contrat international de longue durée, la force majeure n'a nullement pour objet de permettre à celui qui l'invoque d'échapper définitivement à l'exécution de ses obligations. Elle ne l'autorise à suspendre cette exécution que pendant la période où celle-ci s'avère impossible. Si c'est une grève générale d'une durée de trois mois qui est à l'origine de cette paralysie, cela signifie que la suspension de cette exécution ne peut pas aller au-delà de cette période et que, dans cet exemple, ce débiteur bénéficiera d'une prolongation automatique du délai contractuel dont la durée sera égale à celle de cette suspension, c'est-à-dire trois mois. Et cette prolongation du délai d'exécution des obligations ne sera pas astreinte au paiement d'une éventuelle pénalité de retard.

2 – La reprise de l'exécution du contrat dans les meilleurs délais

24 – Dès que la force majeure cesse de produire ses effets, le débiteur doit alors faire toute diligence pour reprendre l'exécution de ses obligations. Cette exigence est consacrée par la plupart des contrats internationaux de longue durée :

« Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes les dispositions utiles pour assurer, dans les plus brefs délais, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par la force majeure ».

Cette stipulation contractuelle trouve, bien sûr, sa justification dans la volonté de réduire au maximum la perte de temps résultant de l'immobilisation de l'exécution du contrat. Mais elle confirme aussi, s'il en était besoin, que la force majeure ne fait que suspendre cette exécution des prestations. Cette solution a d'ailleurs été consacrée par une sentence arbitrale. Elle a condamné une entreprise qui avait cessé l'exécution des travaux en raison du déclenchement d'hostilités, de courte durée dans la région, et qui avait refusé de les reprendre, sous divers prétextes, à la fin de ces événements¹⁹.

3 – La renégociation éventuelle' du contrat

25 – Même si cette possibilité de renégocier l'accord n'est pas toujours prévue, certains contrats internationaux de longue durée l'envisagent dans l'hypothèse où les effets de la force majeure se prolongent au-delà d'une certaine période. Une illustration de cette volonté de renégociation se trouve dans une clause de ce type :

« Si par suite d'un cas de force majeure, le » maître de l'ouvrage ou le constructeur ne pouvait exécuter ses prestations telles que prévues du présent contrat pendant une période de deux mois, les parties se rencontreraient dans les plus brefs délais pour examiner les incidences contractuelles desdits événements, et en particulier sur les prix, les délais et la poursuite des prestations respectives».

Il ressort de cette stipulation contractuelle que les parties sont en principe tenues de se rencontrer à partir du moment où la force majeure a développé ses effets pendant cette période. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'elles doivent procéder à la renégociation du contrat. Il n'en serait ainsi que dans le cas où l'évènement de force majeure aurait effectivement exercé une influence significative sur les principaux éléments du contrat, c'est-à-dire en particulier sur le prix du marché et sur le délai d'exécution.

4 – La résiliation exceptionnelle du contrat en cas de persistance de la force majeure

26 – C'est sans doute parce que la résiliation d'un contrat international de longue durée est souvent génératrice de conséquences fâcheuses pour les deux parties, qu'elle est rarement organisée après la survenance d'un cas fortuit. Mais un exemple peut être tiré de la clause suivante :

« Si le cas de force majeure se prolonge pendant une période de trente jours et si de ce fait il s'avère que toute reprise normale de l'exécution des obligations est impossible, la partie qui ne se prévaut pas de la force majeure pourra résilier le contrat trente jours après notification ».

Cette faculté de résiliation, sous certaines conditions, qui est réservée uniquement au créancier dans cet exemple, est également susceptible d'être mise en œuvre sous l'empire d'une clause de hardship.

B – La portée de la clause de hardship

27 – En ce qui concerne les effets, la différence entre l'imprévision légale et la clause de hardship est encore moins sensible. Deux conséquences sont susceptibles d'en découler : il s'agit de la réadaptation de l'obligation devenue excessivement onéreuse et, le cas échéant, de la résiliation du contrat international de longue durée.

1 – La réadaptation de l'obligation devenue excessivement onéreuse

28 – Si la préférence est donnée à la révision du contrat par l'article 107, alinéa 3, du code civil, chaque fois que son économie est bouleversée par l'intervention d'un événement imprévu, c'est non seulement parce que c'est le seul moyen de rétablir de manière équitable l'équilibre rompu du contrat international et de sauvegarder ainsi son exécution, mais aussi parce que l'économie des deux pays impliqués par cette opération tire davantage profit de la survie de cet accord. Il convient néanmoins de souligner que c'est n'importe quelle obligation devenue « excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante » qui peut faire l'objet d'un réajustement. Le rééquilibrage des prestations contractuelles peut s'effectuer soit au profit du vendeur ou du constructeur, soit au profit de l'acheteur ou du maître de l'ouvrage.

En vertu des dispositions précitées du code civil, cette réadaptation du contrat est en principe confiée au juge ou à l'arbitre. Et celui-ci dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation basé sur l'utilisation d'un critère objectif. En effet, en raison du développement « de la comptabilité analytique et de l'existence de documents sur les prix de revient et sur la composition des produits, il ne paraît tellement difficile...de construire une formule de révision »²⁰. Mais le recours à ces instruments doit être nuancé, dans une mesure raisonnable par la

prise en considération de l'équité – qui fonde l'imprévision – ainsi que des circonstances de l'affaire et des intérêts des parties. Il convient de signaler à cet égard qu'une sentence arbitrale a décidé de modifier le prix, pourtant forfaitaire, d'un marché conclu entre une entreprise libyenne et une société italienne : « Le tribunal arbitral relève que l'article 657, ch. 1, du code civil libyen (applicable au contrat) exclut en principe toute révision du prix contractuel lorsque celui-ci est fixé à forfait, mais que l'alinéa 4 de cette même disposition confère au juge le pouvoir d'augmenter le prix ou de résilier le contrat en cas de bouleversements des bases économiques de la convention dû à la survenance d'événements exceptionnels et imprévisibles à la conclusion du contrat. Ce faisant, le droit libyen, à l'image d'autres droits nationaux, tels le droit allemand et le droit suisse ou encore la *lex mercatoria*... donne effet à la théorie de l'imprévision qui procède du principe que la règle *pacta sunt servanda* trouve sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi... »²¹.

29 – C'est justement une telle solution qui est également privilégiée par les clauses de hardship. Elles prévoient qu'en cas de survenance d'un événement imprévisible rendant l'exécution d'une obligation beaucoup plus rigoureuse, les parties se mettraient d'accord pour adapter, d'une manière équitable, le contrat à la nouvelle situation. C'est seulement « si les parties ne parvenaient pas à s'entendre dans un délai raisonnable » que le recours à l'arbitrage s'imposerait alors, et que le contrat aurait une chance supplémentaire d'échapper à une résiliation.

2 – La résiliation du contrat

30 – Si l'on s'attache uniquement à la lettre de l'article 107, alinéa 3, du code civil, on constate qu'il ne fait aucune référence à une éventuelle résiliation du contrat dont l'économie a subi un déséquilibre flagrant du fait de l'intervention d'événements imprévus. La seule alternative qu'il offre a priori est la réduction de l'obligation devenue excessivement onéreuse. Mais en dépit de la mise en œuvre de cette révision, il peut arriver que le débiteur ne soit plus financièrement en mesure de continuer à exécuter son obligation si les effets de l'imprévision se prolongent pendant une période de temps assez longue. Dans une telle hypothèse, n'y aurait-il pas lieu de conférer au débiteur le droit de demander une résiliation du contrat ? C'est une réponse favorable qui semble d'autant plus s'imposer que l'article 561, alinéa 3, du code civil prévoit que le juge peut, en

cas d'évènement imprévu, « accorder une augmentation du prix ou prononcer la résiliation du contrat d'entreprise » conclu à prix forfaitaire. A partir du moment que le législateur valide ainsi expressément la résiliation d'un contrat aussi complexe que le contrat d'entreprise, on doit a fortiori admettre, puisqu'aucune raison fondamentale ne s'y oppose, l'extension de cette solution à n'importe quel contrat international de longue durée.

31 – Bien que toutes les clauses de hardship ne règlent pas toujours cette question, la plupart semblent néanmoins prévoir que si les parties ne s'accordent pas sur l'adaptation du contrat dans un délai raisonnable, chacune d'entre elles pourra demander la résiliation du contrat international de longue durée²².

Notes:

- 1- V. A. Bencheneb, Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, OPU, Alger, 1984, pp. 263 et s. ; G. Blanc, Le contrat international d'équipement. L'exemple algérien, SRT Grenoble, 1980, pp. 181 et s. ; M. Issad, Le droit international privé, OPU, Alger, 1980, t. 1, pp. 293 et s. ; N. Terki, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 2001, pp. 101-108.
- 2 V. S. A. Sicard, Clauses de maintien de valeur dans les transactions internationales, J.D. I., 1972, pp. 213-248.
- En dehors de ces clauses monétaires, v. B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : la clause de hardship, JDI, 1974, p. 796 et s.
- 3- V. Filali Osman, Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique international, LGDJ, Paris, 1992, p. 151 et s.
- 4- V. M. Fontaine, Les clauses de force majeure, DPCI, 1979, p. 497 et s.
- 5- V. Ph. Kahn, Force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1979, p. 470 et s.
- 6 - Pour de plus amples développements, v. M. Fontaine, op. cit., p. 472 et s.
- 7- Sentence CCI, n° 2142, JDI, 1974, p.892 ; sentence CCI, n° 2139, JDI, 1975, p. 929 ; sentence CCI, n° 3093, JDI, 1980, p.951
- 8 - Sentence CCI, n° 1782, JDI, 1975, p.923
- 9 - Sentence CCI, n° 2478, JDI, 1975, p. 925
- 10- V. en particulier art. 147, code civil égyptien ; art. 1467, code civil italien et art. 388, code civil grec.
- 11 - V. dans le même sens, A. Bencheneb, Théorie générale du contrat, OPU, Alger, 1980, p. 88.
- 12 - V. N. Terki, L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien, DPCI, Paris, 1982, pp. 9-28. Pour l'essentiel, les développements concernant l'imprévision seront constitués par un résumé de cet article.
- 13 - Dans le même sens, v. M. M. El Gammal, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, LGDJ, Paris, 1973, p. 232 ; v. également B. Oppetit, op. cit., p. 801.
- 14 -V. Al Sanhoury, L'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de vente conclus avant la loi de réforme agraire, rev. Al Mohamat, septembre 1960, p. 107

- 15- V. J. F. Lalive, Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents, Rec . Académie de droit international, t. 181, p. 216
- 16- Le Conseil de la CCI a adopté en 1978 un « Règlement de la régulation des relations contractuelles qui prévoit l'intervention d'un tiers pour faciliter l'exécution du contrat. Deux modèles de clauses sont proposés aux parties à un contrat international qui désirent se placer sous l'empire de ce règlement.
- 17- B. Oppetit, op. cit., p.797 ; v. également M. Fontaine, Les clauses de hardship, DPCI, 1976, pp. 9 et s.
- 18 - V. B. Oppetit, op. cit., pp.799-800.
- 19 - V. Sentence CCI, n° 1703, JDI, 1974, p. 894
- 20 - Ph. Kahn, Lex mercatoria et contrats internationaux, in Le contrat économique international, Bruylant, Bruxelles, 1975, p. 200
- 21 - Sentence CCI, n° 4761, JDI, 1987, p.1013
- 22 - Pour de plus amples développements, v. M. Fontaine, Les clauses de hardship, op. cit., pp. 35 et s.