



NOTE INTRODUCTIVE ET COMMENTAIRE

1. GERER LES EVENEMENTS IMPREVUS : FORCE MAJEURE ET D'IMPREVISION (HARDSHIP)

La force majeure et l'imprévision (*hardship*) sont fréquemment invoqués dans le commerce international en cas de survenance d'événements imprévus rendant l'exécution du contrat impossible ou impraticable (force majeure) ou perturbant substantiellement l'équilibre économique du contrat (imprévision/*hardship*). Dans le premier cas, la partie invoquant avec succès la force majeure sera libérée de l'exécution du contrat, alors que dans le second cas la partie subissant l'imprévision (*hardship*) aura le droit de renégocier le contrat et dans certains cas d'obtenir son adaptation aux nouvelles circonstances.

Alors que dans le passé les événements à prendre en compte à cette fin étaient principalement des cas de force majeure (incendie, inondation, tremblement de terre, etc.), à l'heure actuelle, la diversité des événements imprévus susceptibles d'empêcher l'exécution du contrat ou de bouleverser substantiellement l'équilibre des obligations respectives des parties, s'est considérablement accrue.

La plupart des législateurs nationaux prévoient des règles traitant de ces questions mais les principes développés en droit interne tels que la *Frustration* (droit anglais), l'impossibilité d'exécution (systèmes de droit civil) ou l'*Impracticability* (droit américain) peuvent impliquer des différences substantielles³. Il peut ainsi arriver que les mêmes circonstances exonèrent une partie de sa responsabilité dans un système juridique et pas dans un autre.

Afin de surmonter la difficulté de traiter les dispositions pertinentes des différents systèmes juridiques, les parties tentent de convenir de clauses spécifiques de force majeure ou d'imprévision (*hardship*) qui visent à remplacer les règles prévues par le droit national applicable par des dispositions contractuelles uniformes. Il est devenu courant d'inclure dans la plupart des accords commerciaux internationaux des clauses types sur la force majeure et/ou l'imprévision (*hardship*), qui ne répondent toutefois pas toujours aux besoins réels des parties (surtout lorsqu'elles sont copiées d'autres contrats ou d'Internet, sans en vérifier la qualité).

L'objectif des clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) de l'ICC est précisément de fournir aux commerçants des clauses types équilibrées et efficaces à inclure dans les contrats internationaux ou à utiliser comme base pour la rédaction de clauses sur mesure.

Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) de l'ICC de 2020 sont une version améliorée et mise à jour des clauses précédentes qui tient compte des développements récents dans le commerce et introduit un certain nombre d'améliorations dictées par l'expérience acquise au cours des années précédentes.

-
- 1 Les concepts d'imprévision et de *hardship* sont équivalents. On les retrouve, de manière indifférenciée au sein des contrats internationaux.
 - 2 La traduction française a été assurée par les membres suivants d'ICC France: Pascale Accaoui Lorfin et Christoph Martin Radtke.
 - 3 Pour un bref aperçu de ces différentes approches, C. Brunner, *Rules on Force Majeure as Illustrated in Recent Case Law*, in F. Bortolotti, D. Ufot (eds), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, Dossiers XXII de l'Institut du Droit des Affaires Internationales, ICC 2018, p. 82 et s., spéc. p. 84-85.

2. LA CLAUSE DE FORCE MAJEURE

L'objectif des clauses de force majeure est d'établir un compromis raisonnable entre deux besoins contradictoires : le droit d'une partie d'être exonérée de ses obligations lorsque leur exécution est empêchée par des événements imprévisibles qui ne lui sont pas imputables et le droit de l'autre partie d'obtenir l'exécution du contrat.

L'approche traditionnelle de la rédaction des clauses de force majeure tend à être différente dans les juridictions de droit civil et de *Common Law*. Alors que les juristes de droit civil ont tendance à s'écarter d'une définition générale de la force majeure, en précisant les conditions (imprévisibilité, événement hors du contrôle des parties, irrésistibilité) requises pour qu'un événement soit qualifié de force majeure, les juristes de *Common Law* ont tendance à énumérer un certain nombre de circonstances spécifiques (cas fortuit etc.) qui constituent des cas de force majeure.

Comme on le verra plus loin (*infra* § 2.3), la clause de l'ICC entend établir un compromis entre les deux approches en fournissant une définition générale ainsi qu'une liste d'événements de force majeure typique.

2.1. La révision de la Clause de Force Majeure 2003

La Chambre de Commerce Internationale fournit depuis de nombreuses années une clause standard de force majeure. La première clause standard, publiée en 1985 (publication 421 de l'ICC) a été remplacée par la clause de force majeure 2003 de l'ICC⁴.

Il y a plusieurs années, il a été demandé à la Commission du Droit et de la Pratique Commerciale de l'ICC (la Commission DPC) d'examiner la possibilité de publier une clause de force majeure «abrégée» qui pourrait être plus facilement intégrée dans le texte d'un contrat. Certains membres de la Commission étaient d'avis que la clause existante était trop longue et complexe pour être incluse dans un contrat, alors que l'option de l'incorporer par référence s'est avérée ne pas être toujours réalisable. Il a été convenu qu'un petit groupe réviserait et mettrait à jour la clause existante, qui resterait une «version longue», et rédigerait également une «version courte» à harmoniser avec la version longue révisée. La Commission a nommé un Groupe de Travail qui s'est réuni à plusieurs reprises entre 2017 et 2019 et le texte final a été approuvé par le conseil d'administration de l'ICC à la fin de 2019.

Le résultat est une «version longue» sensiblement révisée, qui peut être incorporée par référence dans le contrat ou servir de base à la rédaction d'une clause sur mesure, et une «version courte» qui peut être plus facilement incluse telle quelle dans le texte d'un contrat.

La « version courte » étant une version réduite de la « version longue », il existe un lien étroit entre les deux versions. Par conséquent, les parties peuvent s'inspirer de la «version longue» et du présent commentaire pour les questions qui ne sont pas expressément traitées dans la «version courte».

Lors de la révision de la « version longue», le Groupe de Travail a décidé de maintenir la substance de la clause précédente, mais de simplifier sa formulation afin d'en faciliter la compréhension pour les PME et, plus généralement, pour les non-juristes. En même temps, le Groupe de Travail a décidé de remplacer le commentaire annexé à la clause par un court texte explicatif intercalé dans le texte de la clause.

Le lecteur qui a besoin d'informations plus détaillées sur des questions spécifiques peut trouver des informations complémentaires dans cette introduction/commentaire.

4 V. F. De Ly, *Analysing the ICC Force Majeure Clause 2003*, in Bortolotti, Ufot, *supra*, note 1, p. 113 suiv.

2.2. La définition générale de la force majeure

La clause de force majeure 2020 de l'ICC donne la définition générale suivante de la force majeure.

« Force Majeure signifie la survenance d'un événement ou de circonstances (« Événement de Force Majeure ») qui empêche ou entrave une partie d'exécuter une ou plusieurs de ses obligations contractuelles en vertu du contrat, si et dans la mesure où la partie affectée par l'empêchement (« la Partie Affectée ») prouve :

- a) que cet empêchement est indépendant de sa volonté ; et*
- b) qu'il ne pouvait raisonnablement être prévu au moment de la conclusion du contrat ; et*
- c) que les effets de l'empêchement n'auraient raisonnablement pas pu être évités ou surmontés par la Partie Affectée».*

Cette définition exige trois conditions, qui doivent toutes être remplies pour libérer une partie de ses obligations. Toutefois, en ce qui concerne les deux premières conditions (a) et (b), elles sont présumées remplies en cas d'événements listés, (*infra* § 2.4), tandis que la troisième doit être prouvée dans tous les cas par la partie affectée.

Les conditions sont formulées de manière à prévoir un seuil inférieur à celui de l'impossibilité pour décharger une partie de ses obligations, en introduisant le critère de l'absence de raison. Ainsi, par exemple, lorsqu'il serait théoriquement possible d'expédier par avion une grande quantité de fer alors que l'expédition par mer (comme convenu dans le contrat) est empêchée, l'exception de force majeure s'appliquera néanmoins si la partie concernée peut prouver que l'expédition par avion n'est pas un moyen raisonnable de surmonter l'empêchement.

Les parties peuvent bien entendu modifier la clause en la rendant plus restrictive (par exemple en supprimant la référence au caractère raisonnable) ou plus souple (par exemple en excluant l'exigence d'imprévisibilité). Toutefois, il leur est conseillé de toujours garder à l'esprit, lorsqu'ils modifient l'équilibre des conditions de force majeure, que la clause peut bénéficier aux deux parties. Si un fournisseur souhaite une définition très étendue de la force majeure afin de pouvoir bénéficier plus facilement de la clause, il doit toujours se rappeler que la clause peut également être invoquée à son encontre par l'acheteur⁵.

2.3. Inexécution par des tiers parties

Le paragraphe 3 de la clause traite d'une question spécifique, à savoir le cas de force majeure invoqué en raison de l'inexécution par des tiers (sous-contractants). Cette disposition stipule, conformément à l'article 79(2) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) de 1980, que la partie affectée ne peut invoquer la force majeure que si les conditions de la force majeure sont établies à la fois pour cette partie et pour le tiers. En d'autres termes, la partie affectée doit prouver que le tiers était également soumis à la force majeure. Il convient de noter que cette disposition fait référence aux «tiers engagés pour exécuter une ou plusieurs obligations contractuelles» de la partie affectée, c'est-à-dire les sous-traitants, et ne s'étend pas à ceux qui fournissent des produits ou des services à la partie affectée. L'inexécution par des fournisseurs simples ne constituera normalement pas un cas de force majeure pour l'acheteur, étant donné qu'ils font normalement partie du risque de l'acheteur et sont donc sous son contrôle.

Le texte explicatif du paragraphe 3 précise que les hypothèses du paragraphe 3 s'appliquent également à l'inexécution du tiers/sous-traitant.

5 Ainsi, par exemple, le vendeur d'une machine devant être installée dans les locaux de l'acheteur, peut découvrir qu'une clause de force majeure trop large, destinée à favoriser le vendeur en cas d'événements imprévus (comme une grève, la non-exécution par des sous-traitants), peut être invoquée par l'acheteur afin de retarder l'installation et, par conséquent, la période de garantie et le paiement.

2.4. Les événements listés et la définition générale de la force majeure

Le Groupe de Travail a dû trancher une question difficile concernant la relation entre la définition générique de la force majeure et les exemples typiques de force majeure (événements listés), et en particulier si les événements énumérés doivent être considérés comme des cas de force majeure indépendamment des exigences de la définition générale, ou si la partie qui invoque la force majeure serait tenue de prouver, pour des événements de ce type, que les trois conditions de la définition générale sont remplies. Une troisième solution, plus radicale, aurait été de ne pas mentionner du tout les événements typiques au sein de la clause.

La première solution est clairement à rejeter. L'existence en tant que telle d'un événement, la guerre, l'incendie, l'explosion, la pandémie, peuvent avoir été effectivement causés par la partie affectée elle-même et ne doivent pas nécessairement avoir empêché l'exécution du contrat.

La deuxième solution est certainement plus appropriée, mais, si toutes les conditions de la définition générale doivent être remplies, il n'y a aucune raison de mentionner des événements spécifiques dans la clause, puisque la partie affectée doit en tout état de cause prouver l'existence de toutes les trois conditions de la force majeure.

La troisième solution—même si la clause de force majeure de 2003 est une solution raisonnable de compromis—introduit une présomption concernant les événements énumérés libellée comme suit :

« En l'absence de preuve contraire et sauf accord contraire dans le contrat entre les parties, expressément ou implicitement, une partie invoquant cette Clause sera présumée avoir établi les conditions décrites au paragraphes 1(a) et (b) de cette Clause en cas de survenance d'un ou plusieurs des empêchements suivants :... ».

Compte tenu de la complexité de cette approche, le Groupe de Travail était d'abord enclin à surmonter le problème en exigeant simplement que toutes les exigences de la définition générale doivent être remplies y compris relativement à la liste des événements. Cependant, après réflexion, il apparaissait clair que cela aurait rendu la liste inutile et que la solution de la clause de 2003 devait être maintenue, avec un nouveau libellé et une explication claire.

Le nouveau paragraphe 3 a été libellé comme suit :

Événements de Force Majeure présumés : En l'absence de preuve contraire, les événements affectant une partie sont présumés remplir les conditions (a) et (b) du paragraphe 1 de la présente clause, et la partie affectée doit seulement prouver que la condition (c) du paragraphe 1 est remplie.

Après le paragraphe 3, l'explication suivante a été ajoutée :

Les Événements présumés de Force Majeure sont généralement qualifiés de Force Majeure. Il est donc présumé qu'en présence d'un ou plusieurs de ces événements, les conditions de la Force Majeure sont remplies, et la Partie affectée n'a pas à prouver les conditions (a) et (b) du paragraphe 1 de la présente Clause (c'est-à-dire que l'événement était indépendant de sa volonté et imprévisible), laissant à l'autre partie la charge de prouver le contraire. La partie invoquant la Force Majeure doit en tout état de cause prouver l'existence de la condition (c), c'est-à-dire que les effets de l'empêchement n'auraient raisonnablement pas pu être évités ou surmontés.

Cette solution est un compromis raisonnable entre le besoin d'une définition générale de la force majeure et la pratique actuelle consistant à inclure une liste d'événements typiques. Le Groupe de Travail a fourni un effort substantiel pour simplifier le libellé de la clause en comparaison avec celui de 2003 et a inclus une note explicative rédigée de la manière la plus simple.

2.5. Les événements listés

Le Groupe de Travail a tenté de limiter la liste des événements aux plus importantes circonstances qui peuvent constituer un cas de force majeure.

Cette liste peut ou non satisfaire les besoins spécifiques d'une partie car ils peuvent varier selon le contexte légal et économique de chaque contrat. Dans certains cas, une partie souhaiterait inclure les grèves affectant seulement son entreprise (alors que la liste se réfère seulement aux « perturbations générales du travail »), ou, une partie peut exclure des actes de fait du prince où il y a un risque que cela soit influencé par l'autre partie.

Comme expliqué par l'un des membres du Groupe de Travail et Président de la Commission CLP Erdem, dans sa présentation faite à la 38^{ème} Conférence annuelle de l'Institut du Droit des Affaires internationales de l'ICC relative au « Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts » (Paris 19 – 12- 2018)⁶ :

« En ajoutant ou en supprimant de la liste ces hypothèses, le Groupe de Travail a consulté ceux qui ont supervisé le développement de multiples contrats modèles ICC, y compris d'autres groupes de travail de l'ICC et des Comités Nationaux, et obtenu leurs avis spécifiques à leurs secteurs. Des dizaines de décisions de justices (nationales) et de sentences arbitrales ont été examinées afin de déterminer les cas de force majeure les plus courants qui ont conduit à des litiges entre les parties contractantes dans le passé.

Dans la Nouvelle Clause de Force Majeure, les événements suivants ne sont pas listés, contrairement à la Clause de Force Majeure de 2003 : conflit armé ou menace sérieuse identique (incluant mais ne se limitant pas à l'attaque hostile, blocus, embargo armé), troubles civils ou désordre, violence collective, acte de désobéissance civile, embargo militaire, restriction du couvre-feu, et acquisition forcée.

Par ailleurs, prenant en compte les développements globaux récents, les restrictions monétaires et commerciales ainsi que les embargos et les sanctions sont maintenant inclus dans la liste. Certains autres changements ont également été opérés, telle la reformulation de « acte de Dieu, peste, épidémie, catastrophe naturelle, telle que, mais non limitée à, tempête violente, typhon, ouragan, tornade, blizzard, tremblement de terre, activité volcanique, glissement de terrain, raz de marée, tsunami, inondation, dommages ou destructions par la foudre, sécheresse », pour des raisons de simplification ».

Les parties peuvent bien sûr modifier la liste en ajoutant d'autres événements ou en en excluant d'autres.

Naturellement, les événements non inclus dans la liste peuvent néanmoins être qualifiés de force majeure, mais la partie affectée devra prouver toutes les trois conditions. Dès lors, par exemple, la partie affectée par une grève équivalant à une « perturbation générale du travail » n'a pas besoin de prouver que cet événement était imprévisible et en dehors de son contrôle, mais seulement que ses conséquences ne pouvaient pas être évitées ou surmontées. Au contraire, dans le cas d'une grève concernant uniquement la partie affectée, celle-ci doit également prouver que l'événement était imprévisible et au-delà de son contrôle raisonnable.

2.6. Les conséquences de la force majeure

Le paragraphe 5 de cette clause stipule que :

« Une partie invoquant avec succès cette clause est dégagée de son obligation d'exécuter ses obligations contractuelles et de toute responsabilité pour dommages ou de tout autre recours contractuel pour rupture de contrat ».

Par conséquent, la partie affectée n'est pas responsable de dommages, pénalités etc...

6 E. Erdem, *The Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause*, in Bortolotti, Ufot, supra, note 1, p. 123 et s.

résultant d'empêchement relevant de la définition de force majeure. Il est important de souligner que l'événement de force majeure libère la partie de son obligation d'exécuter ses obligations, mais ne donne pas le droit à la partie de réclamer des frais supplémentaires ou des dommages subis comme conséquence d'un événement de force majeure⁷.

Comme indiqué à la deuxième partie du paragraphe 5, les effets de la force majeure surviennent « (...) à partir du moment où l'empêchement entraîne l'incapacité d'exécuter, à condition que la notification en soit donnée sans délai ». L'obligation de notifier en temps opportun l'événement de force majeure, comme réaffirmé au paragraphe 4 (Notification) est une caractéristique essentielle de la clause de Force Majeure : si la notification d'un événement n'a pas été envoyée en temps opportun, l'exonération sera seulement effective lorsque la notification parviendra à l'autre partie. Ainsi par exemple, si un événement causant un retard dans l'exécution du contrat n'est pas notifié en temps opportun, la partie affectée bénéficiera de ses effets (exonération de l'exécution et sanction éventuelle) seulement à partir de la date où l'autre partie a été informée. C'est un important moyen d'éviter qu'une partie n'invoque un prétendu cas de force majeure uniquement lorsque l'autre partie invoque l'inexécution de son obligation.

Enfin, la Clause de Force Majeure de 2020 a introduit une précision supplémentaire en indiquant dans la note explicative du paragraphe 5 que « (...) l'autre partie peut suspendre l'exécution de ses obligations dès la réception de la notification, dans la mesure où ces obligations résultent des obligations entravées par la Force majeure et qu'elles sont susceptibles d'être suspendues »⁸.

2.7. Empêchement temporaire et résiliation du contrat

Dans la plupart des cas, les événements de force majeure sont temporaires et l'exécution du contrat peut reprendre aussitôt que les circonstances ayant empêché l'exécution disparaissent. Le paragraphe 6 prévoit à cet effet, (i) que les conséquences de la force majeure s'appliquent « (...) aussi longtemps que l'empêchement invoqué empêche la partie affectée d'exécuter ses obligations contractuelles » et (ii) que « (...) la partie affectée doit informer l'autre partie dès que l'empêchement cesse d'empêcher l'exécution de ses obligations contractuelles ».

De plus, le paragraphe 8 prévoit que lorsque la durée de la force majeure est trop longue et par conséquent a pour effet de priver les parties contractantes de ce qu'elles étaient raisonnablement en droit d'attendre du contrat, l'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat, en notifiant l'autre partie dans un délai raisonnable. Alors que la clause de 2003 ne prévoyait pas expressément une durée maximale au-delà de laquelle les parties étaient en droit de résilier le contrat mais seulement un critère général (c.-à-d. la période au-delà de laquelle les parties sont privées de ce qu'elles étaient raisonnablement en droit d'attendre du contrat), la clause de 2020 prévoit expressément une période maximale de 120 jours, qui s'applique sauf accord autre convenu par les parties. Cela signifie que si les parties ne se sont pas entendues sur la version courte ou longue, elles ont dans tous les cas le droit de résilier le contrat si l'empêchement de force majeure dure plus que 120 jours.

7 Ainsi par exemple, si une partie invoquant la force majeure encourt des dépenses supplémentaires ou des pertes dues à la force majeure, elle n'est en principe pas en droit de recouvrer ces pertes ou des dépenses supplémentaires de l'autre partie. Voir, par exemple ICC case n°8873/97 (in JDI 1998, 1017 - 1027) où les arbitres décident que les coûts supplémentaires en raison de la force majeure (l'entrepreneur disant qu'il a utilisé plus de machines pour la construction de la route, en raison des difficultés à avoir des personnels spécialisés en Algérie) ne peuvent être récupérés, sauf si cela est prévu par des clauses contractuelles spécifiques. Voir aussi le commentaire de K. P. Berger, *Force Majeure Clauses and their Relationship with the Applicable Law, General Principles of Law and Trade Usages*, in Bortolotti, Ufot, supra note 1, p. 133 et s.

8 Comme expliqué par E. Erdem, in Bortolotti, Ufot, supra, note 1, p. 126 : « Le Groupe de Travail a estimé que la suspension des obligations par la partie non-affectée est une conséquence légale et logique lorsque la partie affectée est empêchée d'exécuter ses obligations en raison de la force majeure. C'est également une mise en œuvre du principe bien établi de *l'exceptio non adimpleti contractus* qui trouve sa place dans plusieurs lois nationales ».

2.8. La version courte

La version courte est une version réduite de la Clause de Force Majeure ICC de 2020, qui peut être plus facilement intégrée en tant que telle dans le contrat.

La version courte couvre les questions essentielles, cependant elle est moins complète que la version longue. C'est une clause standard équitable et équilibrée à utiliser dans les situations où les parties n'ont pas de préoccupations spécifiques au regard de possibles événements de force majeure et souhaitant simplement inclure une clause standard sans avoir le besoin d'en discuter le contenu.

Concernant l'étroite connexion entre la version courte et la version longue, la version longue, plus complète, peut être un outil utile pour interpréter la version courte et combler d'éventuelles lacunes. Cela pourrait dans une certaine mesure aider à surmonter les défauts d'un texte plus concis.

3. LA CLAUSE D'IMPREVISION (*HARDSHIP*)

Plusieurs lois nationales de même que des instruments internationaux tels que les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux, traitent la question de l'imprévision (*hardship*), en établissant des règles qui visent à protéger la partie désavantagée en cas d'événements ayant rendu l'exécution du contrat plus onéreuse que ce qui aurait pu être raisonnablement prévu.

Cette tendance, développée principalement au cours des dernières années a donné lieu à des solutions juridiques qui diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre⁹.

Alors que le principe de base selon lequel la difficulté doit impliquer un événement imprévu qui bouleverse considérablement l'équilibre du contrat, les solutions prévues lorsqu'une telle situation survient peuvent être sensiblement différentes. La première étape envisagée dans de nombreuses lois, (par exemple la France, la Russie, l'Estonie) est d'inviter l'autre partie à renégocier le contrat, cependant la question la plus controversée survient en cas d'échec de la renégociation.

Dans ce cas, certains droits reconnaissent seulement le droit de la partie lésée de résilier le contrat (voir, par exemple, l'art. 1467 du code civil italien), alors que d'autres droits autorisent la partie lésée à demander au juge ou à l'arbitre d'adapter le contrat ou de déclarer sa résiliation.

La Clause d'imprévision (*hardship*) de l'ICC de 2003 reconnaît, en cas d'échec de la renégociation, seulement le droit de la partie invoquant l'imprévision (*hardship*) de résilier le contrat, sans inclure l'option de demander l'adaptation du contrat au juge compétent ou à l'arbitre.

Cette position restrictive a été fermement soutenue à l'époque par de nombreux hommes d'affaires qui craignaient que cette option ne donne lieu à de possibles abus, en faisant valoir qu'un tiers ne serait jamais en mesure de décider d'un nouvel équilibre des obligations au nom des parties.

Cette préoccupation est toujours partagée par une grande partie des entrepreneurs, mais il doit être reconnu en même temps qu'il existe des situations (particulièrement dans le contexte des contrats de long terme), où l'adaptation est le seul moyen de surmonter des situations critiques qui ne peuvent être résolues autrement. De plus, le droit de demander une adaptation du contrat sera souvent une forte incitation pour l'autre partie à accepter une solution de compromis.

C'est la raison pour laquelle le Groupe de Travail est parvenu à la conclusion que la Clause d'Imprévision (*Hardship*) de 2020 devrait offrir la possibilité de choisir entre les deux solutions : la résiliation du contrat et l'adaptation du contrat. En ce qui concerne la première option (résiliation),

9 Pour une analyse détaillée et actualisée de la situation actuelle, voir M. Fontaine, *The Evolution of the Rules on Hardship. From the First Study on Hardship to the Enactment of Specific Rules*, in Bortolotti, Ufot, supra note 1, p. 11 et s.

la clause fournit deux autres sous options : la résiliation unilatérale par la partie invoquant l'imprévision (*hardship*) ou la résiliation à apprécier par le juge ou l'arbitre compétent.

Ces trois solutions alternatives figurent au paragraphe 3 de la clause, à savoir 3A, 3B et 3C.

Le paragraphe 3A prévoit qu'en cas d'échec de la renégociation, la partie invoquant l'imprévision (*hardship*) a seulement le droit de résilier le contrat. Cela signifie que la partie lésée peut décider par elle-même la résiliation ou non, et par conséquent assume le risque que la résiliation peut être jugée illégale s'il apparaît que les conditions de l'imprévision (*hardship*) requises au paragraphe 2 de la clause ne sont pas réunies.

Le paragraphe 3C prévoit que le droit de résilier le contrat doit être évalué au préalable par le juge compétent ou l'arbitre et ne peut être décidé unilatéralement par la partie invoquant l'imprévision (*hardship*). Cette solution a l'avantage que l'évaluation de l'existence des conditions de l'imprévision (*hardship*) est exigée à l'avance par l'autorité compétente qui peut s'assurer que la résiliation est justifiée ou pas. Dans le même temps, l'intervention du juge ou l'arbitre a l'inconvénient d'impliquer des coûts et des délais supplémentaires.

Le paragraphe 3A précise en outre que la modification par le juge ou l'arbitre est expressément exclue sauf avec l'accord des deux parties. La clause vise à préciser que, même lorsque la loi applicable donnerait le droit aux parties de demander l'adaptation du contrat, cette possibilité est expressément exclue par le contrat et il est dérogé aux éventuelles règles contraires de la loi applicable¹⁰. En choisissant cette option, les parties s'assurent qu'il n'y aura pas de place à l'adaptation des termes du contrat par une tierce partie, sauf accord exprès entre elles.

Le paragraphe 3B permet à l'une ou l'autre des parties de demander au juge ou à l'arbitre d'adapter le contrat ou de mettre fin au contrat, selon le cas. En vertu de cette disposition, le juge ou l'arbitre reçoit le pouvoir de modifier les termes du contrat dans le but de restaurer l'équilibre d'origine des obligations, ou, lorsque cela n'apparaît pas possible ou approprié, de déclarer la fin du contrat. Dans le but de faciliter la détermination des possibles termes de cette adaptation, le commentaire du paragraphe 3B établit expressément que le juge ou l'arbitre pourrait inviter les parties à soumettre des propositions de modification qu'elles estiment appropriées, qui peuvent être prises comme point de départ pour l'adaptation.

4. CONCLUSION

Dans la rédaction de ces nouvelles clauses ICC de Force Majeure et d'Imprévision (*Hardship*), le Groupe de Travail a suivi la traditionnelle stratégie de l'ICC qui consiste à maintenir les standards existants et à introduire des changements uniquement dans la mesure nécessaire pour les adapter à l'évolution du contexte commercial.

C'est la raison pour laquelle le contenu de la clause de Force Majeure de 2003 a été maintenu bien que simplifiant la formulation et introduisant des commentaires explicatifs dans le texte de la clause type, afin de le rendre aussi facile à utiliser que possible. Aussi, la nouvelle « version courte », plus appropriée à être incluse en tant que telle dans le contrat, a été mise en conformité avec la « version longue ».

En ce qui concerne la clause d'imprévision (*hardship*) de 2020, la principale innovation consiste dans l'introduction, comme option possible, du droit de la partie invoquant l'imprévision (*hardship*) de demander l'adaptation du contrat tout en maintenant la traditionnelle option qui prévoit la

¹⁰ Bien sûr, ces dispositions sont valables seulement si les règles nationales applicables ne sont pas impératives, mais cela devrait être normalement le cas. Voir M. Fontaine, supra, note 6, p. 36 : « (...) les règles de droit ou la jurisprudence sont en principe non obligatoires » qui conclut que « (...) le message principal est d'encourager les négociateurs à vérifier le contenu des règles relatives au changement de circonstances au sein du droit applicable et de s'en écarter au cas où elles ne sont pas satisfaites ».

résiliation du contrat comme seule solution si les parties ne peuvent pas se mettre d'accord sur des conditions contractuelles alternatives.

Avec ces nouvelles clauses normatives, l'ICC a fait un pas de plus vers l'établissement de règles de droit souple pour la communauté internationale des affaires.

Fabio Bortolotti

Président du Groupe de Travail sur la révision des Clauses ICC de Force majeure et d'Imprévision (*Hardship*).

A PROPOS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE

La Chambre de commerce internationale (ICC) est la représentante institutionnelle de plus de 45 millions d'entreprises dans plus de 100 pays. Notre mission est de mettre les entreprises et le commerce au service de chacun, chaque jour, et partout dans le monde. Grâce à un savant dosage entre la défense des intérêts de nos membres et l'élaboration de règles et de bonnes pratiques, nous contribuons à promouvoir le commerce international, une conduite responsable des entreprises et une approche globale en matière de régulation, tout en fournissant les services de résolution des litiges les plus réputés. Les plus grandes entreprises du monde, de nombreuses PME, des organisations professionnelles et des chambres de commerce locales sont nos membres.