

cause antérieure au début de ladite période, la responsabilité de l'Entrepreneur, compte tenu de la clause 16.4 ("Limites de la responsabilité"), est déterminée comme suit :

" . . .

"b) L'Entrepreneur est responsable de tout dommage corporel ou matériel et des actions, poursuites, réclamations, frais, dépenses et débours y afférents, dans la mesure où ce dommage est dû à la négligence de l'Entrepreneur ou d'un sous-traitant ou à un dessin défectueux (autre qu'un dessin élaboré, fourni ou imposé par l'Employeur et pour lequel l'Entrepreneur a décliné toute responsabilité par écrit dans un délai raisonnable après la réception des instructions de l'Employeur) ou encore à des matériaux défectueux ou à une mauvaise exécution des travaux mais pas à d'autres causes."

52. La clause 22 des Conditions FIDIC-TGC énonce une règle plus générale :

"1) L'Entrepreneur doit, sauf stipulation contraire du Marché, indemniser le Maître de l'ouvrage de toutes pertes et réclamations découlant de préjudices corporels, et de dommages aux personnes, aux matériaux et aux biens de toutes sortes susceptibles de survenir en relation avec ou en conséquence de l'exécution et l'entretien des travaux, et l'indemniser également de toutes réclamations, instances et de tous dommages-intérêts, coûts, charges et frais de toute nature y afférents, à l'exception de toute réparation ou dommages-intérêts relatifs

"a) A l'utilisation ou à l'occupation permanentes du terrain pour les besoins de tout ou partie des travaux;

"b) Au droit pour le Maître de l'ouvrage d'exécuter tout ou partie des travaux sur, au-dessus, en dessous, dans ou à travers tout terrain;

"c) Aux préjudices corporels ou aux dommages aux personnes ou aux biens qui résultent inévitablement de l'exécution ou de l'entretien des travaux conformément au Marché,

"d) Aux préjudices corporels ou aux dommages aux personnes ou aux biens résultant de tout acte ou négligence du Maître de l'ouvrage, de ses représentants, employés ou d'autres entrepreneurs qui ne sont pas employés par l'Entrepreneur; à des réclamations, instances, dommages-intérêts, coûts, charges et frais y afférents; et si l'Entrepreneur, ses employés ou représentants ont contribué aux préjudices ou aux dommages, à une partie juste et équitable de la réparation en fonction de l'étendue de la responsabilité du Maître de l'ouvrage, de ses employés ou représentants ou des autres entrepreneurs pour le dommage ou le préjudice."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5*]

XIII. EXONÉRATION

A. Introduction

1. La plupart des régimes juridiques, sinon tous, tiennent compte des circonstances imprévues ou inévitables qui empêchent, entravent ou retardent l'exécution d'un contrat. La nature et la définition des événements qui influent ainsi sur l'exécution d'un contrat diffèrent plus ou moins d'un régime juridique à l'autre. Les deux principales notions que l'on a dégagées pour répondre à ce genre de situation sont la *force majeure* et l'impossibilité d'exécution, la teneur de la première pouvant d'ailleurs varier selon le régime juridique.

2. Souvent, les parties insèrent dans le contrat des clauses de "force majeure" ou d'"impossibilité d'exécution" afin d'élargir ou de restreindre ces deux notions. Il arrive aussi que les parties fassent figurer dans des clauses de "force majeure" ou d'"impossibilité d'exécution" tenant compte de la nature de l'accomplissement du contrat considéré.

3. Dans la présente étude, le terme "exonération" est employé dans le cas où certaines circonstances dégagent les parties de leur responsabilité. Bien que lesdites circonstances puissent participer à la fois des notions de *force majeure* et d'impossibilité d'exécution, le terme "exonération" est retenu afin d'éviter toute confusion, car il se peut que certains des événements considérés ne relèvent d'aucune des deux notions telles qu'elles sont comprises dans les différents régimes juridiques. Cela dit, les termes "force majeure", "impossibilité d'exécution" et autres seront conservés lorsqu'il s'agira de clauses tirées de textes où ces termes sont employés.

4. La clause d'exonération est l'une des dispositions les plus importantes d'un contrat de travaux; elle concerne essentiellement la répartition des risques dans le cas où les circonstances changeraient. Cette clause est capable d'empêcher qu'un contrat ne soit automatiquement résilié, conséquence qui pourrait être trop radicale et peu conforme aux intérêts mutuels des parties. Sur le plan régional, des tentatives ont été faites, par la CEE notamment, pour rédiger des clauses de sauvegarde, destinées à figurer dans les contrats de fourniture et de montage de matériels d'équipement. La CEE a élaboré des Conditions générales applicables dans le cadre de divers régimes juridiques. Sur le plan mondial, les dispositions de la Convention sur les contrats de vente relative à l'exonération sont un bon exemple de réussite dans l'harmonisation de ce domaine du droit en ce qui concerne la vente de marchandises. Les parties aux contrats de travaux ont

* 17 mars 1981.

aussi cherché à adapter les notions de *force majeure* et d'impossibilité d'exécution, afin de préciser les genres d'événements imprévus qui entraîneraient la suspension ou la résiliation de leurs obligations, ainsi que les conséquences de cette suspension ou résiliation.

B. Causes d'exonération

1. Les clauses de "force majeure" dans les contrats

5. L'examen de divers contrats de travaux révèle plusieurs façons de traiter la question :

a) Mention est faite du droit en vigueur en matière de contrat, sans chercher à en élargir ou en restreindre le champ d'application. Par exemple, une disposition rappelle les "articles 513 et 514 du Code civil".

b) Les clauses de "force majeure" sont énoncées de façon générale par les parties, sans toutefois préciser les causes d'exonération. A titre d'exemple, voici le texte d'une de ces clauses : "Aucune partie au présent contrat ne sera tenue responsable d'une omission ou d'un retard dans l'accomplissement de toute obligation découlant du présent contrat (à l'exception du versement de toute somme due en vertu du présent contrat) imputable à des *causes raisonnablement indépendantes de sa volonté*." Cette clause figure dans un des contrats qui doit être exécuté à la Trinité-et-Tobago. Elle doit être interprétée dans le cadre du droit en vigueur en matière contractuelle;

c) Certaines clauses de "force majeure" comportent une énumération plus ou moins détaillée des causes d'exonération. La plupart, néanmoins, ne font que donner des exemples de leur champ d'application, laissant au juge ou à l'arbitre le soin de décider. D'autres clauses comportent une énumération plus complète, quoique non exhaustive, et se terminent par une disposition de caractère général disant en substance, par exemple : ". . . sans préjudice de tous autres cas possibles, et de toutes autres circonstances ou événements échappant au contrôle raisonnable des vendeurs."

6. On a relevé les critères ci-après, dans diverses combinaisons, définissant la "force majeure" ou autres clauses similaires :

- Circonstances inattendues;
- Événement prévu mais inévitable;
- Événement imprévu;
- Cause indépendante de la volonté des parties;
- Empêchement de l'exécution des obligations;
- Impossibilité de prévenir l'événement bien qu'ayant fait preuve d'un soin raisonnable et de diligence;
- Événement survenu après la conclusion du contrat;
- Événement non imputable à la faute d'une partie.

7. On a également relevé dans les clauses de "force majeure" les causes d'exonération suivantes, les termes

ayant un sens plus ou moins large et plus ou moins précis :

Catastrophes naturelles (par exemple : foudre, séismes, tempêtes, inondations);

Obstacles politiques (par exemple : action de l'ennemi, révolutions, émeutes, sabotage, embargos, retrait de licences);

Obstacles économiques (par exemple : retrait de licences, embargos, conflits du travail, grèves, lock-out et autres perturbations, pénurie de main-d'oeuvre, actes concertés des travailleurs);

Obstacles juridiques (par exemple : actes du gouvernement);

Perturbations des transports (par exemple : navire retardé, naufrage);

Autres obstacles (par exemple : explosions, pannes de machines, accidents, vol).

2. Conditions générales 188A et 574A de la CEE

8. La clause 25.1 des Conditions générales 188A de la CEE se lit comme suit :

"Sont considérés comme cause d'exonération s'ils interviennent après la conclusion du contrat et en empêchent l'exécution : les conflits du travail et toutes autres circonstances telles que incendies, mobilisation, réquisition, embargo, interdiction de transfert de devises, insurrection, manque de moyens de transport, manque général d'approvisionnement, restrictions d'emploi d'énergie, lorsque ces autres circonstances sont indépendantes de la volonté des parties."

9. La clause 25.1 des Conditions générales 574A de la CEE se lit comme suit :

"Toutes circonstances indépendantes de la volonté des parties intervenant après la conclusion du contrat et en empêchant l'exécution dans des conditions normales sont considérées comme causes d'exonération. Sont indépendantes de la volonté des parties au sens de cette clause les circonstances qui ne résultent pas d'une faute de la partie qui les invoque."

10. La différence entre CEE 188A et CEE 574A est que le premier texte spécifie certaines causes d'exonération dans les limites de son champ d'application. Cette énumération n'est d'ailleurs pas exhaustive, mais seulement indicative du genre de causes envisagé.

11. En vertu de ces deux textes, les événements doivent se produire après la conclusion du contrat et être indépendants de la volonté des parties. Il doit exister un lien entre les événements survenus et l'exécution du contrat. CEE 188A parle de circonstances qui "empêchent l'exécution" du contrat, tandis que CEE 574A précise que les circonstances doivent en empêcher "l'exécution dans des conditions normales". L'expression "dans des conditions normales", qui se rapporte à "l'exécution"

du contrat, a été jugée suffisante pour exclure les grèves et autres conflits du travail qui peuvent empêcher l'exécution, mais peuvent aussi ne pas être des "conditions normales", ce qui dépend naturellement de la nature de la grève ou autre conflit du travail.

3. Conditions FIDIC-TGC

12. Un contrat de travaux implique nécessairement des travaux de génie civil. Les Conditions FIDIC-TGC contiennent la disposition suivante intitulée "Impossibilité d'exécution".

Clause 66 : "Si une guerre ou toute autre circonstance en dehors du contrôle des deux parties survient après la conclusion du Marché de telle sorte que l'une ou l'autre des parties est empêchée d'accomplir ses obligations ou si, en vertu du droit applicable au Marché, les parties sont relevées de l'obligation de l'exécuter, la somme payable par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur pour le travail exécuté est celle qui aurait été payable en application de l'article 65 des présentes si le Marché avait pris fin en application de cet article 65."

13. Le texte ci-dessus prévoit deux sortes d'"impossibilité d'exécution", à savoir : premièrement, lorsqu'une "circonstance en dehors du contrôle des deux parties" (la "guerre" est l'exemple cité) empêche l'accomplissement des obligations contractuelles; deuxièmement, lorsque le droit applicable au Marché relève les parties de l'obligation d'exécuter ce dernier.

14. En outre, la clause 65 (5) des Conditions FIDIC-TGC énumère des "risques spéciaux" qui peuvent avoir pour conséquence une "impossibilité d'exécution" au sens de la clause 66 :

"Les risques spéciaux sont la guerre, les hostilités (que la guerre soit déclarée ou non), l'invasion, l'action d'ennemis étrangers, le risque nucléaire et des ondes de pression décrits à l'alinéa 2 de l'article 20 des présentes, ou, pour autant que cela se rapporte au pays dans lequel les travaux sont ou doivent être exécutés ou entretenus, la rébellion, la révolution, l'insurrection, le pouvoir militaire ou usurpé, la guerre civile, ou (sauf le cas où ces événements impliquent seulement les employés de l'Entrepreneur ou de ses sous-traitants et découlent de la conduite des travaux), l'émeute, les troubles ou le désordre."

4. Conditions FIDIC-TEM

15. Les contrats de travaux impliquent nécessairement la mise en place de certains matériels électriques et mécaniques. Les Conditions FIDIC-TEM prévoient la clause suivante relative à l'"impossibilité d'exécution" :

Clause 48 : "Si une guerre ou toute autre circonstance en dehors du contrôle des deux parties survient après la conclusion du Marché de telle sorte qu'en ver-

tu du droit applicable audit Marché les parties sont relevées de l'obligation de l'exécuter, la somme payable par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur pour le travail exécuté est celle qui aurait été payable en application de l'article 46 des présentes si le Marché avait pris fin en application de cet article 46."

16. Cette clause est analogue à celle qui figure dans les Conditions FIDIC-TGC (voir le paragraphe 12 ci-dessus), mais l'"impossibilité d'exécution" est déterminée uniquement par le droit applicable au contrat.

17. La clause 47.5 des Conditions FIDIC-TEM énumère des "risques spéciaux" analogues, mais non identiques, à ceux que spécifient les Conditions FIDIC-TGC (voir le paragraphe 14 ci-dessus); cette clause se lit comme suit :

"Les risques spéciaux sont le risque nucléaire et des ondes de pression décrits sous 15.1, b, iii et iv ou, pour autant que cela se rapporte au pays dans lequel les matériels doivent être installés, la guerre, les hostilités (que la guerre soit déclarée ou non), l'invasion, l'action d'ennemis étrangers, la rébellion, la révolution, l'insurrection, le pouvoir militaire ou usurpé, la guerre civile, ou (sauf le cas où ces événements impliquent seulement les employés de l'Entrepreneur ou de ses sous-traitants et découlent de la conduite des travaux), l'émeute, les troubles ou le désordre."

A l'exception du risque nucléaire et des ondes de pression, tous les risques énumérés dans la clause ci-dessus doivent se rapporter au pays dans lequel les travaux sont exécutés. Ces risques sont essentiellement la guerre, les hostilités (que la guerre soit déclarée ou non) et l'invasion. Dans les conditions FIDIC-TGC, il n'est pas nécessaire, en revanche, que les risques dus à la guerre, aux hostilités et à l'invasion se rapportent au pays dans lequel les travaux sont exécutés.

5. Modèles de contrats de l'ONUDI (CR, CMF et SCM)

18. Les trois modèles proposés par l'ONUDI traitent de façon identique le problème de la définition de la "force majeure". Pour simplifier, on se reportera à la clause 34.1 du modèle ONUDI-CR, laquelle se lit comme suit :

"Au sens du présent Contrat, on entend par force majeure tout événement échappant au contrôle raisonnable de l'ENTREPRENEUR ou de l'ACHETEUR (suivant le cas) qui empêche ou retarde l'exécution du Contrat par le débiteur et que la partie lésée ne peut contrôler malgré tous les efforts raisonnables qu'elle peut faire pour surmonter le retard, l'empêchement ou la cause."

Dans le texte vient ensuite l'énumération des événements définissant la "force majeure" :

“Faits de guerre ou hostilités;

“Émeutes ou troubles civils;

“Séismes, inondations, tempêtes, foudre, conditions atmosphériques inhabituelles ou autres catastrophes naturelles. Impossibilité d'utiliser les installations ferroviaires, portuaires, aéroportuaires, maritimes ou autres (survenant simultanément . . .);

“Accidents, incendies ou explosions;

“Grèves, lock-out, actes concertés de travailleurs (qu'il n'est pas du pouvoir de la partie concernée par la force majeure de contrôler);

“Pénurie ou indisponibilité de matières premières (aggravées par une pénurie ou une indisponibilité analogue de matières d'autre provenance) indépendantes de la volonté de l'ENTREPRENEUR.”

6. Convention sur les contrats de vente

19. La plupart des contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels se situeront probablement en dehors du champ d'application de cette Convention. Quoi qu'il en soit, il est pertinent de tenir compte de l'esprit de la disposition de la Convention concernant l'"exonération" lorsqu'on étudie la clause d'exonération d'un contrat de travaux. Voici le texte du paragraphe 1 de l'article 79 de ladite Convention :

“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.”

20. Les conditions dans lesquelles, en vertu de ce texte, une partie n'est pas tenue responsable de l'inexécution de ses obligations sont donc analogues à celles que prévoient certaines clauses de "force majeure" des contrats de travaux.

21. La Convention prévoit aussi des cas d'exonération lorsqu'un tiers que le vendeur a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat ne s'est pas acquitté de ses obligations. Le paragraphe 2 de l'article 79 a pour objet de ne consentir l'exonération qu'au sous-traitant et non au vendeur. En voici le texte :

“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.”

7. Clause de "force majeure" de la CCI

22. La CCI a rédigé une clause de "force majeure" pour inclusion dans des contrats à exécution par tranches ou différée, en particulier dans le cadre de la pratique internationale. Dans son rapport sur les clauses de force majeure et d'imprévision dans la pratique internationale, la CCI a précisé qu'il fallait adapter ces clauses à la situation économique fondamentale qu'elles sont appelées à régir (documents 460/233, 460/247 et 460/262).

23. Parmi les types de contrats que la CCI a étudiés pour élaborer sa clause de "force majeure" figuraient les contrats relatifs à l'installation de grands complexes industriels, miniers, agricoles ou de construction, notamment les contrats dits "clefs en main".

24. La clause de "force majeure" ci-après a été proposée (révision de 1980) :

“Clause d'exonération de responsabilité

“1. Événements constitutifs de cause d'exonération

“1) Événement de force majeure

“Constitue une cause d'exonération de la responsabilité d'une partie tout cas de force majeure, c'est-à-dire tout événement imprévu qui se trouve en dehors du contrôle de cette partie, en ce sens qu'elle ne pouvait empêcher sa survenance ou prévenir ses effets et qui l'empêche 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.

“2) Autres causes d'exonération

“Constituent une cause d'exonération de la responsabilité d'une partie les événements suivants lorsqu'ils sont de nature à empêcher temporairement ou définitivement une partie d'accomplir ses obligations en tout ou en partie :

“a) La guerre, la guerre civile, déclarée ou non déclarée, les émeutes et révolutions, les actes de piraterie, le boycottage;

“b) Les sabotages, les réquisitions, les confiscations, les nationalisations, les embargos et les expropriations;

“c) Les tempêtes violentes, les cyclones, les tremblements de terre, les raz de marée, la destruction par la foudre et autres cataclysmes naturels;

“d) Les explosions, incendies, destructions de machines, d'usines, d'installations quelconques dès lors que ces événements ne sont pas imputables à la faute de la partie qui s'en prévaut;

“e) Les grèves et lock-out sous quelque forme que ce soit, y compris les grèves du zèle, les occupations d'usines et de locaux, les grèves qui ne se traduisent pas par une interruption du travail, les arrêts de travail se

produisant dans les entreprises d'une partie, que les procédures préalables ou de conciliation éventuellement prévues par la loi aient été ou non suivies et sans qu'il y ait lieu d'avoir égard aux causes de ces événements;

“f) Les actes de l'autorité, qu'ils soient licites ou illicites, arbitraires ou non, en dehors de ceux dont une partie assume le risque en vertu d'autres clauses du présent contrat;

“g) La suppression ou l'interruption pour quelque motif que ce soit non imputable à la faute d'une partie, des approvisionnements normaux, soit en matières premières, soit en matériel, en énergie ou autres biens nécessaires à l'exécution des obligations, ou leur réduction sensible, pour autant, dans ce dernier cas, que la partie ait procédé à une allocation raisonnable des ses approvisionnements entre ses différents cocontractants et pour autant, dans tous les cas, que la partie ait démontré avoir pris toutes les mesures raisonnablement requises d'elle pour suppléer à ces circonstances;

“h) La défaillance de fournisseurs ou de sous-traitants par suite d'événements les frappant constitutifs de cause d'exonération en ce qui les concerne, au sens du présent contrat, pour autant que la partie ait démontré avoir pris toutes mesures raisonnablement requises d'elle pour suppléer à ces défaillances;

“i) L'impossibilité pour la partie d'écouler les produits fabriqués — transportés — fournis — en vertu du contrat, par suite de circonstances quelconques qui ne lui sont pas imputables;

“j) L'impossibilité de se procurer des moyens de transport adéquats en raison de l'état des marchés, tout événement constitutif de cause d'exonération au sens du présent contrat affectant le transport, les installations portuaires, maritimes ou aériennes, ou le transport terrestre, ainsi que les entreprises de transport dont le concours est requis pour l'exécution du contrat, pour autant que la partie ait démontré avoir pris toutes mesures raisonnablement requises d'elle pour suppléer à ces défaillances;

“k) (Compléter éventuellement par d'autres circonstances compte tenu des particularités du contrat.)

“Les parties précisent que ne seront en aucun cas considérés comme des causes d'exonération les événements ci-après :

“a) Le refus d'autorisations, de licences, de visas d'entrée ou de séjour ou d'approbations nécessaires, à délivrer par une autorité publique quelconque, pour permettre l'exécution du présent contrat;

“b) . . . (Éventuellement ajouter ici d'autres événements dont le risque est pris en charge par une partie.)”

25. La clause de la CCI n'est pas prévue comme par-

tie intégrante d'un ensemble de conditions générales applicables à un type particulier de contrat. Elle est proposée avec la réserve qu'il conviendrait de l'adapter selon le contrat considéré et selon le droit national applicable à ce contrat.

C. Notification

1. Obligation de notifier

26. La partie qui invoque une cause d'exonération est généralement tenue d'informer l'autre partie de l'événement qui l'a empêchée de s'acquitter de l'une de ses obligations contractuelles. Les moyens de notification ne semblent pas différer essentiellement d'un type de contrat à l'autre, qu'il s'agisse d'un contrat de travaux ou d'un contrat de vente, les principaux modes de notification rencontrés dans les dispositions contractuelles, les conditions générales, les modèles de contrats de l'ONUDI et la Convention sur les contrats de vente sont les suivants :

Notification par écrit;

Par n'importe quel moyen;

Par écrit par courrier aérien;

Par télégramme ou télex lorsqu'on dispose des ces moyens et sous réserve de confirmation par courrier aérien recommandé;

Par avertissement.

27. Dans la notification, la cause de “force majeure” peut être certifiée comme suit :

Par un office public du pays où l'événement est survenu et a eu des conséquences, par exemple un notaire, l'administration locale ou fédérale, selon le cas;

Par un consulat;

Par la chambre de commerce;

Lorsque l'événement invoqué comme “force majeure” se produit hors du pays du fournisseur, il peut être certifié par la chambre de commerce locale et confirmé par l'ambassade du pays du fournisseur dans le pays considéré.

28. Les délais dans lesquels la notification doit être faite sont variables. On trouve les stipulations suivantes :

Immédiatement;

Sans retard;

Dans un délai spécifié.

29. Même en l'absence d'une disposition spéciale concernant la notification, une partie devrait de toute manière informer l'autre partie d'un événement qu'elle pourrait ultérieurement invoquer comme cause d'exonération.

30. La clause 25.2 des Conditions générales 188A et 574A de la CEE prévoit ce qui suit :

“La partie qui invoque les circonstances visées ci-

dessus doit avertir sans tarder l'autre partie de leur intervention aussi bien que de leur cessation."

31. Les divers projets de modèles de l'ONUDI — CR, CMF et SCM — prévoient que la partie en cause doit aviser par écrit l'autre partie dans les dix (10) jours suivant la survenance de l'événement constitutif de la "force majeure". Cette notification doit préciser les détails de l'événement et fournir la preuve nécessaire que l'accomplissement d'une obligation contractuelle est de la sorte empêché ou retardé et que cet empêchement, cette interruption ou ce retard risque de se prolonger pendant un certain temps (article 34.2 des trois modèles).

32. La clause de force majeure de la CCI contient la disposition suivante :

"Toute partie qui invoque une cause d'exonération a l'obligation d'en aviser l'autre partie dans un délai de — jours à dater du moment où elle a connaissance de l'événement, en décrivant celui-ci avec précision et en communiquant toutes les informations y relatives, dès qu'elles seront disponibles, de manière à permettre d'apprécier l'événement invoqué et son incidence sur l'exécution des obligations contractuelles. La fin de l'événement constitutif de la cause d'exonération sera également communiquée dans le même délai par la partie qui s'en prévaut."

2. Omission de notifier

33. Dans certains régimes juridiques, l'omission de notifier prive la personne en cause de la faculté d'invoquer la "force majeure". Dans d'autres régimes, tels la plupart des régimes de droit coutumier (*common law*), l'impossibilité d'exécution n'est pas assujettie à la notification.

34. Lorsque les parties prévoient expressément la notification dans la clause de "force majeure", les conséquences de l'omission de notifier sont souvent spécifiées.

35. Dans les Conditions générales 188A et 574A de la CEE, il est expressément prévu que la partie qui souhaite se prévaloir de l'exonération doit en aviser l'autre partie.

36. Tous les modèles de contrats de l'ONUDI — CR, CMF et SCM — spécifient que la clause de "force majeure" ne peut être invoquée que si notification en est donnée à l'autre partie (article 34.2 des trois modèles).

37. L'article 79 (4) de la Convention sur les contrats de vente prévoit que si la notification de l'empêchement ne parvient pas à destination dans un délai raisonnable, la partie qui n'a pas exécuté est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception et l'autre partie a la faculté, en vertu de la Convention, d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts.

38. La clause de la CCI prévoit que :

"A défaut d'avoir procédé à ces communications, la

partie sera forclosé du droit d'invoquer l'événement comme constitutif de cause d'exonération."

D. Conséquences de l'exonération

1. Effets envisagés par les parties dans les stipulations contractuelles

39. Selon les contrats et la précision de leur champ d'application, les clauses de "force majeure" énoncent les effets suivants :

Les obligations de la partie en défaut sont suspendues pour la durée de l'événement;

Le retard causé par la force majeure aura automatiquement pour effet de prolonger d'autant le délai d'exécution;

La partie en défaut est tenue de prendre des mesures raisonnables pour remédier à la situation dès que les circonstances le permettent afin d'assurer de nouveau la pleine exécution de ses obligations;

Les parties amendent le contrat;

Les parties ont le droit de résilier le contrat avec préavis;

Après un certain temps, les parties peuvent résilier le contrat, les effets de la résiliation étant régis par le droit applicable.

2. Conditions générales 188A et 574A de la CEE

40. Ces deux textes prévoient que si, par suite des circonstances, l'exécution du contrat dans un délai raisonnable devient impossible, chacune des parties a le droit de se dégager du contrat par simple notification écrite sans devoir demander la résiliation à un tribunal (clause 25.3 des Conditions générales 188A et 574A de la CEE. Pour plus de détails sur les effets de la résiliation, voir Deuxième partie, XVII, *Résiliation**).

3. Conditions FIDIC-TGC

41. La clause 65 énonce en détail les conséquences des "risques spéciaux" :

"Nonobstant toute autre stipulation du Marché :

"1) L'Entrepreneur n'encourt aucune responsabilité de quelque nature que ce soit, et il ne pourra lui être demandé aucune indemnité ou autre dédommagement, en cas de destruction des travaux ou d'un dommage causé aux travaux sauf s'il s'agit d'un travail rejeté au titre de l'article 39 des présentes avant la survenance d'un risque spécial mentionné ci-après, ou en cas de destruction ou de dommage aux biens du Maître de l'ouvrage ou de tiers, ou en cas de dommages corporels ou de décès si ces faits sont la conséquence d'un risque

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproduit ci-dessous).

spécial tel que défini ci-après. Le Maître de l'ouvrage doit garantir et indemniser l'Entrepreneur de tous ces risques et de toutes les réclamations, procédures, dommages-intérêts, coûts, charges et dépenses de toute nature survenant à la suite de ou en rapport avec ces risques.

"2) Si les travaux ou les matériaux sur ou à proximité du ou en cours d'acheminement vers le chantier, ou si tout autre bien de l'Entrepreneur utilisé ou destiné à être utilisé pour les besoins des chantiers sont détruits ou endommagés en raison de l'un de ces risques spéciaux, l'Entrepreneur a droit au paiement pour :

"a) Tout travail définitif et tout matériau ainsi détruit ou endommagé, et, pour autant que l'Ingénieur l'exige ou que cela soit nécessaire pour l'achèvement des travaux, sur la base du coût plus une marge bénéficiaire que l'Ingénieur certifie comme raisonnable;

"b) Remplacer ou remettre en état les travaux ainsi détruits ou endommagés;

"c) Remplacer ou remettre en état les matériaux ou les autres biens de l'Entrepreneur utilisés ou destinés à être utilisés pour les besoins des travaux.

" . . .

"4) Le Maître de l'ouvrage doit rembourser à l'Entrepreneur toute augmentation du coût de l'exécution des travaux ou en rapport avec cette exécution (à l'exception du coût afférent à la réfection d'un travail rejeté avant la survenance d'un risque spécial au titre de l'article 39 des présentes), dans la mesure où cette augmentation est attribuable de quelque manière que ce soit à ces risques spéciaux, ou en est la conséquence ou le résultat, ou se trouve en relation avec ces risques spéciaux sous réserve toutefois des stipulations suivantes du présent article relatives à la survenance de la guerre; l'Entrepreneur doit, dès que cette augmentation du coût est parvenue à sa connaissance, la notifier à l'Ingénieur par écrit.

" . . .

"6) Si pendant l'exécution du marché la guerre éclate, qu'elle soit déclarée ou non, dans une partie quelconque du monde et que cela affecte, financièrement ou autrement, de façon non négligeable l'exécution des travaux, l'Entrepreneur doit, à moins que le marché n'ait pris fin en vertu des stipulations du présent article, continuer tous ses efforts pour achever l'exécution des travaux. Il est toutefois entendu que le Maître de l'ouvrage a le droit, à tout moment après le déclenchement de la guerre, de mettre fin au Marché . . ."

42. Les conséquences de l'"impossibilité d'exécution" sont décrites dans la clause 66 :

"Si une guerre ou toute autre circonstance en dehors du contrôle des deux parties survient après la conclu-

sion du marché de telle sorte que l'une ou l'autre des parties est empêchée d'accomplir ses obligations contractuelles ou si, en vertu du droit applicable au marché, les parties sont relevées de l'obligation de l'exécuter, la somme payable par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur pour le travail exécuté est celle qui aurait été payable en application de l'article 65 des présentes si le marché avait pris fin en application de cet article 65."

4. Conditions FIDIC-TEM

43. Dans ce texte (clause 47), les conséquences des "risques spéciaux" sont analogues à celles qu'énoncent les Conditions FIDIC-TGC:

"47.1 : Nonobstant toute autre stipulation du Marché, l'Entrepreneur n'encourt aucune responsabilité de quelque nature que ce soit et il ne pourra lui être demandé aucune indemnité ou autre dédommagement, en cas de destruction des travaux ou de dommage causé aux travaux sauf s'il s'agit d'un travail rejeté au titre de l'article 28 des présentes avant la survenance d'un risque spécial mentionné ci-après, ou en cas de destruction ou de dommage aux biens du Maître de l'ouvrage ou de tiers, ou en cas de dommages corporels ou de décès si ces faits sont la conséquence d'un risque spécial tel que défini ci-après.

"47.2 : Si les travaux ou les matériels sur ou à proximité du chantier ou en cours d'acheminement vers le chantier, ou si tout autre bien de l'Entrepreneur utilisé ou destiné à être utilisé pour les besoins des travaux sont détruits ou endommagés en raison de l'un des ces risques spéciaux, l'Entrepreneur a droit au paiement pour :

"a) Toute partie du travail ou des matériels ainsi détruite ou endommagée et, pour autant que l'Ingénieur l'exige ou que cela soit nécessaire pour l'achèvement des travaux, sur la base du coût plus une marge bénéficiaire que l'Ingénieur certifie comme raisonnable;

"b) Remplacer ou remettre en état les travaux ainsi détruits ou endommagés;

"c) Remplacer ou remettre en état les matériels ou les autres biens de l'Entrepreneur utilisés ou destinés à être utilisés pour les besoins des travaux.

"47.3 : La destruction, les avaries, les dommages corporels ou le décès causés par l'explosion ou l'impact, survenant à tout moment ou à tout endroit, d'une mine, d'une bombe, d'un obus, d'une grenade ou de tout autre projectile, missile ou explosif de guerre, sont réputés être une conséquence des ces risques spéciaux.

"47.4 : Le Maître de l'ouvrage doit rembourser à l'Entrepreneur toute augmentation du coût de l'exécution des travaux ou en rapport avec cette exécution (à

l'exception du coût afférent à la réfection d'un travail rejeté avant la survenance d'un risque spécial au titre de l'article 28 des présentes), dans la mesure où cette augmentation est attribuable de quelque manière que ce soit à ces risques spéciaux, ou en est la conséquence ou le résultat, ou se trouve de quelque manière que ce soit en relation avec ces risques spéciaux sous réserve toutefois des stipulations des présentes relatives à la survenance de la guerre; l'Entrepreneur doit, dès que cette augmentation du coût est parvenue à sa connaissance, la notifier à l'Ingénieur par écrit."

44. Dans ces mêmes Conditions FIDIC-TEM, les conséquences de l'"impossibilité d'exécution" sont énoncées en détail :

Clause 46 : "Si pendant l'exécution du marché la guerre éclate, qu'elle soit déclarée ou non, dans une partie quelconque du monde et que cela affecte, financièrement ou autrement, de façon non négligeable l'exécution des travaux, l'Entrepreneur doit, à moins que le marché n'ait pris fin en vertu des stipulations du présent article, continuer tous ses efforts pour achever l'exécution des travaux. Il est toutefois entendu que tant le Maître de l'ouvrage que l'Entrepreneur ont le droit, à tout moment après le déclenchement de la guerre, de *mettre fin au Marché . . .*" (Voir également la clause 46.2 dans la Deuxième partie, XVII, *Résiliation*.*)

45. Ce texte prévoit également la possibilité que les parties soient relevées de l'obligation d'exécuter le contrat en vertu du droit qui lui est applicable :

Clause 48 : "Si une guerre ou toute autre circonstance en dehors du contrôle des deux parties survient après la conclusion du marché de telle sorte qu'en vertu du droit applicable à ce marché les parties sont relevées de l'obligation de l'exécuter, la somme payable par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur pour le travail exécuté est celle qui aurait été payable en application de l'article 46 des présentes si le marché avait pris fin en application dudit article."

5. *Modèles de contrats de l'ONUDI (CM, CMF et SCM)*

46. Les conséquences de la "force majeure" retenues dans les trois modèles sont à certains égards identiques. La partie en défaut est libérée de "l'accomplissement ou de l'accomplissement ponctuel (suivant le cas) de l'obligation considérée à compter de la date de la notification et ce pendant aussi longtemps que cela pourra se justifier" (clause 34.2 des trois modèles). Ces modèles contiennent aussi une clause de renégociation. (Voir ci-dessous, *Renégociation*, paragraphe 60. Pour les effets de la résiliation, voir la Deuxième partie, XVII, *Résiliation*.*)

6. *Convention sur les contrats de vente*

47. Le paragraphe 1 de l'article 79 exonère la partie qui ne s'acquitte pas d'une obligation pour cause de "force majeure". Le paragraphe 5 prévoit que l'exonération aux termes de cet article n'interdit pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la Convention.

7. *Clause de "force majeure" de la CCI*

48. La clause énonce en détail les effets de la "force majeure" et prévoit la renégociation :

"La cause d'exonération aura pour effet de suspendre l'exécution de l'obligation devenue impossible ainsi que celle des obligations corrélatives (sans préjudice de l'application des clauses de révision prévues dans le présent contrat). Aucune partie ne sera redevable d'une indemnité de ce chef. Les délais contractuels influencés par l'événement constitutif de cause d'exonération seront prorogés d'une durée correspondant à celle des effets de cet événement.

"Pendant la période de suspension, les parties supporteront par moitié et de façon définitive la charge des dépenses nécessaires à la reprise, dans les meilleures conditions, de l'exécution des obligations contractuelles temporairement suspendues.

"La liquidation de ces dépenses interviendra soit lors de la cessation de la cause d'exonération soit lors du règlement de comptes intervenant en cas de résiliation du contrat, à l'expiration de la période de suspension."

[Pour la clause de renégociation, voir XIV ci-après, *Renégociation*, paragraphe 64.]

"Les parties conserveront le bénéfice des prestations faites antérieurement. Un règlement de comptes aura lieu entre elles. Chaque partie devra compte à l'autre des avantages qu'elle conservera ensuite du contrat partiellement exécuté sans que les montants dus de ce chef puissent dépasser le coût des services rendus, des prestations fournies et des fournitures de biens faites par l'autre partie. Il sera tenu compte des paiements déjà effectués par les parties en exécution du contrat résilié."

XIV. RENÉGOCIATION

A. *Observations générales*

49. De par sa nature, un contrat de travaux implique que son exécution durera nécessairement un certain temps. Divers facteurs, par exemple d'ordre économique, financier, commercial, juridique, politique et technique empêchent parfois d'exécuter le contrat de la manière initialement prévue. Il est possible, effectivement,

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproduit ci-dessous).

que les parties ne soient pas dès le début en mesure de prévoir toutes les circonstances capables d'influer par la suite sur l'exécution de leur contrat et sur l'équilibre de leurs relations contractuelles. Même s'il arrive que les parties ne puissent pas continuer de respecter à la lettre les stipulations du contrat, il se peut qu'il soit néanmoins mutuellement avantageux pour elles de ne pas résilier le contrat et de chercher, au contraire, à l'adapter aux nouvelles circonstances.

50. La procédure de renégociation est prévue à des fins pratiques et fonctionnelles et consiste à permettre aux parties intéressées de revoir le contrat pour l'adapter à la situation nouvelle, lorsque l'application même la plus libérale des notions de *rebus sic stantibus*, d'*imprévision* et de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ne donne plus la base conceptuelle nécessaire à la révision d'un contrat.

51. La renégociation est une innovation assez récente, tout au moins en ce qui concerne certains types de contrats, dont les contrats de travaux. Il apparaît cependant de plus en plus clairement que la renégociation n'est peut-être pas la solution de tous les problèmes que pose un changement de circonstances, mais qu'elle permet aux parties de s'entendre pour trouver le moyen de rééquilibrer leurs conventions contractuelles. Il est évident que, même en l'absence d'une telle clause, les parties ont toujours la possibilité de procéder à une révision de leur contrat, mais le fait de prévoir expressément la renégociation dans le texte donne l'assurance que les parties auront recours à une certaine procédure pour sauver le contrat.

52. Les Conditions générales 188A et 574A de la CEE, les Conditions FIDIC-TGC et FIDIC-TEM ne comportent pas de clause de renégociation. Les projets de contrats de l'ONUDI (CR, CMF et SCM) ne prévoient la renégociation qu'en cas de "force majeure".

53. Les libellés de la disposition à l'étude présentent des variations, notamment dans le cas des clauses d'imprévision. L'une des raisons en est que toutes les incidences d'un changement de situation qui ne vont pas jusqu'à la non-exécution du contrat en application d'une clause d'exonération (voir ci-dessus, XIII, *Exonération*) ne sont pas pleinement élucidées dans la plupart des régimes juridiques.

B. Renégociation en cas de "force majeure"

54. On a déjà vu que dans les modèles de contrats de l'ONUDI (CR, CMF et SCM) certaines clauses de "force majeure" prévoyaient la renégociation (voir ci-dessus, XIII, *Exonération*, paragraphe 46).

1. Stipulations contractuelles

55. Dans la documentation du Secrétariat, on a trouvé très peu de clauses de "force majeure" prévoyant la

renégociation ou la révision. Cela ne signifie pas que l'on ait rarement recours à la procédure de renégociation.

56. Un contrat de travaux conclu par une société d'Europe occidentale et une société du Moyen-Orient comporte une clause de "force majeure" dans laquelle est insérée une disposition relative à la renégociation; celle-ci permet aux parties de "se consulter" au sujet de "l'exécution du contrat dans l'avenir". C'est là l'exemple d'une clause de caractère très général.

57. Une autre clause de renégociation figure dans un contrat récemment conclu par une société d'Europe occidentale et une société africaine :

"Si une situation de 'force majeure' se prolonge sans interruption pendant — mois, les deux parties doivent se consulter sans tarder, rechercher le moyen de remédier à la situation d'un commun accord. Lors de l'étude des mesures à prendre, le Propriétaire et l'Entrepreneur doivent tenir pleinement et dûment compte des difficultés résultant de la situation considérée et s'efforcer sincèrement de leur trouver une solution équitable."

58. A titre d'exemple contrastant avec ces dispositions, on peut citer une clause plus précise qui accorde aux parties un certain délai pour se mettre d'accord sur une solution, à l'expiration duquel l'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat :

"Si ledit délai . . . dépasse 90 jours, les parties se consultent immédiatement en vue de se mettre d'accord sur les conditions auxquelles le vendeur assumera de nouveau ses obligations à l'expiration du délai. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur la manière de résoudre le problème considéré, y compris la révision du prix, dans les 150 jours qui suivent la date à partir de laquelle court ledit délai, l'une ou l'autre partie peut alors, moyennant notification par écrit, annuler la partie de la commande dont l'exécution est retardée, auquel cas l'acheteur doit dédommager le vendeur par un versement d'un montant raisonnable et convenable."

59. Certaines clauses de renégociation prévoient expressément les conséquences de la rupture de la renégociation. D'autres sont muettes à cet égard. En pareil cas, les dispositions initiales du contrat demeurent applicables.

2. Modèles de contrats de l'ONUDI (CR, CMF et SCM)

60. Le libellé de la disposition relative à la renégociation dans la clause de "force majeure" du modèle ONUDI-CR diffère légèrement de celui qui figure dans le modèle ONUDI-CMF. Dans ce dernier et dans le modèle ONUDI-SCM, le libellé est identique. La clause du modèle ONUDI-CR est la suivante :

“Article 34 : Force majeure

“34.3 : L'ACHETEUR ou l'ENTREPRENEUR (suivant le cas) s'efforcera avec diligence d'empêcher ou d'éliminer la cause constitutive de la force majeure. Dès réception de la notification de force majeure visée à l'article 34.2, les parties conféreront sans tarder afin de se mettre d'accord sur les moyens d'éliminer ou d'atténuer ladite cause ou afin de rechercher d'autres méthodes pour atteindre les objectifs du Contrat.

“34.4 : Si, en vertu de l'article 34.2, l'une ou l'autre des parties est exonérée de l'accomplissement ou de l'accomplissement ponctuel d'une quelconque obligation pendant une période ininterrompue de six (6) mois, les parties se consulteront afin de convenir des mesures à prendre en l'occurrence et des amendements qu'il y aurait lieu d'apporter au présent Contrat.

“34.5 : Si, en vertu de l'article 34.2, l'une ou l'autre des parties est exonérée de l'accomplissement ou de l'accomplissement ponctuel d'une quelconque obligation pendant une période ininterrompue de neuf (9) mois du chef d'une ou de plusieurs causes et si les consultations visées à l'article 34.4 n'ont pas abouti à un accord (ou n'ont pas eu lieu du fait que les parties n'ont pas pu se mettre en rapport l'une avec l'autre), les parties se mettront d'accord pour modifier les termes du présent Contrat du fait des événements constitutifs de la force majeure et détermineront les dispositions à prendre par la suite. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord pour modifier les termes du présent Contrat pour cause de force majeure, le Contrat sera réputé être résilié conformément à l'article 33 . . .” (Voir la Deuxième partie, XVII, *Résiliation**.)

61. La contre-proposition concernant le modèle ONUDI-CR vise à modifier ce dernier en ramenant à six mois la période pendant laquelle les parties doivent étudier la possibilité de poursuivre l'exécution du contrat dans la situation constitutive de la “force majeure”. S'il en est autrement, les parties ont le droit de mettre fin au contrat :

“Article 34 : Force majeure

“34.3 : Dès réception de la notification de force majeure visée à l'article 34.2, les parties conféreront sans tarder afin de se mettre d'accord sur les moyens d'éliminer ou d'atténuer ladite cause ou afin de rechercher d'autres méthodes pour atteindre les objectifs du Contrat, et l'une ou l'autre des parties signale à l'autre partie les conséquences qui en résultent sur le prix et la durée d'exécution du contrat.

“34.4 : Si les circonstances constitutives de la force majeure se prolongent pendant plus de (6) six mois, les

parties se réuniront pour étudier la possibilité de continuer l'exécution du contrat. Si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord, les parties auront le droit de mettre fin à tout ou partie du contrat; dans ce cas, l'ENTREPRENEUR sera dédommagé des conséquences de cette résiliation de la manière prévue à l'article 33.3.”

62. Comme il est dit plus haut, le libellé du modèle ONUDI-CR diffère légèrement du libellé des modèles ONUDI-CMF et ONUDI-SCM. Cela dit, il semble que la différence consiste réellement en ce que l'article 33 du modèle ONUDI-CR (qui traite de la résiliation dans des circonstances ordinaires) s'applique à la résiliation dans des circonstances de “force majeure” lorsque les parties ne se mettent pas d'accord sur la renégociation, tandis que les textes correspondant à l'article 33 dans les autres modèles ne s'appliquent pas dans le cas de ces derniers à la même situation. (Voir la Deuxième partie, XVII, *Résiliation*.)

63. Les dispositions relatives à la renégociation dans les clauses de “force majeure” à l'étude ne précisent pas expressément la situation du contrat pendant la renégociation, mais ces clauses contiennent d'autres dispositions qui dispensent la partie lésée par la “force majeure” de l'accomplissement ponctuel ou de l'accomplissement des obligations en cause.

3. *Clause de “force majeure” de la CCI*

64. La clause de “force majeure” de la CCI prévoit la renégociation du contrat :

“Si la cause d'exonération sortit ses effets pendant plus de _____ mois, le contrat sera résolu de plein droit à l'expiration de ce délai à moins que les parties, après s'être concertées, ne conviennent de modifier celui-ci pour l'adapter aux circonstances nées de la survenance de l'événement constitutif de cause d'exonération, avant l'expiration du délai.”

Dans cette clause, contrairement à ce que prévoient les modèles de l'ONUUDI, la renégociation n'est pas obligatoire. L'intervention d'un tiers n'est pas prévue, et seules les parties sont concernées par la révision du contrat.

C. *Renégociation dans les situations difficiles*1. *Stipulations contractuelles*

65. La renégociation du contrat pour tenir compte des changements fondamentaux de situation, notamment en matière économique et financière, est couramment prévue dans les clauses d'imprévision. Les clauses de ce genre à l'étude ont un champ d'application variable adapté à des situations précises (par exemple, limité à la seule révision du prix) ou à des situations générales.

66. Plusieurs études sur les clauses d'imprévision montrent que si chaque type de contrat peut exiger une

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproduit ci-dessous).

clause comportant des éléments que l'on ne trouve pas dans les clauses correspondantes d'autres contrats, tous les éléments relevés peuvent être retenus, *mutatis mutandis*, dans d'autres types de contrats, y compris, bien entendu, dans les contrats de travaux.

67. Dans une étude de ces clauses faite par le groupe d'étude des "contrats internationaux" (sous la présidence de M. Marcel Fontaine, directeur du Centre de Droit des Obligations, Université catholique de Louvain)¹, on peut lire que parmi les types de contrats qui comportent des clauses d'imprévision figurent ceux qui concernent les "grands travaux" et la "construction mécanique". Il est dit également que "c'est nettement dans les contrats de longue durée que l'on rencontre le plus fréquemment des clauses d'imprévision . . .".

68. Il faut préciser que la présente partie de l'étude se fonde principalement sur les clauses d'imprévision dont a pu disposer le groupe d'étude des "contrats internationaux" mentionné ci-dessus. Bien que certaines de ces clauses aient été relevées dans des contrats de "grands travaux" et de "construction mécanique", on n'a pas cherché à les considérer séparément aux fins de l'étude². Quoi qu'il en soit, celles de ces clauses qui ont été examinées peuvent fort bien s'appliquer à des contrats de travaux.

69. L'analyse d'un certain nombre de clauses d'imprévision permet de dégager les critères suivants. Ces critères ont un sens plus ou moins précis, selon le cas.

a) *Critères*

i) *Changement de circonstances*

Ce facteur a été énoncé comme suit :

a) ". . . Si à un moment quelconque de la période de validité des présentes, l'une ou l'autre partie notifie par écrit à l'autre partie, en invoquant des motifs raisonnables, . . . que par suite d'un changement de circonstances, notamment des variations des valeurs monétaires ou des actes ou règlements discriminatoires des pouvoirs publics . . ."

b) "Au cas où il surviendrait un changement fondamental dans les conditions qui ont présidé à la conclusion du présent Accord, et si, de ce fait et afin de respecter certaines dispositions, l'une ou l'autre partie se trouve injustement dans une situation difficile, les deux parties se concerteront en vue de modifier les termes et les conditions du présent Accord."

c) "Si l'une ou l'autre partie juge que le changement de circonstances appelle une révision du prix stipulé . . ."

d) ". . . s'il intervient un événement ou un changement de circonstances . . ."

e) ". . . au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques . . ."

Bien que certains des textes ci-dessus spécifient que le changement doit être "fondamental" ou "très notable", alors que ces termes n'apparaissent pas dans les autres, il semblerait, d'après les conséquences, qu'un changement de circonstances resterait sans effet, à moins qu'il n'ait des incidences graves sur les obligations contractées.

ii) *Imprévisibilité*

Les clauses ci-après soulignent l'élément d'imprévisibilité :

a) ". . . il est impossible de prévoir toutes les éventualités . . ."

b) ". . . des circonstances . . . en dehors des prévisions normales des parties . . ."

c) ". . . en cas de survenance d'événements économiques imprévisibles . . ."

d) ". . . des circonstances extraordinaires ou non prévues . . ."

iii) *Événement indépendant de la volonté*

Ce critère figure dans les clauses suivantes :

a) ". . . un événement ou un changement de circonstances indépendant de la volonté de ladite partie tandis que celle-ci agit raisonnablement et prudemment . . ."

b) ". . . toutes circonstances indépendantes de la volonté des parties . . ."

La distinction est faite entre le critère "imprévisibilité" et le critère "événement indépendant de la volonté". L'omission de cette distinction, que l'on constate dans certaines clauses, ou la substitution d'une notion à l'autre, limiterait la portée de la clause. D'autres clauses ne mentionnent aucun de ces deux critères, ce qui élargit considérablement leur champ d'application.

iv) *Difficultés économiques notables*

a) ". . . difficultés économiques notables . . ."

b) ". . . qui met ladite partie dans une situation telle que . . . toutes les dépenses annuelles . . . afférentes à ou en rapport avec (. . .) qui fait l'objet du présent Accord excèdent le produit annuel de la vente de (. . .) . . ."

c) ". . . si, par suite de circonstances . . . , l'éco-

¹ Voir (1976) 2 *Droit et pratique du commerce international*, 51.

² Le Secrétariat espère que la Commission lui procurera des contrats de travaux contenant des dispositions relatives à la renégociation. La documentation dont le Secrétariat dispose dans ce domaine est très réduite. Il importe aussi d'étudier ces clauses dans le contexte des autres dispositions du contrat. Or, dans certains cas, le Secrétariat n'a pu obtenir que des clauses isolées de leur contexte.

nomie des rapports contractuels venait à se trouver modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations . . ."

v) Gravité des événements

a) ". . . un dommage notable et disproportionné à l'une ou l'autre des parties . . ."

b) ". . . des difficultés injustifiées à l'une ou l'autre des parties . . ."

c) ". . . une injustice ou un préjudice notable et disproportionné aux intérêts de l'une ou l'autre . . ."

b) *Procédure de renégociation*

70. On a vu que les clauses d'imprévision prévoient invariablement la renégociation du contrat. Toutefois, des difficultés peuvent se présenter si les conditions de renégociation ne sont pas précisées. Plusieurs des clauses étudiées prévoient des procédures pour établir la base de la renégociation :

a) ". . . la partie (lésée) . . . peut demander à l'autre partie de se réunir en vue de déterminer si ledit événement s'est produit . . . Si le vendeur et l'acheteur ne se sont pas mis d'accord . . . dans les soixante jours . . . l'un et l'autre peuvent exiger que la question soit soumise à un arbitrage . . . Les arbitres devront déterminer si l'événement en cause s'est produit . . ."

b) "A 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 imprévisible."

71. La CCI a prévu, elle aussi, l'intervention d'un tiers (voir ci-après le paragraphe 77). Une telle procédure peut prévenir la difficulté pratique qui peut se présenter lorsque la clause reste sans effet à cause de l'imprécision de son libellé et que la partie qui n'est pas désavantagée par la situation difficile cherche à empêcher la renégociation.

c) *Délais*

72. Dans certaines clauses d'imprévision, le délai entre la conclusion du contrat et le moment où la clause peut être invoquée est spécifié. Par exemple, l'accord de 1974 relatif à la production de pétrole à terre (bassin de la Volta) conclu par le Gouvernement du Ghana et la Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd., filiale de Shell International Ltd., comporte la clause de renégociation suivante :

"Il est convenu que si pendant la durée du présent Accord il se produit dans la situation financière et économique intéressant l'industrie pétrolière, dans les conditions d'exploitation au Ghana et dans les conditions du marché en général, des changements de nature à porter matériellement atteinte aux fondements éco-

nomiques et financiers du présent Accord, les dispositions dudit Accord peuvent être révisées ou amendées de manière à opérer les ajustements et modifications qu'il serait raisonnable d'y apporter eu égard au capital que l'entrepreneur engage et aux risques qu'il encourt, sous réserve qu'aucun ajustement ni aucune modification ne seront opérés avant l'expiration d'un délai de 5 ans à partir du début de la phase de production, et ce sans effet rétroactif."³

Dans un contrat de vente, on trouve une restriction supplémentaire quant à la fréquence du recours possible à la clause d'imprévision :

b) "Le vendeur ou l'acheteur ne peuvent se prévaloir de la présente disposition avant le premier octobre 19 . . . , et ne pourront le faire qu'une fois tous les deux ans."

d) *Traitement de la question de la renégociation*

73. Les clauses d'imprévision examinées révèlent trois façons de traiter le problème :

i) *Traitement objectif*

". . . de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat."

ii) *Traitement subjectif*

a) ". . . par souci d'équité pour les parties . . ."

b) ". . . convenable et équitable dans les circonstances."

c) ". . . toute mesure propre à atténuer cette inégalité ou difficulté injustifiée . . ."

iii) *Traitement mixte*

". . . en toute équité et sans causer un préjudice notable et disproportionné aux intérêts de l'autre . . ."

e) *Le contrat pendant la renégociation*

74. Les clauses d'imprévision à l'examen ne semblent pas comporter de disposition expresse quant à la situation du contrat pendant la renégociation. Dans le contexte d'une clause d'exonération, le contrat est suspendu et peut aussi l'être même lorsque la négociation n'aboutit pas. La suspension du contrat dans des circonstances autres que celles qui constituent une cause d'exonération peut avoir lieu si elle est expressément prévue.

f) *Atténuation ou cessation des difficultés*

75. Parmi les clauses qui prévoient le cas où la situation difficile se détend ou prend fin, on peut citer la suivante :

³ Cité dans Asant, "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process" (1979) 28 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 401, 417.

“... Dans la mesure où une difficulté survenue dans les conditions prévues au paragraphe 9 du présent article s’atténue ou cesse, la révision du prix ou toute autre condition fixée par une sentence arbitrale sera de même modifiée ou annulée et les dispositions de l’Accord (si le cas n’est pas déjà réglé en vertu de l’alinéa b du présent paragraphe) seront rétablies pour tenir compte de l’atténuation ou de la cessation de la difficulté.”

2. Modèles de contrats de l’ONUÏDI (CR, CMF et SCM)

76. L’article 33.1 de chacun des modèles semble concerner une situation qui pourrait impliquer des difficultés. Il prévoit que, “au cas où il aurait à faire face à des circonstances inéluctables et/ou indépendantes de sa volonté (mais à l’exclusion des événements visés à l’article 34) . . . ”⁴ l’acheteur peut résilier le contrat. On remarquera que la clause est rédigée en termes très généraux et peut s’appliquer à une situation qui n’implique pas de difficultés notables. On notera aussi que l’article ne prévoit pas l’amendement, contrairement à la clause de “force majeure” (voir ci-dessus, paragraphe 60).

3. “Projet de clause d’imprévision” de la CCI

77. Le “projet de clause d’imprévision” de la CCI (document 460/233) vise à instituer la renégociation, sur des bases nouvelles, d’un contrat qui se trouve en cours d’exécution lorsque survient le changement de circonstances considéré. En voici le texte :

“Projet de clause d’imprévision

“a) Conditions d’application

“Si après la conclusion du contrat surviennent des événements d’ordre économique, politique (y compris des modifications de la législation ou de mesures administratives) ou technique imprévisibles par les parties au moment de la conclusion du contrat et indépendants de leur volonté, qui rompent l’équilibre des relations entre les parties et rendent l’accomplissement du contrat à ce point onéreux (sans toutefois le rendre impossible) pour l’une d’elles que la charge qui en résulte excède toutes les conditions initialement fixées par les parties au moment de la conclusion du contrat, ladite partie peut demander la révision du présent contrat.

“Ladite partie doit aviser l’autre partie dans un délai de _____ à partir du moment où elle a eu connaissance de l’événement, en donnant une description précise de l’événement invoqué et en expliquant en quoi il relève des dispositions du présent article. Ladite partie communique sans retard à l’autre partie tout élément

d’information nécessaire à l’évaluation de la situation dont elle dispose. L’omission de cette communication prive automatiquement ladite partie du droit de se prévaloir du présent article.

“La survenance de l’événement qui justifie la demande de révision du contrat ne dispense aucunement la partie qui l’invoque du devoir de continuer à s’acquitter de ses obligations et n’implique pas la suspension de celles-ci.

“(Option : Les Parties sont convenues que les événements ci-après, en particulier, relèvent des présentes dispositions : . . .)

“b) Effets

“Si le maintien en vigueur du contrat par voie de révision n’apparaît pas économiquement possible à toutes les Parties, la Partie qui demande le bénéfice des présentes dispositions peut résilier le contrat sans préjudice du droit de l’autre Partie d’engager une action en justice (ou : de recourir à l’arbitre désigné conformément à l’article _____) si les conditions d’application de la présente clause ne sont pas remplies.

“Si le maintien en vigueur du contrat par voie de révision apparaît économiquement possible à toutes les parties, celles-ci confèrent immédiatement afin d’apporter au présent contrat, de bonne foi et dans un esprit d’équité, les modifications nécessaires compte tenu des circonstances nouvelles et des risques et charges que les parties doivent de toute manière assumer. Sauf convention contraire des parties, les négociations auront lieu dans un délai maximal de _____ mois à dater de la demande à cet effet adressée par l’une des parties à l’autre.

“L’exécution du contrat se poursuit pendant le cours des négociations.

“Variante 1

“Si les négociations n’aboutissent pas dans ce délai, la partie qui demande le bénéfice des présentes dispositions peut résilier le contrat sans préjudice du droit de l’autre partie d’engager une action en justice (ou : de recourir à l’arbitre désigné conformément à l’article _____) si les conditions d’application de la présente clause ne sont pas remplies.

“Variante 2

“Si les négociations n’aboutissent pas dans ce délai, le contrat sera révisé par un tiers désigné de la manière prévue par les règles sur la révision des contrats établies par la Chambre de commerce internationale. Le tiers s’acquittera de sa tâche aux conditions et conformément à la procédure prévues par lesdites règles.”

78. En ce qui concerne la variante 2, la CCI a rédigé des règles régissant les relations contractuelles et des modèles de clauses y afférents (1978) qui ont pour objet de permettre l’intervention d’un tiers.

⁴ L’article 34 traite de la force majeure (voir ci-dessus, XIII, *Exonération*, par. 18 et 60).

79. Le "projet de clause d'imprévision" de la CCI n'a pas été spécialement élaboré en vue de son insertion dans une catégorie particulière de contrat, mais il est conçu en vue d'une application générale aux contrats internationaux, notamment aux contrats impliquant une série d'opérations interdépendantes dont la réalisation demande habituellement plusieurs années.

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6*]

XV. GARANTIES

A. Remarques générales

1. La présente étude porte sur deux types de garanties : *a)* une garantie concernant les matériaux, la conception et l'exécution des travaux (garantie mécanique) et *b)* une garantie concernant le bon fonctionnement des ouvrages (garantie de bon fonctionnement).

2. En anglais, le mot "warranty" est utilisé dans certains cas comme synonyme du mot "guaranty".

3. Dans un contrat relatif à des complexes industriels, divers types de garanties bancaires sont également prévus, mais ils n'entrent pas dans le cadre de la présente étude.

B. Garantie mécanique

4. La garantie mécanique est désignée par des termes différents dans les divers modèles considérés. Dans les Conditions générales de la CEE, le terme utilisé est celui de "garantie" (article 23). Dans le modèle ONUDI-CMF, il est question de "garanties des matériaux et bonne exécution des travaux" (article 25) ainsi que de "garanties mécaniques" (article 28). Dans le modèle ONUDI-CR, on trouve l'expression "garanties mécaniques et autres" (article 28.3). Dans les conditions FIDIC-TEM, ce n'est pas le terme "garantie" qui est utilisé mais l'expression "responsabilité en cas de défauts" (article 33).

5. Une garantie mécanique sert généralement d'une part à limiter le degré de responsabilité de l'entrepreneur et d'autre part à donner des assurances et des garanties à l'acheteur en ce qui concerne la qualité. C'est ainsi que l'article 33.13 des Conditions FIDIC-TEM prévoit que :

"l'entrepreneur n'aura aucune responsabilité en ce qui concerne les défauts qui apparaissent ou les détériorations qui se produisent dans les installations ou toute

partie de celles-ci après la prise en charge des dites installations ou de toute partie d'entre elles",

sauf dispositions contraires dans les conditions elles-mêmes, et en particulier l'article 33.

1. Etendue de la garantie

6. Aux termes de l'article 23.1 des Conditions générales (188A/574A) de la CEE :

"le constructeur s'engage à remédier à tout vice de fonctionnement provenant d'un défaut dans la conception, les matières ou l'exécution".

7. En vertu de l'article 33.2 des Conditions FIDIC-TEM, l'entrepreneur est responsable de tout défaut ou de toute détérioration d'une partie quelconque des installations imputable *a)* soit à un défaut dans les matériaux, l'exécution ou la conception, ou *b)*, soit à un acte ou un oubli de l'entrepreneur pendant la période de garantie.

8. Dans les modèles de contrats types de l'ONUUDI, qui ont fait l'objet d'observations critiques de la part d'un groupe international d'entrepreneurs, de nombreuses questions sont traitées de manière répétitive. Ainsi, la question de l'étendue de la garantie mécanique est traitée aux articles 25.1 et 25.2, 28.1, 28.2, 28.3, 28.4, 28.8, 28.9 du modèle ONUUDI-CMF.

9. L'article 28.1 du modèle ONUUDI-CMF dispose ce qui suit :

"L'ENTREPRENEUR garantit que l'usine, le matériel, les matériaux, l'outillage et les fournitures, qui entrent dans les travaux en vertu du Contrat, sont conformes au cahier des charges, aux plans et à tous les critères du Contrat et que les travaux sont, à tous égards, exempts de tout vice de conception, d'études, de procédés, de matériaux, d'exécution et de construction."

10. L'article 28.2 du même modèle apporte des précisions supplémentaires :

"L'ENTREPRENEUR garantit en outre que les plans, toutes les données et tous les documents techniques sont complets et corrects et que le matériel fabriqué conformément à ces plans et à ces instructions en vertu du contrat respecte les critères techniques."

11. Dans l'article 28.4, il est fait mention :

"des vices de conception, d'exécution, de matériaux, de fabrication, d'expédition ou de livraison".

12. L'article 28.8 prévoit une garantie pour les ouvrages de génie civil

"et notamment les fondations de tous les bâtiments, de l'usine et du matériel".

13. Aux termes de l'article 28.9 :

"L'ENTREPRENEUR garantit qu'il a effectué le montage de toute l'usine et de tout le matériel confor-

* 21 avril 1981.