

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

2m11.3057.3

Université de Montréal

Le *hardship* : vers une reconnaissance du principe par les
tribunaux arbitraux du commerce international

par
Josée Ringuette

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de
l'obtention du grade de maîtrise, option droit des affaires (LL.M.)

Mai 2003

© Josée Ringuette, 2003

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :
Le *hardship* : vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux
du commerce international

présenté par :
Josée Ringuette

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Didier Lluelles
Président-rapporteur

Guy Lefebvre
Directeur de recherche

Élise M. Charpentier
Membre du jury



RÉSUMÉS

L'arbitre du commerce international peut-il, en l'absence de clause contractuelle expresse, procéder à l'adaptation du contrat lorsque survient un changement de circonstances qui modifie de façon substantielle l'équilibre contractuel initial? La complexification des schémas contractuels et l'émergence correspondante de nouvelles valeurs contractuelles favorisent la réception du principe *rebus sic stantibus* dans le droit commercial international. Les deux phénomènes permettent également d'envisager dans une nouvelle perspective les objections traditionnelles à la révision pour imprévision. Les arbitres du commerce international sont appelés à jouer un rôle, bien que modeste, dans le mouvement d'harmonisation privé du droit commercial international. Le contexte international de l'arbitrage et de la relation contractuelle, la volonté d'apaisement inhérente à ce mode de résolution des différends et le rapport particulier qu'entretient l'arbitre du commerce international avec le droit national permettront à ce dernier de privilégier, dans certaines circonstances, une option comme l'adaptation du contrat pour cause de *hardship*. Plusieurs facteurs devront cependant être examinés attentivement par le tribunal arbitral avant que ne soit prise la décision de procéder à l'adaptation du contrat. D'autres remèdes pourront être envisagés si une telle solution ne convient pas.

Is the arbitrator of international commerce entitled to adapt the contract when the parties did not provide so expressly and a supervening event provokes a substantial change in the initial contractual equilibrium? The complexification of contractual schemes and the corresponding emergence of new values in contract theory made the reception of the *rebus sic stantibus* principle highly probable in international commercial law. These two phenomenas supplied keys for a revised perspective of the traditional objections to the application of the *rebus sic stantibus* principle. Arbitrators have a role to play in the movement of private harmonization of international commercial law. The international context in which they proceed, the inherent quality of appeasement in arbitration and the particularity of the relation between arbitrator and national law are making it possible for international arbitrators

to give priority to adaptation of the contract when the circumstances are right. Many factors will have to be analysed by the arbitrator before he chooses to adapt the contract because adaptation is not always the best solution. Other remedies will have to be devised if it is the case.

MOTS-CLEFS

Rebus sic stantibus, pacta sunt servanda, adaptation, force obligatoire, hardship, imprévision, contrats relationnels, arbitrage commercial international, harmonisation, droit commercial, Principes d'UNIDROIT.

Rebus sic stantibus, pacta sunt servanda, adaptation, sanctity of contracts, hardship, imprevision, relational contracts, international commercial arbitration, harmonization, commercial law, UNIDROIT Principles.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 : Le principe <i>rebus sic stantibus</i> : réalités et perspectives d'avenir	6
SECTION 1 : Le dilemme traditionnel entre les principes <i>rebus sic stantibus</i> et <i>pacta sunt servanda</i>	6
Sous-section 1 : Définition et fondements des principes	6
Paragraphe 1 : <i>Rebus sic stantibus</i>	6
Paragraphe 2 : <i>Pacta sunt servanda</i>	13
Sous-section 2 : Application des principes dans la pratique arbitrale contemporaine	19
SECTION 2 : Nouveau schémas contractuels : nouvelle moralité contractuelle.....	34
Sous-section 1 : La complexification des schémas contractuels	34
Sous-section 2 : L'émergence d'une nouvelle moralité contractuelle	40
SECTION 3 : Les objections traditionnelles à l'application du principe <i>rebus sic stantibus</i>	52
Sous-section 1 : Les exigences de stabilité et de prévisibilité	52
Sous-section 2 : L'argument de la compétence professionnelle.....	58
CHAPITRE 2 : L'arbitrage commercial international et la reconnaissance du principe <i>rebus sic stantibus</i>	63
SECTION 1 : Les grandes lignes du développement de l'arbitrage commercial international.....	63
SECTION 2 : Le rapport de l'arbitre du commerce international au droit national.....	70
• Les différences	70
• Les conséquences.....	73
• La mission pacificatrice de l'arbitre	75
• Le choix du droit applicable par l'arbitre.....	77

• Autres considérations	80
SECTION 3 : La contribution des tribunaux arbitraux à l'élaboration d'un droit transnational	82
Sous-section 1 : L'importance des principes généraux du droit dans la pratique arbitrale	82
Sous-section 2 : Le mouvement privé d'harmonisation du droit commercial international	92
CHAPITRE 3 : La résolution d'une problématique de <i>hardship</i> par les tribunaux Arbitraux	102
SECTION 1 : L'adaptation du contrat et la mission juridictionnelle de l'arbitre	102
Sous-section 1 : Les définitions de l'arbitrage	102
Sous-section 2 : La mission juridictionnelle de l'arbitre et la notion de Différend	104
SECTION 2 : Examen des sources de pouvoir de l'arbitre du commerce International	112
Sous-section 1 : Les démarches proposées par certains auteurs	112
Sous-section 2 : Nos objections	115
Sous-section 3 : La convention d'arbitrage	119
SECTION 3 : Les solutions pratiques à une problématique de <i>hardship</i>	126
Sous-section 1 : Les critères d'identification du <i>hardship</i>	126
Sous-section 2 : Les solutions	133
Sous-section 3 : La question du contrôle des sentences arbitrales	142
CONCLUSION	145

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A.A.	Arbitration Act
Art.	Article
BGB	Code civil allemand (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
C.C.I. (CCI)	Chambre de commerce internationale
C. de D.	Cahiers de droit
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.N.U.C.I. (CNUDCI)	Commission des Nations Unies sur le droit commercial international
C.p.c.	Code de procédure civile du Québec
C.S.C.	Cour suprême du Canada
C.V.I.M. (CVIM)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise
D.P.C.I.	Droit et pratique du commerce international
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs-conseils
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.B.L.	Journal of Business Law
J.C.P.	La Semaine Juridique (Juris Classeur Périodique)
J.D.I.	Journal du droit international
J.E.	Jurisprudence Express
J. du Bar.	Journal du Barreau
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
L.D.I.P.	Loi fédérale suisse sur le droit international privé
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.Q.	Lois du Québec

N.C.P.C.	Nouveau Code de procédure civile (français)
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales
R. D. McGill	Revue de droit de McGill
R. du B.	Revue du Barreau
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. dr. int. et dr. comp. (R.D.I.D.C.)	Revue de droit international et de droit comparé
Rev. dr. unif.	Revue de droit uniforme
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Y.C.A.	Yearbook of Commercial Arbitration

REMERCIEMENTS

J'aimerais remercier la Faculté de droit et ses généreux donateurs pour m'avoir octroyé la Bourse Michel Lassonde, la Bourse Aubrey-Vincent-Senez et le Prix Lapointe-Rosenstein.

Un grand merci à mon directeur de mémoire, M. Guy Lefebvre, qui n'a pas son pareil pour aplanir les obstacles et trouver des solutions. Votre soutien a été très apprécié.

Finalement, je remercie ma famille pour m'avoir donné les outils nécessaires à la poursuite de mes études et pour m'avoir encouragé à persévérer.

L'actualité récente sur la scène internationale met en relief toute la pertinence d'une notion comme le *hardship*. Pensons notamment à la crise politique et économique en Argentine, aux attentats terroristes du 11 septembre 2001, à la grève dans l'industrie du pétrole au Venezuela, à la guerre en Irak, au virus du syndrome respiratoire aigu sévère. Ces événements ont eu des répercussions sur l'économie entière et dans les secteurs d'activités les plus variés. Bien sûr, certains diront qu'ils étaient prévisibles, mais il importe de se replacer dans le contexte qui a présidé à la conclusion d'un contrat spécifique pour trancher la question du caractère imprévisible d'un événement. Quelques exemples des conséquences concrètes de ces bouleversements peuvent être donnés en rafale. L'exemple le plus patent est probablement celui de l'industrie du transport aérien qui a été durement touchée par les récents événements¹. En effet, l'instabilité géopolitique et l'émergence d'un nouveau virus ont incité les gens à restreindre leurs déplacements. Ces difficultés ont eu des répercussions sur le secteur de la construction aéronautique et certains contrats ont été annulés ou mis en suspens². L'industrie du tourisme s'en est également ressentie³. Des voyages d'affaires en Asie pour la mise en marché de nouveaux produits ont été annulés et remis à plus tard à cause du virus qui y sévit⁴. Les prix sur le marché des produits et services ont été affectés à cause de la guerre en Irak et de la crise du pétrole au Venezuela⁵. Les conséquences potentielles de ces perturbations sont souvent inattendues dans leurs développements et innombrables dans leurs

¹ Voir notamment : World Economic Outlook, December 2001, The Global Economy After September 11, A Survey by the Staff of the International Monetary Fund, Chapter 2. Disponible sur le site Internet du Fonds monétaire international : www.imf.org. Greg McCUNEM, « Air Canada, dernière victime d'une crise mondiale », Le Devoir, 5 avril 2003. « Les compagnies aériennes dans la tourmente », Le Devoir, 5 avril 2002. David DIEUDONNÉ, « De guerre en pneumonie », Le Devoir, 5 avril 2003. Notons que l'augmentation des coûts du carburant a également un impact sur l'industrie du transport aérien.

² Valérie DUFOUR, « Deux gros nuages dans le ciel de Bombardier », Le Devoir, 28 mars 2003. Valérie DUFOUR, « 3000 mises à pied chez Bombardier », Le Devoir, 6 mars 2003.

³ Répercussions de la pneumonie atypique (SRAS). Martin JOLICOEUR, « Les touristes craignent le Québec autant que Toronto : Plusieurs grossistes en voyages constatent une diminution des réservations allant jusqu'à 85% », Les Affaires, 3 mai 2003.

⁴ Voir notamment : Claude TURCOTTE, « La prudence est aussi de mise dans les affaires », Le Devoir, 25 avril 2003. Éric DESROSIERS, « Virus économique », Le Devoir, 5 avril 2003.

⁵ « Geopolitical uncertainties have also had a significant impact on commodities markets. After exhibiting considerable volatility throughout much of 2002, oil prices rose sharply in late 2002 and early 2003, owing both to increase expectations of war in Iraq and to supply disruptions associated with the political crisis in Venezuela. » World Economic Outlook, April 2003, Growth and Institutions, A Survey by the Staff of the International Monetary Fund, chapter 1, p. 4. Disponible sur le site Internet du Fonds monétaire international : www.imf.org.

ramifications. Bref, la question du *hardship* n'est pas désuète. La Cour internationale d'arbitrage de la CCI a d'ailleurs procédé à l'adoption d'une nouvelle clause standard sur le *hardship* en janvier 2003⁶. De l'ensemble de ces circonstances, on peut conclure qu'il existe indéniablement un lien entre le contexte économique et l'application du principe *rebus sic stantibus* : « L'adaptation du contrat est un problème qui surgit régulièrement à chaque crise économique dans toutes les branches et de temps à autre pour une branche donnée, en cas de renversement de tendance par exemple. »⁷ On a noté, par exemple, dans le milieu des années 70 et le début des années 80, un engouement particulier pour les clauses de *hardship*. Les clauses connaissent généralement un regain dans les périodes plus troublées. Plusieurs articles ont été publiés sur le sujet⁸, la question a été abordée lors de colloques⁹ et un groupe de travail

⁶ Deux nouvelles clauses ont été adoptées par la Chambre de commerce international en janvier 2003 et ont été présentées à une conférence le 8 avril 2003 : une clause de force majeure et une clause de *hardship*. Informations disponibles sur le site Internet de la Chambre de commerce internationale dans la section sur la Cour internationale d'arbitrage à l'adresse suivante : www.iccwbo.org/index_court.asp.

⁷ Philippe KAHN, « Conclusion », dans Emmanuel GAILLARD (dir.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, ICC / Dossier of The Institute of International Business Law and Practice, 1993, p. 235, à la page 242. Notons également qu'en Allemagne, il semblerait que la théorie de l'imprévision soit appliquée plus sévèrement aujourd'hui qu'elle ne l'était au sortir des deux grandes guerres : « The Wegfall der Geschäftsgrundlage was quite easily applied in the years of galoping inflation after both World Wars. However, it has been less easily accepted with regard to commercial contracts concluded between businessmen. At present Wegfall der Geschäftsgrundlage is applied rather restrictively. » Hans VAN HOUTTE, « Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda », dans Emmanuel Gaillard (dir.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, ICC / Dossier of The Institute of International Business Law and Practice, 1993, p. 105, à la page 113.

⁸ Giorgio BERNINI, « Adaptation of Contracts », dans Pieter SANDERS (dir.), New Trends in The Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, Deventer, Kluwer B. V., 1983, p. 193. Piero BERNARDINI, « Communications : Adaptation of Contracts », dans Pieter SANDERS (dir.), New Trends in The Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, Deventer, Kluwer B. V., 1983, p. 211. Micheline van CAMELBEKE, « L'adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles », dans René RODIÈRE (dir.), Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, Éditions A. Pedone, Paris, 1986, pp. 169 et ss. Marcel FONTAINE, « Les Clauses de Hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », (1976) Tome 2, n° 1 D.P.C.I. 7. Philippe FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », Rev. arb. 1, 1977.97. Werner MELIS, « Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration », J.D.I. 1, 1984.213. Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship », J.D.I. 4, 1974.794. Jan PAULSSON, « L'adaptation du contrat », Rev. arb. 2, 1984.247. A. H. PUELINCKX, « Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances : A Comparative study in English, French, German and Japanese Law », (1986) 3 J. Int'l Arb. 47. Clive SCHMITTHOFF, « Hardship and Intervener Clauses », (1980) J.B.L. 82. Denis TALLON, « Réflexions comparatives », dans René RODIÈRE (dir.), Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, Paris, Éditions A. Pedone, 1986, pp.

a procédé à l'analyse d'une cinquantaine de clauses de *hardship*¹⁰. Il faut se rappeler que dans les années soixante-dix, les chocs pétroliers de 1973 et 1979 ont déclenché de graves récessions qui ont perturbé l'économie à tous les niveaux¹¹.

La question du *hardship* est plus ou moins intéressante lorsque les parties ont déjà pourvu à cette éventualité de façon spécifique dans le contrat. Cependant, devant l'impossibilité de définir avec précision les causes ou les événements qui pourraient prêter à renégociation, les parties préfèrent souvent s'abstenir de crainte d'assujettir leur contrat à une trop grande incertitude¹². En fait, plusieurs hypothèses peuvent expliquer l'absence de clauses destinées à atténuer l'effet d'un changement de circonstances sur le contrat. Il est possible que les parties ne soient pas parvenues à s'entendre sur le libellé de la clause ou sur son champ d'application. Certains contractants sont réticents à l'insertion d'une telle clause¹³. Les parties ont pu considérer que la relation de confiance établie entre elles suffisait à garantir la bonne marche des affaires. Les échanges commerciaux dans un secteur en particulier peuvent s'opérer sur une base informelle. D'autre part, même en présence d'une

185 et ss. Pierre VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », (1980) 56 Rev. dr. int. et dr. comp. 7. Un ouvrage complet sur la question : Denis-M. PHILIPPE, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1986.

⁹ Les « Débats » d'un colloque ayant pour thème « L'arbitre et le contrat » suivi de la « Synthèse » de la journée, Rev. arb. 2, 1984.273. Exposé introductif et discussion présidée par Marcel FONTAINE, « Les problèmes du long terme », (1979) Tome 5, n° 1 D.P.C.I. 142. Henry LESGUILLONS, « Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage », (1979) Tome 5, n° 1 D.P.C.I. 507.

¹⁰ Rapport du Groupe de travail sur les clauses de *hardship* présidé et préparé par Marcel FONTAINE, (1976) Tome 2, n° 1 D.P.C.I. 51-88. Marcel FONTAINE, Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses, Paris, Forum Européen de la Communication, 1989, pp. 249 à 285 et, en particulier, p. 254 : « En premier lieu, il semble que les clauses de *hardship* aient été utilisées dans des contrats internationaux à d'autres périodes troublées du XXe siècle, mais que leur insertion se soit multipliée dans les années soixante-dix. Les incertitudes nées de l'ébranlement du système économique et monétaire international ne sont certainement pas étrangères à ce phénomène. »

¹¹ Pour la première fois depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les pays industrialisés étaient confrontés à la montée simultanée de l'inflation et du chômage et ce, suite à une série de décisions prises à l'extérieur des grands centres économiques occidentaux. Voir Jacques ADDA, La mondialisation de l'Économie : 2. Problèmes, 4^e éd., Paris, La Découverte, 2001, pp. 61-65.

¹² UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), pp. 242-244.

¹³ Par exemple dans les contrats conclus entre partenaires hétérogènes, de forces inégales. M. FONTAINE, op. cit., note 10, p. 254.

clause particulière sur les changements de circonstances, il est possible que les événements perturbateurs excèdent les prévisions raisonnables des parties. Certaines clauses ne visent que des cas très spécifiques. Les clauses de maintien de valeur, par exemple, ne couvrent que les risques monétaires¹⁴. On pourrait ainsi cumuler les hypothèses. Dans le cadre du présent mémoire, nous aimerions étudier la question de l'adaptation du contrat pour cause de *hardship* en l'absence de clause contractuelle expresse. Nous examinerons cette problématique dans la perspective des contrats qui impliquent une certaine durée et une coopération minimale de la part des parties. Nous limiterons notre champ de réflexion aux contrats du commerce international puisqu'ils sont plus susceptibles d'être affectés par des changements imprévisibles et incontrôlables de circonstances¹⁵. Finalement, dans la mesure où la plupart des différends du commerce international sont soumis à l'arbitrage¹⁶, nous analyserons la question du point de vue de l'arbitre. Nous écarterons la question de l'amicable composition puisque la proportion de ce type d'arbitrage est minime et que les amiables compositeurs un certain pouvoir de modération et d'adaptation des contrats¹⁷.

Le présent mémoire se divise en trois chapitres distincts. Nous commencerons par cadrer la problématique en examinant les fondements des deux principes qui composent le dilemme traditionnel entre l'adaptation et l'intangibilité formelle du contrat. Nous examinerons ensuite de quelle façon les tribunaux arbitraux ont réagi lorsqu'ils ont été confrontés à ce dilemme. L'indétermination relative dans laquelle baignent les sentences arbitrales du commerce international sur la question du *hardship* nous amènera à prendre du recul pour examiner la situation générale en matière contractuelle. Nous tracerons donc les grandes lignes de l'évolution dans la pratique et la théorie contractuelles. Nous illustrerons par quelques exemples le

¹⁴ B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 8, 795.

¹⁵ Les risques géopolitiques sont plus grands et imprévisibles à l'échelle internationale. Ambassador L. Paul BREMER, « Geopolitical Risk Assessment in Times of Turmoil », (1996) Tulsa Journal of Comparative and International Law 117. Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », (1994) 35 C. de D. 281.

¹⁶ Yves DERAIS, « L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international », (1992) R.D.A.I. 151, 151-153.

¹⁷ Jean-Denis BREDIN, « L'amicable composition et le contrat », Rev. arb. 2, 1984.259. Éric LOQUIN, « Pouvoirs et devoirs de l'amicable compositeur. À propos de trois arrêts de la Cour d'appel de Paris », Rev. arb. 2, 1985.199, 212. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, pp. 853-854.

phénomène de complexification des schémas contractuels puisque cette transformation a eu un impact sur la façon d'envisager les relations commerciales. La doctrine et le droit positif ont en effet réagi à ce changement de paradigme, bien que ce soit à des degrés différents, et de nouvelles valeurs ont intégré la pensée dominante en droit des contrats. L'émergence de ces nouvelles valeurs permet d'envisager avec optimisme une reconnaissance plus affirmée du principe *rebus sic stantibus* en droit commercial international. Par conséquent, nous concluons le premier chapitre en considérant dans une nouvelle perspective les objections traditionnelles des partisans d'une application stricte du principe de la force obligatoire des contrats. Le deuxième chapitre sera consacré à l'arbitrage commercial international. Afin de situer nos propos subséquents dans un contexte plus général, nous ferons un bref historique des faits saillants dans le développement de l'arbitrage comme mode de résolution des différends du commerce international. Nous enchaînerons en examinant le rapport qu'entretient l'arbitre du commerce international avec le droit national. Nous sommes d'avis que l'arbitre, agissant dans un contexte particulier, celui où fusionnent l'arbitrage et le commerce international, n'a pas à appliquer le droit national avec la rigueur d'un juge national. Dans la mesure où le droit national n'est pas approprié, l'arbitre du commerce international pourrait s'en distancer et recourir, par hypothèse, aux principes généraux du droit. Nous croyons que l'application du principe *rebus sic stantibus* devrait être l'option privilégiée par les arbitres lorsque les circonstances s'y prêtent. Dans cette perspective, nous analyserons l'importance des principes généraux du droit dans la pratique arbitrale internationale et nous discuterons du rôle que sera appelé à jouer l'arbitrage dans le mouvement d'harmonisation privé du droit commercial international. Nous mettrons finalement en relation dans le troisième chapitre la problématique du *hardship* et son traitement par les tribunaux arbitraux. Tout d'abord, nous éclaircirons la question de la nature des actes qui peuvent être accomplis par l'arbitre. Certains ont en effet prétendu que l'adaptation du contrat n'est pas un acte qui pouvait s'insérer dans la mission juridictionnelle de l'arbitre. Nous nous pencherons ensuite sur les sources de pouvoir de l'arbitre et nous soulèverons la question de l'autorisation procédurale nécessaire à l'adaptation du contrat. Pour conclure, les critères d'identification d'une situation de *hardship* seront définis et les solutions potentielles à une telle problématique, soit l'adaptation et la résolution du contrat, seront explorées.

CHAPITRE 1 : Le principe *rebus sic stantibus* : réalités et perspectives d'avenir

SECTION 1 : Le dilemme traditionnel entre les principes *rebus sic stantibus* et *pacta sunt servanda*

Klaus Peter Berger résume bien la problématique associée à l'adaptation du contrat par l'arbitre du commerce international. De son point de vue, la question peut être attaquée sous deux angles différents : la perspective contractuelle et la perspective procédurale. Sur le plan contractuel, la vulnérabilité inhérente aux contrats à long terme ne peut être résolue que si l'on parvient à établir un équilibre entre deux principes contradictoires, soit *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus* : « On this contractual plane, a decision in favour of or against an arbitrator's power to fill gaps or revise contracts depends on how the "eternal dilemma" between the ideal of sanctity of contracts and the need for commercial flexibility is resolved. »¹⁸ Quant à la perspective procédurale de la problématique, elle tient au fait que la conception traditionnelle de l'arbitrage, essentiellement procédurale, exige de l'arbitre qu'il tranche entre des droits préexistants, ce qui serait incompatible avec la créativité nécessaire à l'arbitre appelé à compléter ou adapter un contrat. Cette question sera abordée dans le deuxième chapitre. Pour le moment, nous allons définir les deux principes et exposer leurs principaux fondements, puis nous verrons de quelle façon les tribunaux arbitraux ont répondu à une argumentation fondée sur le *hardship*.

Sous-section 1 : Définition et fondements des principes

Paragraphe 1 : *Rebus sic stantibus*

Nous allons commencer par clarifier certains concepts avant d'examiner rapidement les fondements du principe. Le Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit définit ainsi l'expression latine « *rebus sic stantibus* » : « Les choses demeurant ainsi (telles qu'elles sont). »¹⁹ Le Dictionnaire précise que « [l]a *clausula rebus sic stantibus* est la clause qui prévoit l'annulation du contrat ou la cessation d'une

¹⁸ Klaus Peter BERGER, « Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense », (2001) 17 *Arbitration International* 1, 2.

¹⁹ Albert MAYRAND, Dictionnaire de maximes et de locutions latines utilisées en droit, 3^e éd., Montréal, 1994, Éditions Yvon Blais, p. 450.

prestation si certaines circonstances viennent à changer. [Paragraphe] Invoquer une condition implicite de cette nature donne lieu à la théorie de l'imprévision. »²⁰ La théorie de l'imprévision autorise la révision du contrat par les tribunaux lorsque surviennent des événements extérieurs, généralement extraordinaires et imprévisibles, qui bouleversent l'économie générale du contrat et rendent l'exécution de la prestation de l'une des parties substantiellement plus onéreuse. Le terme « *hardship* » nous semble particulièrement approprié pour désigner ces événements perturbateurs²¹. Habituellement, cette expression est associée aux clauses contractuelles que l'on retrouve surtout dans les contrats internationaux. Ces clauses imposent aux parties l'obligation de renégocier de bonne foi le contrat à la demande de l'une d'elles et, faute d'accord, prévoient le recours à une tierce partie, habituellement un arbitre, afin qu'il se prononce sur l'existence du *hardship* et procède à l'adaptation du contrat²². La distinction entre le *hardship* et la force majeure réside dans l'impossibilité absolue d'exécution, temporaire ou permanente, qui caractérise la force majeure²³. Mentionnons également que le *hardship* peut mener à la révision du contrat, alors que, généralement, un cas de force majeure met fin au contrat²⁴. La notion présente un intérêt surtout pour les contrats qui s'étalent dans le temps comme les contrats à exécution successive²⁵. Les exigences traditionnelles du *hardship* sont sensiblement les mêmes d'un régime à l'autre, bien qu'elles puissent varier sensiblement notamment

²⁰ Id.

²¹ Nous utiliserons cette expression tout au long du présent travail.

²² B. OPPETIT, loc. cit., note 8, 797 : « La clause de « *hardship* » peut se définir comme celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (« *hardship* ») injuste. » P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. cit., note 17, p. 27 : « Cette rigueur injuste (*hardship*) devra provoquer une renégociation du contrat, et, si celle-ci n'aboutit pas, l'intervention d'un tiers chargé de dire si les conditions contractuelles de l'adaptation sont réunies, et, éventuellement, de procéder lui-même à cette adaptation. »

²³ M. FONTAINE, op. cit., note 10, p. 251.

²⁴ Id.

²⁵ B. OPPETIT, loc. cit., note 8, 794 : « La durée de certains contrats successifs permet de penser que leur exécution soulèvera des difficultés croissantes au fur et à mesure que s'éloigne leur date de conclusion ; cette donnée, inséparable de tous les contrats de longue durée est ressentie avec une particulière acuité dans certains contrats internationaux : il en est tout spécialement ainsi dans les transactions portant sur des matières premières ou des sources d'énergie, telles le gaz ou le pétrole brut. » Voir également : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, Cours de droit civil. Tome VI. Les obligations, 10^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1999, p. 346 ; Christian LARROUMET, Droit civil : Les Obligations. Le Contrat, 3^e éd., t. 3, Paris, Économica, 1996, p.390 ; M. FONTAINE, op. cit., note 10, p. 254 ; M. VAN CAMELBEKE, loc. cit., note 8, 178.

au niveau des qualificatifs employés²⁶. L'article 6.2.2 des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, inspiré notamment de différents régimes nationaux²⁷, illustre bien les conditions usuelles associées au concept : altération fondamentale de l'équilibre des prestations (augmentation du coût d'exécution des obligations ou diminution valeur de la contre-prestation), évènements survenus ou portés à la connaissance de la partie lésée après la conclusion du contrat, évènements raisonnablement imprévisibles pour la partie lésée, échappant à son contrôle et dont le risque n'a pas été assumé par elle²⁸. L'imprévision peut affecter tant le débiteur que le créancier d'une obligation. En effet, on reconnaît généralement deux facettes à la théorie de l'imprévision : soit l'exécution est devenue trop onéreuse pour le débiteur, soit elle est devenue inutile pour le créancier²⁹. Selon Starck, Roland et Boyer, « [l']imprévision est une question d'ordre économique et financier. Elle est liée aux fluctuations des prix. » Il est vrai que le *hardship* a essentiellement des répercussions économiques, mais elles ne sont pas exclusivement liées aux fluctuations des prix sur le marché³⁰. Il est possible d'imaginer un éventail de causes susceptibles de provoquer un bouleversement de l'équilibre contractuel³¹. Par exemple, la situation de *hardship*

²⁶ Dans l'affaire n° 7365, le tribunal avait également souligné que les concepts de *hardship* dans les droits nationaux pouvaient varier, mais ils étaient pour la plupart fondés sur une prémisse commune : la survenance d'un développement imprévisible sans faute et hors du contrôle des parties bouleversant l'exécution du contrat. Sentence arbitrale rendue le 5 mai 1997 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7365, (1999) *Rev. dr. unif.* 796.

²⁷ *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), 1994, 263 p. Pour des détails sur le contexte d'élaboration des Principes, voir : Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law : The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, New York, Transnational Juris Publications, 1994, pp. 41 à 43 et pp. 76-77. Les rédacteurs se sont notamment inspirés du *Code civil du Québec*.

²⁸ Cette définition du *hardship* se trouve à l'article 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT. Sur les critères qui permettent de conclure à l'existence d'un *hardship*, voir : B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 8, 799 à 804 ; Ugo DRAETTA et Ralph LAKE, *Contrats internationaux : Pathologie et remèdes*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1996, pp. 193-196.

²⁹ Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 767.

³⁰ D. TALLON, *loc. cit.*, note 8, 188 : « Ces événements ne sont pas nécessairement par eux-mêmes des circonstances économiques, mais ils ont nécessairement une incidence économique. »

³¹ « Les marchandises qui vont être livrées ne présentent plus le moindre intérêt, en raison d'une révolution technologique, de la fermeture de certains marchés pour des raisons politiques, de l'apparition d'une nouvelle réglementation qui interdit leur usage. Le prix convenu, à la suite d'une forte inflation ou d'une crise sur le marché des changes, ne présente plus qu'une faible partie de la valeur des marchandises. ». M. FONTAINE, *op. cit.*, note 10, p. 250.

pourrait être attribuable à l'adoption inattendue de nouvelles mesures de sécurité ou d'une réglementation plus sévère en matière d'environnement³².

Trois fondements sont alternativement invoqués pour soutenir le principe *rebus sic stantibus*³³. Nous avons déjà effleuré le fondement de la clause implicite, la *clausula rebus sic stantibus*, qui suppose que le contrat demeure valable tant que les choses restent en l'état. Cette clause repose sur une fiction juridique. On part de la prémisse que les parties se sont engagées à une condition implicite : celle d'une certaine stabilité de la situation économique³⁴. On présume que telle était leur volonté. Il est également possible de prétendre que les parties n'ont pas consenti au nouvel équilibre contractuel³⁵. Il y aurait donc absence de consentement réel à la nouvelle donne contractuelle. En l'absence de consentement, on peut supposer que les parties devraient procéder à une renégociation du contrat en fonction des nouvelles données puisque, par hypothèse, elles n'ont pas été prises en considération lors de la conclusion du contrat initial. Bien sûr « [l]a vérité est que les parties n'ont voulu ni le maintien, ni la révision du contrat, puisqu'elles n'ont pas envisagé la situation – imprévisible, par hypothèse – qui ferait naître cette difficulté. »³⁶ En fait, il en va ainsi de toutes les fictions juridiques. Selon les partisans d'une application stricte du principe *pacta sunt servanda*, une clause *rebus sic stantibus* ne peut être présumée, elle doit être inscrite de façon expresse dans le contrat³⁷.

Un argument s'est greffé au fondement de la clause implicite, celui de la nature du contrat. On fait maintenant reposer la thèse de la volonté présumée des

³² Se référer aux Commentaires sur les Principes relatifs aux contrats du commerce international, précités, note 27.

³³ Denis Tallon identifie trois grands courants : volontariste, objectif et moral. Voir : D. TALLON, loc. cit., note 8, 188. Baudouin en mentionne deux, mais il s'y réfère comme à trois notions distinctes : la clause implicite, la bonne foi et l'équité. Voir : Jean-Louis BAUDOUIN, Les obligations, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, n° 424, p. 244.

³⁴ Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, Droit civil des obligations : 2. Contrat, 6^e éd., Paris, Litec, 1998, p.489.

³⁵ Bédard suggère de réconcilier ainsi le principe de l'autonomie de volonté avec l'imprévision : « Le concept de l'imprévision ne contredit pas l'adage *pacta sunt servanda* car le lien de droit ne peut dépasser ce qui a été voulu : les événements anormaux et imprévus restent en dehors de la volonté des contractants. »³⁵ J. BÉDARD, loc. cit., note 29, 780.

³⁶ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, Les obligations : 1. L'acte juridique, 7^e éd., t. 1, Paris, Armand Colin, 1996, p. 299.

³⁷ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, Théorie des obligations, 3^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, p. 433.

parties sur une interprétation téléologique du contrat³⁸. Kassis fait une distinction entre les contrats spéculatifs et les contrats non spéculatifs. Selon lui, « [...] la nature même des contrats non spéculatifs commande que les prestations qu'ils comportent et qui sont des prestations suivies restent, en tout état de cause, équilibrées sur le plan financier »³⁹. Selon l'auteur, il ne s'agit pas d'une règle de la *lex mercatoria*, mais plutôt d'une déduction fondée sur la nature, la durée et les caractéristiques du contrat en cause. À l'argument selon lequel les parties n'ont pas nécessairement souhaité une révision du contrat dans l'éventualité d'un *hardship*, Kassis répond que cette clause ne sera présumée par interprétation de la volonté des parties que si les circonstances et la nature du contrat le permettent⁴⁰. Le principe *pacta sunt servanda* n'est pas contredit puisque la clause de révision est implicite, « inhérente à la nature de l'opération »⁴¹. L'obligation de coopération selon Kassis repose sur la nature même du contrat. Bouthinon-Dumas fonde plutôt son argumentation sur la théorie des contrats relationnels de Macneil⁴². Selon lui, la volonté des parties doit être déduite de la nature même du contrat relationnel qui, par essence, est incomplet. On impute aux parties une volonté implicite de tenir compte de l'imprévision, volonté fondée sur l'intérêt commun que les parties ont dans le contrat et sur sa valeur intrinsèque. Ces raisonnements basés sur une interprétation téléologique sont étroitement liés à la réalisation des objectifs du contrat et à l'importance de préserver les investissements et les efforts fournis par les parties : « The homage to the sacredness of contracts should never be turned into a lip service by profiting from causal events, thus turning a commutative contract into an aleatory contract to the detriment of guiltless parties and in blatant disregard of the social and economic goals which contracts aim to pursue. »⁴³ La

³⁸ Certains contrats reconnaissent cette nature changeante : « Dans un contrat-type américain, relatif à la construction d'une route, on trouve ainsi la clause suivante : Art. 4.3 – *Modifications* : « Les parties savent l'une et l'autre que la construction d'une route est, par sa nature, une opération telle que certains changements aux plans et spécifications prévus peuvent se révéler nécessaires au cours de l'exécution des travaux pour tenir compte des circonstances constituées par le terrain. Elles reconnaissent toutes deux, en conséquence, qu'il est de l'essence du contrat d'admettre certaines modifications aux conditions fixées dans le présent contrat ». » Clause reproduite dans l'ouvrage suivant : René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Économica, 1981, p. 35.

³⁹ Antoine KASSIS, Théorie générale des usages du commerce, Paris, L.G.D.J., 1984, n° 566, p. 357.

⁴⁰ Id., p. 362.

⁴¹ Id., p. 358.

⁴² Hugues BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », (2001) Revue internationale de droit économique 339.

⁴³ G. BERNINI, loc. cit., note 8, 197.

réalisation de l'objet du contrat constitue donc une priorité. Il faut rechercher les solutions qui préservent le contrat et maintiennent son utilité.

Examinons maintenant le fondement moral au principe *rebus sic stantibus*. Le principe de la bonne foi, duquel découle une kyrielle d'obligations ou de principes sous-jacents, est un principe très fécond en droit du commerce international⁴⁴. Il sert à la fois de justification éthique ou morale au principe *rebus sic stantibus* et de fondement pratique. En effet, le principe de la bonne foi, présent dans la plupart des droits, permet de donner naissance à l'application pratique du principe de révision pour imprévision. Lorsque l'exécution d'une obligation impose au débiteur des sacrifices tels qu'il serait contraire à la bonne foi d'exiger de lui qu'il s'y soumette⁴⁵, il est possible d'invoquer la révision pour imprévision. Le principe *pacta sunt servanda* trouve ainsi sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi. La jurisprudence allemande s'est d'ailleurs fondée sur l'article 242 du *Code civil allemand* (BGB), disposition qui exige que le contrat soit exécuté de bonne foi, pour reconnaître la théorie de la révision pour imprévision⁴⁶. Selon cette théorie, un créancier d'une obligation ne peut plus exiger de son cocontractant qu'il exécute sa prestation lorsque celle-ci est devenue insupportable sur le plan de l'équité. La théorie du « Wegfall der Geschäftsgrundlage » permet au tiers consulté, juge ou arbitre, de modifier les obligations des parties contractantes et même de dissoudre le contrat lorsque la base contractuelle est disparue⁴⁷. Elle est mise en application lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : la circonstance modifiée constitue la « Geschäftsgrundlage » ou fondement contractuel, le changement de circonstances n'a pas été pris en charge par l'une des parties (débiteur de la prestation), l'exécution de la prestation ne peut plus, en toute bonne foi, être exigée du

⁴⁴ Yves DERAIS, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », (1993) 4 *J.D.I.* 829, 847-855. Philippe KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », (1989) 2 *J.D.I.* 305, 318-327.

⁴⁵ Henri LESGUILLONS et Lionel COSTES, *Lamy contrats internationaux*, Paris, Lamy, 1986-2003 (feuilles mobiles), division 4, art. 398.

⁴⁶ L'arrêt de la Cour suprême allemande à l'origine de la théorie est disponible en allemand sur le site de la Transnational Law Database à l'adresse Internet suivante : www.tldb.de. Bverf GE 1, 14 [51]. Document TLDB : Doc ID : 301600, Referring principle : No VIII.1 : Definition and Legal consequences of hardship.

⁴⁷ « Si la théorie de l'imprévision et la *Geschäftsgrundlage* régissent toutes deux le changement de circonstances postérieur à la conclusion du contrat, la première vise un simple déséquilibre objectif des prestations, la seconde la disparition d'éléments que les parties ont réellement tenus pour présents à la conclusion du contrat et qui en formaient la base. Le juge se fonde sur l'équité pour revoir le contrat. » Voir : D.-M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 8, p. 589.

débiteur⁴⁸. Généralement, la « Wegfall der Geschäftsgrundlage » est appliquée en dernier recours, après la méthode de l'interprétation complétive. Le tribunal qui procédera à la révision aura pour objectif premier de rétablir l'équité au sein du contrat plutôt que de maintenir l'équilibre contractuel initial⁴⁹. La théorie de la révision pour imprévision a également été reconnue en droit suisse. Le tribunal fédéral suisse, sur la base de l'article 2 du Code civil (bonne foi), a accepté que certains contrats à long terme soient résiliés à cause d'un changement fondamental et imprévisible de circonstances⁵⁰.

Incidentement, mentionnons que, pour certains, la théorie de l'imprévision serait « une application du devoir de coopération dans le temps comme moyen d'adapter les prestations contractuelles aux changements de circonstances »⁵¹. Le devoir de coopération a souvent été rattaché au principe général de bonne foi. Diesse est d'avis que le devoir de coopération contractuelle est maintenant suffisamment autonome pour ne plus s'abriter sous la notion de bonne foi⁵². L'exigence de bonne foi, standard qui permet d'apprécier le comportement fautif ou malveillant de l'une des parties et d'extraire des faits de l'espèce les devoirs de bonne conduite qui s'imposent aux parties, servirait tout de même d'enracinement moral ou éthique au devoir général de coopération, bien que ce dernier soit plus étendu⁵³. La révision pour imprévision serait en fait une manifestation de l'esprit de solidarité contractuelle qui doit exister entre les parties lorsque celles-ci sont confrontées aux difficultés qui menacent leurs rapports contractuels⁵⁴. Seule la solidarité contractuelle permettrait aux parties de résoudre les difficultés rencontrées. La protection de l'une des parties, le rééquilibrage des prestations contractuelles et la moralisation du contrat relèveraient du souci de perfectionnement du droit des contrats. « À vrai dire, sur le plan économique, la coopération assure la protection des intérêts de chaque partie et surtout l'adaptation,

⁴⁸ D.-M. PHILIPPE, *op. cit.*, note 8, pp. 589-590.

⁴⁹ *Id.*, p. 595.

⁵⁰ Les conditions d'application du principe sont d'ailleurs assez sévères. Voir H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 7, 113-114.

⁵¹ François DIESSE, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », (1999) *R.D.A.I.* 737, 770.

⁵² *Id.*, 737-741.

⁵³ *Id.*, 764.

⁵⁴ *Id.*, 766 : « Ainsi, dans le cadre de la solidarité installée entre les parties, compte doit être tenu de la situation réelle dans laquelle se déroulent les rapports entre celles-ci. De plus, chaque contractant doit participer à la satisfaction des besoins de l'autre, répondre à son attente légitime, si nécessaire en adoptant une attitude conciliante et bienveillante. »

en fonction des circonstances, du contrat à l'évolution des besoins des contractants. »⁵⁵ Ce raisonnement se situe clairement dans la lignée des nouvelles théories contractuelles.

Enfin, examinons le troisième et dernier fondement du principe *rebus sic stantibus* : le fondement objectif. Denis Tallon le définit ainsi : « Il repose sur l'économie interne du contrat. Le contrat synallagmatique suppose un certain équilibre des prestations. La destruction de cet équilibre implique soit son rétablissement par une révision du contrat, soit la disparition de celui-ci. »⁵⁶ Ce fondement entretient des liens évidents avec la théorie de la cause de l'obligation : « [...] [L]orsqu'après la conclusion du contrat l'équilibre des prestations est rompu, l'une des prestations n'aurait plus de cause, puisque la contre-prestation ne lui est plus équivalente. Mais la nécessité de la cause, à supposer qu'elle s'impose encore après la formation du contrat, ne signifie pas que la contre-prestation doit être l'équivalent réel de la prestation ; il suffit qu'elle soit l'équivalent tel qu'il a été voulu par les contractants. »⁵⁷ Cette théorie de la cause, prise en considération tant au moment de la formation qu'au stade de l'exécution du contrat, pourrait justifier « [...] la théorie de l'imprévision, en ce que, si une obligation est disproportionnée par rapport à une autre en raison d'événements apparaissant en cours d'exécution, on doit pouvoir considérer qu'elle n'est pas pourvue d'une cause suffisante. »⁵⁸ Lorsqu'un contrat n'a plus de cause, l'équilibre des prestations, mesure objective, est rompu. On peut alors songer à adapter le contrat pour préserver sa logique initiale. Ce raisonnement évoque la théorie allemande qui trouve application lorsque disparaît le fondement contractuel c'est-à-dire les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées pour contracter.

Sous-section 2 : *Pacta sunt servanda*

Le Dictionnaire de maximes et de locutions utilisées en droit traduit ainsi la maxime *pacta sunt servanda* : « Les pactes (contrats) devant être respectés »⁵⁹. « Le

⁵⁵ Id., 770.

⁵⁶ D. TALLON, loc. cit., note 8, 188.

⁵⁷ P. MALAURIE et L. AYNÈS, op. cit., note 25, p. 349.

⁵⁸ C. LARROUMET, op. cit., note 25, p. 393.

⁵⁹ A. MAYRAND, op. cit., note 19, p. 367.

respect de la parole donnée est sanctionné par la force obligatoire des contrats. »⁶⁰ Le principe de la force obligatoire des contrats est bien enraciné en droit civil. On en retrouve l'expression à l'article 1434 du Code civil du Québec et à l'article 1134 du Code civil français. L'expression *pacta sunt servanda* est particulière et se distingue des autres maximes latines par la force qu'elle recèle. D'abord, elle utilise un gérondif, alors que la plupart des expressions latines encore utilisées aujourd'hui sont au présent de l'indicatif. Ensuite, la formulation est affirmative, ce qui est plus rare encore⁶¹. Hyland, dans une réflexion sur l'expression *pacta sunt servanda*, a repéré une autre phrase dont la formulation était identique : *Delenda est Carthago*. Cette phrase fut prononcée par Caton l'Ancien (*Marcus Porcius Cato*) aux temps de la Rome antique. L'auteur en suggère cette traduction : « As a matter of imperative social necessity, Carthage must, at all costs and for all time, be totally annihilated. »⁶² Pour comprendre la maxime *pacta sunt servanda* dans le contexte, l'auteur propose de la traduire de façon analogue : « As a matter of imperative social necessity, commitments must, at all costs and for all time, be completely performed. »⁶³ La maxime ne serait pourtant pas d'origine romaine. Cicéron comme Caton étaient du même avis : « It violates moral duty to prefer the lesser good to the greater »⁶⁴. L'auteur explique pourquoi, à son avis, la maxime n'a pas non plus été érigée en principe fondamental par les canonistes⁶⁵. Hyland est cependant d'avis que le triomphe du christianisme et la révision des accomplissements de l'Empire romain qui s'en est suivie ont jeté les bases nécessaires à l'élaboration de la maxime. Le changement d'attitude à l'égard de la conquête a permis de réaliser l'impact dévastateur du défaut de respecter les traités. En effet, la violation d'un traité semble avoir été à l'origine de la troisième guerre punique qui a provoqué le massacre de Carthage et l'anéantissement de la Cité. Cet élément aurait favorisé l'énonciation de la maxime et confirme le lien plus que grammatical entre les phrases *pacta sunt servanda* et *delenda est Carthago*.

Selon Hyland, Pufendorf aurait énoncé la maxime et l'aurait érigé en principe général. La conception plus précaire de l'état de nature qu'avait Pufendorf serait à

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Ces constats ont été faits par : Richard HYLAND, « Pacta Sunt Servanda : A meditation », (1994) 34 *Virginia Journal of International Law* 405, 408.

⁶² *Id.*, 411.

⁶³ *Id.*, 411.

⁶⁴ *Id.*, 415.

⁶⁵ Absence de méthode d'abstraction.

l'origine de l'énonciation de la locution dans sa forme actuelle et de sa consécration à titre de principe général du droit des contrats : « The fact that Grotius did not himself formulate the *pacta maxim* suggests that a more fragile view of the social contract, such as Pufendorf's, is the true foundation of the maxim. »⁶⁶ Pufendorf faisait découler la force obligatoire du contrat, fondement de toute société humaine, de la sociabilité, une sociabilité fondée sur la raison qui a fait comprendre aux hommes la nécessité de former des sociétés civiles pour se préserver des plus grands maux. Le fondement même du droit naturel réside dans la sociabilité qui s'explique à la fois par l'instinct de conservation et la nécessité de réaliser le bien commun. La force obligatoire des contrats est donc un gage de stabilité sociale :

« Sans obligations, « il ne saurait y avoir de paix et de sociabilité durable parmi le genre humain. Lors donc que l'on est entré par quelques engagements les uns envers les autres, il faut l'effectuer religieusement. C'est une suite nécessaire de la sociabilité. C'est donc une des maximes les plus inviolables du droit naturel et de l'observation de laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté et tout l'agrément de la vie humaine que chacun doit tenir invariablement sa parole, c'est-à-dire effectuer ce à quoi il s'est engagé par quelque promesse ou quelque convention. »⁶⁷

Il ne faut cependant pas oublier que Pufendorf, tout comme Grotius, était jusnaturaliste. « Et nous avons constaté que tous les jusnaturalistes sont d'accord pour soumettre la volonté à la morale naturelle. »⁶⁸ Ils reconnaissaient donc les concepts de bonne foi, d'équité et de changement de circonstances qui autorisent parfois une exception au principe *pacta sunt servanda*.

Le Siècle des Lumières, qui a culminé avec la Révolution française et son slogan « Liberté, Égalité, Fraternité », a fourni le contexte philosophique nécessaire à la mise en place d'une forme plus intransigeante du principe. L'affirmation de préceptes individualistes a donné naissance à la doctrine de l'autonomie de volonté à laquelle le caractère absolu de la maxime *pacta sunt servanda* est intimement lié⁶⁹. Julie Bédard, dans un article sur la révision pour imprévision en droit québécois, résume très bien les fondements de l'autonomie de la volonté :

⁶⁶ R. HYLAND, *loc. cit.*, note 61, 425.

⁶⁷ Philippe MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p. 87.

⁶⁸ Samir TANAGHO, *De l'obligation judiciaire : Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 81.

⁶⁹ La doctrine de l'autonomie de volonté reste le fondement du principe de la force obligatoire des contrats. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 33, n° 418, p. 242.

« Ils sont essentiellement de trois ordres : philosophique, moral et économique. Le premier postulat philosophique est celui de la liberté des individus : on ne peut être obligé que parce que l'on a voulu. En second lieu, sur le plan moral, il est considéré que l'on ne peut vouloir que ce qui est contraire à ses intérêts : qui dit contractuel, dit juste, selon la formule célèbre de Fouillée. Enfin, du point de vue économique, l'autonomie de la volonté serait le meilleur moyen d'assurer la prospérité générale. L'autonomie de la volonté se trouve donc à être à la fois l'explication et la justification du contrat. »⁷⁰

La théorie du contrat social, élaborée notamment par Locke, Hobbes et Rousseau, a eu un impact significatif sur la notion de contrat. Selon Nassar, le contrat, en tant qu'expression des volontés individuelles, a fini par être considéré comme la limite ultime de la relation des individus entre eux⁷¹. Ainsi ce qui a été créé par consentement ne peut être modifié que par consentement. Les parties étant libres d'arranger leurs relations contractuelles à leur guise et, par hypothèse, les parties étant également en mesure de sauvegarder leurs propres intérêts, le contrat constitue la loi des parties. Par conséquent, le contrat, une fois conclu, doit être respecté ; il a force obligatoire. Les prémisses d'égalité et de liberté excluent toute possibilité d'intervention et signifient que chacun est gardien de ses intérêts⁷². Le consentement définit l'étendue des droits et obligations. Il manquait cependant un élément pour que le principe de la force obligatoire se révèle dans sa forme plus absolue : le contexte économique. En effet, selon Larroumet, pour que la volonté puisse jouer un rôle significatif dans la formation et la détermination des obligations contractuelles, la présence d'une économie libérale était indispensable :

« C'est ce qui explique, non seulement, que le principe de l'autonomie de la volonté, indépendamment de sa justification philosophique, n'a pu avoir de véritable signification qu'avec le libéralisme économique, mais encore que c'est essentiellement le déclin du libéralisme économique qui a permis de remettre le principe en question. »⁷³

⁷⁰ J. BÉDARD, *loc. cit.*, note 29, 778.

⁷¹ Nagla NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited : A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 8.

⁷² Idées souvent associées au Siècle de Lumières (XVIIIe) et à la Révolution française de 1789.

⁷³ C. LARROUMET, *op. cit.*, note 25, p. 99.

L'industrialisation, l'esprit du capitalisme et la montée de l'utilitarisme dans l'économie de marché sont tous des facteurs qui ont contribué à créer le contexte nécessaire à l'application stricte du principe de la force obligatoire du contrat⁷⁴.

Les partisans de l'application stricte du principe de la force obligatoire des contrats sont généralement d'avis que les impératifs de stabilité, de prévisibilité et de certitude chers aux opérateurs du commerce international sont mieux réalisés par le principe de l'immutabilité contractuelle. Les propos suivants illustrent bien les préoccupations de ceux qui s'opposent à la révision pour cause d'imprévision :

« Ce matin, M. Lazareff a parlé d'une subjectivité qui l'inquiétait dans les rapports contractuels. Est-ce que ce n'est pas celle-ci que l'on voit dans le cadre de l'adaptation si on va plus loin que la fixation des prix? [Paragraphe] Je vous pose enfin la question : les parties le souhaitent-elles? [Paragraphe] Est-ce que l'on ne peut pas imaginer qu'elles préfèrent garder leur autonomie? Qu'elles pensent qu'il y a une plus grande sécurité juridique si on restreint l'arbitre à ce qui est prévu dans le contrat? [Paragraphe] Et, en ce qui concerne le point de vue de l'arbitre, ne peut-on pas penser que lui-même préférerait ne pas être sollicité à jouer les tout-puissants en acceptant trop de responsabilités? Car ce faisant, on s'expose à bien des risques. [Paragraphe] Il est certain qu'il y a, et qu'il y aura, des contrats inadaptés ; mais à qui incombe la charge de les « réparer »? »⁷⁵

On craint donc que la reconnaissance du principe *rebus sic stantibus* n'ouvre la porte au subjectivisme et à l'arbitraire du décideur appelé à trancher la question du *hardship*⁷⁶. En fait, ce qui semble troubler davantage les opposants à la révision pour imprévision, ce n'est pas tant la reconnaissance du principe comme tel que la nécessité d'avoir recours à une tierce partie pour qu'elle se prononce sur la façon de remédier à la situation. « La théorie de l'imprévision n'étant rien d'autre que la recherche incessante de l'équité dans les contrats, on ne peut courir le risque de laisser à la

⁷⁴ N. NASSAR, *op. cit.*, note 71, pp. 13-19. Voir également : Max WEBER, Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société, Gallimard, Paris, 1991.

⁷⁵ J. PAULSSON, *loc. cit.*, note 8, 257.

⁷⁶ Jan PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.* 1990.55, 96 : « L'idée que les obligations contractuelles puissent être atténuées ou neutralisées par un changement de circonstances, ou par la découverte que le demandeur a commis un abus de droit, ou que les termes du contrat sont injustes, pose déjà de grands problèmes lorsqu'elle se rencontre dans le cadre d'un droit national donné. Toute tentative à l'introduire comme principe général applicable par l'arbitre C.C.I. (quelle que soit sa validité dans les cas où certains droits nationaux, tels que ceux de l'Algérie ou la Norvège, doivent s'appliquer) semblerait ouvrir la porte au subjectivisme et à l'imprévisibilité, et doit donc être envisagée avec une encore plus grande réserve. »

discrétion des tribunaux le choix des solutions qui risquent d'être purement arbitraires et entraîner des effets...« imprévisibles ». Si donc des circonstances très particulières révèlent un déséquilibre des prestations foncièrement injustes pour l'une des parties et la collectivité, il appartient alors au législateur d'intervenir et d'apporter les correctifs nécessaires : il y va de l'intérêt général. »⁷⁷ On redoute l'incapacité des tribunaux à concevoir des solutions cohérentes et appropriées qui n'auront pas pour effet d'engendrer des répercussions inattendues. Ainsi, même si certains reconnaissent le caractère moralement souhaitable de la révision pour imprévision⁷⁸, ils sont d'avis qu'elle est économiquement dangereuse. Ils concluent donc à la prévalence de la donnée économique (utilité sociale) sur la donnée morale (justice) au nom de la stabilité économique. Selon les auteurs, le danger économique réside dans le phénomène de réaction en chaîne que provoque la révision. La révision appellerait l'imprévision. Ainsi, la majoration du prix du charbon dans les marchés de fourniture en cours emporterait celle des produits fabriqués et puis celle des commandes en cours d'exécution. Le refus de la jurisprudence civile française de faire place à la théorie de la révision pour imprévision résiderait dans le souci d'éviter qu'une intervention judiciaire n'ait une incidence généralisée sur toute l'économie⁷⁹. Le juge, dans le doute des répercussions possibles d'une révision, aurait préféré s'abstenir. On estime non seulement que la révision présente un danger pour l'économie en général, mais pour les entreprises en particulier également. En effet, les contrats conclus par une entreprise s'inscrivent souvent dans une planification plus large et la reconnaissance du principe *rebus sic stantibus* viendrait fragiliser les œuvres de prévision que sont les contrats :

« Du côté des tenants de la force obligatoire du contrat, on estime que le contrat, loi des parties, a précisément pour finalité de constituer une « emprise sur l'avenir », une manière de fixer dans le temps les relations entre les parties pour une période plus ou moins longue et ainsi, par exemple, de prévoir, de stabiliser ou même de réduire les coûts de

⁷⁷ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 37, p. 434.

⁷⁸ « Qu'en présence de bouleversements imprévisibles la révision soit *conforme à la justice*, on le niera difficilement. Certes, elle contredit le principe, éminemment moral, du *respect de la parole donnée* : c'est l'objection classique. Mais ce principe doit être réconcilié avec celui, non moins fort, de la *justice commutative* : le contrat n'est plus légitime lorsqu'un déséquilibre profond s'y accuse entre les prestations réciproques. Ce n'est certes pas un idéal moral que de contraindre un débiteur – au motif qu'il doit tenir sa promesse ou celle d'un de ses lointains auteurs – à exécuter ses obligations aux conditions contenues trente ans ou trois siècles plus tôt. » J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 36, pp. 299-300.

⁷⁹ *Id.*, pp. 299-300.

production d'un bien. Admettre alors la théorie de l'imprévision, ce serait promouvoir la ruine de cette œuvre de prévision ; ce serait porter une atteinte grave à la liberté contractuelle et au respect de la parole donnée : *Pacta sunt servanda*. »⁸⁰

En fait, cette stratégie évoque le concept de « presentation » des contrats discrets. Nous reviendrons sur cette notion lorsque nous examinerons la théorie des contrats relationnels de Macneil. Nous verrons alors que la « presentation » ne peut être appliquée dans toute sa rigueur lorsque de tels contrats sont en jeu.

Sous-section 2 : Application des principes dans la pratique arbitrale contemporaine

La doctrine conclut généralement au rejet du principe *rebus sic stantibus* par les arbitres du commerce international ou, à tout le moins, à une interprétation très stricte du principe⁸¹. Nous avons donc procédé à l'examen des sentences arbitrales afin de vérifier la justesse de cet énoncé. Nous avons immédiatement constaté que, dans plusieurs sentences examinées, les circonstances de l'espèce ne justifiaient pas l'application du principe. Ainsi, dans la célèbre affaire n° 1512, si souvent invoquée

⁸⁰ Paul-André CRÉPEAU et Élise M. CHARPENTIER, Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?, Scarborough (Ontario), Carswell, 1998, p. 116. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, op. cit., note 37, p. 432 : « En dehors des cas prévus par la loi elle-même, il serait dangereux de permettre l'intervention du juge : la sécurité des contrats ne serait plus assurée. »

⁸¹ A. KASSIS, op. cit., note 39, pp. 363-369. Selon cet auteur, la jurisprudence arbitrale rejette carrément le principe *rebus sic stantibus* : « Au fait, il s'agit non d'une interprétation stricte mais d'un rejet pur et simple du principe exprimé par l'adage *Rebus sic stantibus*, car celui-ci se traduit par l'admission d'une clause implicite d'adaptation qui ne peut jouer qu'en l'absence de clause expresse. » (n° 571, p. 364) Voir également : Y. DERAIS, loc. cit., note 44, 850-851 : « Si cette tendance devait s'imposer, il faudrait y voir un infléchissement sensible par rapport à la position dominante de la jurisprudence arbitrale internationale traditionnellement hostile à l'admission de la clause « *rebus sic stantibus* ». ; H. VAN HOUTTE, loc. cit., note 7, 115 : « In general, however, arbitrators have been rather strict in applying *rebus sic stantibus*. » ; P. KAHN, loc. cit., note 7, 242 : « Mais la majorité des sentences arbitrales maintient le contrat tel qu'il a été conclu car *pacta sunt servanda*, principe auquel s'ajoute celui du professionnalisme des parties. » ; W. MELIS, loc. cit., note 8, 221. « The same observation is true for « hardship » : ICC arbitrators have only exceptionally admitted the application of the principle *rebus sic stantibus*. » ; Jean-Baptiste RACINE, L'arbitrage du commerce international et l'ordre public, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 386 : « À notre connaissance, la jurisprudence arbitrale est profondément divisée entre les sentences qui rejettent la règle *rebus sic stantibus* au nom du principe de la force obligatoire des conventions et de la présomption de compétence professionnelle des opérateurs du commerce international et celles qui admettent la théorie de l'imprévision. » ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. cit., note 17, p. 28 : Selon ces auteurs, la tendance dominante de la jurisprudence arbitrale en matière internationale écarterait l'adage *rebus sic stantibus*.

pour soutenir le rejet du principe *rebus sic stantibus* par la jurisprudence arbitrale, l'arbitre, malgré le fait qu'il ait exprimé une réticence sans équivoque à l'égard du principe, admet que les circonstances de l'affaire ne justifiaient pas son application⁸². Dans l'affaire n° 2508⁸³, le tribunal a conclu que la partie lésée n'avait pas apporté une preuve suffisante du *hardship*. Dans l'affaire n° 6281, le droit applicable, la loi yougoslave de 1978 sur les obligations, prévoyait la possibilité pour la partie lésée de demander la résiliation du contrat en cas d'imprévision⁸⁴. L'arbitre a cependant estimé que le préjudice subi en l'espèce, soit une augmentation des prix du marché mondial légèrement inférieure à 13,16%, ne dépassait pas le risque commercial raisonnable et que l'évolution était de toute façon prévisible. Dans une sentence arbitrale *ad hoc*⁸⁵, le tribunal arbitral s'est référé à une décision de la Cour fédérale suisse, droit applicable au contrat, et a conclu qu'il n'était pas possible en l'espèce d'invoquer le principe *rebus sic stantibus*. En effet, la pénurie de pétrole et l'augmentation des prix du marché

⁸² Les propos de l'arbitre sont les suivants : « Quelle que soit l'opinion ou l'interprétation des juristes des différents pays en ce qui concerne le "concept" de modification des circonstances comme excuse d'une non-exécution, ils s'accorderont sans doute sur la nécessité de limiter l'application de la soi-disant doctrine "*Rebus sic stantibus*" (quelquefois visée par les expressions "*frustration*", "*force majeure*", "*imprévision*", et autres termes similaires) à des cas où des raisons contraignantes le justifient, en considérant non seulement le caractère fondamental des modifications, mais aussi le caractère particulier des contrats en cause, des exigences de loyauté et d'équité et toutes les circonstances de l'affaire. [Paragraphe] Il paraît évident qu'aucune des conditions qui pourraient justifier l'application de la "doctrine" ne sont remplies dans cette affaire. » Sentence rendue en 1971 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 1512, J.D.I. 4, 1974.905.907.

⁸³ Sentence rendue en 1976 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2508, J.D.I. 4, 1977.939.

⁸⁴ Dans cette affaire, l'acheteur avait exercé dans les délais une option d'achat pour une quantité supplémentaire d'acier à un prix et à des conditions identiques. Le vendeur a cependant refusé de respecter le prix convenu. Ce dernier a notamment invoqué le caractère déraisonnable d'une livraison au prix convenu du fait de la hausse du prix mondial de l'acier qui venait s'ajouter à ses coûts de production importants. L'arbitre a tout d'abord remarqué que le jeu de l'offre et de la demande sur le marché mondial et les coûts de productions étaient deux arguments distincts qui n'étaient ni économiquement interdépendants ni obligatoirement liés. Sentence rendue en 1989 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6281, J.D.I. 4, 1989.1114.

⁸⁵ Un contrat avait été conclu entre une entreprise yougoslave et une société d'État hongroise, importatrice de pétrole, pour le prolongement d'un pipeline et le transport à long terme de certaines quantités de pétrole. Le droit suisse était applicable au contrat, mais les usages propres à la transaction devaient être pris en considération. L'extrait publié de la sentence porte exclusivement sur la demande reconventionnelle de l'entreprise yougoslave déplorant le fait que les quantités transportées au cours de l'année quatre-vingt aient été beaucoup moins importantes que ce qui était prévu au contrat. En défense, l'entreprise hongroise a notamment invoqué un changement de circonstances provoqué par une détérioration générale sur le marché du pétrole (OPEP) en raison du déclenchement de la guerre Iran-Iraq. Ces changements ont eu pour effet de réduire la consommation de pétrole et par conséquent le transport. L'entreprise d'État demandait donc l'application de la règle *rebus sic stantibus*. Sentence arbitrale *ad hoc* rendue le 6 juillet 1983 en Yougoslavie, (1984) 9 Y.C.A. 69.

étaient prévisibles après la déclaration de la guerre à l'automne 1973. Cette circonstance était connue lors de la conclusion du contrat. Le tribunal a également ajouté qu'il serait injuste de faire subir à l'entreprise yougoslave tout le poids des développements survenus sur le marché du pétrole, ce qui aurait été le cas en l'espèce puisqu'elle ne pouvait transporter autre chose que du pétrole avec ses installations. Le tribunal a semblé prendre pour acquis que l'application de la clause *rebus sic stantibus* mènerait inévitablement à la résiliation sans indemnité. Dans l'affaire n° 8486⁸⁶, la partie turque, confrontée à des difficultés financières dues à l'évolution du marché, n'a versé qu'une partie de l'acompte prévu et n'a pas ouvert l'accréditif destiné à couvrir le solde. Sa cocontractante néerlandaise a déclaré la résolution du contrat et a réclamé des dommages-intérêts. La partie turque a prétendu que des changements économiques imprévisibles sur le marché turc du sucre en morceaux avaient créé une situation de *hardship* qui aurait affecté la validité du contrat et l'aurait dégagée de ses obligations. L'arbitre a d'abord fait certains commentaires sur le droit applicable⁸⁷. Il a ensuite conclu que les circonstances invoquées entraient dans la catégorie des risques assumés par les parties. Il a ajouté que la situation incertaine du marché turc était connue de la partie turque. Le tribunal a jugé que la disposition sur le *hardship* n'était pas applicable. Cette décision confirme notre lecture de la sentence arbitrale n° 1512. Ajoutons que la position de la partie turque qui prétendait être relevée de l'obligation de payer était un peu excessive. De plus, l'évolution du marché turc affectait la situation financière de l'entreprise turque, mais n'entretenait qu'un lien indirect avec l'objet du contrat, soit l'installation d'une unité de production de morceaux de sucre. Dans l'affaire

⁸⁶ Sentence rendue en 1996 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8486, *J.D.I.* 4, 1998.1047. Voir aussi (1999) 24 *Y.C.A.* 162.

⁸⁷ L'arbitre, après avoir constaté la validité du contrat, s'est interrogé sur l'applicabilité de l'article 6 : 258 du Code civil néerlandais qui permet dans certaines circonstances au débiteur d'une obligation d'être relevé de celle-ci lorsque survient une situation imprévisible. L'arbitre a d'abord répété avec emphase que cette disposition était appliquée avec grande prudence en droit néerlandais. Il a poursuivi en observant que l'application d'un tel article dans un contexte international nécessitait la prise en considération des convictions juridiques en vigueur dans le droit des contrats internationaux. Il a estimé qu'il était nécessaire et valable, selon le droit néerlandais, d'interpréter le droit national à la lumière des Principes d'UNIDROIT. Il s'est donc référé à la fois à l'article 1.3 des Principes qui affirme le principe de la force obligatoire des contrats et à l'article 6.2.1 qui énonce expressément que les difficultés accrues d'exécution ne sont pas suffisantes pour conclure à l'existence d'une situation de *hardship*. Dans la lignée de la sentence arbitrale n° 1512 auquel il fait référence, l'arbitre réaffirme la proposition selon laquelle la résolution du contrat suite à la survenance de circonstances imprévisibles ne doit être acceptée que dans des cas exceptionnels.

n° 8873⁸⁸, le tribunal arbitral a conclu que les Principes d'UNIDROIT invoqués par l'une des parties étaient inapplicables en l'espèce. Le seul moyen d'appliquer les Principes d'UNIDROIT en matière de *hardship* était de prétendre qu'ils constituaient une codification des usages existants, mais le tribunal a estimé que, dans la pratique courante des affaires, le *hardship* était un principe exceptionnel qui n'était accepté que par le biais d'une clause dans le contrat. Cependant, le tribunal a jugé bon d'ajouter que le principe *rebus sic stantibus*, reconnu en droit espagnol dans certaines circonstances exceptionnelles, était inapplicable en l'espèce puisque les exigences formulées par la jurisprudence espagnole n'étaient pas remplies. Dans l'affaire n° 9029⁸⁹, le tribunal arbitral a conclu que, même si les Principes d'UNIDROIT et la *lex mercatoria* avaient été applicables, le *hardship* allégué par le défendeur était inexistant et qu'il ne pouvait pas conclure à l'invalidité ou à la nullité de l'entente.

La sentence *Himpurna California Energy* mérite d'être analysée plus en profondeur⁹⁰. Il était question dans cette affaire de contrats de vente d'énergie et d'investissement entre une filiale américaine (Himpurna) et une entreprise d'État indonésienne (PLN). Une grave crise économique s'étant abattue sur le pays, l'entreprise indonésienne n'avait pu effectuer les paiements requis. Différents décrets gouvernementaux avaient été pris et le tout a finalement abouti à la fermeture complète de la centrale énergétique. La filiale américaine a donc prétendu que l'entreprise indonésienne n'avait pas respecté ses obligations et avait répudié le contrat. Le droit indonésien était applicable à moins qu'il n'ait été prouvé contraire à l'intention des

⁸⁸ Sentence rendue en juillet 1997 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8873, *J.D.I.* 4, 1998.1017. Disponible sur la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info.

⁸⁹ Les allégations du défendeur dans cette affaire étaient plutôt confuses. Il a tenté de faire annuler ou invalider par le tribunal arbitral l'entente entre actionnaires conclue entre les parties dans le cadre du financement d'un projet aéronautique. Le demandeur exigeait du tribunal qu'il mette fin à l'entente parce que le défendeur n'avait pas respecté ses obligations. Le défendeur a soutenu qu'il était justifié de se retirer puisque l'entente était caractérisée par le *hardship*. Il a fondé ses réclamations sur les articles 6.2.2 (*hardship*), 3.10 (avantage excessif) et 1.7 et 2.15(2) (mauvaise foi) des Principes d'UNIDROIT à titre d'usages du commerce international. Le défendeur fait également référence à la notion de droit allemand d'avantage excessif. Il n'est aucunement fait allusion à un changement de circonstances. Les obligations, services à rendre prévus dans le contrat auraient, dès le départ, octroyé un avantage excessif au demandeur. Sentence rendue en mars 1998 à Rome sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9029, (1999) 10 *ICC Bull.*, No. 2, 88.

⁹⁰ *Himpurna California Energy Ltd. (Bermuda) c. Pt. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, sentence arbitrale ad hoc de la CNUDCI rendue le 4 mai 1999 à Jakarta (Indonésie), (2000) 25 *Y.C.A.* 13.

parties et à l'esprit du contrat. Sur le fond du litige, l'entreprise indonésienne a invoqué le changement de circonstances pour justifier son défaut d'exécuter ses obligations. Il est notamment fait référence à la chute drastique du cours de la roupie, à la contraction de l'économie de 15% et au taux de chômage élevé. L'entreprise indonésienne prétendait que le tribunal arbitral devrait se limiter à laisser les parties renégocier le contrat dans le respect des principes applicables lors d'un changement fondamental de circonstances. À cet égard, le tribunal arbitral a fait le commentaire suivant :

« The Arbitral Tribunal is willing to accept that under Dutch as well as Indonesian law, there are situations in which the rule of good faith may operate to dissolve or transform contractual rights and obligations. On the other hand, it is quite clear that such a remedy is reserved for extreme cases. The fundamental principle *pacta sunt servanda* forms the bedrock civil law of obligations everywhere. »⁹¹

Le tribunal arbitral a ensuite conclu que certaines lacunes dans la thèse de PLN, l'entreprise indonésienne, rendaient l'application de la doctrine *rebus sic stantibus* injustifiée. Ainsi, de l'avis du tribunal, le demandeur n'a pas refusé de négocier : « Indeed, if anyone refused to negotiate it was PLN, which has never responded the claimant's offer, and never made a proposal of its own beyond unhelpfully asking the claimant to wait. »⁹² Selon le tribunal, l'argument de PLN ne tenait pas compte des conséquences que pourrait avoir la solution proposée par l'entreprise indonésienne sur Himpurna. La doctrine du changement de circonstances doit en effet prendre en considération les conséquences du changement de circonstances pour les deux parties :

« To argue that PLN may simply walk away from its contractual obligations, without any regard to these investments, and to say that this argument is based on considerations of good faith, is certainly unacceptable. PLN has never explained why the full brunt of the financial crisis should be deflected on to an innocent party which, moreover, is simply seeking to rely on a contract as it is written. »⁹³

Finalement, le tribunal a considéré que la référence faite par PLN à la force majeure nuisait à sa position puisque la répartition des risques avait été faite dans le contrat⁹⁴.

⁹¹ Id., 58.

⁹² Id., 59.

⁹³ Id.

⁹⁴ Le prix avait été fixé en dollars américains et une clause de force majeure pouvait être invoquée par *Himpurna*, la filiale américaine.

Le tribunal a jugé qu'il ne pouvait pas intervenir et imposer ce qu'il aurait pu considérer comme une solution appropriée. Le tribunal a donc conclu à la résiliation du contrat due au bris fondamental de PLN, l'entreprise d'État indonésienne. Il a ensuite décidé de l'attribution des dommages-intérêts. Il est intéressant de constater que le tribunal n'a accordé que 10% des dommages réclamés pour la portion « *lucrum cessans* ». Plus loin, le tribunal fait le commentaire suivant :

« But the premise succumbed to a bitter wind. Having to deal with the circumstances as it has found them, the Arbitral Tribunal has sought to alleviate PLN's burden as much as possible while respecting the clear contractual entitlements of the claimant under an agreement which by its terms left very little to chance. »⁹⁵

Le tribunal arbitral a donc pris en considération les difficultés auxquelles était confrontée l'entreprise indonésienne, mais au niveau de la détermination des dommages-intérêts.

Lorsqu'il est question d'un contrat de vente ou d'un contrat de nature spéculative, les arbitres refusent généralement d'appliquer le principe *rebus sic stantibus*. Ainsi, dans un litige opposant un vendeur belge à un acheteur japonais⁹⁶, le prix des produits avait augmenté entre la signature des divers contrats et les dates prévues pour les livraisons. Devant le refus de l'acheteur de procéder à un réajustement du prix contractuel, le vendeur a suspendu son obligation de livrer. Pour se justifier, il a invoqué notamment l'argument selon lequel les contrats comporteraient implicitement une référence au principe *rebus sic stantibus*. Le tribunal arbitral, statuant en droit français conformément à l'accord des parties, constate la méconnaissance de ce principe par la théorie française des contrats qui favorise plutôt la force obligatoire des accords contractuels. Le tribunal a rejeté l'application du principe *rebus sic stantibus* pour le motif suivant :

« Dans le domaine commercial tout particulièrement, les circonstances fluctuantes constituent une incitation des plus grandes à la conclusion des contrats, chaque partie escomptant un bénéfice des changements de cours, tout en acceptant implicitement le risque qu'un tel changement lui soit défavorable. »⁹⁷

⁹⁵ Id., 105.

⁹⁶ Sentence rendue en 1976 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2708, J.D.I. 4, 1977. 943.

⁹⁷ Id.

Si les parties avaient voulu limiter ce risque, elles auraient négocié une clause à cet égard :

« Aucune clause de ce type n'a été insérée dans les contrats de vente conclus par les parties dans la présente affaire. Il en découle que les conditions de ces contrats doivent être considérées comme obligatoires, quelles que soient les circonstances économiques et leur évolution. »⁹⁸

Pour le tribunal arbitral, le rejet de la théorie de l'imprévision en droit civil français n'a pas semblé déterminant puisqu'il a jugé bon ajouter d'autres motifs, soit la nature des contrats conclus et l'absence de clause d'ajustement. De façon générale, les contrats de vente, exception faite des contrats de distribution ou d'approvisionnement qui s'étaient dans le temps, ne se prêtent pas à l'application du principe *rebus sic stantibus* puisque, par nature, le transfert s'opère dès l'accord des volontés sur les éléments essentiels du contrat, soit l'objet et le prix.

Dans une sentence rendue par la « Arbitration Court of the Japan Shipping Exchange », le tribunal, considérant la nature spéculative du contrat, a considéré qu'il n'était pas possible de décider s'il existait une situation où le principe de changement de circonstances aurait pu être appliqué. Le tribunal invoque également le principe *pacta sunt servanda*. De plus, le tribunal arbitral, après avoir examiné les demandes d'augmentation du défendeur, a jugé qu'elles n'étaient pas basées sur les hausses présentées par les sous-contracteurs et a conclu que les chiffres fournis n'étaient pas crédibles. En effet, le défendeur, constructeur de navire, avait fait plusieurs demandes pour augmenter le prix du contrat, alléguant notamment l'augmentation du taux d'inflation due à la crise du pétrole de 1973. Devant le refus du demandeur, le défendeur a résolu le contrat. Pour justifier sa position, il s'est fondé sur une disposition contractuelle et, subsidiairement, sur la clause *rebus sic stantibus*. Tous les arguments du défendeur ont été rejetés. Le droit applicable au contrat n'est pas précisé dans l'extrait. Mentionnons finalement l'affaire n° 2216⁹⁹ où le tribunal arbitral était parfaitement justifié d'invoquer le principe de la compétence professionnelle des parties. En réponse à l'argumentation de l'une des parties fondée sur la baisse des prix du pétrole, le tribunal a notamment souligné le fait que cette dernière était allée jusqu'à

⁹⁸ *Id.*, 944.

⁹⁹ Sentence rendue en 1974 en Suisse sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2216, *J.D.I.* 4, 1975.917.

s'enquérir des résultats de la Conférence de Téhéran avant de conclure son contrat. Dans ces circonstances, elle aurait dû se prémunir contre les fluctuations des prix par une clause dans le contrat.

Dans l'affaire n° 2404¹⁰⁰, une entreprise roumaine X avait fait défaut de prendre livraison de produits vendus par une entreprise belge. L'un des arguments invoqués par l'entreprise roumaine pour justifier son inexécution fut la modification des circonstances extérieures dans lesquelles avait été conclu le contrat. Le tribunal a cependant refusé d'appliquer le principe *rebus sic stantibus* pour les motifs suivants :

« Considérant au surplus que le principe « rebus sic stantibus » invoqué par X ne peut recevoir application en l'espèce. Il convient en effet de ne retenir cette notion qu'avec réserve et prudence, surtout lorsque l'intention des parties a été clairement exprimée dans un contrat. La précaution s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de transactions internationales où en général les parties ont conscience des risques qui peuvent survenir et sont ainsi à même de les formuler de manière précise. »

Le tribunal se réfère ainsi à l'affaire n° 1512. Les propos du tribunal sont ambigus. Ils pourraient laisser entendre que, dans les circonstances de l'espèce, le principe n'était pas applicable. En définitive, les détails de l'affaire sont insuffisants pour autoriser une conclusion quelconque sur le sujet. Dans leur ouvrage sur les contrats internationaux¹⁰¹, Draetta et Lake constatent que, dans cette affaire et tout comme dans l'affaire n° 2216, le tribunal arbitral avait été saisi d'une demande en résiliation et non d'une demande en adaptation du contrat. Ils sont d'avis que les tribunaux, confrontés à une demande de résiliation pour imprévision, ont tendance à préserver le contrat plutôt qu'à le résilier. Finalement, mentionnons que le tribunal a reconnu le droit de l'entreprise belge aux dommages-intérêts. Il a statué sur la base du droit français déclaré applicable au litige par les parties. Le droit français ne semble pas avoir été déterminant dans la décision de ne pas appliquer le principe *rebus sic stantibus*. Les arbitres ont fait référence au principe de la réparation limitée aux dommages prévisibles dans le respect de la volonté contractuelle et le désir de conserver de bonnes relations afin de multiplier les transactions. Il est intéressant de noter que le tribunal arbitral se

¹⁰⁰ Sentence rendue en 1975 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2404, *J.D.I.* 4, 1976.995.

¹⁰¹ U. DRAETTA et R. LAKE, *op. cit.*, note 28, p. 199.

soucie de maintenir les relations contractuelles dans la détermination des dommages-intérêts. Le principe de la minimisation des dommages est également invoqué.

Certains tribunaux arbitraux se sont montrés plus réceptifs à la théorie de la révision pour imprévision, bien que cette affirmation puisse parfois être nuancée. Dans l'affaire n° 4761¹⁰², il était question d'un contrat de sous-traitance entre un consortium italien (demandeur) et une société par action de droit libyen (défenderesse) qui avait pour objet un projet de construction effectué à la demande d'un maître d'ouvrage libyen. Des difficultés sont survenues sur le chantier et des avenants ont été négociés entre les parties. Une entente sur la possibilité de réviser le prix à la hausse a été conclue et un délai a été fixé par la suite pour procéder à la détermination de l'augmentation. (Le contrat était à forfait au départ.) Le prix n'a pas été déterminé. Le sous-traitant a décidé de quitter le chantier sans mise en demeure par crainte de représailles sur les employés du chantier. Une procédure d'arbitrage a été initiée. Le droit libyen était applicable à titre principal et la *lex mercatoria* à titre subsidiaire. Sur le fond du litige, le tribunal arbitral a constaté que le droit libyen, comme le droit allemand, le droit suisse et la *lex mercatoria*, donnaient effet à la théorie de l'imprévision lors de circonstances extraordinaires et imprévisibles. Il a également invoqué la supériorité du principe de la bonne foi sur le principe *pacta sunt servanda*. Ainsi, contrairement à ce que prétendait la défenderesse, la révision ou l'adaptation de prix du contrat, même stipulé à forfait, n'était pas prohibée par le droit libyen dans la mesure où surviennent des circonstances extraordinaires et imprévisibles. Le droit libyen autorisait donc le juge à augmenter le prix ou à résilier le contrat. Par conséquent, l'accord entre les parties à procéder à une révision n'était ni illicite ni illégal et pouvait déployer tous ses effets au plan juridique. Finalement, le tribunal a estimé que le fait que le montant de l'augmentation n'ait pas été déterminé dans l'avenant importait peu puisque l'augmentation était objectivement déterminable. Devant l'absence d'accord entre les parties sur le montant de l'augmentation, un tribunal arbitral aurait pu procéder à sa détermination. Le tribunal a conclu que la défenderesse avait violé son obligation de coopérer de bonne foi à l'exécution du contrat. Bien sûr, la portée de la décision est quelque peu restreinte par le fait que les parties avaient pris au préalable une entente

¹⁰² Sentence rendue en 1987 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 4761, J.D.I. 4, 1987.1012.

de principe sur la révision et par le fait que le droit libyen autorisait la révision pour imprévision.

Dans la célèbre affaire n° 2291¹⁰³, le tribunal arbitral a formulé la règle selon laquelle « toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur le plan financier et c'est pourquoi, dans presque tous les contrats internationaux, « le prix est donc fixé en fonction des conditions existant au moment de la conclusion du contrat et il variera en fonction de paramètres qui reflètent les variations des valeurs des différents éléments qui composent le produit ou la prestation ». Le tribunal a ajouté que les contrats devaient s'interpréter de bonne foi, les parties ayant l'obligation de ne pas chercher à se nuire et la renégociation raisonnable étant coutumière dans les contrats économiques internationaux. Il a également énoncé que les parties devaient faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts. Il était question dans cette affaire d'un contrat de transport et d'emballage conclu par échange de télex et par entretiens confirmés par télex. Les parties s'étaient entendues sur une clause de révision du prix. Un litige est survenu quant à la portée de la clause. L'une des parties soutenait qu'une modification ne pourrait toucher que les tarifs de fret maritime. En l'absence de contrat formel, l'arbitre a décidé d'interpréter la volonté des parties au moyen de leurs écrits et des principes généraux du droit et de l'équité. Le fait que les parties se soient entendues au préalable sur une clause de révision du prix vient altérer la portée de l'énoncé fait par le tribunal arbitral sur l'équilibre des prestations réciproques. Notons cependant que l'arbitre a affirmé cette règle de façon générale, sans la limiter aux contrats internationaux qui comportent une clause ou un mécanisme d'adaptation du contrat. Mentionnons finalement qu'il n'était pas question dans cette affaire d'une modification des circonstances extérieures du contrat. Les pièces à transporter ce sont simplement révélées plus volumineuses et plus nombreuses que prévu¹⁰⁴. L'intérêt de la sentence réside dans les trois règles de la *lex*

¹⁰³ Sentence rendue en 1975 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2291, J.D.I. 4, 1976.989.

¹⁰⁴ L'arbitre conclut donc que le prix pourra être révisé en ce qui concerne la quantité d'objets à transporter (pièces non reprises à la liste de colisage), mais que rien ne pourra être fait pour la différence de poids et de volume des pièces indiquées sur la liste de colisage.

mercatoria énoncées par le tribunal. L'arbitre y réfère comme à des règles d'interprétation qui lui permettent de définir l'intention des parties quant à la portée de la clause de révision du prix. On s'explique mal la référence faite par le tribunal à la position adoptée par les droits respectifs des parties (anglais et français) sur la question de la révision pour cause de modification des circonstances économiques. Apparemment, le tribunal arbitral en a tiré des conclusions sur la bonne foi des parties.

Dans l'affaire n° 1990, le *hardship* ou l'imprévision aurait pu être évoqué même si les circonstances de l'espèce de s'y prêtaient pas, mais l'arbitre n'y fait aucune allusion. L'une des parties prétendait que l'évolution du marché espagnol et la dévaluation de la peseta pouvaient justifier l'annulation du contrat de concession. L'arbitre s'est référé aux droits espagnol et italien et a constaté que la résiliation unilatérale du contrat n'était possible qu'en cas de faute ou de force majeure. De toute façon, les parties avaient prévu une clause de transformation du contrat de concession en contrat de production dans l'éventualité où l'importation deviendrait impossible ou objectivement difficile. Le contrat a été dénoncé et il y a eu transition de l'importation à la fabrication. La demanderesse a réclamé les pénalités contractuelles et une augmentation pour tenir compte de la dévaluation de la peseta. En défense, la partie adverse a allégué la nullité initiale du contrat pour vice de consentement et l'impossibilité d'exécution du contrat due à l'évolution du marché espagnol et la dévaluation de la peseta. Les commentaires de Draetta et Lake sur cette affaire méritent d'être rapportés intégralement :

« Cependant, en cas de stipulation expresse, même partielle ou incomplète, les arbitres interprètent avec largesse l'intention des parties de procéder à une adaptation du contrat. Notamment, dans la sentence arbitrale n° 1990 de 1976, les parties avaient estimé qu'un réseau de distribution serait remplacé par un contrat de licence de fabrication locale en cas de difficulté objective d'importation de certaines marchandises. Les arbitres ont non seulement estimé qu'une dévaluation de 10% de la devise du pays distributeur était suffisante pour justifier la modification, mais on aussi interprété les clauses de fond du contrat de licence de fabrication qui n'avaient pas été entièrement rédigées par les parties. »¹⁰⁵

¹⁰⁵ U. DRAETTA et R. LAKE, *op. cit.*, note 28, p.200.

Indépendamment des clauses du contrat qui permettaient d'effectuer une transition, il semble donc que la demanderesse ait réussi à obtenir une augmentation pour tenir compte de la dévaluation de la monnaie.

Dans l'affaire n° 7365¹⁰⁶, le droit iranien était applicable à deux contrats de vente d'un appareil sophistiqué conclus entre une compagnie américaine et les forces militaires aériennes de l'Iran. À noter qu'il ne s'agissait pas de simples contrats de vente puisque la compagnie américaine devait se charger de la livraison et de l'installation. Les paiements étaient étalés en fonction de l'avancement des travaux. Les parties s'étant entendues pour l'application complémentaire et supplétive des principes généraux du droit et des usages du commerce, le Tribunal arbitral a conclu, en se référant également à l'art. 13(5) du Règlement de la CCI, qu'il prendrait ces principes et ces usages en considération dans la mesure nécessaire. Quant au contenu de ses règles, le Tribunal a décidé de se laisser guider par les Principes d'UNIDROIT. Le Tribunal a conclu que les événements chaotiques entourant la révolution islamiste en 1979 avaient mis en péril l'exécution des contrats. En effet, le changement dans les relations politiques des deux pays équivalait à un changement fondamental des circonstances autorisant chacune des parties à demander unilatéralement, sinon la résiliation des contrats, du moins l'adaptation de leurs dispositions, en particulier la remise des dates prévues contractuellement pour une période de temps raisonnable. Le tribunal a justifié ses conclusions en invoquant le fait que la plupart des systèmes juridiques autorisaient certaines exceptions au principe *pacta sunt servanda* dans des circonstances particulières. Le tribunal s'est référé à l'article 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT et a invoqué le caractère implicite de la clause *rebus sic stantibus* :

« Moreover, from the covenant of good faith and fair dealing which is implied in each contract follows that in a case in which the circumstances to a contract undergo said fundamental changes in an unforeseeable way, a party is precluded from invoking the binding effect of the contract. The idea that a change in circumstances may affect the binding force of a contract is known under the maxim *clausula rebus sic stantibus* : the contract remains binding provided that things remain unchanged. It is understood, however, that due to the fundamental principal of *pacta sunt servanda* not any change of circumstances can be sufficient. Due to its exceptional character, its application is only justified if the change in

¹⁰⁶ *Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc*, sentence finale rendue le 5 mai 1997 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7365,(1999) Rev. dr. unif. 796 et 1015.

circumstances was fundamental and unforeseeable. In such restrictive and narrow form this concept has been incorporated into so many legal systems that it is widely regarded as a general principle of law. As such, it would be applicable in the instant arbitration even if it did not form part of the Iranian law. »

De l'incorporation du principe dans plusieurs systèmes juridiques, le tribunal a inféré l'existence d'un principe général du droit. Le tribunal a également souligné que les concepts de *hardship* dans les droits nationaux pouvaient varier, mais qu'ils étaient pour la plupart fondés sur une prémisse commune : la survenance d'un développement imprévisible sans faute et hors du contrôle des parties bouleversant l'exécution du contrat. Cette décision de la CCI a été confirmée par la Cour de district de la Californie qui a jugé notamment que la référence aux Principes d'UNIDROIT et aux principes de justice tels que le principe de la bonne foi n'excédait pas le champ d'application des termes de référence¹⁰⁷. Le tribunal a également souligné à deux reprises que le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour refuser de confirmer une sentence était très limité, surtout que, dans les faits, les pouvoirs des arbitres sur le droit applicable étaient relativement larges.

Dans l'affaire *Questech*¹⁰⁸, dont les faits sont très similaires à ceux de l'affaire n° 7365, les circonstances particulières liées à l'objet du contrat et à la qualité des parties ont, semble-t-il, facilité l'application de la théorie de l'imprévision et ont permis de mettre un terme au contrat. L'opinion majoritaire a formulé le commentaire suivant à cet égard :

« Second, the Contract being a part of the IBEX Program was rooted in military cooperation, and even belonged to a highly secret intelligence gathering system. As such it touched on especially sensitive aspects of the State partner's defence interests and policy. In this particular situation the political relationship between the States concerned was of greater importance than in ordinary commercial relations, and in this case even more than with regard to contracts for the sale of less sensitive military equipment or services. If, during the performance of a contract like the present one, these circumstances undergo fundamental changes which the parties had not foreseen, then a consequence may

¹⁰⁷ *Id.*, 799 et 1016.

¹⁰⁸ *Questech, Inc. c. The Ministry of National Defence of the Islamic Republic of Iran*, sentence rendue dans l'affaire n° 59 (191-59-1), le 25 septembre 1985 par le « Iran-U.S. Claims Tribunal », (1986) 11 *Y.C.A.* 283.

be that a contract party is not barred from opting for a termination of the contract in such a situation. »¹⁰⁹

Le tribunal a été d'avis que le principe *rebus sic stantibus*, ayant été incorporé dans tant de systèmes juridiques, pouvait être considéré comme un principe général du droit. Bien qu'il ne soit pas aisé d'établir les bases communes d'un tel principe, le tribunal a estimé que son application était justifiée en l'espèce par l'article 5 de la Déclaration pour le règlement des réclamations du Tribunal des réclamations entre l'Iran et les États-Unis qui prévoit que le tribunal doit résoudre les problèmes sur la base du droit et des principes du droit commercial international applicables tout en prenant en considération les usages pertinents du commerce, les dispositions contractuelles et les modifications de circonstances. Le tribunal a ensuite énuméré les circonstances qui avaient mené au changement de situation¹¹⁰. Le tribunal a affirmé que le principe de changement des circonstances pouvait être invoqué indépendamment de l'absence de dispositions contractuelles régissant la résolution du contrat. Le tribunal conclut donc à l'obligation du défendeur de compenser la compagnie américaine, mais refuse d'accorder des dommages-intérêts pour les profits futurs puisque cela reviendrait à conclure que le gouvernement avait l'obligation de poursuivre le contrat, ce qui n'est pas le cas étant donné le changement de circonstances¹¹¹.

Mentionnons finalement une dernière sentence qui n'a pas été publiée officiellement, mais qui a été rapportée par Bonell. Dans cette affaire, le tribunal de la Cour d'arbitrage de Berlin a décidé qu'il était possible de mettre fin à un contrat lorsqu'un changement substantiel venait changer l'équilibre contractuel initial. Il a fait référence aux Principes d'UNIDROIT non encore publiés pour conforter sa décision. Le droit applicable au fond du litige n'est pas précisé par l'auteur :

¹⁰⁹ *Id.*, 285.

¹¹⁰ Il a évoqué les changements fondamentaux dans les conditions politiques dues à la Révolution islamique, l'attitude différente du nouveau gouvernement, sa nouvelle politique extérieure vis-à-vis des États-Unis soutenue par de larges pans de la population, le changement drastique dans la signification des contrats militaires hautement susceptibles, en particulier ceux conclus avec des compagnies américaines comme le présent contrat.

¹¹¹ L'arbitre iranien est dissident sur certains points, mais il approuve le refus d'accorder des dommages pour perte de profits futurs. L'arbitre américain a approuvé les dommages accordés, mais a considéré que l'application du principe *rebus sic stantibus* était inappropriée en l'espèce et que le droit du défendeur de résilier le contrat se trouvait dans le contrat lui-même à la clause de force majeure.

« This is the case of an award - unpublished - rendered in 1992 by the Court of Arbitration of Berlin even before the final version of the UNIDROIT Principles was published. The case concerned a contract for the delivery of machinery concluded between an economic unit of the German Democratic Republic and an economic unit of another East European country. When, following the reunification of Germany, Western markets were opened to the enterprises of the former G.D.R., the machinery in question lost all value for the German importer. Consequently the latter, invoking the supervening of a radical change of the circumstances existing at the time of the conclusion of the contract, refused to take delivery of the goods and not to pay the price. The arbitral tribunal decided in its favour and, in order to prove that the principle according to which a substantial change in the original contractual equilibrium may justify the termination of the contract is increasingly accepted at international level, referred among others to the provisions on hardship contained in the UNIDROIT Principles. »¹¹²

Le tribunal a donc cherché à justifier sa décision sur le plan international en invoquant les Principes d'UNIDROIT.

Somme toute, on peut conclure que la tendance en jurisprudence arbitrale est loin d'être aussi claire qu'il n'y paraît de prime abord. Au contraire, on découvre que la position des arbitres sur le *hardship* est souvent loin d'être définitive. À la vérité, elle est plutôt nuancée. Que les arbitres manifestent ou non une ouverture pour la mise en application du principe *rebus sic stantibus*, aucun n'a conclu au rejet catégorique d'une telle mécanique. Il est plutôt question de prudence, d'application restreinte, de circonstances particulières et exceptionnelles. Nous avons vu également que, dans bien des cas, il n'était tout simplement pas question de *hardship*. L'application du principe *rebus sic stantibus* n'était donc pas appropriée. La nature du contrat en cause semble également être un facteur décisif dans la décision des arbitres d'appliquer ou non le principe *rebus sic stantibus*. Quoiqu'il en soit, les arbitres du commerce international ne sont pas insensibles aux conséquences pour les parties d'un déséquilibre substantiel de leurs prestations réciproques. Ainsi, les effets sévères de la force obligatoire du contrat ont parfois été modérés au niveau de l'octroi des dommages-intérêts. Les arbitres sont également soucieux de ne pas pénaliser la cocontractante qui n'est pas plus responsable que la partie lésée de la tournure des événements. En fait, l'idée de procéder à l'adaptation du contrat semble freiner

¹¹² Michael Joachim BONELL, « The Unidroit Principles in Practice : The Experience of the First Two Years », (1997) 1 *Rev. dr. unif.* 34, 40.

davantage les arbitres du commerce international que la reconnaissance du principe lui-même. Certains auteurs ont d'ailleurs fait des remarques en ce sens¹¹³. Il est certain qu'une telle solution ne sera pas appropriée dans tous les cas. Ces questions seront abordées dans les prochains chapitres. Pour l'instant, jetons un coup d'œil aux nouveaux schémas contractuels et aux nouvelles valeurs qui y sont associées puisque ces développements ont un impact sur la façon d'envisager le principe de la force obligatoire du contrat.

SECTION 2 : Nouveaux schémas contractuels : nouvelle moralité contractuelle

Sous-section 1 : La complexification des schémas contractuels

Avec la mondialisation et l'intégration progressive de l'économie, les schémas traditionnels du commerce international ont été complètement transformés. De nouvelles formes d'organisation contractuelle ont été explorées. Les schémas contractuels se sont complexifiés¹¹⁴. Les nouvelles théories du contrat ont également été inspirées par l'apparition du phénomène en croissance des contrats à long terme : « L'une des caractéristiques remarquables de notre époque consiste en l'accroissement sans précédent du nombre de conventions de longue durée conclues par des parties de plus en plus éloignées géographiquement. »¹¹⁵ La libéralisation des échanges et l'ouverture des frontières par le biais du système GATT-OMC ou

¹¹³ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 842 : « Cependant, les arbitres ne vont généralement pas jusqu'à en déduire qu'ils pourraient, en vertu des principes généraux adapter le contrat à l'évolution des circonstances économiques à moins naturellement que les parties ne l'aient elles-mêmes prévu par une clause de *hardship*. » N. NASSAR, *op. cit.*, note 71, p. 230 : « To capsulize in a few words the above lengthy discussion, one could conclude by stating that hardship relief remains the exception rather than the rule in international practice. The general rule is that, in cases of changed circumstances, contractual relationships are either terminated or suspended, but not adjusted. The excuse doctrine remains dominant in international practice; however, a trend to adapt contracts to changed circumstances is only just beginning to emerge. This trend, however, has not grown enough or been sufficiently developed to warrant a conclusion that it will shortly evolve into a general rule of law. » Il est à noter cependant que l'auteur traite confusément de la force majeure et du principe *rebus sic stantibus*.

¹¹⁴ Norbert HORN, « Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contract », dans Norbert HORN et Clive M. SCHMITTHOFF (dir.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, Studies in Transnational Economic Law, vol. II, Deventer (The Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publications, Deventer (The Netherlands), 1982, p. 3.

¹¹⁵ P. MOISAN, *loc. cit.*, note 15, 287.

d'organisations régionales (Union européenne, ALÉNA, Mercosur) ont permis aux entreprises de se déployer plus facilement à l'échelle internationale. Elles peuvent maintenant choisir d'exporter leurs marchandises ou de délocaliser et segmenter leurs activités en fonction des objectifs qu'elles se sont fixés, des marchés qu'elles souhaitent exploiter, des avantages qu'elles peuvent tirer d'un emplacement en particulier. Traditionnellement, les multinationales étaient nationales en ce sens que leurs opérations étaient dirigées à partir d'une base nationale. Elles implantaient par la suite des filiales à l'étranger, mais la compagnie-mère restait en contrôle et s'occupait de toutes les facettes de ses opérations. La structure était plus hiérarchique qu'elle ne l'est de nos jours. Aujourd'hui, le phénomène de sous-traitance est en expansion. La structure des compagnies internationales évolue d'une organisation multinationale à transnationale. Bien que plusieurs entreprises continuent à fonctionner de façon traditionnelle, le changement est clairement perceptible comme le constate cet auteur :

« Most companies doing international business today are still organized as traditional multinationals. But the transformation into transnational companies has begun, and it is moving fast. The products or services may be the same, but the structure is fundamentally different. In a transnational company there is only one economic unit, the world. Selling, servicing, public relations, and legal affairs are local. But parts, machines, planning, research, finance, marketing, pricing, and management are conducted in contemplation of the world market. »¹¹⁶

Drucker se réfère ainsi au phénomène des entreprises-réseaux. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'importance du phénomène de la sous-traitance¹¹⁷. Les deux stratégies reflètent une nouvelle horizontalité dans la façon de faire des affaires. La sous-traitance et les entreprises réseaux, pour ne mentionner que ces deux phénomènes, contribuent à tisser des toiles plus complexes et plus nombreuses de relations contractuelles.

Rolland constate également l'évolution de la pratique contractuelle. Ainsi, la réalité contemporaine irait à l'encontre des présupposés classiques relatifs à la structure de l'ordre contractuel, soit sa clôture et son horizontalité principales¹¹⁸. La

¹¹⁶ Peter F. DRUCKER, « The Global Economy and the Nation-State », (1997) 76 Foreign Affairs, 168. Voir également : Jacques ADDA, La mondialisation de l'économie. 1. Genèse, 4^e éd., Paris, La Découverte, 2001, pp. 89-90.

¹¹⁷ Adda constate d'ailleurs que la décomposition à l'échelle internationale des processus de production peut également s'accomplir par le biais d'un réseau de sous-traitants.

¹¹⁸ Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903, 938.

pratique contractuelle s'insérerait davantage dans une logique d'intégration. À cet égard, Rolland aborde notamment la problématique des contrats hybrides, symbiotiques et asymétriques qui met en scène des structures contractuelles non traditionnelles. Généralement, on identifie deux modes d'intégration : l'intégration verticale fondée sur l'organisation interne (entreprise classique) et l'intégration latérale disponible sur le marché (échanges de biens et services par la seule force du lien contractuel). L'auteur évoque une troisième stratégie qui vise essentiellement à injecter certains éléments organisationnels dans des rapports organiquement contractuels¹¹⁹. Cette nouvelle forme de relation d'affaires répondrait aux changements socio-économiques actuels liés à la mondialisation. Selon l'auteur, la franchise serait un bon exemple de contrat symbiotique. Elle donne un autre exemple de structure contractuelle hybride ou symbiotique : Alcan et ses fournisseurs autonomes locaux dans la région du Saguenay-Lac-Saint-Jean. Elle se réfère ainsi aux travaux de Jean-Guy Belley. La multinationale Alcan, spécialisée dans la production d'aluminium, s'approvisionne auprès de fournisseurs locaux dont elle est la cliente principale. De ce fait, elle entretient des rapports de domination-subordination avec les PME de la région. Malgré le rapport de force qui existe entre les deux ordres juridiques, la coopération préside à leurs interactions :

« Beaucoup plus que la notion classique de contrat, davantage même que la notion nouvelle de « relation contractuelle », c'est l'idée de partenariat d'entreprises qui vient à l'esprit et qui traduit le plus adéquatement le caractère multidimensionnel d'une coordination dont les normes sont, pour une part, explicitées dans le vêtement normatif d'un contrat officiel et, pour une autre part, laissées dans l'indétermination évolutive des valeurs inhérentes au partenariat : la bonne foi, la loyauté, la flexibilité, la solidarité... »¹²⁰

Ainsi, Alcan a conçu de nouveaux contrats-types de fabrication et de nouvelles conventions d'achat qui mettent en place une stratégie générale d'assurance qualité qui s'impose aux fournisseurs. « Plus encore qu'un ajustement et une circulation de règles, ce régime d'approvisionnement tend à créer un espace interorganisationnel qui prend appui sur les exigences pragmatiques de la production en commun d'un meilleur produit. Cet espace interorganisationnel constitue une « structure de gouverne »

¹¹⁹ Id., 946.

¹²⁰ Jean-Guy BELLEY, Le contrat entre droit, économie et société : Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 257.

stabilisant et orientant la collaboration interfirme. »¹²¹ Selon Belley, cette structure de gouverne relève à la fois de la logique de marché, puisque les partenaires sont juridiquement autonomes et distincts, et de la logique de l'organisation, puisque les PME sont intégrées dans la planification et les processus d'opération de la multinationale. En échange des avantages liés à une convention d'achat et aux mesures d'assurance qualité qui justifient son accréditation, le fournisseur accepte de perdre une part de son autonomie normative dans la gestion de ses activités de production. Tant la multinationale que les PME ont intérêt à collaborer pour atteindre les critères de performance fixés et maintenir leur relation contractuelle. Bien que le poids de la multinationale soit supérieur à celui des PME, il n'en reste pas moins qu'il est dans son intérêt de favoriser leur réussite¹²². Elle doit faire preuve de bonne volonté si elle veut s'assurer la coopération des gens de la région ainsi que celle du gouvernement dont elle dépend pour son approvisionnement en ressources hydroélectriques. De ces quelques exemples, il est possible de conclure que la flexibilité et la coopération sont des valeurs très présentes dans la nouvelle réalité contractuelle. Cette information est pertinente pour le sujet qui nous occupe puisque ces notions cadrent avec la philosophie qui sous-tend la renégociation du contrat par les parties et l'adaptation du contrat pour cause de *hardship*.

Il est fréquent que les contrats internationaux à exécution continue ou successive rencontrent de sérieuses difficultés d'exécution au fur et à mesure de leur progression dans le temps. Selon Kahn, bien que cette information soit difficile à mesurer, il y aurait une tendance favorable aux adaptations amiables depuis 1973 :

« L'autre élément, mais qui est difficile à apprécier, est que l'on sait que depuis 1973, de nombreuses adaptations amiables ont été réalisées. Il serait particulièrement intéressant de connaître dans quelles conditions réelles se sont faites ces adaptations et de déterminer quels principes on été invoqués par les parties pour justifier demande ou refus d'adaptation et selon quelles modalités elles ont été entreprises. »¹²³

Il n'est pas évident de déterminer quelle est la pratique contractuelle. Pour ce faire, il faut que des enquêtes soient menées sur le terrain. Parfois, les sentences arbitrales ou les décisions judiciaires fournissent des indices à cet égard, mais ce n'est pas toujours

¹²¹ Id., p. 258.

¹²² Belley mentionne cependant la précarité du statut de fournisseur privilégié. Id.

¹²³ Philippe KAHN, « L'interprétation des contrats internationaux », J.D.I., 1, 1981.5, 21.

le cas¹²⁴. Dans le cadre du présent travail, on peut se demander à quelle fréquence et dans quelles conditions les parties acceptent de renégocier le contrat et, ultimement, de le modifier pour cause de *hardship*. Un sondage mené par Russel J. Weintraub révèle une attitude plus flexible des opérateurs du commerce à l'égard du contrat¹²⁵. Les questionnaires ont été envoyés aux conseillers juridiques de 182 compagnies de tailles diverses à travers les États-Unis. Seulement 84 questionnaires ont été retournés dont un a été écarté. Les entreprises choisies opéraient dans des secteurs très diversifiés¹²⁶ et avaient un chiffre d'affaires annuel de moins de 10 millions à plus de 1 billion (ventes annuelles des années récentes)¹²⁷. La majorité des répondants (89.2%) concluait des contrats à long terme pour la vente ou l'achat de produits ou de services¹²⁸. Il a été demandé aux répondants si leur compagnie insistait toujours sur la stricte exécution du contrat lorsque, suite à un changement dans les prix du marché, un fournisseur ou un client demandait une modification du prix prévu au contrat :

« The overwhelming majority of respondents (95.1%) indicated that they would sometimes grant a supplier's or customer's request for price modification. The respondents least likely to grant such requests were manufacturers of hard goods, 19.7% of whom answered that they would always insist on compliance. »¹²⁹

¹²⁴ À cet égard, voir Russel J. WEINTRAUB, « A Survey of Contract Practice and Policy », (1992) *Wisconsin Law Review* 1, 3. Weintraub est d'avis que les décisions judiciaires ne sont pas de bons indicateurs quant aux usages pour diverses raisons qu'il énumère. Il peut arriver que la pratique évoquée dans la décision soit tout à fait isolée ou que les pratiques ne soient tout simplement pas remises en question par les parties et, par conséquent, le juge ou l'arbitre n'y fait pas allusion.

¹²⁵ *Id.*, Weintraub a voulu vérifier l'hypothèse selon laquelle il était souhaitable de reconnaître et d'exécuter les promesses dans les circonstances suivantes : (1) pour protéger la confiance actuelle et prouvée; (2) pour protéger la confiance qui pourrait raisonnablement s'être établie, mais qu'il serait difficile de prouver du fait de sa subtilité et de sa diversité; et (3) pour dissuader une conduite que la communauté commerciale considère indésirable, même si les deux autres fondements à l'exécution d'une promesse, la confiance, actuelle ou raisonnablement présumée, sont absentes. En fait, Weintraub s'est fondé sur la prétention de Fuller selon laquelle la raison principale pour exécuter les promesses réside dans la volonté d'encourager et de protéger la confiance. *Id.*, 10-13.

¹²⁶ *Id.*, 15. Activités diversifiées, produits chimiques, produits de consommation, services financiers, produits alimentaires, biens de consommation durables, services d'approvisionnement en gaz ou en électricité, produits du pétrole, etc.

¹²⁷ *Id.*, 14. La majorité des répondants (75.6%) entrait dans la catégorie 1 billion de dollars et plus.

¹²⁸ *Id.*, 16. Selon sa définition, les contrats à long terme s'étalaient sur plus d'une année. L'auteur indique que 100% des manufacturiers de produits de consommation (autre que d'alimentation), les manufacturiers de biens de consommation durables, et les fournisseurs de gaz ou d'électricité concluait des contrats à long terme.

¹²⁹ *Id.*, 19.

La question suivante portait sur les facteurs qui auraient influé les répondants dans leur décision d'accorder une modification du prix prévu au contrat. Weintraub analyse ainsi les résultats obtenus :

« Custom clearly played a key role in identifying those situations in which relief was appropriate. Indeed, 75.6% of the respondents stated that they gave relief when “the request was reasonable under trade practice”. The most common reason (79.5%) for granting modification was “relations with the company making the request have been long and satisfactory”. Thus, the survey confirms the distinction between relational and discrete contracts. »¹³⁰

Nous reviendrons dans quelques instants sur la notion de contrat relationnel. Il faut cependant retenir que le maintien de la relation contractuelle a été un facteur déterminant pour les répondants. On a également demandé aux compagnies interrogées si et à quelle fréquence elles avaient demandé d'être soulagées d'une obligation, que ce soit par la résiliation ou la modification du contrat. Les résultats sont les suivants :

« The great majority of respondents had requested relief from contractual obligations (82.9%), although for most this was a rare occurrence (42.1% indicating less than once a year). Companies most likely to request relief more than five times per year were conglomerates (38.1%), and a combined category of chemical and pharmaceutical companies (28.6%). »¹³¹

Les répondants devaient ensuite indiquer quelle avait été l'issue de leur demande. La majorité des répondants ont résolu le problème à l'amiable, soit par la modification du contrat litigieux (87.9%), soit par l'ajustement des contrats futurs (66.7%). Dans 48.5% des cas, la requête a été refusée et le contrat a été exécuté. Pour 18% le litige a été résolu par arbitrage. Pour 33.3 % une action a été intentée, mais le litige a été résolu avant jugement, tandis que pour 25.8 % le litige a été tranché par le jugement. L'auteur constate cependant que ce n'est qu'à la quatrième demande que plus de quatre répondants ont dû avoir recours à la contestation. Un peu plus loin dans le sondage, Weintraub imagine une situation hypothétique pour identifier les attitudes des répondants. Ainsi, selon l'hypothèse, un embargo de l'OPEP sans précédent fait monter les prix de façon à ce qu'ils excèdent de beaucoup ce qui a été prévu dans le contrat

¹³⁰ Id.

¹³¹ Id., 23.

conclu pour 10 ans. Le fournisseur risque d'être acculé à la faillite. A refuse de livrer la marchandise. B devrait-il réclamer la différence entre le prix du contrat et le prix du marché? À 35%, les répondants ont jugé que B devrait recevoir un jugement en sa faveur pour la différence entre le prix du marché et le prix du contrat. Onze répondants (13.7%) auraient relevé A de son obligation (« excuse »). Finalement, la majorité (46.2%) aurait permis un ajustement du prix pour éviter la ruine de A, mais permettant à B d'obtenir quand même un meilleur prix que sur le marché. Environ 5% ont offert des réponses diverses. « Of respondents who favored full recovery, nine indicated lack of sympathy with company A for failing to draft the contract to provide for this situation. Two of the respondents who would adjust the price, also thought that A should have drafted a better contract. »¹³² Dans l'ensemble, les opérateurs du commerce semblent privilégier une approche plus flexible à l'égard du contrat puisque, bien souvent, cette solution est dans leur intérêt. Lorsque les parties entretiennent une relation contractuelle profitable de part et d'autre, qu'elles se sont ajustées à leurs pratiques réciproques, qu'elles ont bien fixé leurs attentes mutuelles, il peut s'avérer beaucoup plus sage de faire preuve de souplesse et maintenir le contrat que d'exiger l'exécution stricte des termes du contrat.

Sous-section 2 : L'émergence d'une nouvelle moralité contractuelle

À la lumière de l'évolution des pratiques contractuelles, Rolland est d'avis que les paramètres de la théorie classique axés sur la liberté individuelle, la transaction économique et la fragmentation des rapports juridiques ne correspondent plus à la réalité¹³³. Elle constate notamment un glissement du caractère transactionnel des contrats vers une dimension plus relationnelle. Les contrats s'inscrivent maintenant dans un espace socio-économique défini et dans un continuum temporel qu'il n'est plus possible d'ignorer. Pour ces raisons, Rolland est d'avis que la théorie du contrat relationnel serait plus susceptible de couvrir l'éventail des possibilités qui s'offrent aux parties en matière contractuelle :

« Cette théorie est plus englobante puisqu'elle inclut le contrat transactionnel que la doctrine juridique classique pose comme moule universel, mais sans exclure ou marginaliser les autres figures dont

¹³² Id., 42.

¹³³ L. ROLLAND, loc. cit., note 118, 908.

l'empirie nous apprend qu'elles sont des modèles constants dans le monde économique contemporain. Ce sont des contrats qui sont davantage centrés sur les sujets, qui s'adaptent à l'environnement social, qui, inscrits dans la durée, impliquent une dose certaine d'indétermination, donc de flexibilité. »¹³⁴

Plusieurs auteurs ont exprimé une opinion similaire sur la pertinence de la théorie classique et l'intérêt d'une théorie du contrat comme celle de Macneil¹³⁵. Qu'il nous suffise, dans le cadre du présent travail, d'évoquer les grands principes de la théorie relationnelle puisque cette notion est récurrente lorsqu'il est question d'adaptation du contrat pour cause de *hardship*.

La théorie de Macneil repose essentiellement sur la distinction qu'il fait entre les transactions discrètes et les contrats relationnels. Une transaction discrète se traduit généralement par une implication limitée des parties sur le plan personnel, une communication entièrement ou largement verbale et limitée à l'objet de la transaction, un échange d'argent et de biens aisément monnayables, peu ou pas d'interactions sociales ou secondaires, aucune relation passée significative ou de relation future probable¹³⁶. En fait, plus une transaction est anonyme, plus elle est discrète. Selon Macneil, ce type de transaction ne répond plus aux besoins d'une économie sophistiquée. Les contrats sont de plus en plus complexes et fonctionnent davantage sous le mode de la relation. La théorie classique des contrats a pour objectif de renforcer le caractère discret de la transaction et d'accroître la « presentation ». Ces deux caractéristiques découlent du principe de l'autonomie de volonté qui joue un rôle particulièrement important dans la transaction discrète. La notion de « presentation »

¹³⁴ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 922.

¹³⁵ J.-G. BELLEY, *op. cit.*, note 120, p. 300 : « À la lumière des informations empiriques recueillies, il m'apparaît que la théorie générale du contrat est aujourd'hui en deçà du seuil de complexité adéquate requis par l'évolution des pratiques contractuelles. Sans prétendre fournir une démonstration définitive, j'avancerai trois arguments principaux : la théorie classique entretient une image réductrice et déformée de la dynamique actuelle des contrats les plus significatifs ; la théorie relationnelle du contrat offre une alternative préférable au modèle dominant dont elle transforme radicalement les principes de base ; la vision générale requise désormais suppose une compréhension nouvelle de la fonction du contrat au sein du système juridique et sa revalorisation nécessaire dans la pensée juridique dominante. » Voir également : K.M. SHARMA, « From "Sanctity" to "Fairness" : An Uneasy Transition in the Law of Contracts? », (1999) *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 95 ; Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002, pp. 21-55.

¹³⁶ Ian R. MACNEIL, « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law », (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 854, 856-857.

exprime le phénomène de cristallisation des projections faites par les parties pour l'avenir à la lumière des conditions présidant à la conclusion du contrat : « It is a recognition that the course of the future is so unalterably bound by present conditions that the future has been brought effectively into the present so that it may be dealt with just as if it were in fact the present. »¹³⁷ Le concept de « presentation » suppose nécessairement que les effets futurs du contrat seront limités à ceux définis et anticipés dans le présent. Dans un contrat discret, la flexibilité émane du caractère ponctuel de la transaction ; les parties vont choisir de conclure en fonction de leurs besoins immédiats. Les concepts de « presentation » et de « discreteness » ne disparaissent pas avec la théorie relationnelle. Le besoin de planification fiable se fait toujours sentir dans l'économie moderne et la notion de « presentation » suit nécessairement celle de planification. Selon Macneil, la notion de « discreteness » est inhérente à la perception humaine et amène les parties à concevoir certaines attentes :

« Even apart from high demands for reliable planning in a technological society, discreteness is a characteristic inherent in human perception. Moreover, as I have suggested elsewhere, any given « present situation », no matter what its origin, tends to be perceived as highly discrete compared to what lies in the past and what is to come in the future. Thus, the status quo, whatever it is, inevitably has about it a fairly high level of discreteness. This fact, coupled with the human propensity to presentiate on the basis of what is currently in the forefront of the mind, creates strong expectations of the future consistent with the status quo. Such expectations tend to be very strong. »¹³⁸

Ces expectatives légitimes sont souvent beaucoup plus élevées dans les contrats relationnels que dans les transactions discrètes. Toute théorie contractuelle qui se respecte doit donc autoriser une certaine dose de « discreteness and presentation ». Le conflit entre le besoin de certitude et de prévisibilité et le besoin de flexibilité dans les relations contractuelles est immanent à la chose contractuelle. Cependant, avec la théorie relationnelle, la friction résultant de l'application d'une théorie contractuelle fondée sur la présomption que toute relation contractuelle se résume à un consentement initial tend à s'amenuiser puisque cette présomption est manifestement fautive et tenue comme telle par la théorie relationnelle.

¹³⁷ Id., 863.

¹³⁸ Id., 888.

Selon Macneil, la différence entre la théorie néoclassique (situation actuelle du droit américain) et la théorie relationnelle dans leur prise de position à l'égard du changement se manifeste dans leur rapport au fait contractuel :

« In a truly relational approach the reference point is the entire relation as it had developed to the time of the change in question (and in many instances as it has developed since the change). This may or may not include an « original agreement »; and if it does, may or may not result in great deference being given it. »¹³⁹

La théorie relationnelle tient donc compte de l'évolution des rapports entre les parties au fil du temps. Macneil identifie deux normes spécifiques aux contrats relationnels et particulièrement importantes pour la théorie : l'aménagement des situations conflictuelles à l'intérieur de la matrice relationnelle et le maintien de la relation contractuelle¹⁴⁰. En fait, ces deux caractéristiques font partie d'un ensemble de normes communes à tous les contrats : (1) le respect intégral des rôles assumés par les parties ; (2) la réciprocité ; (3) la mise en œuvre de la planification ; (4) le respect du consentement ; (5) la flexibilité ; (6) la solidarité contractuelle ; (7) la restitution, la confiance et le respect des attentes légitimes (principes de responsabilité) ; (8) la création et la restriction du pouvoir ; (9) la pertinence ou l'adéquation des moyens ; (10) l'harmonisation avec la matrice sociale¹⁴¹. Ces normes vont varier en intensité en fonction de leur degré transactionnel ou relationnel. En effet, certaines normes sont typiquement relationnelles, d'autres typiquement transactionnelles.

La théorie des contrats relationnels de Macneil est pertinente lorsque l'on aborde la question de l'adaptation du contrat pour cause de *hardship* parce que le *hardship* est inextricablement lié à la dimension spatio-temporelle du contrat. Le *hardship* et la révision du contrat qui s'y rattache se conçoivent mieux dans une relation contractuelle qui s'étale dans le temps, qui comporte une certaine durée. Ainsi que le constate Macneil, les transactions discrètes peuvent également, à l'occasion, être confrontées au conflit entre le respect de ce qui a été contractuellement envisagé par les parties et la nécessité de s'adapter aux changements survenus postérieurement à la conclusion du contrat. En théorie, le conflit est résolu en faveur de l'exécution du

¹³⁹ Id., 890.

¹⁴⁰ Id., 895.

¹⁴¹ Ian R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and External », (1983) 78 Northwestern University Law Review 340, 347.

contrat tel que prévu initialement. D'ailleurs, comme nous l'avons mentionné, la transaction discrète privilégie la planification exhaustive des étapes du contrat et son caractère limité dans le temps constitue une forme inhérente de protection. La dynamique est très différente pour les contrats relationnels et ce pour deux raisons : ils sont une source endogène d'imprévision et ils ont vocation à perdurer¹⁴². Ces deux caractéristiques sont fondamentales dans le traitement de la problématique du *hardship*.

Nous savons donc que la pratique et la théorie contractuelles ont évolué. Qu'en est-il maintenant du droit positif? D'emblée nous pouvons constater qu'il existe encore un écart entre les idéaux de justice contractuelle et les théories contractuelles comme celle de Macneil et le droit des contrats à l'échelle nationale. Quoiqu'il en soit, il y a eu une évolution certaine. De nombreux tempéraments au principe ont été introduits dans les divers droits nationaux au cours du XXe siècle : « L'absolutisme du principe de l'autonomie de la volonté et de la doctrine économique libérale a été battu en brèche tout au long du XXe siècle. »¹⁴³ Le principe occupe donc toujours une place importante en droit civil, mais on reconnaît maintenant la supériorité de la loi sur le contrat ainsi que certaines limites à la souveraineté de la volonté et au caractère juste et social du contrat¹⁴⁴. Un nouveau discours axé sur des valeurs de coopération, de solidarité, de justice a donc fait peu à peu son chemin¹⁴⁵. Quant à la philosophie de laissez-faire du libéralisme économique intégral, elle n'est jamais appliquée dans toute sa rigueur, bien que certains États interviennent davantage pour rétablir une réelle égalité entre les citoyens. Dans une certaine mesure, il s'est produit un glissement de la liberté contractuelle vers la moralité contractuelle¹⁴⁶. Il semble que la notion de bonne foi

¹⁴² H. BOUTHINON-DUMAS, *loc. cit.*, note 42, 343-344.

¹⁴³ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 911.

¹⁴⁴ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 33, nos 82-87, pp. 70-72. Voir également : Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 12 *Droits* 7. Pour Ghestin, le contrat, issu d'un accord de volontés, ne produit des effets de droit que parce que le droit objectif lui reconnaît cette possibilité et ce, dans la mesure où il respecte certaines limites liées au fondement de la force obligatoire, à savoir, l'utilité sociale et la conformité à la justice contractuelle. La reconnaissance du droit objectif est essentielle. Ainsi, n'est injuste sur le plan contractuel que ce qui est reconnu comme tel par l'État.

¹⁴⁵ Les dogmes de la liberté et de l'autonomie de volonté absolues ont été rejetés après avoir fait l'objet de critiques sévères : « Les déséquilibres contractuels dévoilaient les excès de l'individualisme et du volontarisme, ils ordonnaient le renversement du couple philosophique moyens-fins. » L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 911. On assiste à une moralisation progressive des relations contractuelles.

¹⁴⁶ *Id.*, 909.

occupe une place prépondérante dans cette évolution. Mentionnons pourtant que Macneil ne retient pas ce principe dans sa liste des dix normes communes à tous les contrats. Un auteur lui a d'ailleurs fait le reproche d'aliéner injustement une notion qui permettrait de faire le pont entre la théorie contractuelle et le droit positif¹⁴⁷.

Macneil a cependant observé une évolution dans le droit américain des contrats. Il a en effet identifié une étape intermédiaire entre la théorie classique et la théorie relationnelle : la théorie néoclassique du contrat¹⁴⁸. Sous cette rubrique, Macneil examine une série de méthodes contractuelles de planification de la flexibilité et de l'ajustement dans les contrats à long terme. Il constate que la théorie néoclassique est plus flexible et s'écarte légèrement de la rigueur classique de la « presentiation ». Cependant, du fait de sa structure très similaire à celle de la théorie classique, elle est souvent mal outillée pour soulever et solutionner adéquatement les questions relatives aux lacunes et imprécisions du contrat. Lorsqu'un conflit surgit entre la planification contractuelle et le besoin de flexibilité, la théorie néoclassique prévoit généralement que ce qui a été prévu prévaudra. Cependant, la liberté contractuelle permet aux parties de modifier leurs rapports contractuels en cours de route. Certaines doctrines néoclassiques permettent à une partie d'échapper complètement ou partiellement aux conséquences d'un changement. L'auteur mentionne notamment les théories suivantes : « impossibility of performance », « frustration », « mistake ». À la différence de la théorie relationnelle, ces techniques n'ont pas pour objectif premier le maintien du contrat : « But as a general proposition these doctrines aim not at continuing the contractual relations but at picking up the pieces of broken contracts and allocating them between the parties on some basis deemed equitable. »¹⁴⁹ L'auteur constate cependant une évolution lente du droit américain en faveur de solutions privilégiant le maintien du contrat. Le système néoclassique évolue et intègre une part de flexibilité dans ses solutions sans recourir à des fictions juridiques. Le concept de bonne foi participe également à cette évolution : « The burgeoning concept of good faith, in large measure within the neoclassical framework, is another largely anti-presentiating, and

¹⁴⁷ V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 135, p. 39 : « En effet, cette dernière notion, tout en étant déjà effective dans le droit positif de la plupart des pays étudiés, nous semble permettre une jonction entre sa vision « sociale », extérieure à la simple action des parties, et le droit positif. [...] Néanmoins, MacNeil continue à percevoir étrangement cette notion et l'intègre difficilement dans ses conceptualisations que nous avons tenté de décrire. »

¹⁴⁸ I. R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 136, 865 à 886.

¹⁴⁹ *Id.*, 875.

very much anti-discrete, concept.»¹⁵⁰ La bonne foi semble donc être un élément de première importance dans le vent de changement qui souffle sur la théorie contractuelle. Pourtant, Macneil affirme que la théorie néoclassique ne peut se libérer complètement des objectifs de « presentation » et de « discreteness » puisque la structure générale du système est fondée sur le consentement plein et entier lors de l'entente initiale.

Nous verrons qu'un certain nombre de pays, particulièrement en Europe, ont incorporé, de façon législative ou jurisprudentielle, le principe du *hardship* dans leur droit national au cours du XXe siècle. Les Pays-Bas, qui ont procédé récemment à la révision en profondeur de leur Code civil, ont décidé d'adopter le principe¹⁵¹. Leur Code a été adopté en 1992. Un auteur conclut même à une tendance moderne des législateurs nationaux à inclure un régime d'imprévision dans leur droit national :

« Thus, in modern trend, exemplified by the Netherlands Code, is to recognize the established doctrines of impossibility of performance and frustration of the venture and to add to them a doctrine of excessive hardship. Under this trend, where, because of changed circumstances, a contract has become excessively burdensome on one of the parties, the party subjected to that burden may request a discharge of the contract, or, alternatively, its modification to reflect an exchange of values in accordance with market values at the time of the changed circumstances.»¹⁵²

Le Québec qui, à peu près à la même époque que les Pays-Bas, procédait à la réforme de son Code civil, n'a pas intégré la théorie de l'imprévision. La proposition de l'Office de Révision du Code civil sur la révision pour imprévision n'a même pas été retenue pour être examinée par l'Assemblée nationale¹⁵³. Ainsi, l'article 1434 in limine du C.c.Q

¹⁵⁰ Id., 885.

¹⁵¹ Article 6 : 258 du Code civil néerlandais. Version en langue originale de la disposition publiée dans la banque de données de la Transnational Law Database à l'adresse Internet suivante : www.tldb.de.

¹⁵² Joseph M. PERILLO, « Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts », (1997) Tulane Journal of International and Comparative Law 5, 10.

¹⁵³ La proposition était formulée ainsi : « La survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation. [Paragraphe] Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables. » ORCC, Comité du droit des obligations, Rapport sur les obligations, Montréal, 1975, p. 118. Bédard fait le commentaire suivant à cet égard : « Mystérieusement, la proposition de l'O.R.C.C. ne figura même pas dans l'avant-projet, ce document qui devait pourtant permettre aux citoyens d'échanger leurs vues en commission

énonce le principe de la force obligatoire des contrats : « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu [...] ». L'article 1439 complète le scénario en formulant la règle suivante : « Le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties. » Ainsi, on ne peut mettre fin au contrat ou le modifier que lorsque les parties se sont entendues à cet égard à un moment ou à un autre de leur relation contractuelle ou lorsque le législateur l'a prévu¹⁵⁴. Ce dernier est en effet intervenu très ponctuellement pour autoriser la modification du contrat. Traditionnellement, on a considéré qu'il était contraire au principe *pacta sunt servanda* pour un tribunal de réviser ou de modifier les termes d'un contrat. Les mentalités ont cependant évolué : « [...] le déclin du caractère absolutiste de l'autonomie de la volonté, l'interventionnisme étatique moderne plus poussé dans le domaine contractuel et, avec le Code civil du Québec, les impératifs plus grands d'équité contractuelle tant en matière de formation que d'exécution font que cette solution apparaît de plus en plus fréquemment. »¹⁵⁵ Cette évolution a eu un impact sur les sanctions. Entre le maintien du contrat et sa disparition, on a mis au point des solutions mitoyennes. De façon générale, le réaménagement contractuel par le tribunal s'avère plus aisé sous le nouveau Code civil du Québec dont la philosophie contractuelle a été réorientée de façon significative :

parlementaire afin d'éclairer le législateur sur la marche à suivre. Comment expliquer logiquement que le gouvernement ait choisi de permettre le débat sur la lésion en refusant toute discussion de la théorie de l'imprévision, alors que ces deux notions soulèvent des questions de politique juridique semblables. » On peut en effet se poser la question. J. BÉDARD, *loc. cit.*, note 29, 772. Voir également : P.-A. CRÉPEAU et É. M. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 80, pp. 32-34 : « Le ministère n'a toutefois pas cru devoir retenir la proposition, sans doute, comme en matière de lésion, au nom de la stabilité contractuelle, ni même l'insérer dans le Projet de loi 125 (1990) afin de la soumettre à la discussion parlementaire. Cette décision est regrettable puisqu'elle a privé les membres de l'Assemblée nationale d'une occasion de réfléchir à la question. »

¹⁵⁴ Sur l'état du droit québécois en ce qui concerne la théorie de l'imprévision, Baudouin constate qu'elle n'est toujours pas admise en jurisprudence, mais que certains tribunaux font preuve d'une certaine souplesse dans certaines situations. « La théorie de l'imprévision ou celle de la *frustration of contract*, invoquées parfois à ce sujet, ne sont pas, en effet, reconnues en règle générale comme telles par le droit québécois. [*Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203. Voir cependant *Madden c. Demers*, (1920) 29 B.R. 505.] On peut cependant noter une attitude assez libérale de certaines décisions jurisprudentielles qui absolvent le défaut d'exécution causé par un événement qui eut requis du débiteur des sacrifices énormes ou une perte considérable eu égard au contrat passé, conception voisine de la notion de *hardship* en common law. Par contre, on ne saurait exonérer la partie qui, lors de la formation du contrat, a mal calculé ses coûts ou a commis une erreur d'évaluation sur les frais et dépenses incidents à l'exécution. [*Frank Ross Construction Ltd. c. Verona Construction Ltd.*, [1959] B.R. 674 ; [1961] R.C.S. 195.] » J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 33, n° 803, p. 451.

¹⁵⁵ *Id.*, n° 405, p. 235.

« La nouvelle philosophie contractuelle suivie par le Code civil du Québec rend désormais plus facile le réaménagement du contrat par le tribunal, non seulement dans le contexte de sa formation, mais aussi dans celui de son exécution. Ainsi l'article 1590 C.c. reconnaît, au second alinéa, la réduction de l'obligation comme l'un des recours possibles. Ainsi, également, dans certains contrats, le tribunal peut faire disparaître certaines clauses abusives de façon à rendre son exécution équitable. »¹⁵⁶

D'autres dispositions, les articles 1834 et 2332 du Code civil du Québec par exemple, permettent une certaine intervention du juge au sein du contrat. Les tribunaux peuvent également réviser les contrats d'adhésion ou de consommation¹⁵⁷.

Selon Rolland, l'objectif poursuivi par les rédacteurs du nouveau Code civil du Québec, soit l'atteinte d'une plus grande justice contractuelle, aurait été parfaitement réalisé si le concept de lésion entre majeurs avait reçu un accueil généralisé¹⁵⁸. Le jeu des différents groupes de pression a cependant ralenti la progression vers une nouvelle moralité contractuelle¹⁵⁹. Par conséquent, le législateur a plutôt choisi d'établir cet équilibre entre liberté et justice contractuelles en élaborant des régimes particuliers et en identifiant les secteurs les plus vulnérables¹⁶⁰. L'étendue de l'ordre public a donc été augmentée et le champ de la liberté contractuelle restreint. Selon Rolland, la dispersion des régimes pose des difficultés au niveau de la cohérence conceptuelle, parce que la terminologie est disparate, et au niveau de la cohérence matérielle, parce que les régimes particuliers résistent à la systématisation catégorielle¹⁶¹. Pour assurer la cohésion du système, l'auteur propose de privilégier le rattachement à la justice contractuelle, plutôt que le rattachement à la liberté contractuelle. Cette tactique favoriserait l'interpénétration des deux régimes. À la différence de Macneil, Rolland est d'avis que le droit commun des contrats au Québec peut satisfaire les exigences de la nouvelle réalité contemporaine : « Nous croyons que le droit commun des contrats est

¹⁵⁶ *Id.*, n° 407, p.236.

¹⁵⁷ Voir les articles 1435 à 1438 du *Code civil du Québec*.

¹⁵⁸ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 916.

¹⁵⁹ *Id.*, 913: « Cependant, les étapes législatives subséquentes, plus politiquement marquées par le jeu des groupes d'intérêts et d'influence, ont agi sur cette poussée par processus de freinage puis de rupture. » L'auteure ajoute ensuite que la réforme a été le fruit d'une tension entre modernisation et tradition.

¹⁶⁰ *Id.*, 917. L'auteure donne plusieurs exemples : les régimes d'incapacité, les contrats d'adhésion et de consommation, le contrat de louage d'un logement résidentiel, les contrats de prêt d'argent, les clauses pénales.

¹⁶¹ *Id.*, 918.

suffisamment souple et perméable pour absorber les réalités nouvelles et endiguer les abus qu'elles pourraient générer. »¹⁶² Selon Rolland, le devoir général de bonne foi constitue un principe fédérateur¹⁶³, à la base de l'esprit de la réforme avec l'équité, source implicite d'obligations, et la raisonnable, jalon des pratiques contractuelles acceptables¹⁶⁴ : « Bonne foi, équité et raisonnable sont les pierres angulaires et le scellant d'une construction étanche capable d'endiguer les abus potentiels d'une liberté débridée. Ces valeurs, qui transcendent les catégories, ont acquis par la codification une positivité sans précédent et s'érigent clairement en règles objectives indérogables. »¹⁶⁵ Par conséquent, il suffirait d'orienter l'interprétation du droit des contrats dans cette perspective.

À l'échelle du droit commercial international, les Principes d'UNIDROIT, auxquels nous allons nous référer à plusieurs reprises dans le cadre du présent travail, constituent un exemple moderne de la nouvelle philosophie contractuelle. Nous reviendrons d'ailleurs sur le contexte de leur élaboration. Retenons pour l'instant qu'ils ont été préparés par un groupe d'experts provenant des principaux horizons juridiques et qu'ils n'ont pas de force obligatoire si ce n'est leur force de persuasion inhérente¹⁶⁶. Les Principes d'UNIDROIT sont guidés par cinq grands principes fondateurs : la liberté contractuelle, l'ouverture aux usages, le maintien du contrat (*favor contractus*), le respect de la bonne foi et du « fair dealing » dans le commerce international et, finalement, ce que Bonell qualifie de « policing against unfairness »¹⁶⁷. Selon Berger, la notion de « good faith and fair dealing »¹⁶⁸ constitue une ligne directrice pour

¹⁶² Id., 951.

¹⁶³ Le principe de la bonne foi est d'ailleurs exprimé aux articles 6, 7 et 1375 du C.c.Q.

¹⁶⁴ L. ROLLAND, loc. cit., note 118, 918. Ainsi, la bonne foi est un concept central à la base de la réforme. Selon les propos du Ministre de la Justice, la bonne foi est la pierre angulaire du nouveau Code civil. Gil RÉMILLARD, Commentaires du Ministre de la Justice, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 829.

¹⁶⁵ Id., 919.

¹⁶⁶ M. J. BONELL, op. cit., note 27, pp. 15, 17-24. Klaus Peter BERGER, « The Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts », (1997) 28 Law and Policy in International Business 943, 949.

¹⁶⁷ M. J. BONELL, op. cit., note 27, pp. 54-106. Béraudo énumère les mêmes cinq principes sous une formulation légèrement différente : la liberté contractuelle et liberté d'élaboration des clauses, la bonne foi, l'ouverture aux usages du commerce (la priorité accordée aux usages permet la régénérescence des Principes), le principe *favor contractus*, la volonté des rédacteurs de sanctionner des comportements déloyaux. Jean-Paul BÉRAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », J.C.P., éd. G, 3842, n° 18, 190.

¹⁶⁸ Article 1.7 des Principes d'UNIDROIT, précités note 27. Dans la version française, on pose simplement le devoir de se conformer aux exigences de la bonne foi. Cette notion de « fair dealing » emporte un élément additionnel qui n'a pas d'équivalent fonctionnel en langue

l'interprétation des Principes d'UNIDROIT et pour la conduite des affaires en général¹⁶⁹. À son avis, ce principe directeur traduit un repositionnement du droit commercial international vers une nouvelle moralité contractuelle¹⁷⁰, reflet de la réalité contemporaine¹⁷¹. Les Principes d'UNIDROIT aménagent un régime de *hardship* aux articles 6.2.1 à 6.2.3. Il s'agit en fait d'une application du principe de la *favor contractus* et du principe de la bonne foi et du « fair dealing » dans le commerce international. Tout comme pour la rédaction du Code civil du Québec, il y avait deux philosophies à l'intérieur du groupe de travail sur les Principes d'UNIDROIT : les traditionnalistes et les innovateurs¹⁷². Selon Bonell, les deux tendances se sont bien équilibrées¹⁷³. Ainsi, certaines dispositions reflètent les solutions communes aux systèmes juridiques comparés tandis que d'autres mettent en œuvre des solutions jugées plus adaptées au commerce international :

« As to their content, the UNIDROIT Principles represent a mixture of both tradition and innovation. In other words, while reflecting concepts found in many, if not all, legal systems, they also – especially when irreconcilable differences between the various domestic law render a choice inevitable – embody what in the light of the special needs of international trade are perceived to be the best solutions, even if these solutions still represent a minority view. »¹⁷⁴

Les Principes d'UNIDROIT font donc plus que réaffirmer le droit des contrats du commerce international. D'ailleurs, certaines solutions ne font pas l'unanimité et, selon

française. En fait, on exige des parties qu'elles adoptent un comportement ouvert et loyal. Les concepts de « good faith » et « fair dealing » sont donc intrinsèquement liés.

¹⁶⁹ La bonne foi fait également partie des dispositions générales de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Article 7(1) de la CVIM : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. » *Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises* (1980).

¹⁷⁰ Klaus Peter BERGER, « The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria* », (2000) 1 *Rev. dr. unif.* 153, 159.

¹⁷¹ *Id.*, 160.

¹⁷² « On the one side were the « traditionalists », rather reluctant to depart from long established principles, particularly if these principles formed part of their own legal system; on the other side were the « innovators », more open to recent developments, even when these developments belonged to a foreign legal system and were not yet generally accepted. » Michael Joachim BONELL, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Towards a New *Lex Mercatoria* ? », (1997) 2 *R.D.A.I.* 145, 148.

¹⁷³ *Id.* : « Dans l'ensemble les deux tendances se sont équilibrées de sorte qu'il est difficile de dire si les Principes UNIDROIT sont plutôt innovateurs ou plutôt traditionnels. »

¹⁷⁴ M. J. BONELL, *op. cit.*, note 27, p. 14.

Béraudo, « traduisent des options de politique juridique »¹⁷⁵. L'auteur donne le *hardship* en exemple. Un autre auteur estime que l'article 3.10 sur l'avantage excessif est dangereux et inacceptable¹⁷⁶. Ces idées n'en font pas moins leur chemin.

De nombreux parallèles peuvent être établis entre les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec. Tous deux adoptés en 1994, les instruments partagent des valeurs et des préoccupations similaires. Ils tentent notamment d'établir un équilibre entre la liberté contractuelle et la justice contractuelle, deux idées maîtresses qui ont présidé à leur rédaction :

« Le XIXe siècle avait consacré la domination du principe de liberté contractuelle, fondé sur la théorie de l'autonomie de la volonté, selon lequel les parties contractantes, majeures et capables, sont seules en mesure de veiller à la défense de leurs intérêts et ainsi d'apprécier elles-mêmes l'équivalence des prestations. Le XXe siècle a progressivement pris acte des abus, souvent flagrants, d'un tel régime et a permis, sous diverses formes, l'éclosion d'un nouvel esprit de justice contractuelle. C'est ainsi qu'aujourd'hui les *Principes* et le *Code civil du Québec* ont élaboré des régimes conçus spécifiquement comme des moyens d'établir un plus juste équilibre dans les relations contractuelles. »¹⁷⁷

Les auteurs, Paul-André Crépeau et Élise Charpentier, après un examen attentif des dispositions du Code civil du Québec et des Principes d'UNIDROIT, en sont venus à la conclusion que le souci d'atteindre une plus grande justice contractuelle s'était manifesté sous quatre formes, soit l'ordre public, la bonne foi, la recherche d'un juste équilibre et la promotion du raisonnable, mais à des degrés différents dans chacun des instruments. Selon eux, les notions d'avantage excessif (lésion dans le Code civil du Québec), de *hardship* et de clause abusive sont des stratégies qui relèvent de la recherche d'un juste équilibre¹⁷⁸. Ils critiquent d'ailleurs le régime de lésion du Code civil du Québec pour son manque de cohérence interne et systémique¹⁷⁹. Quant au

¹⁷⁵ J.-P. BÉRAUDO, *loc. cit.*, note 167, 191.

¹⁷⁶ Fabio BORTOLOTTI, « The Unidroit Principles and the arbitral tribunals », (2000) 1 *Rev. dr. unif.* 141, 143-144.

¹⁷⁷ P.-A. CRÉPEAU et É. M. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 80, p. 78.

¹⁷⁸ *Id.*, pp. 76-132.

¹⁷⁹ À la différence des Principes d'UNIDROIT qui ont retenu une conception mixte de la lésion, le Code civil du Québec met en œuvre quatre régimes de lésion classés sous trois paliers. Selon Crépeau et Charpentier, il y a contradiction apparente entre les articles 6 et 1375 du C.c.Q. et les articles 1405 et 1406 du C.c.Q. : « En principe, le législateur ne parle pas pour ne rien dire : il dit ce qu'il veut dire et veut dire ce qu'il dit. Comment dès lors peut-il, d'un même souffle, consacrer le principe fondamental de la bonne foi et n'en reconnaître l'application, en matière de

hardship, nous avons vu que ce concept n'était pas reconnu en droit québécois. Cependant, au-delà de l'idée de justice contractuelle, le *hardship* relève d'abord d'une logique de préservation du lien contractuel puisqu'il permet notamment la réouverture des négociations entre les parties ou l'adaptation du contrat par l'arbitre. Par conséquent, Crépeau et Charpentier évoquent également cette problématique sous la rubrique consacrée à la liberté contractuelle, dans la section où il est question du régime de la *favor contractus*.¹⁸⁰ Plusieurs solutions retenues dans le Code civil du Québec procèdent de ce principe de maintien du contrat, mais les Principes d'UNIDROIT vont plus loin dans la reconnaissance de la *favor contractus* puisque, notamment, ils admettent le concept du *hardship*¹⁸¹. Quelle que soit la position adoptée par le droit positif sur la question du *hardship*, la *favor contractus* s'inscrit dans la mouvance contemporaine en droit des contrats et les codifications récentes y sont sensibles, ce qui laisse présager une plus grande ouverture au principe¹⁸².

SECTION 3 : Les objections traditionnelles à l'application du principe *rebus sic stantibus* : nouvelle perspective

Sous-section 1 : Les exigences de stabilité et prévisibilité

En réponse aux préoccupations des opposants au principe *rebus sic stantibus*, nous soutenons qu'il y a deux façons d'envisager la stabilité et la prévisibilité.

lésion mixte, que dans les cas très limitativement énoncés : « expressément prévus par la loi »? La stabilité contractuelle constitue assurément une valeur éminemment défendable, mais certes pas au mépris de la bonne foi par l'exploitation consciente de la vulnérabilité de l'être humain. C'est là, à notre avis, imposer un prix trop élevé pour un « juste équilibre », surtout lorsque celui-ci est, en l'occurrence, marqué au coin de l'incohérence législative! » P.-A. CRÉPEAU et É. M. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 80, p. 114.

¹⁸⁰ Les auteurs définissent ainsi le principe : « Il s'agit, au fond, d'un principe selon lequel il faut autant que possible prendre des mesures destinées à favoriser la validité et l'exécution, bref la survivance plutôt que la nullité ou l'extinction, d'un contrat, et ce, notamment en limitant ou en atténuant les causes de nullité ou de résolution d'une relation contractuelle. » P.-A. CRÉPEAU et É. M. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 80, p. 12.

¹⁸¹ Pour une comparaison entre les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec au niveau de la mise en œuvre du principe de la *favor contractus*, voir : P.-A. CRÉPEAU et É. M. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 80, pp. 12-36. Pour une liste des dispositions des Principes d'UNIDROIT qui relèvent de la logique de maintien du contrat, voir : K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 170, 165.

¹⁸² Mentionnons que la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (1980) (CVIM) met également en œuvre le principe du maintien du contrat. Elle a notamment adopté le critère de contravention essentielle au contrat pour autoriser sa résolution (art. 25).

Il y a celle que nous avons évoquée dans la première section et il y en a une autre. Il est en effet possible d'envisager le principe *pacta sunt servanda* dans une perspective dynamique :

« Dans une vision encore trop simple on pourrait distinguer les contrats d'échange à court terme où la présomption d'intangibilité serait très forte – et presque irréfutable – et les contrats entraînant des relations permanentes entre les parties dans lesquels la règle de l'équivalence des prestations serait la règle fondamentale. Le maintien de l'équivalence des prestations serait alors le vrai signe de la stabilité du contrat dans une perspective dynamique et le moyen de vraiment respecter la règle *pacta sunt servanda* et de conserver une cause au contrat, le nominalisme juridique n'étant que l'expression formelle d'une volonté des parties devenue abstraite avec le temps. »¹⁸³

Plusieurs auteurs ont ainsi suggéré de répondre aux besoins des opérateurs du commerce international en ajustant le degré de flexibilité en fonction de la nature des contrats mis en cause¹⁸⁴. En fait, la distinction faite par Macneil entre les contrats relationnels et les contrats discrets trouve ici toute sa pertinence. La stabilité de la relation contractuelle plutôt que l'intangibilité formelle du contrat devrait donc être privilégiée lorsque le tribunal est en présence d'un contrat relationnel et que certaines circonstances sont réunies¹⁸⁵. L'important demeure le résultat :

¹⁸³ P. KAHN, *loc. cit.*, note 123, 21-22.

¹⁸⁴ Berthold GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *J.D.I.* 3, 1979.475, 494 : « On peut, à vrai dire, penser qu'une distinction mériterait ici d'être faite entre les contrats d'échange et ceux de production internationale, ou préparatoires à la production (comme les contrats clés ou produits en main, précédemment évoqués). Les seconds ne revêtent pas, en effet, un caractère spéculatif ; et l'on est d'autre part en droit de penser que dans les contrats relatifs à la production et peut-être aussi dans des contrats d'approvisionnement à long terme, le maintien de l'équilibre des prestations est conforme aux besoins spécifiques des relations économiques internationales qui doivent guider l'élaboration de la *lex mercatoria*, en y introduisant précisément la souplesse qui fait souvent défaut dans les systèmes juridiques étatiques. » N. NASSAR, *op. cit.*, note 71, p. 219 : « The special nature of LTICTs further supports the adjustment model. In such relationships, the initial investment is large and not readily transferable, returns are only recouperable after a period of time, and alternative contractual parties are not readily available since the players in this field are few. In addition, in many cases, the investment is tailored to the needs and requirements of one of the contracting parties. In such instances, terminating, or even suspending, the relationship is both unacceptable and unfair. It is unacceptable because it terminates a relationship which could, if adapted, be greatly beneficial, thereby wasting resources. It is unfair because excusing performance necessarily disadvantages one, if not both, parties; besides incurring an investment loss, one or both parties will have to search for a new partner. »

¹⁸⁵ Nous y reviendrons lorsque nous examinerons les solutions à donner à une problématique de *hardship*.

« Quelle que soit l'approche conceptuelle, la fin recherchée est la même : l'efficacité économique par la stabilité des rapports juridiques. Les moyens seuls diffèrent et affectent le choix des normes : d'un côté, fixation et immutabilité ; de l'autre, communication continue et flexibilité. »¹⁸⁶.

Rolland est d'avis que la flexibilité contribue davantage à la sécurité juridique que la fixité de principe, « [d]'autant que les contrats sont par nature incomplets et le sont plus encore les contrats à long terme. »¹⁸⁷ Elle conclut également que la théorie relationnelle de Macneil est favorable à la révision pour imprévision¹⁸⁸. En fait, le maintien de l'équilibre contractuel par le biais de l'adaptation pour imprévision serait bénéfique à tous les contrats qui s'inscrivent dans la durée, qu'ils se situent dans un cadre interne ou international. Cependant, les contrats internationaux sont peut-être davantage exposés aux risques de changements de circonstances du fait de leur internationalité :

« Les praticiens du commerce international ont toujours été aux prises avec l'instabilité et la très grande diversité des systèmes juridiques, politiques et économiques. À cela s'ajoute aujourd'hui la nécessité de faire face à une accélération sans précédent du développement scientifique, technologique et industriel. [Paragraphe] Dans ce contexte mouvant, la pérennité des engagements contractuels se trouve mise à rude épreuve. Les circonstances ayant présidé à leur conclusion évoluent continuellement et connaissent parfois des bouleversements tels que leur existence même est susceptible d'être remise en cause. »¹⁸⁹

¹⁸⁶ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 933. Voir également ce passage : « La fin recherchée, soit le maintien des liens d'affaires, est proche d'une valeur défendue par la théorie classique, soit la stabilité contractuelle, mais les moyens diffèrent. Selon l'approche transactionnelle, la stabilité est assurée par l'immutabilité et la menace de sanction ; selon l'approche relationnelle, elle est protégée par la collaboration et le compromis. » *Id.*, 926.

¹⁸⁷ *Id.*, 935.

¹⁸⁸ *Id.*, 938 : « Tenant compte de la réalité, le modèle de Macneil favorise la réception de la théorie de l'imprévision. La teneur relationnelle du contrat, qui implique la norme de solidarité, impose non le transfert mais bien le partage des profits et des pertes. »

¹⁸⁹ P. MOISAN, *loc. cit.*, note 15, 283. Selon Moisan, les opérateurs du commerce international sont généralement confrontés à quatre types de risques : naturels, sociopolitiques, économiques et juridiques. L. P. BREMER, *loc. cit.*, note 15, 123-124 : « The main political risks are : 1. Political and social instability or unrest caused by : a. poor economic conditions; b. religious, ethnic or national strife; c. dissatisfied elites or middle classes; and d. regional disparities or rivalries. 2. Civil war. 3. International war. The main economic risks are : 1. slow real economic growth (economic growth too slow to keep up with population growth, at a minimum); 2. uneven distribution of wealth (by class, region, ethnic group, etc.); 3. uncontrolled inflation; 4. currency devaluations; 5 nationalization or private/foreign-owned enterprises; 6. default on national debt; 7. corruption; 8. undeveloped or underdeveloped body of commercial law or commercial court system. »

De plus, ces contrats requièrent souvent de longues négociations, la mobilisation de nombreuses ressources et l'investissement de sommes importantes. Inévitablement, les conséquences d'un échec sont plus sévères lorsque les enjeux sont plus importants.

Les conséquences associées au rejet du principe *rebus sic stantibus* sont diverses et varient en fonction des circonstances propres à chaque affaire. Ainsi, dans certains contrats particuliers, la relation contractuelle constitue en elle-même un actif qu'il faut chercher à préserver coûte que coûte puisque les conséquences associées à un échec sont considérables. Bouthinon-Dumas évoque ainsi la notion d'actif spécifique de Williamson et sa pertinence pour les contrats relationnels :

« Le facteur essentiel qui gouverne le choix des structures contractuelles d'organisation de l'activité économique est la spécificité des actifs. Un agent économique n'investira dans un bien dont l'usage est spécifique et la convertibilité décevante ou nulle, que s'il est relativement sûr de pouvoir l'exploiter. Il faut donc qu'il puisse se fier à la continuité d'un contrat qui organise l'écoulement des biens produits grâce à cet actif spécifique. Aucune entreprise ne prendrait par exemple le risque d'élaborer, de financer et de construire une machine à creuser des tunnels sous la mer sans l'assurance qu'on lui confiera la tâche de la réalisation d'une oeuvre comme le tunnel sous la Manche. »¹⁹⁰

L'auteur poursuit ainsi ses explications : « On comprend que dans le cas des contrats relationnels, si juridiquement les parties sont indépendantes, économiquement elles sont dans une situation de dépendance bilatérale. Normalement chacune a un intérêt dans la continuation de la relation. La relation est génératrice de valeur pour les deux parties. Elle constitue en elle-même un bien spécifique. »¹⁹¹ L'intangibilité formelle du contrat dans ces circonstances pourrait s'avérer beaucoup plus désastreuse que la renégociation et, faute d'accord, la révision pour cause de *hardship*. Le refus de procéder à un ajustement du contrat pourrait mener à la ruine de l'une des parties contractantes, ce qui n'est pas toujours sans conséquences pour les partenaires économiques et les membres de la communauté¹⁹². Un auteur rappelle d'ailleurs que

¹⁹⁰ H. BOUTHINON-DUMAS, *loc. cit.*, note 42, 350.

¹⁹¹ *Id.*, 351.

¹⁹² « Bien souvent, c'est le contraire qui se produit : l'intangibilité théorique des obligations convenues aboutit, en fait, à la ruine de l'une des parties et, par là, à l'inexécution du contrat – qui est génératrice de la pire des insécurités – alors qu'une révision raisonnable en permettrait

les réactions en chaîne évoquées par les opposants à la révision pour imprévision sont également susceptibles de se faire sentir du côté du débiteur :

« En effet, on semble oublier que, si la doctrine de l'imprévision n'est pas acceptée, une réaction en chaîne se produit également du côté du débiteur. Celui-ci, ruiné par un seul contrat, ne pourra remplir ses engagements contractuels vis-à-vis d'innombrables autres créanciers. Il peut se trouver également que, dans des circonstances imprévisibles à un seul niveau régional, national ou international, des centaines voire des milliers de débiteurs soient ruinés par un seul contrat qui aurait simplement pu être révisé : l'argument de l'instabilité économique nationale peut donc également être invoqué en faveur de l'acceptation de l'imprévision. Autrement dit, un excès de stabilité peut avoir un effet contraire à celui qui est recherché si l'on a une vue d'ensemble des liens contractuels. »¹⁹³

L'argument est donc utile de part et d'autre, ce qui nous amène à penser que la solution appropriée réside souvent dans une analyse approfondie des circonstances de chaque affaire plutôt que dans une réponse univoque.

Maintenant, la faillite est peut-être la conséquence la plus tragique du rejet du principe *rebus sic stantibus*. D'autres dangers potentiels peuvent inciter les parties à collaborer pour maintenir la relation contractuelle. Selon Weintraub, l'efficacité est un incitatif à la résolution amiable des litiges dans les contrats relationnels :

« Each party has custom-shaped its operation to meet the other's needs and these transaction costs would be wasted if the relationship ended. Moreover, in well-organized markets where relational contracts predominate, a reputation for litigiousness is particularly undesirable. »¹⁹⁴

Il est donc parfois plus avantageux de poursuivre la relation contractuelle en procédant à certains ajustements que d'en négocier de nouvelles. De plus, une mauvaise réputation peut avoir des conséquences indirectes importantes. Lorsqu'un lien de confiance est établi entre deux parties, il serait insouciant de mettre en péril une relation contractuelle profitable en faisant preuve d'une trop grande rigueur de principe. Dans le sondage mené par Weintraub, sept répondants ont affirmé que leur cocontractant possédait un pouvoir supérieur de négociation, ce qui explique leur

l'exécution. » J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 36, p. 300. La véritable insécurité résiderait dans le bouleversement des circonstances économiques.

¹⁹³ J. BÉDARD, *loc. cit.*, note 29, 784.

¹⁹⁴ R. J. WEINTRAUB, *loc. cit.*, note 124, 21.

décision d'accorder la modification¹⁹⁵. En effet, il est possible que, par hypothèse, le fournisseur soit en situation de monopole et constitue la seule source raisonnable d'approvisionnement du cocontractant. Dans une logique de rationalité et de réciprocité, une partie pourra accepter de renégocier son contrat, non seulement afin de préserver ses intérêts économiques, mais également dans l'expectative de recevoir un accueil similaire si un jour elle éprouvait des difficultés. Finalement, mentionnons les difficultés pratiques qui peuvent être liés à une application stricte du principe *pacta sunt servanda*. Ainsi, Béraudo met en garde les opérateurs qui souhaiteraient écarter le concept de *hardship* dans les Principes d'UNIDROIT : « Il leur faut en apprécier les conséquences. Préfèrent-ils vraiment les complexités d'une faillite à l'étranger où une maladresse formelle pourra les priver de leur créance plutôt qu'une renégociation? La réponse dépendra de la maîtrise économique de l'opération. »¹⁹⁶ Bien souvent, la réponse à la question du *hardship* dépendra des faits particuliers de chaque affaire. On ne peut pas affirmer que le principe *rebus sic stantibus* devra s'appliquer indépendamment des faits et quelles que soient les circonstances.

Quant à l'argument selon lequel la reconnaissance du principe *rebus sic stantibus* mènerait inéluctablement au chaos et à l'instabilité contractuelle généralisée, rappelons que le rejet du principe *rebus sic stantibus* relève davantage du choix législatif que d'une réelle impossibilité théorique¹⁹⁷. Plusieurs pays européens, durement mis à l'épreuve par les deux grandes guerres, ont introduit sous une forme ou une autre, par le biais de la jurisprudence ou d'une disposition législative expresse, la théorie de la révision pour imprévision. Parmi les pays qui possèdent un régime de révision, mentionnons notamment l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, les Pays-Bas, la Suisse, la France (en droit administratif seulement), la Hongrie, la Pologne, la Grèce, l'Argentine, le Brésil, l'Algérie, la Syrie, l'Égypte, la Tunisie, le Maroc et le Japon¹⁹⁸. Par conséquent, outre l'évolution des rapports contractuels qui commande

¹⁹⁵ Id.

¹⁹⁶ J.-P. BÉRAUDO, loc. cit., note 167, 191.

¹⁹⁷ L. ROLLAND, loc. cit., note 118, 936 : « Ceux qui rejettent cette théorie s'appuient sur les fondements du droit commun des contrats – liberté contractuelle et sécurité juridique – auxquels ils ajoutent un choix de politique législative. »

¹⁹⁸ Pour un examen des principaux régimes de révision pour imprévision, voir les articles et ouvrages suivants : A. H. PUELINCKX, loc. cit., note 8, 61-65 ; D.-M. PHILIPPE, op. cit., note 8, troisième partie ; H. LESGUILLONS et L. COSTES, op. cit., note 45, division 4, art. 333 à 430 et division 11, art. 42 à 57 ; J. M. PERILLO, loc. cit., note 152, 9-10 ; U. DRAETTA et R. LAKE, op. cit., note 28, p. 179 ; J. BÉDARD, loc. cit., note 29, 787.

une attitude plus flexible à l'égard du contrat, un autre argument est invoqué en faveur de la théorie de l'imprévision et il s'inspire tout simplement des faits : « [...] wherever revision is admitted, it has not led to a flood of litigation and the security of transactions has not been endangered. »¹⁹⁹ Mentionnons finalement que si les conditions d'application sont strictes et que les circonstances propres à chaque affaire sont prises en considération, on peut difficilement prédire l'anarchie contractuelle. Il faut prendre conscience du fait que l'arbitre n'interviendra que dans des cas exceptionnels et que l'objectif n'est pas de faire du commerce international un haut lieu de justice et d'équité, mais simplement d'éviter les abus.

Sous-section 2 : L'argument de la compétence professionnelle

L'argument de la compétence professionnelle des opérateurs est souvent utilisé par les auteurs et les arbitres du commerce international pour justifier l'application stricte de la force obligatoire des contrats²⁰⁰. Le défaut pour les parties d'inclure une clause de *hardship* ou un autre mécanisme d'ajustement du contrat est sanctionné par l'application stricte du principe *pacta sunt servanda* parce que l'on présume que les opérateurs du commerce international sont des contractants avertis et compétents²⁰¹. On oppose donc la compétence des commerçants professionnels à l'argument de la clause implicite ; puisqu'ils sont compétents, ils auront pensé à inclure les clauses qui s'imposent. On présume donc que les opérateurs commerciaux sont

¹⁹⁹ Denis TALLON, « Imprévision Revisited : Some Remarks on the Consequences of a Change of Circumstances on Contracts », dans Attila Harmathy (dir.), *Binding Force of Contract*, Budapest, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, 1991, p. 107, à la page 111.

²⁰⁰ P. KAHN, *loc. cit.*, note 7, 242 : « Mais la majorité des sentences arbitrales maintient le contrat tel qu'il a été conclu car *pacta sunt servanda*, principe auquel s'ajoute celui du professionnalisme des parties. » P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 28 : « En matière internationale, la tendance dominante de la « jurisprudence arbitrale » est favorable à une conception plutôt étroite et conservatrice des pouvoirs de l'arbitre : l'adage « *rebus sic stantibus* » est écarté, même dans les contrats de longue durée à caractère non spéculatif, les arbitres préférant leur stabilité et relevant que les opérateurs du commerce international, professionnels expérimentés, étaient en mesure de se prémunir contre les changements de circonstances en convenant de clauses appropriées. »

²⁰¹ « L'absence de clause expresse d'adaptation du contrat au changement de circonstances, alors que des clauses de ce genre se trouvent à la disposition des parties qui souhaiteraient les utiliser, est interprétée par les arbitres comme une décision raisonnée de courir le risque du changement, car l'éventualité d'une simple omission doit être écartée entre des praticiens qui sont censés s'engager en connaissance de cause et se protéger eux-mêmes dans les opérations qu'ils traitent. » A. KASSIS, *op. cit.*, note 39, p. 363. Voir les observations du commentateur dans la sentence arbitrale CCI n° 2291, précitée, note 103.

conscients des risques auxquels ils s'exposent. Ainsi, dans l'affaire n° 1512, l'arbitre invite à la prudence dans l'application du principe *rebus sic stantibus* et appuie ses propos du commentaire suivant : « La précaution s'impose de plus tout spécialement dans les transactions internationales où il est en général plus improbable que les parties n'aient pas été conscientes du risque des impondérables éloignées ou capables de le formuler de façon précise. »²⁰² On trouve une remarque similaire dans la sentence rendue dans l'affaire n° 2404 :

« Considérant au surplus que le principe « *rebus sic stantibus* » invoqué par X ne peut recevoir application en l'espèce. Il convient en effet de ne retenir cette notion qu'avec réserve et prudence, surtout lorsque l'intention des parties a été clairement exprimée dans un contrat. La précaution s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de transactions internationales où en général les parties ont conscience des risques qui peuvent survenir et sont ainsi à même de les formuler de manière précise. »²⁰³

Si on applique ce raisonnement à la lettre, on doit conclure que les opérateurs commerciaux, à défaut de parer spécifiquement dans leurs contrats à tous les coups du sort, devront en subir les conséquences. On pourrait prétendre que les parties ont omis d'insérer une telle clause parce que, justement, elles croyaient à l'existence d'un usage, mais il n'est pas possible de le faire puisque la présomption de compétence professionnelle s'y oppose. En effet, « [...] plus la pratique des clauses d'adaptation s'affirme et moins on est fondé à admettre de telles clauses comme sous-entendues en cas de silence des parties, car plus les praticiens sont censés connaître et penser à les incorporer dans les contrats. »²⁰⁴ Un tel raisonnement anéantit toute théorie fondée sur les usages. Comment un usage peut-il se former si on exige des professionnels qu'ils prennent des dispositions formelles sur tous les aspects de leurs contrats? En fait, le raisonnement est circulaire.

À notre avis, la notion de compétence professionnelle des parties doit être dissociée de la révision pour imprévision. Dans certaines circonstances, il est parfaitement utile et pertinent d'invoquer la compétence professionnelle des parties

²⁰² Sentence rendue en 1971 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 1512, J.D.I. 4, 1974.905.907. Il était question dans cette affaire de l'inexécution par une banque pakistanaise d'une garantie en faveur d'une société indienne.

²⁰³ Sentence rendue en 1975 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2404, J.D.I. 4, 1976.995.

²⁰⁴ A. KASSIS, op. cit., note 39, n° 576, p. 367.

contractantes. Ainsi, dans l'affaire n° 2438, le tribunal a estimé que l'une des parties ne pouvait exiger des dommages-intérêts pour les dépenses supérieures aux sommes qu'elle était autorisée à conserver pour l'exécution partielle du contrat (fourniture, montage et mise en œuvre d'une usine) :

« Considérant que X ne saurait en aucun cas demander une allocation de dommages et intérêts en raison de la différence entre le prix contractuel, dont elle conservera la plus grande partie, correspondant selon l'appréciation des arbitres à la partie déjà exécutée de ses propres obligations, et les dépenses qu'elle déclare avoir engagées en vue de cette exécution; qu'il lui appartenait en effet de calculer le prix contractuel en fonction des dépenses prévisibles, dont elle était seule en mesure de faire l'estimation, et qu'aucune responsabilité du dépassement du prix par les dépenses ne saurait être imputée à Y. »²⁰⁵

La société avait donc la responsabilité de fixer adéquatement le prix contractuel en fonction des dépenses prévisibles. On présume qu'elle était suffisamment compétente pour le faire. La troisième règle énoncée par l'arbitre dans l'affaire n° 2291 semble confirmer cette interprétation du principe de compétence professionnelle : « Les parties doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives, non raisonnées, susceptibles de surprendre le cocontractant. »²⁰⁶ Le tribunal a conclu que le transporteur était présumé avoir fait preuve de diligence raisonnable dans la détermination des prix en inspectant le laminoir et en estimant le poids et le volume des pièces à être transportées. Il a par conséquent décidé que le prix pourrait être révisé pour la quantité d'objets à transporter, pièces qui n'avaient pas été notées à la liste de colisage, mais que rien ne pourrait être fait pour les différences de poids et de volume des pièces indiquées sur la liste. Ainsi, le cocontractant devait veiller à bien évaluer ses coûts et présenter des prix sérieux. Par opposition, lorsqu'il est question de *hardship*, les événements excèdent le cadre des prévisions raisonnables des parties. La notion de compétence n'est donc pas pertinente.

Est-ce que l'inclusion d'une clause de *hardship* fait partie des mesures qu'une partie doit prendre pour faire preuve de diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de ses intérêts? Ou plutôt, est-il déraisonnable de ne pas inclure une telle

²⁰⁵ Sentence rendue en 1975 à Lausanne sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2438, *J.D.I.* 4, 1976.969.

²⁰⁶ Sentence arbitrale n° 2291, précitée, note 103.

clause dans le contrat? Nous ne le pensons pas. On peut aisément comprendre qu'une partie, même parfaitement compétente et consciente des risques potentiels auxquels elle s'expose, ne puisse prévoir avec précision des événements raisonnablement imprévisibles qui altèrent fondamentalement la substance du contrat. D'ailleurs, à moins que celui-ci soit de nature purement spéculative, les parties ne s'attendent pas à profiter d'un coup du sort inattendu qui viendrait alourdir considérablement le fardeau de leur cocontractant²⁰⁷. Naturellement, on s'attend à ce qu'une partie puisse fixer les coûts de réalisation de ses obligations de façon adéquate. Il est probablement plus prévoyant de la part des parties d'insérer une clause d'adaptation du contrat, mais nous avons vu que cela n'était pas toujours possible. De plus, il est déraisonnable d'exiger des opérateurs du commerce international qu'ils envisagent toutes les éventualités avant de s'engager. Ils peuvent être compétents sans être omniscients. Le droit du commerce international doit chercher à faciliter les relations commerciales. Pour ce faire, une certaine confiance est nécessaire²⁰⁸. Bien sûr, les contrats-types peuvent faciliter la tâche et il y aurait peut-être un effort à faire de ce côté. Il serait intéressant d'intégrer davantage de clauses de *hardship* dans les contrats-types qui s'y prêtent. Cependant, les contrats-types portent souvent sur des transactions qui ne s'étalent pas dans le temps et qui sont moins susceptibles d'être soumises au *hardship*. De plus, la plupart des droits nationaux ont intégré des dispositions sur la force majeure, ce qui n'empêche pas les parties de négocier une clause de force majeure. Pourquoi le raisonnement ne pourrait-il pas être similaire pour le *hardship*? Mentionnons finalement que le critère de l'imprévision ne doit pas être interprété avec une trop grande rigueur pour éviter de faire peser sur les épaules des opérateurs commerciaux une présomption absolue de connaissance et de compétence. Il est impensable de demander aux parties de prévoir tous les impondérables. Elles doivent pouvoir contracter en se fondant sur la prémisse que certaines données resteront relativement stables. Nous reviendrons sur le critère de l'imprévisibilité.

²⁰⁷ Cependant, dans les contrats plus conventionnels : « On the other hand, in the more typical contract involving the sale of goods or services, or the rental of real estate, each party expects to gain from the contract and each party understands that the other party also expects to gain. In such contracts, neither party expects to gain from the other's loss, although both realize that such an imbalance may occur. » J. M. PERILLO, *loc. cit.*, note 152, 14.

²⁰⁸ « Comme l'observe M. Honnold, si la nature humaine demeure constante, on peut prévoir que là où le commerce est fait de routine et où les enjeux ne sont pas très grands, les hommes d'affaires, se fiant à leur attente d'une exécution routinière des obligations, s'abstiendront souvent de lier leurs contrats à des dispositions-types qui sont disponibles pour une incorporation par référence. Ordinairement leur approche désinvolte sera justifiée et l'exécution escomptée viendra. » A. KASSIS, *op. cit.*, note 39, n° 575, p. 366.

Dans un autre ordre d'idées, nous aimerions soulever un doute sur la présumée compétence des opérateurs du commerce international. N'est-il pas simpliste de croire que, parce qu'ils font des affaires à une plus large échelle ou tout simplement au-delà des frontières nationales, les opérateurs du commerce international sont plus expérimentés. Rolland suggère d'ailleurs la prise en considération par le droit des appartenances identitaires des contractants :

« Leurs intérêts peuvent être divergents, leurs connaissances inégales, leurs forces déséquilibrées ; la puissance économique de l'un peut exacerber la vulnérabilité de l'autre, le monopole peut créer la dépendance. Expulser du contrat ses véritables acteurs pour l'investir de leur seule volonté, c'est postuler l'égalité absolue qu'on sait ne pas exister en réalité. Si le droit entérine à cet égard le statu quo, alors qu'il consacre l'inégalité, donne encore plus de force au plus fort, plus de puissance au plus puissant, ce qui est contraire à la mentalité contemporaine dominante et surtout à l'horizontalité principielle des rapports de droit privé. »²⁰⁹

Dans la réalité commerciale d'aujourd'hui, les rapports commerciaux qu'entretiennent les opérateurs des pays occidentaux avec ceux des pays en voie de développement constituent un exemple flagrant du déséquilibre des forces en présence²¹⁰. Bien sûr, ces disparités peuvent être beaucoup plus subtiles. Il n'en reste pas moins qu'une position stratégique moins favorable ou un manque d'expérience peut influencer sur la capacité d'exiger l'insertion de mécanismes d'ajustement dans le contrat ou sur la possibilité de demander une renégociation de certains termes du contrat en cours d'exécution. Cet élément devrait militer en faveur de la reconnaissance du principe *rebus sic stantibus*.

²⁰⁹ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 925.

²¹⁰ « On sait qu'un des principes clés de l'interprétation des contrats internationaux repose sur l'idée que les contractants sont des professionnels avertis, de force sensiblement égale et donc aptes à insérer dans leurs contrats les clauses correspondant à leurs besoins. Or, un des points toujours soulignés par les pays en développement est la fragilité de cette présomption en ce qui les concerne, fragilité d'autant plus grande que le contrat en cause serait non un contrat d'échange, mais un contrat d'industrialisation ou un contrat de transfert de technologie. On devrait donc admettre un renversement de la présomption d'égalité entre partenaires et interpréter le contrat en partant de l'hypothèse de l'inégalité des contractants. » Philippe KAHN, *loc. cit.*, note 123, 25.

CHAPITRE 2 : L'arbitrage commercial international et la reconnaissance du principe *rebus sic stantibus*

Section 1 : Les grandes lignes du développement de l'arbitrage commercial international

Nous allons commencer par tracer les grandes lignes du développement de l'arbitrage commercial international afin de souligner l'importance acquise par ce mode de résolution des différends au fil des ans et mettre en contexte nos propos subséquents. L'arbitrage du commerce international a en effet connu un essor remarquable depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. Cet essor est intrinsèquement lié à la mondialisation et à l'augmentation du volume des échanges commerciaux²¹¹. Lien d'ailleurs tout naturel puisque la multiplication des échanges décuple le risque de conflits entre les divers intervenants sur le marché mondial²¹². Les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI dénotent une légère augmentation des demandes d'arbitrages de 1998 à 2001²¹³. Cependant, l'essor de l'arbitrage s'est également manifesté dans la multiplication des centres permanents d'arbitrage à travers le monde, ce qui explique sans doute la dispersion des statistiques quant à l'augmentation du nombre de recours à ce mode de résolution des différends²¹⁴. Les auteurs expliquent généralement l'accroissement des recours à

²¹¹ La croissance du commerce international depuis les années cinquante est indéniable. « Pour l'ensemble des échanges, le rapport du commerce mondial au PIB mondial atteignait 26% en 1998, au lieu de 8% en 1950. » La croissance n'est pas limitée aux produits manufacturés, mais s'étend également aux échanges de produits agricoles et au commerce des services. (J. ADDA, *op. cit.*, note 107, pp. 68-69.) Le ratio du commerce mondial à la production mondiale est donc en progression constante. Le taux de croissance en volume des exportations mondiales est beaucoup plus élevé que celui du PIB mondial. Selon un rapport de l'OMC, cette progression serait attribuable à la libéralisation des échanges et des investissements, aux innovations technologiques (réduction coûts de transport et de communication) et à l'élaboration de stratégies relatives aux investissements des entreprises et des particuliers. (OMC, *Le commerce international, tendances et statistiques*, 1995.)

²¹² Fouchard constate ainsi que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la croissance du recours à l'arbitrage commercial international a été quantifiable. La raison première de cette croissance serait l'augmentation des échanges internationaux. « Il en résulte évidemment davantage de litiges. » Philippe FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international? », (1989) 34 *R. D. McGill* 435, 439-440.

²¹³ En 2001, 556 demandes d'arbitrage ont été déposées et 341 sentences ont été rendues. Les chiffres sont respectivement de 541 et 334 en 2000 et de 529 et 269 en 1999. Informations disponibles à l'adresse Internet suivante : www.iccwbo.org/court/english/right_topics/stat_2001.asp.

²¹⁴ Se référer à la liste de centres d'arbitrages internationaux, régionaux et nationaux : (2000) XXV *YCA* 1220 et ss.

l'arbitrage par la croissance du commerce mondial, l'ouverture progressive des États à ce mode de résolution des litiges, le travail des organisations internationales et l'acceptation progressive de l'arbitrage par certains opérateurs qui y étaient hostiles²¹⁵. On n'a pas suffisamment insisté sur ce qui, à la base, en fait une nécessité au niveau international, sa neutralité²¹⁶. La neutralité de l'arbitrage commercial est, à notre avis, l'une des clefs de son succès. Les différends issus des échanges du commerce mondial requièrent, de par leur caractère international, un lieu de justice dont les fondements sont dégagés de l'emprise étatique. David, le célèbre comparatiste, a d'ailleurs insisté sur cet aspect²¹⁷. À cet égard, il est indéniable que l'arbitrage interne n'a pas la même portée que l'arbitrage commercial international²¹⁸. Selon un sondage relativement récent, la neutralité du forum est considérée comme un élément très pertinent (« highly relevant ») dans la décision des opérateurs de choisir l'arbitrage comme mode de résolution des conflits²¹⁹. Les entreprises, éprouvant des difficultés à

²¹⁵ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 4 : « Cette rapide croissance tient à de nombreux facteurs : - naturellement le développement spectaculaire des échanges internationaux ; - l'acceptation de plus en plus large de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges, notamment par des opérateurs publics qui y étaient naguère hostile ; - l'évolution, sous l'influence des organisations internationales, des droits des États qui n'y étaient pas favorables ; - la processivité accrue résultant de l'affaiblissement des solidarités dans un commerce international devenu mondial. »

²¹⁶ Le premier avantage de l'arbitrage du commerce international réside dans sa neutralité. Les parties ne veulent pas se soumettre au for étranger de la partie adverse. Pour les mêmes raisons, elles choisissent souvent un droit neutre. Les parties préfèrent donc choisir chacun leur arbitre. « Ceci parce que le juge partagera avec le national et son conseil un même héritage culturel, que ce soit au plan linguistique, économique ou, surtout, juridique. » Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 16, 151.

²¹⁷ David explique l'attitude plus favorable des États à l'égard de l'arbitrage international par la nécessité de l'institution au niveau international. En effet, en matière interne, l'arbitrage ne s'impose pas. Il existe d'autres moyens de remédier aux défauts de la justice étatique. Au niveau international, l'institution est fondamentale pour remédier à la situation chaotique dans laquelle se trouve le droit international privé. Les États, dans l'incapacité de s'entendre sur des règles qui mettraient fin au chaos, auraient reconnu les mérites de l'arbitrage lorsqu'il est question de contestations d'ordre international. Selon David, la prérogative de souveraineté à laquelle les États renoncent n'est qu'une prérogative usurpée puisqu'il est anormal que des contestations d'ordre international soient résolues par des juridictions nationales. De plus, les États ont la possibilité d'effectuer un contrôle au niveau de l'homologation ou de la reconnaissance et de l'exécution des sentences. René DAVID, Le droit du commerce international : Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé, Paris, Economica, 1987, pp. 110 et ss.

²¹⁸ « La distinction entre arbitrage interne et arbitrage international repose essentiellement sur l'idée que, dans le commerce international, l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges. » P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 3.

²¹⁹ En effet, 41 des 57 répondants (72%) ont classé l'avantage conféré par la neutralité du forum comme étant très pertinent. Un résultat similaire a été atteint en ce qui concerne l'avantage apporté par l'ensemble des conventions internationales qui assurent la reconnaissance et l'exécution des sentences à l'étranger. Sur 55 répondants, 35, soit 64%, ont été d'avis qu'il

imposer la compétence de leur propre for à leurs vis-à-vis contractuels étrangers, auraient jugé l'arbitrage plus adéquat pour la résolution des litiges issus de leurs contrats internationaux. Fouchard est d'avis que cette problématique explique en partie le phénomène d'universalisation de l'arbitrage²²⁰. L'arbitrage est donc devenu le mode normal de résolution des litiges dans le commerce international. D'ailleurs, dans plusieurs juridictions, on distingue selon que l'arbitrage traite une affaire interne ou internationale²²¹. Généralement, les règles qui régissent l'arbitrage interne sont plus sévères.

Au cours de la deuxième moitié du XXe siècle, l'autonomie de l'arbitrage commercial international a progressivement été affirmée. Cette évolution a été soutenue à la fois par les efforts des tribunaux arbitraux et par l'ouverture croissante des législateurs et juges nationaux. La reconnaissance de l'autonomie de la clause d'arbitrage a été un aspect fondamental du renforcement de l'indépendance de l'institution arbitrale par rapport aux droits étatiques et aux institutions judiciaires nationales²²². Le principe est maintenant reconnu à l'article 2642 du Code civil du Québec²²³. On reconnaît également aux arbitres la possibilité de statuer sur leur propre

s'agissait là d'un avantage hautement significatif (« highly relevant »). Ces deux avantages se sont classés premiers dans la liste des avantages présentés dans le sondage. Christian BÜHRING-UHLE, *Arbitration and Mediation in International Business : Designing Procedures for Effective Conflict Management*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 1996, pp. 395-396 (Annexe 1). Appendix 1 : Results of Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes.

²²⁰ Philippe FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », dans *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Éditions Frison-Roche, Paris, 1999, p. 381, à la page 384.

²²¹ Au Canada anglais, le régime juridique applicable à l'arbitrage commercial international est distinct de celui applicable à l'arbitrage interne. Pour une illustration de cette distinction, voir : *The United Mexican States c. Metalclad Corporation*, [2001] B.C.J. No. 950 (B.C.S.C.). L'un des traits marquants du droit québécois de l'arbitrage réside dans le fait qu'il traite de façon uniforme tous les types d'arbitrage. La loi québécoise se distingue donc des lois sur l'arbitrage adoptées dans le reste du Canada et à l'étranger en général. L'article 940.6 du Code de procédure civile du Québec, qui commande l'interprétation des dispositions sur l'arbitrage à la lumière des instruments internationaux lorsque sont mis en cause des intérêts extra-provinciaux, a été ajouté à la dernière minute de crainte que la spécificité de l'arbitrage commercial international ne soit pas reconnue. On appréhendait les risques liés à l'adoption d'un régime uniforme. En effet, on voulait éviter que le droit québécois ne se développe d'une façon incompatible avec les principes de l'arbitrage international et les besoins des opérateurs du commerce international. L'approche retenue reconnaît aux arbitrages inter-provinciaux la même spécificité que les arbitrages réellement internationaux.

²²² Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 44, 832.

²²³ Voir également les dispositions suivantes : art. 16(1) de la Loi-type de la CNUDCI, art. 21(2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 6(4) du Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 7 du Arbitration Act anglais.

compétence et, corollaire inévitable, la liberté de ne pas surseoir à statuer lorsque cette compétence est contestée devant un tribunal étatique²²⁴. Le principe de la compétence-compétence est énoncé aux articles 940.1 et 943 du *Code de procédure civile* du Québec. Le principe a été largement adopté par les juridictions étatiques dans un souci d'efficacité afin de décourager les manœuvres dilatoires²²⁵. En effet, bien que l'on reconnaisse aux arbitres le pouvoir de statuer sur leur propre compétence, cela n'exclut pas, dans la plupart des juridictions étatiques, le pouvoir parallèle du juge de statuer sur cette même compétence. Le pouvoir de l'arbitre étant d'origine conventionnelle, il ne peut statuer définitivement sur sa propre compétence ; sa décision est sujette à un contrôle judiciaire. Il existe donc un lien nécessaire entre l'institution arbitrale et les juridictions étatiques : « Leur complémentarité s'exprime chaque fois qu'il est nécessaire de s'adresser aux tribunaux étatiques pour parfaire la constitution d'un tribunal arbitral, ou pour obtenir une mesure conservatoire, ou encore pour rendre exécutoire une sentence ou au contraire pour en solliciter l'annulation. »²²⁶ La question des pouvoirs de l'arbitre à l'égard du droit applicable est également très importante dans l'affirmation de l'autonomie arbitrale. Ce domaine a connu une évolution significative depuis les années soixante-dix²²⁷. L'adoption de lois d'arbitrage plus modernes a été déterminante à cet égard. L'article 944.10 du Code de procédure civile du Québec prévoit que les arbitres tranchent le différend conformément aux « règles de droit » qu'ils estiment appropriées²²⁸. Les arbitres doivent également tenir compte des

²²⁴ Antonias DIMOLITSA, « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *Rev. arb.* 1998.305.321.

²²⁵ *Id.*, 325. « Car il semble qu'effectivement, la partie qui conteste la compétence de l'arbitre en saisissant parallèlement le juge étatique est le plus souvent de mauvaise foi et cherche seulement à gagner du temps. »

²²⁶ Bruno OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 415, à la page 424.

²²⁷ Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, note 44, 843 : « Depuis qu'en 1971, dans l'affaire n° 1512 (J.D.I. 1974, 907) une sentence a affirmé que « l'arbitre international ne dispose pas de *lex fori* à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois », les arbitres, à de rares exceptions près, n'ont cessé de proclamer leur liberté en matière de détermination du droit applicable au fond du litige, chaque fois que les parties ne l'ont pas choisi. C'est un des domaines où l'autonomie de l'arbitrage international par rapport aux systèmes juridiques nationaux se manifeste avec le plus d'acuité. »

²²⁸ Voir également les dispositions suivantes : art. 1496 du N.C.P.C., art. 6 du *International Commercial Act* d'Alberta et art. 7 du *International Commercial Act* d'Ontario. Voir également l'art. 18 du Règlement de la CCI. L'art. 1496 du N.C.P.C. se lit comme suit : « L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées ». Disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/new_code.ow). Voir finalement l'art. 187 par. 1 du chapitre 12 de la *Loi fédérale suisse sur le droit international privé* : « Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec

usages du commerce applicables. Les rédacteurs de la Loi-type de la CNUDCI ont retenu une formulation plus traditionnelle. En effet, l'article 28 prévoit qu'à défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral appliquera « la loi désignée par la règle de conflit de loi » qu'il jugera applicable en l'espèce²²⁹. En vérité, le résultat est le même puisque le choix de la règle de conflit permet au tribunal arbitral de choisir le droit qu'il lui semble le plus approprié. Mentionnons finalement que toutes ces dispositions laissent aux parties la possibilité de désigner les « règles de droit » de leur choix. Ainsi, bien que la Loi-type ait choisi une approche plus traditionnelle en l'absence de choix des parties, elle prévoit que l'arbitre doit trancher le différend « conformément aux règles de droit choisies par les parties » et non « conformément à la loi choisie par les parties ». La Loi-type ne précise pas expressément que le tribunal arbitral doit statuer conformément aux stipulations du contrat et prendre en considération les usages du commerce. « Cependant, cela ne signifie pas que la Loi type doive négliger ou limiter l'importance du contrat et des usages commerciaux. »²³⁰

Une certaine ouverture des États a été nécessaire, voire essentielle à la progression de l'arbitrage comme mode de résolution des différends du commerce international. Les États ont probablement réalisé que la libéralisation du commerce nécessitait une ouverture corrélative dans le domaine de la résolution des différends. Il faut se rappeler que, dans plusieurs États, l'arbitrage était envisagé avec une certaine hostilité. On y voyait une tentative des opérateurs privés d'échapper au droit et à la justice. Ainsi, au Québec, il a fallu attendre jusqu'en 1986 lors de l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile* pour que la légalité de l'arbitrage soit affirmée officiellement par le législateur²³¹ :

lesquelles la cause présente les liens les plus étroits. » Disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/>.

²²⁹ Voir l'art. 46(3) du *Arbitration Act* anglais et l'article 33 al. 1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

²³⁰ Voir le *Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international* : Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/264) dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 1985, volume XVI, p. 106, à la page 137. Disponible sur le site Internet de la CNUDCI à l'adresse suivante (site consulté le 19 août 2002) : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

²³¹ *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile*, L.Q. 1986, c. 73. Pour une revue historique de l'évolution de l'arbitrage commercial au Québec et de son acceptation progressive par les institutions, se référer à l'opinion de la juge Claire L'Heureux-Dubé dans *Sports Maska c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564.

« Le législateur du Québec a été ainsi le premier à adopter la loi-type sur l'arbitrage international qui venait tout juste d'être proposée à la CNUDCI et à étendre son régime particulièrement libéral aux arbitrages internes, en plus de rendre ces modes accessibles à tous les litiges où on peut disposer librement de ses biens. »²³²

La légalité de la convention d'arbitrage est maintenant reconnue à l'article 2638 du C.c.Q. L'arrêt *Zodiak*, rendu par la Cour suprême du Canada en 1983, avait déjà consacré la validité de la clause compromissoire parfaite en droit québécois²³³. Auparavant, seul le compromis était autorisé. La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) a été importante dans l'affermissement de l'arbitrage commercial international comme mode de résolution des différends. Des textes législatifs fondés sur la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés dans une quarantaine de pays et territoires différents²³⁴. La Loi type vise essentiellement à aider les États à réformer et moderniser leurs lois relatives à l'arbitrage, afin de tenir compte des caractéristiques et des exigences particulières de l'arbitrage commercial international. Elle a également pour effet d'harmoniser les lois sur l'arbitrage dans les différents pays et, par conséquent, de favoriser la confiance des opérateurs en ce mode de résolution des différends²³⁵. Fouchard résume ainsi l'apport des réformes législatives en général à l'autonomie de l'arbitrage :

« [...] la plupart n'édicte que des règles supplétives, et laissent aux praticiens la liberté d'organiser comme ils le souhaitent la constitution du tribunal arbitral et le déroulement de la procédure ; elles permettent également aux parties, aux arbitres et aux Centres de déterminer les règles applicables au fond du litige, sans avoir à se référer

²³² Nabil N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 100.

²³³ *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

²³⁴ Dans les pays et territoires suivants : Allemagne, Australie, Bahreïn, Bélarus, Bermudes, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Égypte, États-Unis d'Amérique (Californie, Connecticut, Oregon et Texas), Fédération de Russie, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Malte, Mexique, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Oman, Pérou, Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine), Région administrative spéciale de Macao (Chine), République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Écosse), Singapour, Sri Lanka, Tunisie, Ukraine, Zambie et Zimbabwe. Informations disponibles sous la rubrique « État des ratifications » sur le site Internet de CNUDCI à l'adresse suivante : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>. Le site a été consulté le 2 novembre 2001.

²³⁵ Les règles du jeu sont donc plus neutres. Voir Goldman HERRMANN, « The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Its Salient Features and Prospects », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), *Actes du 1^{er} Colloque sur l'Arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 351.

nécessairement ni à une loi étatique substantielle, ni à un système national de conflit de lois. »²³⁶

Finalement, mentionnons la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* qui a permis de faciliter la mise en oeuvre des sentences arbitrales à l'étranger. Selon les informations disponibles sur le site de la CNUDCI, 132 États seraient actuellement parties à cette convention²³⁷. Cet instrument a joué un rôle fondamental dans la croissance de l'arbitrage. Il contribue grandement à assurer l'efficacité du recours à l'arbitrage puisqu'il facilite la reconnaissance et l'exécution des sentences à un point tel qu'il est plus aisé de faire reconnaître une sentence qu'une décision étrangère.

Bien que les orientations prises par l'arbitrage commercial international fassent l'objet de certaines critiques²³⁸, il n'en reste pas moins que l'arbitrage demeure pour l'instant le seul mode de résolution des différends pourvu d'un degré à la fois suffisant de rigidité et de souplesse pour assurer le maintien de l'ordre au niveau international. Oppetit, dans sa *Théorie de l'arbitrage*, conclut à l'universalité (et non à l'uniformité) de l'arbitrage²³⁹. Selon l'auteur, l'arbitrage international a imposé son aptitude générale à solutionner les conflits du commerce international grâce à son adaptabilité, sa mission pacificatrice (résolution du conflit et rétablissement des bonnes relations) et son caractère résiduel (attraction des hypothèses voisines qui milite en faveur d'une conception extensive et unitaire de l'arbitrage)²⁴⁰. En effet, l'arbitrage est devenu le mode normal de résolution des différends du commerce international :

²³⁶ P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 220, 387.

²³⁷ Informations disponibles sur le site Internet de la CNUDCI à l'adresse suivante (site consulté le 2 novembre 2002) : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>. Les plus récentes ratifications à ce jour sont celles du Brésil (le 7 juin 2002), de la Jamaïque (10 juillet 2002) et du Qatar (30 décembre 2002). Les dates d'entrée en vigueur sont respectivement le 5 septembre 2002, le 8 octobre 2002 et le 30 mars 2003.

²³⁸ On se réfère notamment aux phénomènes de judiciarisation (multiplication des recours aux tribunaux étatiques à diverses étapes de la procédure arbitrale), de juridictionnalisation (alourdissement du cadre processuel, accroissement du formalisme de l'instance arbitrale, multiplication des incidents de procédure) et d'institutionnalisation de l'arbitrage. Voir les textes suivants : P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 212 ; Laurent GOUIFFÈS, « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de justice? », dans Bruno OPPETIT, Hélène GAUDEMET-TALLON et Philippe FOUCHARD (dir.), *Recherches sur l'arbitrage en droit international et comparé : mémoires pour le diplôme d'études approfondies de droit international et du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 5.

²³⁹ Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998, pp. 110 et ss.

²⁴⁰ *Id.*, p. 111.

« L'évolution de l'arbitrage international, depuis une trentaine d'années, incite à l'optimisme. Il est devenu, de l'avis général, la méthode normale de règlement des différends du commerce international. Et il devrait le rester pour une raison fort simple : il n'existe pas, dans l'avenir prévisible, de véritable alternative à l'arbitrage, qui serait universellement praticable. En l'absence de juridiction internationale de droit privé, la circulation internationale des jugements rendus dans chaque État reste difficile. La justice étatique elle-même, lorsqu'elle est accessible, ne semble pas suffisamment neutre aux yeux de la partie étrangère, et elle n'est pas toujours bien adaptée aux besoins propres du commerce international »²⁴¹

L'arbitrage s'est également imposé pour la résolution des différends entre États au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)²⁴². Nous verrons que, compte tenu de la place qu'occupe l'arbitrage dans la résolution des différends du commerce international, les arbitres sont et continueront d'être appelés à faire certains choix qui auront un impact sur le droit commercial international. En effet, « [...] les arbitres du commerce international ne sont pas les exécutants dociles de ce « tout libéral » que tend à imposer la mondialisation. »²⁴³ Ainsi, selon Fouchard, l'arbitre doit progressivement répondre à des exigences plus larges.

Section 2 : Le rapport de l'arbitre du commerce international au droit national

Les différences

Selon les statistiques de la Cour d'arbitrage de la CCI, les parties négligent de moins en moins d'indiquer le droit applicable à leur contrat²⁴⁴. Le plus souvent, elles désignent un droit national neutre. Si elles ne le font pas, il est fort probable que le tribunal arbitral arrêtera son choix sur un droit national. Lorsque survient un litige entre les parties et qu'il est soumis à l'arbitrage, la charge d'interpréter et d'appliquer ce droit incombe au tribunal arbitral. Cependant, pour de multiples raisons que nous allons

²⁴¹ P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 212, 439.

²⁴² Voir l'annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*.

²⁴³ P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 220, 393.

²⁴⁴ La jurisprudence des arbitres du commerce international sur la détermination du droit applicable est relativement rare : « Cette rareté est d'ailleurs croissante car les parties contractantes omettent de moins en moins de désigner le droit applicable à leur contrat (dans 30% des cas selon le Bulletin de Décembre 1990 de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, p. 22). » Voir Yves DERAÏNS, « La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat », (1996) 4 *R.D.A.I.* 514, 516.

évoquer, le rapport qu'entretient l'arbitre du commerce international avec ce droit est très différent de celui qui existe entre le juge national et ce même droit. D'abord, le juge national n'a qu'un seul système de conflits de lois de référence et il n'applique que de façon exceptionnelle le droit étranger. Ensuite, le juge national qui interprète et met en application son propre droit fait partie intégrante du système et, même lorsque son pouvoir d'interprétation est restreint, il contribue à son développement : « Hors le cas exceptionnel où il est confronté à un élément d'extranéité, le juge national intervient à l'intérieur d'un système juridique homogène. Il applique le droit de l'État au nom duquel il rend la justice tout en étant à la fois un élément de création de ce droit. »²⁴⁵ Dans la plupart des pays, les tribunaux étatiques contribuent, par leur jurisprudence, à modeler le droit étatique. Bien sûr, l'importance de cette jurisprudence et la marge de manœuvre dont disposent les juges varient d'un pays à l'autre selon l'inspiration anglo-saxonne, civiliste ou mixte de leur système de justice. Indépendamment de la part qu'ils prennent dans le développement du droit, les tribunaux judiciaires forment l'un des piliers de la démocratie dans un État de droit puisqu'ils assurent le respect de la primauté du droit et des principes supérieurs de la justice. De plus, les tribunaux judiciaires appartiennent à la sphère publique de l'État et desservent la communauté en général. Le caractère public de leur fonction amène les juges à regarder au-delà du simple intérêt des parties en présence et à prendre en considération des éléments extrinsèques à la relation des parties.

Les arbitres du commerce international, bien qu'ils exercent également une fonction juridictionnelle²⁴⁶, entretiennent un tout autre rapport avec le droit national. Tout d'abord, l'arbitre du commerce international n'exerce sa fonction que sur demande, parce qu'il a été désigné expressément par les parties ou par un centre d'arbitrage pour résoudre le différend qui les oppose. À la différence du juge étatique, l'arbitre du commerce international n'appartient à aucun système étatique et n'assume aucune fonction publique :

²⁴⁵ Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 44, 830-831.

²⁴⁶ Ils exercent une fonction juridictionnelle en ce sens qu'ils sont tenus de respecter certaines garanties minimales en matière de procédure et qu'ils rendent une décision obligatoire qui s'impose aux parties. Dans l'exercice de cette mission confiée par les parties, les arbitres doivent respecter certains principes éthiques (principe de l'égalité des parties, existence d'un tribunal indépendant et impartial, respect de la contradiction) et techniques (déroulement de l'instance, respect du formalisme et motivation des sentences). Oppetit évoque la notion de « procès équitable », éthique communément partagée par tous les modes de résolution des différends. B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 226, 418.

« Si l'on considère la situation respective de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale, un élément essentiel les oppose : la première, au titre de l'une des fonctions essentielles de l'État, relève d'un service public, subdivisé en divers ordres de juridiction et doté de corps destinés à le faire fonctionner, et appartient à un ordre hiérarchisé : *l'ordre judiciaire* ; la seconde, de caractère privé et sans lien organique avec le détenteur de la souveraineté, ne s'insère dans aucun ordre préétabli et jouit d'une parfaite *autonomie* dans le cadre des règles contractuelles, statutaires ou légales qui la gouvernent. »²⁴⁷

Le tribunal arbitral n'est donc en aucune façon rattaché ou soumis aux autorités publiques nationales, bien que leur soutien lui soit parfois nécessaire²⁴⁸. L'arbitre du commerce international n'a pas de for arbitral. Deux conséquences découlent de cette situation²⁴⁹. Tout d'abord, l'arbitre n'a pas de loi « compétente », de loi qu'il doit appliquer a priori. Seul le droit choisi par les parties s'impose à l'arbitre et il en est ainsi par application d'une règle propre à l'arbitrage international et non du fait de l'intervention d'une loi du for. Il s'agit du principe de l'autonomie des parties²⁵⁰. Deuxième conséquence : aucune loi n'est « étrangère » pour l'arbitre²⁵¹. Cet élément est particulièrement pertinent lorsque l'arbitre doit déterminer le droit applicable au contrat et lorsqu'il doit décider d'appliquer ou non une règle d'ordre public étrangère à la *lex causae*. Cette distance qui existe entre l'arbitre du commerce international et le droit national justifie ou explique en partie le contrôle très limité des tribunaux judiciaires sur le bien-fondé de la sentence. En matière d'arbitrage commercial international, le contrôle porte principalement sur la régularité de la sentence plutôt que sur son

²⁴⁷ B. OPPEIT, *loc. cit.*, note 226, 422. Notons que cette vision traditionnelle est remise en question par le phénomène de création des forums de justice internationale comme le Tribunal pénal international.

²⁴⁸ Exemples : pour l'assignation forcée d'un témoin ou pour une ordonnance provisoire destinée à préserver les droits des parties.

²⁴⁹ Yves DERAÏNS, « Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration », dans Pieter SANDERS avec la coopération du T.M.C. Asser Institute for International Law (dir.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, International Council for Commercial Arbitration, Deventer (The Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, p.227, à la page 232. Voir également : Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, note 244, 515.

²⁵⁰ « Virtually all modern arbitration laws recognize that, in international situations, the parties are free to determine the law applicable to the merits of the dispute which the arbitrators are to resolve. This principle, traditionally referred to as the principle of party autonomy, is binding on the arbitrators. » Emmanuel GAILLARD et John SAVAGE, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague / Boston / London, Kluwer Law International, 1999, p. 785.

²⁵¹ Il n'est donc lié par aucun système de droit international privé. « Pour celui-ci, toutes les lois qui prétendent appréhender le contrat ont a priori un titre égal à s'appliquer, à l'exception du droit choisi par les parties pour régir le contrat. » Voir : Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, note 44, 845.

opportunité. Ainsi l'annulation est généralement le seul recours qu'il est possible d'exercer à l'encontre d'une sentence arbitrale. L'article 947 du *Code de procédure civile du Québec* énonce clairement ce principe. La plupart des lois d'arbitrage moderne, inspirées de la Loi-type de la CNUDCI, se limitent également à ce recours. Il existe cependant certaines exceptions notables²⁵².

Les conséquences

La non-appartenance de l'arbitre du commerce international à un ordre juridique national agit sur son rapport au droit national. Tout d'abord, l'arbitre n'exerce aucune influence sur le droit qu'il applique et qu'il interprète : « L'arbitre est extérieur à ce droit, tout au moins s'il s'agit d'un droit national et ne peut prétendre le faire évoluer en faisant œuvre créatrice. »²⁵³ Cette extériorité de l'arbitre lui donne une certaine liberté que n'ont pas les juges étatiques. Ainsi, l'arbitre n'a pas à se préoccuper de l'effet général de sa décision sur l'état du droit national : « [...] a number of benefits attaching to the rule of law flow from its general and permanent nature, which the judge has a duty to preserve, whereas the arbitrator focuses on a case which is unique, and which has already produced its effects. »²⁵⁴ L'arbitre n'a pas à se soucier de l'aspect dissuasif de sa décision. Il n'est pas tenu, par exemple, d'accorder les dommages exemplaires prescrits par la règle de droit s'il est d'avis qu'ils ne feront qu'enrichir injustement l'une des parties²⁵⁵. L'arbitre du commerce international doit prendre la décision la plus appropriée dans les circonstances et il n'a pas à faire preuve de déférence envers le législateur national. Il n'a pas à mettre en œuvre les concepts purement nationaux exactement comme le ferait un juge national puisqu'il agit dans un

²⁵² Par exemple, l'article 69 du *Arbitration Act* anglais maintient le contrôle traditionnel exercé par le juge anglais sur certains aspects de l'opportunité de la sentence. En effet, l'article 69 permet l'appel sur certains points de droit. Ce recours est cependant assorti de plusieurs conditions et les parties peuvent l'exclure.

²⁵³ Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 44, 830-831.

²⁵⁴ Pierre MAYER, « Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law. The 2000 Freshfields Lecture », (2001) 17 *Arbitration International* 235, 242. Oppetit exprime également cette idée : « Justice privée, l'arbitrage tire son origine de la volonté des parties : là où le juge public bénéficie d'une investiture générale à raison de sa qualité personnelle de magistrat, le juge privé qu'est l'arbitre n'a reçu des parties une mission de nature juridictionnelle qu'à l'effet de trancher le litige ou la catégorie de litiges pour lesquels il a été institué. » B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 226, 424.

²⁵⁵ Treble damages en droit américain. L'exemple est donné par P. MAYER, *loc. cit.*, note 254, 243.

contexte international²⁵⁶. Il intervient dans un cadre juridique plus large que celui des frontières nationales²⁵⁷. En bout de ligne, sa décision n'aura pas d'impact dans l'ordre juridique interne. En effet, tout comme le tribunal arbitral dont elle émane, la sentence arbitrale ne fait partie d'aucun ordre juridique national. Elle ne sera susceptible d'exécution forcée que lorsqu'elle aura été soumise à une procédure d'homologation ou de reconnaissance et d'exécution dans un ordre juridique donné²⁵⁸. Et même alors, elle restera un acte privé, un acte auquel l'ordre juridique reconnaîtra certains effets, sans pour autant l'assimiler à son propre bagage jurisprudentiel.

L'arbitre du commerce international peut donc s'écarter d'une interprétation donnée par les tribunaux étatiques à une règle de droit lorsqu'elle n'est pas pertinente ou décider qu'une règle de droit ne trouve application que dans un contexte national. L'arbitre pourrait également décider qu'une règle d'ordre public du droit applicable au fond du différend n'est pas adaptée aux besoins du commerce international. Racine donne l'exemple de la prohibition des intérêts en droit musulman, mais il est d'avis qu'il serait possible pour l'arbitre d'allouer une indemnité à titre d'intérêts sans violer le droit musulman. Racine donne plusieurs exemples de cas où les arbitres ont écarté la règle d'ordre public de la *lex causae* et il tire la conclusion suivante de son analyse : « Le trait commun à l'ensemble de ces sentences est l'inadaptation de la disposition concernée aux nécessités du commerce international. »²⁵⁹ On a ainsi permis l'allocation de dommages-intérêts composés alors que la loi applicable au fond le prohibait²⁶⁰. On a écarté une règle française relative à la sous-traitance qui permettait au sous-traitant de demander l'annulation du contrat à défaut pour l'entrepreneur de fournir caution, alors

²⁵⁶ Sentence arbitrale n° 2508, précitée, note 83. Dans cette affaire, on a suggéré la possibilité de faire une application plus souple du droit suisse lorsqu'il était question de contrats internationaux. Sentence arbitrale rendue en 1996 à Zurich dans l'affaire 8486, J.D.I. 4, 1998.1047. Selon l'arbitre dans cette affaire, il fallait prendre en considération les convictions juridiques en vigueur dans le droit international des contrats pour appliquer une disposition du droit néerlandais.

²⁵⁷ Andreas F. LOWENFELD, « Lex Mercatoria : An Arbitrator's View », (1990) 6 Arbitration International 133, 150.

²⁵⁸ Le *Code de procédure civile du Québec* prévoit aux articles 946 à 946.6 et aux articles 948 à 951.2 les procédures d'homologation des sentences arbitrales locales et de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales rendues hors Québec.

²⁵⁹ J.-B. RACINE, op. cit., note 81, p. 265.

²⁶⁰ Id., 266. L'auteur se réfère à la sentence arbitrale CCI rendue en 1990 dans l'affaire n° 5514, J.D.I. 1992.1022.

même que les travaux avaient été réalisés²⁶¹. On a également écarté l'application de la loi américaine RICO²⁶². L'arbitre a fondé sa décision sur l'attente légitime de l'une des parties. En effet, la loi permettait d'accorder une forme de dommages-intérêts particulière et inconnue dans le pays de tradition civiliste de cette partie (treble damages). Racine est d'avis que l'inadaptation de la loi aux besoins du commerce international justifie la décision de l'arbitre. Un tel cheminement doit cependant rester exceptionnel : « Seule une contrariété manifeste entre l'ordre public de la *lex causae* et les besoins du commerce international devrait justifier l'éviction par l'arbitre d'une disposition impérative déterminée. » Racine met également en garde contre le risque de voir la sentence exposée à un refus d'exequatur. La mise en garde vaut également pour les règles de droit ordinaires : l'arbitre du commerce international doit faire preuve de discernement et ne les écarter que lorsque cette solution s'avère absolument nécessaire dans le contexte²⁶³.

La mission pacificatrice de l'arbitre

Pierre Mayer, dans un article sur le devoir de l'arbitre international d'appliquer le droit, estime que l'arbitre du commerce international, constamment tiraillé entre, d'une part, la méthode qui consiste à appliquer le syllogisme juridique et, d'autre part, deux autres préoccupations, soit la recherche d'une solution équitable et la recherche d'une solution qui se rapproche le plus de la véritable intention des parties, peut parfois se laisser guider par son sens de l'équité pour écarter une règle de droit nationale qui

²⁶¹ Id., p. 267. Il est fait référence à la sentence arbitrale CCI rendue en 1994 dans l'affaire n° 7528 et à une sentence arbitrale inédite, citée par I. FADLALLAH, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », R.D.C.A.I. 1994.V. 377, n° 75, pp. 421-422.

²⁶² Id., p. 269. Racine cite la sentence arbitrale CCI rendue dans l'affaire n° 8385, J.D.I. 1997.1061.

²⁶³ Sur le devoir de l'arbitre du commerce international d'appliquer le droit national, Pierre Mayer conclut ainsi : « Extraneous to all national legal systems, the international arbitrator enjoys a high degree of freedom : he is the sole master as regards the selection of the system - not necessarily a specific national legal system -whose rules he will apply. He is faced with the temptation to rule in equity, or to give excessive priority to the upholding of an illegal contract. [Paragraphe] Yet the law has many positive aspects of which he is not always sufficiently aware ; it is neutral and predictable ; it guards against arbitrariness and is reassuring for the parties; it takes into account the general interests of the community. [Paragraphe] This leads me to conclude this article with the expression of the following conviction : an arbitrator should consider that it is his duty, not a legal one but a professional one, to comply with the law, and even to approach the law with respect. This is precisely what parties providing for arbitration and individual national states, expect of him. » P. MAYER, loc. cit., note 254, 247.

n'aurait vocation à s'appliquer qu'aux situations domestiques²⁶⁴. Il estime cependant que l'équité ne peut jouer qu'un rôle très modeste dans le processus décisionnel de l'arbitre. René David, dans son célèbre ouvrage sur l'arbitrage commercial international, émet une opinion similaire bien que plus audacieuse. David reconnaît le lien étroit qui existe entre le droit étatique et la justice, mais il est d'avis que l'arbitre, à la différence du juge, n'est pas tenu de se conformer à la lettre à cette justice puisque l'un des objectifs de l'arbitrage commercial international est d'individualiser la justice et d'en adapter l'administration aux circonstances particulières de chaque affaire²⁶⁵. Selon David, l'opposition entre l'arbitrage en droit et l'arbitrage amiable est un leurre :

« En dehors de cas spéciaux, dont on ne saurait nier l'existence, il est permis de dire que tous les arbitres sont, dans une large mesure, des arbitres amiables, parce que leur préoccupation, conforme à la volonté des parties, est d'arriver à une solution de justice plus que d'appliquer rigoureusement un droit étatique donné. »²⁶⁶

D'ailleurs, l'arbitre pousse souvent les parties à la conciliation ainsi qu'en témoignent les sentences rendues d'accord-parties. Selon David, l'équité n'est pas une alternative, mais un dépassement du droit. Cette préoccupation de conciliation, de recherche d'une solution équitable, de maintien des relations contractuelles qui semble habiter la fonction arbitrale peut apparemment amener l'arbitre à mettre en œuvre le droit national applicable avec plus de souplesse que ne le ferait un juge dans la même situation. Nous pensons cependant que David pousse peut-être un peu loin le rapprochement entre l'arbitrage en droit et l'arbitrage amiable, mais il est indéniable que l'arbitre a tout avantage à rendre une décision juste et satisfaisante pour les parties et, si possible, rendre une sentence d'accord-parties. Non seulement a-t-il ainsi la satisfaction d'avoir accompli sa mission, mais il sert également son intérêt personnel. En effet, l'arbitre vend ses services aux parties qui en ont besoin ; il a donc intérêt à ce que ces services soient appréciés et retenus par d'autres. Nous sommes donc d'avis qu'au cœur même de la notion d'arbitrage, entre ses origines à la fois conventionnelle et juridictionnelle, subsiste une volonté inhérente d'apaisement :

« Ainsi, « l'arbitrage international se préoccupe tout autant de la solution du contentieux passé que du rétablissement des bonnes relations entre

²⁶⁴ Mayer énumère quatre situations où le recours à l'équité serait acceptable pour l'arbitre du commerce international. *Id.*, 244.

²⁶⁵ R. DAVID, *op. cit.*, note 38, p. 567.

²⁶⁶ *Id.*, p. 568.

les parties ». Dans une perspective philosophique utilitariste, l'arbitre cherche, plus encore que le juge, à combiner le juste et l'utile, afin de préserver ces liens. Cette volonté conduit d'ailleurs à une spécificité des fins de la justice arbitrale cherchant à remplir sa mission pacificatrice : « Dans le commerce international, comme dans la vie, le juste n'est pas forcément au milieu des prétentions qui s'opposent (...). On avancera donc que la justice arbitrale se nourrit volontiers d'équités moyennes ». »²⁶⁷

Le fait pour l'arbitre d'avoir, en bout de ligne, à trancher un différend et rendre une décision obligatoire pour les parties ne l'empêche pas d'être attentif, lorsque les circonstances s'y prêtent, aux possibilités d'aménager des solutions qui permettraient de concilier les parties. L'adaptation du contrat peut être l'une de ces solutions.

Le choix du droit applicable par l'arbitre

La particularité du rapport qu'entretient l'arbitre du commerce international avec le droit national est plus apparente lorsque l'arbitre doit lui-même désigner le droit applicable au contrat. En effet, lorsque l'arbitre du commerce international est chargé de déterminer la règle de droit appropriée pour solutionner le différend, il entretient avec le droit applicable une relation de pouvoir particulière puisqu'il décide de son applicabilité. La question des pouvoirs de l'arbitre à l'égard du droit applicable a également été très importante dans l'affirmation de l'autonomie arbitrale. Ce domaine a connu une évolution significative depuis les années soixante-dix :

« Depuis qu'en 1971, dans l'affaire n° 1512 (*J.D.I.* 1974, 907) une sentence a affirmé que « *l'arbitre international ne dispose pas de lex fori à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois* », les arbitres, à de rares exceptions près, n'ont cessé de proclamer leur liberté en matière de détermination du droit applicable au fond du litige, chaque fois que les parties ne l'ont pas choisi. C'est un des domaines où l'autonomie de l'arbitrage international par rapport aux systèmes juridiques nationaux se manifeste avec le plus d'acuité. »²⁶⁸

Derains identifie deux limites à la liberté des arbitres de choisir le droit applicable : la volonté clairement exprimée des parties de choisir un droit plutôt qu'un autre et le souci de répondre à l'attente légitime des parties²⁶⁹. L'application cumulative des systèmes

²⁶⁷ L. GOUIFFÈS, *loc. cit.*, note 238, 50.

²⁶⁸ Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 44, 843.

²⁶⁹ *Id.*, 839.

Goldman prend pour acquis que l'arbitre, même s'il a recours à la voie directe, se fonde sur certains critères pour guider son choix et commente son cheminement. On réalise donc toute l'importance, sur le plan international, de parvenir à des solutions qui sont le moins contestables possibles pour toutes les parties impliquées. Les arbitres cherchent donc la convergence, tant au niveau de la méthode qui permet de choisir le droit applicable, qu'au niveau de la règle de droit qui solutionne le différend. Un arbitre a déjà dit d'une affaire à laquelle il avait participé qu'il ne pouvait affirmer avec certitude quel avait été le cheminement du tribunal arbitral : « I cannot be certain however, whether we decided first on the solution and then found a way to achieve it, or whether we set out on a truly unguided journey and ended up with the right result. »²⁷⁵ Le résultat importe donc davantage que la méthode dans la mesure où les choix sont justifiés. Il arrive également que, pour diverses raisons, en l'absence de clause de choix de loi, le ou les arbitres choisissent de leur propre chef d'appliquer les principes généraux du droit ou de la *lex mercatoria*²⁷⁶. Les arbitres tentent ainsi d'assurer

²⁷⁵ A. F. LOWENFELD, loc. cit., note 257, 139.

²⁷⁶ Voir les quelques décisions arbitrales récentes suivantes : **Sentence partielle rendue en janvier 1999 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9875, disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info, Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 95-97.** Le tribunal a été d'avis que les difficultés à identifier des facteurs déterminants qui auraient pu désigner soit le droit japonais soit le droit français ont révélé le caractère inadéquat du choix d'un droit national pour régir une affaire comme celle sous examen. Le tribunal a considéré que les règles de droit les plus appropriées étaient celles de la *lex mercatoria*. (Règles de droit et usages du commerce international élaborés par différentes sources.) Le tribunal a mentionné également les Principes d'UNIDROIT comme source de la *lex mercatoria*. Il a également fait référence au nouvel article 17 du Règlement de la CCI. ***The Ministry of Defence and Support For Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corp.*, Sentence sur des questions préliminaires rendue le 5 juin 1996 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7375, [1997] 3 Rev. dr. Unif. 599.** Voir également la version intégrale de la sentence publiée dans le ***Mealey's International Arbitration Report* vol. 11, no 12.** Dans cette affaire, la question du droit applicable était très importante pour les parties puisque les délais de prescription n'étaient pas les mêmes dans leurs pays respectifs. Le tribunal arbitral a donc examiné en détail deux méthodes pour déterminer le droit applicable : l'approche objective et l'approche subjective. Il a tranché en faveur de l'approche subjective et, de l'absence de clause de choix de loi, le tribunal a conclu que les parties n'avaient pas voulu se soumettre à la loi nationale de l'une ou de l'autre. Le tribunal a énuméré une série de facteurs qui l'ont amené à conclure ainsi. Le tribunal a choisi de se référer aux principes généraux du droit et des obligations contractuelles à titre principal et de prendre en considération les Principes d'UNIDROIT, dans la mesure où ils pouvaient refléter les principes et les règles généralement acceptés. **Sentence partielle rendue en 1995 à La Haye sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7710, J.D.I. 4, 2001.1147.** Dans cette affaire, le tribunal a tiré ses conclusions du contexte contractuel et du refus évident par les parties d'appliquer un droit national et a interprété le sens de l'expression « natural justice » et autres expressions similaires contenues dans les contrats en conformité avec le choix négatif effectué par les parties. Il a décidé d'appliquer les règles et principes généraux jouissant d'un large consensus international, notamment reflétés par les Principes d'UNIDROIT sous réserve des dispositions contractuelles

de conflit de lois intéressés au litige, le recours aux principes généraux du droit international privé et la voie directe sont les trois méthodes auxquelles les arbitres ont le plus souvent recours pour déterminer le droit applicable au fond du litige²⁷⁰. Généralement, le recours à l'une ou à l'autre méthode mène à l'application d'un droit étatique²⁷¹. Cependant, quelle que soit la méthode utilisée, les arbitres cherchent à répondre à l'attente légitime des parties et manifestent un souci constant pour la justification de leur choix²⁷². Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit matériel uniforme, Béraudo suggère la méthodologie suivante pour justifier le choix du droit applicable au fond :

« En l'absence de choix de droit par les parties, la méthode des convergences des solutions matérielles doit primer celle de la convergence des règles de conflit de lois. Cette dernière devrait être conservée, à titre subsidiaire, à moins que la loi désignée par la ou les règles de conflit convergentes soit inadaptée à la solution du litige. À défaut, l'arbitre devra énoncer et mettre en œuvre les éléments de rattachement objectifs pour justifier le choix d'une règle de droit appropriée. »²⁷³

Béraudo souligne donc l'importance de faire connaître aux parties le raisonnement qui a mené au choix du droit applicable au fond du litige. En fait, tout en insistant sur la convergence, Béraudo se réfère à la méthode de la « voie directe » et à la méthode cumulative, deux méthodes qui permettent de solutionner les problèmes de conflits de lois. Goldman fait le commentaire suivant sur la méthode de la voie directe :

« De toute manière, il ne peut s'agir, avec cette méthode, que de la référence à un système autonome et transnational de rattachement, puisque toute mention d'un système national est expressément ou implicitement rejetée ; et l'on constate aussi que ce système transnational ne fournit pas seulement un vague principe de compétence de la loi d'autonomie, mais aussi les indices de rattachement qui permettent, en l'absence d'une clause expresse de choix, de déterminer la loi applicable. »²⁷⁴

²⁷⁰ Id., 843. Y. DERAÏNS, loc. cit., note 244. Berthold GOLDMAN, « L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria* », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 103. Berthold Goldman identifie cinq méthodes de règlement des conflits de lois relatifs au fond du litige, mais trois d'entre elles sont plus fréquemment utilisées.

²⁷¹ Y. DERAÏNS, loc. cit., note 44, 844.

²⁷² Y. DERAÏNS, loc. cit., note 249, 227.

²⁷³ Jean-Paul BÉRAUDO, « La mise en œuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux », (1998) Rev. dr. unif. 259, 272.

²⁷⁴ B. GOLDMAN, loc. cit., note 270, 118.

l'impartialité de leur décision en la fondant sur un droit plus neutre²⁷⁷. Il arrive également qu'ils répondent de cette façon à l'attente des parties qui ont exclu, implicitement ou explicitement, l'application d'un droit national²⁷⁸. Parfois les arbitres choisissent un droit national pour régir le fond du litige, mais se réfèrent aux principes généraux du droit pour conforter leur décision²⁷⁹. Dans son article sur les tendances de la jurisprudence arbitrale, Derains ajoute que, pour préserver son autonomie vis-à-vis des États qui l'ont favorisé jusqu'à ce jour, l'arbitrage doit non seulement tenir compte des lois de police, mais également sauvegarder un certain nombre de valeurs supérieures aux intérêts particuliers des parties, d'où la moralisation des relations commerciales internationales²⁸⁰.

Autres considérations

Deux aspects plus pratiques doivent également être soulignés lorsqu'il est question du rapport qu'entretient l'arbitre du commerce international avec le droit national. Tout d'abord, les arbitres qui doivent rendre une décision dans un contexte international sont confrontés à la multiplicité des droits en présence. « En réalité tout arbitrage commercial international est un champ de mines légal. Pendant son déroulement pas moins de cinq ou six systèmes de droit nationaux différents ou de règles de droit peuvent entrer en jeu et il serait trop beau d'espérer qu'il n'y aura pas de

et des usages. **Sentence finale rendue en 1995 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7235, Gaz. Pal., dimanche 29 avril au jeudi 3 mai 2001, p. 37.** Des termes du contrat, le tribunal arbitral a conclu à l'exclusion de tout droit national. L'arbitre en déduit que les parties ont voulu régir leurs relations commerciales par le biais des stipulations contractuelles uniquement. À défaut pour le contrat de fournir la solution, l'arbitre a décidé de se référer aux usages commerciaux, aux règles de droit transnationales, aux règles de la *lex mercatoria*, aux règles supplémentaires ou correctives d'ordre public. Le règlement d'arbitrage de la CCI (art. 13 par. 3 et 5), la Loi suisse sur le droit international privé (art. 187-1) et la référence au droit international dans le contrat lui permettaient d'arriver à cette conclusion.

²⁷⁷ La Résolution adoptée par la « International Law Association » reconnaît la validité et le caractère exécutoire des sentences fondées sur l'application par les arbitres de règles de droit transnational dans deux cas précis, soit à la suite d'une désignation du droit transnational par les parties ou par la référence que font les arbitres à ce droit devant le silence des parties. Voir P. KAHN, loc. cit., note 7, 237 à 239. Voir également P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. cit., note 17, p. 816. « La validité du choix de règles transnationales, à titre de droit applicable, par les parties a fini par être admise même dans les droits qui, comme le droit anglais, ont toujours manifesté la plus grande hostilité à cette méthode. »

²⁷⁸ Voir les décisions citées à la note 276.

²⁷⁹ Sentence de la CCI rendue dans l'affaire n° 2730 en 1982 à Paris, J.D.I. 4, 1984.914. Sentence de la CCI rendue le 4 septembre 1996, [1997] 3 Rev. dr. unif. 601. (Le numéro de la sentence n'est pas publié.)

²⁸⁰ Y. DERAIS, loc. cit., note 44, 846.

différences matérielles entre eux. Au contraire le risque de conflits est important, qu'il s'agisse du pouvoir de compromettre, des délais dans lesquels la procédure doit être introduite, des intérêts fixés par la sentence ou d'autres aspects de l'instance arbitrale. »²⁸¹ Les auteurs énumèrent cinq différents systèmes qui peuvent avoir un impact sur l'instance arbitrale : « La loi régissant la capacité des parties de passer une convention d'arbitrage ; la loi régissant la convention d'arbitrage et l'exécution de cette convention ; la loi régissant l'existence et la procédure du tribunal arbitral – loi « *curiale* » – de l'arbitrage, ou pour prendre une meilleure expression, la *lex arbitri*; la loi ou les règles juridiques concernées régissant le fond du litige et connue sous le non de « *loi appropriée au contrat* » ; la loi régissant la reconnaissance et l'exécution de la sentence (qui peut en pratique apparaître comme n'étant pas unique car deux loi ou davantage devront peut-être entrer en ligne de compte si la reconnaissance et l'exécution sont recherchées dans plusieurs pays où la partie perdante a ou est supposée avoir des actifs). »²⁸² Même lorsque les parties ont désigné le droit applicable au contrat et aux différends qui en découlent, l'arbitre du commerce international doit faire face à d'autres systèmes de droit. Il peut ainsi être appelé à déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage ou la loi applicable en matière de procédure arbitrale²⁸³. Dans certaines circonstances, il devra appliquer des lois de police étrangères à la *lex causae*. Bien que la loi d'arbitrage du siège puisse s'appliquer à titre supplétif, elle n'a pas vocation à le faire. Nous verrons plus loin l'impact de cette diversité des sources ou pluralisme des sources sur la définition ou la circonscription des pouvoirs et devoirs des arbitres. Enfin, il faut rappeler que l'arbitre du commerce international qui doit rendre une décision sur la base d'un droit national choisi par les parties n'est pas nécessairement familier avec ce droit. Bien sûr, si le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, ce qui est généralement le cas, il est probable que l'un

²⁸¹ Alan REDFERN et Martin HUNTER, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2e éd., Londres, Sweet an Maxwell, 1991, p. 59.

²⁸² Id., pp. 59-60.

²⁸³ Voir l'article 944.1 du C.p.c. : « Sous réserve des dispositions du présent titre, les arbitres procèdent à l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent. Ils ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence, y compris celui de nommer un expert. » E. GAILLARD et J. SAVAGE, op. cit., note 250, p. 633 : « It is important, however, to remember that in most modern legal systems the parties and the arbitrators are by no means obliged to have a particular national law govern any procedural issues which may arise in the course of the arbitration. As is often the case in practice, they may simply refer to private rules of arbitral procedure, prepared by an arbitral institution or used in ad hoc arbitration. They may also apply transnational rules derived from an analysis of comparative law or arbitral case law. [...] The parties and, in the absence of agreement between them, the arbitrators thus have a great deal of freedom in this respect. »

d'entre eux aura été choisi pour ses connaissances plus approfondies du droit applicable. Néanmoins, comme le faire remarquer Pierre Mayer, il est probable que les arbitres qui ne connaissent pas bien le droit applicable aient le réflexe de recourir aux concepts de leur propre loi nationale, et ce, même inconsciemment²⁸⁴.

SECTION 3 : La contribution des tribunaux arbitraux à l'élaboration d'un droit transnational

Sous-section 1 : L'importance des principes généraux du droit dans la pratique arbitrale

Nous avons évoqué la liberté de l'arbitre quant au choix du droit applicable en cas de silence des parties et l'importance de cette liberté dans l'affirmation d'une certaine autonomie arbitrale. Nous nous sommes également attachés à démontrer la souplesse du rapport qu'entretient l'arbitre du commerce international avec le droit national, qu'il ait été désigné par les parties ou choisi par l'arbitre. Certains auteurs sont d'avis que les arbitres se sont servis de cette marge de manœuvre pour affirmer quelques-uns des grands principes en jurisprudence arbitrale et développer des normes de comportement destinées aux opérateurs du commerce international :

« Si nous insistons tant sur la possibilité très large qui est laissée à l'arbitre dans le choix du droit applicable, c'est bien parce qu'elle est à l'origine d'un certain nombre de devoirs de comportement exigés des contractants. Elle est la voie par laquelle l'équité, les usages et surtout les normes de bonne conduite pénètrent la jurisprudence dans son ensemble. De par sa professionnalité, l'arbitre peut ainsi traduire en termes juridiques certaines pratiques observées dans les affaires et donc donner une valeur juridique aux usages de la profession, ou élever au rang des principes généraux du droit certaines solutions communes à plusieurs systèmes juridiques. »²⁸⁵

²⁸⁴ P. MAYER, *loc. cit.*, note 254, 238. Voir également l'article de Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 44, 855. Derains constate que l'autonomie de l'arbitrage commercial international s'est surtout manifestée au niveau de la détermination du droit applicable au contrat en l'absence de choix exprès des parties. Il mentionne ensuite que les arbitres ont, de leur propre chef, défini un certain nombre de principes d'application générale qui ont bien souvent contribué à la moralisation des opérations du commerce international. Il conclut notamment par la remarque suivante : « Enfin, il est réconfortant que les arbitres usent de leur autonomie pour veiller à ce que le commerce international ne soit pas régi par la loi de la jungle. »

²⁸⁵ F. DIESSE, *loc. cit.*, note 51, 760. Voir également : R. DAVID, *op. cit.*, note 217, p. 124 : « La mise à l'écart des droits nationaux ou, pour parler un langage plus diplomatique, la possibilité accordée, sinon l'invitation adressée aux arbitres de les assouplir, ouvre à ces derniers un large

À notre avis, cette préoccupation de l'arbitre du commerce international s'explique en partie par le contexte international dans lequel il rend sa décision et l'absence d'organisation centralisée qui aurait pour fonction d'assurer le respect de certains grands principes au niveau international. Cependant, avant même de chercher à faire respecter certaines normes de comportement, nous pensons que l'arbitre a recours aux principes généraux du droit pour conforter ses décisions. Il semble que le droit national, même librement choisi et désigné par les parties, ne suffise pas toujours à légitimer une décision sur le plan international. Le contexte international dans lequel l'arbitre rend sa décision lui octroie une certaine liberté et l'amène en même temps à vouloir conférer un certain degré d'universalité à sa décision. Ainsi, et bien que les parties aient pu choisir le droit applicable à leur contrat, il n'empêche que l'arbitre puisse souhaiter se référer, sur une question de droit particulière, à d'autres droits nationaux et, plus encore, aux principes généraux du droit. Cette façon de procéder contribue à augmenter la crédibilité de sa décision et à la rendre plus acceptable aux yeux des parties. Lorsque l'arbitre est libre de choisir le droit applicable au contrat, il peut décider d'avoir recours aux principes généraux du droit parce qu'il estime qu'ils sont plus appropriés dans le contexte.

Dans plusieurs sentences, il a donc été fait référence aux principes généraux pour confirmer le bien-fondé de la décision prise sur la base d'une règle de droit national. Dans l'affaire n° 2730²⁸⁶, les arbitres ont considéré que le montage contractuel accordant à l'une des parties un crédit fictif était contraire, non seulement à la législation yougoslave, mais encore à la morale et aux bonnes mœurs. « Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine

pouvoir de statuer en fonction de ce qu'ils estiment être le plus conforme à la justice dans l'espèce dont ils sont saisis ; la voie est ainsi pour le moins entr'ouverte pour appliquer, dans les arbitrages internationaux, un droit international (*jus gentium*) distinct des droits nationaux. »

²⁸⁶ Sentence rendue en 1982 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2730, *J.D.I.* 4, 1984.914. Montage contractuel entre les entreprises yougoslaves A et B et deux sociétés d'un même groupe, X Hollande et X Suisse, pour l'importation par les entreprises A et B de produits de consommation vendus par le groupe X (importation financée par un crédit ouvert d'une banque yougoslave) et pour l'exportation de produits de base par les entreprises yougoslaves. Un autre contrat précisait que l'opération d'exportation était fictive et avait pour seul objet l'obtention par A d'un crédit auprès d'une banque yougoslave. Les parties ont convenu entre elles que le montage contractuel formait un tout indivisible. A et B entamèrent une procédure d'arbitrage afin de faire déclarer nulles les conventions.

international. » Dans une autre décision rendue sous les auspices de la CCI²⁸⁷, le tribunal arbitral, sur la question du point de départ des intérêts moratoires, s'est référé à un principe du commerce international selon lequel une mise en demeure préalable était nécessaire. Ce principe était également consacré par le Code civil algérien, droit applicable au contrat. Dans l'affaire n° 9753²⁸⁸, le tribunal s'est fondé sur deux dispositions du Code commercial tchèque, droit applicable au fond du litige. L'une des dispositions prévoyait que, pour déterminer les droits et obligations des parties à une relation contractuelle, il fallait prendre en considération la pratique commerciale et les usages prédominants du domaine commercial visé, à moins qu'ils ne soient contraires aux dispositions contractuelles ou au droit. Constatant l'absence d'usages dans le domaine en question, le tribunal a déclaré l'importance de considérer également les principes généraux du commerce. Sans s'expliquer davantage, le tribunal s'est référé au principe *pacta sunt servanda* et au devoir de coopérer de bonne foi. Il ajoute que la conduite équitable des affaires (*fair business conduct*) est l'un des principes fondateurs du Code commercial tchèque.

Certaines décisions se réfèrent également aux principes généraux du commerce international pour conforter une solution du droit national, mais elles renvoient spécifiquement à une convention internationale ou un instrument de droit uniforme. Nous ne mentionnerons que quelques-unes des décisions les plus récentes²⁸⁹. Dans l'affaire n° 8264²⁹⁰, les principes d'UNIDROIT sont invoqués, à titre

²⁸⁷ Sentence rendue en 1993 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6754, *J.D.I.* 4, 1995.1009. Contrat de vente de denrées périssables. Défaut de paiement.

²⁸⁸ Sentence rendue en mai 1999 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9753. Extrait disponible sur la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse Internet suivante : www.unilex.info. Tiré du *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 82-84. Contrat conclu entre une cie britannique (demanderesse), au nom d'un consortium de plusieurs cies, et une cie de la République tchèque (défenderesse) en vue de poursuivre la collaboration et la négociation pour réaliser un projet de développement immobilier. La demanderesse prétendait que la défenderesse n'avait pas respecté ses obligations de négociation et de collaboration. Elle a donc initié une procédure d'arbitrage et réclamé l'exécution en nature par le défendeur de ses obligations, et à défaut, des dommages-intérêts.

²⁸⁹ Les décisions suivantes sont également pertinentes : Sentence rendue en 1994 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7331, *J.D.I.* 4, 1995.1001. En l'absence de choix des parties, le tribunal a décidé d'appliquer les principes et les usages du droit commercial international à titre principal. Curieusement, l'arbitre se sert des droits nationaux à titre supplétif, la Convention de Vienne étant silencieuse sur la question principale du litige, la novation. Sentence rendue en septembre 1999 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7819. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 56-57. Dans l'extrait publié, le tribunal arbitral précise qu'il est question de commerce

de règles très largement admises dans la pratique des contrats internationaux, pour justifier l'indemnisation de la perte d'une chance. Les principes généraux du droit et les usages du commerce international avaient été désignés comme droit supplétif dans l'acte de mission, après le droit algérien et les prévisions raisonnables des parties à la lumière des objectifs, motifs et bus de leur convention. Dans l'affaire n° 8540²⁹¹, il était question d'un accord pré-contractuel par lequel les parties, un fournisseur en systèmes de télécommunications américain (demandeur) et un manufacturier de câbles du Moyen-Orient (défendeur), s'engageaient à négocier de bonne foi pour conclure un contrat. Les négociations se sont avérées infructueuses. L'une des parties a mis un terme à l'accord pré-contractuel. Aucune clause ne désignait le droit applicable et les parties avaient émis des propositions contradictoires sur le droit susceptible de trancher le litige. D'entrée de jeu, le tribunal arbitral a déclaré qu'il était parfaitement légitime pour des arbitres du commerce international de se tourner vers les principes généraux du droit lorsque qu'aucun droit national n'avait vocation à s'appliquer en priorité. En l'espèce, le tribunal a décidé que le droit de l'État de New York était applicable. Il s'est cependant référé aux Principes d'UNIDROIT, définis comme une source utile pour établir les principes généraux du droit des contrats internationaux, afin de démontrer que la solution fondée sur le droit new yorkais correspondait aux principes généraux du droit tels que présentés par les Principes d'UNIDROIT et, en particulier, aux articles 1.1, 1.3, 1.7 et 2.15. Le tribunal arbitral a donc ordonné aux parties de retourner promptement à la table des négociations et de coopérer pour conclure une entente sur la fourniture de câbles. Dans une autre affaire²⁹², le tribunal arbitral s'est référé à plusieurs reprises aux Principes d'UNIDROIT qu'il a expressément définis comme un « paramètre des principes et des usages du commerce international » afin de démontrer la conformité des solutions du droit italien aux critères internationaux. Le contrat contenait une référence expresse au droit italien comme droit applicable au fond du litige. Pour justifier sa référence aux Principes d'UNIDROIT, le tribunal arbitral s'est

international. Le tribunal arbitral a tranché la question sur la base du droit brésilien, mais il s'est référé à la CVIM (art. 55) et aux Principes d'UNIDROIT (art. 5.7) à titre surabondant.

²⁹⁰ Sentence rendue en avril 1997 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8264, (2000) 4 *Rev. dr. unif.* 827.

²⁹¹ Sentence rendue le 4 septembre 1996 à Paris sous les auspices de la CCI, résumé disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *White & Case International Dispute Resolution*, Vol. 10, March 1997, 3.

²⁹² Sentence arbitrale ad hoc rendue le 4 décembre 1996 à Rome. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *Il Diritto del commercio internazionale*, 1999, 465-474.

appuyé sur l'article 834 du Code de procédure civile italien qui prévoyait que, dans l'arbitrage commercial international, le tribunal arbitral était tenu de prendre en considération « les termes du contrat et les usages commerciaux ». Dans l'affaire n° 8240²⁹³, pour décider du taux de change à appliquer au paiement en monnaie locale, le tribunal arbitral s'est référé à l'article 6.1.9(3) des Principes d'UNIDROIT comme confirmation au niveau international d'une règle de droit similaire en droit suisse, droit désigné par la clause de choix de loi. Pour conforter les solutions du droit national applicable au fond du litige, le droit colombien, le tribunal arbitral siégeant dans l'affaire n° 10346 s'est référé aux articles 5.3, 1.7, 7.4.3, 7.4.4 et 7.4.8 des Principes d'UNIDROIT²⁹⁴. Le tribunal devait appliquer le droit colombien, les dispositions contractuelles et les usages du commerce pertinents en conformité avec l'article 17.2 du Règlement de la CCI. Finalement, mentionnons qu'il arrive parfois que les tribunaux arbitraux fassent référence aux Principes d'UNIDROIT ou aux Principes européens des contrats pour compléter une convention internationale comme la CVIM²⁹⁵.

Dans d'autres affaires, le tribunal arbitral s'est référé aux principes généraux du commerce international pour solutionner le différend parce qu'il estimait que leur

²⁹³ Sentence rendue en juillet 1995 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8240, (1999) *Rev. dr. unif.* 169. Disponible également dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 60-62.

²⁹⁴ Sentence rendue en décembre 2000 à Barranquilla (Colombie) sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 10346. Résumé publié par la base de données UNILEX sur UNIDROIT disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *ICC Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 106-115. Le résumé ne précise pas les motifs qui ont amené le tribunal arbitral à se référer aux Principes d'UNIDROIT et même, à l'occasion, au droit italien, pour confirmer ses solutions. Les deux parties au contrat de vente d'électricité étaient des compagnies colombiennes et le résumé ne fait pas expressément référence à un élément international dans la relation contractuelle qui aurait expliqué la démarche du tribunal.

²⁹⁵ Sentence rendue le 15 juin 1994 à Vienne par la « Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft » dans l'affaire n° SCH-4366, (1997) *Rev. dr. unif.* 180-181. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Le tribunal s'est référé à l'article 7.4.9 des Principes d'UNIDROIT pour compléter la CVIM. Pour un raisonnement similaire sur la question des intérêts, voir la sentence rendue le 15 juin 1994 à Vienne par la « Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft » dans l'affaire n° SCH-4318, (1997) *Rev. dr. unif.* 178-179. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Également disponible sur le CD-ROM « Unilex Database », publié par le « Centre for Comparative and Foreign Law Studies » en 1999. Le tribunal arbitral s'est référé à l'article 7.4.9 des Principes d'UNIDROIT et à l'article 4.507 des Principes du droit européen des contrats considérés comme des principes sous-jacents à la CVIM (art. 7 par. 2). Sentence rendue en 1999 à Bâle sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8128, (1997) *Rev. dr. unif.* 811. Disponible sur le CD-ROM « Unilex Database », publié par le « Centre for Comparative and Foreign Law Studies » en 1999.

application était plus appropriée dans les circonstances de l'espèce. Dans la célèbre affaire Norsolor²⁹⁶, sur la question du droit applicable, le tribunal a examiné diverses options et est parvenu à la conclusion suivante :

« Devant la difficulté de choisir la loi nationale dont l'application s'imposerait avec suffisamment de force, le tribunal a estimé qu'il convenait, compte tenu du caractère international du contrat, d'écarter toute référence contraignante à une législation spécifique, qu'elle soit turque ou française, et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale. »²⁹⁷

Dans les circonstances, le tribunal arbitral a considéré que les principes de la *lex mercatoria* étaient plus appropriés pour trancher le litige. Le tribunal a donc conclu que le comportement de l'une des parties, contraire au principe de la bonne foi qui devait présider à la formation et à l'exécution des contrats, avait mené à la rupture du contrat de représentation. Le tribunal a notamment évoqué l'abus par cette partie de sa position de force. Dans l'affaire n° 5065²⁹⁸, les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international ont paru plus appropriés au tribunal que le droit d'un système national pour décider de l'existence même de la convention d'arbitrage, surtout en présence d'un contrat international²⁹⁹.

Dans un litige relatif à une pluralité de contrats connexes entre un État non-européen et une société anglaise, le tribunal arbitral devait déterminer le droit

²⁹⁶ Sentence rendue le 26 octobre 1979 à Vienne sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 3131 (*Pabalk Ticaret Limited Sirketi c. Ugilor S.A. / Norsolor*), *Rev. arb.*, 1983. 525. Cette affaire a donné lieu à une longue saga judiciaire en France et en Autriche. En définitive, la validité de la sentence a été reconnue par la Cour suprême d'Autriche et par la Cour de cassation française. Voir la décision rendue par la Cour suprême d'Autriche le 18 novembre 1982, *Rev. arb.*, 1983.513, et la décision rendue par la Cour de cassation française le 9 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1985.431.

²⁹⁷ (Nous soulignons.) Le contrat ne faisait référence à aucune loi déterminée et ne fournissait aucun indice susceptible de faire apparaître la volonté commune des parties.

²⁹⁸ Sentence rendue en 1986 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 5065, *J.D.I.* 4, 1987.1039.

²⁹⁹ L'arbitre a rejeté l'argument selon lequel la clause d'arbitrage, n'ayant fait l'objet d'aucune discussion, n'aurait pas fait partie du contrat. Le tribunal a estimé que la clause d'arbitrage, clause type dans les contrats internationaux, n'avait pas à faire l'objet de discussions pour être admise. Le tribunal arbitral a également eu recours aux principes généraux du droit pour solutionner le fond du litige. Il a considéré que les usages et les principes généraux du droit commercial international, notamment le principe de la bonne foi, n'admettaient pas qu'une personne morale existante s'engageant pour le compte d'une société à créer ne soit pas personnellement tenue. Le principe de la bonne foi n'admettrait pas qu'une partie puisse parapher un document comportant des conditions contractuelles, bénéficier pendant une longue période du travail de l'autre partie et puis prétendre qu'elle n'a aucune obligation parce qu'elle a conclu au nom d'une société à créer, création dont elle avait pourtant la responsabilité.

applicable³⁰⁰. Les contrats ne comportaient pas de clause de choix de loi, mais faisaient référence dans la majorité des cas à la « justice naturelle ». Les arguments des parties sur le droit applicable étaient contradictoires. Le tribunal, conformément à l'article 13(3) du Règlement d'arbitrage de la CCI et en l'absence d'intention expresse des parties, a décidé de rechercher leur intention implicite à l'égard du droit applicable. Les arbitres ont choisi de considérer les contrats dans leur ensemble et non séparément, et ce, à la lumière des relations contractuelles des parties qui s'étaient étalées sur plus de dix ans. Le tribunal a estimé que la neutralité était une préoccupation majeure des parties en ce qui concernait le droit applicable. Il a donc conclu que l'intention des parties était d'exclure l'application d'un quelconque droit national et il a désigné les principes généraux et les règles de droit spécialement adaptés aux besoins des transactions commerciales internationales comme droit applicable au fond du litige. Il a précisé que ces règles et principes devaient bénéficier d'un large consensus au niveau international. Le tribunal a ajouté que les contrats seraient notamment régis et interprétés en conformité avec les Principes d'UNIDROIT pour tous les sujets couverts par leur champ d'application puisqu'ils matérialisaient en partie ces principes généraux et règles de droit bénéficiant d'un large consensus au niveau international.

Dans la sentence CCI n° 7235³⁰¹, le tribunal arbitral a également conclu à la volonté implicite des parties d'exclure tout droit national et a décidé de trancher le différend sur la base suivante : « L'application de ces textes [renvoi au règlement d'arbitrage de la CCI (article 13) et à la loi suisse sur le droit international privé] et la référence au droit international dans le contrat conduisent l'arbitre à trancher toute question qui ne serait pas directement réglée par le contrat par recours aux règles de droit transnationales, aux règles de la *lex mercatoria*, aux usages commerciaux et aux règles supplémentaires ou correctives d'un ordre public transnational. »

Dans l'affaire n° 8385³⁰², une clause de choix de loi dans le contrat désignait le droit de l'État de New York. Le tribunal arbitral a cependant décidé d'écarter

³⁰⁰ Sentence partielle rendue en juin 1995 à La Haye sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7110, (1997) *Rev. dr. unif.* 813. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 39-54.

³⁰¹ Sentence arbitrale n° 7235, précitée, note 276.

³⁰² Sentence rendue en 1995 à New York sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8385, *J.D.I.* 4, 1997.1061.

l'application de la loi RICO, une loi fédérale, puisqu'à son avis, il n'était pas de l'intention des parties d'appliquer une telle loi à leur relation contractuelle. Pour diverses raisons, il a décidé que le droit belge était le droit applicable au contrat. Il a finalement conclu que, sur la question liée à la levée du voile corporatif, les principes du commerce international étaient les plus appropriés parce qu'ils étaient uniformes, indépendants des particularités de chaque droit national et prenaient en considération les besoins du marché et des relations internationales. Il a cependant ajouté que, dans les circonstances particulières de l'affaire, les trois systèmes, le droit de l'État de New York, le droit belge et les principes du commerce international, permettaient de lever le voile corporatif.

Dans l'affaire n° 7375³⁰³, la question du droit applicable présentait un intérêt certain pour l'issue du litige puisque le défendeur alléguait que les demandes étaient prescrites en vertu de la loi du Maryland (4 ans), alors que le demandeur prétendait au contraire que le droit iranien devait être appliqué à la substance du litige. (Le délai de prescription en droit iranien était de 10 ans avant d'être abandonné suite à la Révolution islamique.) En l'absence de clause de choix de loi, le tribunal a conclu que les parties n'avaient pas voulu appliquer le droit national de l'une ou de l'autre. Le raisonnement qui mène au choix du droit applicable dans cette affaire est d'ailleurs particulièrement élaboré compte tenu de l'importance de cette question. Le tribunal a finalement tranché la question de la façon suivante :

« The Tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a *lex mercatoria*, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules. »

Le tribunal arbitral a ensuite fixé les paramètres à l'intérieur desquels il rendrait sa décision. Il conclut de la façon suivante :

³⁰³ Sentence sur une question préliminaire rendue le 5 juin 1996 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7375 (*The Ministry of Defence and Support For Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corp.*), (1996) 11(12) Mealey's International Arbitration Report A-1.

« By grounding its decision on general principles of law (more precisely : on the requirements to act in good faith) – rather than by having regard to the somehow accidental (and necessarily generalized) provisions as laid down in any particular national law and its provisions on the statute of limitations – the Tribunal will be able to do justice to both Parties in a more appropriate way than if it had to pick the time-bar provisions as they are laid down in some national law. »

Le tribunal est donc soucieux d'atteindre un résultat qui ne sera pas teinté par les droits respectifs des parties en présence.

Dans l'affaire n° 9875³⁰⁴, le tribunal a déclaré que les difficultés à identifier les facteurs déterminants qui auraient désigné soit le droit japonais soit le droit français comme droit applicable au fond ont révélé le caractère inadéquat du choix d'un droit national pour régir une affaire comme celle sous examen³⁰⁵. La conclusion du tribunal arbitral sur le droit applicable a donc été la suivante : « The most appropriate "rules of law" to be applied to the merits of this case are those of the *lex mercatoria*, that is the rules of law and usage's of international trade which have been gradually elaborated by different sources such as the operators of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like Unidroit and its recently published Principles of International Commercial Contracts. » Finalement, mentionnons l'affaire n° 8261³⁰⁶ dans laquelle le tribunal arbitral a jugé préférable d'appliquer les principes généraux du droit en complément des dispositions contractuelles puisque les parties n'avaient pu s'entendre sur une clause de choix de loi, chacune insistant pour l'application de son propre droit national. Sans s'expliquer, le

³⁰⁴ Sentence partielle rendue en janvier 1999 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9875. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 95-97. Il était question dans cette affaire d'un contrat de licence par lequel une compagnie française demanderesse s'était vue octroyer un droit de licence exclusif pour la fabrication, la vente et la distribution en Europe des produits de la compagnie japonaise, défenderesse. Par la suite, la partie défenderesse avait conclu une entente avec une compagnie américaine accordant à cette dernière un droit de licence exclusif pour l'Amérique du Nord et non-exclusif pour les autres pays. La partie demanderesse a estimé que le défendeur n'avait pas respecté l'entente conclue avec elle en n'excluant pas expressément l'Europe des autres pays. Le contrat de licence ne comportait pas de clause de choix de loi.

³⁰⁵ « A contract concluded between Japanese and French companies concerning a license to manufacture products and to sell them in various parts of the world is not appropriately governed by the national law of one of the parties, failing agreement of such a choice. »

³⁰⁶ Sentence rendue le 27 septembre 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8261, (1999) *Rev. dr. unif.* 171.

tribunal s'est également référé aux Principes d'UNIDROIT pour trancher le litige sur le fond.

Dans certaines décisions, les arbitres ont justifié leur recours aux principes généraux et usages du commerce international en se fondant sur une référence faite par les parties dans leur contrat aux INCOTERMS de la CCI. Dans l'affaire n° 6653³⁰⁷, l'arbitre a appliqué le droit français tel que prévu au contrat de vente par les parties. La France étant partie à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, le contrat y était donc soumis. Le tribunal arbitral a également justifié l'application des usages et des principes du commerce international par la référence qu'avaient faite les parties aux INCOTERMS de la CCI. Il se réfère d'ailleurs à trois reprises aux principes généraux du commerce international dans sa décision. Dans une autre affaire rendue sous les auspices de la CCI³⁰⁸, l'arbitre, en l'absence de clause de choix de loi, a inféré de l'utilisation des INCOTERMS 1990 et des Règles et usances uniformes de la CCI dans les contrats de fourniture l'intention des parties de soumettre leur relation aux usages du commerce reconnus. Le tribunal a donc conclu à l'application des principes et usages du commerce international dont la CVIM et les Principes d'UNIDROIT dans la mesure où ils révèlent les pratiques admises dans le droit du commerce international. L'arbitre a affirmé à plusieurs reprises que les textes des RUU, des INCOTERMS, de la CVIM et des Principes d'UNIDROIT représentaient l'expression des usages du commerce international. Enfin, le tribunal a conforté sa décision sur les questions en litige en faisant référence à différentes lois nationales. En l'absence de stipulation contractuelle sur le droit applicable, le tribunal arbitral, dans deux affaires rendues sous les auspices de la CCI³⁰⁹, a décidé qu'il trancherait le litige en conformité avec les règles de droit qu'il considérerait appropriées et en prenant les usages du commerce en considération. Il est fait référence à l'article 1496 du N.C.P.C. Selon le tribunal arbitral, les deux contrats faisaient référence aux usages. En effet, ils

³⁰⁷ Sentence finale rendue en 1993 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6653, Recueil de sentences arbitrales de la CCI (1991-95) 512.

³⁰⁸ Sentence rendue en novembre 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8501, J.D.I. 4, 2001.1164. Également disponible sur la base de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 72-74. Selon les informations disponibles dans la banque de données, le numéro de la sentence est le 8502.

³⁰⁹ Sentences finales rendues le 16 janvier 1998 à Paris sous les auspices de la CCI dans les affaires n° 9392 et n° 9426, (2001) XXVI Y.C.A. 13. Il s'agissait de deux contrats de vente similaires entre les mêmes parties. Les deux contrats ont fait l'objet d'un litige.

prévoient l'application des INCOTERMS 1990 et réfèrent à la clause standard de la C.C.I. sur la force majeure. Le tribunal conclut donc ainsi : « It is certain that the intention of the parties was that the contract be governed by international rules and usages. Thus, it is appropriate to decide the dispute on the basis of these rules and usages generally accepted in international commerce. » Le tribunal s'est référé à certains contrats types, aux RUU et à la CVIM pour justifier le caractère répandu de l'usage selon lequel le calcul des dommages subis par l'acheteur devait se fonder sur la différence entre le prix prévu au contrat et le prix du marché le jour du défaut. Dans l'affaire n° 8365³¹⁰, le contrat comportait une clause indiquant le choix du « droit international » par les parties. Le tribunal en a conclu que les parties avaient implicitement désigné les principes de la *lex mercatoria* comme droit applicable au contrat. On retrouve d'ailleurs une énumération de plusieurs principes dans cette décision. Le tribunal a assimilé les Règles uniformes de la C.C.I. relatives aux garanties sur demande à la *lex mercatoria* pour solutionner le litige.

Sous-section 2 : Le mouvement privé d'harmonisation du droit commercial international

On pourrait tirer plusieurs conclusions de l'ensemble de ces décisions. Quelques-unes nous apparaissent particulièrement pertinentes. Tout d'abord, on constate que les conventions internationales et les instruments privés d'harmonisation du droit constituent des repères importants pour les arbitres du commerce international. Il convient ensuite d'émettre quelques commentaires en ce qui concerne le statut des principes qui sont invoqués et tout le débat qui s'est tenu sur cette question. Il faut admettre que, quelle que soit l'opinion des auteurs sur l'existence ou l'importance d'un ordre juridique transnational (*lex mercatoria*), les arbitres du commerce international se réfèrent constamment aux principes généraux du droit, que ces principes aient été extraits d'un exercice de droit comparé, d'un instrument uniforme ou de leur expérience générale de la pratique du droit commercial international. Il nous semble inutile de tenter de déterminer si un ordre juridique véritablement international peut exister, si toutes les conditions d'existence d'un tel ordre sont réunies, si un tel ordre est

³¹⁰ Sentence rendue en 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8365, J.D.I. 4, 1997.1078.

juridiquement viable, etc³¹¹. Nous laissons à d'autres le soin de faire avancer le débat théorique³¹². Qu'il nous suffise pour l'instant de prendre acte du droit en application dans le commerce international et des normes auxquelles les opérateurs se réfèrent dans les faits³¹³. Selon un auteur, « [l]e véritable problème n'est d'ailleurs pas, [...], d'ouvrir un débat théorique sur l'existence ou la non-existence de la *lex mercatoria* - [...] - mais de donner un cadre juridique à des pratiques arbitrales bien vivantes »³¹⁴. À cet égard, nous pensons que certains phénomènes doivent impérativement être mis en parallèle. Ainsi, nous sommes d'avis qu'il existe indéniablement un lien entre ce besoin des arbitres de légitimer ou de conforter leurs décisions par les principes généraux du droit et le mouvement privé d'uniformisation du droit commercial international. Pour Klaus Peter Berger, l'élaboration des Principes d'UNIDROIT et les efforts déployés pour développer un système de droit autonome pour le commerce international (*lex mercatoria*) sont les indices d'un changement de paradigme important dans le droit commercial international : « Harmonization and unification of law is no longer being pushed forward solely in the form of uniform law negotiated between states (treaty or model law) but is being "privatized". »³¹⁵ La création normative au niveau du commerce international est décentralisée. Selon Schmitthoff, cette branche du droit est d'ailleurs l'une des plus dynamiques :

³¹¹ Pour une revue des principales critiques adressées à la *lex mercatoria*, voir : P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, pp. 819-825 ou E. GAILLARD et J. SAVAGE, *op. cit.*, note 250, pp. 808 à 813. Ce dernier ouvrage comporte quelques mises à jour et modifications. Notons que la licéité du choix de la *lex mercatoria* comme droit applicable au fond semble être admise par la plupart des droits qui y étaient hostiles au départ. Les auteurs proposent également d'aborder la *lex mercatoria* comme une méthode qu'il faut chercher à maîtriser plutôt qu'une liste. À cet égard, voir : P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, pp. 825 à 847 ou E. GAILLARD et J. SAVAGE, *op. cit.*, note 250, pp. 813 à 835.

³¹² Pour certains la *lex mercatoria* est une méthode, pour d'autres une liste « grimpeuse ». Voir respectivement : Emmanuel GAILLARD, « Transnational Law : A Legal System or a Method of Decision Making? », (2001) 17 *Arbitration International* 59. Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague (The Netherlands), Kluwer Law International, 1999. Certains auteurs entretiennent une vision beaucoup plus critique de la *lex mercatoria*. Voir : Jean ROBERT, *Le phénomène transnational*, Nancy, Éditions de l'Association française d'arbitrage, 1988.

³¹³ « La pratique, elle, ne semble pas avoir de doute sur la réalité de cet espace transnational. En tout cas, on voit relativement fréquemment apparaître la notion de principe dans la jurisprudence arbitrale internationale. Une telle démarche est d'ailleurs logique car, dans la mesure où les tribunaux arbitraux ne relèvent pas d'une souveraineté étatique particulière et où les contractants eux-mêmes font pression en ce sens, il devient nécessaire de dégager les règles générales applicables quel que soit le contrat et quels que soient les contractants. » P. KAHN, *loc. cit.*, note 44, 306.

³¹⁴ P. KAHN, *loc. cit.*, note 7, 239.

³¹⁵ K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 166, 951.

« The overall impression is that in this most lively of all branches of modern law, the law of international trade, a great variety of tendencies is noticeable. One of the most striking and most consistent is that towards the development of a transnational law of international commercial transactions. This is due to the ever-growing activities of the formulating agencies which are now firmly established and constantly gaining in confidence. »³¹⁶

Philippe Kahn constate également cette effervescence et la pluralité des sources à l'origine du mouvement :

« Une première constatation s'impose : on observe un développement considérable de règles propres aux relations commerciales internationales. [...] [Paragraphe] Une deuxième constatation est également facile à faire : l'origine de ces règles, leurs sources, sont diverses et il est difficile de les hiérarchiser. En effet les États n'imposent pas clairement leur volonté et leurs objectifs; les opérateurs jouissent d'une grande liberté d'organisation et en usent. »³¹⁷

Il y a donc un mouvement d'initiatives diverses pour la régulation du commerce international. À notre avis, si la *lex mercatoria* existe, indépendamment du fait qu'elle puisse constituer ou non un ordre juridique, elle n'émane pas uniquement des tribunaux arbitraux, mais de l'ensemble des intervenants du commerce international.

Le mouvement d'harmonisation du droit s'est donc manifesté à plusieurs niveaux et de diverses façons³¹⁸. En l'absence de régulateur central et souverain du commerce international, les compétences se sont réparties entre plusieurs acteurs au gré de leurs initiatives. À la base, les opérateurs du commerce international et leurs associations professionnelles ont rédigé des contrats-types destinés à faciliter les

³¹⁶ Clive M. SCHMITTHOFF, « Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions », dans Norbert HORN et Clive M. SCHMITTHOFF (dir.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, Studies in Transnational Economic Law, vol. II, Deventer (The Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publications, 1982, p.19, à la page 30.

³¹⁷ Philippe KAHN, « À propos des sources du droit du commerce international », dans A.-M. FRISON-ROCHE, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 185, à la page 192.

³¹⁸ Un auteur observe la stratification du processus d'harmonisation du droit commercial international qu'il décrit ainsi : a) la révision des codes nationaux (exemple : UCC) ; b) la création de codes internationaux (exemple : CISG) ; c) l'adoption de conventions de choix de loi régionales (exemple : CIDIP) ; d) l'adoption de règles de droit privé uniforme (exemple : UCP, INCOTERMS) ; e) l'adoption universelle de régimes d'arbitrage commercial international (exemple : New York Convention) ; f) regain d'actualité de la pratique et des usages commerciaux ; g) une réaffirmation internationale (« An international restatement ») par le biais des Principes d'UNIDROIT. Arthur ROSETT, « UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law : Focus on Chapter Seven », (1997) 3 Rev. dr. unif. 441.

échanges dans leur secteur d'opérations³¹⁹. Plusieurs organisations internationales privées jouent également un rôle de premier plan en matière de régulation du commerce international. Pensons notamment à la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) qui a publié en septembre 1999 une nouvelle série de modèles de contrats internationaux de construction³²⁰. À une échelle plus significative, mentionnons la Chambre de commerce international (CCI) qui a élaboré les INCOTERMS (définitions normalisées de termes commerciaux) et les Règles et usances uniformes en matière de crédits documentaires (RUU 500) dont l'usage est largement répandu dans la pratique et auxquels nous avons fait référence³²¹. Ces documents ne peuvent en aucune façon être dissociés des usages en cours dans la pratique du commerce international. Ainsi, Philippe Kahn faisait remarquer, dans un article sur l'interprétation des contrats internationaux, que les INCOTERMS étaient le fruit d'un long processus entamé par une enquête sur les usages suivis dans la pratique et reconnus par les tribunaux dans le domaine de la vente internationale³²². Le Règlement d'arbitrage de la CCI (1998) est également un instrument de référence important en arbitrage³²³.

Il est presque impensable de ne pas mentionner UNIDROIT, l'Institut international pour l'unification du droit privé, organisation intergouvernementale

³¹⁹ Exemples d'associations commerciales professionnelles qui rédigent des contrats-types : The Grain and Feed Trade Association (GAFTA) of London, L'Association française du commerce des cacao, Le Syndicat de Paris du commerce et des industries des grains, produits du sol et dérivés. Exemples de contrats-types rédigés par ces associations sur le CD-ROM de Juris International.

³²⁰ La Fédération internationale des ingénieurs-conseils a publié une nouvelle série de contrats types en septembre 1999. Les nouvelles conditions FIDIC comportent trois principaux modèles : Conditions of Contract for Construction (le livre rouge), Conditions of Contract for Plant and Design - Build (le livre jaune), Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (le livre argent). Il existe un quatrième livre : Short form of Contract (livre vert). Éric DUFRESNE, « Les nouveaux contrats FIDIC », Journal du Barreau, Volume 32, Numéro 16, 1^{er} octobre 2000. Article disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.barreau.qc.ca/journal/vol32/no16/>. Voir également Guy LEFEBVRE et Juliette d'HOLLANDER, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », (1997) 31 R.J.T. 209. Les auteurs soulignent notamment l'importance du processus de concertation qui préside à l'élaboration des contrats normalisés d'ingénierie. L'article fait également l'inventaire des principaux contrats normalisés dans le cadre national et international.

³²¹ Pour de plus amples informations, consulter le site Internet de la CCI à l'adresse suivante : <http://www.iccwbo.org/index.asp>.

³²² P. KAHN, loc. cit., note 123, 10.

³²³ La Cour internationale d'arbitrage de la CCI est l'une des institutions les plus anciennes et les plus importantes du genre. Alain PLANTEY, « Is a General Policy of International Arbitration Possible? », (1996) 7 The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 15, 18.

indépendante qui a élaboré de nombreuses conventions de droit privé³²⁴. Les travaux d'UNIDROIT ont également servi à l'élaboration de traités adoptés sous les auspices d'autres organisations, notamment la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CNUDCI)³²⁵. On doit également à UNIDROIT des instruments de nature plus souple comme les *Principes relatifs aux contrats du commerce international* (1994). L'objectif manifeste du groupe de travail était d'unifier et d'harmoniser le droit des contrats internationaux par des moyens non législatifs³²⁶. Ils dégagent une impression de neutralité juridique par leur approche comparative qui se reflète d'ailleurs dans le choix des termes employés. Le groupe de travail a eu recours à une approche comparative fonctionnelle³²⁷. Certains systèmes juridiques ont été sélectionnés pour la comparaison³²⁸. Les systèmes hybrides se sont révélés particulièrement intéressants pour les rédacteurs, par exemple le Code civil du Québec. Les rédacteurs se sont également inspirés de certaines conventions internationales, à commencer par la CVIM. Des efforts particuliers ont été faits pour choisir des termes neutres et éviter les références aux concepts nationaux³²⁹. Cet effort de neutralité s'est fait sentir tant pour la forme que pour le fond. De plus, ils sont rédigés en plusieurs langues. Le Groupe de travail présidé par Bonell et composé de 17 experts oeuvre d'ailleurs à l'élaboration d'une deuxième partie couvrant des sujets qui ne sont pas abordés dans la première. Ainsi, de nouveaux chapitres sur la représentation, la prescription, la cession de droits et obligations contractuels, la compensation et les contrats au bénéfice d'un tiers devraient paraître en 2003. Il est intéressant de mentionner que plusieurs organisations internationales telles la CNUDCI, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et d'autres grandes associations d'arbitrage ont participé aux sessions du Groupe de travail sur les Principes

³²⁴ Mentionnons les deux célèbres conventions de La Haye dont s'inspire la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* : *Convention de 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels* (La Haye) et *Convention de 1964 sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels* (La Haye). Mentionnons également quelques conventions plus récentes : *Convention relative aux garanties internationales portant sur les matériels d'équipement mobiles* (Le Cap, 2001), *Convention de 1988 sur l'affacturage international* (Ottawa) et *Convention de 1988 sur le crédit-bail international* (Ottawa). Informations disponibles à l'adresse suivante : www.UNIDROIT.org.

³²⁵ Informations disponibles à l'adresse suivante : www.unidroit.org.

³²⁶ M. J. BONELL, *op. cit.*, note 27, pp. 1 à 6.

³²⁷ « Functional Legal Comparative Methodology ». K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 166, 964.

³²⁸ M. J. BONELL, *op. cit.*, note 27, pp. 41-49.

³²⁹ Voir l'introduction des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* (1994), précités, note 27.

d'UNIDROIT à titre d'observateurs³³⁰. De façon générale, UNIDROIT entretient des relations suivies avec de nombreuses organisations internationales, tant intergouvernementales que non-gouvernementales, et s'est constitué un réseau de correspondants, universitaires et praticiens de tous les horizons, qui sont nommés à son Conseil de Direction et qui l'informent de l'état du droit positif de tous les pays. À l'échelle régionale, les Principes du droit européen des contrats, préparés par la Commission sur le droit européen des contrats et destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne, participent également à un mouvement plus vaste d'harmonisation des normes en matière contractuelle³³¹.

Mentionnons également la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), dont la mission générale est précisément de faire avancer l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, comporte soixante États membres élus pour un mandat de six ans³³². Ces États participent à tous les groupes de travail de la Commission qui abordent les thèmes suivants : les projets d'infrastructure à financement privé, l'arbitrage et la conciliation, le droit des transports, le commerce électronique, le droit des sûretés et le droit de l'insolvabilité. La CNUDCI a donc élaboré plusieurs conventions internationales³³³, guides juridiques³³⁴ et lois-types³³⁵. De plus en plus conscients de la nécessité d'établir une solidarité internationale pour mieux régir les situations qui excèdent leur juridiction, les États participent donc à ce processus d'harmonisation du droit, mais

³³⁰ Toutes ces informations sur l'élaboration d'une deuxième partie des Principes relatifs aux contrats du commerce international sont disponibles sous la rubrique « Programme de travail pour la période triennale 2002-2004 » à l'adresse suivante : www.unidroit.org.

³³¹ Guy LEFEBVRE et Emmanuel SIBIDI DARANKOUM, « Phénomène transnational et le droit des contrats : Les Principes européens », (1999) 1 R.D.A.I. 47. Les auteurs démontrent que les Principes européens s'insèrent dans un contexte plus vaste, celui de l'émergence de normes applicables aux contrats internationaux.

³³² Informations sur la CNUDCI disponibles à l'adresse suivante : www.uncitral.org/fr-index.htm.

³³³ Par exemple : *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (New York, 1958), *Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises* (Vienne, 1980), *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux* (New York, 1988), *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* (New York, 1995).

³³⁴ Par exemple : Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installation industrielle, Guide législatif de la CNUDCI pour les projets d'infrastructure à financement privé (2001).

³³⁵ Par exemple : Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992), Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996). Plusieurs lois types de la CNUDCI ont fait l'objet d'une incorporation en droit interne.

essentiellement par le biais d'organisations internationales. Il faut cependant admettre que la conclusion d'une convention internationale est un travail ardu qui nécessite souvent de longues négociations et de nombreux compromis ; les guides juridiques, les lois-types sont des instruments qui offrent une plus grande souplesse. En définitive, il existe une véritable coopération entre les divers intervenants du milieu et elle se manifeste principalement sur une base consultative.

Pour embrasser toute la réalité du commerce international et comprendre la mouvance actuelle, il est nécessaire de se faire une conception élargie du droit. Pour reprendre l'expression de Jean-Guy Belley, il faut se défaire de la « colonisation de l'esprit » produite par le discours étatique³³⁶. Dans son ouvrage sur le droit commercial international, René David a d'ailleurs répété à maintes reprises qu'il fallait répudier le postulat selon lequel seuls les droits nationaux n'ont de véritable existence³³⁷. Il a toujours prôné la régulation du commerce international par un droit authentiquement international. Nous pensons qu'il est impératif, pour mieux cerner l'ampleur du phénomène d'harmonisation privée du droit commercial international, de comprendre que l'État n'a pas le monopole du droit. D'ailleurs, à l'origine de ce mouvement d'uniformisation ou d'harmonisation des solutions du droit international se trouve très certainement l'incapacité des États à répondre adéquatement aux besoins d'une réalité qui dépasse largement le cadre de leurs frontières nationales. Il faut donc se départir des critères traditionnels d'identification du droit propres aux théories positivistes. Les normes juridiques ne sont pas nécessairement assorties de sanctions qui garantissent leur exécution par la force. Le contrôle peut être assuré par le système lui-même : « This self-supervision is effected by arbitral tribunals, "black lists", withdrawal of trade associations' members' rights, forfeiture of bonds, and other risks of damage to the commercial reputation of the parties. »³³⁸ La clause de certains contrats-types de vente internationale qui prévoit la publication du nom de la partie membre de l'association qui refuse d'exécuter volontairement une sentence arbitrale défavorable constitue un bon exemple de mécanisme qui incite à l'exécution spontanée des sentences³³⁹. Non

³³⁶ Jean-Guy BELLEY, « Le Droit comme *terra incognita* : Conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 *Revue canadienne Droit et Société* 1, 3-4.

³³⁷ René DAVID, *op. cit.*, note 217. Cette idée est récurrente dans son ouvrage.

³³⁸ K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 166, 956-957.

³³⁹ Il s'agit d'une clause-type dans les Formules INCOGRAIN : « Si la partie qui succombe dans un arbitrage refuse d'exécuter la sentence, l'autre partie aura le droit de demander au Syndicat de Paris de faire publier le nom de cette partie par lettre circulaire adressée à tous ses

seulement faut-il admettre que le droit n'émane pas nécessairement de l'État, mais il importe également d'accepter qu'il puisse provenir des sources les plus diverses comme celles que nous avons évoquées plus tôt :

« Pour peu qu'on élargisse la conception du droit pour s'intéresser à l'ensemble des sources de règles officielles, la problématique du pluralisme juridique ouvre la voie à une compréhension beaucoup plus riche de la régulation sociale formelle. Elle met en évidence l'importance des organisations non étatiques comme productrices de règles officielles qu'il serait inexact de considérer à la remorque du droit de l'État. »³⁴⁰

Et à travers cette pluralité des sources, il est possible d'atteindre une certaine harmonie : « [L]'autonomie des divers modes de création du droit, et donc leur égale aptitude à conférer la juridicité, impliquent non le cloisonnement ni la subordination des divers corps de règles les uns par rapport aux autres, mais plutôt leur harmonie et leur cohérence, ce qui n'interdit nullement de reconnaître la prééminence de certaines normes ou de certains principes : [...] »³⁴¹ Les normes juridiques, comme le rappelle Michel Troper, ne sont donc pas nécessairement issues d'un système fermé, complet et cohérent³⁴².

Quant aux tribunaux arbitraux, il est indéniable qu'ils participent à ce mouvement d'harmonisation privé du droit commercial international. Ils le font notamment en assoyant leurs décisions sur les différents instruments que nous venons d'évoquer et sur les principes généraux du droit. Les décisions que nous avons examinées plus tôt en témoignent. De façon générale, les tribunaux arbitraux viennent en quelque sorte clore le processus puisqu'ils sont les derniers intervenants de la sphère privée. Dans leur pratique courante, les tribunaux arbitraux sont constamment confrontés à des situations de pluralisme juridique et ils n'ont d'autre possibilité que de reconnaître la diversité des sources et la particularité du droit commercial international. Ils ont donc recours à des sources de droit tant privées que publiques. Ils doivent faire

adhérents. [paragraphe] Le Syndicat de Paris avisera la partie en cause de la demande de l'autre partie par lettre recommandée en lui donnant un délai de vingt jours pour exécuter la sentence. Passé ce délai, le Syndicat de Paris procédera à la publication. [paragraphe] La partie qui, malgré ce délai supplémentaire, n'aura pas exécuté la sentence, s'interdit formellement tout recours contre ou au sujet de cette publication.

³⁴⁰ J.-G. BELLEY, *op. cit.*, note 120, p. 395.

³⁴¹ B. OPPETIT, *op. cit.*, note 239, p.94.

³⁴² Michel TROPER, « Positivismes », dans André-Jean ARNAUD (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 461-463.

face à la multiplicité des droits en présence et faire les choix qui s'imposent dans un contexte international afin de concilier les intérêts des opérateurs commerciaux et ceux de la société en général. Leur travail n'en est pas un de création véritable, mais plutôt de synthèse et d'appréciation des choix en présence³⁴³. Le commentaire fait par Alain Plantey, alors Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI mérite d'être évoqué ici :

« In world trade, arbitration is asked to provide something that cannot be obtained from the national courts : it must simultaneously provide an opening to the needs of a very varied society in the course of the composition and the application of general principles that enable different civilizations to exist alongside one another. »³⁴⁴

L'arbitrage devient donc un des acteurs de la mondialisation de l'économie³⁴⁵, mais son apport normatif reste tout de même limité. Les propos de René David à cet égard sont toujours pertinents :

« Les juridictions arbitrales découvriront les principes de ce droit, le plus souvent, en prenant pour base un certain droit national, mais, n'étant pas obligées de se conformer strictement à ce droit national, elles tiendront compte à l'occasion de plusieurs droits nationaux et des exigences de la bonne foi et de la loyauté telles qu'elles peuvent s'exprimer dans les usages du commerce international. Les décisions qu'elles rendent pourront servir à préciser et développer certains principes ; il ne faut cependant pas attendre d'elles qu'elles apportent une grande contribution à la constitution d'une *lex mercatoria* nouvelle. Le rôle des arbitres est de résoudre des contestations, non de poser des règles de droit. »³⁴⁶

À notre avis, les tribunaux pourraient choisir de privilégier certaines solutions même si elles ne sont pas universellement acceptées. Tel pourrait être le cas du principe *rebus sic stantibus*. Si une telle solution est la plus appropriée dans les circonstances, les

³⁴³ « C'est du côté des organisations commerciales, non du côté des juridictions arbitrales qu'il faut se tourner pour voir se développer la *lex mercatoria* dont certains peuvent rêver. » R. DAVID, *op. cit.*, note 217, p.141.

³⁴⁴ A. PLANTEY, *loc. cit.*, note 323, 25.

³⁴⁵ P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 220, 381. « L'hypothèse - car ici, il y a plus de questions que de constatations concluantes - est la suivante : puisque la mondialisation de l'économie a entraîné celle de l'arbitrage, celui-ci, en retour, pourrait-il en devenir une instance régulatrice, juridictionnelle ou amiable, qui en réglerait les conflits et même en élaborerait certaines normes? Pourrait-il, et dans quelle mesure, se substituer aux pouvoirs étatiques en recul, et favoriser l'ébauche, dans ce monde où les marchés sont devenus souverains, d'un nouvel ordre international, d'une nouvelle justice dans les relations économiques internationales? »³⁴⁵

³⁴⁶ R. DAVID, *op. cit.*, note 217, p.141.

tribunaux arbitraux ne devraient pas hésiter à la mettre en œuvre car ils participent, bien que de façon plus modeste, à l'élaboration d'un droit commercial transnational. La question de savoir si l'apport des tribunaux arbitraux constitue ou non une véritable « jurisprudence arbitrale » ne nous apparaît pas pertinente³⁴⁷. En effet, se poser cette question suppose nécessairement que l'on se positionne sur un terrain conceptuel propre au cadre national, alors que l'élaboration du droit commercial international se distingue complètement du processus législatif étatique.

Récapitulons donc en quelques phrases les éléments du raisonnement développé dans le cadre du présent chapitre. D'abord, pour toutes les raisons que nous avons évoquées dans la section 2, l'arbitre du commerce international n'est pas tenu par le droit national comme le serait un juge. Le droit applicable au différend fait l'objet d'un choix, que ce soit celui de l'arbitre ou des parties. Étant donné le contexte international dans lequel il œuvre, la volonté d'apaisement inhérente à l'arbitrage et la recherche de convergence dans les solutions aux différends, l'arbitre du commerce international voudra aménager des solutions qui sont satisfaisantes pour toutes les parties en présence. Pour ce faire, il devra occasionnellement s'écarter du droit national et faire des choix qui répondent davantage aux besoins des opérateurs commerciaux. Le principe *rebus sic stantibus* est une option que devraient privilégier les tribunaux arbitraux lorsque la préservation du lien contractuel est importante pour les parties et lorsque les circonstances sont propices à l'intervention de l'arbitre³⁴⁸.

³⁴⁷ Selon Fouchard, Gaillard et Goldman, l'existence d'une véritable jurisprudence dépend du degré d'autonomie, de cohérence et de divulgation que peuvent atteindre les sentences arbitrales. P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, pp. 200-206.

³⁴⁸ Nous y reviendrons lorsqu'il sera question des solutions à donner à une problématique de *hardship*.

CHAPITRE 3 : La résolution d'une problématique de *hardship* par les tribunaux arbitraux

SECTION 1 : L'adaptation du contrat et la mission juridictionnelle de l'arbitre

Sous-section 1 : Les définitions de l'arbitrage

Il existe un débat sur la question de savoir si l'adaptation du contrat constitue ou non un acte que l'arbitre peut légitimement accomplir dans le cadre de sa mission juridictionnelle. La façon dont on choisit de définir l'arbitrage a un impact sur le champ d'intervention potentiel de l'arbitre. Plusieurs auteurs se sont attachés à définir la notion d'arbitrage et ont identifié ses traits déterminants. Deux définitions sont fréquemment citées, celles de René David et Charles Jarosson. Nous nous proposons donc de les comparer pour les fins de notre propos. Ainsi, René David élabore la définition suivante de l'arbitrage :

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes - l'arbitre ou les arbitres - lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État. »³⁴⁹

Jarosson propose plutôt la définition suivante qui diffère sensiblement de celle de David : « Ainsi, l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. »³⁵⁰

<u>Définition de René David</u>	<u>Définition de Charles Jarosson</u>
L'arbitrage est une technique	L'arbitrage est une institution
Vise à faire donner la solution d'une question	Règle le différend

³⁴⁹ Nous soulignons. R. DAVID, *op. cit.*, note 38, p. 9. Autre définition proposée par l'auteur dans l'optique du débat sur l'unité de l'arbitrage : « Qu'est-ce en vérité que l'arbitrage : Ce qui caractérise cette institution et ce qui en fait l'unité réside dans le fait qu'une décision, affectant les intérêts de plusieurs personnes, va être prise par un tiers, qui n'est en aucune façon leur représentant, et qui va prendre sa décision de façon indépendante, en considération de certaines données. » (*Id.*, p.364)

³⁵⁰ Nous soulignons. Charles JAROSSON, La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 372.

Intéresse les rapports entre deux ou plusieurs personnes	Oppose deux ou plusieurs parties
Par une ou plusieurs personnes (l'arbitre ou les arbitres)	Par un tiers
Pouvoirs issus d'une convention privée, les arbitres ne sont pas investis de cette mission par l'État	Mission confiée par les parties
Les arbitres statuent sur la base de la convention privée	Le tiers exerce une mission juridictionnelle

La définition de David est définitivement plus englobante que celle proposée par Jarosson. Ainsi, l'arbitrage a pour objectif général de « solutionner une question », ce qui comprend la mission de « trancher un différend », mais dépasse largement ce cadre³⁵¹. Pour David donc, l'arbitrage n'intervient pas nécessairement dans une situation conflictuelle. Le choix des mots est à cet égard révélateur. En effet, il prend bien soin de préciser qu'il s'agit d'une « question » qui « intéresse » les rapports entre deux ou plusieurs personnes, alors que Jarosson parle plutôt d'un « différend » qui « oppose » les parties. Dans la même ligne de pensée, mentionnons que David présente l'arbitrage comme une « technique », ce qui a pour effet d'accentuer l'aspect fonctionnel ou instrumental de l'arbitrage par opposition à son aspect institutionnel. L'arbitrage est ainsi essentiellement défini par sa fonction qui est d'apporter des solutions aux questions intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes. Jarosson envisage l'arbitrage comme une institution plutôt qu'une simple technique, ce qui suppose un certain niveau de structure et d'organisation. Ainsi, l'arbitrage ne serait pas uniquement le moyen par lequel on atteint une fin, mais aurait une identité propre, en ce sens qu'il serait pourvu de sa propre logique interne. Malgré la dispersion inhérente à l'arbitrage commercial international et compte tenu de nos commentaires

³⁵¹ David émet d'ailleurs les commentaires suivants sur la définition qu'il propose : « Elle [la définition] est de ce point de vue trop large à certains égards et trop étroite à d'autres; mais il n'est pas possible, pour qui se place sur le plan du droit comparé, de formuler une définition qui tienne compte des singularités, souvent artificielles, des différents droits. Aussi nous sommes-nous efforcés, délaissant celles-ci, de donner une définition qui, prenant en considération le fondement et la finalité de l'arbitrage, fasse ressortir les traits caractéristiques de cette institution. » R. DAVID, *op. cit.*, note 38, p. 9. L'objectif de David est d'abolir la distinction qu'il juge artificielle et difficile à maintenir entre l'arbitrage dont l'objectif est de résoudre les contestations juridiques et l'arbitrage qui permet de préciser, compléter ou adapter les contrats. Cette idée est récurrente dans l'ouvrage de René David.

précédents sur l'évolution de l'arbitrage, nous sommes d'avis qu'il est possible de parler d'une véritable « institution »³⁵². On constate que David insiste davantage que Jarosson sur le caractère conventionnel de l'arbitrage. Il mentionne que le ou les arbitres tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée, qu'ils statuent sur la base de cette convention et qu'ils ne sont pas investis de cette mission par l'État. Bien sûr, Jarosson inclut dans sa définition l'aspect conventionnel de l'arbitrage puisqu'il énonce clairement que la mission est confiée par les parties. Cependant, il fait autant de place à l'aspect juridictionnel de la mission, ce que ne fait pas David. Ce dernier précise que la ou les personnes chargées de solutionner la question sont un ou des arbitres. On pourrait y voir une référence implicite à l'aspect juridictionnel de l'arbitrage, mais on constate cependant un certain déséquilibre dans sa définition du fait qu'il martèle à trois reprises sur le clou de l'aspect conventionnel.

Sous-section 2 : La mission juridictionnelle de l'arbitre et la notion de différend

Bien que divergentes à certains égards, les deux définitions ne nous apparaissent pas irréconciliables. À notre avis, l'écart dans l'identification de l'objet de l'arbitrage constitue le principal lieu d'opposition entre elles. En effet, l'objet de l'arbitrage est-il de solutionner une question ou de régler un différend? Il serait possible de rapprocher considérablement les deux définitions en adoptant une conception plus ouverte de la notion de « différend ». De façon générale, la détermination du champ d'intervention de l'arbitrage soulève le débat déjà ancien sur sa dualité. L'arbitrage est-il conventionnel ou juridictionnel? Selon cette distinction, il est possible d'identifier deux types d'arbitrage : l'arbitrage dont l'objectif est de trancher une contestation juridique et l'arbitrage qui permet de parfaire ou réformer un rapport contractuel³⁵³. Avant

³⁵² À cet égard, voir l'article suivant : A. PLANTEY, *loc. cit.*, note 323.

³⁵³ R. DAVID, *op. cit.*, note 38, chapitre 1 et conclusion. Voir également : K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 18, 1. Cet auteur parle du « dogme traditionnel de l'arbitrage. Ainsi, le caractère procédural de l'arbitrage serait incompatible avec la nature contractuelle de l'adaptation et du comblement des lacunes du contrat. Selon l'auteur, si on envisage la problématique dans sa perspective contractuelle, celle des contrats à long terme en particulier, on est confronté au dilemme éternel entre deux principes, le caractère sacro-saint des contrats et le besoin de flexibilité. Si on adopte plutôt la perspective procédurale, alors deux philosophies contradictoires de l'arbitrage entrent en jeu. Selon la conception traditionnelle de l'arbitrage, celle de l'article 7 de la Loi type, l'arbitre doit trancher entre des droits préexistants, ce qui est incompatible avec la créativité nécessaire à l'arbitre qui doit compléter ou adapter le contrat. Selon Berger, le mouvement vers la transnationalisation du droit militerait en faveur d'une synthèse du caractère

d'approfondir cette problématique, il nous faut éclaircir le flou qui entoure l'utilisation de la notion d'arbitrage conventionnel ou contractuel. D'emblée, il nous faut conclure que la majorité des auteurs affirment le caractère à la fois conventionnel et juridictionnel de l'arbitrage : « D'une part, la mission de l'arbitre est bien de trancher un litige, de statuer entre des prétentions contradictoires. Mais, d'autre part, cette fonction juridictionnelle a une origine conventionnelle : l'arbitre tient son pouvoir de juger de la volonté commune des parties. »³⁵⁴ Le caractère conventionnel de l'arbitrage est ici invoqué pour souligner l'origine privée du pouvoir des arbitres et l'autonomie de volonté des parties dans le déroulement de l'arbitrage³⁵⁵. Les définitions de David et de Jarosson font également référence à cette double origine de l'arbitrage. Thomas Clay, dans un ouvrage consacré à l'arbitre, met en évidence un autre volet du caractère conventionnel de l'arbitrage : « Plus encore que l'arbitrage, l'arbitre célèbre en lui-même les noces du juridictionnel et du contractuel puisqu'il est à la fois un juge [...] et un contractant [...]. »³⁵⁶ En effet, les parties et le ou les arbitres sont liés par un contrat d'arbitre³⁵⁷. Ainsi, non seulement existe-t-il un lien contractuel entre les parties, mais également entre les parties et les arbitres. Cependant, le débat sur la dualité de l'arbitrage auquel nous avons fait allusion se situe plutôt à l'intérieur même de la mission juridictionnelle de l'arbitre³⁵⁸. On se pose donc les questions suivantes : Dans quelle mesure un arbitre peut-il intervenir au contrat sans perdre son statut de « juge du différend »?³⁵⁹ L'arbitre

à la fois conventionnel et procédural de l'arbitrage. Selon une conception plus moderne de l'arbitrage, l'arbitre devrait pouvoir adapter les contrats et combler leurs lacunes. Le changement de paradigme du droit international des contrats serait d'ailleurs favorable à une compétence élargie des arbitres.

³⁵⁴ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 14.

³⁵⁵ Bien sûr, le phénomène d'institutionnalisation de l'arbitrage commercial international vient nuancer cette affirmation puisque, dans ces cas de figure, l'autonomie des parties ne s'exerce pas de façon directe.

³⁵⁶ Thomas CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 37.

³⁵⁷ Appellation retenue par Clay pour diverses raisons qu'il expose aux pages 493 à 498 de son ouvrage.

³⁵⁸ Jarosson fait également ressortir cet aspect lorsqu'il aborde la question de l'adaptation du contrat par l'arbitre : « L'arbitre, choisi par les parties, est investi d'une mission d'origine contractuelle, mais de nature juridictionnelle. C'est la nature juridictionnelle de sa mission qui fait difficulté lorsque l'on se demande si l'arbitre peut ou non adapter le contrat, œuvre des parties. » C. JAROSSON, *op. cit.*, note 350, p. 305.

³⁵⁹ Le Groupe de travail sur la Loi-type de la CNUDCI a proposé et étudié un projet d'article sur l'adaptation et le complètement des contrats sur le plan procédural. Le débat au sein du Groupe de travail portait principalement sur la question suivante : une telle assistance fournie par un tiers entrerait-elle dans le cadre de l'arbitrage? Loi type sur l'arbitrage commercial international : projets d'articles révisés A à G relatifs à l'adaptation et au complètement des contrats, au commencement de la procédure arbitrale, au contenu minimum de la requête et de la réponse, à la langue de la procédure arbitrale, à l'assistance judiciaire pour l'obtention de preuves, à la

peut-il légitimement remplir des fonctions dites « contractuelles » et ainsi adapter ou combler les lacunes initiales ou subséquentes d'un contrat?

Plusieurs critères ont été développés pour départager l'arbitrage des autres situations qui requièrent l'intervention d'un tiers³⁶⁰. Pour déterminer si l'adaptation du contrat s'insère dans la mission juridictionnelle de l'arbitre, il faut savoir quels éléments caractérisent cette mission. Fouchard, Gaillard et Goldman, dans leur Traité de l'arbitrage commercial international, retiennent deux éléments pour qualifier le pouvoir juridictionnel de l'arbitre : le caractère obligatoire de sa décision et la résolution d'une contestation par l'arbitre³⁶¹. Ces deux critères permettent notamment de distinguer l'arbitrage de l'expertise. Ainsi, la décision d'un expert à qui on a confié la mission de compléter le contrat n'est pas obligatoire puisque, même si les parties ont convenu de respecter une telle décision, elle peut toujours faire l'objet d'une révision devant les tribunaux judiciaires. Fouchard, Gaillard et Goldman sont d'avis que lorsque les parties s'entendent pour qu'un tiers complète leur contrat et qu'elles diffèrent ainsi l'insertion de certaines clauses, elles lui confient une mission contractuelle³⁶². De leur point de vue, il n'y a pas de véritable contestation juridique puisque les parties s'entendent sur la façon de déterminer un élément du contrat. Il n'y a par conséquent pas d'arbitrage. Dans l'arrêt *Sports Maska Inc. c. Zittreer*, la Cour suprême du Canada a affirmé que l'existence d'un différend né demeurerait l'un des principaux critères qui permettrait de distinguer l'arbitrage de l'expertise³⁶³ :

clôture de la procédure arbitrale et au délai durant lequel la sentence arbitrale peut être exécutée ; note au secrétariat, (A/CN.9/WG.II/WP.44), par. 6.

³⁶⁰ Jarosson mentionne les critères suivants pour qualifier l'arbitrage et le distinguer des autres modes de résolution des différends : un tiers qui n'est pas le représentant des parties, un litige entendu comme une opposition d'intérêts fondée sur une prétention juridique, l'origine volontaire de la mission de l'arbitre, une mission juridictionnelle confiée à ce tiers par les parties (critère difficile à repérer). Autre critère qui présente certaines limites : la force obligatoire de la solution donnée par le tiers. Charles JAROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », Rev. arb. 1 2001.5, 19 à 25.

³⁶¹ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. cit., note 17, pp. 15 et ss.

³⁶² Id. Les auteurs donnent plusieurs exemples qui, à leur avis, s'insèrent dans la catégorie des « fonctions contractuelles confiées à un tiers » : le tiers qui fixe le prix de vente à l'article 1592 du Code civil français, l'évaluateur chargé de procéder à une évaluation de stocks dans l'intérêt commun du débiteur et de ses créanciers, un architecte de calculer la quantité de travaux réalisés par l'entrepreneur pour en déduire le prix dû, le comptable qui évalue les actions d'un porteur qui les a cédées. Plus hautes juridictions canadienne et anglaise se sont prononcées en ce sens. (La Cour suprême canadienne dans *Sports Maska c. Zittreer*, [1988] 1 R.C.S. 564, la Chambre des Lords dans *Sutcliffe v. Thackrah*, (1974) AC, 727 et *Arenson v. Arenson*, (1977) AC, 405.)

³⁶³ *Sports Maska Inc. c. Zittreer*, [1988] 1 R.C.S. 564, par. 91-95.

« Il est certes loisible à des parties contractantes de confier à une tierce partie la tâche de déterminer définitivement et obligatoirement l'un des éléments d'un contrat. L'exemple le plus courant a évidemment trait à la fixation du prix en la matière de contrat de vente. Il ne saurait cependant être question d'arbitrage si la détermination d'un élément du contrat ne résulte pas de la survenance d'un différend et de la volonté des parties de soumettre ce différend au pouvoir juridictionnel d'un arbitre. »³⁶⁴

En l'espèce, la Cour a conclu que les comptables des vendeurs n'avaient été désignés que pour fixer le prix des stocks vendus et non pour résoudre un différend né entre les parties. Il s'agissait clairement d'une expertise. Les acheteurs subséquents n'avaient fait que manifester leur insatisfaction suite à l'évaluation faite par les comptables. L'interprétation de la Cour suprême ne ferme pas la porte à une adaptation du contrat par les arbitres dans l'éventualité d'un différend. En droit français, on a également tracé une ligne de démarcation très nette entre l'arbitrage de l'article 1592 du Code civil français et le véritable arbitrage³⁶⁵. Lorsqu'il est question d'adaptation du contrat pour cause de *hardship* ou d'imprévision, la présence d'une clause spécifique dans le contrat est déterminante pour la plupart des auteurs. Ainsi, il faut distinguer les situations où l'on est en présence d'une clause ou d'un mandat spécifique confié par les parties et les situations inverses. De plus, la notion de « contestation juridique » ou de « différend » est fondamentale³⁶⁶.

En effet, plusieurs auteurs sont d'avis que les arbitres ne peuvent intervenir, en l'absence de clause spécifique, pour adapter le contrat lorsque se produit un *hardship*. L'arbitrage ne serait possible qu'en présence d'une contestation juridique. À

³⁶⁴ Id., par. 92.

³⁶⁵ On ne retrouve pas de disposition équivalente en droit québécois. Fouchard, Gaillard et Goldman incluent l'article 1592 du Code civil français dans les fonctions contractuelles confiées à un tiers. L'article 1592 du Code civil français se lit ainsi : « Il [le prix de vente] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente. » Les dispositions du Code civil français sont disponibles sur Internet à l'adresse suivante : www.legifrance.gouv.fr. Selon Jarosson, le tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil agit à titre de mandataire commun des parties. Il intervient pour déterminer un élément constitutif du contrat, en l'occurrence, le prix de la vente. Jarosson exclut la qualification d'arbitrage contractuel. Il conclut d'ailleurs à la fin de son ouvrage que la notion d'arbitrage contractuel n'existe pas. Seule existe une notion d'arbitrage juridictionnel élargie et un ensemble de situations qui ne relèvent pas de l'arbitrage. Charles Jarosson évoque l'article 1592 à plusieurs reprises dans son ouvrage La notion d'arbitrage. C. JAROSSON, op. cit., note 350.

³⁶⁶ Sur le choix du vocabulaire, Jarosson constate que le droit positif (jurisprudence, doctrine, droit comparé) utilise indifféremment les termes « litige », « contestation », « différend », « controverse ». C. JAROSSON, op. cit., note 350, p. 254. Lorsqu'il est question d'arbitrage, nous préférons le terme « différend » qui nous semble plus compréhensif, mais pour illustrer la pensée des auteurs que nous évoquons, le terme « controverse juridique » convient davantage.

défaut de contestation, l'intervenant n'est pas un arbitre, mais un tiers contractuel. Lorsque le contrat contient une clause de *hardship*, on conclut qu'il y a nécessairement une controverse juridique puisque les parties, si elles recourent à l'arbitrage, ne s'entendent nécessairement pas sur l'application de ladite clause. Ainsi, pour Alain Prujiner, qui assoit son raisonnement sur la définition de Jarosson, l'existence d'un différend est une condition *sine qua none* de l'arbitrage³⁶⁷. La présence d'un différend implique la nécessité de trancher une contestation. À cet égard, il faut distinguer le différend qui repose sur une argumentation juridique du désaccord. De l'avis de Prujiner, le critère de l'argumentation juridique n'exige pas un lien juridique parfait. Lors d'une renégociation fondée sur une clause de révision ou d'adaptation, il existe un droit contractuel à la modification. L'existence d'une obligation de modification du contrat constitue le support juridique d'une contestation éventuelle. L'obligation peut être d'origine conventionnelle ou légale lorsque l'obligation de modification est prévue dans le droit qui régit le contrat. Fouchard, Gaillard et Goldman expriment une opinion similaire :

« En effet, lorsqu'il est ainsi chargé de mettre en oeuvre un mécanisme d'adaptation, le prétendu tiers n'est-il pas en présence, par hypothèse, d'un désaccord des parties, qui n'ont pu s'entendre entre elles-mêmes, soit sur le principe de l'adaptation (existence d'un cas de *hardship*, ou d'une offre concurrente plus favorable, etc.), soit sur la mesure de l'adaptation? »³⁶⁸

Cependant, comme le soulignent Fouchard, Gaillard et Goldman, certains auteurs, dont Henri Motulski, ont été d'avis que même en présence d'une clause, il n'entraîne pas dans la mission de l'arbitre de procéder à un acte exclusivement créateur³⁶⁹. Cette position semble aujourd'hui minoritaire puisque les auteurs les plus influents en matière d'arbitrage commercial international optent plutôt pour la solution que nous venons

³⁶⁷ Alain PRUJINER, « L'adaptation forcée par l'arbitrage », (1992) 37 *R.D. McGill* 428.

³⁶⁸ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 31. Les auteurs ajoutent, que, dans la pratique, les arbitres concluent généralement à la présence d'un litige lorsqu'ils sont saisis, sur la base d'une clause compromissoire, d'une difficulté de mise en œuvre d'une clause d'adaptation. Ils n'hésitent pas à interpréter et appliquer une telle clause. « La seule question qui peut se poser est de savoir si les parties leur ont effectivement confié un tel pouvoir d'adaptation ; c'est une question d'interprétation de leur volonté commune ; si elle est réglée par l'affirmative, il faut admettre non seulement qu'une telle volonté licite, mais que la qualification arbitrale qu'elle implique n'a rien de choquant : l'arbitre est bien, dans de tels cas, chargé de vérifier le bien-fondé de prétentions contraires, il est bien chargé de mettre fin à un désaccord. »

(p. 32)

³⁶⁹ *Id.*, p. 30.

d'évoquer. Certains, comme Bernardini, adoptent une position mitoyenne. En effet, ce dernier est d'avis que la clause compromissoire doit faire expressément référence au *hardship* pour que l'arbitre puisse intervenir et rendre une sentence arbitrale à moins que le droit applicable au contrat ne l'autorise³⁷⁰. Jarosson formule une réserve qui s'apparente à celle exprimée par Bernardini : « [...] : la solution proposée ne vaudrait pas par la seule existence d'une clause de *hardship* ; il faudrait que cette dernière prévoie l'intervention d'un tiers. »³⁷¹ En l'absence de clause contractuelle, Fouchard, Gaillard et Goldman concluent que la problématique relève du droit contractuel et qu'il est inutile d'examiner les diverses solutions apportées par les droits nationaux. Pour sa part, Jarosson regrette que le droit français n'ait pas intégré de façon générale la théorie de l'imprévision et conclut que, peu importe l'acceptation de la notion d'arbitrage retenue, l'arbitre n'est pas en mesure d'adapter le contrat en l'absence de clause en ce sens³⁷².

Les auteurs qui soutiennent la possibilité pour l'arbitre d'adapter le contrat en présence d'une clause de *hardship* adoptent généralement une conception plus élastique de la notion de « différend ». Ainsi, Jarosson favorise expressément la souplesse dans l'appréciation de cette notion :

« La notion de litige doit être comprise comme une opposition d'intérêts fondée sur une prétention juridique ; elle doit être appréciée avec souplesse, car souvent le litige n'existera qu'en germe. Toutefois, il n'y a pas de litige si les parties n'ont même pas essayé de confronter leurs prétentions respectives : ce peut être le cas lorsque les parties décident de donner mandat à un tiers de fixer un prix sans avoir même essayé de le fixer elles-mêmes. Si l'absence de litige chasse l'arbitrage, sa présence n'est qu'un indice, commun à la médiation et fréquent dans les hypothèses d'expertise conventionnelle. »³⁷³

D'ailleurs, il souligne plus loin la fragilité du critère fondé sur la distinction entre la résolution d'une question de fait et la résolution d'une question de droit³⁷⁴. La

³⁷⁰ Piero BERNARDINI, « Communications : Adaptation of Contracts », dans Pieter SANDERS (dir.), New Trends in The Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, Deventer, Kluwer B. V., 1983, p. 211, à la page 214.

³⁷¹ C. JAROSSON, op. cit., note 350, p. 326.

³⁷² Id., p. 309.

³⁷³ C. JAROSSON, loc. cit., note 360, 20.

³⁷⁴ Bruno Oppetit conclut également que le critère du litige ne permet pas de caractériser avec certitude la fonction juridictionnelle de l'arbitre : « Le critère du litige, souvent avancé pour opposer l'arbitrage contractuel à l'arbitrage juridictionnel et refuser au premier la qualification de

controverse juridique repose nécessairement sur une question de droit, mais, les questions de droit sont souvent intrinsèquement liées à des questions de fait. Nous avons vu que Prujiner n'exigeait pas un lien juridique parfait entre l'argumentation juridique et le différend. Fouchard, Gaillard et Goldman parlent même de « désaccord ». Implicitement, ces auteurs admettent que l'adaptation du contrat ou le comblement des lacunes est une tâche qui peut entrer dans le cadre de la mission juridictionnelle de l'arbitre du commerce international³⁷⁵. Cependant, tous ces auteurs continuent d'insister sur la présence d'un support juridique, tel une clause de *hardship* qui prévoit l'adaptation du contrat par un tiers ou une obligation légale issue du droit applicable, d'où la référence constante à une controverse de nature juridique. Ce constat nous amène à conclure que ce qui importe réellement pour ces auteurs, ce n'est pas tant la controverse juridique comme élément de la mission juridictionnelle de l'arbitre, mais plutôt le support juridique à l'intervention du tiers. Ainsi, le soutien pourrait très bien provenir d'une autorisation subséquente des parties. Confrontées à un différend qu'elles ne peuvent résoudre seules, les parties peuvent charger expressément un arbitre d'intervenir même si le contrat ne comportait aucune clause en ce sens. Cette conclusion est en lien direct avec l'autonomie de volonté des parties qui, à la base, donne naissance à l'arbitrage commercial international. À cet égard, Klaus Peter Berger s'exprime ainsi : « It should be inherent in the principle of party autonomy that the parties may entrust a third party to decide on how a contract should be adapted or supplemented. »³⁷⁶ Selon l'auteur, lorsque les parties ont autorisé les arbitres à procéder à l'adaptation du contrat, le principe *pacta sunt servanda* est alors favorable à cette intervention. Dans le doute, Jarosson privilégie une interprétation favorable à l'arbitrage : « Il suffirait d'élargir de façon sensible les critères – surtout majeurs – de

véritable arbitrage, ne constituerait pas non plus un guide très sûr en la matière, dans la mesure où la notion de différend arbitral a connu une évolution qui tendrait à lui faire acquérir un contenu original : la réalité est souvent complexe, et entre la contestation ouverte et la mission de caractère purement contractuel peuvent s'insérer toutes sortes de désaccords de plus ou en moins grande intensité qui justifient l'intervention d'un arbitre sans que l'on soit en droit de dénier à ce dernier sa véritable qualité. » B. OPPETIT, *op. cit.*, note 239, p. 78.

³⁷⁵ À cet égard, Oppetit souligne d'ailleurs l'élargissement des tâches traditionnellement attribuées à la fonction juridictionnelle. B. OPPETIT, *op. cit.*, note 239, pp. 79-80. Voir également : C. JAROSSON, *op. cit.*, note 350, p. 274 : « L'élargissement du critère est alors le seul remède, car une définition plus compréhensive permet de laisser une place à toutes les hypothèses qui le concernent. Les contours d'un critère élargi sont plus nets ; une acception élargie du critère est d'autant plus nette. C'est le parti qu'il convient d'adopter concernant les deux critères majeurs de l'arbitrage : le litige et la nature juridictionnelle des pouvoirs du tiers. » Ainsi, Jarosson suggère l'utilisation d'un faisceau de critères hiérarchisés (critères majeurs, critères mineurs) pour qualifier les situations ambiguës créées par la volonté des parties.

³⁷⁶ K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 18, 5.

l'arbitrage, afin que l'arbitrage puisse s'affirmer plus facilement comme une notion résiduelle. »³⁷⁷ Et, de fait, plusieurs auteurs concluent à la nécessité d'adopter une conception plus compréhensive de l'arbitrage³⁷⁸. L'un des premiers, David a proposé l'unité de l'arbitrage³⁷⁹. Il a ainsi suggéré de réduire la portée de la distinction en rapprochant la réglementation des deux types d'arbitrage et en ouvrant largement aux parties la possibilité de recourir à l'un ou à l'autre.

À notre avis, la notion de différend n'est pas un obstacle insurmontable à l'adaptation du contrat par l'arbitre en l'absence de clause de *hardship* lorsque se produit un événement qui se qualifie comme tel. À cet égard, la définition proposée par Antaki sur la notion de différend nous apparaît pertinente. Il définit le différend interpersonnel, dans le cadre d'une étude sur des modes extrajudiciaires de résolution des litiges, comme « [...] un événement survenant à l'intérieur d'une interaction sociale impliquant deux parties ou plus, lorsqu'à un moment donné, les différences perçues ou réelles entre les parties concernant certains gestes, certaines attentes ou certains droits, apparaissent suffisamment importantes à leurs yeux pour créer un blocage de leur relation. »³⁸⁰ Il faut donc qu'il y ait une opposition entre les parties qui freine la poursuite de leurs relations. Le *hardship* a des conséquences certaines sur l'exécution du contrat. L'argument sera souvent soulevé par l'une des parties à l'occasion d'un différend sur l'exécution. Si l'une des parties est véritablement confrontée à une situation de *hardship* et que sa cocontractante refuse d'admettre la situation ou de procéder à un ajustement, il y a indéniablement un blocage dans leurs relations. Les auteurs qui sont d'avis qu'il ne peut y avoir d'adaptation du contrat en l'absence de clause de *hardship* suggèrent implicitement que le *hardship* est une question qui relève uniquement des faits et non du droit. La question de savoir s'il existe ou non une situation de *hardship* requiert en effet de l'arbitre qu'il se livre à une appréciation des faits, mais cette question a nécessairement des conséquences juridiques pour les parties sinon il serait sans intérêt de la faire trancher. Le *hardship* est intrinsèquement lié à l'exécution du contrat et la question de savoir si le contrat doit être exécuté ou non

³⁷⁷ C. JAROSSON, *op. cit.*, note 350, p. 277.

³⁷⁸ Fouchard, Gaillard et Goldman suggèrent également, au moins en matière d'adaptation des contrats, de retenir une notion plutôt extensive de l'arbitrage. P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 31. Oppetit est également d'avis que les limites indistinctes de l'institution n'autorisent pas une définition trop rigoureuse et restrictive de l'arbitrage. B. OPPETIT, *op. cit.*, note 239, 78-80.

³⁷⁹ R. DAVID, *op. cit.*, note 38, pp. 563-564.

³⁸⁰ N. N. ANTAKI, *op. cit.*, note 232, p. 8.

et à quelles conditions il doit l'être est une question qui relève du droit parce que le droit a un rôle modérateur : « Toute tentative de verticalité constitue en soi une distorsion ; ce que les forces socio-économiques ont tendance à dresser sans autre effort d'équilibrage, le droit devrait le niveler en réalité pour redonner au contrat son horizontalité principielle. »³⁸¹ Par conséquent, l'arbitre qui procède à l'adaptation du contrat, même en l'absence de support juridique exprès, n'excède pas le cadre de sa mission juridictionnelle.

SECTION 2 : Examen des sources de pouvoir de l'arbitre du commerce international

Sous-section 1 : Les démarches proposées par certains auteurs

Nous venons de conclure que l'arbitre du commerce international pouvait procéder à l'adaptation du contrat et conserver son statut d'arbitre. Nous devons maintenant nous poser la question plus spécifique des pouvoirs de l'arbitre du commerce international dans le cadre d'un différend soumis à son attention. La réponse à cette question n'est pas simple puisque leurs pouvoirs découlent des sources les plus diverses :

« La situation n'est pas la même dans un arbitrage et en particulier dans un arbitrage international où les pouvoirs, devoirs et la compétence d'un tribunal arbitral découlent d'un faisceau complexe de facteurs constitués par la volonté des parties, la loi applicable à la convention d'arbitrage, la loi du siège de l'arbitrage et le droit du pays où la reconnaissance ou l'exécution de la sentence peuvent être recherchées. »³⁸²

Examinons tout d'abord la démarche proposée par certains auteurs pour déterminer la marge de manœuvre des tribunaux arbitraux. Redfern et Hunter résument de façon assez succincte la marche à suivre : « En pratique la meilleure manière de s'interroger sur les pouvoirs d'un tribunal arbitral consiste à se pencher d'abord sur la convention d'arbitrage puis sur la loi applicable à la convention d'arbitrage et enfin sur la loi applicable à la procédure arbitrale. »³⁸³ La convention d'arbitrage (ou la clause compromissoire) constitue la source première des pouvoirs d'un arbitre puisque

³⁸¹ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 118, 907.

³⁸² A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 281, p. 208.

³⁸³ *Id.*, p.211.

l'arbitrage est un mode de résolution des différends qui repose sur la volonté des parties :

« En principe un tribunal arbitral ne peut exercer que les pouvoirs que les parties sont en droit de lui conférer et lui ont effectivement (expressément ou implicitement dans la convention d'arbitrage), ainsi que tous les pouvoirs additionnels ou supplémentaires qui peuvent lui être conférés par la loi régissant l'arbitrage. »³⁸⁴

Notons que la convention d'arbitrage peut avoir été modifiée subséquemment par l'acte de mission qui intervient dans le cadre d'un arbitrage CCI³⁸⁵. Certains pouvoirs peuvent avoir été conférés indirectement, par référence, dans la convention, à une loi d'arbitrage nationale ou à un règlement d'arbitrage international ou institutionnel³⁸⁶. Ils peuvent également avoir été restreints :

« Parties are not totally unrestricted in drawing up clauses submitting disputes to arbitration (or rather they may be unrestricted in what they agree but the effects of their agreement may be limited). First, arbitration rules applicable may restrict the kind of disputes for which the rules have been envisaged and by referring to the rules of an institution the parties' agreement will include the limitation contained in the rules proper. »³⁸⁷

Redfern et Hunter sont d'avis que la loi applicable à la convention d'arbitrage doit également être consultée comme source de pouvoirs des arbitres. Nous émettons une

³⁸⁴ A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 281, p. 5. Voir également : Sigvard JARVIN, « The sources and limits of the arbitrator's powers », (1986) 2 *Arbitration International* 140, 142 : « Since the arbitrator derives his powers from the arbitration agreement he is bound by the wording of the agreement when deciding what authority he has to decide a particular dispute. »

³⁸⁵ Voir l'art. 18 du Règlement d'arbitrage de la CCI. Définition de l'acte de mission par P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 682 : « L'acte de mission est un document signé par les parties et par les arbitres ou, à défaut d'accord des parties, par les seuls arbitres ou par l'institution d'arbitrage et qui a pour objet d'exposer les prétentions des parties, d'identifier les points sur lesquels le tribunal arbitral devra se prononcer et d'arrêter les principales règles qui régiront le déroulement de la procédure arbitrale. » Les auteurs ajoutent : « [...], un acte de mission accepté sans réserves par les parties peut avoir pour effet de modifier la portée de la convention d'arbitrage initiale, pour la restreindre ou, au contraire, pour l'élargir. Les parties devront donc veiller à ne pas restreindre - ou à l'inverse, étendre - par inadvertance la compétence du tribunal arbitral par la signature de l'acte de mission. » (p. 688)

³⁸⁶ S. JARVIN, *loc. cit.*, note 384, 144 : « The parties agreement, which is the arbitrator's prime source when determining his powers to conduct the proceedings, may be more or less specific as to what powers the arbitrator has, and may circumscribe the degree of discretion he has in the absence of agreement. Most jurisdictions give broad discretion to parties to determine the conduct of private arbitrations, and many give especially wide latitude with respect to disputes that are international. The parties' will may be expressed indirectly by a reference to a set of rules which should be applied, such as those of the UNCITRAL or the ICC. »

³⁸⁷ *Id.*, 142-143.

réserve sérieuse à cet égard puisque les parties désignent très rarement de façon expresse le droit applicable à leur convention. Si les parties ont convenu de se soumettre à l'arbitrage par le biais d'une clause insérée dans leur contrat, ce qui est souvent le cas, alors le droit applicable à la convention sera fort probablement le même que celui applicable au contrat principal. Exception faite de cette hypothèse, il est peu probable que le lieu de conclusion de la convention d'arbitrage, si ce critère de rattachement est utilisé pour déterminer le droit applicable à la convention, soit significatif pour les parties. Enfin, il faut examiner la loi applicable à l'arbitrage (*lex arbitri*). Il s'agit en fait de la loi du siège de l'arbitrage. Selon Redfern et Hunter, cette loi doit être consultée pour déterminer dans quelle mesure elle étend ou restreint les pouvoirs conférés au tribunal arbitral par les parties. Nous reviendrons sur cette question dans quelques instants. Sigvard Jarvin mentionne une autre source de pouvoir pour les arbitres : les conventions internationales, régionales, multilatérales ou bilatérales, les usages du commerce et les règles de pratique de l'arbitrage international³⁸⁸.

Klaus Peter Berger suggère une démarche similaire à celle proposée par Redfern et Hunter, mais il ne mentionne pas l'examen de la loi applicable à la convention d'arbitrage et ses propos visent expressément la question du comblement des lacunes et l'adaptation du contrat³⁸⁹. À son avis, l'autorisation d'adapter ou de combler les lacunes d'un contrat émane d'abord de la convention d'arbitrage. Il est cependant d'avis qu'une autorisation procédurale expresse de la *lex arbitri* est également nécessaire. À défaut d'une telle autorisation, Berger conclut que la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'exécution en vertu de la Convention de New York parce que la question de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence est décidée sur la base de la *lex arbitri* et non sur celle de la *lex fori* du tribunal où sont demandés la reconnaissance et l'exécution. L'opinion de Berger est fondée sur les lois d'arbitrage de la Suisse et des Pays-Bas qui prévoient toutes deux que les parties peuvent s'entendre pour soumettre à l'arbitrage le comblement des lacunes du contrat ou sa modification. L'existence de ces dispositions confirme à ses yeux la nécessité

³⁸⁸ *Id.*, 140. « The authority to hear the parties and make an award exists only through the agreement of the parties. It stems from a voluntary act. The arbitrator's authority is no broader than that defined by the parties and some of his duties are defined by law. Not only national legislators set the limits inside which the arbitrator must act, but international customs, usages and conventions also play an important role. »

³⁸⁹ K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 18.

d'une autorisation procédurale de la loi d'arbitrage du siège. Berger admet cependant que la plupart des lois d'arbitrage sont silencieuses sur la question du comblement des lacunes ou de l'adaptation des contrats. Lorsque tel est le cas, il est d'avis que le tribunal arbitral devrait se référer à la procédure interne du lieu de l'arbitrage. Si les tribunaux judiciaires détiennent ce pouvoir, alors les tribunaux arbitraux devraient également pouvoir les exercer. À défaut, il faudrait examiner le droit substantif du lieu d'arbitrage qui pourrait être une source d'autorisation procédurale implicite. Finalement, Berger recommande l'examen du droit applicable au fond (*lex causae*) afin de s'assurer de la validité de tout le processus³⁹⁰. Les conclusions de Berger sur la démarche que doit suivre l'arbitre pour déterminer s'il peut ou non combler les lacunes ou adapter un contrat sont les suivantes :

« If the applicable arbitration law allows contractual interference by the arbitrator but the *lex causae* does not provide for an adequate substantive basis for this interference, the arbitrator is acting in a legal vacuum and cannot modify or adapt the contract. Conversely, the provisions on contract adaptation and supplementation contained in the *lex causae* remain without effect if the applicable arbitration law does not contain a corresponding procedural authority for the arbitrator. »³⁹¹

Berger admet cependant que, dans la pratique, les arbitres se fondent davantage sur le droit applicable au fond du litige pour décider s'ils peuvent intervenir plutôt que sur la loi de l'arbitrage puisque le contrôle direct au siège de l'arbitrage est restreint.

Sous-section 2 : Nos objections

Les démarches proposées par les auteurs évoquent la méthode de conflits de lois à laquelle les arbitres ont parfois recours pour déterminer le droit applicable au fond du différend. Elles sont tortueuses à souhait et peuvent mener à des résultats contradictoires. Tout d'abord, le choix du lieu de l'arbitrage n'emporte plus nécessairement de conséquence sur le droit applicable à la procédure puisqu'il est maintenant admis que le tribunal arbitral n'a pas de for : « It is widely accepted today

³⁹⁰ Id., 11 : « It is the law applicable to the substance of the dispute which has to be consulted to decide on the validity of the adaptation clause and of the adaptation standards agreed upon by the parties, the canon of interpretation to be applied to such clauses and the methods of adaptation to be applied by the arbitrators if the contract does not contain specific instructions for the tribunal. »

³⁹¹ Id., 12.

that the seat of the arbitration, often chosen for reasons of convenience or because of the neutrality of the country in question, does not necessarily cause the procedure to be governed by the law of that jurisdiction. »³⁹² Le recours à la procédure interne du lieu de l'arbitrage suggéré par Berger nous apparaît tout à fait inapproprié pour la même raison. De plus, nous ne voyons pas en quoi les tribunaux judiciaires peuvent servir de point de repère lorsqu'il est question de l'étendue des pouvoirs que peuvent exercer les tribunaux arbitraux. Quant à la loi d'arbitrage du lieu du siège (*lex arbitri*), elle pourra s'appliquer lorsque les parties en auront ainsi décidé ou lorsque le tribunal arbitral décidera de s'y référer. Elle pourra également jouer un rôle supplétif lorsque le droit procédural désigné par les parties, loi ou règlement d'arbitrage, se révélera incomplet ou lorsque le tribunal arbitral désirera obtenir le soutien des tribunaux judiciaires nationaux. Quoiqu'il en soit, la loi d'arbitrage du siège devra surtout être prise en considération par le tribunal arbitral pour des raisons d'efficacité de la sentence³⁹³. En effet, les recours en annulation sont habituellement exercés devant les tribunaux judiciaires du lieu où s'est déroulé l'arbitrage. Les règles d'ordre public ne peuvent donc être ignorées³⁹⁴. Mentionnons toutefois que la plupart des lois d'arbitrage, comme Berger le reconnaît lui-même, restent silencieuses sur la question de l'adaptation du contrat par l'arbitre. La Loi-type de la CNUDCI, modèle qui a inspiré plusieurs réformes législatives en matière d'arbitrage, n'aborde pas la question. Un projet d'article sur l'adaptation et le comblement des lacunes dans les contrats avait été proposé et examiné par le Groupe de travail sur la Loi-type, mais n'a pas été retenu³⁹⁵. À notre

³⁹² E. GAILLARD et J. SAVAGE, *op. cit.*, note 250, p. 635.

³⁹³ *Id.*, p. 645. En effet, une sentence qui n'est pas susceptible d'exécution est inefficace et donc inutile. Voir également : Günther J. HORVATH, « The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award », (2001) 18 *Journal of International Arbitration* 135. L'auteur fait la liste de certains éléments à considérer pour rendre une sentence efficace : A. Rendre une sentence dans la forme requise. B. Suivre la bonne procédure. C. S'assurer de la justesse de la sentence quant au fond. Même s'il ne s'agit généralement pas d'un motif de révision, certains droits reconnaissent la possibilité aux tribunaux d'intervenir lorsqu'il y a erreur de droit manifeste. D. Respecter les règles impératives du siège de l'arbitrage. Dans quelle mesure? La réponse à cette question demeure controversée. E. Respecter les règles impératives du lieu probable d'exécution de la sentence. Cette question est controversée, sans véritable fondement théorique, mais elle comporte des aspects pratiques indéniables.

³⁹⁴ Sur la prise en considération de l'ordre public et des règles impératives du lieu où se déroule l'arbitrage peuvent également s'avérer pertinents : « In fact, the arbitrator must always take into account the risk that these mandatory rules are considered to be international public policy rules in the country where the arbitration takes place and, if this is the case, respect them so as to avoid the ever-possible action for setting aside the award. » Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, note 249, 256.

³⁹⁵ Pour les détails concernant ce projet d'article, voir les documents suivants : Note du secrétariat : Loi type sur l'arbitrage commercial international ; autres éléments éventuels et

avis, il ne faut pas en conclure, comme le font certains auteurs³⁹⁶, que, faute de disposition sur la question, l'arbitre n'a pas le pouvoir d'adapter le contrat. Les rédacteurs de la Loi-type n'ont tout simplement pas jugé bon d'inclure une telle disposition parce qu'elle ne relevait pas uniquement de la procédure³⁹⁷. Berger en fait d'ailleurs mention³⁹⁸. À défaut pour les parties de choisir le droit applicable à la procédure arbitrale, les lois d'arbitrage modernes laissent une grande liberté au tribunal arbitral en matière de procédure et ne délimitent pas avec précision ses pouvoirs³⁹⁹. L'article 944.1 du Code de procédure constitue un bon exemple de ce que l'on retrouve dans la législation récente : « Sous réserve des dispositions du présent titre, les arbitres procèdent à l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent. Ils ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence, y compris celui de nommer un expert. » Certaines législations sont plus détaillées sans pour autant limiter la possibilité de procéder à l'adaptation du contrat.⁴⁰⁰ Dans l'ensemble, les lois d'arbitrage et les

projets d'articles, (A/CN.9/WG.II/WP.41), par. 1 à 11, et Loi type sur l'arbitrage commercial international : projets d'articles révisés A à G relatifs à l'adaptation et au complètement des contrats, au commencement de la procédure arbitrale, au contenu minimum de la requête et de la réponse, à la langue de la procédure arbitrale, à l'assistance judiciaire pour l'obtention de preuves, à la clôture de la procédure arbitrale et au délai durant lequel la sentence arbitrale peut être exécutée ; note au secrétariat, (A/CN.9/WG.II/WP.44), par. 1 à 32. Le projet d'article ne visait que les cas où l'adaptation aurait constitué un objectif indépendant dans le cadre de la procédure et non les cas où, à l'occasion d'un différend juridique afférent à un contrat, une partie aurait soulevé une exception à propos du différend ou fait une demande de réparation ou de recours contre l'autre partie en se fondant sur une évolution des circonstances qui l'aurait placée dans une situation particulièrement difficile. Voir les par. 8 et 9 du dernier document cité.

³⁹⁶ S. JARVIN, *loc. cit.*, note 384, 159.

³⁹⁷ Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa sixième Session, [A/CN.9/245], Décisions et délibérations sous la rubrique « Examen des projets d'articles révisés A à G d'une loi-type sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.44) », paragraphe 21.

³⁹⁸ K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 18, 7.

³⁹⁹ Voir les articles 33, 34 et 38 du *Arbitration Act* anglais, l'article 1494 du *Nouveau Code de procédure civile français* (N.C.P.C.), les articles 1693 et 1694 du *Code judiciaire belge* et l'article 182 de la *Loi fédérale suisse sur le droit international privé* (LDIP), les articles 1036 et 1039 du *Code de procédure civile néerlandais*. Plusieurs dispositions précisent que la liberté de l'arbitre en matière de procédure est conditionnelle au droit des parties d'être entendues et d'être traitées également. L'article 19 de la Loi-type de la CNUDCI se lit comme suit : « (1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral. (2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite. » Voir également l'article 15 (1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 15(1) du Règlement de la CCI.

⁴⁰⁰ Ainsi, le *Arbitration Act* anglais se distingue par le fait que son article 48, dans la section de la loi qui porte sur la sentence, énonce les pouvoirs du tribunal arbitral quant aux remèdes qu'il peut octroyer. « (1) The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies. (2) Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal has the following powers. (3) The tribunal may make a declaration as to any matter to be determined in

règlements se limitent à énoncer les conditions de forme et de procédure que doit respecter la sentence arbitrale en plus de tracer les grandes lignes du processus arbitral. Les lois d'arbitrage suédoise et néerlandaise sur lesquelles Berger fondait en partie son raisonnement évoquent la question du comblement des lacunes et de l'adaptation des contrats dans la section de la loi qui porte sur la convention d'arbitrage⁴⁰¹. Elles ne font que préciser que de telles questions peuvent être soumises à l'arbitrage, sans pour autant limiter l'énoncé général sur la soumission des différends à l'arbitrage. Aucune disposition de ces lois ne traite des pouvoirs des arbitres quant à la solution sur le fond du différend. Finalement, quelques remarques sur le droit substantif du lieu du siège auquel Berger suggère de se référer. Nous pensons qu'il n'est pertinent que s'il a été choisi comme droit applicable au fond du différend (*lex causae*). Et même alors, étant donné nos remarques sur le rapport qu'entretient l'arbitre du commerce international avec le droit national, il n'est pas dit qu'il ne pourra pas être appliqué différemment ou tout simplement écarté compte tenu du contexte international de l'affaire.

Quel que soit le droit applicable à la procédure arbitrale, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un règlement d'arbitrage, et quelle que soit la place qu'y occupe la *lex arbitri*, nous ne pensons pas qu'une autorisation procédurale expresse soit nécessaire pour permettre à l'arbitre de procéder à certaines adaptations lorsque le contexte l'exige. À

the proceedings. (4) The tribunal may order the payment of a sum of money, in any currency. (5) The tribunal has the same powers as the court – (a) to order a party to do or refrain from doing anything ; (b) to order specific performances of a contract (other than a contract relating to land) ; (c) to order the rectification, setting aside or cancellation of a deed or other document. » Le pouvoir de combler les lacunes ou d'adapter le contrat n'est pas énuméré, mais la disposition n'est pas limitative

⁴⁰¹ Section 1 de la *Loi d'arbitrage suédoise* (SFS 1999 : 116) : « Disputes concerning matters in respect of which the parties may reach a settlement may, by agreement, be referred to one or several arbitrators for resolution. Such an agreement may relate to future disputes pertaining to a legal relationship specified in the agreement. The dispute may concern the existence of a particular fact. [Paragraphe] In addition to interpreting agreements, the filling of gaps in contracts can also be referred to arbitrators. [Paragraphe] Arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties. » Article 1020 du *Code de procédure civile des Pays-Bas*, Livre 4 : Arbitrage : (1) Parties may agree to submit to arbitration disputes which have arisen or may arise between them out of a defined legal relationship, whether contractual or not. (4) Parties may also agree to submit the following matters to arbitration : (c) the filling of gaps in, or modification of, the legal relationship between the parties referred to in paragraph (1). Voir également le paragraphe 2 de l'article 1 de la *Loi bulgare sur l'arbitrage commercial international* : « International commercial arbitration shall resolve civil property disputes resulting from international trade relations as well as disputes for filling gaps in contracts or their adaptation to newly established facts when the domicile or seat of at least one of the parties is not in the Republic of Bulgaria. »

notre avis, le pouvoir de procéder à l'adaptation du contrat pour cause de *hardship* n'existe qu'à travers le devoir du tribunal arbitral de solutionner le différend qui oppose les parties. La question de l'adaptation devrait donc être analysée non pas comme une question de procédure, mais comme une question intéressant le fond du différend. Le pouvoir d'adapter le contrat dans une certaine mesure, lorsque cette solution est appropriée, est inhérent à la mission confiée par les parties au tribunal arbitral pour la résolution du différend qui les oppose⁴⁰². Cette idée a d'ailleurs déjà été formulée par Fouchard dans un article sur l'adaptation des contrats à la conjoncture économique :

« Ce pouvoir modérateur de l'arbitre, cette fonction d'adaptation du contrat aux changements de circonstances économiques, tout arbitre - et pas seulement l'amiable compositeur - est en mesure de les exercer avec une assez grande liberté : il doit certes s'expliquer sur cette adaptation, et lui donner des motifs pertinents ; mais le juge étatique n'aura pas à en apprécier le bien-fondé. On sait en effet qu'il n'a pas, sauf dans le cas exceptionnel d'un appel-réformation, le pouvoir de réviser au fond la sentence arbitrale. »⁴⁰³

En fait, l'adaptation du contrat pour cause de *hardship* dérange à cause du rôle plus actif que le tribunal arbitral peut être amené à jouer dans l'éventualité où il conclut à l'existence d'un tel événement. Cette solution choque l'esprit ultra-libéral de non-intervention. Cependant, si nous envisageons la question sous l'angle du contrat relationnel, la résiliation, solution largement acceptée en droit contractuel, nous apparaît tout aussi attentatoire à la volonté des parties de contracter. Si l'adaptation du contrat pour cause de *hardship* constitue la solution appropriée dans le contexte d'une affaire en particulier, l'arbitre devrait la privilégier.

Sous-section 3 : La convention d'arbitrage

À notre avis, seule la convention d'arbitrage devrait être consultée pour déterminer le cadre d'intervention de l'arbitre lorsqu'il est question d'adaptation du contrat pour cause de *hardship*. Elle seule posera des limites véritables aux solutions que l'arbitre peut donner aux différends qui lui sont soumis. Si la clause est rédigée en termes larges et généraux et vise l'ensemble des différends issus du contrat et de la relation contractuelle en général, l'arbitre du commerce international aura compétence

⁴⁰² Cette idée a d'ailleurs été avancée dans un article sur l'arbitrage Aminoil : Fritz Alexander MANN, « The Aminoil Arbitration », (1983) 54 British Yearbook of International Law 221.

⁴⁰³ P. FOUCHARD, loc. cit., note 8, 82.

pour adapter le contrat lorsque cette solution est la plus appropriée. L'objectif du tribunal arbitral est de résoudre le litige. La façon d'y parvenir n'est pas si importante. La plupart des clauses standards ne sont pas limitatives. La clause modèle d'arbitrage de la CCI se lit ainsi : « Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement. »⁴⁰⁴ Le libellé de la clause compromissoire proposé par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI n'est pas tellement différent : « Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur. »⁴⁰⁵ À notre avis, le *hardship* est une question qui peut être soulevée dans le cadre d'une telle clause. Généralement, la problématique du *hardship* sera soulevée à l'occasion d'un différend sur l'exécution⁴⁰⁶. Selon Fouchard, Gaillard et Goldman, « [u]ne clause compromissoire bien rédigée est suffisamment large pour englober tous les différends susceptibles de s'élever entre les parties à propos du contrat de fond pour lequel on entend recourir à l'arbitrage. Telle est l'ambition des clauses-type des principaux règlements d'arbitrage. »⁴⁰⁷ Pour déterminer le champ d'application d'une convention d'arbitrage, Jarvin pose deux questions : « (i) Does the formula used in the arbitration agreement cover the disputes? [...] (ii) Does a dispute exist? »⁴⁰⁸ Rappelons finalement que le tribunal arbitral qui procède à l'adaptation d'un contrat doit prendre garde de ne pas excéder la compétence que lui confère la convention d'arbitrage. À défaut, sa sentence pourrait être annulée. En effet, l'article V(1)c) de la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales* prévoit le motif d'annulation suivant :

⁴⁰⁴ Version anglaise et française de la clause modèle disponibles sur le site Internet de la Chambre de commerce internationale à l'adresse suivante (Site consulté le 10 août 2002) : www.iccwbo.org/court/english/arbitration/model_clause.asp. « ICC arbitration is possible only if there is an agreement between the parties providing for it. ICC recommends that all parties wishing to have recourse to ICC arbitration include the following standard clause in their contracts : « All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. »

⁴⁰⁵ Note 2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

⁴⁰⁶ Il pourra s'agir d'un retard dans l'exécution, d'une exécution partielle, d'une mauvaise exécution ou d'une exécution de substitution qui ne satisfait pas le cocontractant.

⁴⁰⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 315.

⁴⁰⁸ S. JARVIN, *loc. cit.*, note 384, 143-144.

« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : c) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; »

Il doit donc faire preuve de prudence en évaluant l'ensemble des circonstances propres à une affaire pour s'assurer que son intervention n'est pas contredite par d'autres éléments pertinents.

Bien sûr, il serait préférable que les parties prévoient elles-mêmes le genre d'ajustements qu'elles seraient susceptibles d'autoriser. Cependant, l'absence d'autorisation expresse dans la convention d'arbitrage ou la clause compromissoire ne nous semble pas être un obstacle à l'adaptation du contrat par l'arbitre si cette solution est celle qui convient le mieux à la résolution du différend. À titre d'exemple, citons l'affaire n° 5754 telle que rapportée par Lord Wilberforce, président du tribunal arbitral :

« The arbitration clause (Clause 20) is, with small and irrelevant additions, in the form of a standard clause leading to arbitration under the ICC. But that does not mean that it has to receive a standard, or restrictive interpretation. The clause must always be interpreted as part of, and in the light of, the particular contract in which it appears. Here it is used in a long-term contract, with a number of provisions which may require adjustment over the period of that contract. If the conclusion is that the parties contemplated arbitration with a view to their adjustment, and if the language itself of clause 20 is general or wide enough to enable clause 20 to apply to such adjustment, as it certainly is ("all disputes arising in connection with this Contract"), then this clause should be so interpreted even though in other contexts it might be given a narrower scope. »⁴⁰⁹

Donc, si la clause d'arbitrage est suffisamment large et que le contrat en est un qui se prête à l'adaptation, notamment parce qu'il s'agit d'un contrat à long terme et que ses

⁴⁰⁹ Sentence rendue en 1988 sous les auspices de la CCI dans l'affaire non publiée n° 5754, rapportée par W. Laurence CRAIG, William W. PARK, Jan PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration, 2 éd., New York, Oceana Publications ; Paris, ICC Publishing, 1990, p. 112.

clauses peuvent aisément être ajustées, l'arbitre pourrait intervenir en cas de nécessité. En l'espèce, compte tenu du but et de la portée du contrat ainsi que du fait que de nombreuses dispositions avaient été laissées ouvertes, on a décidé d'interpréter largement la clause d'arbitrage standard de la CCI. Il est intéressant de rapporter ici certaines observations de la délégation allemande dans le Groupe de travail sur la Loi type de la CNUDCI. Dans le cadre de la discussion sur l'inclusion dans la Loi type d'une disposition sur l'adaptation du contrat à une situation nouvelle, la délégation a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la possibilité pour les arbitres de procéder à l'adaptation ou à la modification du contrat soit exprimée de façon explicite⁴¹⁰. Elle pouvait être déduite de l'objectif général de la convention d'arbitrage. La délégation a cependant ajouté qu'un tel arbitrage ne devait pas être imposé aux parties si elles n'en voulaient pas. Nous sommes également d'avis que le tribunal arbitral ne devrait pas procéder à l'adaptation du contrat si les parties ont clairement et valablement exprimé dans la convention d'arbitrage ou dans le contrat leur refus soit de faire évoluer le contrat, soit de soumettre un tel différend à l'arbitrage : « Il arrive que les parties spécifient expressément qu'elles n'entendent pas soumettre tel ou tel type de questions à l'arbitrage ou, plus fréquemment, qu'elles organisent des modes concurrents de règlements des litiges concernant différents aspects de leurs relations. »⁴¹¹ Cependant, en l'absence de positionnement clair sur cette question, le tribunal arbitral devrait évaluer les documents contractuels et l'ensemble des circonstances afin de déterminer quelle solution permettrait de résoudre le plus efficacement possible le différend.

⁴¹⁰ « La délégation de la République fédérale d'Allemagne avait préconisé qu'on ne fasse pas figurer une telle disposition [sur l'adaptation à une situation nouvelle ou l'amendement du contrat] dans la Loi type et elle maintenait ce point de vue. Son opposition à l'inclusion d'une disposition concernant cette question dans la Loi type était motivée non pas tant par le fait que l'adaptation des contrats soulevait des questions de droit positif, mais plutôt par le fait que l'activité du tribunal arbitral portait principalement sur l'interprétation et l'exécution d'accords contractuels et de dispositions juridiques. Conférer à un tribunal le pouvoir de modifier et d'amender des contrats, comme aux tribunaux d'État de la République fédérale d'Allemagne, serait souvent le meilleur moyen de parvenir à concilier équitablement les intérêts des parties pour régler un différend. Toutefois, il ne semblait pas indiqué de faire figurer une disposition de ce genre dans la Loi type. Si les parties avaient prévu dans la convention d'arbitrage la possibilité d'apporter des modifications ou des amendements au contrat, le tribunal arbitral pouvait prendre les mesures appropriées. Il n'était pas nécessaire que cette possibilité fût exprimée de façon explicite mais elle pouvait être déduite de l'orientation et de l'objectif de la convention. Toutefois, si les parties ne voulaient pas d'un arbitrage de ce type, il ne devait pas leur être imposé. » Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général, [A/CN.9/263], paragraphe 15 sous « Observations concernant d'autres points ».

⁴¹¹ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. cit., note 17, p. 314.

L'objectif n'est pas de faire une interprétation systématiquement favorable à l'arbitrage⁴¹², ni d'interpréter de façon restrictive la convention d'arbitrage⁴¹³, mais plutôt de ne pas enfreindre l'intention réelle des parties. La convention d'arbitrage (ou clause compromissoire) devrait donc être interprétée comme tous les contrats et les arbitres devraient s'attarder à déterminer la véritable intention des parties⁴¹⁴. Lorsque les parties n'ont pas précisé quel type de litige peut être soumis à l'arbitrage et quels pouvoirs le tribunal arbitral est susceptible d'exercer, il est plus difficile de déterminer leur intention réelle sur ce point précis. Ce problème est propre à l'interprétation de tous les contrats. Il faudra donc étudier l'ensemble des circonstances afin de déterminer si l'adaptation du

⁴¹² Cette approche a été retenue par les tribunaux aux États-Unis. Voir *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, (1985) 473 U.S. 614. (Cour suprême des États-Unis.) Cette approche est déconseillée dans l'ouvrage suivant : E. GAILLARD et J. SAVAGE, *op. cit.*, note 250, pp. 262-263 : « Although it is true that arbitration is now a normal means of resolving disputes in international trade, and that arbitration agreements should therefore not be interpreted "restrictively" or "strictly", it remains perfectly legitimate to choose to have one's international disputes settled by the courts. » Selon ces auteurs, l'approche *in favorem validitatis* ne devrait pas être retenue pour déterminer si les parties ont voulu recourir à l'arbitrage et pour quels types de litige.

⁴¹³ « Par ailleurs, il est de principe constant que la validité de constitution d'un tribunal arbitral et ses pouvoirs dépendent entièrement de la volonté des parties, les clauses compromissoires étant d'interprétation stricte. Il en résulte que les arbitres sont conduits à limiter leur volonté d'intervention lorsque les parties ne leur ont pas donné les pouvoirs adéquats (clause expresse d'adaptation, clause d'amiable composition ou d'équité). » P. KAHN, *loc. cit.*, note 123, 21. Cette approche restrictive serait généralement rejetée en arbitrage international : « This view is not consistent with the fact that arbitration is now unanimously considered to be a normal means of settling international disputes. » E. GAILLARD et J. SAVAGE, *op. cit.*, note 250, p. 260. Au Québec, la validité de la clause compromissoire ne fut reconnue qu'en 1993 dans l'affaire *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529. Voir également : Louis MARQUIS, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 *R.D. McGill* 448.

⁴¹⁴ Marie-Hélène MALEVILLE, « Pratique arbitrale de l'interprétation des contrats commerciaux internationaux », (1999) *R.D.A.I.* 100. Voir également l'approche retenue par les auteurs dans l'ouvrage suivant : E. GAILLARD et J. SAVAGE, *op. cit.*, note 250, pp. 254-260. Les arbitres doivent donc recourir aux mêmes principes d'interprétation que lorsqu'ils interprètent un contrat ordinaire. Les auteurs mentionnent les principes suivants : l'interprétation de bonne foi, le principe de l'effet utile et le principe *contra proferentem*. Le principe de l'interprétation de bonne foi signifie, selon les auteurs, que la véritable intention des parties doit toujours prévaloir sur leur intention déclarée. Trois règles découlent de ce principe : l'intention des parties doit être examinée dans son contexte, l'attitude des parties après la signature du contrat jusqu'à la survenance du litige doit être prise en considération et l'entente doit être interprétée comme un tout. La méthode de l'intention réelle des parties semble être privilégiée par les arbitres du commerce international. Ainsi, dans l'affaire n° 7375 de la CCI, pour déterminer si la clause compromissoire du contrat n° 1 était applicable aux contrats nos 2 à 9, le tribunal a recherché l'intention réelle des parties. Le tribunal précise que la clause compromissoire doit recevoir une interprétation large. Le fardeau de la preuve reposait cependant sur les épaules de la partie qui voulait étendre l'application de la clause à tous les contrats. Le tribunal a examiné tous ses arguments, mais a conclu que la clause ne valait que pour le premier contrat. Sentence rendue le 5 juin 1996 à Zurich (Suisse) dans l'affaire n° 7375, (1997) 3 *Rev. dr. Unif.* 599. Voir également la version intégrale de la sentence publiée dans le *Mealey's International Arbitration Report* vol. 11, no. 12.

contrat n'est pas incompatible avec l'intention générale des parties, la nature et l'objet du contrat. Le contexte du contrat pourra fournir des indices sur l'intention des parties : « La commune intention des contractants peut également résulter de l'examen de l'environnement de la convention, c'est-à-dire des documents antérieurs, concomitants ou postérieurs à sa conclusion. »⁴¹⁵ Dans la mesure où la convention d'arbitrage se résume généralement à une clause dans le contrat principal, il s'agira en fait d'examiner le contexte qui a présidé à l'élaboration de ce contrat. L'interprétation téléologique pourra également être d'une certaine utilité⁴¹⁶.

Sur la recherche de l'intention véritable des parties, la sentence rendue dans l'affaire n° 7544 apporte un éclairage intéressant. Dans cette affaire, un entrepreneur en construction avait entamé une procédure en arbitrage suite à la résiliation du marché par le maître de l'ouvrage qui alléguait le défaut de respecter le calendrier des travaux définis par l'un des avenants au contrat. Le demandeur réclamait le paiement de la différence entre le prix des travaux effectués et celui payé par le maître de l'ouvrage et soutenait que le marché en cause ne pouvait être considéré à forfait au sens de l'article 1793 du Code civil français, droit applicable au fond du litige. Les parties se sont opposées sur la nature de l'intervention du tribunal. Cette décision rend d'ailleurs compte d'une certaine évolution de la notion d'arbitrage⁴¹⁷. Le tribunal avait

⁴¹⁵ M.-H. MALEVILLE, *loc. cit.*, note 414, 103.

⁴¹⁶ *Id.*, 108 : « Cette règle est empreinte de réalisme, en particulier pour ce type d'accord dont les enjeux économiques commandent de sauvegarder la finalité. Malheureusement, elle est assez peu employée par les arbitres. »

⁴¹⁷ Sentence arbitrale partielle rendue en 1995 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7544, *J.D.I.* 4, 1999.1062. Selon la défenderesse (maître de l'ouvrage), le mécanisme contractuel prévoyait un ajustement du prix sur la base d'un accord entre parties et, à défaut d'un tel accord, le prix doit être fixé provisoirement par la défenderesse et définitivement par le tribunal arbitral. Selon la défenderesse, la tâche du tribunal n'est pas de nature juridictionnelle, mais contractuelle au sens de l'article 1592 du Code civil français. Les arbitres seraient des mandataires communs des parties. La partie demanderesse (entrepreneur) est d'avis que la mission des arbitres était juridictionnelle. « Il est clair selon [l'expert de la demanderesse] que [la défenderesse] avait contractuellement le pouvoir de fixer unilatéralement le prix des travaux additionnels, sous réserve d'une révision par les arbitres, ce qui ne veut pas dire que les arbitres aient le pouvoir de déterminer le prix en tant qu'experts au sens de l'article 1692 du Code civil. » (p. 1063) Commentaire : « Dès lors, les arbitres n'étant pas chargés d'évaluer en tant qu'experts le prix juste, celui-ci restait indéterminé et non déterminable, avec pour conséquence que le contrat ne pouvait plus être qualifié de marché à forfait. » (p. 1065) Le tribunal arbitral, pour sa part, exprime ainsi ce qu'elle considère être le cœur du différend entre les parties : « Le désaccord essentiel entre les parties porte apparemment sur les conséquences entraînées par l'inclusion dans un contrat à prix forfaitaire de la possibilité d'effectuer une grande variété de changements, ainsi que d'une procédure contractuelle pouvant déboucher sur des accords

accepté d'intervenir pour réévaluer le prix des travaux exécutés postérieurement à un avenant intervenu entre les parties dans lequel la demanderesse avait apparemment renoncé à la réévaluation des travaux résultant de toutes les instructions du maître de l'ouvrage et/ou de ses mandataires jusqu'à la signature de l'avenant. Le contrat conclu par les parties n'était pas un marché à forfait :

« Les parties ne se sont pas mises d'accord sur le prix de ces travaux additionnels, pas plus que sur un mécanisme qui permettrait de considérer le prix comme objectivement déterminable. Dès lors, aucun des documents contractuels ne peut être qualifié de marché à forfait en droit français. »⁴¹⁸

Se référant à une décision de la Cour de cassation, le tribunal arbitral a rappelé que les termes employés par les parties n'étaient pas décisifs dans la qualification de la procédure de résolution des litiges et que, pour déterminer s'il s'agissait d'un arbitrage ou d'une expertise, il fallait rechercher l'intention des parties selon qu'elles avaient voulu conférer au tiers la fonction de trancher les différends ou celle de fixer un élément du contrat. En l'espèce, les arbitres ont recherché l'intention des parties telle que reflétée dans les dispositions contractuelles et ont conclu que leur intervention n'avait été envisagée qu'à travers la clause de règlement des différends et non au niveau des dispositions relatives au paiement des travaux supplémentaires. Lorsque le tribunal arbitral s'est prononcé en faveur de la nature juridictionnelle de son intervention, il a insisté sur le fait l'arbitre pouvait être appelé à combler les lacunes d'un contrat ou à en adapter les dispositions⁴¹⁹. Selon son expression, « le recours à l'arbitrage comme moyen de remplir les lacunes du contrat est un élément important dans le contexte des relations commerciales à long terme, lorsque des situations qui n'étaient pas prévues par le contrat surgissent pendant l'exécution de celui-ci, et ne peuvent être résolues par l'accord des parties [...] »⁴²⁰. Le texte de la clause compromissoire était assez général pour permettre une intervention du tribunal de cette nature. En effet, il prévoyait le recours à un tribunal arbitral « pour tout différend découlant du contrat, y compris les changements à celui-ci ». De plus, le tribunal n'intervenait pas pour combler une lacune initiale ou pour déterminer un élément essentiel à la formation du contrat, mais pour

subséquents pour chacun de ces changements, mais sans [...] aucun mécanisme indépendant pour évaluer ces changements. » (p. 1064)

⁴¹⁸ Id., 1064.

⁴¹⁹ Id., 1065. (Commentaires.)

⁴²⁰ Id., 1065.

fixer le prix de travaux additionnels entrepris en cours d'exécution. Cette affaire est intéressante parce qu'il n'y avait pas de clause autorisant expressément les arbitres à intervenir pour réévaluer le prix fixé par le maître de l'ouvrage pour les travaux supplémentaires. Le mécanisme contractuel sur le paiement des travaux supplémentaires ne prévoyait pas l'intervention des arbitres. Cependant, la clause d'arbitrage était suffisamment large pour inclure l'intervention des arbitres à ce titre.

SECTION 3 : Les solutions pratiques à une problématique de *hardship*

Sous-section 1 : Les critères d'identification du *hardship*

Sur la question des solutions à apporter à une problématique de *hardship*, deux points méritent d'être soulignés à titre préliminaire. Tout d'abord, il est impératif que la partie affectée par le *hardship* invoque le changement de circonstances et qu'elle demande expressément au tribunal arbitral l'adaptation du contrat ou toute autre mesure qu'elle estime appropriée. À défaut, le tribunal arbitral ne pourra pas juger au-delà de ce qui lui a été demandé par les parties (*ultra petita*). Ensuite, la partie qui se plaint d'une situation de *hardship* doit en faire la preuve. Il s'agit là d'un aspect primordial de la question. À défaut de preuve claire, détaillée et non équivoque, il n'y aura pas de remède possible. L'affaire n° 2546 met en relief l'importance de fournir une telle preuve. Le vendeur invoquait la force majeure et alternativement la *frustration* au motif que la livraison de quantités additionnelles à son client au prix fixé dans le contrat l'obligerait à vendre son produit au tiers de son coût de production. L'arbitre unique devait trancher le litige sur la base du droit anglais. Bien qu'il ne fût pas question dans cette affaire de *hardship*, mais de *frustration*, le principe reste le même. Le tribunal arbitral a rejeté l'argument du vendeur. Le tribunal exprime ainsi ses motifs :

« I also rejected the Respondants' submission that the contract was frustrated because the cost to them of performing it had considerably increased. No doubt it is possible that a contract may be frustrated through becoming more costly to perform ; nor can it be said in my opinion that, as a matter of law, an increase in cost of 300 per cent for example would frustrate a contract but one of 200 per cent would not. My reasons for rejecting this submission were first, that there is little room for the doctrine of frustration to operate when a contract already has an elaborate force majeure clause; and secondly, that the Respondents' evidence in this area was so lacking in detail that I was quite unable to

conclude that any fundamental hypothesis of the contract was no longer fulfilled. »⁴²¹

Notons que le tribunal prend soin de mentionner que la question de la *frustration* du contrat en est une qui s'apprécie à la lumière des faits et qui ne peut être fondée sur des chiffres préétablis.

Évidemment, pour faire la preuve de l'existence d'un *hardship*, encore faut-il connaître les critères qui permettent de parvenir à une telle conclusion. Pour ce faire, les Principes d'UNIDROIT et Principes du droit européen des contrats pourront nous être utiles puisque nous sommes dans un contexte international et que ces principes ont précisément été élaborés dans cette perspective⁴²². Mentionnons que les Principes d'UNIDROIT n'ont aucune force obligatoire. Le Conseil de direction d'UNIDROIT a d'ailleurs insisté sur le fait que l'acceptation des Principes d'UNIDROIT dépendrait de leur pouvoir de persuasion : « By producing the Principles, UNIDROIT intends to set down a type of *ratio scripta* of a supranational commercial legal order that aspires to be applied not by means of its binding legal force (*ratione imperii*) but due to its rational persuasiveness (*imperio rationis*). »⁴²³ Il en est de même pour les Principes du droit européen des contrats⁴²⁴. Les deux instruments énoncent leur propre champ d'application⁴²⁵. Tant dans les Principes d'UNIDROIT que dans les Principes européens, on distingue trois parties à la section sur le *hardship*, soit le respect du contrat, les critères et les solutions. Avant tout, les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens prennent bien soin d'énoncer l'obligation pour les parties de

⁴²¹ Cette sentence rendue sous les auspices de la CCI n'a pas été publiée. Elle est citée par W. MELIS, *loc. cit.*, note 8, 217-218.

⁴²² Principes relatifs aux contrats du commerce international, précités, note 27. Les Principes de droit européen des contrats, 1999, Commission sur le droit européen des contrats.

⁴²³ K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 166, 951.

⁴²⁴ Ole LANDO, « Principles of European Contract Law. A first step towards a European Civil code? », (1997) 2 R.D.A.I., 189, 200.

⁴²⁵ Dans le Préambule des Principes d'UNIDROIT sont énoncés les cas d'application les plus importants de l'instrument. Ainsi, ils peuvent s'appliquer lorsque les parties y soumettent leur contrat, lorsque les parties ont désigné ou accepté que leur contrat soit régi par les « principes généraux du droit », la « *lex mercatoria* » ou une autre formule similaire. On peut y avoir recours lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable ou pour interpréter ou compléter d'autres instruments du droit international uniforme. Les législateurs nationaux et internationaux peuvent également s'en inspirer. Ce dernier aspect n'est pas mentionné dans les Principes du droit européen des contrats dont le champ d'application est très similaire à celui des Principes d'UNIDROIT. Ils mentionnent cependant que les Principes européens peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont choisi aucun système ou règles de droit pour régir leur contrat. (Article 1.101)

remplir leurs obligations même si l'exécution en est devenue plus onéreuse⁴²⁶. À titre d'exception à ce principe général sont ensuite définis les critères du *hardship* (changement de circonstances dans les Principes européens). L'article 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT se lit comme suit :

« Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »

L'article 6 : 111 (2) des Principes européens prévoit ce qui suit :

« Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances (a) qui est survenu après la conclusion du contrat, (b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat, (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat. »

Avant d'examiner brièvement chacun des critères, il nous apparaît pertinent d'évoquer une autre définition qui résume bien les critères du *hardship* (ou imprévision) :

« La révision pour imprévision serait donc accordée en raison d'un événement extérieur, imprévu, et qui viendrait perturber l'économie du contrat dans une proportion telle que l'exécution exigerait du débiteur des sacrifices d'une importance qui ne pouvait être ni prévue ni voulue lors de la conclusion du contrat. »⁴²⁷

Le *hardship* n'est donc pas un événement ordinaire.

⁴²⁶ Article 6 :111 (1) des Principes européens : Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Article 6.2.1 des Principes d'UNIDROIT : Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au *hardship*.

⁴²⁷ Office de révision du Code civil, Comité du droit des obligations, « Les quatre attitudes fondamentales face au problème de la révision contractuelle pour imprévision », par Michel Clos, septembre 1971, B/C/48. Document disponible aux Archives nationales du Québec, centre de Québec. L'auteur utilise le terme « imprévu », mais en fait, il se réfère au caractère imprévisible de l'événement pour un débiteur prudent et avisé.

Tout d'abord, un commentaire sur la chronologie des événements. Nous sommes d'avis que le changement de circonstances doit s'être produit après la conclusion du contrat. Par conséquent, le moment de la connaissance de ces événements par la partie lésée n'est pas pertinent. Il est nécessairement subséquent à la conclusion du contrat. Nous préférons la formulation des Principes européens à cet égard. Si les événements qui bouleversent l'économie générale du contrat existaient lors de la conclusion du contrat, alors le problème se situe à un tout autre niveau. Ainsi, l'une des parties n'a pas usé de la diligence requise pour s'informer ou n'a pas rempli ses devoirs d'information à l'égard de sa cocontractante et il s'agit alors d'un problème de consentement. Le deuxième critère, celui du caractère imprévisible des événements, est rédigé de façon très similaire dans les deux instruments. Il ne doit pas avoir été raisonnablement possible de prendre ces événements en considération lors de la conclusion du contrat. Nous insistons sur la présence de l'adverbe « raisonnablement ». Pour donner effet au principe du *hardship*, il est impératif de ne pas interpréter avec une trop grande rigueur ce critère⁴²⁸. Les parties ne doivent pas être en mesure de prédire la nature précise du changement, son étendue et le moment où il surviendra⁴²⁹, mais elles ne sont cependant pas s'en savoir qu'un changement des circonstances peut se produire et elles sont à même d'imaginer plusieurs scénarios. Le caractère imprévisible des événements doit être analysé à la lumière du contexte qui a précédé à la conclusion du contrat. Parfois, les développements subséquents permettront de prédire aisément la suite des événements, mais ce n'était pas nécessairement le cas lorsque les parties ont contracté leurs obligations. Existe-t-il une nuance entre ce qui est imprévu et ce qui est imprévisible? En fait, la nuance est subtile et réside peut-être dans l'infime supplément d'objectivité que contient le mot « imprévisible »⁴³⁰. À notre avis, les événements perturbateurs doivent être

⁴²⁸ Plusieurs auteurs ont fait ce commentaire. Voir notamment : K.M. SHARMA, *loc. cit.*, note 135, 151 ; U. DRAETTA et R. LAKE, *op. cit.*, note 28, p. 193 ; J. BÉDARD, *loc. cit.*, note 29, 781.

⁴²⁹ Sur l'état d'esprit des parties qui préside à la conclusion d'un contrat qui comporte une clause de *hardship* : « Le fait même que l'on stipule une clause de *hardship* implique évidemment que les parties sont conscientes de la possibilité d'un bouleversement futur des circonstances. Mais elles ne sont pas en mesure d'en prévoir ni la nature, ni la portée, ni le moment. » M. FONTAINE, *op. cit.*, note 10, p. 257. Voir également : Rapport du Groupe de travail sur les clauses de *hardship* présidé et préparé par Marcel FONTAINE, (1976) Tome 2, n° 1 D.P.C.I. 51-88.

⁴³⁰ Selon le Petit Robert, est imprévisible ce qui ne peut être prévu et est imprévu ce qui n'a pas été prévu, qui arrive lorsqu'on ne s'y attend pas.

objectivement imprévisibles pour le contractant raisonnable et averti⁴³¹. L'improbabilité de l'événement explique parfois son caractère inattendu. Dans les deux instruments, on précise que les risques ne doivent pas avoir été expressément assumés dans le contrat par la partie lésée. En effet, si le risque que l'on s'est engagé à supporter se produit, il serait contraire à l'esprit du contrat de chercher à y échapper, sauf si le risque en question est tout à fait hors de proportion avec ce qu'on avait imaginé. Les Principes européens n'abordent pas distinctement la question de l'extériorité des événements perturbateurs. Nous croyons que cet élément mérite d'être relevé, même s'il est possible de considérer qu'il est sous-jacent au caractère imprévisible des événements. Si la partie lésée exerce un contrôle sur les événements, il est plus difficile pour elle, pour ne pas dire impossible, de les invoquer à son profit. L'objectif même d'un principe comme le *hardship* est alors éludé.

Quant à l'effet général que doit produire le *hardship* sur la partie lésée, il est difficilement quantifiable. Les Principes d'UNIDROIT utilisent les termes « altération fondamentale de l'équilibre ». Dans les commentaires qui accompagnent les Principes d'UNIDROIT, on précise que la question de savoir si une altération est ou non « fondamentale » dépend des circonstances. On y suggère cependant que si les obligations sont quantifiables en termes monétaires, une altération égale à 50% ou plus du coût de la valeur de l'obligation constituera probablement une altération fondamentale. Dans les Principes européens, il est question « d'exécution devenue onéreuse à l'excès »⁴³². On fait parfois référence à un changement de circonstances « substantiel »⁴³³. De tels critères sont imprécis, mais cette imprécision nous apparaît inévitable puisque chaque cas est un cas d'espèce. Tenter d'identifier un pourcentage précis qui servirait de barème est inutile puisque ce sont les circonstances qu'il importe d'analyser. Dans l'affaire n° 3952, le tribunal arbitral a estimé qu'une augmentation

⁴³¹ On se réfère ici à un contractant qui aurait les compétences et les connaissances ordinaires d'une personne qui œuvre habituellement dans le secteur d'activités qui fait l'objet du contrat.

⁴³² La version anglaise des Principes européens nous apparaît mieux rédigée : « If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that : (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. » The Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission of European Contract Law, 1999 text in English.

⁴³³ Marcel FONTAINE, op. cit., note 10, p. 264. H. VAN HOUTTE, loc. cit., note 7, 117.

équivalente au tiers du prix du marché n'était pas suffisante pour qu'il y ait *hardship* et que le vendeur soit dispensé de faire la livraison⁴³⁴. Il était cependant question d'exonération complète. Dans ces circonstances, le rejet de la demande par le tribunal arbitral s'explique plus facilement. Il est également possible que le changement fondamental de circonstances ne se traduise pas en termes de chiffres, mais qu'il se rapporte plutôt à un élément qualitatif. Par exemple, un changement dans la législation environnementale pourrait affecter le type de production envisagé et forcer les parties à remettre en question leur projet initial. Les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens adoptent des critères d'évaluation objectifs puisqu'ils se rapportent essentiellement à l'équilibre des prestations réciproques sans se référer à des notions d'équité ou à la situation personnelle des parties. On peut cependant se demander si certains critères subjectifs pourraient être retenus pour déterminer si une partie est véritablement en situation de *hardship*⁴³⁵.

Dans l'affaire n° 2508⁴³⁶, la partie Y estimait que l'évolution des circonstances économiques extérieures au contrat s'opposait à son exécution sans adaptation. Les arbitres évoquèrent la possibilité de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application du droit suisse à un contexte international. Le tribunal a cependant conclu que la partie lésée n'avait pas apporté une preuve suffisante du *hardship* :

« On pourrait peut-être appliquer cette règle de manière plus souple à des contrats internationaux. Quoi qu'il en soit, la charge de la preuve incombait à Y... qui ne l'a pas rapportée. En effet, il ne suffisait pas d'invoquer d'une manière générale l'augmentation des prix du pétrole et de ses dérivés. Il eut fallu exposer de manière détaillée quelles étaient les sources d'approvisionnement et quelles auraient été les conséquences graves, pour Y... de l'exécution du contrat. Le Tribunal Arbitral a expressément attiré l'attention de Y... sur ce point. Y... a préféré ne pas donner de précisions à ce sujet, pour des raisons certes compréhensibles, tenant notamment au secret des affaires. L'argumentation de Y... doit donc être rejetée, faute de preuves. Au surplus, Y... a admis que ce contrat ne représentait qu'une faible partie de son chiffre d'affaires ; par conséquent il est invraisemblable que

⁴³⁴ Cette sentence rendue sous les auspices de la CCI en 1982 n'a pas été publiée. Elle est citée par W. MELIS, *loc. cit.*, note 8, 221.

⁴³⁵ Dans les clauses de *hardship* que l'on retrouve dans les contrats internationaux, les critères subjectifs font appel à des notions d'équité, de justice et de loyauté. On retrouve ces critères dans les clauses de renégociation qui leur sont associées. Voir M. FONTAINE, *op. cit.*, note 10, pp. 268-271.

⁴³⁶ Sentence arbitrale n° 2508, précitée, note 83.

l'exécution du contrat, aux prix convenus, aurait provoqué pour cette entreprise des difficultés insupportables. »

Le tribunal évoque un critère d'évaluation un peu plus subjectif en exigeant que Y présente la preuve des conséquences graves de la modification des circonstances sur son entreprise⁴³⁷. Le commentateur de la sentence souligne d'ailleurs les difficultés liées à la divulgation des conséquences de l'exécution du contrat par la partie qui invoque les circonstances nouvelles. Le fait de donner à la partie adverse des informations sur sa situation commerciale et financière pourrait placer l'entreprise dans une situation de vulnérabilité inquiétante. Le tribunal effleure d'ailleurs le problème en mentionnant le secret des affaires et en affirmant qu'il comprend les réticences de l'entreprise à cet égard, mais choisit tout de même de rejeter l'argument de la partie lésée. Le tribunal était probablement d'avis que les circonstances de l'affaire ne justifiaient pas une intervention de sa part⁴³⁸. À notre avis, une entreprise n'a pas à prouver qu'elle s'expose à des difficultés financières importantes ou qu'elle risque la faillite pour qu'il soit possible de conclure à l'existence d'un *hardship*. La preuve devrait porter essentiellement sur les conséquences du *hardship* sur le contrat et son exécution. Il devrait donc y avoir une altération fondamentale de l'équilibre des prestations. Cependant, pour décider de cette question, il pourrait être tenu compte de certaines caractéristiques « objectives » des parties. En effet, les conséquences du *hardship* peuvent varier selon la taille de l'entreprise, son expérience, la diversification de ses activités, la conjoncture économique dans son secteur d'activités. Il s'agirait, en fait, d'appliquer un critère objectif « modifié ». Ainsi, ne seraient pas pris en considération le fait que la partie lésée a fait de mauvaises prévisions, a mal géré ses

⁴³⁷ Les conditions d'application du principe de la révision pour imprévision en droit suisse sont assez sévères. « The change in circumstances has to be substantial, striking and excessive ; it should be apparent to any unbiased third party that the contractual performances are completely unbalanced. Moreover it is not sufficient that the contract performance should lead to the ruination of the seller in question – since his subjective situation cannot affect contractual obligations ; only factors which would be objectively affect any seller are relevant. Furthermore, the buyer should intend to exploit the inequity between his payment and the seller's performance. Finally, the seller has to be in distress or unfamiliar with the type of transaction. » Mentionnons finalement que, le risque ne doit pas avoir été pris en charge par l'une des parties au contrat, le changement ne doit pas être attribuable à la faute de la partie lésée et ne doit pas être prévisible ou avoir été envisagé par les parties. Conditions d'application résumées dans l'arbitrage ad hoc du 9 septembre 1983 publié dans (1987) 12 *YCA* 63, 66-67. H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 7, 113-114.

⁴³⁸ D'ailleurs, le tribunal souligne le fait que Y avait précédemment refusé la proposition de X d'accepter une modification du contrat comportant une augmentation des prix de 25%. Le tribunal a donc conclu qu'il ne saurait être question d'abus de droit. Le tribunal rappelle implicitement l'importance de négocier de bonne foi pour adapter le contrat.

affaires, n'a pas pris les précautions raisonnables dans les circonstances, etc. On pourrait cependant ajouter que, dans certaines circonstances, des informations plus subjectives, mais pertinentes et raisonnables, pourraient influencer le tribunal arbitral dans sa décision.

Sous-section 2 : Les solutions

À partir du moment où le tribunal arbitral conclut à l'existence d'un *hardship*, quelle solution faut-il privilégier pour remédier à ce déséquilibre? À notre avis, il n'existe pas de réponse unique à cette question. Avant même de faire intervenir le tribunal arbitral, les parties doivent traverser une étape intermédiaire. D'abord, la partie lésée doit informer sa cocontractante de la situation dans laquelle elle est plongée. Ensuite, un dialogue devrait s'installer entre les parties pour tenter de trouver un arrangement. Le paragraphe 2 de l'article 6 :111 des Principes européens impose aux parties le devoir d'entamer des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin. Le paragraphe 1 de l'article 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT prévoit que « la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations ». Bien que le terme « peut » soit employé, il semble que la partie lésée soit, d'une certaine façon, tenue de faire une telle demande. Il serait en effet un peu précipité de recourir immédiatement à l'arbitrage sans même avoir informé la partie adverse de la problématique et sans avoir tenté de négocier un arrangement. De notre point de vue, cette étape préliminaire est un passage obligé⁴³⁹. Le tribunal arbitral pourrait décider de renvoyer les parties à la négociation si ces dernières ont négligé cette étape ou si l'une d'elles a refusé de coopérer. À défaut de coopérer de bonne foi, le tribunal arbitral pourrait octroyer des dommages-intérêts punitifs⁴⁴⁰. Un tribunal arbitral a déjà conclu que le devoir de renégocier devait parfois mener à la révision afin de minimiser les dommages :

« La sentence C.C.I. n° 2478 va beaucoup plus loin en estimant que cette renégociation doit, exceptionnellement, déboucher sur une

⁴³⁹ B. OPPETIT, loc. cit., note 8, 805 : « En général, les clauses de « hardship » prévoient que la partie qui estime réunies les conditions de la réadaptation doit aviser son co-contractant de la survenance de l'événement à l'origine du changement allégué ainsi que de la rigueur subie et des moyens proposés pour y remédier ; l'autre partie doit alors faire connaître sa position dans un bref délai. »

⁴⁴⁰ Filali OSMAN, Les principes généraux de la Lex Mercatoria : Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 162-165. « Aussi, sans être contraintes de réadapter leur convention, les parties sont tenues de renégocier de bonne foi. Il s'agit là d'une obligation de moyens dont la violation est juridiquement sanctionnée. » (p. 162).

révision, et ce, quelque déraisonnable que puisse être l'offre de révision faite par le débiteur dès lors qu'elle permet « *de diminuer l'étendue du dommage, quitte à recourir ensuite à l'arbitrage en requérant le maintien du prix contractuel.* »⁴⁴¹

Il est précisé au paragraphe 1 des Principes d'UNIDROIT que la demande doit être faite « sans retard indu » et qu'elle doit être accompagnée de motifs. Selon les commentaires, le retard ou l'absence de motifs pourrait avoir des conséquences sur l'existence réelle du *hardship*. Les commentaires insistent également sur l'importance pour les parties se prêter aux négociations de bonne foi et dans un esprit de collaboration⁴⁴² :

« Ainsi la partie lésée doit-elle honnêtement croire qu'il y a réellement situation de *hardship* et ne pas demander l'ouverture de renégociations par pure manœuvre tactique. De façon analogue, lorsque la demande a été faite, les deux parties doivent conduire les négociations de façon positive, notamment en s'abstenant de toute forme d'obstruction et en donnant toutes les informations nécessaires. »⁴⁴³

À notre avis, le défaut pour les parties de se conformer à ces devoirs devrait emporter des conséquences pécuniaires, tant pour l'une que pour l'autre. Au paragraphe 2 de l'article 6.2.3, il est prévu que la demande d'ouverture des renégociations ne suspend pas automatiquement l'exécution des obligations, elle n'y donne pas droit en elle-même. Cet aspect nous paraît important et il est dommage qu'il ne soit pas abordé dans les Principes européens. Les commentaires expliquent que seules des

⁴⁴¹ Id., p. 164. Sentence rendue en 1974 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2478, J.D.I., 4, 1975.925. Il était question d'une demande de dommages-intérêts introduite par une société française à l'encontre d'une société roumaine ayant fait défaut de livrer une certaine quantité de carburant en raison d'une modification des prix du pétrole. La société roumaine invoque deux arguments pour justifier son refus de livrer le carburant. Elle s'appuie notamment sur une clause du contrat et elle invoque la force majeure. Le tribunal estime qu'il y avait effectivement force majeure, mais le défaut de la société roumaine d'en aviser sans délai la partie adverse, tel que l'exigeaient les dispositions du contrat, lui a fait perdre la possibilité de s'en prévaloir. Pour le calcul des dommages-intérêts dus à la société française, le tribunal se réfère aux principes généraux du droit et conclut que la société française aurait dû accepter l'offre de la société roumaine de lui fournir le carburant à un prix nettement inférieur aux prix pratiqués sur le marché mondial. Même si la société française n'était pas d'accord avec cette augmentation, elle aurait dû l'accepter afin de minimiser ses dommages, quitte à recourir à l'arbitrage par la suite pour exiger le maintien du prix contractuel.

⁴⁴² Principes relatifs aux contrats du commerce international, précités, note 27, pp. 159-160. « Bien que le présent article ne le rappelle pas explicitement, la demande d'ouverture de négociations par la partie lésée et le comportement des deux parties au cours du processus de renégociation sont soumis au principe général de la bonne foi (article 1.7) et au devoir de collaboration (article 5.3). »

⁴⁴³ Id., p. 160.

circonstances extraordinaires pourraient justifier la suspension de l'exécution des obligations. En fait, cette question sera appréciée par le tribunal arbitral dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à un accord. À notre avis, la partie qui estime qu'elle s'exposerait à des conséquences désastreuses en exécutant ses obligations telles que prévues au contrat pourrait en suspendre l'exécution. Cette décision ne devrait cependant pas être prise à la légère puisque le tribunal pourrait y attacher des pénalités.

Examinons maintenant les solutions proprement dites. Le paragraphe 3 de l'article 6 :111 des Principes européens et les paragraphes 3 et 4 de l'article 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT énoncent les possibilités qui s'offrent au tribunal arbitral dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à s'entendre et ou, bien sûr, il conclut à l'existence d'un *hardship*⁴⁴⁴. Ainsi, le tribunal arbitral pourra mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il jugera bon de fixer ou il pourra procéder à l'adaptation du contrat « en vue de rétablir l'équilibre des prestations », pour reprendre l'expression employée dans les Principes d'UNIDROIT, ou « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits (*losses and gains*) qui résultent du changement de circonstances » selon les termes utilisés par les rédacteurs des Principes européens. Nous préférons l'expression retenue par les Principes d'UNIDROIT qui reflète davantage la philosophie du *hardship*. La notion de « pertes et profits » nous semble inappropriée. Les Principes d'UNIDROIT prennent soin de préciser que le tribunal ne pourra mettre fin au contrat ou l'adapter que s'il estime cette solution raisonnable. Les commentaires viennent clarifier cette idée que nous approuvons entièrement : « Les circonstances peuvent être telles que ni la résolution ni l'adaptation ne sont opportunes et, en conséquence, la seule solution raisonnable pour le tribunal sera soit d'imposer aux parties de reprendre les négociations en vue de parvenir à un

⁴⁴⁴ Article 6 :111 (3) des Principes européens : « Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut : (a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou (b) l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances. Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. » Article 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT : « 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de *hardship* peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »

accord sur l'adaptation du contrat, soit de confirmer les clauses du contrat dans leur version existante. »⁴⁴⁵ L'objectif premier est donc de parvenir à une solution appropriée.

Quelques mots d'abord sur l'adaptation du contrat par le tribunal arbitral. Avant tout, il faut préciser qu'à notre avis, ce remède n'est pas la solution miracle. La décision du tribunal arbitral de procéder à l'adaptation du contrat devra être longuement sous-pesée. Tout dépendra de la complexité des changements à apporter, de l'importance du contrat et des sommes engagées, de la bonne volonté des parties et du degré d'expertise nécessaire pour apporter un tel changement. Berger soulignait d'ailleurs l'importance pour le tribunal arbitral qui entreprend une telle démarche d'atteindre un résultat sensé et rationnel⁴⁴⁶. Cet objectif ne peut être atteint si le tribunal arbitral n'a pas les compétences requises pour le faire⁴⁴⁷ : « There is, however, an obvious difference in the degree of competence required from an arbitrator called upon to settle a traditional dispute and one whose task is to reorganize the parties' contractual relationship in a manner 'that makes sense'. In the latter case, the arbitrator must be competent not only in the legal field but also in the economic, technical, financial, etc. »⁴⁴⁸ Cette complexité explique en partie la réticence des arbitres qui sont aux prises avec un problème de *hardship* à procéder à l'adaptation du contrat⁴⁴⁹. Bien sûr, le degré de complexité pourra varier en fonction des faits de chaque affaire et du type de contrat en jeu. Certains contrats ne se prêtent pas à la réadaptation. Draetta donne l'exemple de certaines structures de financement complexes où les prêteurs, un syndicat de banques en l'occurrence, ne s'engagent que si leur investissement est entièrement protégé⁴⁵⁰. Selon l'auteur, de telles structures se prêtent uniquement à une logique de répartition préalable des risques. Une intervention extérieure serait inacceptable. L'objet même de ces structures complexes étant d'obtenir du financement

⁴⁴⁵ Principes relatifs aux contrats du commerce international, précités, note 27, p. 161.

⁴⁴⁶ K. P. BERGER, loc. cit., note 18, 12.

⁴⁴⁷ « L'arbitrage est gouverné par une règle d'or : « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ». Comme pour toute règle d'or, l'origine en est inconnue. Si la première trace écrite se situe, d'après nos investigations, dans un article de René David, elle était déjà présentée comme un « slogan répété à l'envi dans tous les milieux ». La formule a été si souvent reprise qu'elle est devenue le seul véritable adage de l'arbitrage. » T. CLAY, op. cit., note 356, p.10.

⁴⁴⁸ K. P. BERGER, loc. cit., note 18, 12.

⁴⁴⁹ Id., 14 : « The complexity of the revision of gap-filling process makes international arbitrators, outside the realm of mere price determinations, reluctant to restructure the contractual relationship between the parties. »

⁴⁵⁰ Ugo DRAETTA, « Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux », (2002) R.D.A.I. 347, 353-355.

qui ne pourrait être obtenu autrement, la protection blindée offerte aux investisseurs est inhérente au contrat lui-même. D'ailleurs les prêts de façon générale excluent par leur objet même l'adaptation pour cause de *hardship*. La logique des projets de financement n'est cependant pas sous-jacente à la plupart des contrats conclus entre commerçants pour la fourniture de marchandises ou de services par exemple. Lorsqu'il estime que la réadaptation du contrat est inappropriée, le tribunal arbitral devra se contenter de faire pression sur les parties pour qu'elles parviennent à une solution. Il se peut également que, dans certains contrats, comme les nouveaux contrats FIDIC, les risques aient déjà été répartis entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur⁴⁵¹. Il faudra alors déterminer si le *hardship* excède les prévisions normales sous-jacentes à la répartition des risques⁴⁵². Sur l'adaptation, les commentaires signalent que celle-ci « [...] ne reflétera pas nécessairement la totalité de la perte entraînée par le changement de circonstances, car le tribunal devra par exemple prendre en considération dans quelle mesure une partie a pris un risque et dans quelle mesure la partie bénéficiaire de la prestation peut encore en bénéficier. »⁴⁵³ Notons finalement que l'adaptation du contrat pour cause de *hardship* ne suppose en aucune façon le transfert intégral au cocontractant du fardeau supporté par la partie lésée⁴⁵⁴. Les deux parties sont

⁴⁵¹ *Id.*, 351-352.

⁴⁵² Voir H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 7, 119 : « The decision on whether or not performance has become so onerous that relief should be granted depends on the risks assumed by each of the parties. In this context arbitrators sometimes distinguish between speculative and non-speculative contracts. »

⁴⁵³ Voir les Commentaires des Principes d'UNIDROIT, précités, note 27.

⁴⁵⁴ Certains auteurs semblent pourtant le penser : « Enfin, il est permis de douter du caractère vraiment équitable de cette théorie si l'on considère qu'en définitive elle fait assumer par l'une des parties le malheur qui s'est abattu sur l'autre, alors que la première est irréprochable ; ainsi peut-on rapprocher cette question de la théorie des risques, lesquels sont en principe assumés par le débiteur et non par le créancier. » J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 37, p. 433. Voir également la sentence arbitrale *ad hoc* rendue le 6 juillet 1983 en Yougoslavie, (1984) 9 *Y.C.A.* 69. Dans cette affaire, le tribunal a conclu que le principe *rebus sic stantibus* n'était pas applicable en l'espèce parce que la pénurie de pétrole et l'augmentation des prix du marché étaient prévisibles puisque la guerre avait déjà été déclarée lors de la conclusion du contrat. Le tribunal a ajouté qu'il serait injuste de faire subir à l'entreprise yougoslave toutes les conséquences des développements survenus sur le marché du pétrole. Le tribunal a estimé que tel aurait été le cas dans les circonstances puisque l'entreprise yougoslave ne pouvait transporter autre chose que du pétrole avec ses installations. Selon le tribunal, le sens d'une clause *rebus sic stantibus* n'est certainement pas de faire subir à une seule partie tous les effets du changement de circonstances. Le Tribunal arbitral a semblé prendre pour acquis que l'application de la clause *rebus sic stantibus* mènerait automatiquement à la résiliation du contrat sans indemnité.

irréprochables par hypothèse. Si le tribunal arbitral décide de procéder à l'adaptation du contrat, il devra effectuer un partage équitable des inconvénients⁴⁵⁵.

En toutes circonstances, le tribunal arbitral devra donc évaluer sa propre capacité à mener à terme une entreprise d'adaptation du contrat. L'expérience et les connaissances de l'arbitre seront des facteurs qui devront être pris en considération par les parties lorsqu'elles auront à effectuer leur choix. Pour pallier à certaines des difficultés liées à l'adaptation d'un contrat aux circonstances nouvelles provoquées par un *hardship*, le tribunal arbitral pourra demander aux parties de faire des représentations sur l'adaptation. Naturellement, le tribunal arbitral devra préalablement en être arrivé à la conclusion qu'il y avait effectivement *hardship*. À défaut pour une partie de présenter une proposition raisonnable, le tribunal arbitral pourrait, à l'égard des parties les plus récalcitrantes, imposer des dommages-intérêts punitifs. Dans les cas qu'il juge trop complexes, le tribunal arbitral pourrait refuser d'adapter le contrat, renvoyer les parties à la négociation et, en définitive, imposer des sanctions à la partie qui refuse de coopérer⁴⁵⁶. Il reconnaîtrait ainsi l'existence du *hardship*, mais ne serait pas forcé de procéder au réaménagement d'un schéma contractuel complexe, tâche qu'il aurait par hypothèse estimé au-delà de ses capacités. Les arbitres seront peut-être moins réticents à reconnaître l'existence d'un *hardship* si un tel constat n'implique pas automatiquement l'adaptation du contrat. Ce pouvoir des arbitres de sanctionner le manque de coopération des parties est déjà reconnu en jurisprudence⁴⁵⁷. Dans

⁴⁵⁵ Ainsi la jurisprudence suisse prévoit que le fardeau ne peut être transféré complètement du débiteur au créancier. L'intervention du tribunal ne devrait pas mener à des résultats inacceptables pour le créancier. Voir à cet égard : H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 7, 114. Sentence arbitrale ad hoc du 9 septembre 1983, (1987) 12 *Y.C.A.* 63, 66-67 et sentence arbitrale rendue en 1986 à Vienne sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 4145, (1987) 12 *Y.C.A.* 97, 109.

⁴⁵⁶ « Un autre aménagement des arbitres, longuement développé par Piero Bernardini, a été d'introduire dans les contrats et notamment dans les contrats de longue durée, un devoir de coopération qui oblige les parties à discuter en cas de difficulté. En cas d'échec et à défaut de clause, les arbitres n'adapteront pas le contrat mais ils tiendront compte dans l'établissement des responsabilités de la façon dont le devoir de coopération a été accompli. Et ce devoir pèse sur les parties non seulement en cas de difficulté d'exécution mais sur toute la vie du contrat et peut se trouver formalisé dans les principes concrets tels l'obligation d'informer dans les limites qui ont été définies dans plusieurs sentences ou l'obligation de minimiser les pertes. » P. KAHN, *loc. cit.*, note 7, 242.

⁴⁵⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 17, p. 843 : « En revanche, la jurisprudence arbitrale tend à admettre que dans les contrats à long terme, les parties ont une obligation de renégocier de bonne foi. » J. PAULSSON, *loc. cit.*, note 76, 85 : « Si une partie peut, en dernière analyse, insister sur ses droits contractuels, il serait déconseillé de refuser même de discuter avec un co-contractant victime d'un changement substantiel de circonstances.

certaines circonstances, l'adaptation du contrat pourrait se limiter à une interprétation constructive de certains termes du contrat⁴⁵⁸. Il est faux de prétendre que toute adaptation contractuelle implique nécessairement un réaménagement complexe des relations entre les parties. Il s'agira de faire une analyse circonstancielle de chaque affaire. Dans cette optique, un auteur propose une liste de questions qui pourront être posées pour faire la balance des intérêts entre les parties⁴⁵⁹ : Quelle était la répartition des risques dans le contrat? Quels risques ont été assumés (explicitement ou implicitement)? Était-ce un contrat spéculatif ou non? Qu'arrivera-t-il si les obligations sont exécutées telles que prévues initialement? Est-ce que le changement de circonstances affecte les deux parties ou l'une d'elles seulement? Le poids des circonstances a-t-il toujours été défavorable à la même partie ou y a-t-il eu un changement? Est-ce la partie lésée est à l'origine des changements défavorables? Est-ce que l'autre partie peut, en toute bonne foi, exiger l'exécution des obligations telles que prévues initialement? Notons que certains institutions arbitrales assurent une forme de contrôle sur les décisions rendues par les arbitres. À titre d'exemple, la Cour d'arbitrage de la CCI peut prescrire des modifications de forme et appeler l'attention du tribunal arbitral sur certains points intéressant le fond du litige⁴⁶⁰. Ce contrôle interne est susceptible de contribuer à l'amélioration de la qualité des décisions. Les décisions plus complexes nécessitent souvent davantage de soutien et de recherche. Les ressources étant plus grandes dans ce genre d'organisation, les parties sont plus susceptibles de l'obtenir.

Mentionnons finalement que la reconnaissance de l'adaptation du contrat comme solution possible au *hardship* pourrait éventuellement décourager les

Le refus de négocier de bonne foi a été sanctionné par les arbitres C.C.I. » Tallon formule ainsi le devoir de renégocier de bonne foi : « It is certainly against good faith to insist on strict performance of a contract which, through unforeseen circumstances, ruins on party and confers to the other an unfair enrichment. » D. TALLON, *loc. cit.*, note 199, 112. Même quand le contrat est spéculatif et que les parties ont réparti certains risques, la bonne foi empêche une partie d'exiger l'exécution du contrat telle que prévue à l'origine lorsqu'une telle exigence serait abusive à la lumière d'un changement de circonstances. Voir à cet égard : H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 7, 105.

⁴⁵⁸ Berger souligne la difficulté qu'il y a parfois à faire la distinction entre le comblement des lacunes, l'adaptation et l'interprétation des contrats. Il souligne qu'en droit allemand, le tribunal doit d'abord épuiser les remèdes que confère l'interprétation constructive avant de procéder à l'adaptation du contrat. K. P. BERGER, *loc. cit.*, note 18, 6-7.

⁴⁵⁹ H. VAN HOUTTE, *loc. cit.*, note 7, 120-121.

⁴⁶⁰ Article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCI.

comportements opportunistes⁴⁶¹. L'existence même de la possibilité pourrait inciter les parties à faire des compromis réciproques et à trouver des solutions mutuellement satisfaisantes. Il faut éviter que les opérateurs du commerce international ne se laissent tenter par l'appât du gain au détriment de leur vis-à-vis contractuel en difficulté : « The adjustment doctrine also effectively curtails opportunistic behavior by disallowing windfall gains and losses. »⁴⁶² De plus, devant l'impossibilité de définir avec précision les causes ou les événements qui pourraient prêter à renégociation, les parties peuvent préférer s'abstenir d'inclure une clause de *hardship* de crainte d'assujettir leur contrat à une trop grande incertitude. En effet, dans des perspectives stables, les parties n'ont probablement pas voulu courir le risque d'avoir des problèmes avec un cocontractant opportuniste sur l'interprétation de la clause. Cette crainte est réelle chez les opérateurs du commerce. Dans le *Guide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la rédaction des contrats internationaux de construction d'ouvrages industriels*, on craint notamment que le cocontractant ne se serve du *hardship* comme subterfuge pour interrompre l'exécution de ses obligations contractuelles⁴⁶³. L'existence d'un principe mis en application par les tribunaux arbitraux réglerait cette problématique.

Les Principes d'UNIDROIT et les Principes européens prévoient une autre solution possible à une problématique de *hardship*, la résolution ou résiliation du contrat. À notre avis, cette solution ne devrait être envisagée qu'en dernier recours et uniquement si la relation contractuelle entre les parties n'est plus fonctionnelle. Nous préconisons ici une logique de maintien du lien contractuel. Mettre fin au contrat ne doit pas venir ajouter aux problèmes des parties. Il est en effet parfois plus difficile de mettre fin à un contrat que de procéder à une légère adaptation. La résiliation du contrat peut être une solution adéquate lorsque le contrat conclu entre les parties est

⁴⁶¹ « Also, unless there is a rule of law imposing adjustment for changed circumstances, individuals, left to their own devices, may not always be willing to consent to contract modification. It is true that the relational elements of trust and interdependency characteristic of LTICTs may motivate voluntary private adjustment. However, because of human nature, and despite all of the above-mentioned relational elements, sacrificing a windfall gain will always be difficult. » N. NASSAR, *op. cit.*, note 71, p.220.

⁴⁶² N. NASSAR, *op. cit.*, note 71, p. 219.

⁴⁶³ Voir le document suivant : [UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works](http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/lgconstr-e.htm), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Chapter XXII : Hardship clauses. Disponible sur le site de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à l'adresse Internet suivante (site consulté le 09 juillet 2002) : www.uncitral.org/english/texts/procurem/lgconstr-e.htm.

susceptible d'être divisé en plusieurs petits contrats. Certaines relations contractuelles sont plus difficiles à scinder car il peut s'écouler une longue période de temps avant que l'autre partie ne soit appelée à remplir sa contre-prestation. Quoiqu'il en soit, la décision de mettre fin à un contrat ne devrait pas être prise à la légère car, tout comme la modification des obligations des parties, la résolution ou la résiliation constitue une atteinte au contrat. La résolution ou la résiliation potentielle du contrat pourrait servir d'épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête de l'autre partie et ainsi l'inciter à offrir une modification raisonnable des conditions du contrat, un peu comme en droit italien⁴⁶⁴. Le tribunal arbitral se servirait donc de la résolution ou résiliation du contrat comme d'un levier pour amener les parties à conclure un arrangement. Certaines des clauses de *hardship* utilisées dans la pratique peuvent donner des exemples intéressants sur les modalités de résiliation du contrat. L'exemple suivant est tiré de l'ouvrage de Marcel Fontaine sur les contrats internationaux :

« À défaut d'accord des parties dans un délai de X jours à compter de la demande d'adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant un préavis de X jours à notifier par lettre recommandée. Pendant ce préavis, les fournitures se poursuivront sans modification des conditions contractuelles. »⁴⁶⁵

Le tribunal arbitral pourrait donc, selon les circonstances, accorder un délai avant de mettre fin au contrat afin que certaines prestations soient complétées. Bien sûr, le tribunal arbitral pourra assortir la résolution ou la résiliation du contrat de toutes les conditions qu'il jugera appropriées. Il pourrait ainsi imposer à l'une des parties le paiement d'une indemnité ou ordonner la restitution des prestations. Il pourrait également envisager la suspension du contrat pour une période de temps déterminée au terme de laquelle le contrat serait résolu ou résilié dans la mesure où la situation n'aurait pas évolué. Cependant, comme le précise Fontaine, « [l]e système est intéressant dans la mesure où les parties estiment économiquement concevable que l'exécution de leurs engagements réciproques puisse ainsi subir une interruption de

⁴⁶⁴ Article 1467 du *Code civil italien* : « Contract for mutual counterperformances. In contracts for continuous or periodic performance or for deferred performance, if extraordinary and unforeseeable events make the performance of one of the parties excessively onerous, the party who owes such performance can demand dissolution of the contract, with the effects set forth in article 1458. [Paragraphe] Dissolution cannot be demanded if the supervening onerousness is part of the normal risk of the contract. [Paragraphe] A party against whom dissolution is demanded can avoid it by offering to modify equitably the conditions of the contract. »

⁴⁶⁵ M. FONTAINE, *op. cit.*, note 10, p. 272.

plusieurs mois, dans l'attente d'une reprise ou d'une résiliation définitive.»⁴⁶⁶
L'imagination est donc la seule limite aux multiples arrangements que le tribunal arbitral peut concocter pour résoudre les problèmes qui lui sont soumis.

Sous-section 3 : La question du contrôle des sentences arbitrales

Sur le fond, la décision d'un tribunal arbitral de procéder à l'adaptation du contrat pourrait-elle être remise en question à l'étape de l'homologation de la sentence (reconnaissance et exécution) ou lors d'un recours en annulation, et ce, pour cause de contrariété à l'ordre public? Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, il faut rappeler que la tendance des législateurs nationaux est d'éliminer le contrôle judiciaire de l'opportunité de la sentence. Nous l'avons mentionné précédemment, plusieurs pays ont repris ou se sont inspirés de la Loi type de la CNUDCI. Parmi les motifs d'annulation ou de refus d'exécution d'une sentence arbitrale, la contrariété à l'ordre public est le seul véritable motif de contrôle sur le fond⁴⁶⁷. Ce commentaire vaut pour plusieurs législations dont la législation québécoise⁴⁶⁸. Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public est d'ailleurs prévu à l'article V(2)b) de la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales*. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence ne peuvent être refusées par l'autorité compétente d'un État contractant que pour les motifs énumérés à l'article V et la contrariété à l'ordre public constitue la seule véritable limite à l'absence de contrôle judiciaire sur le fond de la sentence⁴⁶⁹. De façon générale, l'ordre public procédural est déjà largement couvert par les autres motifs de refus d'exécution ou d'annulation. Quant à l'ordre public substantiel, compte tenu de l'autonomie accordée à l'arbitrage commercial international, les États s'entendent généralement pour limiter le contrôle de

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 273.

⁴⁶⁷ Voir les articles 34(2)b)ii) et 36(1)b)ii) de la Loi type de la CNUDCI.

⁴⁶⁸ L'article 946.2 du C.p.c. qui s'applique aux demandes d'homologation et aux recours en annulation et l'article 951.1 du C.p.c. qui trouve application en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères prévoient expressément que le tribunal ne peut examiner le fond du différend. La contrariété à l'ordre public est la seule exception à ce principe. En matière d'homologation ou d'annulation d'une sentence, l'article 946.5 du C.p.c. prévoit que le tribunal peut agir d'office et refuser l'homologation ou accorder l'annulation si la décision est contraire à l'ordre public. L'article 949 du C.p.c. précise également que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère ne doivent pas être contraires à l'ordre public.

⁴⁶⁹ Sous réserve de l'article I (3) de la Convention qui prévoit la possibilité pour un État contractant de n'appliquer la Convention qu'à la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant.

l'ordre public et, par conséquent, ils retiennent une acception restrictive de l'ordre public⁴⁷⁰. Au Québec comme en France, on fait une distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international dont le domaine est plus restreint⁴⁷¹. Le contrôle s'exerce donc à l'aune de la conception nationale de l'ordre public international. Les règles d'ordre public international se distinguent par leur essence particulière : « Toutes les dispositions d'ordre public interne ne sont pas automatiquement d'ordre public dans le domaine international. Seules celles qui présentent une importance primordiale, celles qui portent en elles un principe fondamental, font partie de l'ordre public international. »⁴⁷² De plus, les règles de l'ordre public international ont une certaine vocation à l'universalité : « L'ordre public du for sauvegarde des valeurs protégées par une large majorité d'états. »⁴⁷³ Il nous apparaît cependant inutile dans le cadre du présent travail de déterminer avec davantage de précision les contours de cet ordre

⁴⁷⁰ J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, p. 443 et, en particulier, p. 477 : « Un rapide tour d'horizon des jurisprudences nationales montre que l'exception formulée à l'article V) 2) b) a été interprétée de manière restrictive. » Le contrôle de la régularité de la sentence et de sa conformité apparente à l'ordre public exercé par le juge de l'*exequatur* est extrêmement sommaire, à la fois quantitativement et qualitativement. À cet égard, voir T. CLAY, *op. cit.*, note 356, pp. 99-100 : « Quantitativement d'abord : l'étude précitée a montré par exemple que, entre 1981 et 1992, le Président du Tribunal de grande instance de Paris n'a refusé que 4 *exequatur* sur 1711 demandes, auxquelles il faut ajouter deux ou trois ordonnances d'*exequatur* infirmées par la Cour d'appel de Paris pour les sentences rendues à l'étranger. Loin d'être une spécialité parisienne, ces proportions se retrouvent en province : les chiffres sont analogues tant sur le refus de délivrer une ordonnance d'*exequatur* que sur l'infirmité de l'ordonnance donnée (seulement deux cas connus entre 1981 et 1992). En droit comparé, les proportions apparaissent du même ordre. Toutefois, bien que ces quantités soient négligeables, on ne peut pas les ignorer. » « On en arrive donc à l'analyse qualitative : l'étude de toutes les sentences soumises au juge de l'*exequatur* depuis les réformes de 1980-1981 relève que, au-delà de textes eux-mêmes permissifs, le contrôle du juge sur la sentence est « très limité », qu'il se borne à l'examen « d'une régularité apparente », en dépit, selon la jurisprudence elle-même d'une régularité sérieusement contestable ». » Thomas Clay conclut donc à l'existence d'un *imperium de facto*. De plus, pression exercée par milieu professionnel.

⁴⁷¹ Au Québec, le *Code de procédure civile* ne précise pas qu'il s'agit de l'ordre public international, alors que l'article 3155 (1) al. 5 du C.c.Q. énonce clairement qu'il est question de l'ordre public « tel qu'entendu dans les relations internationales ». Voir l'affaire *A.K. c. H.S.K.*, Droit de la famille – 2054 (SOQUIJ), [1997] A.Q. No. 634, Cour supérieure du Québec, District de Montréal, Juge Bénard, confirmée en CA du Québec par les juges Michaud, Mailhot et Forget, [1998] A.Q. No. 1573. Cependant, étant donné le caractère libéral de la législation québécoise en matière d'arbitrage, il serait étonnant que le contrôle d'ordre public exercé sur les sentences arbitrales soit plus sévère que celui exercé sur les décisions étrangères. En France, on applique la conception française de l'ordre public international et non simplement l'ordre public interne. À cet égard, voir : J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, p. 483. La distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international n'est cependant pas universellement partagée ; cela ne signifie pas nécessairement que le contrôle exercé dans ces pays est plus serré. Pour plus de détails, voir : J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, p. 481.

⁴⁷² J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, p. 485.

⁴⁷³ *Id.*, p. 492.

public⁴⁷⁴. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, les législations sur l'arbitrage commercial international ignorent généralement la question de l'adaptation du contrat par l'arbitre. Par conséquent, s'il n'existe aucune règle à cet égard, il ne saurait être question d'ordre public. Certains droits nationaux, le droit algérien notamment, consacrent la théorie de l'imprévision et lui confèrent un caractère d'ordre public⁴⁷⁵. Il s'agit cependant d'un cas rare puisque la plupart des droits nationaux qui reconnaissent la révision pour imprévision n'en font pas une règle d'ordre public. Finalement, on pourrait également prétendre que le principe *pacta sunt servanda* constitue une règle d'ordre public selon la conception nationale de l'ordre public international ou selon l'ordre public véritablement international et ainsi faire échec à l'intervention de l'arbitre dans le contrat. Nous pensons que même si le principe *pacta sunt servanda* est élevé au rang des principes d'ordre public dans un État donné⁴⁷⁶, il n'en demeure pas moins qu'il doit exister une hiérarchie entre ces principes afin que la force obligatoire des contrats ne soit pas absolue. En effet, dans la plupart des systèmes juridiques, le principe de la force obligatoire des contrats est tempéré par une multitude de règles qui trouvent bien souvent leur fondement dans le principe de la bonne foi. Selon Racine, il existe une antinomie entre la force obligatoire du contrat et l'ordre public puisqu'une « [...] convention ne produit des effets obligatoires que si elle est conforme à l'ordre

⁴⁷⁴ Selon Jean-Baptiste Racine, qui examine les différentes positions sur les sources et le contenu de l'ordre public international, ce concept réunirait les principes fondamentaux protégés classiquement par l'ordre public d'éviction et les lois de police. (J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, pp. 488 à 518.) Sur la question de savoir si toutes les lois de police devraient faire l'objet d'un contrôle, il existe des divergences d'opinions : « Certes, les droits suisse et américain semblent exiger qu'une loi de police, ou son équivalent aux États-Unis, reflète un principe fondamental. » (J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, p. 509.) Racine est d'avis que la prise en considération de l'ordre public étranger et de l'ordre public véritablement international peut être utile pour déterminer le contenu de l'ordre public international du for. (J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, pp. 445 à 474.)

⁴⁷⁵ Ainsi, l'article 107 al. 3 du Code civil algérien prévoit : « Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle. » Disponible à l'adresse suivante : <http://membres.lycos.fr/lexalgeria/index.html>. (Le portail du droit algérien) Voir également Nour-Eddine TERKI, « L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien », *D.P.C.I.*, Juillet 1982, tome 8, n° 1, pp. 9-28.

⁴⁷⁶ La Suisse est donnée en exemple. J.-B. RACINE, *op. cit.*, note 81, pp. 377-378 : « Le droit suisse fait de la force obligatoire des conventions un principe composant l'ordre public au sens de l'article 190 LDIP. Ainsi, une sentence ne respectant pas l'ordre public pourrait être annulée en Suisse au nom de l'ordre public. »

public. »⁴⁷⁷ Il est donc d'avis que le principe de la force obligatoire des contrats ne peut pas être un principe de l'ordre public transnational⁴⁷⁸.

CONCLUSION

À la lumière de ces développements, nous pensons que le *hardship* est une voie qui devrait être davantage fréquentée par les arbitres du commerce international. Nous avons vu dans le premier chapitre que, sur le plan des idées, la réception éventuelle d'un concept comme le *hardship* en droit commercial international n'était pas purement théorique. La pratique contractuelle et les mentalités ont évolué et les valeurs qui occupent maintenant le haut du pavé en droit des contrats sont favorables à la survie évolutive du contrat lorsque les circonstances s'y prêtent. Dans le deuxième chapitre, nous nous sommes attachés à démontrer la place grandissante de l'arbitrage comme mode de résolution des différends du commerce international et le rôle particulier qu'est appelé à jouer l'arbitre du commerce international dans le mouvement d'harmonisation privé du droit. L'arbitre pourra donc à l'occasion s'écarter des solutions du droit national et faire, d'une certaine façon, des choix de « politique juridique ». Ajoutons que la logique d'adaptation et de préservation du lien contractuel répond à la volonté d'apaisement inhérente à l'arbitrage. Finalement, nous avons vu dans le troisième chapitre que l'adaptation du contrat n'était pas un acte exclu de la mission juridictionnelle de l'arbitre. Exception faite de l'ordre public applicable, seule la convention d'arbitrage peut véritablement limiter l'éventail des solutions que le tribunal arbitral peut aménager pour solutionner le différend entre les parties et, en ce qui concerne l'adaptation du contrat, elle devra le faire expressément. La décision de procéder à l'adaptation du contrat devra cependant être longuement sous-pesée. À cet égard, nous pensons que l'avantage de reconnaître le *hardship* comme principe, par opposition à sa forme contractuelle, réside dans l'analyse circonstancielle qu'il permet d'effectuer pour chaque cas particulier. Une clause de *hardship* ne possède pas un tel degré de flexibilité puisqu'elle est rédigée à l'avance. Toutefois, lorsque les parties ont

⁴⁷⁷ *Id.*, p. 378.

⁴⁷⁸ Voir également A. KASSIS, *op. cit.*, note 39, n° 765, p. 490 : « Mais d'oublier que cette règle, en formulant le principe de la force obligatoire du contrat, n'est pas autre chose que la consécration de la liberté contractuelle, elle ne peut donc être une limite à cette liberté. Elle n'est pas du droit impératif mais son contraire. »

inclu une telle clause dans leur contrat, le tribunal arbitral devra la respecter à moins qu'elle ne soit clairement abusive ou que son champ d'application ne soit restreint. L'adaptation du contrat pour cause de *hardship* est donc une solution qui devrait être privilégiée par les arbitres du commerce international parce qu'elle est favorable à la survie des contrats et permet d'éviter les abus. Il reste bien sûr du chemin à parcourir pour que le principe soit établi en droit commercial international, mais le pronostic est positif.

BIBLIOGRAPHIE

Législation et réglementation

Documents internationaux

Principes relatifs aux contrats du commerce international, UNIDROIT (Institut international pour l'unification du droit privé), Rome, 1994.

Les Principes de droit européen des contrats, 1999, disponible sur le site Internet de la Commission sur le droit européen des contrats à l'adresse suivante (site consulté le 18/03/2002) : http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/pecl_full_text.htm .

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, (adoptée le 21 juin 1985), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, le 10 juin 1958.

Règlement d'arbitrage de la CCI, (adopté le 1^{er} janvier 1998), disponible en plusieurs langues sur le site Internet de la Chambre de commerce internationale à l'adresse suivante : <http://www.iccwbo.org/court/english/rules/rules.asp> .

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 1977.

Instruments nationaux

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, livre VII.

International Commercial Arbitration Act (Alberta), R.S.A., c. I-6.6

International Commercial Arbitration Act (Ontario), R.S.O. 1990), c. I.9

Nouveau Code de procédure civile français (N.C.P.C.)

Arbitration Act 1996 (of England), 1996 Chapter 23

Code civil allemand (BGB)

Code civil italien

Code civil des Pays-Bas

Code des obligations suisse

Loi fédérale suisse sur le droit international privé (L.D.I.P.)

Loi bulgare sur l'arbitrage commercial international

Loi d'arbitrage suédoise

Jurisprudence

Cour d'arbitrage de la CCI

Sentence rendue en 1971 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 1512, J.D.I. 4, 1974.905.

Sentence rendue en 1972 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 1990, J.D.I. 4, 1974.897.

Sentence rendue en 1974 en Suisse sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2216, J.D.I. 4, 1975.917.

Sentence rendue en 1975 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2291, J.D.I. 4, 1976.989.

Sentence rendue en 1975 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2404, J.D.I. 4, 1976.995.

Sentence rendue en 1975 à Lausanne sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2438, J.D.I. 4, 1976.969.

Sentence rendue en 1976 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2508, J.D.I. 4, 1977.939.

Sentence rendue en 1977 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2694, J.D.I. 4, 1978.985.

Sentence rendue en 1976 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2708, J.D.I. 4, 1977. 943.

Sentence rendue en 1982 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 2730, J.D.I. 4, 1984.914.

Sentence rendue le 26 octobre 1979 à Vienne sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 3131 (*Pabalk Ticaret Limited Sirketi c. Ugilor S.A. / Norsolor*), Rev. arb. 1983. 525.

Sentence rendue en 1979 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 3267, J.D.I. 4, 1980.961.

Sentence rendue en 1981 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 3327, J.D.I. 4, 1982.971.

Sentence rendue en 1981 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 3344, J.D.I. 4, 1982.978.

Sentence rendue en 1982 à La Haye sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 3938, J.D.I. 4, 1984.926.

Sentence rendue en 1986 à Vienne sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 4145, (1987) 12 Y.C.A. 97.

Sentence rendue en 1987 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 4761, J.D.I. 4, 1987.1012.

Sentence rendue en 1989 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 4972, J.D.I. 4, 1989.1101.

Sentence rendue en 1986 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 5065, J.D.I. 4, 1987.1039.

Sentence CCI rendue en 1988 dans l'affaire n° 5346, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995, J.-J. Arnaldez, Yves Derains, D. Hascher (éd.), Paris, New York, The Hague, Boston, ICC Publishing/Kluwer Law International, 1997, p. 414.

Sentence CCI non publiée rendue en 1988 dans l'affaire n° 5754, rapportée dans W. Laurence CRAIG, William W. PARK, Jan PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration, 2 éd., New York, Oceana Publications, Paris, ICC Publishing, 1990, p. 112.

Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 5953 en 1989, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990, Jarvin/Derains/Arnaldez (dir.), Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 437.

Sentence rendue en 1989 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 5961, J.D.I. 4, 1997.1051.

Sentence rendue en 1989 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6281, J.D.I. 4, 1989.1114.

Sentence rendue en 1990 à Genève sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6503, J.D.I. 4, 1995.1022.

Sentences finales rendues en 1993 à Athènes sous les auspices de la CCI dans les affaires n° 6515 et n° 6516, (1999) 24 Y.C.A. 80.

Sentence finale rendue en 1993 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6653, Recueil de sentences arbitrales de la CCI (1991-95) 512.

Sentence rendue en 1993 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 6754, J.D.I. 4, 1995.1009.

Sentence partielle rendue en juin 1995 à La Haye sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7110, (1997) Rev. dr. unif. 813. Résumé disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 39-54.

Sentence finale de la CCI rendue dans l'affaire n° 7235 en 1995 à Zurich, Gaz. Pal., dimanche 29 avril au jeudi 3 mai 2001, p. 37.

Sentence rendue en 1994 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7331, J.D.I. 4, 1995.1001.

Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc, sentence finale CCI rendue dans l'affaire n° 7365 le 5 mai 1997 à Zurich sous les auspices de la CCI, (1999) Rev. dr. unif. 796 et 1015.

The Ministry of Defence and Support For Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corp., sentence sur des questions préliminaires rendue dans l'affaire n° 7374 le 5 juin 1996, à Zurich (1997) Rev. dr. unif. 599. Voir également la version intégrale de la sentence publiée dans le Mealey's International Arbitration Report vol. 11, n° 12.

Sentence arbitrale partielle rendue en 1995 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7544, J.D.I. 4, 1999.1062.

Sentence partielle de la CCI rendue dans l'affaire n° 7710 en 1995 à La Haye, J.D.I. 4, 2001.1147.

Sentence rendue en septembre 1999 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7819. Résumé disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 56-57.

Sentence rendue en 1999 à Bâle sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8128, (1997) Rev. dr. unif. 811. Résumé disponible sur le CD-ROM « Unilex Database », publié par le « Centre for Comparative and Foreign Law Studies » en 1999.

Sentence rendue en juillet 1995 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8240, (1999) 1 Rev. dr. unif. 169. Disponible également dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 60-62.

Sentence rendue le 27 septembre 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8261, (1999) Rev. dr. unif. 171.

Sentence rendue en avril 1997 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8264, (2000) Rev. dr. unif. 827.

Sentence rendue en 1995 à New York sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8385, J.D.I. 4, 1997.1061.

Sentence rendue en 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8365, J.D.I. 4, 1997.1078.

Sentence rendue en 1996 à Zurich sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8486, J.D.I. 4, 1998.1047. Voir aussi (1999) 24 Y.C.A. 162.

Sentence rendue en novembre 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8501, J.D.I. 4, 2001.1164. Également disponible sur la base de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 72-74. Selon les informations disponibles dans la banque de données, le numéro de la sentence est le 8502.

Sentence rendue le 4 septembre 1996 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8540. Résumé disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du White & Case International Dispute Resolution, Vol. 10, March 1997, 3.

Sentence rendue en juillet 1997 à Paris sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 8873, J.D.I. 4, 1998.1017.

Sentence rendue en mars 1998 à Rome sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9029, (1999) 10 ICC Bull., No. 2, 88.

Sentences finales rendues le 16 janvier 1998 à Paris sous les auspices de la CCI dans les affaires n° 9392 et n° 9426, (2001) XXVI Y.C.A. 13.

Sentence rendue en mai 1999 sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9753. Extrait disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse Internet suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 82-84.

Sentence partielle rendue en janvier 1999 à Bruxelles sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 9875. Résumé disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 95-97.

Sentence rendue en décembre 2000 à Barranquilla (Colombie) sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 10346. Résumé publié par la base de données UNILEX sur UNIDROIT disponible sur Internet à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du ICC Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, No. 2 (Fall 2001), 106-115.

Sentences arbitrales ad hoc

The Alsing Trading Company, Ltd., and the Swedish Match Company c. The Greek State (The Alsing Case), sentence ad hoc rendue en 1954, (1959) 8 The International and Comparative Law Quarterly 320.

Govt. of the State of Kuwait c. The American Independent Oil Company (AMINOIL), sentence ad hoc rendue le 24 mai 1982, (1984) 9 Y.C.A. 71.

Hungarian State enterprise c. Jugoslavenski naftovod, sentence arbitrale ad hoc rendue le 6 juillet 1983 en Yougoslavie, (1984) 9 Y.C.A. 69.

Sentence arbitrale ad hoc du 9 septembre 1983, (1987) 12 Y.C.A. 63.

Sentence arbitrale ad hoc rendue le 4 décembre 1996 à Rome. Disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info. Tiré du Il Diritto del commercio internazionale, 1999, 465-474, note de F.P. Traisci.

Himpurna California Energy Ltd. (Bermuda) c. Pt. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia), sentence arbitrale ad hoc de la CNUDCI rendue le 4 mai 1999 à Jakarta (Indonésie), (2000) 25 Y.C.A. 13.

Autres sentences

Sentence rendue le 20 septembre 1975 par le « Arbitration Court of the Japan Shipping Exchange », (1982) 8 Y.C.A. 153.

Questech, Inc. c. The Ministry of National Defence of the Islamic Republic of Iran, sentence rendue le 25 septembre 1985 par le « Iran-U.S. Claims Tribunal » dans l'affaire n° 59 (191-59-1), (1986) 11 Y.C.A. 283.

Sentence non publiée rendue en 1982 par la Cour d'arbitrage de Berlin, rapportée par Michael Joachim BONELL, « The Unidroit Principles in Practice : The Experience of the First Two Years », (1997) Rev. dr. unif. 34, 40.

Sentence rendue le 15 juin 1994 à Vienne par la « Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft » dans l'affaire n° SCH-4366, (1997) Rev. dr. unif., 180-181. Résumé disponible dans la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse suivante : www.unilex.info.

Décisions judiciaires

Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic, [1983] 1 R.C.S. 529.

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., (1985) 473 U.S. 614.

Société S.E.C.A.R. c. Société Shopping Décor, décision rendue par la Cour de cassation (3^e Chambre civile) le 9 octobre 1984, (1986) Rev. arb. 263.

Sport Maska Inc. c. Zittner, [1988] 1 R.C.S. 564.

Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc., décision rendue le 7 décembre 1998 par la United States District Court, S.D. California, (1999) Rev. dr. unif. 799 et 1019.

The United Mexican States c. Metalclad Corporation, [2001] B.C.J. No. 950 (B.C.S.C.).

Doctrine

Monographies

ADDA, J., La mondialisation de l'économie, coll. « Repères », 4^e éd., 2 tomes, Paris, La Découverte, 2001.

ANTAKI, N. N., Le règlement amiable des litiges, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 471 p.

BAUDOIN, J.-L., Les obligations, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 805 p.

BELLEY, J.-G., Le contrat entre droit, économie et société: étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 345 p.

BERGER, K. P., The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 376 p.

BERGER, K. P., The Practice of Transnational Law, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 228 p.

BONELL, M. J., An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Irvington (New York), Transnational Juris Publications, 1994, 394 p.

BOOYSEN, H., International Transactions and the International Law Merchant, Pretoria, Interlegal, 1995, 431 p.

CLAY, T., L'arbitre, Paris, Dalloz, 2001, 930 p.

CRAIG, W. L., W.W. PARK et J. PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, cahiers mis à jour.

- CRAIG, W. L., W.W. PARK, J. PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration, 2^e éd., Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1990, 699 p.
- CRÉPEAU, P.-A. et É. M. CHARPENTIER, Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?, Scarborough (Ontario), Carswell, 1998, 200 p.
- DAVID, R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Editions Economica, 1981, 613 pages.
- DAVID, R., Le droit du commerce international : réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé, Paris, Economica, 1987, 152 p.
- DRAETTA, U. et R. LAKE, Contrats internationaux : pathologie et remèdes, coll. « Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce International », Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1996, 212 p.
- FLOUR J. et J.-L. AUBERT, Les obligations : 1. L'acte juridique, 7^e éd., t. 1, Paris, Armand Colin, 1996.
- FONTAINE, M., Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses, Paris, Forum européen de la Communication, SARL, 1989, 365 p.
- FOUCHARD, P., E. GAILLARD et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, 1225 pages.
- GAILLARD, E. et J. SAVAGE (éd.), Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1999, 1280 p.
- GAUTRAIS, V., Le contrat électronique international : encadrement juridique, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 2002, 427 p.
- JAROSSON, C., La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J., 1987, 407 p.
- KASSIS, A., Théorie générale des usages du commerce, Paris, L.G.D.J., 1984, 602 p.
- LARROUMET, C., Droit civil : Les Obligations. Le Contrat, 3^e éd., t. 3, Paris, Economica, 1996, 972 p.
- LESGUILONS, H. et L. COSTES, Lamy contrats internationaux, 7 vol. (feuilles mobiles), Paris, Lamy, 1886-2003.
- LLUELLES, D., Droit québécois des obligations, v. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, 936 p.
- MALAURIE, P. et L. AYNÈS, Cours de droit civil. Tome VI. Les obligations, 10^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1999, 834 p.

- MALAURIE, P., Anthologie de la pensée juridique, Paris, Cujas, 1996, 297 p.
- NASSAR, N., Sanctity of Contrats Revisited : A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 296 p.
- OPPETIT, O., Théorie de l'arbitrage, Éditions P.U.F., Paris, 1998, 127 p.
- OSMAN, F., Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, Paris, L.G.D.J., 1992, 515 p.
- PHILIPPE, D.-M., Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1986, 714 p.
- PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, Théorie des obligations, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, 1006 p.
- RACINE, J.-B., L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, L.G.D.J., 1999, 623 p.
- REDFERN, A. et M. HUNTER, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2e éd., Londres, Sweet an Maxwell, 1991, 574 p.
- ROBERT, J., Le phénomène transnational, Nancy, Éditions de l'Association française d'arbitrage, 1988, 60 p.
- ROULAND, N., Anthropologie juridique, Paris, Presses universitaires de France, 1988, 496 p.
- SCHMITTHOFF, C. M, International Trade Usages, Institute of International Business Law and Practice, Paris, ICC Publishing, 1987, 75 p.
- STARCK, B., H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil. 2. Le contrat/Les obligations, 6^e éd., Paris, Litec, 1998, 837 p.
- TANAGHO, S., De l'obligation judiciaire : Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge, Paris, L.G.D.J., 1965, 225 p.
- WEBER, M., Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société, Gallimard, Paris, 1991, 431 pages.

Articles de revue et études de recueils

- ANDRINI, S., Note sur le différend », dans André-Jean ARNAUD et al. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 94.

- BÉDARD, J., « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 R.D. McGill 761.
- BELLEY, J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 Sociologie et sociétés 11.
- BELLEY, J.-G., « Le Droit comme *terra incognita* : Conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 Revue canadienne Droit et Société 1.
- BELLEY, J.-G., « Pluralisme juridique », dans André-Jean ARNAUD et al. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 446 à 449.
- BÉRAUDO, J.-P., « La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux », (1998) Rev. dr. unif. 259.
- BÉRAUDO, J.-P., « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », J.C.P., éd. G, 3842, n° 18.
- BERGER, K. P., « Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense », (2001) 17 Arbitration International 1.
- BERGER, K. P., « The lex mercatoria doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts », (1997) 28 Law and Policy in International Business 943.
- BERGER, K. P., « The New Law Merchant and The Global Market Place : A 21st Century View of Transnational Commercial Law », dans Klaus Peter BERGER (dir.), The Practice of Transnational Law, The Hague, Kluwer Law International, 2001, pp. 1 à 22.
- BERGER, K. P., « The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new lex mercatoria », (2000) Rev. dr. unif. 153.
- BERNARDINI, P., « Communications : Adaptation of Contracts », dans Pieter SANDERS (dir.), New Trends in The Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, Deventer, Kluwer, 1983, p. 211.
- BERNINI, G., « Adaptation of Contracts », dans Pieter SANDERS (dir.), New Trends in The Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions, Deventer, Kluwer, 1983, p. 193.
- BONELL, M. J., « Policing the International Commercial Contract against Unfairness under the Unidroit Principles », (1994) 2 Tulane Journal of International and Comparative Law 73.
- BONELL, M. J., « The Unidroit Principles and Transnational Law », (2000) Rev. dr. unif. 199.

- BONELL, M. J., « The Unidroit Principles in Practice : The Experience of the First Two Years », (1997) Rev. dr. unif. 34.
- BONELL, M. J., « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Towards a New Lex Mercatoria ? », (1997) R.D.A.I. 145.
- BORTOLOTTI, F., « The Unidroit Principles and the arbitral tribunals », (2000) Rev. dr. unif. 141.
- BOUTHINON-DUMAS, H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », (2001) 16 Revue internationale de droit économique 339.
- BREDIN, J.-D., « L'amiable composition et le contrat », Rev. arb. 1984.259.
- BREMER, L. P., « Geopolitical Risk Assessment in Times of Turmoil », (1996) 4 Tulsa Journal of Comparative and International Law 117.
- CARBONNEAU, T. E., « The Remaking of Arbitration : Design and Destiny », dans Thomas E. CARBONNEAU (dir.), Lex Mercatoria and Arbitration : A discussion of the New Merchant Law, Dobbs Ferry (New York), Transnational Juris Publications, p. 1.
- CALLIESS, G.-P., « Lex Mercatoria : A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System », (2001) 2 German Law Journal 109.
- COTTERRELL, R., « A Legal Concept of Community », (1997) 12 Revue canadienne Droit et Société 75.
- COUTU, M., « Le Pluralisme juridique chez Gunther Teubner : La nouvelle guerre des dieux? », (1997) 12 Revue canadienne Droit et Société 93.
- DE CUYPER, J.-Q. et W. PETER, « Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility. Consideration on the ground of the Ghana/Valco Case », (1995) R.D.A.I. 775.
- DERAINS, Y., « La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat », (1996) R.D.A.I. 514.
- DERAINS, Y., « L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international », (1992) R.D.A.I. 151.
- DERAINS, Y., « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », J.D.I. 1993.829.
- DERAINS, Y., « Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration », dans Pieter SANDERS avec la coopération du T.M.C. Asser Institute for International Law (dir.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, Deventer (The Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, p. 227.

- DIESSE, F., « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », (1999) R.D.A.I. 737.
- DIMOLITSA, A., « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », Rev. arb. 1998.305.321.
- DRAETTA, U., « Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux », (2002) R.D.A.I. 347.
- DRAHOZAL, C. R., « Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration », (2000) 33 Vanderbilt Journal of Transnational Law 79.
- DRUCKER, P. F., « The Global Economy and the Nation-State », (1997) 76 Foreign Affairs 159.
- DUFRESNE, É., « Les nouveaux contrats FIDIC », Journal du Barreau, Vol. 32, No. 16, 1^{er} octobre 2000.
- FONTAINE, M., « Les Clauses de Hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », (1976) 2 D.P.C.I. 7.
- FORTIER, L. Y., « The New, New Lex mercatoria, or, Back To The Future », (2001) 17 Arbitration International 121.
- FOUCHARD, P., « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », Rev. arb. 1979.67.
- FOUCHARD, P., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », dans A.-M. FRISON-ROCHE (dir.), Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 381.
- FOUCHARD, P., « Où va l'arbitrage international? », (1989) 34 R.D. McGill 435.
- GAILLARD, E., « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », dans Études offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991, p. 203.
- GAILLARD, E., « Transnational Law : A Legal System or a Method of Decision Making? », (2001) 17 Arbitration International 59.
- GOUIFFÈS, L., « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de justice? », dans Bruno OPPETIT, Hélène GAUDEMET-TALLON et Philippe FOUCHARD (dir.), Recherches sur l'arbitrage en droit international et comparé : mémoires pour le diplôme d'études approfondies de droit international et du commerce international, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 5.
- GHESTIN, J., « La notion de contrat », (1990) 12 Droits 7.

- HERRMANN, G., « The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Its Salient Features and Prospects », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), Actes du 1^{er} Colloque sur l'Arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986. p. 351.
- HORN, N., « Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contract », dans Norbert Horn et Clive M. Schmitthoff (dir.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, Studies in Transnational Economic Law, vol. II, Kluwer Law and Taxation Publications, Deventer (The Netherlands), 1982, p. 3.
- HORVATH, G. J., « The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award », (2001) 18 J. Int'l Arb. 135.
- HYLAND, R., « Pacta Sunt Servanda : A meditation », (1994) 34 Virginia Journal of International Law 405.
- JAROSSON, C., « Les frontières de l'arbitrage », Rev. arb. 2001.5.
- JARVIN, S. « The sources and limits of the arbitrator's powers », (1986) 2 Arbitration International 140.
- KAHN, P., « À propos des sources du droit du commerce international », dans A.-M. FRISON-ROCHE, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p.185.
- FALK MOORE, S., « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », (1973) 7 Law & Society Review 719.
- FONTAINE, M., « Les problèmes du long terme », (1979) 5 D.P.C.I. 142.
- JARVIN, S., « The sources and limits of the arbitrator's powers », (1986) 2 Arbitration International 140.
- KAHN, P., « Conclusion », dans Emmanuel Gaillard (dir.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, ICC / Dossier of The Institute of International Business Law and Practice, Paris, ICC Publishing, 1993, p. 235.
- KAHN, P., « L'interprétation des contrats internationaux », J.D.I. 1981.5.
- KASSIS, A., « L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 133.
- LALIVE, P., « Sur l'irresponsabilité arbitrale », dans Jacques HALDY, Jean-Marc RAPP et Phidias FERRARI (dir.), Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 419.

- LALIVE, P., « Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration », dans Pieter SANDERS avec la coopération du T.M.C. Asser Institute for International Law (dir.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, Deventer (The Netherlands), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, p. 257.
- LANDO, O., « Principles of European Contract Law. A first step towards a European Civil code? », (1997) R.D.A.I. 189.
- LAVIELLE, J.-M., « La crise du système international de marché mondial, marché mondial cherche compétition, humanité cherche futur », dans Jacqueline HOAREAU-DODINAU et Pascal TEXIER (dir.), Anthropologies juridiques. Mélanges Pierre Braun, Limoges, PULIM, 1998, p. 449.
- LEFEBVRE, G. et E. SIBIDI DARANKOUM, « Phénomène transnational et le droit des contrats : les Principes européens », (1999) R.D.A.I. 47.
- LEFEBVRE, G. et J. d'HOLLANDER, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », (1997) 31 R.J.T. 209.
- LESGUILLONS, H., « Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage », (1979) 5 D.P.C.I. 507.
- LOQUIN, E., « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. À propos de trois arrêts de la Cour d'appel de Paris », Rev. arb. 1985.199.
- LOWENFELD, A. F., « Lex Mercatoria : An Arbitrator's View », (1990) 6 Arbitration International 133.
- GOLDMAN, B., « L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 103.
- GOLDMAN, B., « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1979) J.D.I. 475.
- GOLDMAN, B., « Frontière du droit et lex mercatoria », (1964) 9 Archives de philosophie du droit 177.
- GOUIFFÈS, L., « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de justice? », dans Bruno OPPETIT, Hélène GAUDEMET-TALLON et Philippe FOUCHARD (dir.), Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé, Paris, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1997, p. 43.
- MACNEIL, I., « Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law », (1978) 72 Northwestern University Law Review 854.
- MACNEIL, I., « Values in Contract : Internal and External », (1983) 78 Northwestern University Law Review 340.

- MALEVILLE, M.-H., « Pratique arbitrale de l'interprétation des contrats commerciaux internationaux », (1999) R.D.A.I. 100.
- MANWARING, J. A., « Le droit des contrats », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), Éléments de Common Law et aperçu comparatif du droit civil québécois, Scarborough (Ontario), Carswell, 1997, p. 287.
- MARELLA F. et F. GÉLINAS, « Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI », (1999) 10 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 26.
- MARQUIS, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 R.D. McGill 448.
- MASKOW, D., « Hardship and Force majeure », (1992) 40 The American Journal of Comparative Law 657.
- MAYER, P., « La règle morale dans l'arbitrage international », dans Études offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, 379.
- MAYER, P., « Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law : The 2000 Freshfields Lecture », (2001) 17 Arbitration International 235.
- MELIS, W. « Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration », (1984) 1 J. Int'l Arb. 213.
- MOISAN, P., « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », (1994) 35 C. de D. 281.
- MUSTILL, M. J., « The New Lex Mercatoria : The First Twenty-five Years », (1988) 4 Arbitration International 141.
- OPPETIT, B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », (1974) J.D.I. 794.
- OPPETIT, B., « Justice étatique et justice arbitrale », dans Études offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, p. 415.
- PAULSSON, J. « L'adaptation du contrat », Rev. arb. 1984.247.
- PAULSSON, J., « La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I. », Rev. arb. 1990.55.
- PERILLO, J. M., « Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts », (1997) 5 Tulane Journal of International and Comparative Law 5.
- PLANTEY, A., « Is a General Policy of International Arbitration Possible? », (1996) 7 The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 15

- POPESCU, T., « L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria », dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir.), Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 145.
- PRUJINER, A., « L'adaptation forcée par l'arbitrage », (1992) 37 R.D. McGill 428.
- PUELINCKX, H., « Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances : A Comparative study in English, French, German and Japanese Law », (1986) 3 J. Int'l Arb. 47.
- RIVKIN, D. W., « Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria », (1993) 9 Arbitration International 67.
- ROLLAND, L., « Les figes contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 903.
- ROSETT, A., « UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law : Focus on Chapter Seven », (1997) Rev. dr. unif. 441.
- ROULAND, N., « Pluralisme juridique (Théorie anthropologique) », dans André-Jean ARNAUD et al. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 449 à 450.
- SCHMITTHOFF, C. M., « Hardship and Intervener Clauses », (1980) J.B.L. 82.
- SCHMITTHOFF, C. M., « Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions », dans Norbert Horn et Clive M. Schmitthoff (dir.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, Studies in Transnational Economic Law, vol. II, Kluwer Law and Taxation Publications, Deventer (The Netherlands), 1982, p. 19.
- SHARMA, K. M., « From « Sanctity » to « Fairness » : An Uneasy Transition in the Law of Contracts? », (1999) 18 New York Law School Journal of International and Comparative Law 95.
- STOECKER, C. W. O., « The Lex Mercatoria : To what Extent does it Exist? », (1990) 7 J. Int'l Arb. 101.
- TALLON, D., « Imprévision Revisited : Some Remarks on the Consequences of a Change of Circumstances on Contracts », dans Attila Harmathy (dir.), Binding Force of Contract, Budapest, Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, 1991, p. 107.
- TALLON, D., « Réflexions comparatives », dans René RODIÈRE (dir.), Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, Paris, Éditions A. Pedone, 1986, p. 185.
- TERKI, N. E., « L'imprévision et le contrat international dans le Code civil algérien », (1982) 8 D.P.C.I. 9.

- TROPER, M., « Positivisme », dans André-Jean ARNAUD et al. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 461.
- VAN CAMELBEKE, M., « L'adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles », dans René RODIÈRE (dir.), Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, Paris, Éditions A. Pedone, 1986, p. 169.
- VAN HOUTTE, H., « Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda », dans Emmanuel GAILLARD (dir.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, ICC / Dossier of The Institute of International Business Law and Practice, Paris, ICC Publishing, 1993, p. 105.
- VAN HOUTTE, H., « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1995) 11 Arbitration International 373.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », (1980) 56 R.D.I.D.C. 7.
- WEINTRAUB, R. J., « A Survey of Contract Practice and Policy », (1992) Wisconsin Law Review 1.

Documents sur la Loi-type de la CNUDCI

Note du secrétariat : Loi type sur l'arbitrage commercial international ; autres éléments éventuels et projets d'articles, (A/CN.9/WG.II/WP.41), par. 1 à 11.

Loi type sur l'arbitrage commercial international : projets d'articles révisés A à G relatifs à l'adaptation et au complètement des contrats, au commencement de la procédure arbitrale, au contenu minimum de la requête et de la réponse, à la langue de la procédure arbitrale, à l'assistance judiciaire pour l'obtention de preuves, à la clôture de la procédure arbitrale et au délai durant lequel la sentence arbitrale peut être exécutée ; note au secrétariat, (A/CN.9/WG.II/WP.44), par. 1 à 32.

Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa sixième Session, [A/CN.9/245], Décisions et délibérations sous la rubrique « Examen des projets d'articles révisés A à G d'une loi-type sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/WG.II/WP.44) », paragraphe 21.

Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général, [A/CN.9/263], par. 15 sous « Observations concernant d'autres points ».

Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/264) dans l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

1985, volume XVI, p. 106, à la page 137. Disponible sur le site Internet de la CNUDCI à l'adresse suivante (site consulté le 19 août 2002) : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

Autres documents

Les « Débats » d'un colloque ayant pour thème « L'arbitre et le contrat » suivis de la « Synthèse » de la journée, (1984) 2 Rev. arb. 273.

Liste des Principes de la *lex mercatoria* disponible sur le site Internet du « Transnational Law Database » développé et maintenu à jour par le « Center for Transnational Law » (CENTRAL) à l'adresse suivante : <http://www.tldb.de/>.

CLOS, M., « Les quatre attitudes fondamentales face au problème de la révision contractuelle pour imprévision », Office de révision du Code Civil, Comité du droit des obligations, septembre 1971, B/C/48, Disponible aux Archives nationales du Québec à Québec.

OMC, Le commerce international, tendances et statistiques, 1995.

RÉMILLARD, G. Commentaires du Ministre de la Justice, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 829

TAMARO, N., Évaluation pratique et théorique que des idées politiques, philosophiques et morales dominantes à une époque peuvent avoir sur une conception nouvelle de la justice contractuelle, Travail présenté dans le cadre du cours Le contrat en droit comparé offert par la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal à l'automne 1982.

UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Chapter XXII : Hardship clauses. Disponible sur le site de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à l'adresse Internet suivante (site consulté le 09 juillet 2002) : www.uncitral.org.

WORLD ECONOMIC AND FINANCIAL SURVEYS : World Economic Outlook (WEO), The Global Economy after September 11, A survey by the Staff of the International Monetary Fund, Washington, December 2001.

WORLD ECONOMIC AND FINANCIAL SURVEYS : World Economic Outlook (WEO), Growth and Institutions, A Survey by the Staff of the International Monetary Fund, Washington, April 2003.

Articles de journaux

DIEUDONNÉ, D., « De guerre en pneumonie », Le Devoir, 5 avril 2003.

DESROSIERS, É., « Virus économique », Le Devoir, 5 avril 2003.

DUFOUR, V., « Deux gros nuages dans le ciel de Bombardier », Le Devoir, 28 mars 2003.

DUFOUR, V., « 3000 mises à pied chez Bombardier », Le Devoir, 6 mars 2003.

JOLICOEUR, M., « Les touristes craignent le Québec autant que Toronto : Plusieurs grossistes en voyages constatent une diminution des réservations allant jusqu'à 85% », Les Affaires, 3 mai 2003.

McCUNEM, G., « Air Canada, dernière victime d'une crise mondiale », Le Devoir, 5 avril 2003.

TURCOTTE, C., « La prudence est aussi de mise dans les affaires », Le Devoir, 25 avril 2003.

« Les compagnies aériennes dans la tourmente », Le Devoir, 5 avril 2002.