

# **LES CLAUSES RELATIVES AU CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES DANS LES CONTRATS A LONG TERME**

**Denis PHILIPPE**

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg  
Professeur extraordinaire à l'Université de Louvain  
Professeur invité à l'Université de Paris X

*Après midi d'étude du 27 janvier 2009 relative aux contrats internationaux.*

Le contrat à long terme, plus que tout autre, requiert stabilité.

La jurisprudence belge actuelle n'autorise pas la révision du contrat lorsque surviennent des circonstances qui alourdissent considérablement les charges de l'une des parties.

Or, une relation contractuelle de longue durée devient malsaine et inefficace si, à la suite de circonstances qui ne sont imputables à aucune des parties, l'une d'entre elles s'enrichit systématiquement et pendant de longues années au détriment de l'autre qui menace faillite.

En conséquence, il est utile dans le contrat à prestations successives, d'insérer des clauses qui organisent la renégociation du contrat en cas de changement de circonstances.

Nous étudierons ces clauses dans un deuxième chapitre après avoir rappelé les principes en droit commun.

Certaines circonstances mieux cernées par les parties dans leur survenance et dans leurs effets, peuvent être canalisées dans des clauses particulières : l'on pense aux clauses d'adaptation des prix, Ces clauses seront étudiées, de manière plus brève, dans le second chapitre également.

Dans un troisième temps, nous étudierons l'éclosion de l'obligation de renégociation.

# CHAPITRE I.

## LE DROIT COMMUN

L'imprévision autorise la révision ou la résiliation du contrat lorsque surviennent, postérieurement à la conclusion du contrat, des circonstances imprévisibles, non imputables à la partie qui l'invoque et qui bouleversent l'économie contractuelle<sup>1</sup>.

La jurisprudence belge refuse généralement de reconnaître cette théorie en sorte que seule la force majeure, qui requiert l'impossibilité d'exécution, déchargera le débiteur<sup>2</sup>.

Se distinguant en cela du droit français, le droit belge n'a pas conféré aux juridictions administratives une compétence pour trancher les litiges relatifs aux contrats administratifs. En conséquence, les Cours et tribunaux belges appliquent les mêmes règles aux contrats administratifs et aux contrats de droit privé alors que le conseil d'Etat de France applique la théorie de l'imprévision depuis le fameux arrêt Gaz de Bordeaux de 1916<sup>3</sup>.

Différents auteurs ont fait valoir que l'exécution de bonne foi des conventions prescrite par l'article 1134, §3, du Code civil belge, donne au juge un fondement juridique adéquat à la révision du contrat en cas de changement radical des circonstances<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voy. Cass., 30 octobre 1924, Pas., 1924,1,565.; H. DE PAGE, *Traite élémentaire de droit civil*, 01., 1964, 560 ; D. PHILIPPE, note sous comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *Journal des Tribunaux*, 1980, 459 ; voy. toutes les références dans notre article, Le point sur...l'imprévision, *J.T.*, 2007, pp.738 à 741.

<sup>2</sup> Voy. les arrêts des 7 février et 14 avril 1994, l'arrêt Anvers, 6 mai 1987, *Revue générale de droit civil*, 1990, p. 297 et note D.M. PHILIPPE; comp.com.Bruxelles,16 janvier 1979, *op cit* ; voy. Cass., 23 juin 2006, RW,2007-2008, p.1198 qui décide que, en l'absence de clause de révision, le juge doit se tenir au x termes du contrat ; voy. récemment, l'article du professeur VAN OEVELEN, Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht, *T.P.R.*, 2008, p.603 e.s. ; L. VAES, Beschouwingen over het imprevisieleerstuk : omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader, *T.P.R.*, 2004/1.

<sup>3</sup> Vo. D.M. Philippe, changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, 1986, p.159 ; voy. Aussi P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, 1961, n° 233. Voy.en droit français,Cons. d'Etat, 30 mars 1916, *Dalloz*, 1916, III, 25 et les conclusions de l'avocat gén. CHARDENET; A. de LAUBADERE, *Traite de Droit administratif*, 1978, p. 392; M. WALINE, L'évolution recente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants, R.D.P., 1951, t. LXVII, 5.; voy. D. PHILIPPE, *op.cit.*, 71.

<sup>4</sup> Voy. J. DUBAERE, Een brug over troebel water, *Rechtskundig Weekblad* , 88-89, 1417 ; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de de l'économie contractuelle*, 1986, 609; note sous com. Bruxelles, 16 janvier 1979, *Journal des tribunaux*, 1980, II, 459 : Changement de circonstances en matière contractuelle, *J.L. – JLMB, Centenaire*, II, 257; Pacta sunt servanda, Clausula rebus, sic stantibus, in L'arbitrage, commercial international, *C.C.I.*, Paris, 1986, II, 180; note sous Anvers, *loc. cit.*; Belgian contract law; somme principes, Budapest, 16 septembre 1990, à paraître dans la prochaine livraison de la rue Droit des Affaires; A. VERBEKE, Aanpassing van de overeenkomst voor de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming, *Rechtskundig Weekblad*, 88-89, 1313, 1321; P. VAN OMMESLAGHE, L'exécution de bonne foi, principe général de droit, *Revue générale de droit civil*, 1987, 101; com. : X. DIEUX, Réflexions sur la force obligatoire

Une analyse de la jurisprudence montre que, dans certaines hypothèses, le juge qui rejette l'application de l'imprévision, donne une interprétation large voire extensive à d'autres concepts en vue d'apporter au litige dont il est saisi, une solution équitable<sup>5</sup>.

A notre avis, l'équité, la cohérence de notre système juridique et l'efficacité économique requièrent que, dans certaines hypothèses exceptionnelles, le juge s'écarte du contenu du contrat pour l'adapter aux circonstances nouvelles, permettant ainsi de préserver l'économie de la convention.

S'agissant du droit comparé, l'on se limitera à rappeler que le droit anglo-saxon reconnaît la théorie de la *frustration* qui, aux termes du *leading case Davis Contractors v. Fareham*<sup>6</sup> permet de mettre fin immédiatement au contrat " *lorsque, sans que l'un ou l'autre des contractants n'ait commis de faute, l'obligation contractuelle n'est plus susceptible d'exécution, parce que les circonstances dans lesquelles elle devrait être exécutée, la rendrait radicalement différente de l'obligation assumée en contractant.*"

---

des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé, note sous comm.. Bruxelles, 16 janvier 1979, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1983, II, 386.

<sup>5</sup> Voy.3 cet égard, notre ouvrage précité,dans chaque chapitre le n° 3.,spéc. les droits français et belge,pp. 107 et 169; voy. aussi tout récemment, J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les cont'ats de longue durée*, L.G.D.J., 1990, p. 129 et s.

<sup>6</sup> *Appeal Cases*, 1956,p.729, traduction libre.

Les juristes **américains** ont distingué dans cette théorie trois hypothèses distinctes :

- l'impossibility of performance (qui s'applique en cas d'impossibilité d'exécution),
- la frustration of purpose ( qui permet de mettre fin au contrat lorsque le contrat perd toute utilité ou raison d'être) et
- l'impracticability (qui permet l'adaptation du contrat en cas de déséquilibre profond des prestations)<sup>7</sup>.

Le droit allemand fait application de la théorie du *Wegfall der Geschäftsgrundlage* qui permet la révision du contrat lorsque le fondement contractuel vient à disparaître, c'est-à-dire la représentation que se sont faites les parties de la présence, ou de la continuation de certaines circonstances sur la base desquelles le contrat s'est formé<sup>8</sup>.

Le droit néerlandais, en l'article 6 :248 BW accorde lui aussi la faculté au juge d'adapter le contrat en cas de changement de circonstances. Les applications de cet article sont cependant assez rares.

3. Précisons que, en droit belge, différentes dispositions légales reconnaissent l'imprévision dans des hypothèses particulières. L'on peut citer l'article 16, §2, du cahier général des charges de l'Etat, qui permet au cocontractant de l'administration de demander l'indemnisation du préjudice subi à la suite d'un changement imprévisible des circonstances; l'article 6 de la loi relative aux baux commerciaux qui prévoit la révision triennale du loyer en cas de variation de la valeur locative de l'immeuble<sup>9</sup>.

Mentionnons aussi la théorie des sujétions imprévues qui permet à l'entrepreneur de demander un supplément de prix lorsqu'il rencontre en cours d'exécution du contrat, des obstacles d'ordre naturel ( nappe aquifère, terrains rocheux), imprévus, qui accroissent sensiblement les coûts d'exécution, bouleversant ainsi l'économie contractuelle<sup>10</sup>.

L'article 7 de la loi sur les loyers prévoit également la modification triennale, à l'instar de la loi sur les baux commerciaux ; la révision suppose, dans les baux commerciaux, que la valeur locative soit de 15% supérieure au loyer; en matière de bail à loyer, elle doit être de 20% supérieure, sauf si l'augmentation de la valeur locative trouve sa raison d'être dans des travaux effectués par le bailleur; dans cette dernière hypothèse, une révision est possible si la valeur locative du bien a augmenté de 10% au moins par rapport au loyer exigible<sup>11</sup>.

4. Enfin le Projet de cadre commun de référence européen prévoit aussi une obligation de négociation en cas de changement de circonstances:

### ***Article III 1:110: Changement de circonstances***

---

<sup>7</sup> Voy. not .ALCOA v. ESSEX, par. 2-615 van de U.C.C., 493 F. Supp. 53 ; H. ULLMANN, Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain, *Revue des Affaires Internationales*, 1988, p. 889 et s.; S. LITVINOFF, Force majeure, Failure of cause and Theorie de l'imprévision : Louisiana Law and Beyond, *Louisiana Law Review*, vol.46,1, pp.1 et s.

<sup>8</sup> Bundesgerichtshof, 8 février 1978, *Juristenzeitung*, 1978,p.235.

<sup>9</sup> Voy. pour un commentaire de ces dispositions, notre ouvrage, pp. 161 et s.

<sup>10</sup> Voy. noire ouvrage précité, n°3.10, spec. en droit français et belge, pp. 137 et 192.

<sup>11</sup> Voy. le texte adopté par la commission de la Chambre, 1357/10-90/91, p.159; Senat, 1190-1, (1990-1991).

*(1) 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.*

*(2) 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.*

*(3) 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,*

*(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.*

Comme nous l'avons montré dans d'autres écrits, plus rien ne justifie le maintien de la position actuelle de la Cour de cassation.

## CHAPITRE II LA CLAUSE DE REVISION.

### Section I. La clause de hardship

On peut constater que le régime du changement des circonstances reste assez imprécis dans les différents droits nationaux qui, au surplus, présentent des divergences assez profondes au niveau des concepts.

Cette raison s'ajoute à celle évoquée dans l'introduction pour justifier la présence dans les contrats à long terme de clauses aménageant le changement de circonstances, hormis, bien sûr, l'hypothèse où l'on veut donner au contrat un caractère forfaitaire en évitant ainsi que le cocontractant ne puisse remettre en question les conditions du contrat, quelle que puisse être l'évolution des circonstances.

Nous n'étudierons pas ici les clauses qui organisent la gestion des lacunes du contrat par le juge, ni les clauses de force majeure.

Si l'hypothèse de ces deux types de clause se distingue de celle visée par les clauses de hardship, le régime (renégociation, intervention d'un tiers) présente quant à lui de nombreux points communs<sup>12</sup>.

Nous n'avons pas l'ambition de procéder à une analyse exhaustive des clauses de hardship. Des études excellentes ont été consacrées à ce sujet<sup>13</sup> (13). Nous nous limiterons à une étude

---

<sup>12</sup> Voy. M. FONTAINE, Pratique des contrats internationaux, conférence donnée au CIEAU, le 2 octobre 1990, revue Droit des Affaires, n° 18.

<sup>13</sup> Voy. sur les clauses de hardship ou d'imprévision, J.H. DALHUISEN, De betekenis van de "hardship" clause, *N.J.B.*, 1976, pp. 173 à 184; M. FONTAINE, article cité, *D.P.C.L.*, 1976, pp. 7 à 49; A.FRIGNANI, La hardship clause nei contratti internazionali e la allocazione dei rischi nei ordinamenti di diritto civile e di common law, *Rivista di diritto civile*, 1979, I, pp. 680-712; B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship", *Jou'nal de Droit International*, pp. 794 à 814 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 1 à 59 ; voy. not. sur des clauses insérées dans les contrats entre un Etat en voie de développement et un investisseur étranger, S. ASANTE, Stability of contractual relations in the transnational investment process, *International and Comparative Law Quaterly*, 1979, pp. 401 à 423; G.R. DELAUME, Excuse for Non- Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 10, 1971, p. 242 et s.; O. LANDO, Renegotiation and Revision of International Contracts, An Issue in the North South Dialogue, *Germon Yearbook of International Law*, 1980, vol. 23, pp. 37 à 58; P.WEIL, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges Ch. Rousseau*, pp. 301 à 328. Sur les clauses d'adaptation des prix, voy. par exemple, S. MANKABADY, The price adjustment clauses of liquified natural gas (LNG), *The International contract*, 1980, p.243. Voy. aussi les documents préparatoires du Forum de la Chambre de commerce international relatif à l'adaptation des contrats aux variations économiques, tenu à Paris, le 17 novembre 1980. Voy. sur les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert de risques, notre étude dans *La rédaction des conditions générales contractuelles*, Centre de Droit des Obligations, U.C.L., 1985, p. 25 et s ; D. MATRAY et F. DE VIDTS, Les clauses d'adaptation de contrat, in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruylant, Feduci, 2005, pp.93 e.s.

schématique, basée sur une dizaine de clauses reproduites en annexe. Nous insisterons plus particulièrement sur le régime de ces clauses.

### 1. Préambule

Certaines clauses sont précédées d'une sorte de préambule ou, à tout le moins, d'une phrase qui constate l'impossibilité de tout prévoir dans la rédaction d'un contrat à long terme<sup>14</sup>.

### 2. Conditions d'application de la clause

#### 2.1. Nature des circonstances et caractéristiques

2.1.1. Certaines clauses font référence à des circonstances particulières uniquement. Ainsi l'on trouve des dispositions aménageant les variations monétaires<sup>15</sup>. D'autres ont trait aux fluctuations des cours de change<sup>16</sup>.

2.1.2. Certaines clauses définissent les circonstances de manière purement qualitative. Parmi ces clauses, certaines sont assez vagues ; la clause 1 envisage une "*modification fondamentale des circonstances*". Certaines clauses plus laconiques encore, se contentent de parler des effets de circonstances: "*if the course of the performance of this Agreement unfairness or substantial and disproportionate prejudice to either party is expected or disclosed*" (cl. 4, 7, 19). Une autre clause (n°20) se limite à envisager: "*If, for any bona fide cause the revenue accruing to you from this transaction is insufficient to meet the cost of operations...*".

D'autres envisagent les différentes caractéristiques des circonstances :

- "*événement imprévisible et étranger aux parties*" (cl. 3);
- "*en cas de survenance d'éléments imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties*" (cl. 9, 11, 16);
- "*the occurrence of an intervenening event or change of circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator*" (cl. 8).

2.1.3. Enfin, certaines clauses sont mixtes, dans la mesure où elles envisagent des circonstances particulières, à titre exemplatif, tout en énonçant de manière plus ou moins précise les caractéristiques que doivent revêtir ces circonstances.

Ainsi, la clause 6 envisage la survenance de circonstances imprévisibles ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties et cite, dans un deuxième alinéa, les modifications d'ordre monétaire.

La clause 2 précise: "*If owing to changed circumstances such as change in the monetary values or discriminatory governmental action or regulations or differential customs duties unduly discriminating against the origin front which A is then supplying to B*"<sup>17</sup>

D'autres clauses excluent certaines circonstances. Ainsi la clause 8, a, dernière phrase précise: "*Price control by the Government of the state of the relevant buyer affecting the price of oil*

---

<sup>14</sup> Voy. cl. 4, 12, 17b.

<sup>15</sup> Voy. Cl. 5, 10, 13, 13

<sup>16</sup> Voy. Cl. 21 et 22.

<sup>17</sup> Voy. la clause 14 relative à l'application de nouveaux droits d'exportation ou d'importation, la clause 14 a).



*in the market shall not be considered to constitute substantial hardship "*.

La simple énonciation de circonstances sans en préciser les caractéristiques (imprévisibilité, inévitabilité) peut prêter à confusion. Le rédacteur du contrat devant rédiger celui-ci de la manière la plus claire, il convient en tout cas que les parties s'interrogent sur la question de savoir si les nouveaux droits d'importation par exemple, peuvent donner lieu à l'application de la clause même si ils étaient prévisibles à la conclusion du contrat. La réponse sera généralement négative mais une précision dans le contrat n'est pas inutile<sup>18</sup>.

## 2.2. Effets des circonstances sur le contrat

2.2.1. Certaines clauses se contentent de mentionner l'effet normal de l'imprévision, à savoir le bouleversement de l'économie contractuelle (clause 13, 15). La clause 8, a) se rapprochant du critère de la frustration du droit anglais parle de circonstances "*that the consequences and effects of which are fundamentally different to what was contemplated by the parties at the time of entering this agreement "*.

Plusieurs clauses parlent d' "*événements ayant pour effet de bouleverser les bases économiques de la convention au préjudice de l'une ou de l'autre des parties*" (clauses 6, 8, 14, 16). Elles ajoutent la nécessité d'un préjudice; l'existence d'un préjudice est un élément qui découle normalement du bouleversement de l'économie contractuelle et de l'invocation de la clause par une des parties.

2.2.2. D'autres clauses s'attachent à la seule aggravation de la prestation pour l'une des parties, l'importance de l'aggravation étant appréciée sur la base de normes comme l'équité.

Exemples:

- charge inéquitable (cl. 1);
- unfairness or undue hardship (cl. 4, 7, 17b);
- undue hardship (cl. 2);
- préjudice matériel exagéré (cl. 12).

2.2.3. D'autres encore s'attachent à l'équilibre du contrat:

- "*L'une des parties retire du présent contrat des avantages hors de proportion avec ses obligations*" (clause 2 ; cette clause est à notre avis, trop restrictive dans la mesure où elle suppose une sorte d'enrichissement d'une des parties ; or, la survenance des événements catastrophiques n' a pas pour effet d'enrichir une partie au détriment de l'autre. Il en est de même si la fonction du contrat vient à perdre toute utilité).

- "*Disproportionate prejudice*" (cl. 4, 18b) ;

- "*Distorsions sérieuses entre les monnaies auxquelles il est fait référence dans le contrat*" (cl. 5).

---

<sup>18</sup> Voy. M. FONTAINE, Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, *D.P.C.L.*, 1979, p.484; D.PHILIPPE, les clauses de force majeure..., *op.cit.*, p. 33.

2.2.4. D'autres clauses se réfèrent uniquement à la perte pour l'une des parties: "*revenue insufficient to meet the cost of the operation*".

### 3. Effets de la survenance de l'hypothèse prise en considération

#### 3.1. Information et constatation du changement de circonstances

3.1.1. La partie, victime du changement de circonstances, doit en informer son partenaire.

Cette obligation qui correspond à une exécution de bonne foi des conventions, ne se retrouve pas souvent reprise dans l'échantillon de clauses analysées (voy. cependant el.18 a).

Nous croyons que la circulation de l'information constitue un des facteurs de l'efficacité économique. Aussi, serait-il, à notre avis, souvent opportun de souligner la nécessité d'une information rapide et le cas échéant, le mode de transfert de l'information<sup>19</sup>.

3.1.2. Il serait également utile, dans certains cas, de procéder à une constatation contradictoire de l'hypothèse. Ainsi, la clause 20 envisage le cas dans lequel les bénéfices résultant de la transaction deviennent inférieurs au coût ; en pareille hypothèse, une procédure de contrôle ou d'expertise pourrait être souhaitée.

3.1.3. La constatation de l'hypothèse peut présenter un caractère normatif; il s'agira de vérifier non plus la présence de certaines circonstances mais de dire si ces circonstances épousent bien l'hypothèse définie dans la clause. Ainsi, la clause 3, alinéa 2, prévoit: "*A défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économique assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un événement imprévisible*".

#### 3.2. Effets

##### *3.2.1. Résiliation immédiate*

Il est rare que les clauses prévoient la résiliation du contrat sans procédure de renégociation préalable.

La clause 20 prévoit la faculté de résiliation ou de suspension du contrat<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Les clauses de force majeure sont souvent plus explicites à cet égard. Voy. M. FONTAINE, Les clauses de force majeure, *D.P.C.I.*, 1979, pp. 469 et s. Peut-être les phénomènes d'imprévision, fort souvent de nature économique, sont-ils plus facilement connus de tous ; il faut cependant éviter qu'une partie, invoquant tardivement un changement de circonstances, ne veuille faire rétroagir plusieurs mois auparavant, les effets de la clause.

<sup>20</sup> Nous ne connaissons pas le contexte dans lequel cette clause a été insérée. L'hypothèse qu'elle vise est assez originale et précise (l'opération projetée génère des pertes); il peut être logique dans le cadre de cette opération

Il est intéressant de souligner que cette même clause 20 prévoit également, en cas de suspension du contrat, la faculté pour le cocontractant de mettre fin au contrat si la période de suspension dure plus de 60 jours<sup>21</sup>.

### 3.2.2. Renégociation du contrat

Bon nombre de clauses prévoient dans un premier temps que les parties se rencontrent aux fins de révision du contrat (voy. not. ex. 1, 2, 3, 4 ...).

#### 3.2.2.1. Quels sont les critères de renégociation :

- L'équité:

cl. 1: *"ajustements équitables"*;

cl. 2: *"revision should be equitable"*;

cl. 4: *"remove such unfairness"*;

- le rétablissement d'un équilibre :

cl. 5: *"ces modifications auront pour but d'éviter que lune des parties ne tire profit au détriment de l'autre partie de la nouvelle situation ainsi créée"*;

cl. 6: *"replace les parties dans une position d'équilibre comparable a celle qui existait an moment de la conclusion de la présente convention (voy. Aussi 14, 15, 16, 18 a);*

- l'économie du contrat :

cl 9: *"celles-ci auraient, dans le même esprit que celui qui a présidé a la conclusion des présentes, à se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires"*;

- la disparition d'un préjudice: cl. 4: *"remove such prejudice"*; (voy. aussi cl. 8 a).

Ces critères sont généralement confondus : ainsi l'équité, la bonne foi, la loyauté constituent souvent des critères essentiels ou accessoires dans la révision : *"agree upon what adjustment ... is justified in the circumstances in fairness ta the parties to alleviate said consequences and effects of said occurence"* (cl. 8 a).

D'autres clauses enfin ne prévoient pas de critères d'ajustement au contrat (clauses 10, 21, 22).

Si les négociations excèdent une certaine durée, les clauses prévoient parfois la faculté pour l'une des parties de résilier le contrat (voy. clauses 6, 15). D'autres clauses prévoient expressément la continuation du contrat pendant la durée des négociations.

3.2.2.2. Y a-t-il une norme de bon comportement en matière de négociation ? Nous étudierons plus loin (3.2.3) quelques décisions jurisprudentielles à ce sujet. Les clauses assortissent parfois l'obligation de négociation d'un élément normatif:

---

d'y mettre fin dès qu'elle générerait des pertes.

<sup>21</sup> L'on se souviendra que la théorie de la frustration du droit anglais trouve fréquemment à s'appliquer en pareille hypothèse. Voy. D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, précité, pp. 342 et s.

*"will use their best endeavours ..."*

*"will do their utmost to come to a reasonable agreement (cl.17)*

### 3.2.3. Echec des négociations

Nombreuses clauses n'envisagent pas cette hypothèse.

Il est pourtant fort important de savoir si les parties seront déliées de leurs engagements ou si, au contraire, le contrat doit être poursuivi selon les conditions originaires.

A notre avis, dans la mesure où la renégociation porte sur le fondement même du contrat (ce qui est, à notre avis, le cas en matière de bouleversement de l'économie contractuelle), la partie préjudiciée ne pourra se voir contrainte d'exécuter le contrat (...).

où celles-ci se dérouleront. L'on prévoira aussi une sanction adéquate si l'une des parties ne se présente pas à la négociation. Comme le fait justement remarquer M. Fabre: "L'obligation de négociation est alors précisée par les moyens minimaux que les parties devront mettre en œuvre pour assurer cette exécution. Elle en sort renforcée car le respect de ces moyens constituera alors pour les parties des obligations de résultat alors que l'obligation de négociation caractérisée par un résultat, ne constituait pour elles qu'une obligation de moyens" .

3.2.3.2. D'autres clauses envisagent le recours à un tiers médiateur (el.12), à des experts (cl. 13), à un arbitre (cl. 7, 9).

Soulignons que se posent, à propos de ces clauses, des problèmes similaires à ceux rencontrés pendant la période de négociation, à savoir : "quel est le sort du contrat pendant la procédure, plus spécialement si celle-ci se prolonge de manière telle que l'exécution originaires du contrat n'est plus adéquate?" Certains contrats envisagent à juste titre le retour aux circonstances normales. La clause 8 a) prévoit alors le retour aux circonstances antérieures.

Le tiers peut être revêtu d'une mission d'arbitre. Il est alors chargé de trancher un litige en respectant des principes d'ordre juridictionnel (respect des droits de la défense, ordre public,...). Sa décision a force obligatoire et deviendra exécutoire par la procédure de l'exequatur où le juge étatique examinera si les principes évoqués ci-dessus ont été respectés. La décision peut également être exécutée à l'étranger .

A l'opposé, le tiers qui est investi d'une mission de conciliation, peut agir de manière informelle. Son avis n'est pas contraignant pour les parties.

Entre ces deux extrêmes se situent un ensemble d'hypothèses intermédiaires dont la qualification juridique n'est pas toujours aisée. Le tiers peut être chargé de rendre un avis que les parties considéreront comme obligatoire.

Si, dans cette hypothèse, il est investi, indépendamment de tout litige, d'une mission portant sur un point déterminé (évaluation d'un terrain par exemple dans le cadre d'un contrat

complexe), l'on considérera généralement qu'il ne tranche pas un litige.

L'avis rendu par l'expert, que l'on peut qualifier de mandataire, revêtira la même force contractuelle que les autres clauses du contrat.

S'il est investi d'une mission plus large à l'occasion d'un litige, la question est plus délicate : le tiers qui est appelé, dans le cadre d'une clause de hardship, à refixer le prix d'une matière première en cas de désaccord des parties, agit-il en qualité d'expert ?

En droits français et belge, l'on estime généralement que le juge ne peut modifier le contrat ; en d'autres termes, le tiers qui intervient dans le contrat excède la fonction normale de juger et, partant, ne peut plus être considéré comme arbitre. Son avis ne sera pas revêtu de l'autorité de la chose jugée mais acquerra la même force obligatoire qu'une disposition contractuelle.

Dans d'autres systèmes juridiques, l'on distingue arbitrage contractuel et arbitrage juridictionnel .

Ainsi, en droit italien, la révision du contrat par un tiers peut être considérée comme une mission d'arbitrage libre : la décision ainsi prise a cependant force de chose jugée et peut faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution à l'étranger sur la base de la convention de New York .

Il s'agit d'un problème assurément délicat et les interprètes devront, dans chaque espèce, vérifier la mission exacte confiée aux tiers .

L'on peut, en outre, se demander s'il est justifié, en droits français et belge, de ne pas considérer comme une sentence arbitrale la décision prise par les arbitres ou les tiers investis de revoir le contrat à la suite d'un changement de circonstances par exemple .

En effet, le tiers qui adapte le prix ou les conditions de livraison au changement de circonstances, tranche un litige; son intervention n'eut pas été nécessaire si les parties n'avaient pas adopté, au cours des négociations, des positions inconciliables sur le prix et les conditions de livraison .

Monsieur Kassis écrit à cet égard :

*"Notre dernière conclusion est donc que, dans l'arbitrage juridictionnel, l'arbitre peut, comme le juge, effectuer la révision du contrat avec effet pour l'avenir sur la base d'une clause conventionnelle de révision. Il peut aussi, dans la mesure où le droit positif national permet au juge de le faire, opérer une telle révision sans clause contractuelle. Enfin, il nous semble-et cela sera développé dans le deuxième volume de cet ouvrage, que l'arbitrage amiable compositeur peut, sauf volonté contraire des parties clairement exprimée, réviser le contrat pour l'avenir, même en l'absence d'une clause expresse dans ce sens et même si le droit positif concerné ne permet pas au juge de le faire sans une telle clause. Car la clause d'arbitrage amiable compositeur équivaut à une clause implicite de révision, dans la mesure où elle donne à l'arbitre le pouvoir de statuer sur la base de considérations d'équité ou d'opportunité, ce qui implique le pouvoir de modifier dans certaines limites les obligations contractuelles, qu'elles soient échues ou à échoir" .*

La position de M. Kassis n'est pas partagée par toute la doctrine .

M. Kassis précise cependant que le juge ne peut créer ou modifier des obligations mais seulement les adapter en fonction de l'économie contractuelle.

#### 4. Effet de l'adaptation sur le contrat

Une fois le contrat renégocié, s'agit-il d'un nouveau contrat ou doit-on considérer que l'ancien contrat se prolonge ?

La même solution doit être appliquée en ce qui concerne d'autres éléments du contrat, comme un prix.

M. Fabre justifie la solution notamment en ces termes:

*"Parfois l'objet de l'obligation, la prestation peut être adaptée sans que le mécanisme procède d'une novation. Tel peut être le cas quand l'objet de l'obligation est déterminé; suffit d'une modification, c'est-à-dire " un acte juridique par lequel les parties conviennent de changer, en cours d'exécution, un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie sans la détruire" ( A. GHOZI, thèse citée). Pareil mécanisme trouve son fondement dans les principes qui régissent la théorie générale des obligations : " ce qui est vrai, c'est que l'autonomie de la volonté permettrait aux intéressés de faire des conventions simplement modificatives d'une obligation préexistante sans effet extinctif ni créateur." (J. CARBONNIER, t IV, n0.1.36 et A. GHOZI, thèse citée, p.8).*

Pour que l'analyse puisse être effectuée en termes de modifications, il est nécessaire, toutefois, qu'il y ait simplement une continuité dans l'objet qui empêchera la création d'une nouvelle dette et, par conséquent, l'extinction de l'ancienne. Tel est le cas quand un prix est remplacé par un autre prix quel que soit son mode de détermination (A.RIEG, Rep.civ. v° Novation). Tel est le cas, aussi, quand l'objet de l'obligation,, chose, prestations de services est remplacé par un objet différent mais qu'il y a entre eux fongibilité. Ils peuvent alors " se remplacer indifféremment les uns, les autres, faire fonction les uns des autres, dans les paiements et les prestations <sup>22</sup>

## Section 2. CLAUSE PARTICULIERE: ADAPTATION DE PRIX,

---

<sup>22</sup> J. CARBONNIER, t. IV, n°20; A. GHOZI, thèse citée, p.24 .

Tout rédacteur de contrat est conscient de la nécessité d'adapter le contrat à la hausse des coûts de production ou à la dépréciation monétaire.

Ces clauses se distinguent des clauses d'imprévision dans la mesure où elles visent une hypothèse particulière, généralement prévisible et qu'en outre, elles ont un effet automatique: la clause ne débouche pas sur une renégociation mais sur une adaptation automatique du contrat. Enfin, la clause touche à l'ordre public économique: la clause ne peut avoir pour effet de contribuer à la progression de l'inflation.

Nous n'analyserons pas dans cette étude les règles relatives au bail à loyer qui constitue une matière spécifique<sup>23</sup>. Il dépasserait également le cadre de cette étude d'exposer la réglementation des prix; rappelons simplement que depuis l'arrêté ministériel du 21 juin 1988, le système de blocage des prix a fait place à l'ancien mécanisme de déclaration de hausse ; signalons aussi un assouplissement de la réglementation existante.

En droit belge, la clause d'adaptation de prix est licite. Son application ne faisait pas, contrairement au droit français, l'objet d'une réglementation jusqu'en 1976. A cette époque, l'inflation avait atteint un sommet et le législateur fut contraint de prendre des mesures pour limiter les effets de celle-ci.

L'article 57 de la loi de redressement économique du 30 mars 1976 limite les effets des clauses de révision comme suit:

- a) la clause ne peut porter sur le prix final demandé au consommateur; elle doit porter sur les coûts (1).
- b) elle doit avoir trait aux coûts réels constituant les éléments du prix final (salaires, énergie...) à concurrence de l'importance de ces paramètres dans le prix; toute liaison à un indice soit général (frais généraux, prix à la consommation..) sans rapport avec les coûts en question (Ex : augmentation d'un poste, salaires, en fonction de l'indice relatif aux prix des produits pétroliers) est interdit.
- c) La révision n'est autorisée qu'à concurrence de 80% du prix global fixé.

Exemple :

Prix du produit : 200.000 Coûts de production :

\* Salaire : 50 %

\* Frais généraux : 25 %

\* Matières premières : 25 %

80 % seulement du prix ne donne lieu à révision,

Soit 160.000 francs.

le paramètre frais généraux ne peut faire l'objet d'une révision; à conséquence, l'indexation portera sur 80.000 francs pour les salaires et 40.000 francs sur les matières premières.

La formule est généralement la suivante

$$P(1) = P(0) \times [S1/S0 + MP1/MP0 + 0,2]$$

---

<sup>23</sup> Voy. Sur l'article 1728bis du Code civil, not. D. PHILIPPE et M. TAVERNE, La loi du 28 décembre 1983 relative aux baux à loyer, *Journal des juges de paix*, 1984, pp.129 à 153.

Si l'un des paramètres, représentant 40% du prix final, par exemple les matières premières, vient à décupler, les autres paramètres restant inchangés, cette augmentation peut, à notre avis, être entièrement répercutée. En effet, elle porte sur un paramètre portant des coûts réels ; en outre, l'augmentation ne portant que sur un paramètre portant sur 40% du prix final fixé, elle n'enfreint pas la règle selon laquelle l'augmentation ne peut porter qu'au maximum sur 80% du prix final fixé.

Le Ministre de l'Economie peut accorder des dérogations sectorielles à l'application de cette règle. Les dérogations peuvent porter sur l'importance du terme fixe ou sur les paramètres de référence. La seule dérogation restant à notre connaissance en vigueur a été accordée aux sociétés de gardiennage qui peuvent utiliser un paramètre fixe de 10% seulement.

Cette disposition a fait l'objet de peu de commentaires doctrinaux et d'une jurisprudence tout aussi rare<sup>24</sup>.

La disposition s'applique *ratione materiae* aux clauses d'indexation de prix industriels ou commerciaux. Elle ne s'applique pas aux loyers, aux rémunérations et prestations sociales, aux honoraires des professions libérales.

*Ratione loci*, la disposition légale s'applique aux contrats conclus entre personnes physiques ou morales résidant en Belgique et portant sur des prestations à exécuter en Belgique. L'on peut se demander si, vu la volonté de limiter les effets de l'inflation sur le territoire belge, la seule condition d'exécution des prestations en Belgique au profit d'un bénéficiaire résidant en Belgique ne suffisait pas à permettre l'application de la loi. Le fait que le prestataire soit ou non résidant en Belgique nous paraît indifférent.

En outre, la distinction entre l'adaptation des prix d'une part et leur fixation n'est pas toujours aisée.

Prenons l'exemple suivant. Un contrat d'approvisionnement à long terme portant sur la fourniture de pétrole, stipule un prix et une clause d'adaptation de ce prix.

La clause va-t-elle permettre de pratiquer un prix supérieur à celui prévu par le contrat programme ?

Nous croyons qu'il échet de répondre par la négative sous peine de priver la législation en matière de prix de son efficacité en pareille hypothèse.

Notons enfin qu'en France, depuis l'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre, l'indice doit, sous peine de nullité absolue, être en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité directe de l'une des parties<sup>25</sup>. Ces textes ont été aménagés par la loi du 2008-776 du août

---

<sup>24</sup> Voy. M. HUYS et G. KEUTGEN, L'autonomie de la volonté face à l'imprévision et aux réglementations en matière de prix et de contrats de louage, Evolution récente du droit commercial et économique, Jeune Barreau, 1978.

<sup>25</sup> Voy. J. GHESTIN & M. BILLIAU, op.cit., p.78 e.s.; Cass., 3 novembre 1988,D., jur. 1989, p.93.



2008<sup>26</sup> Sont interdites les clauses qui prévoient des indexations basées sur le niveau général des prix ou des salaires.<sup>27</sup>

Il est intéressant de remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation écarte du champ d'application de cette convention, les payements internationaux<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Voy. article L112 du code monétaire et financier.

<sup>27</sup> Article 112-2.

<sup>28</sup> (44) Voy. la jurisprudence Matter, du nom du procureur général, not. Cass.civ., 14 janvier 1931, D.P., 1931,1,18; voy. J. GHESTIN & M. BILLIAU, op.cit, p.100 et s.

## **CHAPITRE III . Eclosion de l'obligation de négociation dans la jurisprudence française.**

Nous étudierons successivement la solution en présence d'une clause et le contrôle des tribunaux ( section 1) ; nous étudierons ensuite la solution en l'absence de clause ( section 2) et nous terminerons par l'évolution législative ( section 3).

### **Section 1. En présence d'une clause de renégociation** <sup>29</sup>

La décision de la Cour d'appel de Paris en cause E.D.F./ SHELL a fait l'objet de plusieurs commentaires.<sup>30</sup>

Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit.

La société pétrolière SHELL avait conclu avec l'E.D.F. un contrat de fourniture de « fuel-oil », à long terme afin d'obtenir un prix préférentiel.

Le contrat contenait une clause d'indexation du prix, ainsi qu'une clause de sauvegarde, aux termes de laquelle les parties « se rapprocheront pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat ( prix ou autre clause) si le fuel-oil ordinaire rendu à destination venait à subir une hausse de plus de six francs par rapport à la valeur initiale ».

Le Tribunal de commerce a considéré que le contrat était devenu nul à la suite de la disparition d'un élément essentiel du contrat ( le prix était devenu indéterminable à la suite de la disparition de l'indice contractuel de variation du prix) et que, la négociation entre parties n'ayant pas abouti, il n'appartenait pas au juge de substituer sa volonté à celle des parties.

Saisie du litige, la Cour d'appel de Paris s'attache à l'exécution de l'obligation de négocier. Elle constata que les parties voulaient poursuivre l'exécution du contrat de fourniture originaire puisque SHELL continuait à livrer le fuel, contre versement de sommes « à valoir » sur le prix.

La Cour en déduisit la volonté des parties, non de mettre fin à leurs relations contractuelles, mais de les adapter aux circonstances nouvelles.

---

<sup>29</sup> Voy. aussi l'article de J.CEDRAS, L'obligation de négocier, Revue trimestrielle de droit commercial, 1985, p. 265 et s. L'auteur s'attache à tous les aspects du problème, en ce compris à la formation du contrat et aux lettres d'intention.

<sup>30</sup>

Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 28 septembre 1976, Revue de l'arbitrage, 1977, pp. 341 et s., avec, et obs. J.ROBERT, Revue de l'arbitrage, 1977, p. 341 et note J. ROBERT. dans la même livraison, l'article de B. OPPETIT, Arbitrage juridictionnel et arbitrage conventionnel: à propos d'une jurisprudence récente, p.315 et s., spécialement p. 322 et s., n°8 ; J.C.P., II, 1978, n° 12736,

Les parties doivent donc, poursuit la Cour, déterminer un nouveau prix et de nouvelles modalités de variations de celui-ci, qui tiennent compte de l'économie contractuelle, et plus particulièrement du caractère réduit du prix en fonction de l'importance et de la durée des fournitures.

L'on perçoit ainsi l'intérêt de la société pétrolière d'invoquer la caducité du contrat ; elle n'était plus obligée d'accepter un prix réduit lors de la conclusion de la nouvelle convention, destinée à remplacer la convention caduque ; si elle acceptait un nouveau prix réduit, c'était en contrepartie d'une durée et d'une quantité de livraison importante qui ne tiendrait pas compte de la durée écoulée du contrat caduc.

La Cour renvoya donc les parties à la table des négociations et désigna un observateur chargé de suivre les négociations et de faire rapport à la Cour en cas d'échec de celles-ci.

Cette décision a été approuvée par les annotateurs précités. Tout en adoptant une solution équitable, énergique et efficace<sup>31</sup>, la Cour évite le reproche de substituer sa volonté à celle des parties.

En outre, le principe de l'exécution en nature des obligations a fait parfois l'objet d'applications trop timides ; or, l'exécution en nature est celle qui offre généralement la solution la plus opportune sur le plan économique et la plus conforme à l'économie du contrat.

Le juge fait une application très pertinente de ce principe en invitant les parties à négocier et, à notre avis, novatrice en assortissant l'exécution de cette obligation de l'intervention d'un tiers chargé de contrôler le déroulement des négociations.<sup>32</sup>

## **Section 2. Absence de clause de renégociation.**

### **§1. La jurisprudence arbitrale.**

La décision suivante concerne l'obligation de négociation en cas de survenance de circonstances nouvelles, mais en l'absence de clause d'imprévision.

Même lorsque le juge admet le principe de l'imprévision, il appartient à la partie qui s'en prévaut de négocier de bonne foi lors de la survenance des circonstances nouvelles.

Dans la sentence arbitrale précitée n° 2508, décision rendue en 1976,<sup>33</sup> le vendeur se prévalait de l'augmentation des prix des produits pétroliers.

---

<sup>31</sup> Les parties sont en effet arrivées à un accord sous l'influence de l'observateur désigné par le tribunal (voy. obs. J. ROBERT précitée, alinéa 2).

<sup>32</sup> Voy. sur une appréciation de l'initiative de la Cour de Paris au regard du droit français et de la Common law, D. TALLON, Dommages et intérêts et exécution en nature, J.T., 1985, pp 601 à 605.

<sup>33</sup> Clunet, 1977, p. 939.

L'acheteur avait, lors de la survenance de la hausse, proposé une augmentation de 25% du prix.

Le vendeur avait refusé, voulant obtenir des prix voisins de ceux du marché mondial.

*Les arbitres considérèrent le comportement de l'acheteur comme fautif : « En l'occurrence il était en principe compréhensible, vu les circonstances, que Y... tente d'obtenir une augmentation des prix contractuels. Il était cependant inadmissible qu'elle cherche à obtenir des prix proches des prix mondiaux, ce qui revenait simplement à résilier le contrat. »*

L'on peut donc en conclure que le comportement déloyal d'un partenaire à la négociation pourra être sanctionné car il constitue un manquement à l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions.

L'appréciation de la bonne foi par le juge constitue un facteur aléatoire en sorte qu'il peut être conseillé de modaliser au mieux l'obligation de négociation ; ainsi, le contractant soucieux de la stabilité du contrat prévoira que les parties mettront tout en oeuvre pour faire aboutir la négociation ; la poursuite du contrat pendant la durée de la négociation devra être prise en considération ainsi que la durée de la négociation et les modalités de mise en oeuvre de celle-ci ( notification d'une partie à l'autre ) ; s'il s'agit d'un contrat d'une durée relativement courte, l'on prévoira éventuellement la qualité des personnes qui représenteront les parties à la table des négociations et/ou le lieu où celles-ci se dérouleront. L'on prévoira aussi une sanction adéquate si l'une des parties ne se présente pas à la négociation.

Comme le fait justement remarquer M. Fabre :

*« L'obligation de négociation est alors précisée par les moyens minimaux que les parties devront mettre en oeuvre pour assurer cette exécution. Elle en sort renforcée car le respect de ces moyens constituera alors pour les parties des obligations de résultat alors que l'obligation de négociation caractérisée par un résultat, ne constituait pour elles qu'une obligation de moyens »<sup>34</sup>*

## §2. La Cour de cassation française

Le droit français introduit une obligation de renégociation en cas de changement de circonstances. Plusieurs décisions doivent être signalées.<sup>35</sup> Dans les deux premiers cas, une modification des circonstances économiques imputable au fournisseur ou au mandant expose le distributeur à une concurrence renforcée. La prise en considération solidariste des intérêts du distributeur oblige-t-elle le fournisseur ou le mandant à (re)négocier pour lui permettre

---

<sup>34</sup> Voy. R. FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1983, pp.19 & 20.

<sup>35</sup> Cass. com, 3 November 1992, «arrêt Huard», Bull. 1992 IV n° 338 p. 241, J.C.P., 1993-11-24, n° 46-47, p. 469 See also, Cass. com. 24 November 1998, Bull. 1998 IV n° 277 p. 232, J.C.P.E., 1999-07-22, n° 29, p. 1242, Obs. C. JAMIN. See also, J.C.P., 1999-12-01, n° 48, p. 2151, note Y. PICOD. Cass.fr., 16 mars 2004, Dalloz, J., 2004, p.1754 et note D. MAZEAUD, l'auteur étudie les décisions antérieures de la Cour suprême française. Voy. H. BOUTHINO-DUMAS, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, R.I.D.E., 2001, pp. 339-373, spéc. p. 360.

d'affronter la concurrence ?

La décision de la Cour de cassation, chambre commerciale du 3 novembre 1992, (B. n° 338 (*Huard*), rejette le pourvoi : « *la cour d'appel a pu décider* », au terme d'une motivation circonstanciée constatant la présence d'une clause d'approvisionnement exclusif, les travaux effectués par le distributeur sur son point de vente, le fait que le prix appliqué par le fournisseur à ses distributeurs était supérieur au prix auquel il vendait lui-même ses produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires, que le fournisseur avait été déloyal et qu' « *en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société... n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* ». La solution de la cour d'appel, selon laquelle il y avait eu en l'espèce faute à ne pas renégocier, même en l'absence d'une clause en ce sens, n'est donc pas condamnée.

La Cour suprême casse pour un double manque de base légale, notamment, au regard de l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants : la cour d'appel aurait dû, précise la Cour de cassation, rechercher si, en contemplation de ce que « *les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté* », les mandants (fournisseurs) qui consentaient des prix inférieurs au moyen de ventes parallèles, « *avaient pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels... et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat* ». Le mandant s'oblige à aider l'agent à développer la clientèle et à adapter le contrat au contexte concurrentiel. Les fournisseurs sont condamnés pour avoir refusé de renégocier un contrat dont l'exécution était devenue excessivement désavantageuse pour leurs mandataires. Mais la solution retenue ne se justifie-t-elle pas surtout par l'obligation légale de loyauté inhérente au contrat d'agence ?

Il ne semble pas, au vu de ces deux décisions, que l'obligation de renégocier en cas de changement de circonstances existe en tant que telle et de manière générale. Elle concernait dans ces espèces les seuls contrats de distribution et s'explique peut-être par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat, avait contribué à en rendre l'exécution ruineuse par l'autre.

La troisième Chambre civile<sup>36</sup> semblait ne pas avoir remis en cause la solution traditionnelle ; elle rejette la révision d'un contrat de crédit-bail immobilier alors que les conditions initialement prévues, modifiées par des circonstances économiques imprévues et postérieures à sa conclusion (effondrement du marché locatif), en rendent l'exécution ruineuse ou impossible pour le débiteur. « *La cour d'appel... a pu en déduire que le crédit bailleur, qui n'était pas responsable des difficultés du marché locatif... et qui n'avait fait qu'appliquer les termes du contrat, n'avait pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial et n'avait commis aucune faute* ».

### §3. L'exécution forcée de l'obligation de négocier

Dans le prolongement de la décision citée EDF-SHELL du 28 septembre 1976, il convient

---

<sup>36</sup> 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.490, rejet.

d'épingler l'arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 26 septembre 2007<sup>37</sup>.<sup>38</sup> qui porte, comme l'arrêt de 1976, sur la mise en œuvre concrète de l'obligation de négocier.

Les faits peuvent être résumés comme suit. Deux sociétés sont liées par un contrat de fourniture de vapeur. L'on connaît la législation en matière de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Les quotas avaient été alloués à Socoma<sup>39</sup>.

A la suite de la revente du reliquat des quotas d'émissions de gaz à effet de serre, Socoma a réalisé un profit de plusieurs millions d'euros. Son unique cliente, Novacarb, revendiquait un partage de ces profits. Novacarb faisait valoir qu'elle avait permis et financé l'installation de la centrale de cogénération sur l'un de ses terrains, et que c'est grâce au contrat commun que les excédents de quotas ont pu être générés.

Le contrat datait de 1998, à une époque où ces quotas n'existaient pas encore. Novacarb assigne non pas en révision du contrat pour imprévision, mais pour un complètement du contrat visant à tenir compte des conséquences de la création de ces quotas, qui constituent un élément fondamental dans l'économie du contrat.

Les magistrats n'ont pas complété le contrat eux-mêmes.

Ils auraient pu l'envisager sur base de l'article 1135 C. Civ. Ils invitent cependant les parties à procéder à une négociation d'un avenant au contrat suite à la nouvelle réglementation en matière de quotas d'émissions de gaz à effet de serre. Les parties sont également invitées à remettre au greffe une copie de l'avenant conclu, les parties devant en cas d'échec des négociations, remettre à la Cour les propositions formulées.

Cette décision a été rendue en l'absence de toute clause de sauvegarde, contrairement à la décision rendue par la cour d'appel de Paris en 1976.

Sur quelles bases la Cour a-t-elle justifié sa décision ? La Cour souligne que la pratique concertée des parties ont pour finalité de réduire les émissions de gaz polluants et la Cour base l'obligation de négociation sur l'existence d'un déséquilibre contractuel et sur la nécessité d'exécuter le contrat de bonne foi, basées sur les articles 1134 al. 3 et 1135 du Code Civil. Cette décision a été critiquée par le Professeur Cachard. Celui-ci souligne qu'aucun coût supplémentaire n'existait, mais bien un bénéfice imprévisible. Soulignons que le bénéfice exceptionnel peut donner lieu à application de la théorie du bouleversement de l'économie contractuelle. Par ailleurs, le professeur Fages souligne – justement – que ce qui justifiait la renégociation est la survenance d'une situation nouvelle de nature à bouleverser durablement et d'une façon ins l'équilibre contractuel.

Comme le souligne à juste titre le Professeur Fages, la renégociation du contrat nécessite un analyse très minutieuse des éléments de fait. L'auteur souligne que c'est Novacarb qui, s'étant procuré la vapeur d'eau au moyen de ses 7 chaudières à charbon et gaz, avait décidé de recourir à la technique de la cogénération et avait elle-même participé au financement de la centrale. Novacarb déterminait elle-même les périodes de production de vapeur et les quantités nécessaires.

---

<sup>37</sup> « SAS Novacarb c. SNC Socoma », R.L.D.C. 2008/49 n° 2969 et note O. Cachard ; cité aussi par B. Fages « Chroniques : Obligations Générales », R.T.D. Civ. Avril-Juin 2008 p. 295.

<sup>38</sup> Voy. notre article publié et télévisé sur *businesslawnet.eu*

<sup>39</sup> Voyez l'avis de presse de la CREG du 21 janvier 2009 portant sur les recommandations du Conseil de Direction de la CREG relatives à l'impact des droits d'émission CO<sub>2</sub> sur le prix de l'électricité. Voyez aussi l'article du Standaard du 15 juin p. 1 et 16 juin p. 8.



Ces sources juridiques montrent l'importance de l'obligation de négociation dans la phase de formation du contrat, la bonne foi étant la référence dans la norme comportementale.

### **Section 3. Rapport Catala et réforme du droit français.**

Le professeur français Catala, entouré d'éminents collègues, a rédigé à la demande du Ministre de la Justice français, un rapport visant à la réforme du droit des obligations. Ce rapport a été remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 et a été déposé au Sénat français en juillet 2006. Il prévoit en l'article 1104 du Code civil que les négociations doivent être menées de bonne foi et, en son article 1104-1, que *«Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination.»* L'article 1135-1 du projet Catala prévoit la possibilité pour les parties d'insérer une clause de renégociation en cas de perturbation de l'équilibre initial des prestations réciproques tel qu'une partie perd tout intérêt à l'exécution du contrat. L'article 1135-2 du projet prévoit que, en l'absence de telle clause, la partie qui, à la suite du changement de circonstances, perd tout intérêt au contrat, peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation. Ces négociations doivent être menées de bonne foi. En cas d'échec des négociations exemptes de mauvaise foi, les parties peuvent mettre fin au contrat.<sup>40</sup>

Que signifie une négociation de bonne foi? Faisant référence aux principes Unidroit, un auteur a écrit que les négociations doivent être menées de manière constructive et en temps adéquat.<sup>7</sup> Il souligne également que les propositions d'adaptation doivent être en conformité avec l'équilibre contractuel originaire.<sup>8</sup>

La jurisprudence belge ne reconnaît pas encore une telle obligation de renégocier en cas d'imprévision<sup>9</sup>; nous croyons cependant que pareille jurisprudence basée sur la coopération entre parties et l'efficacité du contrat, devrait être adoptée.

Le projet de révision du Code civil tel qu'élaboré en s'inspirant du projet Catala prévoit lui aussi une obligation de renégociation. Le texte déposé au Sénat en juillet 2008 précise : en son article 136 :

*« Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. »*

---

<sup>40</sup> D. PHILIPPE, **Ecllosion de l'obligation de négociation**, Knops Publishing | [www.businesslawnet.eu](http://www.businesslawnet.eu)



## **CONCLUSIONS**

En conclusion, il importe de veiller dans la rédaction des clauses de renégociation et plus particulièrement de hardship aux éléments suivants :

- a) Une énonciation des caractéristiques des circonstances (imprévisibles ...). Mentionner que la grève constitue un cas d'imprévision est imprécis et ne permet pas de connaître le régime juridique d'une grève prévisible. Le critère d'imprévisibilité constitue à notre avis, un élément important à mentionner dans les clauses de hardship. Il serait en effet souvent contraire au bon fonctionnement des opérations internationales que de permettre à une partie de se prévaloir de la révision de la convention ensuite d'événements contre lesquels elle pouvait se prémunir.

Parfois, il peut être utile de préciser le seuil du bouleversement de l'économie contractuelle, par exemple le pourcentage de hausse des coûts de production à partir duquel l'économie contractuelle est considérée comme bouleversée.

La rédaction de la clause pourra également varier en fonction de la nature du contrat. Ainsi, la solution pourra varier selon qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise ou d'une concession.

- b) Ensuite, l'on aura égard à une circulation parfaite de l'information notamment en prévoyant la notification de l'événement perturbateur, et toute modification de ces circonstances susceptible d'influencer l'exécution du contrat.
- c) Surtout dans les contrats à long terme, la clause doit être souple : la négociation, l'adaptation, contribuent à cet effet.
- d) L'on organisera l'effet du changement de circonstances non seulement sur la prestation directement touchée par celui-ci, mais aussi sur la prestation du cocontractant. Le sort des prestations déjà exécutées ne doit pas être oublié.
- e) L'on veillera dans la rédaction de la clause de modaliser de manière précise l'obligation de renégociation ( délai à respecter, etc..) et à prévoir les effets sur le contrat de l'échec des négociations.
- f) L'appréciation de la bonne foi par le juge constitue un facteur aléatoire en sorte qu'il peut être conseillé de modaliser au mieux l'obligation de négociation.