

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
Faculté de droit et de science politique

CDMT
Centre de Droit Maritime et des Transports

LES CLAUSES DE *HARDSHIP* DANS LES CONTRATS MARITIMES

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit Maritime
par Laura CARNEIRO

Sous la direction de M. le professeur Christian SCAPEL
Année universitaire 2012-2013

REMERCIEMENTS

Avant tout, je tiens à remercier toutes les personnes qui ont eu la gentillesse de bien vouloir accompagner ce travail, ainsi que tous ceux qui m'ont tant apporté cette année universitaire, et notamment :

- pour leurs précieux enseignements, l'ensemble des professeurs et intervenants de cette année 2012-2013 du Master 2.
- Mme Marjorie VIAL pour son accompagnement et ses conseils prodigués sans discontinuer tout au long de l'année..
- Me Ballini, Me Mazier et Mr Chapevov pour leurs accueil et conseils au sein de leur cabinet à Monaco, où j'ai eu la chance d'effectuer mon stage de fin d'études.
- ma famille, sans qui je n'aurais pas pu avoir ce cursus universitaire.
- et enfin, tous mes copains de la promotion.

TABLES DES ABRÉVIATIONS ET DES SIGLES UTILISÉS

<i>art</i>	article
<i>CAMP</i>	Chambre Arbitrale Maritime de Paris
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>CC</i>	Code civil
<i>CCI</i>	Chambre de Commerce Internationale
<i>civ.</i>	chambre civile
<i>CPC</i>	Code de procédure civile
<i>et s.</i>	et suivantes
<i>p.</i>	page

SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	5
<i>Partie I – L'intérêt des clauses de hardship dans les contrats maritimes</i>	10
<i>Titre I – La spécificité de l'environnement contractuel du transport maritime</i> ..	11
<i>Chapitre I – Un contexte économique instable</i>	12
<i>Chapitre II – Un contexte juridique rigide</i>	18
<i>Titre II – La réponse apportée à ce contexte par la clause de hardship</i>	26
<i>Chapitre I – Pour la continuation du contrat de façon équitable</i>	27
<i>Chapitre II – Une fonction à distinguer de celles des clauses voisines</i>	29
<i>Partie II – L'efficacité des clauses de hardship dans les contrats maritimes</i>	31
<i>Titre I – Les conditions d'application de la clause de hardship</i>	33
<i>Chapitre I – L'importance de la rédaction de la clause</i>	34
<i>Chapitre II – La caractérisation de la situation de hardship</i>	38
<i>Titre II – Les effets de l'activation de la clause</i>	46
<i>Chapitre I – La renégociation de l'accord entre les parties</i>	47
<i>Chapitre II – Un pouvoir de résiliation accordée à la partie lésée</i>	50
<i>Chapitre III – L'intervention de l'arbitre maritime</i>	51
<i>Conclusion</i>	53

INTRODUCTION

1. La clause de *hardship*¹ est une clause en usage dans les contrats internationaux, en vertu de laquelle les parties à un contrat s'engagent à renégocier le contenu de leur contrat lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres, en conférant parfois au juge ou à l'arbitre, à défaut de nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération. Il s'agit donc de clauses prospectrices contre l'imprévision, qui indiquent les facteurs de déséquilibre à prendre en compte et la façon d'y remédier.

B. Oppéitit la définit dans ces termes : il s'agit de « *celles 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* »².

2. La notion de *hardship* se distingue donc de la notion de force majeure qui suppose une impossibilité d'exécution et qui implique l'extinction des obligations. De même, elle se différencie de celle de lésion, qui recouvre les cas où le déséquilibre entre les droits et obligations des parties existe déjà au moment de la formation du contrat. A l'inverse, le *hardship* concerne l'apparition d'un déséquilibre insoutenable pendant l'exécution du contrat, donc postérieurement au moment de sa formation.

1 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^e édition, mise à jour Quadrige août 2011, PUF, 2011.

2 B. OPPÉITIT, « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship* », JDI, 1974 n°4.

3. Les clauses de *hardship* trouvent être assez répandues dans certains contrats maritimes de longue durée, comme les COA (*contracts of affreightment* ou contrat de tonnage), les contrats d'affrètement à temps ou encore les contrats d'affrètement d'espace croisé. De même, il est possible d'imaginer que ces clauses peuvent trouver leur place dans les contrats de construction navale. Le point commun de tous ces contrats est leur durée : ce sont les contrats à moyen ou long terme, c'est-à-dire à exécution successive, qui s'exposent aux risques des changements de circonstances.

4. En effet, les données économiques, sociales, politiques, voire techniques environnantes au moment de la conclusion de tels contrats maritimes seront amenées à évoluer. Les parties en sont conscientes, et incluent souvent dans leurs prévisions des clauses d'adaptation automatiques, qui s'appliqueront d'elles-mêmes dès que leurs conditions seront remplies par le changement en cause.

La difficulté se pose lorsque les changements de circonstances sont, non seulement graves pour l'une ou les deux parties, mais imprévisibles au moment de la formation du contrat. C'est à cette problématique que répondent les clauses de *hardship*. Elles permettent d'appréhender tout un éventail de situations, en les déterminant au préalable, voire en les énumérant précisément. Et si l'une de ces situations se présente et qu'elle est reconnue comme telle, par les parties ou par le tiers appelé à trancher, un mécanisme de renégociations se met en marche.

Dès la formation du contrat, c'est prévu : cette clause permet d'apporter une réponse qui sera adaptée à une situation que les parties n'avaient pas imaginée.

5. La clause de *hardship* est considérée comme une exception au principe de *pacta sunt servanda*, adapté en droit français sous la forme de principe de force obligatoire³, dans le sens où elle mettrait en échec cette intangibilité du contrat qui fait sa force. Permettre la renégociation de ses termes, au beau milieu de son exécution, serait contraire au principe de force obligatoire des conventions.

Cependant, l'application même de cette clause, qui fait partie du contrat, est elle aussi imposée par ce principe de force obligatoire. La clause est déclenchée car les

3 Voir n° .

parties l'avaient gravée au sein de leur accord. Le paradoxe est intéressant.

6. D'ailleurs, il faudra aussi s'interroger sur la présence quasi-systématique des clauses d'adaptation en général et de *hardship* en particulier dans les contrats commerciaux internationaux. Il n'est pas inutile de se demander si la pratique contractuelle est telle, qu'au moins dans les faits, le principe *pacta sunt servanda* s'affaiblirait progressivement et se retrouverait supplanter par un principe d'un genre nouveau, qui serait un principe d'adaptation continue des contrats, au gré des changements de circonstances. Ce dernier serait une expression pratique de la clause dite *rebus sic stantibus*, les choses restant en l'état.

7. Ces nécessités d'adapter, d'ajuster les contrats maritimes se comprennent aisément. Les parties ont voulu coopérer ensemble pour effectuer ou participer à une opération de transport. A priori, elles souhaitent que le contrat qu'elles ont pris le temps de négocier s'appliquent du début jusqu'au terme.

La partie qui ne subit pas la rigueur provoquée par le déséquilibre nouveau du contrat n'a pas d'intérêt en général à voir son cocontractant dans une difficulté excessive pour honorer la partie de ses engagements, d'autant que s'il persiste sans renégociation des termes, il y a de fortes chances pour qu'il se retrouve finalement dans l'impossibilité totale d'exécuter non seulement lesdites obligations, mais aussi les obligations qu'il peut avoir ailleurs. Les opérateurs du transport maritime font partie d'un monde restreint, et la synergie qui peut exister entre leurs activités diverses leur est à tous bénéfique.

8. Pour comprendre l'utilité de ce type de clauses, il faut se rattacher à la discipline de l'économie du droit. En effet, en droit du transport maritime, comme en droit du commerce international, le moteur est l'argent. L'aspect financier est le seul à prendre en compte pour comprendre les motivations et décisions de chaque acteur. Au moment de la conclusion du contrat, quand les parties acceptent cette clause de *hardship*, elles ne savent pas si l'une d'entre elles et laquelle sera touchée par le déséquilibre. Ainsi, en prévoyant d'avance une méthode de résolution avec renégociations, elles se laissent la possibilité de minimiser leur propre préjudice, mais aussi celui de leur cocontractant.

C'est cet esprit de coopération qui est à saluer dans le mécanisme de cette clause, au moins dans le principe. En effet, en pratique, si les circonstances peuvent changer, la bonne volonté des cocontractants peut aussi avoir été altéré et les négociations peuvent être parfaitement inefficaces et une pure perte de temps.

9. En terme d'économie du droit toujours, mais au sens d' « économiser le droit », la clause de *hardship* a aussi son intérêt. Le but est d'éviter une résiliation hâtive de la part de l'opérateur qui se sent en grandes difficultés pour réaliser sa prestation. Eviter une résiliation unilatérale permet d'éviter le contentieux afférent au montant des dommages-intérêts à verser et autres sanctions.

Ainsi, la clause de *hardship* permet au moins d'essayer d'éviter une procédure longue et coûteuse (en matière d'affrètements, le règlement normal des litiges étant l'arbitrage). Avec une procédure bien encadrée et précise de renégociation, les parties ont l'opportunité de faire l'économie d'un peu de procédures judiciaires.

10. Après avoir soulevé l'aspect coopératif de cette clause, il faut se pencher sur sa visée équitable. L'équité est une notion largement ignorée du droit français, mais assez prise en compte en droit anglo-saxon ou encore en droit de l'arbitrage avec l'amiable composition. Il reste que l'équité est un concept, humain s'il en est, qui survole le droit pour être en l'esprit de tous.

11. Ici, l'équité s'exprime dans la nécessité de retrouver l'équilibre perdu au fil du temps, au gré des changements de circonstances. Ces changements ont été tels qu'ils ont bouleversé l'économie du contrat. Ce contrat est devenu inéquitable pour l'une des parties, injuste. Il faut préciser sur ce point que la recherche de l'équilibre initial n'est pas forcément la recherche d'une situation équitable : l'accord initial n'était pas nécessairement objectivement juste équitable. Mais il était l'accord convenu et accepté par les parties, et l'équité doit se comprendre dans l'équilibre atteint selon la volonté des parties.

12. L'équité est donc l'un des buts poursuivis par les clauses de *hardship*, l'autre étant la survie du contrat au bénéfice de l'ensemble des parties finalement.

Il faut soulever maintenant que les textes des contrats d'affrètements et autres contrats maritimes sont précieusement gardés secrets par les opérateurs. De plus, les litiges portant sur ces accords sont traditionnellement tranchés par les arbitres maritimes, et non par les juridictions étatiques. L'une des caractéristiques de l'arbitrage étant la confidentialité des sentences rendues, y accéder reste particulièrement ardu.

13. Les clauses de *hardship* apparaissent avoir une place naturelle dans les contrats maritimes, elles y sont pertinentes. Il reste que leur mise en œuvre se confronte à certaines difficultés propres à ce milieu. Tout d'abord, les sommes engagées sont importantes. Ensuite, le marché de l'affrètement est un marché où la concurrence va bon train, et les possibilités de trouver meilleures opportunités ailleurs ne cessent d'un jour sur l'autre. Enfin, les rapports de force entre affréteur et fréteur sont particulièrement pesants et cela jouera sur le processus de renégociation.

14. Pour avoir l'analyse la plus complète possible de ces clauses de *hardship* quand elles sont inscrites au sein de contrats maritimes, il faut tout d'abord se questionner sur l'opportunité de telles prévisions dans de telles conventions (partie I).

Cet intérêt se comprend tout d'abord avec l'analyse de l'environnement, du contexte économique-juridique qui a permis la diffusion de cette pratique contractuelle. Mais il s'explique aussi, et c'est logique, par les objectifs visés par ce type de clauses, c'est-à-dire ce qu'elles peuvent permettre, apporter de positif dans la relation contractuelle de long terme entre opérateurs du transport maritime.

15. Par la suite, il serait intéressant de se pencher plus directement sur la question de l'efficacité de ces clauses (partie I).

Notamment, leur déclenchement ne sera permis que sous certaines conditions, qui tiennent en particulier à leur rédaction (mais il ne faut pas oublier l'impact du droit applicable), sachant que toute latitude est laissée dans le domaine aux praticiens. Aussi, l'efficacité de la clause une fois activée sera fonction des remèdes prévus et selon leurs modalités.

PARTIE I

L'intérêt des clauses de *hardship* dans les contrats maritimes

16. Le travail créatif des praticiens du droit des affaires est un moteur de l'évolution juridique. Par la création, l'utilisation et le perfectionnement progressifs de nouveaux outils contractuels, ils participent de cette évolution tout d'abord au plan de la technique, de l'ingénierie juridique, puis, par la force des choses, sur le plan plus général de la théorie même du droit.

Comme la plupart des autres types de clauses, la clause de *hardship* est née de l'imagination des rédacteurs de contrats d'affaires, en réponse à une difficulté particulière : ici, l'imprévision. Les événements à venir ne peuvent pas être toujours parfaitement anticipés, et c'est un manque de sécurité pour les opérateurs du commerce international, et ceux du transport maritime en particulier. Ces événements générateurs d'insécurité juridique sont donc à l'origine de la création de telles pratiques contractuelles. Ainsi, dans le domaine du droit maritime, la clause de *hardship* doit être vue, en réponse à un environnement contractuel spécifique (titre I), comme une réponse aux difficultés qui en émergent pour les opérateurs du *shipping* (titre II).

Titre I - La spécificité de l'environnement contractuel du transport maritime

17. Comme dit précédemment, l'apparition et la sophistication des clauses de *hardship* au fil du temps sont l'œuvre de la pratique des affaires, très fertile. L'arrière-plan de cette évolution est l'environnement économique et financier dans lequel les opérateurs du transport maritime évoluent. Et leur activité est basée sur la conclusion de contrats maritimes spécifiques soumis à diverses normes.

18. Comme F. Magar a pu le souligner ⁴, l'existence et la rédaction d'une clause de *hardship* ne peut se concevoir isolée d'une analyse *ex ante* du contexte par le juriste. Celui-ci doit faire montre de capacités de stratégie et avoir « *une bonne connaissance du contexte de l'opération globale, des contraintes et attentes réciproques des parties* ».

Dans cette perspective, la clause de *hardship*, entendue dans son aspect fonctionnel, est une réponse à la combinaison de difficultés posées par deux types de données : d'une part, celles d'un contexte économique global instable (titre I) et d'autre part, celles d'un environnement juridique relativement rigide (titre II).

4 F. MAGAR, « Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Recueil Dalloz*, 2010, p.1959.

Chapitre I - Un contexte économique instable

19. Le transport maritime met en jeu des chaînes complexes d'acteurs, aux rôles et objectifs différents. Les interactions entre eux sont encadrées par des contrats spécifiques (section 1). De plus, si ces activités sont, de par leur nature, soumises à deux niveaux de perturbations économiques (section 2), la récente et actuelle crise financière les a aussi affectées (section 3).

Section 1: Les contrats maritimes de durée comme support de l'activité de transport

20. Les contrats de durée, de longue durée, comme les contrats à durée indéterminée, sont des objets juridiques appelés à survivre dans le temps. Cette catégorie de contrats se retrouve dans de nombreuses autres matières, avec par exemple : les contrats de concession, les contrats de distribution, les contrats de fourniture d'énergie, de matières premières ou autres, les contrats de construction, les contrats d'agence, les contrats d'association d'entreprises ou *joint-venture*, ou encore les pactes d'actionnaires. En matière maritime, de tels contrats de durée sont très généralisés et au fondement même de l'ensemble des activités.

Leur utilité se perçoit aisément : ce type de rapports contractuels à long terme permet aux cocontractants de s'assurer mutuellement une prestation déterminée en échange d'une contrepartie aussi déterminée. De plus, le principe de force obligatoire du contrat ⁽⁵⁾ permet d'imposer une sécurité de ces rapports sociaux.

21. En droit maritime, il existe des contrats spécifiques répondant à cette exigence de stabilité dans la durée. Il s'agit des contrats d'affrètements, parmi lesquels :

⁵ Voir *infra* n° 33.

les *COA* ou *Contracts Of Affreightment* (contrats de tonnage), les contrats d'affrètement à temps, les contrats d'affrètement d'espace permanent. Ce sont dans ces types de contrats que se retrouvent de façon généralisée les clauses de *hardship*. Ces contrats d'affrètement longue durée sont à opposer au marché spot, et c'est dans cette opposition que l'on comprend leur apport en termes de sécurité. Sur le marché spot, les affrètements sont négociés pour de courtes durées, quelques voyages,... Ce marché sera donc très influencé par les fluctuations économiques, et ce, de façon instantanée. C'est pour pallier à ces variations que les opérateurs concluent des affrètements à long terme. De plus, ces types de contrats servent d'encadrement pour d'autres sous-contrats ou contrats accessoires, lesquels nécessitent logiquement une certaine stabilité.

22. Il faut ajouter aux affrètements, les contrats de construction de navires neufs, qui sont bien des contrats à exécution successive. Aussi, les contrats de volume tels que prévus et décrits par les Règles de Rotterdam (art 80) pourraient aussi contenir de telles clauses, car, si elles entrent en vigueur, dans de telles conventions, le chargeur et le transporteur, retrouveraient leur liberté contractuelle pour convenir des termes de leurs accords ⁶.

23. En restant centré ici sur les seuls contrats d'affrètements, de nombreuses circonstances apparaissent comme pouvant être l'origine de situations de *hardship* : l'augmentation des *bunker costs* ⁷, l'augmentation des *freight rates* (sauf si leurs variations sont exclus du domaine de la clause comme c'est souvent le cas), ou encore la détention prolongée du navire dans le port.

Dans tous les cas, l'affréteur comme le fréteur peut subir les conséquences malheureuses d'une modification de l'équilibre initial du contrat : le prix à payer devient trop élevé par rapport à la prestation fournie en contrepartie, ou la prestation revient trop chère à celui qui la fournit par rapport à son prix qui n'a pas bougé,...

De tels contrats se heurtent donc à des fluctuations économiques, qui, si elles impactent l'ensemble des activités du commerce international, affectent aussi le

6 Dans le cas d'une clause de *hardship*, stipulée entre un transporteur et un chargeur, il y a fort à parier que le transporteur, qui est en général en grande position de force y compris pendant les négociations, fera rédiger une clause qui ne prévoirait de réajustement que dans l'hypothèse où lui-même se retrouverait subissant ladite rigueur.

7 Mais, voir n° , les variations des *bunker costs* ou coûts de soutage doivent être d'une ampleur exceptionnelle pour être considérées comme constitutives de *hardship*, car elles sont souvent vues comme normalement prévisibles par les professionnels du milieu.

domaine du transport maritime, international par nature, et par de multiples facteurs.

Section 2: Un stabilité économique doublement menacée

24. L'économie des contrats d'affrètements est fonction de l'état de l'offre et de la demande, du coût du carburant, des taux de surestaries, des taux de *despatch*, des temps de planche,... En analyse économique, la spécificité de l'activité de transport maritime tient à l'existence de deux niveaux de facteurs pouvant modifier les données. Ainsi, O. Cachard parle de critères exogènes et endogènes à l'activité maritime et pouvant venir bouleverser les contrats d'affrètement ⁸.

25. Concernant les critères exogènes, il faut rappeler, comme l'auteur l'énonce que les contrats d'affrètement, à la base du transport maritime, n'ont de raison d'être que « *comme accessoire du commerce international* ». En effet, sans commerce de marchandises d'un pays à l'autre, il n'y aurait aucune raison d'affréter ces navires. Donc, en tant qu'accessoire du commerce, le transport maritime subit directement son influence, et ce sur plusieurs plans : la demande de navires par les exportateurs, les conditions d'affrètement selon le jeu de l'offre et de la demande,... Mais aussi, les activités des marchands affectent aussi les délais d'attentes dans les ports de chargement et de déchargement.

De plus, l'auteur intègre aussi dans cette catégorie de critères exogènes tout ce qui peut influencer les conditions de soutage, et donc le prix du carburant ⁹, qui est fonction des événements politiques des pays producteurs et des conditions de production.

26. Quant aux critères endogènes, il s'agit de l'évolution du marché même du transport. Ce sont les variations entraînées intrinsèquement par les acteurs du milieu.

8 O. CACHARD, « Les clauses de hardship dans les contrats maritimes: prévisions et imprévision! », *DMF mai 2011*, p.399, communication présentée lors de la journée Ripert 2010.

9 Au prix du carburant, on rajoutera sa disponibilité, c'est-à-dire la question de l'avitaillement, des pénuries,...

Les armateurs influent sur l'offre en transport en jouant sur leur gestion collective du parc des navires disponibles. A cet égard, il faut nécessairement prendre en compte le types de navires (leurs spécificités entraînant la ségrégation du marché du transport en différents sous-marchés étanches les uns les autres), tout comme leur état. Ainsi, les armateurs peuvent jouer sur l'offre de navires, par exemple, par leur commande de navires neufs ¹⁰.

27. En adhérant totalement à la thèse de cet auteur, il serait possible d'ajouter un élément. Ces deux catégories de critères n'agissent pas au même niveau sur les conditions économiques environnant les contrats maritimes. En effet, si les critères endogènes affectent directement ce contexte économique, les critères exogènes eux peuvent l'affecter tant directement, tant indirectement via une influence sur les critères endogènes.

Cette complexité est entre autres à l'origine de l'imprévisibilité des événements économiques à venir, imprévisibilité s'est avérée récemment.

Section 3: Une actualité économique particulière pour le shipping (aussi)

28. Comme l'a écrit O. Cachard, les divers contrats d'affrètement sont particulièrement sensibles aux « *fluctuations de la conjoncture économique et aux cycles économiques* » qui restent toujours difficilement maîtrisables par les opérateurs du *shipping*. Des variations importantes et subites sont toujours possibles. Par exemple, il est possible de penser que face à l'augmentation exponentielle de commercialisation du GNL (gaz naturel liquide) la rareté actuelle de navires méthaniers puisse représenter une difficulté d'ampleur à venir si elle n'a pas été prise en compte à temps.

29. Récemment la fameuse crise dite « des sub-primés » a aussi eu des incidences sur l'activité maritime, comme on le comprend en se référant à l'expertise de

10 Notamment, avec la récente crise économique, les armateurs se sont retrouvés avec nombre de navires neufs commandés pendant la période faste juste précédente, et face à une demande en transport en forte baisse, vue la diminution des échanges internationaux de marchandises dès la fin 2009.

P. Simon parue dans la Gazette de la CAMP ¹¹. Même s'il rappelle que le besoin de transporter d'énormes masses de marchandises par mer perdure, de nouvelles problématiques ont pu provoquer un bouleversement des circonstances économiques.

D'une part et de manière générale, cette crise a provoqué un rétrécissement du crédit et de l'activité bancaire, ce qui a nécessairement eu des incidences négatives sur l'activité des exportateurs (qui bénéficient plus difficilement d'avances de fonds pour produire et exporter), comme sur celle des importateurs, qui subissent une forte baisse de la demande). Et les conséquences de se propager sur l'ensemble des maillons de la chaîne maritime. D'autre part, avec cette diminution de l'activité de transport maritime, des chartes-parties sont résiliées, des constructions de navires neufs décommandées.

De façon pertinente, cet auteur souligne toutefois que ces conséquences dramatiques de ladite crise ne touchent franchement que les « pays occidentaux », alors que les grands pays émergents (Brésil, Inde, Chine,...) et nombre de pays jusqu'à récemment dits « pauvres » ou du « Tiers monde », restent dans leur mouvement de croissance de leurs activités de production et d'échanges.

30. A titre d'exemple de l'impact de la crise récente sur l'économie générale du transport maritime, il est possible d'examiner simplement l'évolution des recettes nettes moyennes d'un vraquier de 160 000 tonnes durant ces dernières années ¹² : elles sont passées de 8 000 \$ par jour en 2003, à 150 000 \$ par jour en 2007, pour baisser à 20 000 \$ par jour à la fin de l'année 2008. *A priori*, de telles ampleurs pouvaient difficilement être prévisibles par les opérateurs du *shipping*. Et les contrats restant en l'état, cela a dû conduire à de nombreuses inexécutions des conventions, puis à autant de procédures d'arbitrage. Là encore, c'est le manque de flexibilité du support de l'activité qui lui a empêché de pouvoir s'adapter aux évolutions surprenantes des marchés, et qui a donc mis en difficulté l'une des parties, et finalement les deux.

31. En guise de conclusion de ce chapitre, il faut élargir, au-delà de la seule perspective économique, le champ des événements pouvant provoquer le

11 P. SIMON, « *La crise économique mondiale a-t-elle des effets en droit maritime?* », Gazette de la Chambre (CAMP) n°19, Printemps 2009.

12 J.-Y. THOMAS, « Les clauses de hardship sont-elles efficaces? », Communication lors de la journée Ripert le 24 juin 2011.

déséquilibre du contrat dans le temps. Par exemple, les travaux et opérations de maintenance des navires sont aussi dépendants des exigences en matière de sécurité. D'une manière générale, il faut tenir compte de l'évolution des exigences en matière sociale, liées aux prises de décisions politiques, ce qui reste par nature difficile à anticiper à long terme. Finalement, des modifications des circonstances entourant le contrat peuvent être cause de *hardship*, quelque soit leur nature : économique, financière, politique (par exemple, la fermeture d'un canal), voire administrative (l'immobilisation longue du navire par exemple), ou sociale. Même si les contrats maritimes de durée sont justement construits pour pallier le caractère fluctuant du marché spot, il arrive que les bouleversements soient tels que l'intangibilité du contrat qui faisait sa force mette une au mois des parties dans une situation intenable.

Il convient donc de se pencher sur le contexte juridique, complémentaire des circonstances étudiées ci-dessus, pour comprendre dans quelle cadre les clauses de *hardship* ont trouvé leur place et prouvé leur utilité.

Chapitre II - Un contexte juridique rigide

32. La clause de *hardship* est aussi une tentative réponse aux rigidités de la plupart des droits nationaux, et en particulier le droit français. Parmi les rares règles reconnues universellement, l'intangibilité du contrat (section 1) est celle qui fait sa force, sa solidité. Cependant, les droits nationaux ont mis en place des exceptions à cette règle, avec plus ou moins d'effectivité (section 2). Enfin, caractéristiques du droit du commerce international, les normes d'ordre transnational édictent aussi une méthode face à ces question d'imprévision (section 3).

Section 1: L'intangibilité de principe du contrat

33. Le principe, reconnu universellement, de *pacta sunt servanda* a pour équivalent particulier en droit français celui de la force obligatoire du contrat tel que décrit à l'art 1134 du CC : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». En effet, les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si la performance est devenue plus onéreuse, voire beaucoup trop, pour l'une des parties, que cela soit dû à une augmentation des coûts qu'elle subit ou à la diminution de la valeur de la performance reçue.

34. Le paradoxe est donc posé : le fréteur et l'affréteur ont conclu un contrat de moyen ou long terme pour encadrer leurs activités et s'assurer une certaine stabilité dans le temps, en échappant aux incertitude du marché spot. Mais si les données initiales viennent à évoluer de façon brutale, imprévisible, l'une des parties se

retrouvera dans une situation périlleuse, et la continuation du contrat lui portera préjudice. De plus, il faut comprendre que s'ils ont conclu ce contrat ensemble, c'est parce qu'ils ont tout intérêt à le voir exécuté : il est le support d'une synergie entre ces deux opérateurs et chacun l'a conclu en comptant en tirer une valeur ajoutée.

35. Avec la confrontation du contrat à l'écoulement du temps, la question de l'imprévision reposera alors sur la dialectique entre ce principe et celui dit de *rebus sic stantibus* (les choses restant en l'état). Il s'agit de la référence à la situation qui existait au moment de la conclusion du contrat : c'est une clause implicite selon laquelle les aspects fondamentaux de l'accord initial doivent être maintenus.

Alors, chaque droit national a pu privilégier l'effectivité de ce second principe sur celui de la force obligatoire du contrat, ou au contraire l'écarter. Dans les deux cas, la clause de *hardship* est une méthode choisie par les parties afin de mieux maîtriser les conséquences des changements de circonstances sur la vie de leur contrat.

Section 2: Quelques variations entre les positions des droits nationaux

36. Les réactions des différents droits nationaux face à la question du *hardship* sont assez différentes, mais toutes varient entre les bornes des principes précités de *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus*, privilégiant plutôt l'un ou plutôt l'autre. Les clauses de *hardship* seraient soit le palliatif au refus par le droit national d'une possibilité d'adaptation du contrat, soit la possibilité pour les parties, si l'adaptation est autorisée par ce droit, de mieux contrôler cet ajustement du contrat et son processus. Après avoir étudié les règles applicables, en l'absence de clause de *hardship*, en droit français (I) et en droit anglo-saxon (II), les positions de nombreux autres ordres juridiques méritent aussi un petit aperçu(III).

I. Le rejet de l'imprévision en droit français

37. L'accord de volonté des parties est créateur d'obligations et de responsabilité conformément au principe de l'art 1134 du CC. Depuis l'affaire du Canal de Craponne

¹³, le principe est posé sous le visa de cet article: « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». La révision pour imprévision est prohibée en droit français ¹⁴, et la jurisprudence est restée constante jusqu'à nos jours. Sauf l'hypothèse d'adaptation des termes du contrat d'un commun accord, le rétablissement d'un équilibre contractuel ne pourra être opéré que si des mécanismes auront été prédéfinis dans le contrat. Hors volonté expresse des parties de permettre la modification du contrat au cours de son exécution, le principe d'intangibilité du contrat demeure: « *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* » ¹⁵.

38. Les théoriciens du droit français se partagent sur la nécessité d'appliquer la révision pour imprévision. A titre de synthèse, il faudra retenir l'analyse d'auteurs les plus autorisés, qui souhaiteraient que l'interdiction de la révision pour imprévision soit vue comme une règle supplétive, dans le sens où « *l'absence de révision pour imprévision est préférable en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire* » ¹⁶. Parmi ces clauses ¹⁷, se retrouvent les clauses de *hardship* ici étudiées.

39. Enfin, si l'équité n'est pas un motif suffisant en droit français pour permettre de réajuster les termes des obligations des parties après un changement de circonstances constitutif de *hardship*. Mais la rigueur de cette règle trouvera à

13 Cass. Civ. 6 mars 1876.

14 Pour les matières civile et commerciale. *A contrario*, la théorie de l'imprévision trouve application dans l'ordre administratif, et ce, depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916 « Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux ».

15 Extrait de la solution du tribunal arbitral dans la sentence CCI n°2708 (1977), tranchant un litige portant sur un contrat de vente entre un vendeur belge et un acheteur japonais, litige soumis au droit français.

16 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 2002, n°471, p. 467.

17 Sur la variété de clause d'adaptation du contrat, voir *infra* n° 54.

s'atténuer quand un autre principe entrera dans l'équation, le principe de bonne foi énoncé à l'art 1134 alinéa 3 du CC : « *(Les conventions) doivent être exécutées de bonne foi* ».

Ainsi, le droit français campe depuis des décennies sur cette position, souvent qualifiée d'archaïque, car ne répond naturellement pas aux besoins des affaires, ce qui a été à l'origine de l'insertion des clauses d'adaptation dans les contrats internationaux, dont les grands contrats d'affrètement. Mais l'approche est tout à fait différente en droit anglo-saxon.

II. Le concept de *frustration* en droit anglo-saxon

40. Cette théorie¹⁸ répond à des conditions d'application très strictes qui limitent son effectivité. Mais lorsqu'elle est en fait mis en œuvre par le juge ou l'arbitre, cela lui permet de procéder à l'analyse des circonstances pour déterminer la dimension des obligations contractées par les parties, à la lumière des circonstances nouvelles alléguées. Une définition du champ d'application de cette théorie a été posée par la House of Lords, avec les mots de Lord Radcliff, dans la décision de 1956 *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* : « *Frustration occurs when the law recognie that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which the performance is called for would render it a thing radically different from which undertaken by the contract* »¹⁹.

41. En matière d'affrètement, l'analyse de la survenance de frustration ou non sera donc une question mélangée de droit et de faits. Il faut apprécier si l'évolution des circonstances aura été telle que le contractant qui se plaint d'une situation de hardship, se retrouve réellement dans l'obligation d'exécuter une prestation totalement différente de ce qu'il avait promis de faire (*non haec in foedera veni*).

De plus, les juges refusent d'appliquer cette théorie dans les cas où le seul but visé par la partie qui se prétend lésée est de se relever d'obligations qu'elle aurait mal

18 Le concept de *frustation* dans sa forme actuelle date de la décision *Taylor v. Caldwell* rendue par le Queen's Bench Division, le 6 mai 1863.

19 Traduction libre : La *frustration* survient quand, en l'absence d'inexécution de l'une ou l'autre partie, la loi reconnaît qu'une obligation contractuelle est devenue difficile à exécuter du fait que les circonstances encadrant l'exécution de cette obligation la rendent totalement différente de ce qui avait été prévu au contrat.

négociées dès le départ, au moment de la conclusion du contrat. Le juge comme l'arbitre face à cette question devra donc bien entendu apprécier l'équilibre du contrat, son économie initiale, pour le comparer à l'équilibre atteint une fois le changement invoqué survenu.

Si les contrats d'affrètement maritime sont pour la plupart soumis au droit anglais ou français, il reste intéressant de survoler rapidement les approches d'autres ordres juridiques.

III. Les positions variables d'autres droits nationaux

42. Il est possible de distinguer, à travers le panel des différentes approches des droits nationaux, entre ceux qui rejettent l'idée de révision pour imprévision à l'instar du droit français, et ceux qui l'appliquent selon des volontés proches de celles du droit anglo-saxon.

43. Dans cette deuxième catégorie, le droit américain connaît le même principe de *frustration*, mais avec quelques distinctions plus subtiles, comme la *frustration of purpose* et l'*impracticability of performance*. De même, le droit allemand applique un concept équivalent sous le nom de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, qui comme son nom l'indique fait référence à la base contractuelle de l'accord, et permet la dissolution du contrat en cas de disparition de cette base pendant l'exécution. Encore, le droit japonais applique aussi une théorie des changements de circonstances ayant un impact sur l'exécution d'un contrat commercial, mais là encore ses conditions d'application sont particulièrement strictes. Enfin, parmi ceux qui intègrent et applique ce type de méthode en cas de changement de circonstances, il y a le droit italien (avec les concepts d'*excessiva onerosità* et *presupposizione*), le droit néerlandais, le droit libyen, le droit hellénique, le droit algérien et le droit suisse. Le point commun parmi tous ces ordres juridiques très hétéroclites est l'application restrictive qui est accordée au concept de modification ou terminaison du contrat en cas de *hardship*.

44. Concernant les droits internes qui rejettent l'application de la théorie de l'imprévision, il est possible d'ajouter au droit français, le droit belge, ou encore le droit

égyptien.

Les juridictions étatiques ou arbitrales, lorsqu'elles sont contraintes d'appliquer un droit national à la résolution d'un litige, se retrouveront donc rarement dans la capacité d'autoriser, et encore moins de procéder à un réajustement du contrat suite à un changement de circonstances le nécessitant. Cependant, en matière internationale, à laquelle appartiennent les contrats d'affrètement, il ne faut pas négliger l'impact, certes relatif, des règles et usages supra-nationaux.

Section 3: La place des normes nationales ou transnationales

45. Il s'agit ici des règles utilisées et prises en compte en matière de contrats d'affaires internationaux, qu'elles soient prises en compte par l'arbitre lorsqu'il tranche le litige, ou qu'elles aient été expressément désignées par les parties comme devant être appliquées pour la résolutions des litiges.

46. Les contrats d'affrètement contiennent quasi-systématiquement des clauses compromissoires, les litiges naissant de son exécution seront donc soumis à l'autorité de l'arbitre international. L'arbitre international a une mission déterminée par les parties, et encadrée par le droit de l'arbitrage applicable. Les règles sur l'arbitrage sont assez homogènes à travers les différents ordres juridiques, ce qui est heureux concernant l'arbitrage international.

En prenant pour exemple les règles en la matière contenue dans le Code de procédure civile français, il est possible d'entrevoir la place que peuvent avoir, par exemple, la *lex mercatoria* ou les Principes Unidroit par exemple. En effet, l'art 1511 du CPC dispose que « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celle qu'ils estiment appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce* ». Il faudra apprécier la particularité du rôle de l'arbitre maritime dans les litiges en cas de situation de *hardship* .

Mais avant il est intéressant de se pencher sur la position globale de ces usages du commerce international.

47. Sans entrer dans le débat de l'existence et de l'effectivité de la *lex mercatoria*, il faut tout de même noter que l'imprévision est considérée comme appartenant à son corps de règles. Ainsi, dès 1988, Lord Justice Mustill estime que l'imprévision fait partie des vingt règles de la *lex mercatoria*²⁰. D'autres auteurs (ici, en les termes M. Wetter) estiment au contraire qu'elle est à placer parmi les règles douteuses de la *lex mercatoria*, car elles sont soit discutables, soit beaucoup trop imprécises, soit parce qu'elles risquent d'être bouleversées par d'autres normes contradictoires et ne paraissent finalement pas pouvoir échapper à l'emprise d'un droit national.

48. Parmi les expressions normatives de la *lex mercatoria*, il faut citer les Principes Unidroit dans leur version récente de 2010. Leur article 6.2.1 pose le principe de la force obligatoire du contrat, de la façon la plus classique : « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse* ».

Mais les articles suivants introduisent la notion de *hardship* et accordent au juge un pouvoir d'adaptation du contrat²¹. La partie lésée a le droit de demander l'ouverture de négociations, la demande devant être faite « *sans retard indu et être motivée* ». Et donc, faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, le tribunal pourra être saisi : il aura alors le choix entre mettre fin au contrat ou l'adapter en vue de établir l'équilibre des prestations. C'est là le schéma général des clauses de *hardship* (aussi variées soient-elles), à la différence qu'une fois convenue la clause sera appliquée si ses conditions sont réunies, alors que les Principes Unidroit n'ont à ce jour aucune applicabilité sauf si référence y est faite au sein du contrat.

En effet, la CCI, à travers sa jurisprudence arbitrale, considère que cette règle du *hardship* contenue dans les Principes Unidroit ne peuvent être considérés comme faisant partie des usages du commerce ou de la *lex mercatoria*²².

Ainsi, même dans l'éventail de règles supra-nationales et usages applicables au

20 *Arbitration International* 86, 1988, p.110.

21 L'art 6.2.2 définit le *hardship* : « *Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations soit que le coût de l'exécution 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* ».

22 Sentence CCI n°8873, *JDI* 1997 p.1017 ; sentence CCI n°9029, *Bull. CCI vol.10 n°2*, 1999, p.91.

commerce international, l'adaptation du contrat en cas de changements de circonstances n'est pas chose aisée. Les clauses d'adaptations trouvent donc largement leur utilité pour permettre la survie du contrat d'affrètement et la pérennisation de la relation fréteur-affréteur.

49. Sans dénigrer la prévalence (nécessaire) du principe *pacta sunt servanda*, il est peut-être possible de s'interroger sur l'effet de la multiplication et de la généralisation des clauses d'adaptations, d'ajustement ou de renégociation dans les contrats internationaux. Leur présence quasi-systématique met les contractants dans la possibilité presque constante de revenir modifier leur contrat, et ce d'un commun accord. Cela pourrait ressembler à la naissance d'une sorte de coutume, de principe d'adaptation aux situations nouvelles, conforme aux exigences de flexibilité du commerce internationale et aux désirs de coopération des opérateurs.

50. En conclusion, quelles que soient les règles applicables au contrat d'affrètement, ou les règles pouvant être prises en compte par les arbitres maritimes, il ne s'agit que de normes supplétives, dans le sens où en vertu du principe de liberté contractuelle, si les parties ont pensé à introduire une clause de *hardship* et qu'elle trouve à s'appliquer, il faudra simplement en suivre les prescriptions. La clause de *hardship* est bien une réponse à l'instabilité du contexte économique, social et politique, et permet de dépasser les incertitudes, voire réticences, des normes nationales et supra-nationales à l'adaptation du contrat maritime.

Titre II - La réponse apportée à ce contexte par la clause de *hardship*

51. Face aux lacunes des règles de droit nationales ou autres, et en réponse aux situations de *hardship* résultant d'inévitables variations économiques pour l'essentiel, les praticiens ont développé multitude de clauses permettant l'adaptation des contrats. La clause de *hardship* a pour objectif particulier la continuation du contrat et ce de façon équitable (chapitre I), et elle doit être distinguée d'autres types de clauses proches (chapitre II).

Chapitre I – Pour la continuation du contrat de façon équitable

52. Les contrats d'affrètement sont à la base de l'activité de transport maritime. L'affréteur et le fréteur ont intérêt à ce que le contrat s'exécute sans embûche pour eux-mêmes, s'ils ont conclu un tel accord c'est qu'ils y trouvent un intérêt, en termes financiers évidemment, mais cet accord a aussi des répercussions que les sous-contrats d'affrètement ou autres contrats accessoires fondant le transport maritime. Il s'agit là d'une maille d'opérateurs très serrée, où la synergie entre les parties participent de la création de richesses pour l'ensemble. La rédaction des contrats maritimes se doit donc de veiller à « *préserver une économie à la fois juste et performante* »²³.

Ce sont ces raisons économiques qui transparaissent dans la fonction de la clause de *hardship*. Les cocontractants prévoient ici, au cas où un tel désagrément surviendrait, de rester en bon entente et de permettre de rétablir un équilibre acceptable entre les obligations et droit de chacun.

53. D'une part, l'objectif est de permettre la survie du contrat. En effet, si la partie lésée subit trop longtemps une telle rigueur injuste, il est probable que cela finisse par lui peser si lourd que l'efficacité, voire la survie de son entreprise finisse par être mise en danger. Un affréteur ou un fréteur n'a aucune intérêt *a priori* à voir son cocontractant mettre la clé sous la porte.

D'autre part, le fonctionnement de cette clause poursuit un objectif d'équité : c'est

23 F. MAGAR, « Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Recueil Dalloz*, 2010, p.1959.

la volonté de retourner vers un rapport d'obligations plus équitable. Les parties ne veulent pas laisser la possibilité qu'un contrat devenu manifestement préjudiciable pour l'un d'entre eux ²⁴, se poursuive sans issue ni remède possible. Cette idée est à rapprocher des concepts de collaboration entre cocontractants, avec notamment celui de l'obligation de minimiser les préjudices.

Ainsi, de *hardship* a pour objectif de faire perdurer le contrat tout en le ramenant à un équilibre dans son économie acceptable pour les deux parties. Ce sont là ses traits caractéristiques, qui la distinguent d'autres types de clauses pourtant proches.

24 Au moment de la conclusion du contrat, quand la clause de *hardship* est insérée, les parties ne savent évidemment pas si une telle situation surviendra (c'est l'idée de base de l'imprévisibilité...), ni si le préjudice sera subi par eux-mêmes ou leur cocontractant.

Chapitre II - Une fonction à distinguer de celles de clauses voisines

54. Il existe de nombreux types de clauses similaires car appliquant la même idée d'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles, par exemple : les clauses de force majeure, les clauses d'indexations, les clauses d'échelle, les clauses de performance, les clauses d'exemption de responsabilité, les clauses de maintien de valeur, les clauses de hausse ou de baisse (qui permettent de réviser les conditions financières du contrat en cas de hausse ou de baisse du coût de production). Tous ces types de prévisions contractuelles ont pour objectif de faire obstacle au principe *pacta sunt servanda*.

Sous des conditions particulières et strictes d'application, elles permettent aux parties de se défaire des obligations telles qu'initialement prévues par le contrat, comme par exemple en ajustant le prix à verser par l'une d'entre elles lorsqu'il doit être ajusté selon les variations d'un index monétaire. Ou encore, la clause d'exemption (en anglais *exemption clause*), très répandue dans les contrats maritimes, permet de limiter ou d'exclure la responsabilité de l'une des parties en cas d'inexécution (*non performance*) de sa part.

Unique en son genre, la clause de *hardship* a de particulier qu'elle n'a pas d'application automatique. Le résultat qu'elle est susceptible d'avoir n'est pas prévu d'emblée dans son texte, mais cette adaptation devra être négociée au moment de son déclenchement, il s'agit d'une véritable adaptation du contrat sur mesure.

55. Parmi ces différentes clauses d'adaptation possibles, il faut s'attarder ici sur la

clause de force majeure. La force majeure permet à la partie qui l'invoque de résilier le contrat si un événement dit de force majeure survient. Ce concept est appliqué singulièrement en droit français, mais n'a pas la même force dans d'autres ordres juridiques.

Les clauses de force majeure sont assez répandues et prévoit donc la mise en œuvre de ce mécanisme dès qu'une des parties pourra prouver la survenance d'un événement répondant aux conditions.

Les clauses de *hardship* et les clauses de force majeure se distinguent principalement sur deux points. Concernant les conséquences de l'élément perturbateur, de la modification des circonstances : pour les premières, il faut que la prestation à fournir par la partie touchée soit devenue excessivement onéreuse ou particulièrement difficile à exécuter, sans pour autant que cela soit devenu impossible, comme c'est le cas pour la force majeure. Par exemple, si le transporteur est empêché d'emprunter le canal de Suez, fermé pour des raisons politiques, il n'est pas totalement empêché de réaliser la prestation promise, car il peut toujours contourner le continent africain. Dans cet exemple, si la tentation est grande de considérer cet aléas comme un cas de force majeure, cela constitue pourtant un cas de *hardship*²⁵.

Puis, elles se distinguent sur les effets de ces clauses une fois activées : les clauses de *hardship* ont pour but de permettre la survie du contrat ; à l'inverse, les clauses de force majeure entraîneront nécessairement la terminaison du contrat, en accordant à la partie qui s'en prévaut le droit d'y mettre fin sans être en faute.

56. Au sujet de la distinction entre ces deux types de clauses, il ne faut pas se fier à leur seule dénomination. En effet, y compris dans de grands contrats internationaux, il arrive qu'une clause intitulée « force majeure » soit en réalité une clause de *hardship*, et vice versa. Seule le mécanisme posée par la structure et la lettre de la clause doit être prise en compte, et c'est au regard notamment des deux critères précités (conséquences de l'élément perturbateur sur la prestation de la partie touchée et effets de la clause) qu'il sera possible de déterminer de quel type de clause il s'agit.

57. Les contrats maritimes contiennent des clauses de *hardship*, qui permettent

²⁵ Ce sera considéré comme une situation de *hardship*, sous condition que l'aggravation des conditions de sa prestation soit d'une ampleur suffisante, voir *infra* n°81.

donc aux parties, généralement le fréteur et l'affréteur de préétablir, dès le moment de la conclusion, un mécanisme destiné à adapter le contrat pour permettre sa survie tout en le rendant à nouveau équitable, du moins en lui restituant l'équilibre initial.

Il convient maintenant de s'interroger sur les modalités et les effets de ces clauses, aussi variées et nombreuses qu'il existe de contrats différents, pour apprécier de leur efficacité potentielle.

PARTIE II

L'efficacité des clauses de *hardship* dans les contrats maritimes

58. Les contrats maritimes évoqués ici, sont pour l'essentiel des contrats internationaux. En vertu du principe de liberté contractuelle, à rayonnement universel, ces clauses sont en principe valables et seront peu sujettes à l'invalidité par le contrôle de l'ordre public international. Ainsi, par exemple, elles ont pu être déclarées valables en lorsque le contrat est soumis au droit anglais ²⁶.

Le principe de liberté contractuelle, découlant de celui de l'autonomie de la volonté, laisse aux parties d'infinies possibilités pour rédiger les clauses les plus précises et les plus subtiles possibles au regard des caractéristiques spécifiques de la relation future à encadrer entre les parties.

Comme cela a été souligné par Ph. Delebecque, cette liberté des parties a une

²⁶ China National Foreign Trade Transportation Corpn. v. Evlogia Shipping Co. SA [1979], *WLR* 1018.

importance considérable en droit maritime, et les clauses de hardship en sont une des applications les plus solides ²⁷.

59. Les praticiens les plus imaginatifs s'appuient sur ce principe, d'autant plus efficient qu'il s'agit de droit du commerce international, où les dispositions impératives ou d'ordre public sont très rares, et créent des contrats sur mesure pour chaque situation. C'est pourquoi aussi en ce qui concerne les clauses de *hardship* contenues dans les contrats maritimes, il y en a autant que de contrats différents. Cela implique des difficultés à aboutir à une synthèse concernant cette pratique. A la contrainte due à la grande variété de clauses, il faut ajouter celle de la confidentialité des textes mêmes des contrats les contenant, mais aussi des sentences arbitrales qui ont pu être rendues à leur sujet.

60. Uniquement dans le cadre des contrats maritimes, et plus particulièrement des contrats d'affrètement, il convient maintenant de s'intéresser tout d'abord aux conditions d'application des clauses de *hardship* (titre I), puis à leurs effets (titre II).

²⁷ Voir la conclusion de son intervention «*Hardship clauses and exemption clauses in charter parties*», à l'IMCA XVIII à Vancouver en mai 2012 : «*In conclusion, freedom of contract is a fundamental principle under contract law, as well as under common law as under civil law. (...) Hardship clauses and exemption clauses are perhaps the strongest applications of freedom of contracts*».

Titre I - Les conditions d'application de la clause de *hardship*

61. L'activation d'une clause de *hardship* permettra de mettre en branle tout un mécanisme d'adaptation du contrat, généralement via une renégociation de ses termes. Mais avant cela, il faut que la partie qui cherche à obtenir ce réajustement convainc l'autre partie qu'elle doit respecter son engagement et appliquer cette clause.

La mise en œuvre du mécanisme de la clause de *hardship* dépendra des caractéristiques du *hardship* telles que décrites dans la lettre de la clause (chapitre I), critères que doit remplir le changement de circonstances invoqué (chapitre II).

Chapitre I - L'importance de la rédaction de la clause

62. Pour apprécier la portée de la clause, il faut se fier à sa structure, à ce qu'elle contient. Comme vu précédemment, la manière dont elle a été rédigée qui en premier lieu déterminera s'il s'agit bel et bien d'une clause de *hardship*.

Au-delà, ce sont les critères que les parties ont déterminé lors de la formation du contrat qu'il faudra mettre en parallèle avec les caractéristiques du changement de circonstances invoqué par la partie qui s'estime subir le *hardship*.

Enfin, la jurisprudence a une interprétation stricte de ces clauses de renégociation : il faut une clause expresse. Il n'est pas accordé de déceler quelque clause de *hardship* implicite qui découlerait de divers termes du contrat.

63. Les juristes ont d'une part plusieurs préoccupations à avoir lors de la rédaction de la clause, qu'ils doivent adapter aux désirs et nécessités de la relation entre les parties au contrat d'affrètement (section 1). D'autre part, la portée de la clause sera réduite par ses lacunes, ses imprécisions (section 2).

Section 1 : L'importance de la rédaction de la clause de *hardship*

64. La difficulté première est de concilier les besoins et attentes de chacune des parties dans le cadre d'un contrat où les parties n'ont évidemment pas le même poids dans la négociation. Mais c'est là le lot de la discussion sur chacun des termes du contrat.

En revanche, dans le cas précis des clauses de *hardship*, il s'agit d'essayer de prévoir une solution pour la survenance de données imprévisibles à ce moment-là. Plusieurs points doivent être pris en considération comme le souligne F. Magar²⁸. Notamment, il faut prendre en compte les rapports de force entre les parties, mais aussi le lien de dépendance qu'il peut exister entre eux, notamment au regard des autres contrats en cours entre eux, ou ceux à venir. Il faut aussi penser aux sanctions qu'il vaut mieux prévoir au préalable en cas d'échecs des renégociations : sans de telles prévisions, et hormis l'exigence implicitement posée aux parties de les mener de bonne foi, rien ne les contraint à faire tous les efforts nécessaires pour aboutir au résultat bénéfique voulu lors de l'insertion de cette clause.

65. A titre d'exemple, il existe une clause standard, rédigée par la CCI : la *ICC hardship clause 2003*. Cette clause est un modèle assez parlant en termes de structures que revêtent les différentes clauses de *hardship*, y compris en droit maritime. Elle reprend tout d'abord le principe de force obligatoire du contrat, puis définit ce qu'il faut entendre à travers la notion de *hardship*, impose un processus de renégociation, et enfin, autorise la résiliation comme sanction de l'échec des négociations.

La voici : « 1- A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2- Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that : a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract ; and that b) it could reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the

28 F. MAGAR, « Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Recueil Dalloz*, 2010, p.1959.

consequences of the event.

3- *Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract »*²⁹.

Voilà une structure type de clause de *hardship* (qui amalgame d'une part les éléments de l'art 1467 du CC italien, sur l'*excessiva onerosità*, et d'autre part, ceux de l'art 6.2.2 déjà cité des Principes Unidroit) avec tous ces mécanismes qui seront étudiés plus en détails ci-dessous.

66. Néanmoins en pratique, ces clauses ont la caractéristique d'être en pratique fortement adaptées aux contrats qui les contiennent : elles varient d'un type de contrats à l'autre (celles contenues dans les contrats d'affrètement, contrat singulier s'il en est, seront forcément différentes de celles d'autres contrats d'affaires). Plus encore, elles varient même d'un contrat d'affrètement à un autre, puisque plus elles seront ajustées à la situation des deux cocontractants du contrat en question, plus elles seront efficaces à résoudre leur situation. Par exemple, certaines d'entre elles écartent les variations des taux de fret comme facteur possible de déclenchement de la clause³⁰; ou encore, elles peuvent exclure un voyage au sein de la série de voyages prévus par un *Contract Of Affreightment*³¹.

La disparité des contrats maritimes n'étant pas à démontrer, la disparité des clauses de *hardship* qu'ils intègrent est une réalité.

67. Étant plus modulables et permettant plus de précisions dans leur contenu, ces clauses présentent plus de difficultés de rédaction que d'autres clauses au contenu intangible et général, et les lacunes ou imprécisions qu'elles peuvent revêtir sont autant de risques de voir leur portée diminuée.

Section 2 : Une portée réduite par les imprécisions de la clause

29 *ICC Force majeure Clause 2003, ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication n°650, février 2003.

30 Voir les sentences CAMP citées aux n° et s.

31 Comme c'était le cas dans le contrat, objet du litige tranché dans la sentence SMANY n°2136.

68. La problématique dans la rédaction des clauses de *hardship* est qu'il s'agit de prévoir l'imprévisible. Et en cas de lacune ou d'imprécisions dans sa rédaction, c'est tout le système qui peut se retrouver inefficace alors que la situation visée se présente. En effet, si les parties gardent le silence sur un type d'événement précis, soit qu'elle ne le liste pas dans l'énumération des événements constitutifs de *hardship*, soit qu'il ne rentre pas dans la description donnée qui est trop étroite, alors il faudra estimer qu'il y a eu de leur part acceptation de ce risque. Les cocontractants ne pourront plus se prévaloir de l'imprévisibilité de cet événement.

Il y a donc cette règle d'acceptation implicite de tout ce qui n'a pas été pris en compte dans le contrat. Il faut alors que la rédaction de la clause soit suffisamment précise pour pouvoir y reconnaître l'événement qui se déclenche (encore une fois, alors que la nature et l'ampleur de cet événement est inconnue à ce moment-là), mais sans qu'elle soit trop étroite, ce qui risquerait de ne pas pouvoir couvrir l'ensemble des aléas contre lesquels les parties voulaient en effet se prémunir.

69. Ainsi, sur la base d'une compétence présumée des opérateurs du transport maritime, qui sont donc sensés envisager toutes les éventualités lors de la rédaction du contrat, il est largement admis que lorsque les parties ont prévu de telles clauses de *hardship*, au sujet de facteurs de déséquilibre déterminés, les risques découlant d'autres situations d'imprévision sont considérés comme implicitement acceptés, étant donné qu'ils n'ont pas jugé nécessaires de les prendre en compte.

Donc les parties, qui ont toute latitude en vertu du principe de liberté contractuelle pour prévoir les clauses aussi finement ou largement que possible, sont dites avoir accepté de subir le poids de ces aléas du contrat sans contrepartie.

Finalement, se retrouve ici l'ambiguïté du concept même de clause de *hardship* : si ces clauses permettent de remettre en cause le principe *pacta sunt servanda*, c'est ce principe même qui impose l'application de ces clauses, et une application limitée à ce qu'elles prévoient.

70. Maintenant appréciée l'importance de la rédaction de la clause sur sa capacité à remplir sa fonction, il faut voir en fait comment elle peut être appliquée à des situations réelles de *hardship*.

Chapitre II - La caractérisation de la situation de *hardship*

71. Pour pouvoir réclamer le bénéfice de la clause, trois conditions doivent être remplies par le facteur de changement désigné comme à l'origine de la situation de *hardship* : cet événement (ou plusieurs faits à prendre en tant qu'ensemble) doit être extérieur au partie, imprévisible et bien entendu créer une rupture de l'équilibre du contrat par rapport aux obligations réciproques initialement convenues.

Le développement de ce chapitre s'appuiera en particulier sur deux sentences arbitrales rendues par la Chambre Arbitrale Maritime de Paris : les sentences n°1172 et n°1179 ³².

La personne qui invoque le le bénéfice de la clause de hardship contenue dans le contrat maritime doit apporter la preuve de la réalité de ce déséquilibre nouveau. Il doit caractériser cette situation de *hardship* au regard d'une série de critères, variables d'une clause à l'autre (section 1). Si ces conditions sont remplies, la clause trouvera à s'appliquer selon des modalités précises (section 2).

³² Pour l'obtention du texte intégral de ces sentences, à nouveau de sincères remerciements au professeur Ph. Delebecque, qui a eu la gentillesse de prendre le temps de les transmettre.

Section 1: Une série de critères variables

72. Malgré la grande disparité des clauses de *hardship* en pratique, il y a tout de même une base commune sur les conditions à remplir pour leur application. Chacune de ses conditions étant exigées à divers degrés et adaptées à la particularité de la relation contractuelle à construire entre les parties. Là encore, se retrouve le principe de liberté contractuelle dans la construction de clauses sur mesure.

73. Ces critères sont les suivants : la nature du changement de circonstances, c'est-à-dire tant du facteur du bouleversement que des effets de ce bouleversement lui-même (I), le caractère imprévisible de ces événements (II), leur caractère extérieur (III) et le moment de ces événements (IV).

I. Sur la nature du changement de circonstances

74. Le facteur à l'origine du bouleversement. Dans les contrats commerciaux à dimension internationale, il n'y a généralement pas de restrictions quant à la nature de l'événement à prendre en compte. Il s'agit généralement d'une formule générique de circonstances politiques, économiques, sociales, voire techniques. Elle peut être limitative ou non (préciser ce point dans la clause la fera gagner en efficacité), et comprendre une liste d'exemples (en anglais cette liste est introduite par le terme « *including...* »).

Mais en dans les contrats maritimes, au vu des quelques clauses accessibles, il semble assez récurrent que les parties excluent expressément certains types de facteurs ou d'événements, comme la variation du taux de fret. De même, les parties peuvent exclure les événements créateur de *hardship* qui surviendrait pendant une période déterminée de l'exécution du contrat, par exemple en excluant du champ d'application de la clause tout déséquilibre qui se produirait durant tel ou tel voyage de la série envisagée.

75. L'impact du bouleversement. Sur ce point, la doctrine se divise sur le type d'impact à prendre en compte. Là encore il faut se référer aux termes du contrat.

La clause peut viser un bouleversement de l'équilibre contractuel (ou par exemple en anglais « *rupture of the economic and financial equilibrium or balance of the contract* »).

Autrement, c'est l'exécution devenue onéreuse à l'excès qui peut être visée (ou « *a substantial and sustained economic burden to one or both of the parties* »).

Dans les deux cas, c'est la différence d'ampleur par rapport au rapport initial qui est visée. Lors des discussions pour la formation du contrat, chaque partie a fait des concessions des compromis, et elles ont atteint une balance, une économie du contrat, qu'elles ont considérée comme acceptable. C'est bien la disparition de cet équilibre qui est sanctionné, ou du moins qui peut être corrigé par la clause de *hardship*.

76. Cette modification substantielle de l'équilibre du contrat ou le fait que son exécution devienne trop onéreuse pour l'une des parties peut toucher aussi bien le fréteur que l'affréteur. En effet, soit le coût de l'exécution de ses obligations par la partie qui invoque le *hardship* est devenue insupportable, soit la valeur de la contre-prestation a diminué. Que ce soit le fréteur ou l'affréteur, ils peuvent tous deux se retrouver lésés par les changements des circonstances économiques ou politiques.

77. Enfin, sur la question de l'ampleur de l'événement, aucun seuil n'est fixé, il faut se référer aux circonstances, notamment aux attentes légitimes des parties dans chaque espèce. Dans la plupart des cas, c'est l'ampleur du bouleversement, le fait qu'il soit gravement atteint dans ses activités par le facteur de déséquilibre qui permettra le déclenchement de la clause ou non. De plus, l'ampleur d'un phénomène peut faire qu'un événement d'ordinaire considéré comme naturel et normal du marché du transport maritime, comme anormal et imprévisible.

II. Sur le caractère imprévisible des événements invoqués

78. Les événements invoqués doivent correspondre à des circonstances futures dont les parties n'avaient pas connaissance au moment de la conclusion du contrat. Les clauses parlent par exemple de faits « imprévisibles à telle date » ou « circonstances inconnues des parties au moment de la signature de ce contrat ».

79. De surcroît, il est souvent précisé qu'il s'agit de circonstances dont les parties ne pouvaient raisonnablement avoir connaissance. Ce caractère raisonnable de ce qui est admis concernant la connaissance des parties au moment de la conclusion du contrat renvoie à leur qualité de professionnels³³.

Les opérateurs du transport maritime sont réputés avoir une aptitude à comprendre, à anticiper, à déceler les indices de l'évolution des facteurs qui les intéressent dans leur activité. La prévisibilité de l'évolution du marché de l'affrètement ou du marché du produit transporté est fonction des connaissances et des outils de celui qui s'engage à long terme.

En même temps, la connaissance raisonnable renvoie à la question de l'information disponible qui pourrait permettre de se projeter dans l'avenir pour voir venir les évolutions les plus inattendues. Mais cette information est là aussi sensée être à la portée de tout professionnel averti, qui l'a à sa disponibilité et est apte à l'interpréter.

80. Evidemment, pour être imprévisibles, les bouleversements en question ne doivent pas être traités par d'autres clauses du contrat. Si par exemple, le contrat d'affrètement contient une clause d'indexation monétaire, si la situation peut être caractérisée au regard de cette clause, alors il n'y aura pas lieu de lui appliquer le régime de la clause de *hardship*, puisque la survenance de cet événement aura été prévue par ailleurs et de surcroît traitée de façon automatique.

81. Enfin et encore, l'ampleur de l'événement participe de son caractère imprévisible. Un même événement, par exemple l'augmentation du taux de fret, peut être anodin, si c'est le cas d'une baisse ou d'une hausse habituelle, même si brutale, et il ne pourra pas permettre le déclenchement de la clause. En revanche, si cette même variation revêt une ampleur considérable, qu'objectivement aucun frèteur ou affréteur n'aurait pu voir venir, ou penser concevable durant le temps d'exécution du contrat, alors le caractère imprévisible du bouleversement pourra permettre de qualifier la situation de *hardship* au sens de la clause.

³³ M. ALMEIDA PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, FEDUCI Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce International, collection dirigée par H. Lesguillons, éditions Bruylant, 2003.

III. Sur l'extériorité du facteur de bouleversement

82. Le changement de circonstances doit avoir un caractère d'extériorité par rapport aux parties. Cet impératif ne pose pas de difficultés particulières de compréhension et se retrouve là une exigence ancienne et bien connue de l'application de la théorie de la force majeure.

83. Généralement, cette condition est expressément mentionnée dans la clause, avec par exemples les termes suivants : « échappant au contrôle des parties » ou « *beyond the parties control* ».

Et comme pour la condition d'imprévisibilité, le caractère raisonnable du contrôle attendu de la part des parties sur les événements est retenu comme critère. Cela met en quelque sorte en place une gradation de l'extériorité d'un facteur par rapport aux parties : on considère en effet que plus la partie a de contrôle sur ce facteur moins il lui est extérieur, et vice versa.

84. Pour B. Oppétit³⁴, le caractère extérieur nécessité pour le déclenchement de la clause implique deux sortes d'obligations : d'une part, la partie lésée, quand elle réclame l'application de la clause, ne doit pas être en situation d'inexécution ; d'autre part, elle doit avoir pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher ou éviter les conséquences nuisibles à l'ensemble de l'accord contractuel. Ce second point renvoie à l'impératif de coopération entre les parties déjà évoqué en introduction.

85. Il peut arriver qu'aucun terme de la clause ne pose cette exigence d'extériorité. Pour M. Almeida Prado, cela ne signifie pas que ça ne constitue pas une condition, mais au contraire cette absence doit être interprétée comme une lacune de la clause. L'interprétation contraire serait contraire à l'esprit de la clause. Cette clause est fondée sur les principe d'équité et de bonne foi, et imposer la renégociation du contrat du fait d'un bouleversement qui est dû tout ou en partie par la partie qui s'en plaint serait insensé.

Pour dépasser cette imprécision, il faut alors se référer au applicable à l'espèce.

34 B. Oppétit, « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship"* », 101 *Clunet*, p. 801.

Or, pour la plupart des droits nationaux, ils reprennent tous cette condition, et il en est de même pour les règles anationales et autres usages du commerce international.

IV. Sur le moment de l'événement

86. Le moment de l'événement est un aspect qui dans la clause de *hardship* permet de la distinguer du concept de l'erreur au moment de la conclusion du contrat.

Pour qualifier la situation de *hardship*, il faut que l'événement soit survenu après la conclusion du contrat.

87. Une difficulté se pose dans le cas où le facteur de déséquilibre a agi avant la conclusion du contrat, mais il n'a été connu effectivement des parties qu'au cours de l'exécution. La question là encore devra être tranchée conformément à la loi applicable.

Maintenant, si la situation de déséquilibre répond aux exigences de la clauses de *hardship* à travers ces trois critères généraux, la partie qui invoque le bénéfice de cette stipulation peut déclencher le mécanisme selon des modalités précises et impératives.

Section 2: Les modalités d'activation de la clause

88. Si la partie s'estimant lésée par le changement de circonstances considère que les conditions de la clause de *hardship* sont réunies, elle met en œuvre la procédure d'application de cette clause. Il s'agit au préalable de communiquer le constat de cette situation de déséquilibre à son cocontractant (I), et le défaut de communication entraîne nécessairement des conséquences (II).

I. La communication par la partie lésée à l'autre

89. La partie qui invoque le bénéfice de la clause doit communiquer cette volonté à son cocontractant. Cette communication se fait selon les modalités prévues par la clause elle-même : il s'agit généralement de l'envoi d'une notice écrite. Pour une communication produisant les effets recherchés, il est nécessaire de respecter les délais et formes, et en particulier, d'y mettre le contenu requis.

90. Cette communication remplit plusieurs fonctions : une fonction d'information de l'autre partie, une fonction d'évaluation de la part de la partie s'estimant lésée et une fonction de datation du début du *hardship*.

91. Au sujet du contenu de cette communication, il faut tout d'abord qu'elle établisse l'existence, la survenance de l'événement en cause, et ce au regard des prescriptions de la clause. Sur ce point, il faudrait que la partie qui s'en prévaut apporte la preuve de l'existence et de l'intensité du changement de circonstances et du déséquilibre qu'elle subit. Cependant, s'il est possible de fixer a priori et d'un commun accord les modalités à respecter sur ces questions probatoires, en pratique ce n'est que rarement le cas. Cela a sans doute l'avantage de laisser une plus large marge d'appréciation aux parties, comme aux tiers susceptibles d'intervenir en cas de désaccord.

92. Ensuite, la communication doit faire montre de l'intention de cette partie de voir appliquer la clause, ainsi que les conséquences qui en découlent.

Enfin, cette communication peut préciser (voire reprendre celles prescrites dans la clause de *hardship* elle-même) les modalités de suspension de l'exécution ou non du contrat pendant la phase de négociations si elle est ouverte.

II. En cas de défaut de communication

93. Les sanctions du défaut de communication ne sont généralement pas prévues dans le texte de la clause³⁵. Mais dans les contrats maritimes, il est assez fréquent d'y trouver un délai à respecter pour faire la communication, délai qui part du moment où la partie lésée sait subir le *hardship*. La notive envoyée hors ce délai ne saurait être valide, et la clause de renégociation ne pourra être opposée au cocontractant.

94. Au final, il peut sembler inutile de fixer par avance une sanction pour le défaut de communication. Etant donné que c'est cette formalité qui fiat démarrer la

³⁵ M. Almeida Prado, *Le hardship dans le droit du commerce international*, FEDUCI Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce International, collection dirigée par H. Lesguillons, éd. Bruylant, 2003

période pendant laquelle le cocontractant dit subir le *hardship*, et que cette communication est dépourvue de rétroactivité, il y a une sanction naturelle, automatique : plus la partie, qui veut mettre fin au déséquilibre injuste qu'elle subit, attend pour enclencher la procédure contractuelle, plus elle la subira longtemps.

95. A l'issue de cette communication, il peut y avoir une première intervention extérieure, et dans le cadre des contrats d'affrètement, il s'agira régulièrement de l'office de l'arbitre international.

Quel que soit ce tiers, il peut être appelé à deux moments différents pendant ce processus. Tout d'abord, maintenant, c'est-à-dire à l'issue de la communication de la situation de *hardship* à l'autre partie, si celle-ci ne reconnaît pas, n'admet pas l'existence de cette situation, et la réalité de son intensité. L'arbitre, ici, tranchera sur le bien fondé de la décision du cocontractant de se prévaloir de la clause, et sa décision sera obligatoire.

Plus tard dans ce mécanisme, il sera appelé à agir à l'issue des négociations, en cas d'échec.

Titre II - Les effets de l'activation de la clause

96. Ces effets de la clause sont les remèdes prévus par les parties, qu'elles ont donc décidé d'appliquer dans les cas où elles admettent toutes les deux la réalité du déséquilibre survenu dans leur contrat.

Dans les contrats maritimes, la rigueur subie injustement pour l'une des parties peut rendre son activité toute entière, au-delà de ce seul contrat, difficile. L'intérêt pour les deux parties est de rétablir au plus vite l'équilibre initial, ou du moins une économie du contrat plus équitable.

Au final, il y a trois issues possibles au système des clauses de *hardhsip* : soit l'adaptation réussie du contrat, soit son extinction pure et simple, soit sa poursuite dans

les mêmes termes. Au terme du processus, selon la réussite des méthodes et remèdes employés ou non, ce sont donc les trois fins possibles.

Il y a trois grandes catégories d'effets prévus par les clauses de *hardhsip*, comme cela se lit aussi dans la *ICC Hardship Clause 2003*³⁶: une obligation de renégociation de l'accord entre les parties (chapitre I), l'octroi d'un droit de résiliation ou terminaison unilatérale du contrat à la partie qui est reconnue subir la situation (chapitre II) et enfin, l'intervention d'un tiers, plus précisément de l'arbitre maritime (chapitre III).

Chapitre I - La renégociation de l'accord entre les parties

97. La clause de *hardhsip* est avant tout une clause de rencontre : le but est de faire se rencontrer à nouveau les cocontractants, fréteur et affréteur par exemple, qu'ils se remettent autour de la table des négociations et cherchent un nouvel arrangement, sur la base du contrat qui les lie, pour le rétablir vers plus d'équité.

La renégociation sera donc un nouvel échange de propositions et contre-propositions, avec la recherche d'un compromis entre les exigences de chacun. A l'issue, une renégociation réussie aboutit à l'adoption d'un nouveau *negotium*, qui a retrouvé l'équilibre initial des prestations, et ce, dans le contexte nouveau.

98. La renégociation peut donc être imposée dans les termes de la clause. Logiquement, si l'obligation de se rencontrer est une obligation de résultat, celle d'aboutir à un nouvel arrangement, de renégocier avec succès ne peut être qu'une obligation de moyens.

³⁶ Voir *supra* n°65.

99. Pour éviter de laisser trop champ libre à la mauvaise volonté des parties, il est possible de contrôler leur comportement lors des renégociations à la lumière du principe de bonne foi. En effet, si les parties doivent négocier, elles doivent commencer ces négociations de bonne foi (se retrouve ici le concept hybride de *pacta sunt servanda bona fide*).

Quant à leur poursuite et à leur réussite, il serait illusoire et vain d'essayer d'imposer un résultat. Il est impossible de forcer les parties à aboutir à un nouvel accord, seul leur volonté réelle de voir le contrat perdurer, et la marge de manœuvres que les circonstances leur accordent pour faire des concessions, détermineront leur motivation pour voir aboutir ces renégociations.

100. Pour faciliter ces renégociations, il est préférable que la clause prévoie les obligations respectives des parties lors des discussions. Aussi, il mieux fixer une durée pour leur fixer une limite dans le temps³⁷. De même, il est possible de limiter l'objet de ces renégociations, en le circonscrivant à tel ou tel aspect seulement de la prestation à fournir, en en déclarant d'autres immuables.

101. La question du devenir du contrat pendant ces négociations est essentielle. Elle peut être réglée en amont lors de la rédaction de la clause, et il est souhaitable d'être particulièrement précis sur les modalités de la continuation ou de la suspension de l'exécution de ses prestations par la partie subissant le déséquilibre.

A défaut de telles précisions au sein de la clause de *hardship*, il faudra régler cette question au regard du droit applicable, qui en général prescrira la continuation du contrat dans les mêmes conditions en attendant l'adoption du nouvel accord.

102. Dans les contrats d'affrètement, il faut tout de même penser aux rapports de force qui s'exerce autour des tables de négociations. Si le *hardship* est subi par la position en situation de faiblesse, il est permis de penser que les discussions seront difficilement à son avantage.

103. En pratique, a plus grosse difficulté dans la renégociation réside avant tout dans la définition, acceptée par les deux parties, de l'équilibre initial. C'est en effet au

³⁷ Voir *infra* n°.

regard de cette balance obtenue à l'issue de la formation du contrat que les parties vont essayer de rétablir les droits et obligations de chacune. Et dans les faits, les désaccords sont récurrents sur la question fondamentale de la définition de cet équilibre initial.

104. Echec des négociations. Il peut y avoir un délai prévu pour l'adoption d'un nouvel accord à l'issue des renégociations, mais dans le cas contraire, il faudra se référer à un délai raisonnable pour juger de la durée nécessaire aux renégociations, ce délai se calculant au regard des circonstances de l'espèce.

En effet, si la tentative d'adaptation du contrat par les parties n'aboutit pas, il faut fixer un moment à partir duquel les renégociations seront considérées comme avortées, et déclarer l'échec des renégociations. Il ne faut pas oublier que le but de tout ce mécanisme est de voir le contrat rétabli dans son équilibre originel, et ce, le plus vite possible.

105. En cas de non résultat de l'obligation de renégociation prévue par la clause, plusieurs solutions sont envisageables comme le décrit Ph. Delebecque³⁸. Les parties peuvent prendre leurs dispositions pour mettre fin au contrat d'une volonté commune. La partie s'estimant lésée peut bénéficier d'un droit de résiliation unilatérale si la clause le prévoit. Ou la clause peut prévoir que l'arbitre, rarement le juge, a le pouvoir d'ajuster, d'adapter lui-même le contrat à défaut de solution trouvée par les parties elles-mêmes.

106. A l'issue du délai prévu pour les renégociations, si les parties n'ont pas trouvé de nouvel accord, et aucune mission de réadaptation du contrat n'a été expressément confié à l'arbitre, le contrat lie toujours les parties en vertu du principe de la force obligatoire des conventions. Ce sont ses termes initiaux qui resteront applicables, et l'inexécution de la part de la partie subissant le *hardship* sera susceptible des sanctions prévues à la clause et par le droit applicable.

La poursuite du contrat semble donc être l'issue conforme en cas de silence du contrat sur les conséquences de l'échec des renégociations. Mais il se peut qu'une

38 Ph. Delebecque, « *Les clauses de "hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes parties* » Communications des arbitres de la Chambre au congrès international des arbitres maritimes (ICMA XVIII) à Vancouver, mai 2012, dans la Gazette de la Chambre (CAMP) n°29, automne 2012.

clause, moins imprécise et lacunaire que cela, prévoit l'intervention de l'arbitre pour réadapter le contrat, ou plus simplement octroie un pouvoir de résiliation unilatérale à la partie qui a invoqué l'application de la clause.

Chapitre II - Un pouvoir de résiliation accordée à la partie lésée

107. En pratique, c'est la solution la plus fréquente, et cela s'explique par le fait que les praticiens sont d'ordinaire réticents à laisser aux mains d'une tierce personne le sort de leur contrat.

Cette sanction est intéressante, de façon surprenante elle va favoriser l'aboutissement des négociations.

108. Ainsi, ce droit de résiliation unilatérale doit être expressément prévu au sein de la clause pour être accordé à la partie qui cherche à faire adapter le contrat. Son cocontractant est donc conscient de cette éventualité en cas d'échec des négociations.

Celui-ci est en position de force, il ne subit pas de préjudice du fait du déséquilibre nouveau, et peut-être même en récupère-t-il quelques avantages. Ce nouvel équilibre joue en sa faveur, et la recherche d'un nouvel accord ne risque pas de le désavantager, mais au contraire, étant en position de force dans ces négociations, il pourra certainement faire aboutir à un contrat modifié devenu plus équitable au regard

des circonstances nouvelles, mais tout en laissant la balance pencher en sa faveur.

109. Cependant cette faculté de résiliation doit bien être prévue expressément par la clause de *hardship*, et en aucun cas (sauf si prévu par le droit applicable, ce qui semble rare) ne saurait découler de l'interprétation d'une volonté tacite des parties au travers d'autres dispositions.

L'autre conséquence possible de l'échec des renégociations qui peut être prescrite par la clause est l'intervention d'un tiers. Il peut s'agir d'un conciliateur, d'un expert d'un conciliateur, d'un juge, ou d'un arbitre³⁹. C'est sur l'intervention de ce dernier qu'il faudra se pencher, le recours au juge étant chose quasi-inexistante au sein des contrats maritimes et tout particulièrement des contrats d'affrètement.

Chapitre III - L'intervention d'un tiers : l'arbitre maritime

110. L'arbitrage est le mode normal de règlement des litiges en matière d'affrètements, et la plupart des clauses de *hardship* qu'ils contiennent renvoie à la compétence de l'arbitre maritime sur deux questions : tout d'abord en cas de désaccord des parties sur la réalité et l'intensité de la situation de *hardship* invoquée par l'une d'elle, et ensuite, dans le cas de l'échec des renégociations.

111. Pour la première question, l'arbitre dispose généralement d'une autorité attribuée par la clause : il tranche au regard des circonstances et détermine si oui ou non, le déséquilibre invoqué par l'une des parties est réel, a été provoqué par les facteurs allégués et lui porte préjudice dans la mesure qu'elle a évaluée.

Lorsqu'il tranche sur une telle question, les parties doivent se plier à sa décision.

112. Dans le second type d'intervention, il faut que la clause ait prévu ce pouvoir d'adaptation de l'arbitre. Sinon, ce pouvoir peut aussi découler de l'effet de la loi

³⁹ Il faut noter que la pratique arbitrale comme la doctrine est assez réticente à faire entrer la fonction d'arbitre au sein de la catégorie des tiers intervenants comme le conciliateur par exemple, et cela est tenté d'être justifié par le caractère juridictionnelle de sa mission.

applicable. En effet, comme il a été dit ci-dessus ⁴⁰, de nombreux ordres juridiques appliquent de théories, comme celles de la *frustration* ou de l'excessiva onerosità, qui autorisent le juge étatique ou le tribunal arbitral à réviser le contrat lorsque les conditions du *hardship* sont réunies. Nul doute que si la phase de renégociation a au moins pu être entamée, c'est que les conditions d'une situation de *hardship* sont réunies. Alors l'arbitre pourra trouver le fondement de son pouvoir d'adaptation au sein du droit applicable qui valide de telles théories.

113. De même, le pouvoir d'adaptation peut découler de la référence à d'autres types de normes, comme les normes nationales. En effet, ce type de prérogative de l'arbitre est prévu par les Principes Unidroit (en leur art 6.2.3.4). Mais ces Principes ne bénéficiant pas de normativité, ni de valeur d'usage, il faudra qu'il leur soit fait expressément référence au sein du contrat pour pouvoir revendiquer ce pouvoir d'adaptation qui en découle.

114. A titre d'exception, il faut souligner la particularité de l'affaire Quintette en date de 1990 ⁴¹, dans laquelle un pouvoir d'adaptation des juges a été découvert dans la combinaison de différentes clauses, sans qu'aucune ne le prévoit expressément.

115. L'arbitre a donc une étendue de pouvoirs variables selon le moment de son intervention. Sa décision est obligatoire quand il se prononce sur la question de l'existence du *hardship* invoqué. Mais il n'aura qu'une mission de conseil en cas d'échec des négociations, il pourra être amené à trancher mais sa décision ne contraindra pas les parties. Enfin, sa décision pourra être contraignante quand elle concerne la réadaptation du contrat : il pourra réviser lui-même le contrat pour le rétablir vers l'équilibre souhaité entre les parties si ce pouvoir lui est attribué par la clause ou par la loi applicable.

Dans tous les cas, pour apprécier de l'étendue des pouvoirs de l'arbitre face à une clause de *hardship*, il faut bien entendu considérer le droit applicable au fond comme à la procédure.

⁴⁰ Voir *supra* n°43.

⁴¹ P.-Y. Gautier, « *L'arbitrage Quintette devant les juges de Colombie britannique : la clause de hardship, invitation à l'ultra petita* », Rev. Arb., 1991, p. 611.

116. Enfin, le rôle de l'arbitre amiable compositeur peut être à relever, même si la pratique en matière d'affrètement et de faire appel à des arbitrages en droit. Contrairement à l'arbitrage en droit, l'amiable composition commande au tribunal de trancher *ex æquo et bono* (littéralement, ce qui est équitable et bon). L'arbitre amiable compositeur peut écarter des dispositions du droit applicable, voire même selon les circonstances certaines clauses du contrat objet du litige. Cela ne signifie pas pour autant qu'il peut s'attribuer de lui-même un pouvoir de réadaptation du contrat au nom de l'équité.

Sa prérogative principale à la différence de l'arbitre en droit, est la possibilité de s'appuyer sur ces impératifs d'équité pour atténuer les effets de l'une des prévisions ou d'une norme applicable à l'espèce.

CONCLUSION

Ainsi, l'arbitrage est la juridiction naturelle qui sera appelée à trancher sur les questions de *hardship* en droit maritime. Il faut relever l'importance de cette institution en la matière : la jurisprudence des grandes chambres arbitrales à travers le monde a une force non négligeable, et elle est suivie par les opérateurs du transport maritime, comme d'autres peuvent suivre avec attention la jurisprudence judiciaire étatique.

Les praticiens adhèrent à ces évolutions et en enrichissent leur pratique, et c'est une sorte de cercle vertueux dans lequel les pratiques contractuelles internationales et

les sentences arbitrales se nourrissent l'une l'autre, et viennent faire évoluer et affiner ce droit du *hardship* ⁴².

Même si la théorie de l'imprévision n'est pas effective dans nombre d'ordres juridiques, notamment français, ou si les théories similaires restent d'application restreinte, il est indéniable que l'adaptabilité des contrats est aujourd'hui un point essentiel. Cette nécessité pour les opérateurs du transport maritime de pouvoir prévoir l'imprévisible est un défi pour les juristes, et la clause de *hardship* un début qui connaît un véritable succès.

En effet, la capacité de prévision des acteurs du *shipping* fait toute leur force, et cela se voit particulièrement avec le léger recul que l'on a aujourd'hui sur le début de la crise en 2008.

Le contrat d'affrètement est le support des activités de transport maritime, c'est la base des activités économiques de masse de l'ensemble de la chaîne de des opérateurs du transport.

De plus, d'un point de vue plus large, le transport maritime est l'accessoire du commerce international certes, mais il est aussi essentiel aux échanges de marchandises à l'échelle planétaire. La mondialisation remonte aux voyages par mer des premiers marchands-navigateurs, et il est aujourd'hui impossible de concevoir un autre paradigme de production et commercialisation des biens.

Ainsi, la sécurité de ces échanges, reposant entre autres sur la stabilité, la continuité des services offerts par les transporteurs, nécessite que ces opérations maritimes soient capables de s'adapter aux changements de circonstances réguliers, mais aussi et surtout aux plus profonds bouleversements des données environnantes.

Le principe *pacta sunt servanda* a toujours fait office de stabilisateur, de renfort des prévisions des parties, et assuré une certaine sécurité aux échanges commerciaux en rendant obligatoire leur exécution conforme et de bonne foi. Mais aujourd'hui, l'intelligence des affaires, l'appréhension économique (et sociale) du droit exige que l'on dépasse certains principes qui peuvent être trop contraignants d'immobilisme.

Tenter de deviner le plus finement possible les évolutions à venir et les risques pouvant apparaître renvoie à chercher à planifier l'imprévisible, ce qui est l'objet des clauses de *hardship*.

42 M. Almeida Prado, *Le hardship dans le droit du commerce international*, FEDUCI Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce International, collection dirigée par H. Lesguillons, éd. Bruylant, 2003.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- M. Almeida Prado, *Le hardship dans le droit du commerce international*, FEDUCI Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International, collection dirigée par H. Lesguillons, éd. Bruylant, 2003.
- P. Bonassies, C. Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ, Lextenso éditions, 2^o éd., 2010.
- Chitty, *Chitty on contracts*, vol.1, General Principles, 23 éd., The Common law Library, Sweet & Maxwell, 1999, at 24-003 et seq.

- O. Moréteau, *Droit privé - Droit anglais des affaires*, précis Dalloz, 1° éd., Droit privé, Dalloz, 2000, n° 622 et s.
- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil - Les obligations*, précis Dalloz, Droit privé, 8° éd., 2002.
- H. Williams, *Chartering documents*, 4° éd., Lloyd's Practical Shipping Guides, Sinclair Roche & Temperlay, 1999, p.38 et s.
- J.F. Wilson, J.F. Wilson, 4° éd., Longman, Person Education Limited, p. 39 et s.

Articles :

- P. Bonassies, « *Le droit positif en 1995* », DMF 1996.556.
- O. Cachard, « *Les clauses de hardship dans les contrats maritimes: prévisions et imprévision!* », DMF mai 2011.399, communication présentée lors de la journée Ripert 2010.
- B. Cavalié, « *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise: quel avenir pour la théorie de l'imprévision?* », Revue Lamy Droit Civil, 2009.62.
- L. Chedly, « *La clause de hardship: un difficile équilibre entre le juste et l'utile* », RDAI/IBLJ n°1 2010.87.
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 9° édition, PUF, 1987, mise à jour Quadrige août 2011.*
- R. J. Cortazzo, « *Development and trends of the Lex Maritime from international Arbitration Jurisprudence* », Journal of Maritime Law & Commerce, vol.43 n°2, April 2012.
- E. S. Darankhoum « *L'applications des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques* », [2002] 36 R.J.T. 421.
- L. Dargent, « *La chambre de commerce et d'industrie de Paris favorable à la réforme du droit des contrats* », Communiqué de presse de la CCIP, 6 novembre 2008, Rapport de la CCIP, Dalloz Actualité 17 novembre 2008.
- Ph. Delebecque, « *Que recouvre l'obligation de minimiser son préjudice?* », éditorial Gazette de la Chambre (CAMP) n°28, printemps 2012, p.1.
- A. G. Doudko, « *Hardship in Contract: The Approach of the Unidroit Principles and legal developments in Russia* », Rev. dr. unif. 2000-3, at 483 et seq.
- U. Draetta, « *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux* », RDAI/IBLJ N°3/4 2002.347.

- B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », RDC, 01 janvier 2004 n°1, p.67.
- P.-Y. Gautier, « *Les aspects internationaux de la renégociation* », RTD Com. 1998 p.493.
- T. Gontard et N. Nevzi, « *Les aspects corporate* », Revue Lamy Droit civil, 2009.62.
- N. Horn, « *Procedures of contract adaptation and renegotiation in international commerce* », in Horn (ed.), *Adaptation and renegotiation of contracts in international Trade and finance*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt 1985, at 173 et. Seq.
- D. Houtcief, « *L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances* », Revue Lamy Droit civil 2004.6.
- A. Job, « *Contentieux, MARC et entreprises. Quels enjeux, quelles attentes?* », Gazette de la Chambre (CAMP) n°28, printemps 2012, p.2 et s.
- J.-L. Juhan, « *Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation?* », Revue Lamy droit civil, 2009.58, supplément panorama 2008.
- H. Konarski, « *Les clauses de force majeure et de hardship dans la pratique contractuelle internationale* », RDAI/IBLJ, n°4, 2003.
- X. Lagarde, « *Brèves réflexions sur l'attractivité du droit français des contrats* », Recueil Dalloz 2005 p.2745.
- F. Magar, « *Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation* », Recueil Dalloz 2010 p.1959.
- D. Mazeaud, « *Renégocier ne rime pas avec réviser!* », Recueil Dalloz 2007 p.765.
- M. Mekki, « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2nde partie): l'efficacité des clauses contractuelles* », RDC 01 avril 2007 n°2, p. 239.
- W. Melis, « *Force majeure and Hardship clauses in International commercial contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration* », 1 J.Int'l Arb, at 213 et seq.
- J. Moury « *Le droit confronté à l'omniprésence du risque* », Recueil Dalloz 2012, p.1020.
- M. Mustill, « *The new lex mercatoria: he first twenty-five years* », Arb.Int'l 1988 at 86 et seq.
- I. Najjar, « *L'éventuel* », Recueil Dalloz 2012, p.758.
- B. Oppéit, « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship"* », 101 Clunet, p. 794 et s.

- A.H. Puelinckx, « *Frustration, Hardship, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed circumstances* », Journal International de l'arbitrage 1986, n°2, at 47 et seq.
- P. Simon, « *La crise économique mondiale a-t-elle des effets en droit maritime?* », Gazette de la Chambre (CAMP) n°19, Printemps 2009.
- M. Sow, « *La clause "as per last" dans l'affrètement au voyage: de la quête de simplicité aux risques de dérives* », Neptunus R vue électronique CDMO Nantes, vol.16 2010/1.
- F.-X. Testu, « *Changements de circonstances économiques et exécution du contrat* », présentation par GMPV (Ginestié magellan Paley-Vincent, Avocats à la Cour), Paris le 18 mars 2009.
- J.-Y. Thomas, « *Une nouvelle forme de "performance clause", une anti clause de hardship?* », Gazette de la Chambre (CAMP) n°27, hiver 2011/2012, p.5.
- M. Tilche, « *Clause de hardship* », Bulletin des Transports et de la Logistique, 2010.3326.
- H. Ullman, « *Enforcement of hardship clauses in the french and american legal systems* », 19 Cal. W. Int'l L.J. 81 1988-1989 ; 1988 Int'l Bus. L.J. 889 1988, RDAI n°7 1988.889.
- H. Van Houtte, « *Changed circumstances and Pacta sunt servanda* », in Gaillard ed., Transnational Rules in International Commercial Arbitration (ICC Publ. n°480,4), Paris 1993, at 105 et seq.
- E. C. Zaccaria, « *The effect of changed circumstances in International Commercial Trade* », 9 Int'l Trade & Bus. L. Review 135 2005.

Divers :

- F. Arrodon, « *L'arbitrage maritime en France: le point de vue du praticien* », Président de la Chambre arbitrale maritime de Paris, Communication lors de l'Assemblée de l'Association Françaises du Droit maritime, jeudi 22 mars 2007.
- C. Aston, « *Practical suggestions for resolving disputes in bad market times* », on www.lmaa.org.uk.
- C. Aston, « *Damages - When the markets tumbled* » on www.lmaa.org.uk.
- S. Azébazé, « *Les nouvelles techniques d'affrètement imaginées par les acteurs du monde maritime* », communication lors de la journée Ripert le 27 juin 2011 à Paris

(CAMP).

- A. W. Baker, « *Owner's for repudiation by charterers (no available market)* », LMAA Spring Summer, 2 May 2012, on www.lmaa.org.uk.

- Ph. Delebecque, « *Les clauses de "hardship" et d'exonération de responsabilité dans les chartes parties* » Communications des arbitres de la Chambre au congrès international des arbitres maritimes (ICMA XVIII) à Vancouver, mai 2012, dans la Gazette de la Chambre (CAMP) n°29, automne 2012.

- J.-Y. Thomas, « *Les clauses de hardship sont-elles efficaces?* », (Vice-Président de la CAMP), Communication lors de la journée Ripert le 24 juin 2011.

- B. Williamson, « *Understanding performance claims* », on www.lmaa.org.uk.

- « *ICC Force Majeure Clause 2003 / ICC Hardship Clause 2003* », ICC Publication n°650, published in February 2003 by ICC Publishing SA.

TABLES DES MATIÈRES

Remerciements.....

.....2

Tables des abréviations et sigles utilisés.....	3
Sommaire.....	4
Introduction.....	5
Partie I - L'intérêt des clauses de <i>hardship</i> dans les contrats maritimes.....	10
Titre I - La spécificité de l'environnement contractuel du transport maritime.....	11
Chapitre I - Un contexte économique instable.....	12
Section 1: Les contrats maritimes de durée comme support de l'activité de transport.....	12
Section 2: Un stabilité économique doublement menacée.....	14
Section 3: Une actualité économique particulière pour le shipping	

(aussi).....15

Chapitre II - Un contexte juridique

rigide.....18

Section 1: L'intangibilité de principe du
contrat.....18

Section 2: Quelques variations entre les positions des droits
nationaux.....19

I. Le rejet de l'imprévision en droit
français..... 19

II. Le concept de *frustration* en droit anglo-
saxon.....21

III. Les positions variables d'autres droits
nationaux.....22

Section 3: La place des normes nationales ou
transnationales.....23

Titre II - La réponse apportée à ce contexte par la clause de
hardship.....26

Chapitre I – Pour la continuation du contrat de façon
équitable.....27

Chapitre II - Une fonction à distinguer de celles de clauses
voisines.....29

Partie II - L'efficacité des clauses de *hardship* dans les contrats maritimes.....31

Titre I - Les conditions d'application de la clause de *hardship*.....33

Chapitre I - L'importance de la rédaction de la clause.....34

Section 1 : L'importance de la rédaction de la clause de *hardship*.....34

Section 2 : Une portée réduite par les imprécisions de la clause.....36

Chapitre II - La caractérisation de la situation de *hardship*.....38

Section 1: Une série de critères variables.....38

I. Sur la nature du changement de circonstances.....39

II. Sur le caractère imprévisible des événements invoqués.....40

III. Sur l'extériorité du facteur de bouleversement.....41

IV. Sur le moment de l'événement

.....	42
Section 2: Les modalités d'activation de la clause.....	43
I. La communication par la partie lésée à l'autre.....	43
II. En cas de défaut de communication.....	44
Titre II - Les effets de l'activation de la clause.....	46
Chapitre I - La renégociation de l'accord entre les parties.....	47
Chapitre II - Un pouvoir de résiliation accordée à la partie lésée.....	50
Chapitre III - L'intervention d'un tiers : l'arbitre maritime.....	51
Conclusion.....	
.....	53

Bibliographie.....
.....55

Résumé - Les clauses de *hardship* sont des clauses d'adaptation courantes dans les contrats maritimes, et notamment les contrats d'affrètements. Cela s'explique par le contexte très fluctuant dans lequel ce type de contrats sont conclus, car en effet, elles permettent l'adaptation du contrat aux changements de circonstances qui lèsent l'une des parties. Une fois étudié le contexte économique et juridique qui a incité à l'insertion de telles clauses dans les contrats maritimes, l'analyse se portera sur les modalités d'application de ces clauses de *hardship* et leurs effets.

Mots-clés: clause de *hardship* - contrats maritimes - changement de circonstances - équilibre du contrat - clause d'adaptation.

Summary - The hardship clauses are a common adjustment clauses in maritime contracts, including charter-parties. The reason is the very variable context in which such contracts are concluded, because indeed these clauses can adapt contracts to the changing circumstances that can prejudice one party. Once considered the economic and legal environment, the analysis will focus on the application of these clauses and on their effects.

Keywords: hardship clause - maritime contracts - changed circumstances - equilibrium of the contract - adjustment clause.