

LES CONTRATS INTERNATIONAUX

**La gestion des difficultés d'exécution résultant
de force majeure ou d'imprévision**

---◆◆◆---

Colloque International Alger
26 mai 2014

◆ PARIS ◆ LYON ◆ STUTTGART ◆ PEKIN ◆ SHANGHAI ◆

www.adamas-lawfirm.com

ADAMAS

Avocats associés

Département des Affaires Economiques

LES CONTRATS INTERNATIONAUX

**La gestion des difficultés d'exécution résultant
de force majeure ou d'imprévision**

Colloque International Alger
26 mai 2014

~ ♦ ♦ ♦ ~

Robert Guillaumond
Docteur en Droit
Avocat à la Cour
Associé Adamas

♦ PARIS ♦ LYON ♦ STUTTGART ♦ PEKIN ♦ SHANGHAI ♦

www.adamas-lawfirm.com

AVERTISSEMENT

Le texte qui suit est construit en prenant en considération l'exemple de deux droits nationaux (Code Civil algérien, Code Civil français), d'un droit anational (Principes Unidroit 2010), de clauses de force majeure et de hardship ICC 2003, et d'une clause ad hoc tirée d'un contrat de fourniture industrielle de longue durée mêlant Take or Pay, force majeure, hardship, loi applicable et arbitrage. Les textes ainsi cités sont joints en annexe.

L'exposé, ainsi illustré par ces textes, a pour objet de présenter l'origine ancienne de la force majeure et l'émergence récente de l'imprévision et de faire apparaître le caractère indispensable d'un contenu contractuel précis en ces matières de nature à permettre une bonne gestion des difficultés d'exécution résultant de force majeure ou d'imprévision.

Lorsqu'il est traité ci-après de clause d'imprévision, le terme de hardship (littéralement « *dure tribulation* » ou « *épreuve importante* ») est fréquemment utilisé dans la mesure où ce terme est largement adopté dans la pratique commerciale internationale (y compris de langue française).

Enfin, l'exposé traite des contrats internationaux au sens habituel de contrats du commerce international, et délaisse volontairement les questions liées à l'intervention, directe ou indirecte, d'un Etat comme partie à un contrat international.

◆ ◆ ◆ ◆

1. L'exposé qui suit est consacré à la gestion des difficultés d'exécution de contrats internationaux résultant de force majeure ou d'imprévision, ce qui exclut la matière importante des difficultés d'exécution du fait, volontaire ou involontaire, de l'une des parties pour le règlement desquelles les parties disposent généralement d'un arsenal juridique bien connu des juristes et opérateurs du commerce international : notamment mises en demeure et possibilités d'exécution forcée et/ou de réparation pécuniaire, le tout pouvant être facilité par des clauses contractuelles ayant pour objet de prévenir d'éventuelles inexécutions, l'effet de ces clauses pouvant être rendu plus efficace par le jeu d'éventuelles garanties d'exécution.

2. A l'inverse de cette situation faite d'éléments normalement prévisibles lors de la définition contractuelle des droits et obligations des parties, la préoccupation qui sous-tend cet exposé concerne les situations résultant d'événements extérieurs aux parties, hors de leur contrôle, et que les parties ne pouvaient raisonnablement envisager lors de la conclusion du contrat.

La force majeure en droit national et anational

3. Cette préoccupation a été prise en considération de manière très ancienne par les juristes lorsque ces événements imprévisibles et extérieurs aux parties ont pour effet de rendre impossible l'exécution d'une obligation, et ce à raison du principe de bon sens, énoncé juridiquement dès l'époque romaine¹, selon lequel « *à l'impossible nul n'est tenu* ».

C'est la force majeure (et accessoirement le cas fortuit), notion fondamentale du droit des obligations, connue de diverses manières de tous les droits nationaux comme du droit anational (cf : les Principes Unidroit). Cette notion est si connue et si profondément admise que, malgré son importance, si la force majeure est prise en considération par le droit comme cause de justification d'une inexécution et d'exonération de réparation, elle ne fait généralement l'objet d'aucune définition légale.

C'est le cas, en particulier, dans le Code Civil algérien (articles 127 et 138) et dans le Code Civil français (article 1148) qui, l'un et l'autre, visent simplement de manière négative force majeure et cas fortuit pour préciser que leur survenance dispense du paiement de dommages et intérêts le débiteur d'une obligation inexécutée sans prendre parti quant au maintien ou non maintien du lien contractuel.

¹ Ulpian (Digest) :

- Force majeure (*vis major*) : « *omnem vim cui resisti non potest* » (« toute force à laquelle on ne peut résister ») ;
- Cas fortuit : « *casus fortuitus nullum humanum consilium proevidere potest* » (« tout événement qu'aucune prudence ne peut prévoir »).

4. En droit français, malgré cette absence de définition légale, chacun analyse la notion de force majeure à partir des critères bien connus « **d'imprévisibilité, irrésistibilité, extériorité** » de l'évènement concerné.

Cette absence de définition légale de la force majeure n'est toutefois pas sans inconvénient et pose quelques problèmes pratiques dans la mesure où l'analyse des tribunaux français s'égarait fréquemment dans une approche casuistique de la force majeure, y compris au sein des Chambres Civiles de la Cour de Cassation dont les contrariétés de jurisprudence n'ont été réduites que récemment aux termes d'un arrêt d'Assemblée Plénière du 14 avril 2006².

En droit algérien, l'absence de définition de la force majeure dans le Code Civil algérien est, selon le professeur Ali Bencheneb (cf : « *Le droit algérien des contrats* », p. 282 s.), partiellement compensée par la définition de la force majeure résultant de deux textes d'application particulière (la loi du 28 avril 2005, modifiée, relative aux hydrocarbures, et la loi minière du 4 juillet 2001) qui retiennent la même définition de la force majeure en considération des critères d'**imprévisibilité, irrésistibilité, et extériorité** de l'évènement considéré.

5. Ce sont ces mêmes critères, et la même conséquence exonératoire de réparation, qui sont généralement retenus pour caractériser la force majeure dans la plupart des systèmes dits de « droit civil » (par opposition aux systèmes de *common law* qui ont donné naissance à la doctrine distincte de « *frustration* »).

6. La définition de la force majeure retenue dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international rend compte de cette situation. Ces Principes sont constitués d'une réécriture (« *restatement* ») internationale des principes généraux du droit des contrats adoptés par les principaux systèmes juridiques du monde dont la première version est intervenue en 1994.

La définition de la force majeure retenue par les Principes Unidroit (version 2010) est donnée sous l'article 7.1.7 des Principes :

« 1) *Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un **empêchement qui échappe à son contrôle** et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne **en considération au moment de la conclusion du contrat**, qu'il le **prévienne** ou le **surmonte** ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.* »

On retrouve dans ce texte les critères d'extériorité (« *empêchement qui échappe à son contrôle* »), d'imprévisibilité (cet empêchement ne pouvait être pris « *en considération au moment de la conclusion du contrat* »), et d'irrésistibilité (cet empêchement ne pouvait être ni *prévu*, ni *prévenu*, ni *surmonté*).

² Cass. Ass. Plén. 14 avril 2006, Bull. Civ. N° 5.

Les dispositions des Principes Unidroit relatives à la force majeure vont toutefois très au-delà de la simple exonération de réparer édictée par les droits algérien et français et la plupart des droits nationaux.

Elles prévoient en effet (*cf* : le texte complet sous **Annexe 3**) :

- outre le principe de cette exonération (1^{er} alinéa de l'article 7.1.7) ;
- le caractère éventuellement temporaire de cette exonération (2^{ème} alinéa de l'article 7.1.7) ;
- l'obligation d'information à charge du débiteur concerné (3^{ème} alinéa de l'article 7.1.7) ;
- la possibilité d'une sanction pécuniaire au cas de défaut d'information (3^{ème} alinéa de l'article 7.1.7) ;
- les conséquences de la force majeure relatives en particulier à la suspension d'obligations et à la possible résolution du contrat concerné (4^{ème} alinéa de l'article 7.1.7) ;
- toutes dispositions issues de considérations pratiques et que l'on retrouve ou que l'on devrait retrouver dans la plupart des clauses de force majeure des contrats internationaux.

L'imprévision en droit national et droit anational

7. La force majeure comme cause exonératoire d'obligation de réparer est donc aussi largement et anciennement admise que l'adage selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu ».

En revanche, la prise en considération par le droit d'évènements imprévisibles ayant pour effet, non pas de rendre impossible, mais simplement très difficile, l'exécution d'une obligation, est une innovation juridique relativement récente et qui est loin d'être partagée par tous les droits nationaux, pas plus qu'elle ne s'impose totalement en droit international ou anational.

La raison en est simple et tient à l'essence même de ce qu'est un contrat et au statut juridique qui en découle.

Le contrat est l'instrument juridique de l'échange ; son contenu est défini par les parties ; il est le reflet de l'autonomie de leur volonté et il constitue en conséquence la loi des parties. Dès lors, les parties sont tenues d'assumer les engagements qu'elles ont pris librement, et ce quelles que soient les difficultés de cette exécution.

La prise en considération d'éventuelles difficultés d'exécution, quelle qu'en soit l'origine (extérieure ou non aux parties), se heurte ainsi au principe universel de la force obligatoire des contrats et de son principe accessoire qu'est l'intangibilité contractuelle.

C'est ce qu'expriment les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international :

« Article 1.3. : Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes. ».

C'est ce qu'expriment également les articles 106 et 107 alinéas 1 et 2 du Code Civil algérien :

« Article 106. - Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi.

Article 107. - Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi.

Il oblige le contractant, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation.»

.....

C'est ce qu'expriment enfin, les articles 1134 et 115 du Code Civil français :

« Article 1134. – Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Article 1135. – Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

8. Au regard de la prise en considération de l'imprévision et de ses effets sur l'exécution contractuelle, la similitude du droit algérien et du droit français s'arrête toutefois là.

9. Le droit français reste pour l'instant arquetypé sur le principe de l'immutabilité contractuelle, la Cour de Cassation ayant rappelé à de multiples reprises, soit par ses arrêts, soit même dans l'un de ses rapports annuels (2003), que l'imprévision ne dispense pas d'exécuter un contrat même si cette imprévision entraîne, même gravement, le déséquilibre économique ou financier des prestations initialement convenues entre les parties.

Il est vrai toutefois que cette position de principe est aujourd'hui complétée par une jurisprudence relativement récente³ qui, au cas de difficulté majeure d'exécution due à une imprévision du contrat, semble imposer aux parties un devoir de renégociation contractuelle dont l'inobservation est susceptible de constituer une faute.

Il est vrai également que, sous l'influence européenne, la France a le projet de réformer son droit des obligations et que le projet élaboré par le Ministère de la Justice prévoit que :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

10. Le droit algérien a toutefois précédé cette possible évolution du droit français. L'article 107 alinéa 3 du Code Civil algérien précise en effet ce qui suit :

« Toutefois, lorsque, par suite d'évènement exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle. »

Cette disposition, apparemment inspirée du Code Civil égyptien (article 147), est précise.

Elle caractérise tout d'abord l'imprévision source d'adaptation judiciaire ou arbitrale du contrat : l'évènement concerné doit être exceptionnel, imprévisible, et, en droit algérien, elle doit également avoir un caractère général, c'est-à-dire extérieur aux parties.

Cette disposition dispose ensuite que l'évènement concerné doit avoir pour effet de rendre l'exécution contractuelle « *excessivement onéreuse* » sans pour autant devenir impossible.

Cette disposition précise également que, si ces circonstances sont réunies, le juge (ou l'arbitre) peut être saisi d'une demande de révision, par voie de réduction raisonnable de l'obligation devenue excessive.

³ Arrêts Huard, Chevassus Marche, société Les Repas Parisiens :

- Cass. Com. 3 nov. 1992, Pourvoi n° 90-18.547
- Cass. Com. 24 nov. 1998, Pourvoi n° 96-18.357
- Cass. Civ. 1^{ère} 16 mars 2004, Pourvoi n° 01-15.804

A contrario, cette disposition interdit à la partie qui souffre de l'onérosité de l'exécution de son obligation de se faire elle-même justice, soit en suspendant l'exécution de cette obligation, soit en la réduisant de manière unilatérale.

Enfin, et ce n'est pas sans inconvénient pour un contrat international qui serait soumis à la loi algérienne, ce texte dispose que « *toute convention contraire est nulle* », et donc que cette disposition a un caractère impératif⁴ qui ne peut donc être méconnu.

11. Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international reprennent, sous le terme de « *hardship* », utilisé par la pratique commerciale internationale, l'essentiel de ces dispositions les plus évoluées de droit national :

« *ARTICLE 6.2.2 (Définition)*

Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;*
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;*
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et*
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »*

Et, comme pour ce qui concerne la force majeure, les Principes Unidroit vont, en matière d'imprévision contractuelle (*hardship*), au-delà du contenu des droits algérien et français, et ce afin de préciser les effets du *hardship*.

C'est l'objet de l'article 6.2.3 (Effets) des Principes Unidroit :

- « 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indû et être motivée.*
- 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.*
- 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.*

⁴ En ce sens :

- voir Ali Bencheneb : « *Le droit algérien des contrats* », p. 211 ;
- voir également N.E. Terki, « *Les clauses pénales et Take or Pay dans le contrat international de longue durée* », RDAI/IBLJ, n° 2-2014, p. 124.

- 4) *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable :*
- a) *mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou*
 - b) *adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »*

L'évolution des pratiques du commerce international

12. On retrouve dans le contenu et la pratique des contrats internationaux cette évolution des droits nationaux et du droit national relative à la définition et aux conséquences de la force majeure et de l'imprévision, et ce soit par simple référence, dans le contrat, à un droit national (dont, alors, les dispositions relatives à la force majeure et à l'imprévision sont en principe applicables), soit par référence à un droit national (la référence aux Principes Unidroit entraîne l'application desdits Principes), soit par inclusion, dans le contrat, de clauses spécifiques qui reprennent, peu ou prou, les dispositions commentées ci-dessus, et, souvent, y ajoutent des dispositions ayant pour objet d'en assurer l'efficacité pratique.

13. D'une manière générale, on constate que les contrats internationaux les plus anciens, ou les plus simples, contiennent généralement une **clause spécifique relative à la définition et aux conséquences de la force majeure** dont l'objet est essentiellement de mieux préciser ce que deviennent les obligations des parties au cas de survenance d'un cas de force majeure :

- un devoir d'information à bref délai est généralement imposé au débiteur de l'obligation inexécutable ;
- une sanction est, de temps à autre, stipulée pour le cas où ce devoir d'information ne serait pas accompli ;
- les effets dans le temps de la force majeure sont précisés : suspension temporaire ou définitive de l'exécution de l'obligation ; puis, au-delà d'une certaine période de suspension, organisation, le cas échéant, des modalités de résolution du contrat.

14. En revanche, il est fréquent que, dans les contrats les plus anciens ou les plus simples, **ne soit incluse aucune clause spécifique relative à l'imprévision ou à ses conséquences.**

Les motifs de cette situation sont de divers ordres.

Ils tiennent, tout d'abord, à la lente et récente émergence d'un droit de l'imprévision dont la naissance et l'expansion ont longtemps été contenues par le principe de la force obligatoire du contrat et le principe de son caractère intangible.

Ils tiennent ensuite à l'évolution du commerce international.

Le commerce international s'est diversifié.

Il y a 50 ans, l'essentiel du commerce international était intra-européen et transatlantique ; il est, aujourd'hui, mondial et concerne des zones territoriales dont les systèmes juridiques diffèrent de la *common law* comme du droit continental.

En même temps, les opérations du commerce international se sont complexifiées.

A côté de contrats à exécution instantanée, sont mis en œuvre des contrats à exécution successive.

A côté des contrats à objet unique, ont été définis des contrats à objets multiples : contrats d'approvisionnement, de fournitures, de production.

Aux contrats de courte durée sont désormais ajoutés des contrats de longue, voire très longue, durée.

Et certains de ces contrats cumulent tous ces caractères : objets multiples ; exécution successive ; longue durée ; multiplicité d'opérateurs, voire de lieux d'exécution.

Dans de tels contrats complexes par nature, l'imprévision n'est plus accidentelle. Elle est un élément constitutif du contrat pour la simple raison, de bon sens, selon laquelle « **on ne peut pas tout prévoir** ».

Dès lors, au souci d'organiser de manière abstraite une certaine sécurité juridique succède le souci de prévenir de manière pratique l'insécurité et d'en prévoir concrètement les conséquences.

15. Les praticiens du commerce international ont enregistré ces évolutions et, de la même manière que, dès l'époque romaine, fut intégrée au droit des contrats la règle de bon sens admettant qu'à « *l'impossible nul n'est tenu* », l'époque moderne, à l'heure de la mondialisation, admet que, malgré tous les soins pouvant être apportés à la rédaction d'un contrat complexe, il n'est pas invraisemblable d'admettre que l'on ne puisse pas tout prévoir, notamment au sein d'une économie mondialisée très volatile, et ce d'autant plus si le contrat est multipartite, de nature complexe, de longue durée.

De la même manière que l'épistémologie du droit des contrats fait des modalités de formation du contrat une règle essentielle, l'imperfection de la formation d'un contrat pouvant entraîner sa nullité, l'accent est mis, à l'époque contemporaine, sur la parfaite exécution du contrat, et plus encore peut-être sur sa pérennité, tout autant que sur les conditions de sa formation.

Car, notamment dans le commerce international, la valeur de l'outil juridique qu'est le contrat a changé. Le contrat est un fantastique instrument d'échanges fixant les droits et obligations respectives des parties. Mais, lorsque la relation que tissent ces droits et obligations est complexe, lorsque cette relation s'inscrit dans une durée longue d'exécution, le contrat est plus qu'un instrument définissant des droits et obligations.

Le contrat structure une relation sur le moyen / long terme, et il est l'instrument, quelquefois essentiel, de l'organisation économique des opérateurs.

Le contrat devient alors, pour les opérateurs concernés, un élément d'actif dont la pérennité doit être impérativement préservée.

Et dans ce contexte, la force obligatoire du contrat prend un tout autre sens.

Ce qui importe aux parties -ce qui au fond les oblige- c'est que le contrat vive et qu'il vive jusqu'à l'accomplissement de son objet et si, à cette fin, le contrat doit être adapté aux circonstances, modifié en considération d'un changement de son environnement économique, abrégé, ou au contraire, étendu ou renouvelé, les parties sont prêtes à y procéder.

C'est en ce sens que l'adaptation du contrat, sa révision éventuelle, pour cause d'imprévision, ne s'oppose pas au principe de sa force obligatoire : dès lors que les parties sont attachées à son exécution, s'entendre pour parvenir à cette fin est une modalité d'exécution contractuelle.

Les clauses contractuelles de force majeure et d'imprévision

16. C'est cette conception -moderne- du droit des contrats qui inspire les praticiens des contrats internationaux qui, pour répondre aux besoins des opérateurs, doivent s'efforcer de conjuguer rigueur contractuelle et capacité d'adaptation alors que ces notions peuvent, a priori, paraître antinomiques, voire contradictoires.

Cette conjugaison des contraires nécessite l'usage de dispositions contractuelles plus ou moins sophistiquées ayant toutes pour objet de permettre l'adaptation d'un contrat, notamment :

- clauses d'indexation automatique ;
- clauses de révision de prix soit de gré à gré, soit avec l'assistance d'un tiers ;
- clauses de révision périodique de certaines des obligations des parties dans les contrats de longue durée ;
- et surtout clauses de hardship et de force majeure.

Les trois premières de ces dispositions contractuelles sont bien connues et méritent peu d'explications, à la différence des dispositions qui concernent hardship et force majeure auxquelles sont consacrés les développements qui suivent.

17. En ce qui concerne hardship et force majeure le contrat international peut se borner à prévoir qu'il est soumis à un droit national qui contiendrait des dispositions en l'une et l'autre matières.

C'est le cas du droit algérien pour force majeure et imprévision et ce n'est que partiellement le cas du droit français qui ne contient des dispositions qu'en matière de force majeure (*cf : supra*).

Le choix de la loi applicable au contrat est donc, en tel cas, un choix essentiel.

Mais, même avec le meilleur choix de droit national, la situation restera imparfaite.

Deux raisons essentielles y concourent.

D'une part, si la loi du contrat permet de compléter un contrat lacunaire, définit les principes d'interprétation du contrat, et régit pour l'essentiel l'exécution en nature du contrat ainsi que les causes admissibles de non-exécution (telles que l'imprévision ou la force majeure), le régime international de l'exécution en nature d'un contrat se caractérise par un concours de lois (notamment loi du contrat mais également loi du lieu d'exécution, loi du for à titre de loi de procédure, *lex concursus* au cas d'insolvabilité du débiteur, loi de situation de biens éventuellement concernés) que seul permet de réduire (mais non annihiler) le choix complémentaire d'une convention d'arbitrage.

D'autre part, ainsi que le montrent les exemples du droit français pour ce qui concerne la force majeure, et du droit algérien pour ce qui concerne force majeure et imprévision, le contenu de la plupart des droits nationaux reste dominé par une conception étroite de l'intangibilité du contrat et marqué, en matière de force majeure et imprévision, par les réticences évoquées ci-dessus.

Et comme nous l'avons également évoqué ci-dessus, les dispositions de chacun de ces deux droits nationaux sont restrictives et largement incomplètes, notamment en ce qu'elles n'ont pas pour objet principal d'organiser pour l'avenir et avec précision la relation contractuelle affectée par un cas de force majeure ou d'imprévision.

18. Au regard de cette insuffisance des droits nationaux en matière de force majeure et imprévision, la qualité du contrat peut être améliorée par l'adoption d'un droit national, et en particulier des Principes Unidroit, notamment pour ce qui concerne force majeure (article 7.1.7) et imprévision (articles 6.2.2. et 6.2.3) dont le contenu est rappelé en **Annexe 3**.

Ce choix peut s'avérer utile, en particulier lorsque les parties ont du mal à s'entendre sur la loi applicable au contrat, ou sur des dispositions contractuelles plus précises.

19. La meilleure solution reste cependant l'inclusion dans le contrat de dispositions spécifiques en matière de force majeure et d'imprévision.

Deux types de clauses, l'un et l'autre relatifs à force majeure et imprévision, sont donnés en **Annexes 4,5 et 6** et permettent d'illustrer notre propos.

19.1. Force majeure

La structure d'une clause contractuelle de force majeure est nécessairement faite de trois séries de dispositions.

- **La définition des évènements** constitutifs de force majeure, cette définition étant généralement assurée :
- d'une part, par une formule générale reprenant d'une manière ou d'une autre les standards d'extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité, généralement considérés comme caractéristiques de force majeure dès lors qu'ils ont pour effet de rendre, temporairement ou définitivement, impossible l'exécution d'une obligation ;
 - d'autre part, une liste pré-établie d'évènements de force majeure donnée, ou non, à titre simplement indicatif (selon que les co-contractants se réservent ou non la possibilité d'invoquer un évènement non inclus dans ladite liste mais pouvant répondre aux critères résultant de la formule générale).
- L'obligation, faite à la partie qui a l'intention de se prévaloir d'un cas de force majeure, de **notifier cette intention à son co-contractant**, la clause devant alors préciser :
- la forme de cette notification ;
 - le délai ouvert pour notifier ;
 - la preuve et la justification de l'évènement invoqué ;
 - d'éventuelles sanctions au cas d'insuffisance ou d'absence de notification.
- **Les conséquences de la force majeure** qui comportent, d'ordinaire, plusieurs volets :
- le caractère exonératoire de la force majeure ;
 - la suspension du contrat si l'empêchement n'est que temporaire, et au-delà d'une certaine période de suspension, la renégociation du contrat, voire sa résolution ;
 - la résolution du contrat si l'empêchement est définitif ;
 - le cas échéant, l'obligation faite à chaque partie de minimiser les dommages résultant des effets de la force majeure.

19.2. Imprévision / Hardship

La structure d'une clause de hardship est semblable à la structure d'une clause de force majeure mais, dans la mesure où la clause de hardship a pour objet principal de permettre l'adaptation du contrat (soit par les parties, soit par une autorité juridictionnelle -juge ou arbitre), plutôt que sa résolution, une telle clause peut ou doit être plus précise en ce qui concerne les modalités adoptées aux fins de cette modification contractuelle éventuelle.

Les clauses habituelles de hardship comportent trois séries de dispositions.

→ **La définition de l'évènement constitutif de hardship.**

Cette définition emprunte généralement, à la force majeure, les critères d'imprévisibilité et d'extériorité mais elle se différencie de la force majeure en ce qui concerne l'irrésistibilité.

A la différence de la force majeure, l'évènement de hardship n'est pas fondamentalement irrésistible et ne rend pas impossible l'exécution d'une obligation. Il a simplement pour effet de rendre cette exécution beaucoup plus difficile.

Toute la question est dès lors de calibrer au mieux la définition du hardship de manière à combiner respect de la force obligatoire du contrat et nécessité d'adaptation de celui-ci aux fins de son exécution.

Les définitions retenues par les Principes Unidroit d'une part, et les clauses proposées en **Annexes 5 et 6** illustrent la finesse nécessaire de la clause de hardship à ce propos :

- la définition retenue par les Principes Unidroit est faite de deux éléments :

- le principe de la force obligatoire du contrat rappelé par l'article 6.2.1 :

« Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship ».

- L'exception de hardship définie par l'article 6.2.2 :

*« Il y a hardship lorsque surviennent des évènements qui **altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations**, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué... ».*

- La définition proposée par la clause de hardship ICC 2003 est semblable :

*« **1** Toute partie est tenue d'exécuter ses obligations contractuelles même si les circonstances en rendent l'exécution plus onéreuse qu'on aurait raisonnablement pu le prévoir au moment de la conclusion du contrat. »*

*« **2** Sans préjudice du paragraphe 1 de la présente clause, lorsqu'une partie contractante établit que :*

*[a] **l'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse en raison d'un évènement hors de son contrôle... ».***

- La définition proposée par la clause ad hoc figurant en **Annexe 6** est plus complète.
 - Elle vise un type d'évènement dont une liste est donnée de manière indicative.
 - Elle définit la nature du **déséquilibre économique** pris en considération (« *...modify the economic balance of the Agreement...* »).
 - Elle caractérise ce déséquilibre (« *...the turnover...fails to cover the cost of the investment* »).

→ L'obligation faite à la partie qui subit les effets du hardship **de notifier en temps et heure à son co-contractant son intention** de se prévaloir de la clause de hardship à raison d'évènements dont il doit justifier.

La règle proposée à ce propos par les Principes Unidroit se borne à retenir le principe d'une notification « *motivée* » effectuée « *sans retard indu* » (Unidroit), ce qui est un minimum qu'il est souhaitable de compléter en considération de l'objet et des caractéristiques du contrat sur un mode semblable à ce que propose la clause ad hoc (**Annexe 6** – article 12.2 : « *this notice shall set out the date and nature of the event, details of the nature and extent of the substantial hardship and **enclose all substantiating documents and information*** »).

→ **Les effets de la clause de hardship** dont la rédaction est la plus délicate.

Les documents annexés fournissent trois illustrations des contenus pouvant être adoptés :

- la clause de hardship ICC 2003 (**Annexe 5**) est la plus simple mais sans doute la moins efficace.

Elle se borne à prescrire que « *les parties **s'obligent**, dans un délai raisonnable après que la présente clause ait été invoquée, à négocier de nouvelles conditions contractuelles prenant raisonnablement en compte les conséquences de l'évènement.* » et que, à défaut pour les parties de parvenir à un accord entraînant la prise en compte de l'évènement de hardship, la partie victime « *est en droit de prononcer la résolution du contrat* ».

Il est vrai que, dans l'esprit des rédacteurs de cette clause, celle-ci est indissociable de la clause ICC de règlement des différends, lesdits rédacteurs semblant penser – ce qui peut sembler illusoire – que les risques de voir naître un différend ensuite d'une éventuelle résolution du contrat sont de nature à pousser les parties à rechercher un accord favorable à la poursuite du contrat.

- La solution proposée par les Principes Unidroit (**Annexe 3** – article 6.2.3) est légèrement plus sophistiquée dans la mesure où elle prévoit que, au cas de hardship, les parties **peuvent** négocier une adaptation contractuelle et qu'à défaut d'accord (sur le principe même d'une négociation, ou après négociation), le juge (ou l'arbitre) peut être saisi, le juge (ou l'arbitre) recevant le pouvoir considérable d'agir de manière « **raisonnable** » (c'est le moins que l'on puisse lui demander) aux fins « **d'adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations** », et, à défaut, de mettre fin au contrat.

Cette proposition d'adaptation juridictionnelle du contrat qui résulte des Principes Unidroit est intéressante mais elle doit être envisagée avec soin sous un double aspect :

- quel juge est chargé de cette appréciation : un juge étatique ; un arbitre unique ; une pluralité d'arbitres ?
 - selon quelles règles ce juge ou arbitre statue-t-il ? un droit national ? un droit anational ? en équité ? comme amiable compositeur ? ou, le cas échéant, selon d'autres dispositions contractuelles expresses ?
- La clause ad hoc (**Annexe 6** – article 12.3) illustre la manière dont il peut être répondu à cette dernière question en imposant à chaque partie de clarifier et expliciter la position qu'il entend adopter aux fins de restaurer l'équilibre économique du contrat et en limitant le pouvoir du juge (en l'espèce une pluralité d'arbitres) à procéder par choix de l'une ou l'autre des propositions ainsi formulées par les parties aux fins de restaurer l'équilibre économique du contrat.

20. Cette même clause ad hoc, issue d'un contrat international de long terme ayant pour objet principal la fourniture de produits chimiques par une entreprise ayant spécialement investi, à grands frais, à cette fin, constitue par ailleurs une bonne illustration du contenu et de la nécessaire combinaison de clauses ayant pour objet :

- La mise en place d'une garantie d'exécution (la clause de « Take or Pay ») (article 10.1) ;
- Le traitement de la force majeure et de l'imprévision (articles 11 et 12) ;
- L'effet de la loi applicable au contrat (article 13.1), notamment par neutralisation des dispositions du Droit suisse relatif au pouvoir du juge en matière d'adaptation de clause pénale⁵ ;
- Le règlement des différends (article 13.2).

⁵ Voir à ce propos N.E. Terki, *op. cité*.

Cette illustration permet de rappeler que, comme nous l'avons évoqué, la force obligatoire du contrat n'est pas nécessairement affectée par la prise en considération de l'imprévision, que force majeure et imprévision sont des notions proches mais distinctes méritant un traitement différencié, et que la qualité d'un contrat, et notamment son équilibre, reposent, en particulier, sur la bonne coordination de l'ensemble des clauses (notamment : garanties d'exécution, force majeure, imprévision, loi applicable, règlement des différends) susceptibles d'être appliquées aux fins de gérer au mieux d'éventuelles difficultés d'exécution.

~ ♦ ♦ ♦ ~

ANNEXE 1

Code Civil algérien

◆ ◆ ◆ ◆

Article 106. - Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi.

Article 107. - Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi. Il oblige le contractant, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation.

Toutefois, lorsque, par suite d'évènements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle.

.....

Article 127. – A défaut de disposition légale ou conventionnelle, échappe à l'obligation de réparer le dommage, celui qui prouve que ce dommage provient d'une cause qui ne peut lui être imputée tel que le cas fortuit ou de **force majeure** (*gras ajouté*), la faute de la victime ou celle d'un tiers.

.....

Section III

DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES

Article 138. – Toute personne qui a la garde d'une chose et qui exerce sur elle un pouvoir d'usage, de direction et de contrôle, est présumée responsable et doit répondre du dommage qu'elle a occasionné.

Le gardien de la chose est exonéré de cette responsabilité s'il administre la preuve que le dommage est dû à une cause qu'il ne pouvait normalement prévoir, tels le fait de la victime, le fait du tiers, le cas fortuit ou la **force majeure** (*gras ajouté*).

.....

Chapitre II

DE L'EXECUTION PAR EQUIVALENT

Article 176. – Si l'exécution en nature devient impossible, le débiteur est condamné à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution de son obligation, à moins qu'il ne soit établi que l'impossibilité de l'exécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputée. Il en est de même, en cas de retard dans l'exécution de son obligation.

Article 177. – Le juge peut réduire le montant de la réparation ou même ne point l'accorder, si le créancier a, par sa faute, contribué à créer le préjudice ou à l'augmenter.

Article 178. – Il peut être convenu que le débiteur prenne à sa charge les risques du cas fortuit ou de **force majeure** (*gras ajouté*).

Il peut également être convenu que le débiteur soit déchargé de toute responsabilité pour inexécution de l'obligation contractuelle, sauf celle qui naît de son dol ou de sa faute lourde.

Le débiteur peut, toutefois, stipuler qu'il sera exonéré de la responsabilité résultant du dol ou de la faute lourde commise par les personnes dont il se sert pour l'exécution de son obligation.

Est nulle toute clause exonérant de la responsabilité délictuelle.

~ ♦ ♦ ♦ ~

ANNEXE 2

Code Civil français

◆ ◆ ◆ ◆

Article 1134. – Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Article 1135. – Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Article 1142. – Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Article 1143. – Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

Article 1144. – Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. (*L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 82*) Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution.

Article 1145. – Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention.

Article 1148. – Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou à fait ce qui lui était interdit.

◆ ◆ ◆ ◆

ANNEXE 3

Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2010)

(mis à jour : jeudi 5 décembre 2013)

◆◆◆◆

Section II

HARDSHIP

ARTICLE 6.2.1 (Respect du contrat)

Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship.

ARTICLE 6.2.2 (Définition)

Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.

ARTICLE 6.2.3 (Effets)

- 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indû et être motivée.

- 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.
- 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.
- 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable :
 - a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou
 - b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

.....
.....

Chapitre VII

INEXECUTION

.....

ARTICLE 7.1.7 (Force majeure)

- 1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.
- 2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat.
- 3) Le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du défaut de réception.
- 4) Les dispositions du présent article n'empêchent pas les parties d'exercer leur droit de résoudre le contrat, de suspendre l'exécution de leurs obligations ou d'exiger les intérêts d'une somme échue.

~ ♦ ♦ ♦ ~

ANNEXE 4

Clause de force majeure ICC 2003



1 Sauf disposition contractuelle contraire, expresse ou implicite, lorsqu'une partie n'exécute pas une ou plusieurs de ses obligations, les conséquences énumérées aux paragraphes 4 à 9 de la présente clause seront applicables si et dans la mesure où cette partie prouve que :

[a] son défaut d'exécution est dû à un événement raisonnablement hors de son contrôle ; et

[b] elle n'aurait pu raisonnablement prévoir la survenance de cet événement au moment de la conclusion du contrat ; et

[c] elle n'aurait pu raisonnablement éviter ou surmonter les effets de cet événement.

2 Lorsqu'une partie à un contrat n'exécute pas une ou plusieurs de ses obligations contractuelles en raison du défaut d'exécution des obligations d'une tierce partie qu'elle avait chargée d'accomplir tout ou partie de ses obligations contractuelles, les paragraphes 4 à 9 s'appliqueront uniquement à la partie contractante :

[a] si et dans la mesure où la partie contractante satisfait les conditions prévues au paragraphe 1 de la présente clause ; et

[b] si et dans la mesure où la partie contractante démontre que les mêmes conditions sont réunies dans le chef du tiers.

3 A défaut de preuve contraire, et sauf disposition contractuelle contraire, qu'elle soit expresse ou implicite, une partie invoquant la présente clause sera présumée avoir satisfait aux conditions énumérées aux paragraphes 1(a) et (b) ci-dessus en cas de survenance d'un ou plusieurs des événements suivants :

[a] guerre (déclarée ou non), conflit armé ou menace sérieuse de conflit armé (y compris, mais sans limitation, agression, blocus, embargo militaire), hostilités, invasion, acte d'un ennemi étranger, mobilisation militaire de grande envergure ;

[b] guerre civile, émeute, révolution, rébellion, force militaire ou usurpation de pouvoir, insurrection, désordre ou chaos social, violence perpétrée par la foule, acte de désobéissance contre l'autorité de l'Etat ;

[c] acte de terrorisme, sabotage ou piraterie ;

[d] acte de l'autorité, qu'elle soit légitime ou non, soumission à toute loi ou ordre, règle, règlement ou directive émanant d'un gouvernement, couvre-feu, expropriation, spoliation, saisie de biens, réquisition, nationalisation ;

[e] calamité, peste, épidémie, catastrophe naturelle, y compris, mais sans limitation, orage violent, cyclone, typhon, tornade, blizzard, tremblement de terre, éruption volcanique, glissement de terrain, raz de marée, tsunami, inondation, dommage ou destruction causé par la foudre, sécheresse ;

[f] explosion, incendie, destruction de machines, d'équipements, d'usines et de tous types d'installations ;

[g] conflits sociaux généralisées, y compris, mais sans limitation, boycott, grève et lock-out, grève du zèle, occupation d'usines et de locaux.

4

Une partie invoquant la présente clause avec succès est libérée, sous réserve du paragraphe 6 ci-après, de son devoir d'exécuter ses obligations contractuelles, et ce à compter du moment où l'évènement de Force Majeure empêche cette exécution, à la condition qu'une notification en soit donnée sans délai à l'autre partie, ou à défaut d'une prompt notification, à compter du moment où l'autre partie a été avisée de l'évènement.

5

Une partie invoquant avec succès la présente clause est libérée, sous réserve du paragraphe 6 ci-dessous, de toute responsabilité au titre des dommages ou de toute autre réparation pour inexécution contractuelle à compter du moment indiqué au paragraphe 4 ci-dessus.

6

Lorsque l'effet de l'obstacle ou de l'évènement invoqué est temporaire, les conséquences prévues aux paragraphes 4 et 5 ci-dessus seront applicables uniquement dans la mesure et aussi longtemps que l'obstacle ou l'évènement invoqué empêcheront la partie qui l'invoque d'exécuter ses obligations contractuelles. Lorsque ce paragraphe est applicable, la partie invoquant la présente clause aura l'obligation d'aviser l'autre partie dès que l'obstacle ou l'évènement invoqué aura cessé d'empêcher l'exécution de ses obligations contractuelles.

7 Une partie invoquant la présente clause a l'obligation de prendre toutes mesures raisonnables afin de limiter les effets de l'obstacle ou de l'évènement invoqué sur l'exécution de ses obligations contractuelles.

8 Lorsque la durée de l'obstacle invoqué conformément au paragraphe 1 de la présente clause, ou de l'évènement invoqué conformément au paragraphe 3 de la présente clause a pour effet de priver de manière substantielle une ou les deux parties de ce qu'elles étaient raisonnablement en droit d'attendre du contrat, chaque partie est en droit de mettre fin au contrat en notifiant dans un délai raisonnable sa cessation à l'autre partie.

9 Lorsque le paragraphe 8 ci-dessus est applicable, et qu'une partie a tiré avantage de l'exécution du contrat avant la cessation de celui-ci, cette partie sera tenue d'indemniser l'autre partie par le versement d'une compensation d'un montant égal à celui de cet avantage.

~ ♦ ♦ ♦ ~

ANNEXE 5

Clause de Hardship ICC 2003

~ ♦ ♦ ♦ ~

1 Toute partie est tenue d'exécuter ses obligations contractuelles même si les circonstances en rendent l'exécution plus onéreuse qu'on aurait raisonnablement pu le prévoir au moment de la conclusion du contrat.

2 Sans préjudice du paragraphe 1 de la présente clause, lorsqu'une partie contractante établit que :

[a] l'exécution de ses obligations contractuelles est devenue excessivement onéreuse en raison d'un évènement hors de son contrôle et ne pouvant être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du contrat, et que ;

[b] cette partie ne pouvait raisonnablement éviter ou surmonter cet évènement ou ses effets ;

Les parties s'obligent, dans un délai raisonnable après que la présente clause ait été invoquée, à négocier de nouvelles conditions contractuelles prenant raisonnablement en compte les conséquences de l'évènement.

3 Lorsque le paragraphe 2 de la présente clause est applicable, mais que des stipulations contractuelles alternatives prenant raisonnablement en compte les effets de l'évènement invoqué n'ont pas été acceptées, comme prévu au paragraphe précédent, la partie ayant invoqué la présente clause est en droit de prononcer la résolution du contrat.

~ ♦ ♦ ♦ ~

ANNEXE 6

Combinaison de clauses ad hoc

- ✓ Take or pay
- ✓ Force majeure
- ✓ Hardship
- ✓ Loi applicable
- ✓ Arbitrage

◆ ◆ ◆ ◆

ARTICLE 10 - 1. - TAKE OR PAY

ARTICLE 10 - 1.-1 -

Each year, in the event of **A** failing to buy from **B** the minimum yearly quantities which **A** is obliged to buy from **B** in accordance with the provision of Article 2.1, (being the quantities shown in the second column of the chart set out in Article 2.1 reduced by the percentages shown in the third column of such chart) **A** shall pay to **B** TAKE OR PAY Compensation in respect of each Ton which **A** has failed to take equal to 60 % (sixty percent) of the Applicable Selling Price provided for in Article 8, unless **A**'s failure shall have been due to a failure by **B** to offer such quantities to **A**.

Any such TAKE OR PAY Compensation shall be calculated and invoiced by **B** in January of each year following the applicable year and paid by **A** at 30 days receipt of invoice.

The above TAKE OR PAY Compensation will be reimbursed without interest by **B** if **A** has purchased 35 511 Tons at the end of March 2014 as stipulated in Article 2.

If so requested by **A**, **B** shall obtain from a first-class bank a guarantee by which the said bank guarantees this obligation of **B** to reimburse such TAKE OR PAY compensation in the event of such reimbursement becoming due. This guarantee shall be provided by **B** to **A** as a counterpart of the payment made by **A**. The cost of the guarantee shall be shared equally between the Parties.

If **A** orders each year the minimum yearly quantities which **A** is obliged to buy from **B** in accordance with the provisions of Article 2 but fails to reach 35 511 Tons at the end of March 2014, as stipulated in Article 2, **A** shall pay TAKE OR PAY Compensation in respect of each Ton which **A** has failed to take equal to 60 % of the Applicable Selling Price for the year 2013 unless **A**'s failure shall have been due to a failure by **B** to offer such quantities to **A**. The TAKE OR PAY Compensation already paid by **A** for not observing the yearly quantities shall be deducted from this payment.

Any such TAKE OR PAY Compensation shall be calculated and invoiced by **B** in April 2014 and paid by **A** at 30 days, receipt of invoice.

The right to receive the above-mentioned TAKE OR PAY Compensation shall be the sole remedy of **B** in respect of **A**'s failure to take the quantities of Product specified in Article 2.1. TAKE OR PAY Compensation is binding for both Parties.

The TAKE OR PAY Compensation is fixed ("forfaitaire") and may not be amended by the Parties. It may not be amended by the Tribunal except as a result of the application of the third paragraph of Article 12.3.

ARTICLE 10 - 1.- 2

If **A** considers the calculation of the TAKE OR PAY Compensation invoiced by **B** not to be in accordance with the Agreement, **A** shall be obliged to submit a request for arbitration to the Secretariat of the International Court of Arbitration in order to start the arbitration proceedings provided for in Article 13 within a period of sixty days of receipt of invoice.

If **A** does not submit such request to such arbitral tribunal within this period of time, the amount of TAKE OR PAY Compensation invoiced shall be fixed definitively and shall not be contested. If however **A** does submit such request to such arbitral tribunal within this period of time, **A** shall forthwith pay the amount invoiced by **B** by way of provisional payment pending a decision of such arbitral tribunal. If following such decision it transpires that **A** has paid to **B** more than the tribunal has decided was due, **B** shall forthwith repay the excess to **A** together with interest at the rate equal to the rate mentioned under Article 9.4 during the period from the date of payment by **A** to **B** to the date of repayment by **B** to **A**.

.....

ARTICLE 11 - FORCE MAJEURE

ARTICLE 11 - 1. Definition - scope

The term Force Majeure, as used in this Agreement, means all events which are unforeseeable at the Date of the Agreement, which are external to the Party affected, which are unavoidable and insurmountable and which make it impossible for that Party to perform the whole or a substantial part of its obligations, especially but without limitation acts of God, war, riots, labour disputes, locks-out, unavoidable breakdowns and acts of authorities, impossibility for **A** to manufacture tetra ethyl lead, resulting from Force Majeure, as defined above.

ARTICLE 11 - 2. Duty to notify

A Party seeking relief shall immediately notify the other Party indicating the nature of the Force Majeure event, its presumable duration, and its effect upon the ability of the seeking Party to perform the Agreement.

Notice shall also be given immediately when Force Majeure ceases.

The ground of relief takes effect from the time of its occurrence, or, if the notice is not given timely, from the time of the notice.

ARTICLE 11 - 3. Other duties

The notifying Party shall promptly try to settle said event of Force Majeure so that the performance of its obligation under this Agreement can be resumed as soon as possible and shall exercise all reasonable efforts to mitigate the effects of Force Majeure.

The notifying Party shall advise the other Party and provide complete details of the Force Majeure and the means implemented to remedy the contingencies which have occurred.

In the event of Force Majeure declared by **B**, **B** shall grant to **A** priority right of supply in respect of the Products manufactured in **B**'s Factory Extension.

11.4 Effects of Force Majeure

11.4.1 Temporary suspension

Force Majeure shall temporarily suspend the obligations of the Parties.

However:

- Force Majeure declared by **A** shall not apply to Article 10.1 - TAKE OR PAY, which shall remain in force without interruption or suspension from the Date of the Agreement until December 31, 2013.
- In the event of **B** being unable to supply Sodium from its own works at **X** during any period of suspension of **B**'s obligations, **B** shall use its best efforts to obtain quantities of Sodium from Third Parties at the best prices (and if need be to reprocess the material) in such quantities as are needed to enable **B** to supply Sodium to **A** in the quantities envisaged by this Agreement. **B** shall then resell the Sodium to **A** at cost price. **A** shall bear the cost of transport and any other costs incurred by **B** in obtaining such quantities and reselling them to **A**.

The suspension allowed by Force Majeure shall only occur if each Party complies with its obligations arising from the provisions of Article 11.

Until the suspension period exceeds 12 (twelve) months, it does not give rise to the right, for the other Party, to terminate this Agreement early. The duration of this Agreement is extended correspondingly, after the date of cessation of the Force Majeure.

11.4.2 Renegotiation and possible termination of the Agreement

If the event of Force Majeure subsisting for longer than 12 (twelve) months following its notification to the other Party, the Parties may by agreement renegotiate the terms of this Agreement in order to maintain the economic balance of the Agreement as it exists at the Date of this Agreement and the provisions of Article 12 shall apply, except for the provisions of the last paragraphs of Article 12.3 and 12.4. If Force Majeure is declared by **A** but not by **B**, Article 10.1 - TAKE OR PAY shall remain in force during the time of the renegotiation.

Failing such agreement, either Party may, by notice in writing given to the other Party, terminate this Agreement. The termination shall become effective 15 (fifteen) days after the receipt of the notice.

Should the termination of the Agreement occur before 31st December 2013, as a result of Force Majeure declared by **A**, **A** shall pay compensation equal to the TAKE OR PAY Compensation provided for under Article 10.1 TAKE OR PAY for the period of time between the date of the termination of the Agreement (that is to say 15 (fifteen) days after the receipt of the notice of termination) and 31st December 2013.

ARTICLE 12 - SUBSTANTIAL HARDSHIP

ARTICLE 12-1. Events Causing Substantial Hardship

This Agreement being of a long term nature, an event (including but not limited to changes in the regulations of transportation, handling and storage of dangerous goods) may arise and modify the economic balance of the Agreement which existed as at the Date of the Agreement.

Any such event shall be deemed to cause substantial hardship if it meets all of the following four conditions:

- (a) it is external to the Party more adversely affected; and
- (b) it is unavoidable and insurmountable; and
- (c) it was unforeseeable at the Date of the Agreement; and
- (d) it disturbs significantly the economic balance of the Agreement existing at the Date of the Agreement in such a way that one Party is substantially more adversely affected than the other Party.

If the turnover of **B** resulting from the sale of the Products fails to cover the cost of its investment made in **B**'s Factory Extension under this Agreement, such failure shall be capable of constituting hardship but only if it has been caused by an event of the kind described above.

This hardship provision shall not in any case prohibit or limit the application of Articles 2.2, and 10, those articles being totally non amendable, except, as far as Article 10 is concerned, as a result of the application of the third paragraph of Article 12.3 .

ARTICLE 12 - 2. Notice

Either Party considering that an event causing substantial hardship has adversely affected that Party substantially more than it has adversely affected the other Party, may by written notice as soon as possible after the event, make a request to the other Party for a meeting to modify the provisions of this Agreement in order to adjust the economic balance of the Agreement. This notice shall set out the date and nature of the event, details of the nature and extent of the substantial hardship and enclose all substantiating documents and information.

ARTICLE 12 - 3. Obligation to meet and negotiate; mediation

The Party on which the notice has been served shall organize a meeting to take place at a time and place agreed with the other Party within one month from the receipt of the notice. During this meeting, the matters detailed in the notice shall be discussed in good faith.

The Parties shall then meet as often as necessary to find a solution and reach agreement within two months of the date of the first meeting, as to whether substantial hardship exists and, if so, as to what amendments should be made to this Agreement.

If agreement shall not have been reached within three months of the date on which notice was served, the issue shall be finally resolved by binding arbitration. Such arbitration shall be in accordance with the provisions of Article 13, save that each Party shall make a specific proposal to resolve the issue which is the subject of the arbitration. The arbitral tribunal shall decide whether substantial hardship exists and, if so, shall adopt one of the specific proposals submitted by the Parties which it considers will most nearly restore the economic balance between the Parties as it existed at the Date of the Agreement. This Agreement shall forthwith be amended to incorporate the specific proposal adopted by the arbitral tribunal.

ARTICLE 12 - 4. Effects of hardship on the Agreement

Unless otherwise agreed between the Parties during their negotiations, the Agreement shall apply under its initial terms until the date of entering into force of any adjusting amendment.

Hardship shall not give rise to the right for the notifying Party to terminate the Agreement before 31st December 2016 without the consent of the other Party.

ARTICLE 13 - APPLICABLE LAW AND ARBITRATION

ARTICLE 13 - 1. Law

This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the Swiss code of obligations but without the application of the United Nations Convention on Contracts (1980).

The Parties expressly agree that, notwithstanding the provisions of Article 163 line 3 of the Swiss Code of Obligations, the Tribunal will not be entitled to reduce the amount of the TAKE OR PAY Compensation in all cases where the TAKE OR PAY Compensation is provided for under this Agreement, except as a result of adopting one of the proposals submitted by the Parties as provided by Article 12.3.

ARTICLE 13 - 2. Arbitration

All disputes resulting from, concerning the validity of, or arising in connection with the present Agreement, and not amicably resolved shall be exclusively and finally settled under the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce by a three member arbitral

tribunal appointed according to said Rules. Any award shall be binding on both Parties and not subject to appeal.

The unsuccessful Party shall bear all the costs of the proceedings, costs and expenses incurred in the proper conduct of the matter.

Where no Party is completely successful, the costs of the proceedings shall be shared in proportion to the blame allocated to each Party by the arbitral tribunal. In any event, each Party will pay its own expenses for attorneys, lawyers and other advisers.

Arbitration shall take place at Geneva and the language of the proceedings shall be English.

The procedural law shall be governed by chapter 12 of the Swiss Private International Law Statute for all matters not dealt with by the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce.

~ ♦ ♦ ♦ ~