

LES CLAUSES DE HARDSHIP DANS LES CONTRATS MARITIMES

PREVISIONS ET IMPREVISION !

Summary : Contracts of affreightment are usually concluded to organize several voyages over a period that may last several years. The performance of the contract may become so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation. This change of circumstances may result from an increase of the costs of bunkers, from the freight rates or from longer detentions of ships in harbours. In order to know whether the arbitral tribunal may terminate or vary the obligation, attention shall be given to the drafting of so-called « hardship clauses ». Recently, the Chambre Arbitrale Maritime de Paris had to decide an unprecedented case of notification of hardship by a shipowner in a 5 years contract of affreightment. A first aspect of the question was to make out if the change of circumstances amounts to a hardship situation. A second aspect was to determine what are the effects of the hardship clause.

1.- Les contrats d'affrètement, dans leurs différentes formes, sont particulièrement sujets aux fluctuations de la conjoncture et aux cycles économiques dont les opérateurs du *shipping* ont encore du mal à déterminer la périodicité, en dépit d'études économétriques assez poussées. En effet, l'exécution des contrats d'affrètement se trouve affectée par des critères tant exogènes qu'endogènes. En ce qui concerne les critères exogènes, il suffit de rappeler que les contrats d'affrètement sont l'accessoire de ventes internationales de marchandises ou de matières premières. Le dynamisme de ces marchés exerce une influence directe sur la demande de navires et donc sur les conditions des contrats d'affrètement. L'importance des flux de marchandises exerce à son tour une influence sur les délais d'attente à l'entrée du port, et donc sur les délais de chargement ou de déchargement. Les cours du carburant, qui dépendent de la production et des circonstances politiques, exercent également une influence sur le soutage et donc sur les conditions de l'affrètement. En ce qui concerne les critères endogènes, le nombre de navires disponibles pour chaque type de transport et leur état détermine directement l'offre de capacité de transport : par leurs anticipations à la hausse ou à la baisse dans les commandes de navires neufs, les armateurs exercent à leur tour, collectivement, une influence sur les conditions de l'affrètement. C'est ainsi que sur des périodes relativement courtes, les conditions d'affrètement fluctuent fortement sur le marché *spot*. Pour se prémunir de ces fluctuations, les parties, fréteurs et affréteurs, font acte de prévision par la conclusion de contrats à long terme. Néanmoins, ces prévisions sont parfois déjouées par l'ampleur des retournements de conjoncture de sorte qu'il est nécessaire de mesurer les effets de l'écoulement du temps sur la commutativité des contrats d'affrètement.

2.- A l'exception notable du contrat d'affrètement coque-nue, conclu pour ménager une garantie dans le cadre du financement de la construction d'un navire, les différentes variétés d'affrètement se trouvent affectées par les fluctuations des marchés. On pense en premier lieu au contrat d'affrètement de tonnage, autrement appelé *contract of affreightment*, qui vise à la mise à disposition d'une capacité de transport donnée, en général des vraquiers, à une cadence et sur une période données. Il s'analyse comme un contrat-cadre donnant ensuite lieu à plusieurs nominations successives de navires qui constituent autant de contrats d'application : les parties peuvent ainsi organiser à l'avance jusqu'à une cinquantaine de voyages. On pense en second lieu, plus simplement, au contrat d'affrètement à temps où le navire est mis à disposition pour une période donnée pendant laquelle l'affréteur tentera

d'optimiser son profit par des sous-affrètements ou par une exploitation directe dans le cadre d'une activité de transport. On pense encore, en troisième lieu, aux affrètements d'espace permanents sur plusieurs navires régis par une charte *Slothire*. Dans ces trois hypothèses, la commutativité peut être rompue tantôt au détriment du fréteur, tantôt au détriment de l'affréteur. L'explosion des taux de fret après la conclusion du contrat pénalise le fréteur qui se trouve confronté à un important gain manqué et à une exploitation peu rentable d'une partie de sa flotte. A l'inverse, l'écroulement du taux de fret après la conclusion du contrat pénalise l'affréteur qui risque de ne plus pouvoir faire face aux charges convenues, notamment parce que les opérations dérivées de sous-affrètement se feront à un taux inférieur. Les surestaries, qui s'analysent en droit français comme un prolongement du taux de fret, obéissent à la même logique : puisqu'elles indemnisent l'armateur de l'immobilisation excessive de son navire au port, elles doivent être corrélées au taux de fret qui rémunère l'armateur pour l'utilisation de son navire par l'affréteur.

3.- Lorsque les conditions d'exploitation du navire changent au point de bouleverser l'économie d'un contrat conclu à long terme, les prévisions des parties sont déjouées. Malgré tout, la solution doit d'abord être recherchée dans le contrat pour plusieurs raisons. En premier lieu, le principe de la force obligatoire du contrat, également consacré en droit comparé (avec par exemple la *Sanctity of Contract*), constitue un rempart efficace contre les comportements par nature opportunistes des parties au contrat. Naturellement, un cocontractant qui n'y trouve plus avantage cherchera à se libérer des liens du contrat même si cela doit conduire à la violation du contrat : telle est la théorie de *l'Efficient breach of contract*, bien connue en économie du droit. C'est pourquoi l'article 6.2.1 des *Principes d'Unidroit* rappelle que « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse* ». En second lieu, ni la jurisprudence française ni la jurisprudence arbitrale n'ont consacré la théorie de l'imprévision de sorte que la solution dégagée dans l'affaire du *Canal de Craponne* tient toujours (Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876, I, p. 193). Certes, la jurisprudence française a bien connu quelques frémissements avec un arrêt d'avant dire droit rendu par la Cour d'appel de Nancy (C. App. Nancy, 26 sept. 2007, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat, paternalisme et quotas de gaz à effet de serre », *Revue Lamy de Droit Civil*, Mai 2008, p. 6, note O. Cachard), puis un arrêt de la Cour de cassation à l'interprétation malaisée (Cass. com. 29 juin 2010, pourvoi n°09-67369, D. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud et p. 2485, note Th. Génicon). Mais finalement, il n'y a guère qu'en matière de procédures collectives que l'imprévision est prise en considération, pour autoriser l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et permettre ainsi aux mandataires ou administrateurs judiciaires d'adapter les contrats (en dernier lieu, Cass. com., 8 mars 2011, pourvois n° 10-13988, 10-13989 et 10-13990, dans l'affaire dite « cœur de La défense » ; voir J. Mestre, « Au cœur de La défense ... de la révision des contrats », *Revue Lamy de Droit Civil*, Avril 2011, p. 3). Le droit international et la réflexion doctrinale européenne font une place plus importante au *hardship*, allant jusqu'à investir le juge du pouvoir d'adapter le contrat (Art. 6. 2. 3 des *Principes d'Unidroit* ; art. III.-1. : 110 du *Cadre commun de référence / DFCR*). Mais, la jurisprudence arbitrale décide que ces dispositions des *Principes d'Unidroit* relatives au *hardship* ne reflètent ni la *lex mercatoria* ni les usages du commerce (Sentence CCI n° 8873, 1997, *JDI*, p. 1017 ; sentence CCI n° 9029, 1998, *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 91).

4.- En droit positif, la seule approche rigoureuse consiste donc à se référer aux stipulations du contrat et en particulier aux clauses de *hardship*, avec toute la variabilité que les différents modèles autorisent. On se gardera donc bien de tirer des conclusions trop générales car il y a autant de clauses de *hardship* que de contrats. Une première variation

réside dans la définition même des événements constitutifs d'une situation de *hardship*. Une seconde variation réside dans les obligations nées de la clause de *hardship*. Certaines instituent seulement à la charge des parties une obligation de conduire de bonne foi des négociations, tandis que d'autres l'assortissent d'une obligation de se soumettre à l'arbitrage en cas d'échec. D'autres, encore, autorisent la partie ayant notifié le *hardship* à résilier unilatéralement le contrat. A ces variations tirées de la rédaction de la clause, il faudrait encore ajouter les variations liées à la loi applicable au contrat ou à l'interaction avec les autres clauses stipulées au contrat. Si les sentences arbitrales relatives à la force majeure sont fréquentes (Sentence CCI 9466, 1999, <kluwerarbitration.com>), la jurisprudence relative aux clauses de *hardship* dans les contrats maritimes est rare. La sentence C.A.M.P. n° 1172, rendue le 3 février 2010 dans un litige relatif à un *Contract of Affreightment* conclu pour 5 ans n'a que peu de précédents connus : trois sentences américaines seulement ont eu à se prononcer sur l'interprétation d'une clause de *hardship* dans un *C.o.A.* (Sentences S.M.A.N.Y. n° 2136, n° 2467, et n° 3267). A partir de ces précédents, nous envisagerons successivement le déclenchement de la clause (I), puis les effets de la clause (II).

I. Le déclenchement de la clause de *hardship*

5.- Le déclenchement de la clause de *hardship* suppose d'apprécier à la fois la nature de la situation et le franchissement d'un certain seuil. Ainsi, l'étude de la définition de la situation de *hardship* (A) doit précéder celle de l'appréciation du franchissement du seuil (B).

A. La définition de la situation de *hardship*

6.- *Une altération fondamentale de l'équilibre du contrat* - La situation de *hardship* ne se confond ni avec une situation de force majeure qui postule une impossibilité d'exécution par le débiteur, ni avec une simple erreur d'appréciation des circonstances économiques en vigueur au moment de la conclusion du contrat. C'est précisément la variation des circonstances économiques qui a produit une altération fondamentale de 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* » (Art. 6.2.2. *Principes d'Unidroit*) au point de rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties. Ainsi, un frèteur pourrait alléguer l'altération fondamentale de l'équilibre des prestations au motif que la valeur relative de la contre-prestation due par l'affréteur a diminué parce que les taux de fret convenus sont restés figés pendant une longue période à une certaine valeur nominale. Symétriquement, le frèteur pourrait faire valoir que le coût d'exécution de sa propre prestation a augmenté en raison du coût du carburant, de travaux imposés par des règles de sécurité, voire par les conditions sociales et fiscales quand le frèteur assume la gestion nautique et commerciale du navire.

7.- *Les conditions d'imprévisibilité et d'extériorité* - A la supposer vérifiée, cette altération fondamentale de l'équilibre des prestations ne suffit pas. Encore faut-il d'abord que les événements soient connus ou survenus postérieurement à la conclusion du contrat (Art. 6.2.2. *littera a.*) : sinon, il appartenait aux parties contractantes d'en tenir compte dans leurs prévisions. De même, faut-il que la partie lésée n'ait pas pu « *lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération* » (Art. 6.2.2. *littera b.*). Or des professionnels du *shipping*, avisés du fonctionnement cyclique de l'économie maritime, ne peuvent-ils pas anticiper une spirale haussière ou une spirale baissière ? Toute est sans doute affaire de mesure, selon l'ampleur, prévisible ou non, des fluctuations. Est ensuite facilement

vérifiée la condition d'extériorité qui exige « *que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée* » (Art. 6.2.2. *litera c.*). Enfin, les Principes d'Unidroit invitent à vérifier « *que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée* » (Art. 6.2.2. *litera d.*). Il est ici fait référence au caractère spéculatif ou non du contrat. Selon l'exemple fourni par les rédacteurs des *Principes*, un contrat d'assurance maritime constitue un contrat spéculatif par nature : il revient à la compagnie d'assurance maritime d'assumer les risques de guerre ou d'insurrection civile. Qu'en est-il d'un *C.o.A*? A priori, il ne s'agit pas d'un contrat spéculatif, mais bien d'un contrat commutatif où un prix est convenu en contrepartie de la mise à disposition d'une capacité de transport. La conclusion de contrats de longue durée, sur cinq ou dix ans, témoigne précisément du souhait des parties de se soustraire aux fluctuations du marché *spot* et de favoriser une certaine prévisibilité.

8.- Les spécificités de la rédaction de la clause dans les C. o. A.- Ces éléments généraux de définition peuvent être précisés ou infléchis selon la rédaction de la clause. Dans le contrat d'affrètement ayant donné lieu à la sentence S.M.A.N.Y. n° 2136, les parties avaient ainsi stipulé une clause interdisant l'invocation de la clause de *hardship* avant l'accomplissement du troisième voyage de la série. Dans le *C.o.A* ayant donné lieu à la sentence C.A.M.P. n° 1172, la clause de *hardship* était ainsi rédigée :

SECTION 7 - HARDSHIP

« The Parties acknowledge that events not foreseen by them at the date of this Contract may arise during the term of this Contract. Should such events, including, but not limited to events of an economic, monetary, fiscal or political nature affect directly or indirectly the execution of the Contract, creating an un reasonable advantage to one Party, or causing serious harm to the other, the injured Party shall inform the other Party by written notice.

The Parties shall meet within 30 (Thirty) days after the date of such written notice, in order to seek an appropriate solution for the protection of their respective interests and for the continuation of the Contract.

If the parties are unable to agree on a solution within 60 (sixty) days after the date of said written notice, the injured Party shall be entitled to go to arbitration.

For purposes of this section, the Parties agree that fluctuation in the tramp freight market alone shall not constitute a « hardship » ».

La dernière phrase de la clause indique ainsi clairement que l'écart entre le taux de fret convenu et les fluctuations du taux sur le marché *spot* ne saurait suffire à constituer, pour les parties, une situation de *hardship*. En effet, le but d'un contrat d'affrètement à long terme est précisément de se soustraire aux fluctuations des taux sur le marché *spot*. Les parties ont donc exclu que les fluctuations sur le marché *spot* soient utilisées pour caractériser le *hardship*.

B. Le franchissement du seuil du *hardship*

9.- Le caractère non-rétroactif de la notification - La situation de *hardship* définie par les parties, directement ou par référence aux *Principes d'Unidroit*, il revient au débiteur d'apprécier le franchissement du seuil qui sépare la simple modification des circonstances d'une altération fondamentale de l'équilibre du contrat. Cela suppose d'abord une analyse subjective conduite par le débiteur qui procède alors à la notification écrite du *hardship*, puis une analyse objective par le tribunal saisi du litige né de l'appréciation divergente de la situation par les parties. L'exigence d'une notification écrite de la situation de *hardship* par le débiteur qui s'en plaint présente à la fois l'avantage d'une information certaine du créancier et

d'une datation certaine du *hardship*. Bien entendu, on comprend que le débiteur ait attendu pendant quelques jours, voire semaines, un retournement de conjoncture avant de notifier le *hardship*, de sorte que la notification pourrait couvrir une période antérieure. Mais, la notification du *hardship* ne saurait remonter trop loin : cela reviendrait à lui conférer un effet rétroactif et à méconnaître le principe de cohérence contractuelle. Le silence trop longtemps gardé sur une situation de *hardship* revient à renoncer à s'en prévaloir.

10.- Les critères possibles du franchissement du seuil - La détermination du franchissement du seuil de l'altération fondamentale de l'équilibre du contrat est pour le moins délicate. Les commentaires sous la version 1994 des *Principes d'Unidroit* visaient un seuil de 50 % du coût ou de la valeur de l'exécution. Mais ce seuil ne pouvait qu'être approximatif et le commentaire a été supprimé de la version actuellement en vigueur. De façon plus sobre, il est désormais indiqué que « *Le fait de savoir si une altération est ou non « fondamentale » dans un cas déterminé dépendra bien entendu des circonstances* ». Mais les circonstances peuvent à la fois viser des éléments intrinsèques au contrat en cause, des éléments extrinsèques au contrat mais intrinsèques aux parties ou encore des éléments totalement extrinsèques à l'opération en cause. Parmi les éléments intrinsèques au contrat en cause, figure par exemple le renchérissement des coûts d'exploitation du navire par une élévation du prix du fuel pour les soutes. Parmi les éléments qui dépassent le cadre du contrat, mais sont encore intrinsèques aux parties, figurerait par exemple l'impact de la poursuite de l'exécution du contrat sur le bilan comptable du débiteur. Ainsi, dans l'affaire précitée, la Cour de Nancy avait pris en compte « *qu'il s'ensuivrait un déséquilibre significatif dans les résultats comparés des sociétés* ». Parmi les éléments totalement extrinsèques à l'opération en cause, figurerait la position des parties sur le marché par rapport à leurs concurrents ou par rapport au taux de fret. Selon que l'on adopte une conception plus ou moins stricte du *hardship*, ces paramètres pourront être additionnés.

11.- Les critères invoqués par l'armateur - Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à la sentence C.A.M.P. 1172, l'armateur qui avait notifié le *hardship* invoquait la combinaison de six « *événements de type économique* »: l'augmentation de 900 % des taux de surestaries, la hausse des charges d'exploitation du navire, la hausse du prix du carburant (de 142 USD à 724,50 USD la tonne), la hausse dans des proportions historiques du fret maritime sur le marché *spot*, un encombrement portuaire qui avait conduit à mettre les navires à disposition 240 jours de plus sur la période contractuelle de 5 ans et une augmentation des frais de port. Selon ses calculs, cela provoquait une perte de plus de 3 millions de dollars par voyage, alors que plus de 40 voyages étaient prévus au titre du contrat. Mais cela relevait-il du *hardship* ou de la mauvaise affaire ? La réponse devait être donnée par rapport au contrat lui-même et à la clause de *hardship*. Le tribunal arbitral relève qu'en prenant la décision de conclure un contrat d'affrètement de tonnage, « *les deux parties ont en tout premier lieu irrémédiablement choisi, pour le meilleur et pour le pire, de soustraire aux aléas du marché « spot » une capacité définie de leurs navires ou de leurs besoins de transport. A l'évidence, l'expérience professionnelle approfondie du transport maritime des deux parties parfaitement informées du mécanisme de fixation des frets sur le marché « spot », et du caractère très volatil de ce marché ne peut avoir été prise en défaut et chacune d'elle était parfaitement au courant des risques, par elle, encourus* ». Cela conduit le tribunal à écarter l'argument tiré de la hausse du fret maritime sur le marché *spot*, ainsi que l'augmentation des taux de surestaries. Quant aux frais portuaires, ils incombent par nature aux armateurs qui doivent en estimer les montants. En ce qui concerne l'augmentation du carburant pour les soutes, le tribunal arbitral estime encore qu'il appartenait à l'armateur de s'en prémunir le cas échéant par une contrepartie sur le marché des dérivés maritimes. Pris isolément ou en conjonction, le tribunal arbitral a ainsi

décidé que ces différents événements économiques n'étaient pas constitutifs d'une situation de *hardship*.

II. Les effets de la clause de *hardship*

12.- Lorsque le débiteur déclenche le processus institué par la clause de *hardship*, il faut définir les devoirs des parties (A) et les pouvoirs des arbitres (B.).

A. Les devoirs des parties

13.- *L'obligation de bonne foi renforcée dans les C. o. A.* - Les devoirs des parties découlent non seulement de la clause de *hardship* elle-même, mais encore des autres clauses du contrat, ainsi que du principe d'exécution de bonne foi des conventions, inspirant par exemple les articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil ou encore l'article 5.3 des *Principes d'Unidroit*. Ce principe général du droit du commerce international (O. Cachard, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2008, § n° 495) trouve donc également application en matière de contrats d'affrètement où il constitue un utile contrepoids à la liberté des parties en l'absence de disposition impérative (W. Tetley, « Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering », (2004) 35 *JMLC* p. 561-616). La première manifestation de cette exigence de bonne foi réside dans l'engagement et la poursuite de négociations en vue de l'adaptation du contrat, conformément à la clause. Ainsi, l'obligation de commencer les négociations est une obligation de résultat, tandis que la conduite et la poursuite des négociations relève seulement de l'obligation de moyens. Dans l'affaire ayant donné lieu à la sentence C.A.M.P. n°1172, les parties se sont rencontrées quinze jours après la notification de *hardship*, puis elles ont poursuivi les négociations. L'armateur et l'affréteur « se sont pliés à cette exigence et ont, non seulement, organisé deux rencontres, mais ont continué sans réelle interruption à rechercher une solution amiable, bien que les points de vue aient été forts éloignés. L'affréteur a demandé à plusieurs reprises des propositions concrètes qui prenaient en compte la détention des navires dans les ports et rapprochaient de manière significative les taux de surestaries des taux pratiqués sur le marché « spot ». Ces propositions auraient amélioré substantiellement la situation de [l'armateur] confrontée à la congestion portuaire ».

14.- *La situation en cas d'échec des négociations* - Lorsque, comme en l'espèce, les négociations ne débouchent pas sur la conclusion d'un avenant ou d'un contrat de transaction, l'issue dépend de la rédaction de la clause de *hardship*. Si, à l'instar de la clause modèle CCI, elle donne à la partie ayant dénoncé le *hardship* la possibilité de résilier unilatéralement le contrat, l'échec des négociations conduira à libérer les parties du lien contractuel. En analyse économique du droit, on soutiendra qu'un tel mécanisme incite puissamment la partie bénéficiant d'un avantage excessif à renégocier le contrat. En l'absence d'une telle clause, la résiliation unilatérale n'est pas possible en droit français, sauf à caractériser la gravité du comportement de la partie qui bénéficie de l'avantage excessif (Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2001, pourvoi n° 99-15170, « *La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin à ses risques et périls* »). Ainsi, dans une sentence S.M.A.N.Y n° 773, l'arbitre unique a considéré qu'en l'absence de disposition expresse stipulée au contrat, la charte-partie était toujours en vigueur aussi longtemps qu'aucun avenant n'avait été conclu. De même, dans une sentence S.M.A.N.Y. n°2467, le tribunal arbitral a considéré que l'engagement de négociations au titre d'une clause de *hardship* ne libérait pas l'affréteur de ses obligations, en l'occurrence expédier la quantité minimale de marchandises prévue au contrat. C'est pour sortir de ces situations d'impasse contractuelle

que le Projet Catala de réforme du Code civil proposait un nouvel article 1135-3 en cas d'échec des négociations contractuelles : « *Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage* ».

B. Les pouvoirs des arbitres

15.- Le pouvoir d'adaptation ne résulte pas de la seule clause d'arbitrage - Quand les parties mettent en œuvre une clause compromissoire après avoir constaté leur échec à renégocier le contrat, le tribunal arbitral dispose-t-il du pouvoir d'adapter le contrat si la situation de *hardship* est caractérisée ? Plusieurs éléments d'analyse doivent être rappelés. En premier lieu, la mission de l'arbitre est une mission juridictionnelle qui n'est pas assimilable à celle d'un mandataire d'intérêt commun, explicitement chargé de déterminer un prix ou d'adapter le contrat (A cet égard, la formule de l'article 1592 du Code civil sur le détermination du prix est trompeuse : « *Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* »). Certes, les règlements d'arbitrage, en particulier celui de la C.A.M.P. (art. XII) ou de la C.C.I. (art. 17 al. 2) invitent les arbitres à prendre en compte les usages du commerce. Mais la prise en compte des usages du commerce n'est pas l'adaptation du contrat par le tribunal arbitral. En second lieu, la mission de l'arbitre demeure une mission juridictionnelle y compris lorsqu'il a été explicitement investi du pouvoir de trancher *ex aequo et bono* : l'amiable compositeur peut modérer les effets inéquitables de l'application mécanique de la règle de droit, mais il reste tenu par les règles d'ordre public international et par les stipulations contractuelles. Ainsi, sans aller jusqu'à la réfaction du contrat, des tribunaux arbitraux statuant *ex aequo et bono* ont déjà modéré les effets inéquitables de l'application brutale de clauses résolutoires, dans des contrats de distribution notamment.

16.- Le pouvoir d'adaptation doit résulter du contrat lui-même - Les fondements d'un éventuel pouvoir d'adaptation sont donc à rechercher ailleurs, soit dans la loi applicable, soit dans la combinaison de plusieurs clauses figurant au contrat. Dans une pure logique de droit internationale privé, les arbitres pourraient rechercher soit dans la loi applicable au contrat, soit dans la loi applicable à la procédure l'existence d'un pouvoir d'adaptation ou de résiliation. L'article 6.2.3 4) des *Principes d'Unidroit* énonce que « *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 b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations* ». Mais, comme nous l'avons souligné, ce paragraphe précis n'est pas un *restatement* ou une consolidation de l'état du droit positif en Europe. Il faut donc qu'il soit incorporé par référence au contrat pour servir de base à la réadaptation ou à la résiliation. Une autre possibilité, déjà utilisée en jurisprudence dans la fameuse affaire *Quintette*, consiste à utiliser la conjonction de plusieurs clauses pour y décourvrir le siège d'un pouvoir d'adaptation (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 ; *Quintette Coal Ltd v. Nippon Steel Corp* (1990) 47 *British Columbia Law Review* 201 (S.C.)).

Olivier Cachard

Agrégé de droit privé

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Nancy

Arbitre Maritime – Chambre Arbitrale Maritime de Paris

Cet article, paru dans la revue « Le Droit Maritime Français » de mai 2011, est tiré d'une communication présentée lors de la Journée Ripert 2010