



**NOM : CONGO**

**PRÉNOMS : Ibrahim Patrick**

**ADRESSE MAIL : [ibpat2005@yahoo.fr](mailto:ibpat2005@yahoo.fr)**

**ADRESSE POSTALE : 01 BP 3255 Ouagadougou 01 Burkina Faso**

**INSTITUTION DE RATTACHEMENT : Université Thomas SANKARA -  
BURKINA FASO**



# L'EFFICACITÉ DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE DE HARDSHIP EN DROIT BURKINABÈ

Ibrahim Patrick CONGO

Docteur en droit privé

Assistant à l'UFR/SJP de l'Université Thomas SANKARA - Burkina Faso

[ibpat2005@yahoo.fr](mailto:ibpat2005@yahoo.fr)

**RÉSUMÉ :** La clause de *hardship* permet aux parties de renégocier un contrat lorsque des circonstances bouleversent son environnement et rendent l'exécution d'une obligation excessivement onéreuse. Elle est d'importance dans un monde sujet à des crises politiques, économiques et financières. Toutefois, le droit burkinabè y consacre très peu de dispositions, voire quasiment pas. L'absence de critères et règles clairs est potentiellement source de litiges et de décisions divergentes. Afin d'éviter l'insécurité juridique et d'assurer une survie du contrat face à un imprévu substantiel, les parties doivent rédiger une clause de *hardship* encadrant avec précision les conditions de sa mise en œuvre. Pour ce faire, les parties peuvent recourir aux principes fondamentaux du droit des contrats, s'inspirer du droit comparé ainsi que des solutions développées par la pratique et éprouvées par la jurisprudence.

**Mots clés :** hardship - imprévision – bonne foi - équilibre contractuel - renégociation

**ABSTRACT:** The *hardship* clause allows the parties to renegotiate a contract when unforeseen change of circumstances disrupt its environment and render the performance of an obligation excessively burdensome. This clause is particularly significant in a world exposed to political, economic, and financial crises. However, Burkinabe law provides very few, if any, specific provisions on this matter. The absence of clear criteria and rules creates a potential risk of disputes and inconsistent judicial decisions. To prevent legal uncertainty and ensure the survival of the contract in the face of substantial unforeseen events, the parties must draft a *hardship* clause that precisely defines the conditions for its implementation. To achieve that, the parties may rely on fundamental principles of contract law, draw inspiration from comparative law, and refer to solutions developed through practice and validated by case law.

**Keywords:** hardship - unforeseen change of circumstances - imbalance - contractual balance - renegotiation

## INTRODUCTION

Le contrat perçu comme la loi des parties<sup>1</sup> est un instrument d'organisation, de régulation et de sécurisation des relations entre celles-ci. Il est l'acte juridique par lequel les parties s'engagent mutuellement, et parfois établissent des obligations réciproques tout en se dotant des garanties nécessaires pour obtenir leur exécution respective. En ce sens, le contrat représente un mécanisme structuré par lequel la satisfaction des obligations est juridiquement encadrée, et ce, dans le respect des principes de bonne foi et de réciprocité des engagements<sup>2</sup>. Dans cette perspective, une importance doit être apportée à la rédaction de cet instrument à travers des

<sup>1</sup> Laurent AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 17 (dossier : loi et contrat), 2005. Disponible sur : <https://eu.docworkspace.com/d/sIN79uv2pAaCZIJ4G>.

<sup>2</sup> Bruno OPPETIT, « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, n° 37, 1992, p. 17.



clauses clairement rédigées, anticipatives et prospectives afin de sécuriser les accords et minimiser les risques juridiques<sup>3</sup>.

Longtemps délaissée par la pratique contractuelle durant la phase rédactionnelle<sup>4</sup>, la problématique de l'évolution du contrat connaît de nos jours un intérêt juridique particulier. En effet, dans les années 1980 voire 1990, l'émergence de nouveaux contrats de longue durée, relativement complexes et la récurrence d'événements imprévus interférant dans la vie du contrat sont devenus un sujet majeur de l'actualité juridique<sup>5</sup>. En effet, les crises ne cessant d'entraîner l'économie dans une instabilité fréquente, les acteurs du monde des contrats avaient donc cette lourde tâche de trouver une solution pour assurer la continuité des contrats en dépit de la survenance d'événements les mettant en périls. Avec le rejet de la théorie de l'imprévision depuis l'arrêt canal de Cramponne<sup>6</sup>, la pratique a innové par l'introduction de clauses offrant la possibilité d'adapter les conventions. Ces adaptations sont nécessaires toutes les fois que les contrats présentent des difficultés d'exécution à la suite d'événements imprévisibles causant un déséquilibre entre les prestations des parties.

Au motif que le contrat est l'affaire des parties et qu'il peut être risqué de confier son rééquilibrage à un tiers<sup>7</sup>, en cas de changement de circonstances, au fil des années, la pratique contractuelle a généré de nombreuses clauses afin d'adapter les conventions confrontées à des bouleversements. La survie des contrats ainsi que la sécurité juridique constituent des facteurs importants qui justifient la présente étude sur « l'efficacité dans la mise en œuvre de la clause de *hardship* en droit burkinabè ».

L'efficacité désigne la caractéristique de ce qui est efficace, c'est-à-dire qui produit les effets attendus<sup>8</sup>. Elle fait référence à l'adéquation des moyens utilisés par rapport aux fins recherchées. Dans la présente étude, l'efficacité est l'appréciation des conséquences des règles régissant la clause de *hardship* et de leur adéquation par rapport à l'objectif visé<sup>9</sup> qu'est l'adaptation du contrat face au bouleversement. Ce concept qui a connu un regain d'intérêt en droit à l'époque contemporaine<sup>10</sup> ne doit pas être confondu avec « l'efficace ». Tandis que l'efficacité pose la question de la capacité d'atteindre les fins au regard des moyens utilisés,

---

<sup>3</sup> V. à cet effet Jean Jacques MOUSSERON, Pierre MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Jean Baptiste SEUBE, *Technique contractuelle*, Paris, Édition Francis Lefebvre, 2017, Gilles THIBAUT, *Guide de rédaction et d'analyse de contrats*, Montréal, Yvon Blais, 2012, Arnaud TELLIER-MARCIL, *La rédaction en droit des affaires. Principes fondamentaux et recommandations pratiques*, Cowansville, Yvon Blais, 2016 et Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers du droit*, vol. 35, n° 2, 1994, p. 307 à 321.

<sup>4</sup> Nil SYMCHOWICRS, Pierre LE BOUEDEC, « Rédaction du contrat et anticipation des circonstances nouvelles », *Contrat publics-Actualité*, 2006. Disponible sur : <https://www.swavocats.com/redaction-du-contrat-et-anticipation-des-circonstances-nouvelles/>.

<sup>5</sup> Confère Gérard CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1979 p. 447 et s. ; Philippe LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution du contrat », dans *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 348 ; Loïc CADIET, « Le droit contemporain des contrats », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 40, n° 4, Octobre-décembre 1988, p. 901 à 904.

<sup>6</sup> Cass. civ., 6 mars 1876. D. 1876, I, 193 1876, 1, 161.

<sup>7</sup> Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, p. 308.

<sup>8</sup> Voir « Efficace » et « Efficacité » dans Le Petit Robert.

<sup>9</sup> Voir « efficacité » par R. BETTINI, dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993.

<sup>10</sup> Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 179.



l'efficacité, qui est d'origine économique, interroge la rentabilité, la balance coût – bénéfice<sup>11</sup>. L'efficacité se concentre exclusivement sur la question de savoir si l'objectif visé est atteint, en évaluant le degré de réalisation de cet objectif, c'est-à-dire en comparant les résultats obtenus à un idéal. L'efficacité, quant à elle, accorde moins d'importance à cette comparaison qu'à l'examen du rapport entre les résultats obtenus et les ressources engagées pour atteindre ces résultats<sup>12</sup>.

En ce qui concerne la mise en œuvre, elle désigne les mécanismes juridiques dont disposent les parties au contrat pour honorer leurs engagements, exercer leurs droits ou satisfaire leurs obligations. En l'espèce, il s'agira des moyens de droit pour faire produire des effets à la clause de *hardship*.

De manière générale, une clause se définit comme une « *disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois dérogatoire du droit commun* »<sup>13</sup>. Quant au *hardship*, vocable anglais qui peut se traduire littéralement par « épreuve », « difficulté », voire une « souffrance » traduit la situation dans laquelle un individu se trouve lésé dans l'exécution d'une tâche. Ainsi, la clause de *hardship* désigne la stipulation par laquelle les parties à un contrat, généralement dans un cadre international, s'engagent à entamer des négociations en vue de réajuster les termes de leur accord lorsque des événements imprévus et indépendants de leur volonté viennent perturber l'équilibre économique de celui-ci. Cette stipulation permet aux parties de réexaminer et, le cas échéant, de modifier les conditions contractuelles afin de tenir compte des changements significatifs dans les circonstances extérieures qui affectent la bonne exécution du contrat<sup>14</sup>. Une fois stipulée dans le contrat, elle permettra la renégociation de ce dernier en cas de survenance des circonstances bouleversant manifestement l'équilibre des prestations prévues dans ledit contrat<sup>15</sup>. Par conséquent, elle apparaît comme un palliatif à l'interdiction faite au juge de réviser le contrat pour imprévision en raison du principe de la force obligatoire du contrat<sup>16</sup> dans un pays comme Burkina Faso où la théorie de l'imprévision n'est pas consacrée. La clause de *hardship* également appelée clause de renégociation fait partie de cet ensemble de clauses appelé clause de sauvegarde. Ces clauses souvent confondues à celle de *hardship* regroupent aussi bien le *hardship* mais aussi la clause d'adaptation automatique. Différente de la clause de *hardship*, la clause d'adaptation automatique se caractérise par le choix des parties à la conclusion du contrat que leur convention s'adapte aux circonstances sans que l'acte de volonté de l'une ou l'autre ne soit nécessaire<sup>17</sup>. L'une des clauses d'adaptation automatique la plus répandue est la clause d'indexation ou d'échelle mobile. Elle prévoit qu'un des éléments du contrat, notamment le prix, évoluera en fonction de la croissance d'une autre donnée appelée

<sup>11</sup> Christophe MINCKE, « Effets, effectivité, efficacité et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 40, n° 1, 1998, p. 134.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>13</sup> Voir « clause » dans Gérard CORNU, *Juridique Vocabulaire*, *op. cit.*, p. 407.

<sup>14</sup> Voir « hardship (clause de) » dans Serge GUINCHARD et Thierry DÉBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2017-2018. Voy. également Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship*, Paris. Edition techniques, 1974, p. 797.

<sup>15</sup> Samuel GOLDSTEIN, « Clause de hardship : définition et application », Legalplace.Fr, 2019. Disponible sur : <https://www.legalplace.fr/guides/clause-hardship/>.

<sup>16</sup> Nicolas GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2014, p. 131.

<sup>17</sup> Achille SUNKAM KAMDEM, « L'impact du covid-19 sur l'exécution des obligations contractuelles », RTDE, avril-juin 2020, p. 48.



indicateur économique<sup>18</sup>. A titre d'exemple, les clauses d'indexation rédigées dans les contrats d'achats ou des ventes internationales visent à prévoir contractuellement les modalités de partage du risque de change de transaction entre l'acheteur et le vendeur dans l'hypothèse où une variation du cours de change de la devise que les parties auraient choisi interviendrait<sup>19</sup>. La différence avec la clause de *hardship* s'observe principalement à deux niveaux. D'une part, la clause d'indexation institue une adaptation automatique du contrat sans que les parties n'aient besoin de discuter sur les conditions de l'adaptation, tandis que la clause de *hardship* oblige les parties à se réunir autour de la table de négociation afin de discuter de la marche à suivre pour équilibrer le contrat<sup>20</sup>. D'autre part, il est à noter que la clause d'indexation porte sur des événements prévisibles. Les parties maîtrisent les effets des événements au préalable, alors que dans le *hardship* il est question d'événements imprévisibles<sup>21</sup>, de circonstances dont les parties ne pouvaient prévoir lors de la conclusion du contrat.

Le *hardship* doit également être distingué de la force majeure. Cette dernière est définie en matière contractuelle comme un événement échappant au contrôle du débiteur et qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, qui empêche temporairement ou définitivement l'exécution de son obligation par le débiteur<sup>22</sup>. Dans la force majeure, l'exécution du contrat est impossible soit temporairement ou de manière définitive ce qui implique une conséquence grave, car si elle est définitive, la force majeure entraîne une résolution de plein droit du contrat<sup>23</sup>. Cette conséquence constitue l'élément principal de la distinction. Or, en cas de *hardship* l'exécution de l'obligation n'est pas impossible, mais devenue difficile. Ce qui implique que les parties ne seront pas obligées de recourir de prime à bord à la résolution, car elles disposent d'une possibilité de conformer le contrat à leurs situations présentes<sup>24</sup>. La cour de cassation française a rappelé cette distinction entre les deux notions en ces termes : « *La force majeure suppose un obstacle insurmontable; ne constitue pas, dès lors force majeure la circonstance qui ne rend pas l'exécution du contrat absolument impossible, mais la rend seulement plus difficile ou plus onéreuse* »<sup>25</sup>.

Enfin, il convient de distinguer la clause de *hardship* de la théorie de l'imprévision<sup>26</sup>. La théorie de l'imprévision, d'origine jurisprudentielle plus précisément du juge administratif est celle en

---

<sup>18</sup> Voir « clause d'échelle mobile » dans Serge GUINCHARD et Thierry DÉBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2017-2018, Pour la CA Nancy, 6 mars 2000, n° 96/01217 : JurisData n° 2000-143521 relativement à l'indexation du loyer dans un contrat, « *La clause d'échelle mobile (...) est une stipulation par laquelle les parties s'accordent sur l'indexation du loyer, permettant une révision automatique en cours de bail selon une périodicité convenue. La clause s'applique de plein droit, sans formalité, à condition que soient prévus un indice et une périodicité et que les termes employés ne laissent aucun doute sur le caractère automatique de la révision...* ».

<sup>19</sup> Issa SAÏD, « Les clauses d'adaptation et d'intégration dans les contrats commerciaux », Legavox.fr, 2010. Disponible sur : <https://www.legavox.fr/blog/said-issa/clauses-adaptation-integration-dans-contrats-3082.htm>.

<sup>20</sup> Georges ROUHETTE, « La révision conventionnelle du contrat », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, p. 370.

<sup>21</sup> Renaud FABRE, « Les clause d'adaptation dans les contrats », *RTD. civ.*, 1983, p. 7.

<sup>22</sup> Gérard CORNU, *Juridique Vocabulaire*, Paris, PUF, 12<sup>e</sup> éd, 2018, p. 1018.

<sup>23</sup> Ugo DRAETTA, « Les clauses de force majeures et de hardship dans les contrats internationaux », *Revue de Droit des Affaires International*, n° 3/4, 2002, p. 357.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Cass. civ., 23 février 1967, Pas, 1967, I, p. 782.

<sup>26</sup> Pour James GAHAM et Sebastian PARTIDA, « La convention de Vienne sur le droit des traités et le hardship », *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 2, n° 34, 2021, p. 82 : « *Il est intéressant de noter que, malgré la confusion fréquente entre les termes « imprévision » et « hardship », leurs étymologies sont en fait assez différentes et devraient conduire à des significations et à des théories différentes. Le hardship, apparu pour la*



vertu de laquelle le juge aura le pouvoir de réviser le contrat à la demande d'une partie lorsque par la suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des cocontractants et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des cocontractants non pas impossible mais tellement onéreuse qu'elle risque de la ruiner<sup>27</sup>. Bien que très proche, du fait de la similarité des causes, la clause de *hardship* se distingue de la théorie de l'imprévision au niveau du rôle attribué au juge. Le *hardship* suppose une révision par les parties en instaurant une obligation pour ces derniers de renégocier leur contrat et non pas de confier ce pouvoir au juge comme dans l'imprévision. Admis en droit administratif depuis 1916 avec l'arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux<sup>28</sup> encore appelé arrêt Gaz de Bordeaux, elle est considérée comme une clause « *Rebus sic Stantibus* » qui impose donc de tenir compte du contexte et des conditions existantes au jour de la conclusion du contrat<sup>29</sup>. La conséquence qui en découle c'est de réviser le contrat une fois que le contexte de base n'est plus valable en vue de garantir une justice et de maintenir un équilibre entre les obligations des parties<sup>30</sup>. Cette théorie a longtemps été rejetée par le droit civil en raison du principe de la force obligatoire du contrat tel qu'il ressort du code civil<sup>31</sup>. Ce rejet inspiré de l'adage *pacta sunt servanda* impose le respect du contrat et donc de l'exécution de bonne foi des obligations. En vertu du principe d'autonomie de la volonté, le contrat est supposé être conclu de manière claire et complète par conséquent chacune doit l'exécuter de bonne foi nonobstant les difficultés qui pourraient s'y greffer. Cette solution a été consacrée par la jurisprudence dans l'arrêt canal de Cramponne dans lequel la haute juridiction précise que « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que cela puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »<sup>32</sup>. Il s'agit du premier arrêt ayant rejeté cette théorie. A travers ce rejet, la cour a voulu rappeler aux parties que le contrat leur appartient donc, il leur revient de veiller à sa bonne marche et qu'aucune révision par le juge n'est admissible. Jurisprudence constante, elle avait été suivie par un autre arrêt<sup>33</sup> dans lequel la cour réaffirme qu'il n'appartient pas au juge d'introduire des conditions nouvelles au contrat nonobstant que cela puisse apparaître plus équitable en raison des circonstances économiques. Arrêt toujours d'actualité, il fut l'objet de critiques obligeant la cour de cassation à procéder à des assouplissements en accordant des révisions judiciaires.

Le plus célèbre est l'arrêt Huard<sup>34</sup>, qui, il faut le rappeler ne saurait constituer un arrêt de revirement. En effet, la cour de cassation ne déclare en aucun cas que le juge puisse réviser les termes du contrat, à minima elle reconnaît l'obligation de révision basée sur l'obligation de

---

*première fois en Angleterre au début du XIIIe siècle et dont le sens originel était « la qualité d'être difficile à supporter » ou la « difficulté douloureuse », repose sur un élément objectif puisqu'il désigne un événement qui entrave l'exécution du contrat, mais qui ne fait a fortiori pas appel à la volonté des parties. Au contraire, issue du latin praevisio, mais en réalité plus récente, l'imprévision repose sur une approche subjective et précisément sur le manque d'anticipation des parties au moment de la conclusion du contrat ». Voy. également William DROSS, Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, Paris, LexisNexis, 2016, p. 347.*

<sup>27</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, op.cit., p. 1131.

<sup>28</sup> C.E, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de bordeaux, Lebon, p. 125.

<sup>29</sup> Aymeric HECHE, « Les conditions d'application de la Clausula Rebus sic Stantibus », *RBDI*, 2014, p. 322.

<sup>30</sup> Fabien KOALA, « Imprévision et pandémie », *Revue Juridique du Faso*, 2020. Disponible sur : <https://revuejuris.net/2020/06/11/imprevison-et-pandemie/>.

<sup>31</sup> Art. 1134 C. civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... ».

<sup>32</sup> Cass. civ. 6 mars 1876. D. 1876, I, 193, S : 1876, 1, 163.

<sup>33</sup> Cass. civ. 15 novembre 1933, Gaz. Pal. 1934.1.68.

<sup>34</sup> Cass. com., 2 novembre 1992, n° 90-18.547, Bull. com. 4, n° 338, p.241.



bonne foi<sup>35</sup>. L'arrêt Chevassus-Marche<sup>36</sup>, s'en est suivi sans pour autant ébranler le principe de l'intangibilité du contrat qui a demeuré dans le droit positif burkinabè à la différence de celui français qui a consacré la théorie de l'imprévision à travers la réforme instituée par l'Ordonnance du 10 février 2016. L'article 1195 du code civil dispose que « *si un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander la 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* »<sup>37</sup>. La théorie de l'imprévision même consacrée en France n'entache en rien l'intérêt et l'importance de la clause de *hardship* en ce sens que la règle de l'article 1195 n'est pas impérative ce qui signifie que les parties peuvent ne pas l'invoquer.

En droit comparé, notons également l'existence de la théorie de *frustration* dans le système juridique anglo-saxon selon laquelle lorsqu'aucune faute ne peut être imputée à l'une ou l'autre des parties contractantes, l'exécution de l'obligation contractuelle peut devenir impossible parce que les circonstances dans lesquelles cette obligation devait être réalisée se sont transformées de manière telle qu'elles altèrent fondamentalement sa nature, la rendant substantiellement différente de celle initialement acceptée lors de la conclusion du contrat<sup>38</sup>. Selon les juristes américains, cette théorie recouvre trois aspects. Tout d'abord, *impossibility of performance*, qui intervient lorsque l'exécution de l'obligation devient totalement impossible à réaliser. Ensuite, la *frustration of purpose*, qui autorise la résiliation du contrat lorsque celui-ci perd entièrement sa finalité ou son objet principal. Enfin, *impracticability*, qui offre la possibilité d'adapter les termes du contrat en cas de déséquilibre majeur affectant les prestations convenues entre les parties<sup>39</sup>. Il y ressort que l'*impracticability* est le penchant anglo-saxon du *hardship*.

Les objectifs de la clause de *hardship* sont multiples. D'une part, il sert à prévenir une résiliation précipitée de la part d'une des parties, qui pourrait se retrouver dans une situation délicate pour exécuter sa prestation. En évitant une résiliation unilatérale, on cherche à prévenir les litiges relatifs au montant des dommages-intérêts à indemniser ainsi qu'à toute autre sanction éventuelle. Dès lors, la clause de *hardship* offre l'opportunité de tenter d'éviter des procédures longues et onéreuses. Grâce à un mécanisme clair et bien structuré de renégociation, les parties peuvent ainsi éviter, dans une certaine mesure, les coûts et les complications liés à des actions judiciaires. D'autre part, elle a une visée équitable en cherchant à rétablir l'équilibre. Et même si le contrat initial n'était pas équitable, il était le reflet de la volonté des parties. L'équité en l'espèce est l'équilibre auquel les parties avaient convenu.

---

<sup>35</sup> Aurélien BAMDE, « La théorie de l'imprévision : régime juridique et réforme des obligations », *Droit des contrats*, 2017. Disponible sur : <https://aurelienbamde.com/2017/07/13/la-theorie-de-limprevision-regime-juridique-et-reforme-des-obligations/>.

<sup>36</sup> Cass. Com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357, Bull. com. 4, n° 277, p. 232.

<sup>37</sup> Cf. art. 1195 C. civ. français.

<sup>38</sup> Voir *Appeal Cases*, 1956, p. 729 traduction libre, cite par Denis PHILIPPE, « Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme », p. 4. Disponible sur : [https://fad4.u-bordeaux.fr/pluginfile.php/353232/mod\\_folder/content/0/Les%20clauses%20relatives%20au%20changement%20de%20circonstances.pdf](https://fad4.u-bordeaux.fr/pluginfile.php/353232/mod_folder/content/0/Les%20clauses%20relatives%20au%20changement%20de%20circonstances.pdf).

<sup>39</sup> Voir Harold ULLMANN, « Droit et pratique des clauses de *hardship* dans le système juridique américain », *Revue des Affaires Internationales*, 1988, p. 889 et suivant ; Saul LITVINOFF, « Force majeure, Failure of cause and Théorie de l'imprévision : Louisiana Law and Beyond », *Louisiana Law Review*, vol. 46, n° 1, p. 1 et suivants.



De plus, la clause de *hardship* offre l'avantage de plus d'autonomie, de liberté aux parties. Elle permet aux parties d'écarter le recours au juge soit en renégociant pour adapter elles-mêmes leur contrat, si elles le souhaitent, ou recourir à l'office d'un tiers autre que le juge notamment l'arbitre<sup>40</sup>. Elle est un cadre pour structurer et adapter le processus de renégociation contractuelle en fonction des particularités de chaque opération. Elles définissent notamment les événements ou circonstances spécifiques permettant de déclencher une renégociation, précisent les modalités pratiques de cette renégociation, telles que la durée et les étapes à respecter, et encadrent également les conséquences juridiques découlant d'un refus de négocier ou de l'échec des discussions<sup>41</sup>.

Par conséquent, eu égard aux multiples crises qui secouent régulièrement notre ère - guerres, pandémies – les environnements des contrats sont très souvent éprouvés. La pandémie de la Covid-19 ainsi que la crise Ukraine en sont des exemples. Les conséquences économiques de ces événements, notamment l'inflation et les difficultés de toutes sortes, de production<sup>42</sup> rendent l'exécution des contrats très onéreuse et créent une iniquité dans le contrat<sup>43</sup>. La clause de *hardship* est une solution pour assurer la continuité des contrats lorsque les circonstances de départ ont évolué de manière imprévisible, perturbant de façon substantielle l'équilibre du contrat<sup>44</sup>. Ainsi, eu égard à son importance dans le mode des affaires, où se concluent assez souvent des contrats de longue durée, il convient de s'interroger comment la clause de *hardship* peut être efficacement mise en œuvre par les parties au contrat en droit burkinabè ?

Cette étude revêt un double intérêt à la fois théorique et pratique. Théoriquement, elle s'inscrit dans une démarche de construction doctrinale visant à approfondir les notions fondamentales du droit des contrats. Elle interroge des principes tels que la force obligatoire du contrat, la bonne foi, et la théorie de l'imprévision. En clarifiant les contours de ces notions, elle contribue à l'évolution des concepts juridiques dans un contexte marqué par des bouleversements économiques et climatiques. En outre, cette étude permet d'établir un dialogue entre les systèmes juridiques. Si la clause de *hardship* trouve ses racines dans le droit anglo-saxon<sup>45</sup>, elle a été adaptée au fil des années et affinée par la jurisprudence. Sur le plan pratique, l'étude de la mise en œuvre de la clause de *hardship* offre des outils pour sécuriser les relations

---

<sup>40</sup> Ekaterine BAKRADZE et alii, « Quels remèdes à l'imprévision en 2022 ? », village de la justice, 2022. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/evolution-historique-imprevison-avant-ordonnance-fevrier-2016-par-ekaterine,41617.html#:~:text=1%20%2D%20Les%20parties%20peuvent%20mettre,%27an%C3%A9antissement%20de%20contrat>).

<sup>41</sup> Romain BOYET, Aliénor FEVRE et Manon FLEURY, « De l'intérêt des clauses de force majeure, hardship et MAC », *Option Finance Le Mensuel*, n° 10, 16 décembre, 2024. Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/lettres-professionnelles/la-lettre-des-fusions-acquisition-et-du-private-equity/covid-19-impacts-sur-les-operations-de-ma/de-linteret-des-clauses-de-force-majeure-hardship-et-mac-en-temps-de-crise.html?limit=all&cHash=8408e8fce64b6a2285e35fdb5044259b>.

<sup>42</sup> Dans un rapport de l'OIT du 25 janvier 2021 publié dans le journal *Le Monde*, on estime que la pandémie de covid-19 a fait basculer 114 millions de personnes dans l'inactivité et le chômage en entraînant une baisse de production des biens et services. Disponible sur : [https://www.lemonde.fr/planete/article/2021/01/25/la-pandemie-de-covid-19-a-fait-basculer-114-millions-de-personnes-dans-l-inactivite-et-le-chomage\\_6067511\\_3244.html](https://www.lemonde.fr/planete/article/2021/01/25/la-pandemie-de-covid-19-a-fait-basculer-114-millions-de-personnes-dans-l-inactivite-et-le-chomage_6067511_3244.html).

<sup>43</sup> De telles situations soumettent aux parties de « gross inequity ». Voir Ekaterine BAKRADZE et alii, « Quels remèdes à l'imprévision en 2022 ? », *op. cit.*

<sup>44</sup> Patrick WERY, *Droit des obligations, théorie générale des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 561.

<sup>45</sup> Voir David GORDON-KRIEF, « L'influence de la common law dans la pratique du droit, en France et dans l'Union européenne », *Revue Générale du Droit*, vol. 32, n° 1, 2002, p. 148 à 150 et James GAHAM et Sebastian PARTIDA, « La convention de Vienne sur le droit des traités et le hardship »,





contractuelles, en proposant des modèles de clauses équilibrées et opérationnelles. Elle permet aux praticiens du droit - avocats, juristes d'entreprise, juges, arbitres - de mieux appréhender les enjeux liés à la rédaction d'une clause de *hardship*, son interprétation et la renégociation des contrats .

L'étude envisage également offrir des solutions pour gérer les litiges susceptibles de découler d'une clause de *hardship*. En effet, les parties confrontées à des événements imprévus pourront s'appuyer sur une analyse approfondie pour déterminer si les conditions de mise en œuvre de la clause sont réunies - imprévisibilité, bouleversement fondamental de l'économie contractuelle, extériorité et postériorité - et recourir aux moyens de droit adaptés pour réviser leur contrat.

L'étude s'inscrit en droit burkinabè. Toutefois, il n'en demeure pas moins que la méthodologie de droit comparé sera fortement utilisée eu égard à deux raisons. Premièrement, l'absence d'une réglementation spécifique sur le *hardship*, et la non consécration de l'imprévision en droit interne implique de convoquer dans nos analyses la réglementation et la jurisprudence - juridictions étatiques et arbitrales - étrangères qui ont été fortement éprouvées par cette clause. La deuxième raison, est l'absence d'une jurisprudence nationale et communautaire qui nous aurait permis d'apprécier l'inclination des juges burkinabè par rapport au *hardship*. Par ailleurs, nous percevons cet état de fait législatif et jurisprudentiel comme une occasion d'avoir une approche prospective de la question.

Si comme l'affirme Demogue, le contrat ne peut demeurer « absolument rigide »<sup>46</sup> et que c'est à la clause de *hardship* qu'échoit la tâche de déterminer quand il y a bouleversement et comment renégocier pour adapter le contrat, l'efficacité de la mise en œuvre du *hardship* en droit burkinabè peut être abordée en deux parties. Une première consacrée aux conditions nécessaires pour qualifier le *hardship* et par conséquent activer la clause (I). Et une seconde relative à l'analyse du processus de refaçon du contrat bouleversé (II).

## I- LA NÉCESSITÉ DE PRÉCISER LES CONDITIONS D'ACTIVATION DE LA CLAUSE

Une clause de *hardship* permet aux parties de réajuster le contrat afin de mieux adapter les obligations qui leur incombent à l'évolution de l'environnement contractuel. Toutefois, sa mise en œuvre doit respecter les stipulations contractuelles ou les règles de droit commun des contrats. Ainsi, son déclenchement est soumis à des conditions qui doivent être rigoureusement encadrées par les parties lors de la rédaction de leur contrat. Il faut, d'une part, la survenance d'un déséquilibre contractuel (A) et, d'autre part, l'extériorisation de ce déséquilibre (B).

### A- LA SURVENANCE D'UN DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

L'absence d'un déséquilibre dans l'exécution des obligations contractuelles rendrait injustifiée la volonté d'une partie d'activer une clause de *hardship*. Le déséquilibre contractuel constitue une condition *sine qua non* d'activation de la clause de *hardship*. Toutefois, celui-ci doit réunir un certain nombre de critères. Il doit être caractérisé par son imprévisibilité, son extériorité et sa postériorité (2). Et surtout du déséquilibre dont l'appréciation n'est pas toujours évidente et peut être source de désaccord (1).

#### 1- UN DÉSÉQUILIBRE DIFFICILE À APPRÉCIER

---

<sup>46</sup> David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2012, p. 489.



*Le hardship* est un bouleversement de l'équilibre contractuel. Il se caractérise par la survenance d'évènements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations. L'idée de d'altération fondamentale de l'équilibre peut se révéler d'appréciation difficile et d'acceptation unanime par les parties. Par exemple, lorsque les parties prévoient un montant de variation et s'accordent sur le déséquilibre, l'appréciation suscite moins de difficultés, car il existe des métriques objectives et concrètes. Par contre, en l'absence de telles précisions, apprécier le déséquilibre qui justifie l'activation de la clause de *hardship* nécessite la détermination de critères précis.

L'avant-projet de l'acte uniforme sur l'harmonisation du droit des contrats caractérise le déséquilibre par le fait de l'augmentation du coût d'exécution des obligations, soit en raison de la diminution de la valeur de la contre-prestation<sup>47</sup>. Ces critères sont une reprise de ceux dégagés par les principes d'UNIDROIT<sup>48</sup>. Il en découle clairement que c'est la disproportion manifeste des charges imposées par le contrat, autrement dit l'excessive onérosité de celui-ci, qui constitue le critère fondamental pour évaluer le bouleversement de l'équilibre contractuel. Cette appréciation peut varier sensiblement en fonction de la partie concernée, qu'il s'agisse du débiteur ou du créancier, dans la mesure où l'impact du déséquilibre peut affecter différemment chacune des parties à l'accord. En effet, la situation du débiteur, confronté à une charge financière disproportionnée, et celle du créancier, dont la contrepartie pourrait être réduite en valeur, doivent être considérées sous des angles distincts afin de déterminer si l'équilibre contractuel a été réellement perturbé au point de justifier une révision des termes de l'accord.

En ce qui concerne le débiteur, le déséquilibre s'apprécie par une augmentation du coût de l'exécution de la prestation. Cela peut résulter de la hausse spectaculaire des coûts des matières premières ou des facteurs de production nécessaires à la production de l'objet de l'obligation<sup>49</sup>. A titre d'illustration, la pandémie de Covid-19 et la guerre en Ukraine ont occasionné une flambée du prix des matières premières industrielles<sup>50</sup>. A la même période, le fret a connu une augmentation en raison, non pas seulement de la crise sanitaire mais également du fait d'une perturbation du trafic maritime mondiale occasionnée par le naufrage du porte-conteneur Ever Given dans le canal de Suez le 23 mars 2021. Ces deux évènements ont eu pour effet d'engendrer une multiplication par 5 du prix du transport d'un conteneur. Le coût moyen de location d'un conteneur est passé de 2240 dollars en 2019 à 9950 dollars fin 2020<sup>51</sup>. En effet, en tant qu'instrument traduisant la réalité juridique des échanges économiques, le contrat se trouve inévitablement affecté par les évènements impactant l'environnement économique<sup>52</sup>. De tels bouleversements sont sans doute de nature à rendre plus onéreuse l'exécution des engagements, perturbant l'équilibre du contrat en ce sens que le débiteur sera amené à supporter des frais supplémentaires inconnus et impossibles à prévoir lors de la formation du contrat.

---

<sup>47</sup> Art. 161 de l'Avant-projet d'Acte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, 2015 : « Il y a bouleversement des circonstances 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 ».

<sup>48</sup> Voir art. 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT relatifs au droit commercial international.

<sup>49</sup> Art 2.2.6, Principes d'UNIDROIT.

<sup>50</sup> Hélène MILHAVET BIRLOUEZ : « Évolution des prix des matières premières importées », *Actu-Eco*, 2022. Disponible sur : <https://www.melchior.fr/actualite/actu-eco-evolution-des-prix-des-matieres-premieres-importes>.

<sup>51</sup> La Voix du Nord, « fret maritime : envol des prix des conteneurs, crise de nerfs chez les chargeurs », *Ports et Corridors*, 2021, disponible sur : <https://www.lavoixdunord.fr/917450/article/2021-01-07/fret-maritime-envol-des-prix-des-prix-conteneurs-crise-de-nerfs-chez-les-chargeurs>.

<sup>52</sup> Voir W. Dominique KABRE, « COOVID-19 et exécution des contrats en droit Burkinabè : décryptage. », *La tribune du Faso*, 30 mai 2020. Disponible sur : <https://www.latribunedufaso.net/?p=849>.



L'excessivité de l'onérosité du contrat peut s'apprécier par une dépréciation conséquente de la contrepartie de sa prestation. Il s'agit de situations de diminution de la valeur de la prestation ou de la perte conséquente de profit dont les causes peuvent être multiples. D'une part, elle peut résulter des modifications radicales des conditions du marché. On a encore en mémoire cette dévaluation monétaire du franc CFA intervenue en 1994<sup>53</sup>. Une partie après la formation du contrat peut être victime de cette situation caractérisée par une inflation qui déprécie la contrepartie de son obligation.

Par ailleurs, l'onérosité excessive de la prestation ne saurait être admise pour un simple manque à gagner. En effet, le simple fait pour une partie d'avoir raté une occasion de faire plus de profit sans que l'opération ne soit déficitaire ne peut s'apprécier en une quelconque excessivité onéreuse<sup>54</sup>. Par conséquent, le débiteur ne peut invoquer un déséquilibre du contrat au motif que la valeur de la prestation fournie au créancier a augmenté - par rapport à ce qui était prévu - sans pour autant emporter une augmentation des coûts de l'exécution<sup>55</sup>. De même le créancier ne peut se prévaloir de la baisse des coûts de production du débiteur pour solliciter une réduction de sa propre obligation<sup>56</sup>.

En outre, la perte de profit peut se manifester par la disparition de la finalité du contrat, qualifiée de perte d'intérêt du contrat<sup>57</sup>. En effet, la formation d'un contrat repose incontestablement sur l'existence d'un objectif final, objectif qui, bien que pouvant varier en fonction des spécificités des parties et de la nature de l'accord, constitue le fondement même de l'engagement pris par chacune des parties contractantes. Ce but, qui donne sens et direction à l'accord, est essentiel à la cohérence du contrat, puisqu'il en détermine la portée et les intentions des parties. Par conséquent, l'extinction ou la disparition de cette finalité, qu'elle soit totale ou partielle, aurait pour effet de priver le contrat de toute substance, et donc de compromettre la validité de l'engagement pris. Il en résulterait une situation où le contrat se trouve vidé de sa raison d'être, n'ayant plus de base logique ni pratique pour justifier son existence ou son exécution.

Cependant, toute exécution excessivement onéreuse ne saurait être qualifiée de déséquilibre justifiant l'activation d'une clause de *hardship*. C'est ainsi qu'il est exigé que le déséquilibre occasionne nécessairement un préjudice substantiel<sup>58</sup>. L'appréciation de ce caractère substantiel peut être source de toutes les difficultés dans l'appréciation du déséquilibre susceptible d'activer une clause de *hardship*. En effet, dans une sentence arbitrale de février 1999<sup>59</sup>, les arbitres ont refusé le bénéfice d'un *hardship* à un cocontractant qui estimait que l'adoption d'une nouvelle directive européenne bouleversait l'ordre économique existant au moment de la conclusion du contrat. Tout en admettant que la directive ait engendré un changement de

---

<sup>53</sup> Voy. notamment Dieynaba TANDIAN, « Les suites de la dévaluation du franc CFA en janvier 1994 », *L'actualité économique*, vol. 74, n° 3, septembre 1998, p. 560 à 581 et Géraldine FAES, « Comment on a imposé la dévaluation du franc CFA » dans Christian CORNELIAU (éd.), *Ingérence économique*, Genève, Graduate Institute Publications, 1994, p. 109 à 113.

<sup>54</sup> Olivier DESHAYES, et alii, *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 450.

<sup>55</sup> Jean VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstance et l'inexécution fortuite du contrat », dans Raphaël JAFFERALI, *Le livre 5 du Code civil et nouveau droit des contrats*, 1<sup>ère</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2022 p. 296.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Éric SAVAUX repris par Jean VAN ZUYLEN, « La force majeure et l'imprévision », dans *Obligations. Traité théorique et pratique*, 2013, p. 95 à 128.

<sup>58</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, Paris, Edition techniques, 1974, p. 802.

<sup>59</sup> ICC, « International Court of Arbitration Bulletin », vol. 12, n° 2 (Fall 2001), p. 67 à 73. Disponible sur : <https://www.unilex.info/principles/case/680>.



circonstance, les arbitres ont estimé que ce changement ne peut être constitutif de *hardship*, car l'impact de cette nouvelle législation sur l'équilibre contractuel n'est pas substantiel<sup>60</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation irakienne avait débouté un preneur de parking de sa demande de révision. Ce dernier prétextant que la guerre de 1991 avait occasionné l'arrêt de ses activités pour une durée de trois mois. La cour rejeta sa demande au motif que « *cette période a été relativement courte par rapport à la durée totale du contrat (3 ans). Aussi, la reprise de l'exploitation avait permis au preneur de compenser une éventuelle perte ce qui fait disparaître l'onérosité excessive* »<sup>61</sup>.

D'où le questionnement, partir de quel seuil on peut estimer qu'un déséquilibre a occasionné un préjudice substantiel ? Les Principes d'UNIDROIT de 1994 ont tenté d'apporter une réponse à cette question de fond en fixant un seuil du préjudice. Il y était prévu que dans l'hypothèse où les obligations peuvent être quantifiées avec précision en termes monétaires, une modification entraînant une variation équivalente à 50 % ou plus du coût ou de la valeur de l'obligation sera présumée constituer une altération fondamentale<sup>62</sup>. Dans la même veine, le droit allemand lui exige une augmentation de plus de 60% de la production pour qu'il y ait une augmentation excessive<sup>63</sup> et par conséquent l'existence d'un préjudice substantiel.

De telles solutions sous-entendraient qu'il existe un seuil au-delà duquel tout déséquilibre contractuel serait substantiel. Cependant, la diversité des contrats ainsi que la spécificité des obligations des parties trahissent l'efficacité d'un taux de seuil fixe préétabli. En effet, dans un arrêt du 17 février 2015<sup>64</sup>, la cour de cassation française a débouté une société du bénéfice du *hardship*, bien que ladite société ait justifié une exécution excessivement onéreuse du contrat entraînant une diminution de 58% de sa marge brute<sup>65</sup>. Cette divergence de jugement traduit une nécessaire appréciation au cas par cas, en tenant compte des circonstances et de la situation de la victime. C'est ainsi que certains auteurs préconisent une approche strictement objective en affirmant que « *le caractère excessif de cette onérosité paraît devoir être apprécié objectivement [...], et non en fonction de ce que peut supporter le débiteur* »<sup>66</sup>. Si une telle approche séduit par sa simplicité, elle n'est pas forcément source d'une justice contractuelle. Telle que proposée, l'appréciation peut s'avérer illusoire et manquer de pertinence si elle est faite isolément pour chaque contrat prit individuellement. En effet, cette approche « fragmentaire » ne prend pas pleinement en compte la situation économique globale et la capacité financière d'ensemble du cocontractant qui en fait la demande. Pour qu'une application de ce critère soit réellement juste et cohérente, il conviendrait d'adopter une perspective plus subjective, en évaluant l'impact de l'exécution contractuelle au regard des moyens économiques et de la solidité financière globale de la partie demanderesse. Une telle approche permettrait de mieux apprécier le véritable déséquilibre engendré par l'exécution de l'obligation, non pas seulement à l'échelle du contrat spécifique en question, mais dans le contexte plus large des ressources, des engagements et des contraintes économiques globales

<sup>60</sup> Denis PHILIPPE, « Arbitrage, contrats internationaux et imprévision », *RDIC*, 2021, p. 335.

<sup>61</sup> Cour cass., 1<sup>ère</sup> chambre, élargie, 1<sup>er</sup> décembre 199, Al-mawsoaa al-adlyiah, n°62, 1999, p. 2 à 3.

<sup>62</sup> Art. 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT de 1994.

<sup>63</sup> Voir Thomas FINKENAUER, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, Munich, Rixecker Roland 2016. §313.

<sup>64</sup> Cass. civ., 17 février 2015, 12-29.550 13-18.96 13-20.230, Inédit.

<sup>65</sup> Barthélémy MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2016, p. 172.

<sup>66</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, p. 406.



du cocontractant concerné<sup>67</sup>. Une telle approche nous semble plus en phase avec l'esprit de la clause de *hardship* qui est l'équité et la justice entre les parties.

Ces difficultés d'appréciation du déséquilibre, qui doit être substantiel, mettent à jour l'importance de l'implication des parties à travers une manifestation claire et précise de leur volonté dans le contrat. Il importe donc qu'elles prévoient une clause de *hardship* qui détermine avec précision quel genre d'évènement pourrait être qualifié de bouleversement, le seuil d'onérosité ainsi que les critères de son appréciation.

## 2- DES CRITÈRES PÉRIPHÉRIQUES FLUCTUANTS

Outre le déséquilibre substantiel, le *hardship* doit revêtir trois autres caractéristiques que l'on peut qualifier de périphériques en ce sens qu'elles ne sont directement rattachées au contrat, à l'inverse du déséquilibre. Il s'agit de l'imprévisibilité, l'extériorité et la postériorité.

Si « rien n'est totalement imprévisible »<sup>68</sup>, il sera difficile de déterminer dans le contrat ce que les parties pourraient entendre par l'imprévisibilité de l'évènement susceptible de bouleverser l'équilibre du contrat. Au sens du *hardship*, « L'évènement imprévisible est celui que l'on ne pouvait raisonnablement demander aux parties de prendre en compte au moment de la conclusion du contrat »<sup>69</sup>. Une telle approche fut également retenue par le droit OHADA dans l'acte uniforme sur le droit commercial lorsqu'il instruit de tenir compte du caractère raisonnable de l'imprévision dans la force majeure<sup>70</sup>. Le caractère raisonnable de l'imprévision implique une appréciation objective *in abstracto* de l'évènement bouleversant l'équilibre contractuel pour déterminer si les parties auraient pu le prévoir ou pas. Permettant alors, de faire fief au mieux, des divergences dans l'appréciation qui peut varier en fonction des sentiments et des intuitions de chacune des parties ou de toute personne qui doit l'apprécier. Il s'agit donc de l'appréciation de la « personne raisonnable », ni optimiste ni pessimiste<sup>71</sup>. Raisonnablement, l'imprévisibilité doit donc être recherchée non seulement dans la survenance de l'évènement, mais aussi dans ses conséquences. Un évènement peut être anticipé dans son principe ou son occurrence, notamment lorsque les parties en ont connaissance ou sont conscientes de sa probabilité de survenance au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, bien que cet évènement soit prévisible dans son essence ou dans sa nature, les conséquences concrètes qu'il pourrait engendrer sur l'exécution des obligations contractuelles échappent souvent à toute prévision rationnelle ou raisonnable. Ces effets, par leur ampleur ou leur intensité, peuvent se situer dans une sphère d'imprévisibilité qui dépasse les calculs ordinaires ou les attentes normales des parties. C'est dans ce sens que la Cour de cassation française avait admis que la grève était un évènement imprévisible au regard de l'ampleur imprévisible qu'elle avait eue<sup>72</sup>. Cette jurisprudence a été suivie par la cour d'appel de Versailles qui a retenu que la foudre est un évènement imprévisible au motif que « si la survenance d'orage n'est pas un évènement imprévisible, le lieu et la violence de ses manifestations restent imprévisibles »<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, vol. 2, Paris, PUF, 2004, p. 2179.

<sup>68</sup> André TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *RTD. civ.*, 1946, p. 187.

<sup>69</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 801.

<sup>70</sup> Art. 294 al. 2 AUDCG « Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ».

<sup>71</sup> François TERRE et alii, *Droit civil. Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 687.

<sup>72</sup> Si la grève est de principe prévisible, en l'espèce elle provenait d'un mouvement d'une grande ampleur affectant tout le secteur public et nationalisé, chose que EDF n'était pas censée prévoir. Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 2 janvier 1995, D. 1995, p. 327, note G. PAISSANT ; JCP 1995, éd. G., IV ; 745.

<sup>73</sup> CA Versailles, 18 juin 1995, D., p. 439.



L'imprévision ne peut porter que sur les situations dont les parties ont refusé d'assumer au moment de la formation du contrat. En d'autres termes, lorsqu'un cocontractant accepte d'assumer un risque, il ne peut prétendre au bénéfice du *hardship*<sup>74</sup>. D'où la pertinence de déterminer le moment d'appréciation de l'imprévision. Relativement à la date d'appréciation du critère, il faut noter que contrairement à la matière délictuelle où elle s'apprécie au moment de la réalisation du préjudice, l'imprévisibilité en matière contractuelle doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat<sup>75</sup>. Cette appréciation permet d'exclure du champ d'application de cette condition toute information qui était connue des parties avant la conclusion du contrat. La jurisprudence, surtout arbitrale, a très souvent été fondée sur cette idée de prévisibilité raisonnable au regard des informations dont disposent ou peuvent disposer la partie qui invoque l'imprévisibilité ou sa qualité<sup>76</sup>.

Il ressort de ces différentes sentences que l'appréciation du caractère imprévisible ou non de l'évènement se fait sur la base des informations devant être normalement connues par les parties lors de la formation.

Outre l'imprévisibilité, Le droit au bénéfice du *hardship* nécessite que le changement de circonstance soit extérieur aux parties et postérieur à la conclusion du contrat. L'extériorité, un autre critère partagé avec la force majeure implique que le bouleversement en question ne soit pas l'œuvre d'une des parties<sup>77</sup>. Elle se caractérise par la non-participation des parties à la survenance de l'empêchement et à l'impossibilité d'y résister<sup>78</sup>. En effet, cette condition se rapporte à la responsabilité de la personne qui se prévaut de l'existence d'un déséquilibre. Il s'agira d'établir son implication ou non dans l'avènement du bouleversement. Ce qui exclut l'hypothèse où l'évènement résulte d'un comportement fautif de la partie qui s'en prévaut<sup>79</sup>. De plus, l'extériorité implique que la partie lésée ait pris toutes les mesures nécessaires pour parer aux effets désastreux de l'évènement qui bouleverse l'équilibre contractuel<sup>80</sup>. Cette exigence renvoie à l'impératif de coopération et d'information entre les parties dans le but d'atténuer les

---

<sup>74</sup> Alexis DOWNE, *La gestion des risques contractuels par le contrat. Étude du droit français à la lumière du droit anglais*, Toulouse, Presses Universitaire de Toulouse 1 Capitole, 2020, p. 220.

<sup>75</sup> La paternité de cette conception doctrinale est attribuée aux frères MAZEAUD : H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 7<sup>e</sup> éd., vol. 1, tome 2, Paris, LGDJ, 1998, p. 691.

<sup>76</sup> Voir CCI, n° 6281, 1989, JDI 1991, p. 1054. Dans cette affaire, il s'agissait d'un acheteur qui bénéficiait d'une option d'achat d'une quantité supplémentaire aux mêmes prix et aux mêmes conditions. Cependant, grande fut la surprise de l'acheteur lorsqu'il leva l'option et qu'il constata qu'en raison de la hausse du prix de l'acier après la conclusion du contrat, qu'il sera contraint de payer un prix supérieur au prix que lui garantissait la clause. Estimant qu'il n'existe pas de *hardship* il saisit le tribunal arbitral. Cette instance rend une sentence en faveur de l'acheteur. En affirmant d'une part, que l'augmentation n'était pas imprévisible en raison du fait que la fluctuation du prix de l'acier est un phénomène connu. Relativement à cette affaire voir, Séverin ABBATUCCI, Bertrand SABLIER et Vincent SABLIER, « crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », *AJDA*, 2004, p. 12201. La sentence n°1172 rendue par la Chambre Arbitrale Maritime de Paris le 3 février 2010 a débouté une société du bénéfice du *hardship* au motif que la guerre israélo-arabe de 1973 était prévisible à la conclusion d'un contrat.

<sup>77</sup> Nicolas JACOT, « La notion de force majeure dans les contrats publics », dans *Contrat-publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, vol. 1, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 275.

<sup>78</sup> Jean RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1920, p. 229 à 232.

<sup>79</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 21 mars 2000.

<sup>80</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 801.



effets graves du déséquilibre<sup>81</sup>. Le demandeur par conséquent ne doit pas se limiter à une simple invocation du *hardship* ou alors à essayer de prouver son absence de faute. Il doit prendre tous les soins possibles afin de réduire les dommages éventuels qui risquent de se produire en raison de ce déséquilibre. Par ailleurs, l'extériorité est capitale pour la caractérisation du *hardship*. En effet, caractériser le *hardship* sans tenir compte de l'extériorité de l'évènement permettrait à la victime de se prévaloir de sa propre turpitude. C'est pour quoi son absence dans une clause doit plutôt être considérée comme une pathologie de la clause<sup>82</sup> que le juge doit soigner en prenant en compte le rôle des parties dans la survenance de l'évènement.

La postériorité quant à elle signifie que les évènements constituant le *hardship* doivent survenir ou être connus de la partie lésée après la conclusion du contrat<sup>83</sup>. Le principe tel que présenté fait observer que les situations qui sont connues par les parties avant la conclusion ne sont pas concernées. Ainsi, aucune partie ne pourra se prévaloir du bénéfice du *hardship* pour des situations qui étaient connues avant la formation du contrat. Cependant, il peut arriver des situations où les circonstances perturbatrices commencent pendant la phase précontractuelle, et se poursuivent après la conclusion du contrat. Il se pose la problématique de l'appréciation de la postériorité de ces évènements<sup>84</sup>. *A priori*, on pourrait conclure à l'inexistence de la postérité. Ce qui signifie que les parties en principe auraient dû en tenir compte dans la formation de leur contrat. Une telle approche nous paraît assez sévère dans la mesure où le contrôle des évènements peut échapper à la surveillance, nécessitant une approche plus souple. On pourrait admettre la postériorité à la condition que la partie désavantagée n'ait pas pu avoir connaissance de cet évènement<sup>85</sup>. Une partie peut vouloir invoquer la clause en raison d'un évènement dont elle ignorait l'existence et n'aurait pu la connaître au moment de la conclusion du contrat.

Lorsque le *hardship* est caractérisé, il est nécessaire de l'extérioriser afin que le cocontractant en prenne connaissance.

## B- UNE EXTÉRIORISATION DU DÉSÉQUILIBRE À BIEN ENCADRÉE

Le bouleversement de l'équilibre contractuel ainsi caractérisé, il doit être extériorisé afin d'amorcer l'activation de la clause. Cette extériorisation nécessite un constat de l'effectivité du déséquilibre (1) et sa notification à l'autre partie (2).

### 1- LA NÉCESSITÉ D'UN CONSTAT

La constatation effective du déséquilibre consiste à établir les mécanismes par lesquels les parties procéderont à la communication du déséquilibre. Cette étape, formelle, qui se veut d'emblée simpliste a des implications importantes quant à l'atteinte de l'objectif de révision du contrat que poursuit la clause de *hardship*. Ainsi, les précisions relatives à la personne sur laquelle pèse cette formalité et les délais dans lesquelles celle-ci doit être accomplie doivent être faites par les parties. Très souvent, les clauses emploient une formule identique pour la constatation du *hardship*. En effet, elles stipulent que la partie qui estime que les conditions du

---

<sup>81</sup> Laure CARNEIRO, *Les clauses de hardship dans les contrats maritimes*, op. cit., p. 44.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>83</sup> Art 6.2.2, Principes d'UNIDROIT.

<sup>84</sup> Alain PARENT, *L'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique*, Thèse de doctorat, Université de McGill, Montréal, 2014, p. 163.

<sup>85</sup> Almeida PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Paris, Bruylant, 2003, p. 235.



*hardship* sont réunies doit informer son cocontractant<sup>86</sup>. Par conséquent, la charge du constat incombe à la partie lésée.

La constatation se fait selon les énonciations contenues dans la clause. Pour ce qui concerne la forme il peut s'agir de lettre recommandée avec accusé de réception, de télégramme, ou appel téléphonique confirmé par écrit<sup>87</sup>. En l'absence de toute stipulation de la clause, il s'agit donc de tout moyen qui permettra à la partie victime du déséquilibre d'informer son cocontractant du *hardship*. Cependant, la victime a intérêt à privilégier l'écrit dans le but de faciliter la preuve du constat. L'obligation d'information mise à la charge de la partie lésée se justifie en raison du fait que c'est ce dernier qui veut se prévaloir de l'existence du déséquilibre contractuel.

Pour que le constat effectué par la partie lésée implique l'obligation de renégocier il va falloir qu'au préalable, son cocontractant admette l'existence de ce *hardship* selon le constat qu'il a fait. Elle pourrait dès lors remettre en cause de bonne ou de mauvaise foi le principe de l'existence du déséquilibre. Le déséquilibre aura toujours des retombées profitables pour l'une des parties, elle bénéficiera le plus souvent de prix inférieurs sur le cours du marché<sup>88</sup>. Ce dernier à l'évidence jouissant d'une situation favorable ne sera pas très enthousiaste d'adhérer à un rééquilibrage des situations. Il sera *a contrario* tenté de contester l'existence du *hardship* dans l'optique de conserver le *statu quo*<sup>89</sup>. La bonne foi étant toujours présumée, le temps de venir à bout de ce litige pourrait sans doute être préjudiciable pour la partie lésée. Dans le but de pallier à ces difficultés, les parties pourraient recourir à un tiers. Il peut s'agir d'un arbitre ou d'un expert<sup>90</sup>. La solution ainsi proposée offre aux parties la possibilité d'inclure cette option dans leur clause dans le but de venir à bout des difficultés que suscite le constat du déséquilibre. Il s'agira de laisser la charge de la constatation à l'arbitre, sur l'initiative de la partie lésée, dont les modalités de désignation doivent être précisées dans la clause en question. La clause du sieur Fontaine offre une seconde alternative en ces termes : « *A défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économiste assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un évènement imprévisible* »<sup>91</sup>. L'expertise est une mesure d'instruction par laquelle un tiers est amené à réaliser des constatations d'ordres matérielles ou techniques<sup>92</sup>. Le recours à un expert en l'espèce, n'est pas un procédé nouveau. En effet, il est connu de la pratique sous la dénomination de l'expertise amiable<sup>93</sup>.

La seconde difficulté réside dans les délais. Au regard des graves conséquences que l'existence d'une situation de *hardship* peut entraîner, il est important que la partie qui ignore son existence soit informée le plus rapidement possible. Dans le but de lui assurer un minimum de temps pour prendre ses précautions. Elle pourra alors adopter des mesures afin d'assurer une gestion moins catastrophique du bouleversement. Les clauses sont parfois silencieuses en ce qui concerne le

<sup>86</sup> Denis PHILIPPE, « Les clauses relatives au changement de circonstances à long terme », dans Denis PHILIPPE, *La rédaction des contrats internationaux. Conseils aux praticiens & approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 142.

<sup>87</sup> Marcel FONTAINE, « Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1990, p. 222. Disponible sur : [www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_3\\_2066](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_3_2066).

<sup>88</sup> Aurélien FORTUNATO, « Les circonstances de révision du contrat », *Les Petites Affiches*, 2019. Disponible sur : <http://hdl.handle.net/20.500.12210/6398>.

<sup>89</sup> *I.*

<sup>90</sup> Marcel FONTAINE, « Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses » *op. cit.*, p. 228.

<sup>91</sup> Marcel FONTAINE, *op. cit.*, p. 229.

<sup>92</sup> Edmond PICARD et alii, « De la tierce décision obligatoire », *Journal des tribunaux*, 1999, p. 572.

<sup>93</sup> *Idem.*





délai dans lequel le *hardship* doit être constaté<sup>94</sup>. Tout au plus, elles recourent aux expressions de « délai raisonnable » ou « plus bref délai » difficiles à caractériser. Le silence sur le délai de constatation peut conduire à une information tardive de la part de la partie lésée. Ce silence peut être un fondement pour son cocontractant de refuser la constitution du *hardship* au motif que ce retard est une acceptation tacite de la situation<sup>95</sup>. De plus, l'absence de précision sur le moment de la constatation peut entraîner des complications dans le processus d'adaptation. En effet, la constatation a pour fonction de dater le début du *hardship* de sorte à pouvoir fixer notamment les dommages et intérêts à payer s'il y a lieu.

Par ailleurs, la multiplicité des contrats et leurs diversités impliquent la complexité à pouvoir établir un délai unique pour le constat dans tous les contrats. En effet, chaque contrat ayant ses caractéristiques propres, fixer un délai général pour tous serait une solution assez dangereuse voire impossible. Or, l'efficacité de la clause de *hardship* ne saurait se conjuguer avec des expressions peu précises - « délai raisonnable », « bref délai » - car l'enjeu réside dans la précision. Le but de l'information faut-il le rappeler est d'atténuer les conséquences du déséquilibre<sup>96</sup>. L'idéal en l'espèce serait que les rédacteurs des clauses prennent l'initiative de fixer un délai ou un intervalle de temps dans lequel la partie victime doit constater le déséquilibre. En comparaison, le délai de dénonciation dans les clauses de force majeure varie en moyenne entre sept jours et quinze jours à partir du moment où le débiteur a connaissance de l'empêchement<sup>97</sup>.

La nécessité de porter le déséquilibre à la connaissance du cocontractant nécessite le respect de certaines formes

## 2- UNE NOTIFICATION SOUMISE A UN FORMALISME

Étant donné que la partie qui se prévaut de l'existence d'un déséquilibre doit en informer son cocontractant, les formalités de notifications doivent susciter un intérêt particulier dans l'étude de la mise en œuvre de la clause. Elle a ainsi une fonction d'information. Cette information qui marque le début de la procédure d'activation donne à la notification une fonction de datation. Cette datation présente un intérêt à deux égards. D'une part, lorsqu'il a été convenu dans le contrat que le *hardship* entraînera la suspension de l'exécution des prestations celle-ci ne produira ses effets qu'à compter de la date de la notification<sup>98</sup>. D'autre part, cette datation servira de point de départ pour la fixation d'éventuels dommages et intérêts. Aussi, elle peut encadrer les effets d'une possible résolution. Par exemple, lorsque le cocontractant qui a reçu la notification était avisé d'apporter une réponse et qu'il demeure dans le silence. Ce silence peut intervenir dans les éléments d'appréciation de la bonne foi dans la négociation.

Ces fonctions ci-dessus évoquées n'impliquent pas la nécessité d'une forme particulière de notification. Cependant, il n'est pas à exclure que les parties prévoient une forme particulière de notification auquel cas, elle serait une formalité de validité dont le non-respect entraîne la nullité de la notification. De telles stipulations contractuelles pourraient être contre-productives

---

<sup>94</sup> Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers du droit*, vol. 2, n° 35, 1994, p. 314.

<sup>95</sup> Catherine MUYL, « Comment bien rédiger et négocier vos clauses de force majeure ? », *Contrat-Obligation-Responsabilité*, 2022. Disponible sur : <https://larevue.squirepattonboggs.com/comment-bien-rediger-et-negocier-vos-clauses-de-force-majeure.html>.

<sup>96</sup> Normand GUILBEAULT, « L'obligation de renseignement dans les contrats de vente internationale de marchandises », *Les Cahiers du droit*, vol. 2, n° 38, 1997, p. 359.

<sup>97</sup> Art. 19.1 du modèle de contrat FIDIC pour les grands travaux qui prévoit un délai de notification de 14 jours après la prise de conscience de l'évènement de force majeure par la partie empêchée.

<sup>98</sup> Sandra DUMOND, *La date et le contrat*, Thèse, Université Jean Moulin-Lyon 3, 2003, p. 37.



pour l'efficacité de la clause, car une notification nulle alors qu'elle devrait intervenir dans un délai prévu serait un obstacle insurmontable à la mise en œuvre d'une clause. Or, si tant est que l'esprit de la clause de *hardship* est de permettre la réfaction du contrat en cas de bouleversement, le caractère résolutoire du non-respect d'une formalité attachée à la notification est de toute évidence injuste.

Par ailleurs, la notification doit contenir les éléments d'appréciation de la preuve de l'existence du *hardship* ainsi que les premières propositions pour la renégociation. L'exigence de la preuve de l'existence du *hardship* s'inspire fortement des clauses de la force majeure. Elle devrait faire mention de pièces justificatives, c'est-à-dire de tout document écrit de nature à attester l'existence du déséquilibre. Ainsi faite, la preuve sera facile à établir si les conditions du déséquilibre étaient fixées par rapport aux prix d'un produit ou d'une matière première. Dans cette hypothèse, la victime n'aura qu'à administrer la preuve de l'augmentation dudit produit. Les parties en vertu du principe de l'autonomie de la volonté<sup>99</sup> peuvent prédéfinir les modalités de preuve en rapport avec l'établissement du déséquilibre. Cependant, cet aménagement est rarement consacré par les parties. Ce qui est de bons augures, car il laisse à la disposition des parties un large éventail de mode de preuves<sup>100</sup> d'un fait juridique qu'est le bouleversement.

Si les parties ont eu recours à un tiers pour le constat du déséquilibre, celui-ci établi *ipso facto* la preuve de l'existence ou non du *hardship*. En effet, dans l'accomplissement de sa tâche il sera amené à déterminer si le bouleversement dont il est question est de nature à déséquilibrer le contrat de sorte à faire subir à une partie la rigueur qu'on ne pouvait raisonnablement lui demander. L'arbitre ou l'expert en constatant l'existence du *hardship* fournit du même coup la preuve du déséquilibre. Par conséquent, la partie lésée sera exemptée d'apporter une quelconque preuve.

Outre les preuves de l'existence du *hardship*, la notification doit exprimer les propositions de la partie victime au regard de la situation. En réalité, les clauses préconisent que la notification puisse contenir les moyens pour remédier au déséquilibre<sup>101</sup>. Lorsque les parties ont convenu d'une suspension du contrat en cas de *hardship*, il faudrait que la notification fasse état de cette suspension en proposant un calendrier se rapportant à la durée éventuelle du déséquilibre.

La notification doit comporter la volonté claire de la victime à entamer des discussions pour une adaptation du contrat. Elle apparaît comme une invitation adressée à son cocontractant l'exhortant à entrer en pourparlers, afin de trouver une solution pour rétablir l'équilibre rompu du contrat<sup>102</sup>. Cependant, force est d'admettre qu'une notification sans l'invitation à la renégociation et des propositions de solutions complique l'appréciation de la bonne foi du cocontractant, car en l'absence d'indication de date et lieu de réunion et de proposition, comment apprécier son inactivité? Nonobstant l'utilité de certaines formalités dans la notification du *hardship*, les parties doivent les stipuler avec précaution afin que le non-respect d'une simple formalité ne parvienne à vider la clause de tout son sens.

Lorsque toutes les conditions d'activation de la clause sont réunies, les parties se lancent dans une quête de l'équilibre bouleversé dans leur contrat.

---

<sup>99</sup> Alain BENABENT, *Droit des obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 28.

<sup>100</sup> Laure CARNEIRO, « Les clauses de *hardship* dans les contrats maritimes », *op. cit.*, p. 45.

<sup>101</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 805.

<sup>102</sup> Jean VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstance et l'inexécution fortuite du contrat », *op. cit.*, p. 315.



## II- LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DU RÔLE DES TIERS DANS LA QUÊTE DE L'ÉQUILIBRE PERDU

Dans le principe, la recherche de l'équilibre contractuel perdu du fait du bouleversement doit être l'œuvre des parties (1). Toutefois, un tiers peut intervenir dans ce processus de restauration parce que les parties le souhaitent (B).

### A- LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE PAR LES PARTIES

La clause de *hardship* implique une obligation de renégocier (1) les termes du contrat pour les parties, qui dès son apparition influence le contrat (2) jusqu'à son dénouement.

#### 1- L'OBLIGATION DE RENÉGOCIER

La renégociation constitue l'essence même de la clause de *hardship*. Son but est de rendre possible une renégociation des termes convenus. Contrairement aux clauses de modifications automatiques, qui contraignent les parties à se soumettre à une modification automatique, dès lors que les conditions prédéfinies sont remplies, la clause de *hardship* contraint les parties à renégocier le contrat, sans pour autant être tenues de parvenir à un accord de modification. Cette renégociation s'entend de l'examen des solutions pour équilibrer le contrat. Autrement dit, il s'agit d'un échange de propositions entre les parties en vue de déterminer d'un commun accord la suite du contrat<sup>103</sup>. Ainsi, la renégociation « implique des actes et des attitudes. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à un dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord »<sup>104</sup>. Il découle donc d'une telle conception de l'obligation de renégocier deux appendices. Une obligation de résultat et une obligation de moyen.

L'obligation de résultat<sup>105</sup> se manifeste dans la renégociation par l'obligation faite aux parties d'entrer en discussion. En effet, il est fait imposition aux parties de se concerter à partir de la notification du *hardship* faite par la partie lésée<sup>106</sup>. Par conséquent, la partie en position favorable est tenue de répondre à son cocontractant sur d'une part l'existence du *hardship* et d'autre part, les solutions proposées par la victime. Cette obligation s'entend comme la recherche commune d'un accord tendant à l'harmonisation des conduites respectives des parties<sup>107</sup>. Quant à l'obligation de moyen<sup>108</sup>, notons que si les parties ont une obligation d'entrer en discussions et d'apporter les propositions, elles disposent du droit de ne pas parvenir à un accord. Sous réserve bien entendu du respect des règles qui gouvernent le déroulement de la renégociation.

En effet, les parties sont tenues par un devoir de coopération<sup>109</sup> en vue de parvenir à l'adaptation du contrat à travers des échanges de propositions et de contre-propositions. Ainsi, chaque partie doit prendre en considération les propositions de son cocontractant et accepter celles qui sont

<sup>103</sup> Pascale ACCAOUI-LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *RDIDC*, n°2, 2015, p. 257.

<sup>104</sup> Laurent AYNES, « Le devoir de renégocier », *Rev. Jur. Com.*, 1999, p. 18.

<sup>105</sup> Art. 1147 du C. civ. de 1804 tel qu'applicable au Burkina Faso : « Le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts, soit en raison de l'inexécution de l'obligation, soit en raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

<sup>106</sup> Imad Hammadi AL-BEJAWI, « La pérennité du contrat international », *Journal Sharia and Law*, 2020, p. 60.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 12 décembre 1995, Bull. civ. I, n° 461.

<sup>109</sup> Voir François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat internationaux », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999.



raisonnables<sup>110</sup>. Elles se doivent donc de conduire les débats dans un esprit de bonne foi. Cette exigence trouve son fondement dans le code civil précisément à l'article 1134<sup>111</sup>. Pour les arbitres de la chambre de commerce internationale de Paris, toutes les fois où des difficultés inattendues ou imprévues viennent perturber l'exécution normale des obligations prévues par un contrat, il incombe aux parties de s'engager dans un processus de négociation empreint de bonne foi, dans le but de trouver des solutions adaptées à ces nouvelles circonstances<sup>112</sup>. La bonne foi en l'espèce signifie qu'aucune partie ne doit user de manœuvres dans le but d'empêcher la réfection du contrat<sup>113</sup>. Par conséquent, le cocontractant qui refuse de renégocier le contrat dont l'économie a été bouleversée sera considéré comme étant de mauvaise foi<sup>114</sup>. Dans l'appréciation de la bonne foi, les délais et la durée peuvent jouer un rôle important. Il est donc utile que les parties fixent un délai dans lequel, le contractant de la victime doit répondre à la notification, un délai pour la négociation à l'issue duquel on peut estimer que la négociation est infructueuse<sup>115</sup>.

En outre, l'encadrement des attitudes lors de la renégociation fournit des éléments d'appréciation objectifs pour juger de la bonne foi des parties. Tout cocontractant qui refuse de renégocier ou qui porte atteinte à son déroulement conformément aux exigences de bonne foi<sup>116</sup>, se rend coupable de comportement préjudiciable susceptible d'engager sa responsabilité.

Tout d'abord, la faute sera plus évidente à caractériser lorsqu'il s'agit de l'obligation de résultat dans la mesure où le simple refus d'une partie de se prêter au jeu de la renégociation est assez suffisant pour conclure à un comportement fautif. Par contre, dans l'obligation de moyen il reviendra d'apporter la preuve que la partie n'a manifesté aucun intérêt dans les débats. Surtout qu'il s'est fait remarquer par des propositions aussi bien dilatoires que déraisonnables notamment en réfutant toutes propositions sans émettre de contre-propositions. L'obligation de renégociation est une obligation de faire. Or, le code civil est assez précis en ces termes : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »<sup>117</sup>. En l'espèce, chaque partie étant tenue de faire des propositions et contre-propositions, la partie qui s'abstient d'apporter des idées dans la phase de renégociation viole cette obligation de faire. Par conséquent, elle est passible du paiement de dommages et intérêts<sup>118</sup>.

Ensuite, il est possible pour la victime du *hardship* dont le cocontractant refuse de mener des échanges sérieux d'obtenir la résolution du contrat. La jurisprudence dans le *hardship* est constant sur l'admission de la résolution pour le manquement de l'obligation de bonne foi dans

---

<sup>110</sup> Pascale ACCAOUI-LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, p. 267.

<sup>111</sup> Article 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que par le consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

<sup>112</sup> Voir CCI, n° 8356, 1996, JDI 1997, p. 1078.

<sup>113</sup> Pascale ACCAOUI-LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, p. 266.

<sup>114</sup> Guy ROBIN, « Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAL*, 2005, p. 718.

<sup>115</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 808.

<sup>116</sup> Pascale ACCAOUI-LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, p. 275.

<sup>117</sup> Art. 1214 du C. civ.

<sup>118</sup> Voir Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 16 mars 2004, n°01-15804, Bull. civ. I, n°86 ; D. 2004 ; J. 204, obs. D. MAZEAUD ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 19 juin 2009, D.A.O.R., p. 149, note D. PHILIPPE.



la renégociation<sup>119</sup>. La victime du déséquilibre dispose donc de l'opportunité de demander la résolution du contrat et cela bien entendu aux torts de son cocontractant<sup>120</sup>.

Enfin, le manquement à l'obligation de bonne foi n'entraîne pas forcément l'application des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles<sup>121</sup>. En effet, cette faute peut être sanctionnée par l'interdiction de se prévaloir du contrat. La partie auteure des comportements préjudiciables ne pourra guère prétendre aux effets du contrat. En d'autres termes, le contrat restera inefficace au regard des effets qui lui sont normalement attachés<sup>122</sup>. Cette neutralisation du contrat a eu une application en France et fait l'objet d'une popularité assez remarquable. Les juges de cassation avaient débouté un créancier de sa demande de résolution au motif que ce dernier ayant constaté les difficultés d'exécution du débiteur avait demandé l'exécution d'une obligation. La cour a par conséquent qualifié cette demande d'exécution de mauvaise foi et refusé de donner suite à la demande du créancier<sup>123</sup>.

Cette obligation si rigoureusement sanctionnée témoigne de son importance dans la mise en œuvre de la clause et de la nécessité pour les parties de respecter les règles de droit commun y relatives ou de modeler avec précision leur volonté en la matière.

## 2- LE SORT DU CONTRAT PENDANT LA RENÉGOCIATION

L'ouverture de la renégociation présume de l'existence d'un bouleversement de l'équilibre du contrat. D'où la légitime interrogation sur le sort du contrat pendant cette phase. Les parties de commun accord peuvent opter dans la rédaction de leur clause pour une suspension du contrat pendant la procédure de renégociation. Une telle précision serait opportune au regard des difficultés que poserait le silence concernant cette question. Toutefois, il faut noter que les parties, lorsqu'elles optent pour une suspension il serait judicieux que celle-ci soit encadrée par des délais. Ainsi, les parties devront obligatoirement parvenir à trouver un accord au cours d'un délai qu'ils auront à fixer. A l'expiration de ce délai, si le contrat est adapté, l'exécution pourra reprendre sans aucune incidence. Par contre, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur les modalités d'adaptation, la renégociation sera considérée comme un échec. Par conséquent l'exécution du contrat devra reprendre. Ce qui semble d'ailleurs être le principe. En effet, l'article 1995 du code civil français dispose que les parties sont tenues de respecter leurs engagements pendant la phase de renégociation en cas d'imprévision.

La clause *hardship* a pour fonction d'obliger les parties à renégocier en vue de la réadaptation éventuelle du contrat ; ce qui ne devrait pas en principe influencer sur sa continuité<sup>124</sup>. Le but de la clause se limite, en l'espèce, pour la victime du bouleversement, à provoquer la résiliation du contrat. L'exécution du contrat restant soumise au principe du droit des contrats oblige la partie lésée à poursuivre son exécution, car aucun principe juridique applicable ne confère le droit de suspendre les obligations contractuelles durant le processus de renégociation. En l'absence de stipulation expresse autorisant une telle suspension, les parties demeurent tenues de respecter

---

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Voy. Art. 1184 du C. civ.

<sup>121</sup> Pascal ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *Revue Juridique Thémis*, 2011, p. 105.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chambre, 7 février 2006, D. 2006.1796, note A. PENNEAU

<sup>124</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 809.



leurs engagements contractuels dans les conditions initialement prévues, et ce, indépendamment des discussions en cours visant à réviser ou ajuster les termes du contrat<sup>125</sup>.

Le raisonnement en l'espèce traduit la fonction première du *hardship* à savoir celle de provoquer la renégociation. D'ailleurs, la possibilité que l'obligation soit toujours en état d'être exécutée<sup>126</sup> étant une caractéristique spécifique de la clause de *hardship*, si l'obligation est toujours exécutable, l'exécution devrait se poursuivre dans la mesure où une suspension conduirait à confondre la clause de *hardship* avec la force majeure. Les Principes d'UNIDROIT abondent dans le même sens lorsqu'ils disposent que « *la demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations* »<sup>127</sup>. La suspension n'est pas la conséquence de la demande de renégociation. Ainsi, sauf stipulation conventionnelle contraire, le contrat, nonobstant l'invitation à la renégociation continue d'être exécuté conformément aux conditions avant bouleversement.

Par ailleurs, il ne nous semble pas indiqué que les parties s'accordent sur une suspension du contrat pendant la renégociation lorsque celle-ci n'est pas encadrée dans un délai. Car une longue période de renégociation peut entraîner une suspension préjudiciable pour le cocontractant de la victime. En cas de silence du contrat, on peut légitimement penser que c'est la suspension qui devrait être la règle<sup>128</sup>. Cette option semble être celle qui sied le mieux dans le cadre du *hardship* car elle s'inscrit dans une logique de la recherche de l'équité. Exiger l'exécution d'un contrat devenu excessivement onéreux pour la victime ne contribue pas aux aspirations de la clause de *hardship* et met ou oublie, la possibilité d'une interprétation du contrat qui prenne en compte les usages, et de l'équité.

Nonobstant tous les arguments qui peuvent justifier une suspension d'office du contrat pendant l'adaptation, lorsque les parties n'ont rien prévu, la continuation de l'exécution nous semble la meilleure option. Autrement, ce serait ouvrir la porte à la facilité et à la mauvaise foi des parties contractantes.

En effet, le principe de la force obligatoire des contrats, qui constitue l'un des piliers fondamentaux du droit des obligations, serait gravement altéré et dépouillé de sa substance si une telle interprétation venait à être admise. Permettre une utilisation extensive et injustifiée de la clause en question risquerait de fragiliser la stabilité contractuelle en offrant aux parties la possibilité de contourner leurs engagements. Cela ouvrirait la voie à des pratiques abusives, où chaque partie, à la moindre variation des conditions économiques ou des coûts, même insignifiante ou marginale, pourrait invoquer ladite clause dans le but de justifier une demande de suspension des obligations contractuelles. Une telle démarche aurait pour effet immédiat et direct de provoquer l'interruption temporaire ou prolongée de l'exécution des obligations prévues au contrat, compromettant ainsi la réalisation de l'objet même de celui-ci. Par ailleurs, cette suspension pourrait engendrer des conséquences économiques et juridiques préjudiciables non seulement pour les parties, mais également pour les tiers concernés ou dépendants de l'exécution du contrat. En autorisant une telle latitude dans l'usage de la clause, on risquerait de substituer à l'obligation de bonne foi une logique opportuniste, susceptible d'éroder la confiance mutuelle nécessaire à la pérennité des relations contractuelles. Dès lors, il est impératif d'encadrer strictement les conditions de mise en œuvre de cette clause, afin de

<sup>125</sup> Laurent AYNES, « Le devoir de renégocier », *op. cit.*

<sup>126</sup> Pascale ACCAOUI LORFING, « l'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, p. 253.

<sup>127</sup> Voy. Art.6.2.3 (2) des Principes d'UNIDROIT.

<sup>128</sup> Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, LGDJ, 1990, p. 138.



préserver l'équilibre des engagements et de prévenir tout risque de détournement ou d'abus de droit.<sup>129</sup>

## B- LE RECOURS AUX TIERS DANS LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE

Les tiers amenés à intervenir dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause de *hardship* peuvent revêtir une grande diversité de statuts et de fonctions, selon les stipulations contractuelles (1). Toutefois, pour garantir l'efficacité et la pertinence de leur rôle, il est souvent nécessaire de renforcer leurs pouvoirs et leurs attributions (2).

### 1- UNE DIVERSITÉ DE TIERS SUSCEPTIBLES D'INTERVENIR

L'intervention du tiers dans la mise en œuvre de la clause tire son fondement de la volonté des parties. Ainsi, l'échec de la renégociation peut conduire à l'intervention d'un tiers dans la mise en œuvre de la clause. Le recours à ce tiers s'inscrit dans la nécessité de pouvoir assurer la réalisation de la révision du contrat<sup>130</sup>. Les parties peuvent ainsi convenir qu'au terme de la renégociation à défaut d'accord il sera fait recours à la médiation<sup>131</sup>. Dans le cadre d'une renégociation du fait d'un *hardship*, le médiateur doit aider les parties à trouver une solution notamment à travers des suggestions et des propositions. Ces conseils guideront les parties dans la recherche d'un consensus favorable<sup>132</sup>. Pour cela il devra être actif dans les discussions. Cela à travers des questions, des demandes de clarifications et d'informations qui permettront de déceler les objections et attentes de chacune des parties. La médiation en cas de réussite prend fin par un protocole d'accord qui est une transcription de toutes les décisions adoptées au cours de ladite médiation.

Le tiers peut également être un arbitre, c'est d'ailleurs ce qui prévaut la majeure partie du temps. Pour activer cette option, il faudrait soit que les parties aient introduit dans le contrat une clause compromissoire<sup>133</sup>, ou alors que ces derniers après l'échec de la renégociation concluent un compromis d'arbitrage<sup>134</sup>. L'arbitre tranche le différend selon les désirs des parties. Par ailleurs, ils doivent manifester leur autonomie et mettre en œuvre leurs pouvoirs souverains. Ainsi le pouvoir interprétatif de l'arbitre, son pouvoir de modérateur lui permet de compléter la volonté des parties<sup>135</sup>. L'équité doit être l'une des valeurs qui guide l'arbitre lors de l'adaptation du contrat. Car avec la solidarité et la bonne foi celle-ci constituent des facteurs primordiaux pour la pérennité des contrats<sup>136</sup>.

---

<sup>129</sup> Sur les conséquences économiques et juridiques de la suspension abusive des obligations, voir Laurent AYNES, Philippe MALAURIE et Philippe STOFFEL-MUNCK *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2015, p. 254.

<sup>130</sup> Nicolas GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse de doctorat, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2014, p. 129.

<sup>131</sup> Art. 1<sup>er</sup>, a) de l'Acte uniforme relatif à la médiation : « le terme « médiation » désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États »

<sup>132</sup> Charles JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation, et de médiation », dans *Les principales clauses de contrats conclues entre professionnels*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 142.

<sup>133</sup> Art. 3-1, al. 2 AUA : « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel ».

<sup>134</sup> Art. 3-1, al. 3 AUA : « le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage ».

<sup>135</sup> Imad Hammadi AL-BEJAWI, « La pérennité du contrat international », *Journal Sharia and Law*, 2020, p. 72.

<sup>136</sup> Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *Mélanges en hommage à François TERRE, l'avenir du droit*, Paris, Dalloz-PUF, 1999, p. 603.



Une difficulté majeure se pose relativement à la nature du rôle de l'arbitre. À ce stade, l'intervention d'un tiers peut trouver son origine aussi bien dans l'incapacité des parties à parvenir à une décision commune ou dans leur choix délibéré de solliciter l'expertise d'un professionnel, que dans la survenance d'un différend les opposant quant aux modalités de mise en œuvre de la modification envisagée<sup>137</sup>. Par conséquent, le rôle de l'arbitre se résumera à un mandat si les parties veulent seulement une solution à leur désaccord. Au contraire, il s'agira d'un véritable arbitrage si elles veulent opposer leurs prétentions et obtenir une décision juridictionnelle<sup>138</sup>. Le recours à l'arbitrage étant soumis à l'existence d'un litige, il faut se poser la question de savoir si le fait pour les parties d'avoir des opinions divergentes pendant la renégociation constitue un véritable litige ou un simple désaccord<sup>139</sup>. Partant de la définition du litige selon laquelle « *il y a litige, contestation [...] dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer, et qui diffère du sien* »<sup>140</sup>, l'échec de la renégociation nécessitant le recours à un arbitre est bien un litige portant sur l'exécution d'une obligation contractuelle qui diffère de l'échec de la négociation précontractuelle.

L'effet que produit une médiation diffère ainsi de celui que les parties espèrent en faisant recours à l'arbitrage. Le protocole d'accord qui découle d'une médiation est un document sans aucune force obligatoire pour les parties<sup>141</sup>. Le caractère non coercitif de la médiation pourrait s'expliquer par le fait qu'il s'agit en réalité d'une négociation assistée et par conséquent elle est basée sur la bonne ou mauvaise foi des parties. Force est de constater bien malheureusement que cette souplesse est utilisée par les parties comme un subterfuge pour dénier la médiation de tous ses effets.

L'arbitrage quant à lui est une procédure qui est sanctionnée à terme par une sentence arbitrale. Cette sentence est un acte juridictionnel. L'arbitre en l'espèce ne se contente pas de prodiguer des conseils, mais tranche le litige en prenant en compte les prétentions et moyens des parties : il s'agit d'une vraie instance juridictionnelle. Cette décision une fois rendue est couverte d'une force obligatoire quand bien même qu'elle resterait subordonnée à l'obtention de l'*exequatur* pour produire pleinement ses effets<sup>142</sup>. Dès lors qu'elle reçoit l'*exequatur* la sentence s'impose aux parties qui sont tenues de l'exécuter.

La saisine du juge dans la mise en œuvre de la clause de *hardship* est une pratique rare, dans la mesure où les parties souhaitent toujours garder le maximum de contrôle sur leur contrat. Même dans la consécration du principe de l'imprévisibilité le législateur a prévu cela comme une faculté<sup>143</sup>. Ce qui implique la possibilité pour les parties de l'écarter dans le contrat. Dans le cadre de la clause de *hardship*, les parties peuvent le prévoir expressément à travers leur contrat en stipulant que le défaut d'accord au terme de la renégociation donnera droit à la partie lésée de saisir directement le juge. Comme les autres tiers, le pouvoir du juge dépend de ce que les parties ont prévu dans leur contrat.

---

<sup>137</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 809.

<sup>138</sup> *Idem.*

<sup>139</sup> Alain PUJINER, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », *Revue de Droit McGill*, 1992, p. 428.

<sup>140</sup> Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 254 à 255.

<sup>141</sup> Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *op. cit.*, p. 334.

<sup>142</sup> Bruno OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, *op. cit.*, p. 808.

<sup>143</sup> Art. 1195 C. civ. Français.





## 2- LE NÉCESSAIRE ÉLARGISSEMENT DU POUVOIR DU JUGE PAR LES PARTIES DANS LA QUÊTE DE L'ÉQUILIBRE PERDU

Dans la mise en œuvre de la clause de *hardship*, la saisine du juge est d'origine conventionnelle et par conséquent du pouvoir dont il dispose. Ainsi, son pouvoir peut varier en fonction du moment de son intervention et de l'objectif que les parties ont à travers cette saisine.

Il peut donc arriver qu'un désaccord naisse sur l'existence même du *hardship*. Dans ce cas, le litige porte sur une divergence quant à l'appréciation des conditions d'activation de la clause. Un tel désaccord paralyse toute tentative de réfaction du contrat. Les parties peuvent alors recourir au juge à charge pour ce dernier de statuer sur l'existence du *hardship*. Le juge saisi peut alors rechercher dans le contrat, les conditions d'existence du *hardship* telles que les parties l'ont prévu, ainsi que les conditions d'activation de la clause pour déterminer s'il y a une nécessité de procéder à une réadaptation du contrat. Sa décision ainsi rendue s'impose aux parties, entraînant ainsi l'obligation pour les parties de renégocier. Il se pose alors la question de savoir, si le juge saisi peut réadapter le contrat dès lors qu'il aboutit à l'existence d'un *hardship* ou mieux procéder à une résolution en l'absence de toute clause de résolution qui permettrait à la partie lésée de se libérer d'une obligation qui ne peut être réadaptée.

Sans nier au juge un pouvoir de réadaptation du contrat, son fondement doit être recherché ailleurs que dans la simple existence d'une clause de *hardship*<sup>144</sup>.

Le pouvoir de réadaptation reconnu au juge tire son fondement soit de la volonté des parties, soit de la loi applicable au contrat. Ainsi, si les parties ne donnent pas pouvoir au tiers, il ne peut procéder à une quelconque réfaction du contrat. Cependant, si la loi applicable à la matière lui donne pouvoir de procéder à une réfaction, même en absence de toute stipulation contractuelle, il peut le faire. Les Principes d'UNIDROIT disposent 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* »<sup>145</sup>. Dans le même sens, l'avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats dispose que si le juge conclut à l'existence d'un *hardship*, s'il le trouve raisonnable il peut mettre fin au contrat ou le réadapter afin de rétablir l'équilibre des prestations<sup>146</sup>. De telles dispositions sont de nature à conférer un pouvoir de réfaction au juge en l'absence de toute disposition contractuelle.

Toutefois, en droit burkinabè, où aucune disposition légale ne confère au juge le pouvoir de modifier le contrat en cas d'imprévision, il ne pourra le faire que si les parties le souhaitent. Ainsi, dès lors que les parties lui donnent ce pouvoir, il dispose d'une plus grande liberté dans le rétablissement de l'équilibre. Cependant, dans un tel contexte le rétablissement de l'équilibre ne peut déboucher sur une résolution que si les parties lui en ont donné pouvoir. Tout de même, il y subsistera un handicap si les clauses y relatives sont imprécises et que la loi n'a pas un rôle supplétif en élargissant les pouvoirs actuels du juge. Cette situation se présente comme un appel à la consécration de la théorie de l'imprévision en droit burkinabè. Le *hardship* et l'intérêt des parties de recourir au juge rappellent, en droit burkinabè, tout le sens des propos de Voltaire qui estime que « *quand les besoins ont changé, les lois qui sont demeurées sont devenues ridicules* »<sup>147</sup>. C'est certainement l'une des raisons qui a poussé le législateur français et ses

<sup>144</sup> Olivier CACHARD, *op. cit.*, p.7.

<sup>145</sup> Art. 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT.

<sup>146</sup> Art. 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

<sup>147</sup> VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, 6<sup>e</sup> éd., t.2, Paris, Léquien Fils, 1764, p. 343.



homologues, belges et allemands à consacrer la théorie de l'imprévision et à permettre au juge de procéder sous certaines conditions à une réfaction ou une résolution du contrat<sup>148</sup>.

Se pose ainsi la cruciale question de la possibilité pour les parties d'évincer à travers des dispositions contractuelles le pouvoir du juge consacré par la loi. Une telle possibilité est soutenue par Thierry Revet<sup>149</sup> qui l'étend aux clés de révisions d'origines. Cependant, une telle approche ne nous semble pas tout à fait en phase avec la finalité de la clause de *hardship* qui est de parvenir à une réadaptation de la clause. Dans la mesure où la saisine du juge est une faculté, la possibilité pour les parties de déroger à sa compétence nous semble acquise. Par contre, lorsqu'il est saisi, la limite de son pouvoir dépendra du caractère d'ordre public du fondement légal de ce pouvoir. Ce caractère découlera de la rédaction même de la loi. Toutefois, même si la loi reste silencieuse à ce sujet, par son pouvoir d'interprétation de la loi, le juge peut déduire que si la loi consacre l'imprévision en marge de la volonté des parties et qu'il lui donne pouvoir de réadapter le contrat, elle ne saurait laisser aux parties qui ont prévu un *hardship* la possibilité d'évincer son pouvoir de réadaptation. Ainsi, dès lors que le juge est saisi de la mise en œuvre de la clause il disposera d'un pouvoir de réfaction du contrat ou de le résoudre qu'il tirera de la loi applicable au contrat.

Une fois saisi, le juge devra procéder d'office à la vérification des conditions d'activation de la clause de *hardship*<sup>150</sup>. Ce préalable est nécessaire lorsque l'initiative de la saisine émane d'une seule partie. A la demande conjointe des parties ou d'une seule partie, il pourra opérer la révision du contrat. Il faut noter que dans un système juridique ayant consacré l'imprévision, il dispose de larges prérogatives dans la révision du contrat. La loi ne lui impose aucune limite explicite. Au regard de la finalité recherchée à travers ce recours, on comprend que le juge peut user de plusieurs pouvoirs pour assurer cette mission. Il est tenu de trouver les moyens pour corriger les éléments du contrat qui sont à l'origine du *hardship*<sup>151</sup>. A ce titre il peut procéder à la diminution de la prestation en nature, à l'augmentation du prix ou encore à l'échelonnement de l'exécution<sup>152</sup>. Les Principes du droit européen des contrats vont jusqu'à donner au juge le pouvoir de procéder à un partage équitable des profits et des pertes entre les parties<sup>153</sup>.

L'intervention d'un juge qui a un pouvoir de réfaction serait d'une grande utilité pour la quête de l'équilibre perdu. Ainsi, dans un contexte juridique où la loi ne confère pas ce pouvoir au juge, la qualité de l'intervention du juge reste dépendante des précisions de la clause. Les parties doivent donc prendre le soin de déterminer son rôle et ses pouvoirs avec précision dans la mise en œuvre du contrat

---

<sup>148</sup> Art. 1195 du code civil Français.

<sup>149</sup> Louis THIBIERGE, « La clause de hardship », *RLDC*, n°161, Juillet-Août 2018, p. 3.

<sup>150</sup> Thierry REVET, « Le juge et la révision du contrat », *Revue des Contrats*, 2020, p. 373.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>152</sup> Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 452.

<sup>153</sup> Art. 6 : 111, Principes du droit européen du contrats : « Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. (2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances (a) qui est survenu après la conclusion du contrat, (b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat, (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat. (3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut (a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, (b) ou **l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances**. Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. » (Mis en évidence par nous).



## CONCLUSION

En plus de la théorie de l'imprévision dans les pays qui l'ont consacrée, la clause de *hardship* s'impose aujourd'hui comme un outil contractuel incontournable dans la gestion des aléas économiques et sociaux qui peuvent survenir après la conclusion d'un contrat. Surtout pour les parties voulant garder un contrôle de leur contrat. Elle représente un compromis entre le respect de la force obligatoire des contrats, principe fondamental du droit civil, et la nécessaire flexibilité pour répondre aux bouleversements imprévus. Dans un contexte mondial marqué par l'instabilité économique, les crises sanitaires, les conflits armés et d'autres événements perturbateurs, cette clause se distingue par sa capacité à préserver la pérennité des conventions en permettant leur adaptation aux nouvelles réalités. L'analyse de la mise en œuvre de la clause de *hardship* révèle deux aspects essentiels.

Tout d'abord, la clause doit répondre à des conditions précises pour être activée : il faut établir l'existence de circonstances imprévisibles, extérieures à la volonté des parties, ayant provoqué un déséquilibre substantiel dans les prestations convenues. Ces critères garantissent que la clause ne soit pas utilisée de manière abusive et qu'elle intervienne uniquement dans des cas où les parties n'auraient raisonnablement pu anticiper les événements. Ensuite, la clause de *hardship* ne vise pas à libérer un contractant de ses obligations, mais à favoriser une renégociation équilibrée entre les parties. Elle privilégie une solution amiable, reposant sur la bonne foi des cocontractants, qui doivent coopérer pour rétablir l'équilibre contractuel. Toutefois, en cas d'échec des négociations, la clause peut prévoir un recours à un arbitre ou au juge, limitant ainsi les risques de blocage. La clause de *hardship* offre une alternative à des mécanismes traditionnels tels que la force majeure ou la résolution du contrat. Contrairement à ces derniers, elle ne rompt pas le lien contractuel, mais le réaménage, permettant ainsi une continuité essentielle dans un environnement contractuel de plus en plus complexe. Ce caractère préventif et adaptatif est particulièrement pertinent dans les contrats de longue durée ou dans les accords internationaux, où les parties sont confrontées à des risques accrus d'instabilité économique ou politique.

Cependant, la mise en œuvre de cette clause n'est pas sans limites. Elle exige une rédaction minutieuse, précisant les modalités d'activation et de renégociation, afin d'éviter toute ambiguïté. La diversité des systèmes juridiques, notamment dans les contrats internationaux, peut également poser des difficultés d'application. Enfin, la réussite de la clause repose sur la volonté des parties de coopérer, un défi qui ne doit pas être sous-estimé.

En définitive, la clause de *hardship* représente un exemple marquant de l'évolution du droit des contrats vers une plus grande prise en compte des réalités économiques et sociales. Si elle ne remet pas en cause les fondements de la force obligatoire des contrats, elle démontre que l'équilibre contractuel peut être concilié avec la souplesse nécessaire à la survie des accords. Ainsi, la clause de *hardship*, bien que complémentaire à d'autres mécanismes juridiques, témoigne d'une modernisation salutaire du droit des obligations, répondant aux exigences croissantes d'équité et de pragmatisme dans un monde contractuel en constante mutation.