

QUESTIONS RELATIVES AUX EFFETS
DE LA CONTRAINTE ÉTATIQUE
SUR LES CONTRATS ÉCONOMIQUES
INTERNATIONAUX
— UN POINT DE VUE BELGE —

PAR

Xavier DIEUX

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ LIBRE
DE BRUXELLES

1. — *Les instruments de la contrainte étatique et leurs effets — vue d'ensemble.* — L'arsenal des instruments de la contrainte étatique sur les échanges économiques internationaux est extrêmement étendu et il est impossible d'en dresser un inventaire exhaustif.

Les droits de douane et les taxes para-douanières, telles que les taxes « anti-dumping », les taxes à l'exportation, le contingentement des importations ou des exportations, notamment par des régimes de licence, les techniques diverses de contrôle des changes, les embargos, les moratoires décrétés à propos d'obligations souscrites par les nationaux envers des entreprises étrangères, le « gel » des dépôts bancaires, constituent quelques-uns des moyens classiques et directs de l'action des Etats sur leur commerce extérieur (1).

Il faut y ajouter nombre de techniques qui n'ont pas ouvertement ou exclusivement pour cibles les échanges internationaux mais qui n'en ont pas moins pour objet réel ou pour effet d'exercer une influence contraignante

(1) Pour un inventaire et une description des instruments de l'intervention des Etats sur leur commerce extérieur, voir not. R. BARRE, *Economie politique*, t. II, 7^e éd., p. 685 à 694 et p. 829 et suivantes. — G. QUADEN, *Politique économique*, 1985, p. 170 à 172 et p. 216 à 220. — P. LINDERT et Ch. KINDLEBERGER, *Economie internationale*, 7^e éd., p. 185 et suivantes. — S. SILARD, « Money and foreign exchange », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVII, ch. 20, n° 81 et suivants.

Pour ce qui concerne plus particulièrement le droit belge et le droit français, voir not. VAN RYN et HEENEN, t. I^{er}, 2^e éd., n° 110. — A. JACQUEMIN, Ph. MAYSTADT et B. MICHHAUX, « Politiques d'intervention de l'Etat et administration économique », in *Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, 1976, p. 13, n° 37 et suivants. — P. DE VROEDE, *Handboek van het Belgisch economisch recht*, 1981, n° 659 et suivants. — HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, t. I^{er}, 2^e éd., par JAUFFRET, n° 130 et suivants. — RIPERT et ROBLOT, t. I^{er}, 11^e éd., par ROBLOT, n° 102.

sur ces derniers. La jurisprudence de la Commission et de la Cour de Justice de la Communauté Economique Européenne en offre de fréquentes illustrations, spécialement en matière de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives aux importations ou aux exportations (2). On peut citer aussi certaines réglementations adoptées par des pays en voie de développement à propos des transferts de technologie, qui subordonnent à un enregistrement préalable auprès d'une autorité nationale déterminée les contrats impliquant de tels transferts lorsqu'ils sont conclus par des entreprises locales avec des sociétés étrangères (3).

Les répercussions que ces interventions diverses sont susceptibles de produire sur les contrats internationaux peuvent, à notre avis, être classées en trois grandes catégories au moins.

La contrainte étatique vise parfois à empêcher purement et simplement l'opération que les parties auraient voulu réaliser. Tel est en particulier le cas des embargos, des techniques de contingentement autres que simplement tarifaires dans la mesure où elles impliquent la fixation d'un quota, ou encore des moratoires, même si ces derniers n'ont pas pour objet d'élever un obstacle définitif à la réalisation de l'opération en cause.

D'autres variétés de mesures tendent seulement à imposer aux parties le respect de certaines modalités pour l'exécution de leurs obligations, sans que l'opération dont ces dernières résultent soit comme telle interdite. La réglementation des changes exerce une pareille incidence sur les obligations de paiement incombant aux nationaux ou aux résidents, en imposant par exemple que les paiements à destination de l'étranger soient effectués par le biais d'intermédiaires agréés (4).

Enfin, un troisième type d'intervention a pour répercussion essentielle une augmentation du coût de l'opération pour les parties ou l'une d'entre elles, sans prohiber ni sa conclusion ni son exécution, et sans même la

(2) Voir spécialement, dans la littérature récente, M. WAELBROECK, « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice », in *Mélanges F. Dumon*, t. II, p. 1329. — L. DEFALQUE et G. VANDERSANDEN, « La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *J.T.*, 1984, p. 489. — A. A. DASHWOOD, « Quantitative restrictions and measures having equivalent effect », in *Disciplines communautaires et politiques économiques nationales* — Colloque des revues de droit européen et de l'Institut d'études européennes de l'Université de Bruxelles, 1983, p. 355. — J. Cl. MASOLET, « La libre circulation de marchandises dans la communauté européenne », *R.T.D.E.*, 1986, p. 243. — G. DRUESNE, « Le droit communautaire en 1985 », *A.J.D.A.*, 1986, p. 322 et suivantes. — Sur le problème des aides, voir J. A. DE WINTER, « State aids », in *Discipline communautaire et politiques économiques nationales*, ouvrage cité, p. 437.

(3) Voy. J. JEBL, *Le commerce international de la technologie — approche juridique*, 1985, n° 714 et suivants. — J. L. BISMUTH, « Etudes de quelques contraintes juridiques applicables au contrat international de transfert technologique », in *Mélanges A. Weill*, p. 33.

(4) Voir l'exemple de la réglementation française des changes : *Encycl. Dalloz*, Droit commercial, v° Change, par J. P. ECK. — La technique du clearing implique de même le versement des sommes dues à des créanciers non résidents à la banque centrale ou aux institutions spéciales chargées de gérer l'accord de clearing (F. SELLESLAGHS, *Pratique des paiements internationaux*, 3^e éd., p. 134).

soumettre à des modalités impératives particulières quant à la manière de la réaliser. Les taxes de toute nature dont les opérations économiques internationales peuvent être assorties dans le pays de l'exportateur ou dans le pays de l'importateur forment cette troisième catégorie.

2. — *Objet de la présente étude.* — Ainsi conçue sous l'angle de ses répercussions variables sur le contrat international, la contrainte étatique pose des questions complexes, à propos desquelles la littérature juridique belge s'est particulièrement illustrée, notamment par de substantielles contributions des Professeurs van Hecke (5) et Rigaux (6).

Pour ce qui concerne les deux premières variétés de dispositions identifiées ci-dessus — que nous suggérons de rassembler sous la qualification commune de « contraintes directes » dès lors qu'elles visent à atteindre le cœur de l'opération elle-même dans son principe ou ses modalités de réalisation, par opposition aux « contraintes latérales » résultant de la simple perception de droits — on s'est en particulier demandé si et dans quelle mesure le débiteur peut se retrancher derrière la contrainte étatique exercée sur lui, pour se soustraire à l'exécution de ses obligations, soit en faisant valoir que le contrat est nul au motif qu'il contreviendrait à des impératifs découlant de cette contrainte, soit en faisant valoir que cette dernière, tout en n'affectant pas la validité du contrat, fait néanmoins obstacle à l'exécution des obligations qui en résultent.

Cette problématique, délicate en soi, se trouve assez souvent compliquée encore par les circonstances.

Il arrive par exemple que la partie qui prétend échapper à ses obligations, en invoquant la contrainte étatique dont elle fait l'objet, soit un organisme public dépendant de manière plus ou moins étroite de l'Etat qui exerce la contrainte. La question se pose alors de savoir si cette dépendance ne doit pas conduire à écarter la prétention de l'organisme public, dès lors qu'il apparaît que l'Etat et le débiteur ne sont pas étrangers l'un à l'autre.

Dans d'autres cas, l'opération visée par la contrainte étatique sera l'élément d'un ensemble complexe comprenant d'autres opérations échappant comme telles à la contrainte mais susceptibles d'être affectées malgré tout par celle-ci, à raison de l'indivisibilité économique du tout. Cette dernière situation peut notamment se rencontrer dans la matière des opérations

(5) « Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales », *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1954, p. 53 (reproduit dans les *Mélanges Van Hecke*, p. 35). — « Crédits bancaires internationaux et conflits de lois », *D.P.C.I.*, 1977, p. 497 (reproduits dans les *Mélanges Van Hecke*, p. 321). — « The present state of law regarding the extraterritorial application of restrictive trade legislation », in *The present state of law regarding international law and other essays*, 1973, p. 256 (reproduit dans les *Mélanges Van Hecke*, p. 197). — V° « Currency », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, Ch. 36, p. 14 et suivantes. — *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., p. 213 et suivantes. — « The effect of economic coercion on private relationships », cette *Revue*, 1984-1985, p. 113.

(6) *Droit public et droit privé dans les relations économiques internationales*, 1977.

de compensation, sous la forme du « contre-achat » en particulier (7). Il faut en pareils cas déterminer si l'effet de la contrainte exercée sur un élément de l'ensemble reste limitée à ce seul élément ou s'il se répercute sur les autres, pour en justifier par exemple la paralysie momentanée ou définitive.

Quant au troisième type de mesures que nous avons évoquées, les questions qu'il soulève sont liées aux éventuels alourdissements des taxes en cours de contrat. La partie qui doit supporter la charge de ces taxes peut-elle prétendre à la dissolution de la convention ou à une adaptation de celle-ci pour tenir compte de leur augmentation? Est-il possible de se prémunir contre le risque de pareille augmentation par l'insertion de clauses adéquates dans le contrat? Ces problèmes mettent en cause l'application de la théorie de l'imprévision selon la loi applicable au contrat, les clauses de « hardship », ainsi que les clauses de protection dans les contrats entre États et investisseurs privés étrangers, spécialement sous la forme d'une stabilisation de la législation fiscale.

Nous nous proposons de faire le point sur l'état actuel de ces matières, à la lumière de la jurisprudence et des apports doctrinaux récents, à l'exclusion toutefois des clauses de stabilisation (8). Nous excluons aussi les problèmes liés à la théorie de l'imprévision et aux clauses de « hardship ». Ces derniers ont fait l'objet récemment de plusieurs études remarquables (9) et ils ne nous paraissent pas appeler dans l'immédiat de développements nouveaux.

Il nous est évidemment impossible, dans le cadre limité du présent article, de nous livrer à l'étude systématique de droit comparé que postulerait un épuisement complet des différents thèmes de réflexion énumérés

(7) Sur le commerce de compensation, voir spécialement J. NAGELS, *Laissez faire, laissez troquer*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1986. — A. LELARGE, *Le troc — une nouvelle technique de commerce international*, 1985. — M. FONTAINE, « Aspects juridiques des contrats de compensation », *D.P.C.I.*, 1981, p. 179. — C. GUYOT, « Countertrade contracts in international business », *The International Lawyer*, 1986, p. 921. — LOCHNER, « Guide to countertrade and international barter », *The International Lawyer*, 1985, p. 725. — *Adde* la bibliographie établie par L. WISHMAN, *The International Lawyer*, 1985, p. 1013.

(8) Voy. P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique », *Mélanges Rousseau*, p. 301. — T'SCHANZ, « Contrats d'États et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 47. — MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *Clunet*, 1986, p. 5. — DAVID, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers », *Clunet*, 1986, p. 79. — BERLIN, « Les contrats d'État et la protection des investissements internationaux », *D.P.C.I.*, 1987, p. 197.

(9) P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *R.D.I.D.C.*, 1980, p. 7. — D. M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, thèse — 1986. — *Adde* G. DELAUME, « Change of circumstances and force majeure clauses in transnational loans », *D.P.C.I.*, 1981, p. 333. — M. FONTAINE, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1979, p. 471. — H. LESGUILLONS, « Frustration, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage », *D.P.C.I.*, 1979, p. 507. — N. SOKOLOV, « La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et les centrales commerciales soviétiques », *D.P.C.I.*, 1978, p. 323.

ci-dessus. Nous nous limitons à la jurisprudence arbitrale internationale disponible, ainsi qu'à l'examen du droit belge et du droit français, sans exclure naturellement certaines incursions ponctuelles dans d'autres ordres juridiques, lorsque cela nous paraît nécessaire pour rendre plus exactement compte des questions dont nous traitons.

L'actualité de celles-ci est évidente. La pratique contemporaine des relations économiques internationales a été fréquemment troublée dans les années récentes par les sanctions économiques par lesquelles les Etats entendent répliquer à des comportements jugés inadmissibles de la part d'autres Etats et ces sanctions se traduisent naturellement par l'exercice d'une contrainte sur les contrats conclus entre partenaires privés ou publics (10). Le développement des échanges économiques « Nord-Sud » et « Est-Ouest », dans la mesure où ils mettent en présence des protagonistes dont les conceptions économiques et politiques sont discordantes, a d'autre part contribué à rendre plus sensibles certaines questions, — telles celles qui sont liées à l'incidence du « fait du Prince » dans les contrats conclus avec une autorité publique étrangère ou au bouleversement de l'équilibre contractuel par suite de mesures unilatérales décrétées sur le territoire d'accueil des investissements privés occidentaux.

3. — *Contraintes « directes » fondées sur la « lex contractus ».* — La détermination des effets de la contrainte étatique découlant des deux premières variétés de mesures autoritaires que nous avons esquissées concerne le droit des obligations, dans toute la mesure où il s'agit d'apprécier la validité du contrat et son exécution entre parties, notamment sous le rapport de la libération éventuelle du débiteur (*supra*, n° 2).

Cette analyse peut avoir lieu, immédiatement en quelque sorte, lorsque la contrainte émane de l'Etat dont le droit régit le contrat, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté ou des théories qui le complètent à défaut pour les parties d'avoir formulé un choix à cet égard. L'application des dispositions constitutives de la contrainte trouve alors dans la *lex contractus* un titre direct et suffisant, même si la *lex contractus* ne coïncide pas avec la *lex fori* — sous réserve naturellement de l'éventuelle mise en œuvre de l'exception d'ordre public international. Ce point ne nous paraît pas prêter à discussion (11), même si la contrainte étatique trouve sa source dans une norme dite « politique » (12).

(10) Voy. pour une analyse récente de l'ensemble des problèmes liés aux sanctions économiques, les rapports présentés au colloque de la Société Belge de Droit International des 26 et 27 octobre 1984, publiés dans cette *Revue*, 1984-1985, p. 7 à 216.

(11) En ce sens également, à propos de la loi applicable en matière de contrats de travail, B. HANOTIAU et M. FALLON, « Chronique de jurisprudence — Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles », *J.T.*, 1987, p. 97, n° 40. — On peut évidemment considérer, du point de vue de l'exactitude théorique, que les dispositions sur lesquelles repose la contrainte étatique constituent des lois de police, au sens de l'article 3, al. 1^{er} du Code civil, mais nous n'apercevons pas que cette observation puisse présenter un réel intérêt pratique

Même en ce cas, les effets de la contrainte dans le champ contractuel n'en demeurent pas moins délicats à définir, toutes les fois qu'ils ne font pas l'objet de dispositions spéciales expresses. La jurisprudence récente de la Cour de cassation de France, concernant la réglementation française des changes, offre une intéressante illustration de ces difficultés (J. P. EOK, « Le sort des contrats conclus en violation du droit français des relations financières avec l'étranger », *D.P.C.I.*, 1985, p. 39).

4. — *L'exemple de la réglementation française des changes.* — Par plusieurs arrêts, de 1972 à 1983, la Cour de cassation de France a considéré que la réglementation des changes a « pour objet la défense des intérêts nationaux, que leurs dispositions sont impératives et d'ordre public, que les conventions qu'elles soumettent à autorisation préalable sont, à défaut d'une telle autorisation, illicites, et que leur nullité ne peut être couverte ni par la tolérance de l'administration, ni par la volonté des parties » (13). Des conventions de change au sens étroit, de cautionnement et de prêt, conclues par des résidents français avec des non-résidents, ont de la sorte été frappées comme telles de nullité absolue, le créancier étant corrélativement privé du droit d'en poursuivre l'exécution forcée, même sous la forme d'une indemnité couvrant le préjudice subi à raison de la privation de l'avantage qui devait normalement être retiré du contrat (14).

D'autres arrêts ont, au cours de la même période, adopté une position plus nuancée, considérant que la méconnaissance de la réglementation des changes peut trouver sa source dans une faute de l'une des parties contractantes, lorsque celle-ci néglige d'accomplir les diligences moyennes qui lui incombent pour l'obtention des autorisations nécessaires. La réparation du préjudice subi par l'autre partie à cause de cette faute peut alors être ordonnée, en dépit de la nullité du contrat (15). Cette position ne conduit pas à une exécution forcée par équivalent de la convention « manquée », mais à la réparation de préjudices distincts, tels que l'indemnisation des

lorsque ces lois appartiennent *in casu* à l'ordre juridique choisi par les parties comme *lex contractus* (sur l'interférence entre les lois de police en matière contractuelle et le domaine de la *lex contractus*, voir not. VANDER ELST, *Droit international privé*, t. 1^{er}, « Les conflits de lois » n° 36). Comp. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, p. 213 et suiv.

(12) Voy. BATAIFFOL, « Droit international privé », t. 1^{er}, 5^e éd., n° 248. — F. GIANVITI, « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les États-Unis (executive order du Président Carter du 14 novembre 1979) », *R.C.D.I.P.*, 1980, p. 279, spécialement p. 296.

(13) Com. 17 janvier 1972, *R.C.D.I.P.*, 1972, p. 634 et la note J. P. EOK. — Com. 3 février 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, p. 103 et la note J. P. EOK. — 18 octobre 1976, *Clunet*, 1977, p. 851 et la note B. AUDIER. — Com. 21 novembre 1977, *R.C.D.I.P.*, 1978, p. 129. — Com. 9 mai 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 460 et la note F. GIANVITI, *J.C.P.*, 1984, II, 20045 et la note J. P. EOK.

(14) Cette dernière conséquence résulte notamment de l'arrêt précité du 18 octobre 1976, *Clunet*, 1977, p. 851.

(15) Com. 22 mai 1979, *D.*, 1980, Inf. Rap., 217 et les obs. VASSEUR. — Com. 7 mars 1972, *R.C.D.I.P.*, 1972, p. 486 et la note J. P. EOK (il s'agit dans cette dernière espèce de la méconnaissance de la réglementation japonaise des changes mais cette particularité est sans incidence sur la question spécifique évoquée au texte).

frais exposés en vue de l'exécution future du contrat ou de la perte de la chance de négocier un autre contrat avec un partenaire plus diligent.

Selon d'autres décisions encore, le défaut d'autorisation ne saurait entraîner *ipso facto* la nullité du contrat, dès lors que ce dernier n'implique qu'éventuellement la réalisation d'opérations soumises comme telles à la réglementation des changes. En d'autres termes, la réglementation des changes a seulement pour effet d'empêcher ou de « modaliser » le cas échéant l'exécution des contrats postulant l'accomplissement d'opérations réglementées (transfert de fonds à l'étranger, constitution d'avoirs à l'étranger, etc.) (16).

Elle n'affecterait pas, par contre, la validité du contrat, sous réserve des cas dans lesquels les parties seraient animées d'une volonté de fraude — cette volonté résultant de la mise en place de mécanismes destinés à éluder la réglementation normalement applicable. La Haute Juridiction française a considéré, sur la base de cette prémisse, que devaient être annulées la convention conclue par l'intermédiaire d'un prête-nom résidant en France de manière à éviter la réglementation applicable aux investissements réalisés par les non-résidents (17), de même que la convention par laquelle les parties avaient substitué au paiement de l'intérêt d'un prêt consenti à un résident français le paiement d'une commission à un mandataire du prêteur, en vue d'éluder la réglementation applicable à l'intérêt (18).

La première série de décisions résumées ci-dessus a fait l'objet de vives critiques (voir spécialement les études précitées de J. P. Eck).

On lui a reproché d'ouvrir la voie à des pratiques choquantes sur le plan de l'équité, en permettant au débiteur de se dégager de ses obligations à la faveur de ses propres négligences dans l'accomplissement des formalités requises par la réglementation. Surtout, cette jurisprudence méconnaîtrait la portée réelle de l'ordre public monétaire. Le but de la réglementation des changes est d'assurer au mieux l'équilibre de la balance des paiements et cet objectif se réalise par des contraintes qui s'exercent sur les opérations de transfert, lesquelles constituent tout au plus des éléments d'exécution de conventions préalablement conclues entre les parties, et non pas sur la conclusion de ces conventions elles-mêmes, sauf dans les cas de fraude. De plus, la nullité absolue des conventions non autorisées serait en contradiction avec la pratique des autorisations *a posteriori*, dont l'efficace a été reconnue par d'autres décisions.

5. — *Appréciation — Cas dans lesquels la violation de la contrainte étatique implique la nullité absolue du contrat.* — Il ne nous appartient pas,

(16) Com. 22 novembre 1983 (deux espèces), *R.C.D.I.P.*, 1984, p. 462 et la note précitée de F. GIANVITI.

(17) Civ. 9 juillet 1968, *R.C.D.I.P.*, 1970, p. 273 et la note J. P. ECK.

(18) Civ. 22 janvier 1975 (deuxième espèce), *D.*, 1976, J., 85 et la note Ph. MALAURIE.

dans le cadre de la présente étude, de prendre spécifiquement position sur les incidences de la réglementation française des changes en matière contractuelle. Les controverses auxquelles son application donne lieu ont toutefois mis en lumière un certain nombre de principes, qui pourraient à notre avis inspirer, en droit français et dans les droits satellites, des solutions transposables dans tous les cas de contraintes directes, dès lors que ces contraintes tendent à exercer des effets matériels semblables sur les contrats (*supra*, n° 1).

Un premier point ne semble pas contestable : les contraintes exercées par les États sur leur commerce extérieur sont censées servir l'intérêt général de la collectivité nationale et elles revêtent à ce titre un caractère d'ordre public (19). Il ne s'ensuit pas cependant qu'elles doivent invariablement être sanctionnées par la nullité absolue de toute convention susceptible de conduire à leur violation. Sans doute les contrats qui contreviennent à l'ordre public sont-ils affectés de pareille nullité, conformément au droit commun des obligations. Encore faut-il que le contrat comporte en soi une telle contravention (20).

Tel sera en premier lieu le cas si le contrat a pour objet une opération interdite comme telle. Doivent à ce titre être frappés de nullité absolue, à notre avis, avec toutes les conséquences qui en résultent, les contrats d'exportation impliquant des livraisons prohibées par un embargo et conclus à un moment où l'embargo a déjà été décrété, les contrats violant des mesures de contingentement autre que simplement tarifaires, ou encore les contrats qui imposeraient des paiements incompatibles avec un moratoire existant au moment de leur conclusion. Il en ira normalement de même lorsque le contrat — sans porter sur une opération prohibée en soi — prévoit des modalités d'exécution qui doivent nécessairement conduire à une méconnaissance de la réglementation en vigueur, tel que par exemple des modalités de paiement objectivement incompatibles avec un accord de clearing.

Dans tous ces cas, la nullité de la convention se justifie à raison de l'illicéité de son objet. La sanction pourrait cependant être tempérée s'il apparaissait que l'illicéité n'affecte que certaines clauses du contrat et que

(19) DE PAGE, t. I^{er}, 3^e éd., n° 91. — P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 95, n° 37. — Voir aussi notre étude, « Le contrat — objet et instrument de dirigisme », in *Les obligations contractuelles* (1984), p. 259 et suivantes. — En France, voir GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, « Les obligations — Le contrat », n° 93 et suivants.

(20) Il faut pour cela que la contrariété à l'ordre public soit « actuelle », au moment auquel s'apprécie la validité du contrat, c'est-à-dire au moment de sa formation (P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *R.C.J.B.*, 1970, p. 323, n° 5). La contrariété à l'ordre public est « actuelle », en ce sens, même si elle ne se matérialisera que dans le futur pourvu qu'elle soit certaine au moment de la formation du contrat, par exemple parce que ce dernier comporte des obligations à terme dont l'exécution impliquera nécessairement la méconnaissance de l'ordre public. Il n'y a pas de contrariété « actuelle » à l'ordre public dans les autres cas (*infra*, n° 6).

celles-ci ne forment pas, selon l'intention commune des parties, un tout indivisible avec les autres stipulations contractuelles (21). La stipulation qui prévoirait une modalité de règlement du prix incompatible avec la technique imposée par une réglementation des changes, dans le cadre d'un accord de clearing par exemple, pourrait être seule déclarée illicite dès lors que la modalité choisie par les parties n'aurait pas été déterminante de leur consentement. Cette démarche implique bien sûr une appréciation des faits de la cause en fonction des particularités de chaque espèce.

De même encore, la méconnaissance de la contrainte étatique directe appelle la nullité absolue des contrats qui constituent les instruments de cette méconnaissance, lorsque les parties ont dissimulé sous les apparences d'une opération licite une opération prohibée comme telle, ou plus généralement lorsque la simulation tend à éluder l'application de la contrainte même si cette dernière a seulement pour objet de soumettre l'opération réelle à des modalités de réalisation impératives, sans l'interdire en soi. Il s'agit d'une application tout à fait classique des principes qui régissent la simulation frauduleuse (22) et celle-ci peut notamment se traduire par une simple interposition de personnes, ainsi que la Cour de cassation de France l'a rappelé à juste titre, dans son arrêt précité du 9 juillet 1968 (23).

L'application de la sanction de la nullité nous paraîtrait en revanche contestable, dans les cas où les parties parviendraient à mettre en place des mécanismes contractuels aboutissant à éluder la contrainte étatique, sans simulation et en acceptant toutes les conséquences juridiques des opérations conclues. La sanction ne pourrait alors s'expliquer que par la théorie de la fraude à la loi, laquelle fait l'objet de sérieuses controverses comme on le sait (24). L'arrêt rendu le 22 janvier 1975 par la Haute Juridic-

(21) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 617, n° 69. — GHESTIN, *op. cit.*, n° 872 et suivants.

(22) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 125, n° 49. — DE PAGE, t. II, 3^e éd., n° 624-B.

(23) *Supra*, note 14. — DE PAGE, t. II, 3^e éd., n° 620bis. — L'assimilation de la convention de prête-nom à un cas de simulation par interposition de personnes fait en Belgique l'objet d'une controverse (voir P. A. FORIERS, « Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite », *J.T.*, 1980, p. 417). Il n'est cependant pas contesté que le recours à un prête-nom dans le but d'échapper à l'application d'une réglementation d'ordre public ou impérative est illicite (P. A. FORIERS, étude citée, p. 418).

(24) Selon les partisans de cette théorie, il faudrait proscrire l'utilisation d'un procédé ou d'une institution juridique en principe licites, sans simulation aucune et en en acceptant toutes les conséquences, mais en vue d'éviter l'application de dispositions légales qui eussent dû normalement régir les relations contractuelles entre les parties et qui eussent soit interdit l'opération voulue par les parties, soit soumis cette dernière à des conditions moins favorables. La sanction de pareil comportement consisterait dans l'application de la loi éludée (GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. 1^{er}, n° 754 et suivants. — L. SIMONT, « De overdracht van schuldvoordering tot zekerheid », *Mélanges Dumon*, t. 1^{er}, p. 259). Cette théorie est rejetée par la Cour de cassation de Belgique, en matière fiscale. Elle a fait l'objet de critiques à notre avis tout à fait déterminantes (P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers, fraude à la loi », *R.C.J.B.*, 1976, p. 303. — « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 129, n° 51. — R. VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *R.C.J.B.*, 1983, p. 347), auxquelles nous nous sommes ralliés

tion française (25) nous paraît donc moins convaincant, dans toute la mesure il ne fait pas apparaître que les opérations conclues par les parties — un prêt à intérêt complété par une convention impliquant le paiement d'une commission à un mandataire du prêteur — comportait une véritable simulation, même si le mécanisme était destiné à éluder l'application de certaines dispositions de la réglementation française des changes.

Toutes les fois qu'elle est prononcée, la nullité de la convention contraire à la contrainte étatique implique en principe la restitution des prestations éventuellement accomplies en exécution de la convention annulée, sous réserve d'une application possible de l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, auquel aucune raison ne commande de soustraire la matière particulière que nous examinons (26).

Rien n'interdit par contre l'allocation d'une indemnité à celle des parties qui subit un préjudice à raison de la nullité de la convention, dès lors par exemple que celle-ci résulterait de dispositions légitimement ignorées par elle mais connues ou devant l'être de l'autre (27). D'une part, l'adage *nemo censetur ignorare legem* n'a pas cours en matière civile, avec pour conséquence que l'ignorance d'une règle de droit, fût-elle d'ordre public, n'est pas nécessairement inexcusable en soi (28). D'autre part, la connaissance du droit applicable à la relation juridique nouée par les parties place fréquemment celles-ci sur un pied d'inégalité dans le commerce international, dans le cas où la *lex contractus* correspond à l'ordre juridique auquel une seule d'entre elles ressortit. Il incombe alors à cette dernière de prendre les précautions moyennes qui s'imposent en vue d'éviter de tromper la légitime confiance de l'autre quant à la consistance du droit applicable et des contraintes qui peuvent en résulter. Il s'agit d'une application du principe de la bonne foi ou de la théorie de la *culpa in contrahendo*, éventuellement complétée par la théorie des expectatives légitimes ou par des concepts plus spécifiques à certains droits nationaux tels que l'*estoppel* ou la *rechtsverwerking* (29).

(notre étude, « Le contrat-objet et instrument de dirigisme », in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 287, n° 12 et suivants).

(25) *Supra*, note 15.

(26) GHESTIN, *Le contrat*, n° 928 et suiv. — On sait que la jurisprudence belge a clairement opté pour une application facultative de l'adage, laissée à l'appréciation du juge qui prononce la nullité du contrat, auquel il appartient de déterminer si la sanction de l'illicéité est mieux assurée par une absence de répétition des prestations accomplies en exécution de la convention nulle (Cass., 8 décembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 434 avec les conclusions de M. le Procureur général Hayoit de Termicourt. — 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 101. — Voir aussi J. DABIN, *R.C.J.B.*, 1967, p. 5. — P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 105, n° 41).

(27) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 147, n° 60.

(28) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 439, n° 8. — GHESTIN et GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 246.

(29) Voy. not. P. LALIVE, « Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat », *Mélanges Vander Elst*, t. I^{er}, p. 425, spéc. p. 443. — E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire aux

L'allocation de pareille indemnité ne peut évidemment pas conduire à donner effet au contrat annulé. Son objet doit être limité à la réparation de préjudices distincts de la privation des avantages qui étaient attendus de ce dernier (comp. les arrêts précités de la Cour de cassation de France des 7 mars 1972 et 22 mai 1979) (30). On trouve ici une intéressante application de la notion de dommage purement contractuel mise en lumière par la doctrine belge en matière de concours des responsabilités (31).

Une autre question concerne enfin le sort du contrat illicite, lorsque disparaît la contrainte étatique dont résultait l'illicéité, avant le prononcé de la nullité. La question n'est pas théorique. Certaines mesures sont par nature temporaires. De même que la contrainte peut advenir de manière inattendue en cours de contrat, en fonction des impératifs politiques ou économiques du moment, la survenance d'autres impératifs peut par ailleurs conduire prématurément à son abandon : un embargo ou un moratoire peuvent parfaitement être rétractés avant l'expiration de leur terme initialement prévu, par exemple. Plus généralement une réglementation à vocation permanente peut être abrogée, alors que la nullité des contrats qui y contreviennent n'a pas encore été prononcée.

Les principes classiques de droit transitoire impliquent que la disparition de la contrainte entachant le contrat de nullité absolue n'a pas normalement pour effet de valider le contrat (32). Les parties peuvent sans doute conclure à nouveau le contrat antérieurement prohibé, voire — selon une partie de la doctrine française — le « confirmer », après l'abrogation des dispositions prohibitives (33), mais il n'y a pas de validation automatique du contrat. La pertinence de cette dernière règle a été mise en doute par quelques auteurs, dans le domaine de l'ordre public économique en particulier,

dépens d'autrui, comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes), *Rev. Arb.*, 1985, p. 241. — F. KESSLER et E. FINE, « Culpa in contrahendo, bargaining and good faith, and freedom of contract », *Harvard Law Review*, 1964, p. 401. — P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, p. 735. — RANIERI, « Verwirkung et renonciation tacite — quelques remarques de droit comparé », *Mélanges Bastian*, t. I^{er}, p. 427.

Ces principes sont fréquemment appliqués dans la matière de l'arbitrage entre Etats et personnes privées, pour dénier à l'Etat qui a accepté une clause compromissoire le droit de se retrancher ensuite derrière l'incapacité de compromettre que son droit interne consacrerait, pour se soustraire à la procédure arbitrale (CL. REYMOND, « Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1985, p. 517. — Notre étude, « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international avec un Etat », à paraître dans les *Mélanges Pirson*). Il y aurait un manquement de même nature à la bonne foi et à la cohérence que les parties sont en droit d'attendre l'une de l'autre, à conclure un contrat que l'on saurait entaché d'illicéité foncière, en taisant celle-ci à l'autre partie.

(30) GHESTIN, *Le contrat*, n° 949 et les références.

(31) J. VAN RYN, « Responsabilité aquilienne et contrats », *R.C.J.B.*, 1957, p. 297.

(32) DE PAGE, t. I^{er}, 3^e éd., n° 231 *quinquies*. — ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., n° 44 et 61-2^o. — GHESTIN, *Le contrat*, n° 861. — GHESTIN et GOUBEAU, *Traité*, t. I^{er}, n° 365 et suivants. — Voy., pour un exemple d'application, Cass., 30 janvier 1941, *Pas.*, 1941, I, 22.

(33) *Encycl. Dalloz*, « Droit civil », v^o *Confirmation*, par BRETON, n° 19 et suiv. — Voir un exposé très complet de la controverse par GHESTIN, *Le contrat*, n° 845.

à raison de son caractère essentiellement variable dans le temps (34), mais ces critiques — peu convaincantes nous semble-t-il — n'ont pas reçu d'écho dans la jurisprudence, à notre connaissance.

Bien entendu l'application du droit nouveau pourrait justifier la validation automatique des contrats conclus au mépris de la contrainte abrogée si telle était la volonté du législateur, celle-ci ne doit pas être expresse selon la conception qui prévaut en Belgique (35) : elle peut résulter, non seulement du texte de la loi elle-même, mais aussi « de la nature des dispositions de la loi nouvelle, de l'utilité de son application immédiate, du respect des droits acquis combiné avec le caractère d'ordre social et le but d'intérêt général de la nouvelle législation » (36) — ce qui laisse un champ très ouvert à l'interprétation judiciaire ou arbitrale.

6. — *Appréciation (suite) — Cas dans lesquels la nullité du contrat ne se justifie pas.* — La nullité du contrat ne saurait par contre constituer la sanction de la contrainte même « directe », toutes les fois qu'une violation de cette dernière n'est pas destinée à résulter de façon certaine du contrat, de telle sorte que la contrariété à l'ordre public soit « actuelle » au moment de la formation de celui-ci (37).

Cette situation se présente, en premier lieu, dans les cas où les parties ont expressément assorti la convention d'une condition suspensive se rapportant à l'obtention des autorisations nécessaires de la part des autorités compétentes en matière de change, d'exportation ou d'importation. Pareille clause se rencontre assez fréquemment dans la pratique et sa validité nous paraît indiscutable, sauf s'il résulte de la réglementation en vigueur que l'autorisation doit impérativement être préalable à la conclusion de la convention, à peine de nullité (38). Une question semblable s'est posée à propos de la réglementation française des changes (39) et nous croyons

(34) FARJAT, *L'ordre public économique*, n° 532 et suivants. — KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, n° 490 et suivants. — IONASCO et BARASOË, *La conception de la nullité des actes juridiques dans le droit civil socialiste roumain*, n° 16 et suivants.

(35) A. VANWELKENHUIZEN, « Le principe de la non rétroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics », *R.C.J.B.*, 1972, p. 290, spécialement p. 311 et 312 et la note 74.

(36) Cass., 18 janvier 1924, *Pas.*, 1924, I, 141, avec les conclusions de M. le Procureur général Terlingen.

(37) *Supra*, n° 5 et la note 17.

(38) Tel semble être le cas de la réglementation bulgare du commerce extérieur pour ce qui concerne les autorisations d'exportation : voy. une sentence n° 212/1980 de la Cour d'arbitrage de la Chambre bulgare de commerce à Sofia, *Y.C.A.*, 1984, p. 99.

(39) Ainsi, selon l'article 4 du Décret n° 69-1021 du 24 novembre 1968, « sont soumis à autorisation préalable du Ministre de l'économie et des finances les règlements ou transferts de toute nature effectués par un résident soit à destination de l'étranger soit en France au bénéfice d'un non résident ». De même l'article 5 du même Décret dispose que « sont prohibées, sauf autorisation préalable du Ministre de l'économie et des finances, l'importation et l'exportation de moyens de paiements (billets, chèques, effets) ainsi que de valeurs mobilières ». Comp. l'article 3 du même Décret selon lequel « sont prohibées, sauf autorisation du Ministre de l'économie et des finances, tous transferts ou opérations de change en France, tendant à la constitution par un résident d'avoirs à l'étranger ... ».

pouvoir considérer, sur la base des observations qui précèdent, que le seul fait d'imprimer un caractère obligatoirement préalable à l'autorisation à laquelle sont subordonnées certaines opérations impliquées par le contrat, ne suffit pas pour entraîner la nullité du contrat comme tel et pour empêcher sa conclusion sous la condition suspensive de l'obtention de telles autorisations (40).

Le régime de la condition suspensive doit donc être appliqué, dans cette première situation, conformément à la volonté des parties. En particulier celles-ci doivent se comporter de bonne foi, durant toute la période où la condition est pendante, et accomplir les diligences normales pour que la condition si possible se réalise, la méconnaissance de cette obligation étant susceptible de donner lieu à des dommages et intérêts (41). L'article 1178 du Code civil, selon lequel la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement, ne paraît toutefois pas applicable, dans toute la mesure où l'autorisation est ici une condition *sine qua non* à la réalisation de l'opération. Le régime bien connu de la condition suspensive permet aussi de fournir des solutions adéquates en cas d'exécution du contrat sans que les autorisations nécessaires aient été obtenues. La condition étant en ce cas défaillie, les obligations n'ont pu être valablement exécutées, en sorte que les prestations accomplies doivent être restituées, conformément aux règles qui régissent la répétition des paiements indus (42).

La situation est naturellement plus délicate, lorsque le contrat est muet sur la question des autorisations auxquelles son exécution est subordonnée.

Une première thèse consiste à soutenir que le défaut d'autorisation, en tant que fait du Prince, serait constitutif d'un cas de force majeure. Celle des parties, qui serait de la sorte placée dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations, serait à ce titre dégagée de toute responsabilité contractuelle envers le créancier du chef de cette inexécution et le cas de force majeure justifierait l'application de la théorie des risques dès lors que l'on se trouverait en présence d'un contrat synallagmatique, avec pour conséquence que l'autre partie serait elle aussi dispensée de fournir la prestation lui incombant (43). La célèbre sentence soviétique du 19 juin 1958, rendue dans

(40) En ce sens également J. P. ECK, *op. cit.* in *Encycl. Dalloz*, Droit commercial, v° Change, n° 220.

(41) Il s'agit d'une application du principe de l'exécution de bonne foi des conventions : voy. pour plus de détails notre étude précitée, *Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée*, n° 11 et 12. — ADDE, sentence CCI, n° 2216, *Clunet*, 1975, p. 917 et les commentaires DERAÏNS. — G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1980, p. 9.

(42) Notre étude précitée, spécialement n° 9.

(43) M. Van Hecke relate cette thèse sans y souscrire toutefois : « Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales », étude citée, in *Mélanges Van Hecke*, spécialement p. 39.

l'affaire *Jordan Investment Ltd v. All-Union Foreign Trade Corporation*, a accueilli cette analyse (44).

Celle-ci semble toutefois difficilement admissible, en droit belge et en droit français : la force majeure suppose la survenance d'un événement imprévisible au moment de la conclusion du contrat et cette condition, même entendue raisonnablement, fera pratiquement défaut toutes les fois que la convention a été conclue alors que la réglementation subordonnant l'exécution du contrat à une autorisation était déjà en vigueur (comp. *infra*, n° 7) (45). On n'aperçoit guère de cas, dans le domaine hautement spécialisé des contrats économiques internationaux, où le débiteur pourra se prévaloir d'une ignorance légitime de la réglementation lui imposant l'obtention de licences ou d'autorisations avant l'exécution des obligations qu'il a souscrites.

Selon une autre analyse, il incomberait au débiteur des obligations dont l'exécution est subordonnée à des autorisations d'obtenir ces dernières et, en n'exprimant à ce sujet aucune réserve lors de la conclusion du contrat, le débiteur accepterait de prendre en charge le risque de refus des autorisations nécessaires. Il ne pourrait en conséquence se prétendre libéré de sa responsabilité contractuelle en invoquant un tel refus. Comme le relève le Professeur van Hecke, la jurisprudence anglaise a accueilli cette analyse à diverses reprises (46). Le savant auteur observe toutefois que celle-ci paraît peu adéquate, en matière de réglementation des changes : les autorités monétaires ont tendance à accorder les autorisations nécessaires pour l'exécution des jugements, avec pour conséquence que « la sortie de devises que les autorités ont voulu éviter en n'accordant pas l'autorisation pour l'exécution du contrat, aura tout de même lieu en vertu d'un jugement de responsabilité » (47).

Il serait dès lors préférable de considérer que le contrat économique international dont l'exécution est, en tout en partie, subordonnée à l'ob-

(44) Voy. le texte complet de la sentence dans *I.C.L.Q.*, 1959, p. 416. — Sur cette sentence, voir aussi DOMKE, « The Israeli Soviet oil arbitration », *A.J.I.L.*, 1959, p. 787. — SASSOON, « The Soviet Israel oil arbitration », *Journ. Business Law*, 1959, p. 116. — BERMAN, « Force majeure and the denial of an export licence under soviet law », *Harv. Law Rev.*, 1960, p. 1128. — J. ROBERT, « Observations sur une sentence arbitrale internationale », *Rev. Arb.*, 1960, p. 76. — KOELEMANS, « L'arbitrage dans les relations Est-Ouest », *Ann. Fac. Droit Liège*, 1964, p. 129. — FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, n° 332 et suivants. — Ph. LEBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, n° 86.

(45) En ce sens, sentence CCI, n° 2216, *Clunet*, 1975, p. 917 et les commentaires DERAÏNS. — Sentence CCI n° 3093/3100, *Clunet*, 1980, p. 951 et les commentaires DERAÏNS. — J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », *R.C.J.B.*, 1957, p. 87, n° 4 et la référence à Com. Gand, 5 juillet 1956, *J.P.A.*, 1956, p. 441. — Plus généralement sur le caractère d'imprévisibilité de la force majeure : P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », p. 217, n° 106. — MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. Ier, 6^e éd., par CHABAS, n° 576. — Sentence CCI, n° 2139, *Clunet*, 1980, p. 929 et les commentaires DERAÏNS.

(46) Adde SCHMITTHOFF, *L'exportation — ses problèmes — leurs solutions* (trad. de la 5^e éd. anglaise de *The export trade*), p. 172 et suivantes.

(47) VAN HECKE, *loc. cit.*

tention d'autorisations, est par nature assorti de conditions suspensives tacites se rapportant à ces autorisations, même si le contrat ne le prévoyait pas expressément (48).

Nous inclinons personnellement à penser au contraire que, sauf volonté contraire des parties — laquelle ne doit naturellement pas être expresse et peut être tacite pourvu qu'elle soit certaine — le débiteur des obligations dont l'exécution est subordonnée à autorisation doit assumer le risque de la non-obtention de celle-ci. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt solidement motivé du 14 juillet 1951 (49).

Le droit commun des obligations implique que les obligations sont pures et simples et, en l'absence de volonté dérogatoire certaine, nous ne voyons pas la raison qui puisse justifier que l'on s'en écarte. Sans doute le débiteur a-t-il pu « présupposer » qu'il obtiendrait les autorisations nécessaires ; peut-être même le créancier était-il conscient de cette « présupposition ». Mais le débiteur n'en a pas moins pris contractuellement un engagement pur et simple, accepté comme tel par l'autre partie. On ne saurait prétendre dans pareil contexte que le créancier a marqué son accord pour subordonner l'obligation à une condition tacite, qu'au prix d'une présomption de volonté tout à fait arbitraire. Cette présomption est d'autant moins admissible qu'elle conduit à ressusciter la théorie des présuppositions, défendue par Windscheid en Allemagne au XIX^e siècle et appliquée actuellement encore par la jurisprudence italienne, mais qui n'a pas reçu droit de cité dans les autres ordres juridiques, essentiellement pour le motif qu'elle met en péril la sécurité juridique à partir de concepts mal définis (50).

7. — *Contraintes « directes » résultant de dispositions postérieures à la conclusion du contrat.* — Les objections opposées ci-dessus à l'application de la notion de force majeure sont en revanche dépourvues de pertinence, lorsque la contrainte « directe » exercée sur le contrat résulte d'une réglementation ou de mesures édictées dans l'ordre juridique de la *lex contractus*,

(48) En ce sens, VAN HECKE, *op. cit.*, p. 40. — *Adde* *Novelles*, Droit civil, t. IV-2, par HANNEQUART, n° 44, spécialement, p. 44. Sur la critique de cette analyse sous l'angle de la notion de condition, au motif que la condition doit être une modalité purement adventice du rapport de droit auquel elle vient s'ajouter, alors que l'autorisation administrative est « intrinsèquement » nécessaire pour la parfaite efficacité du rapport de droit dans le cadre duquel elle doit être obtenue, voy. Ph. DEROUIN, « Pour une analyse 'fonctionnelle' de la condition », *R.T.D.Civ.*, 1978, p. 1, n° 10 et suivants. — Sur le caractère adventice de la condition, voir notre étude précitée, *Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée*, n° 15.

(49) *J.P.A.*, 1951, p. 248. — Voir aussi, dans le même sens, Sentence CCI, n° 2216, *Clunet*, 1975, p. 917 et les commentaires DERAÏNS. — Sentence CCI, n° 3091/3100, *Clunet*, 1980, p. 951 et la note DERAÏNS. — Sentence du 10 mai 1973 de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce tchécoslovaque (Rsp 130/170), *Y.C.A.*, 1976, p. 125. — Ph. LÉBOULANGER, « Les contrats entre États et entreprises étrangères », *Economica*, 1985, n° 291 et suivants.

(50) Voir un remarquable exposé de la théorie et de l'état du droit italien à ce sujet, par D. M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, p. 439 et suivantes. L'ouvrage de WINDSCHEID auquel il est fait allusion au texte date de 1850 : *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*.

après la conclusion du contrat. Si ces mesures ont pour effet de rendre impossible l'exécution de la convention, le débiteur peut alors les invoquer pour échapper à la responsabilité contractuelle normalement attachée à l'inexécution du contrat. Une impossibilité « juridique » suffit, conformément à la théorie du fait du Prince (51) et la contrainte nouvelle semble devoir s'appliquer immédiatement aux contrats en cours, à raison de son caractère d'ordre public (*supra*, n° 5), par application des principes généraux de droit transitoire (52).

On a certes prétendu qu'il serait absurde de reconnaître un caractère imprévisible aux modifications législatives qui interviennent en cours de contrat, même en matière de contrats internationaux (53). Mais cette observation procède d'une conception absolue de l'imprévisibilité, qui n'a plus cours en droit contemporain : « la force majeure n'est plus l'obstacle pour géants imaginé par la doctrine classique » et, tant sous l'angle de l'imprévisibilité que sous l'angle de l'impossibilité d'exécution, c'est une conception raisonnable de la force majeure que défend la meilleure doctrine. Un événement est imprévisible, lorsqu'il n'aurait pas été considéré autrement par toute personne moyennement prudente et compétente placée dans les mêmes circonstances (54). Une appréciation des faits de la cause doit donc être portée par le juge ou par les arbitres, étant entendu que l'imprévisibilité doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat, en droit français et en droit belge (55).

Plusieurs sentences ont admis, sur la base de ces prémisses, que la survenance d'une impossibilité d'exécution en cours de contrat, consécutive à la mise en œuvre de contraintes nouvelles ou à la rétractation de licences ou d'autorisations initialement accordées, peut constituer un cas de force majeure pour le débiteur (56). Il s'agit d'une application tout à fait classique de la notion de fait du Prince.

(51) Cf. *infra*, note 59.

(52) DE PAGE, t. I^{er}, 3^e éd., n° 231 *quinquies*. — Conclusions de M. le Procureur général Ganshof van der Meersch précédant Cass., 22 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, 144, spécialement p. 156. — Comp. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., n° 84. — *Encycl. Dalloz*, Droit civil, v° Conflits de lois dans le temps, par E. L. BACH, n° 252 et suivants.

(53) A. TOUBIANA, « Le domaine de la loi du contrat en droit international privé » (*Contrats internationaux et dirigisme étatique*), n° 336.

(54) J. HEENEN, note citée, *R.C.J.B.*, 1957, p. 87, n° 4. — MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. II, 6^e éd., n° 1576. — *Encycl. Dalloz*, Droit civil, v° Force majeure, par CHABAS, n° 12 et suivants. — Voir un remarquable exposé des thèses en présence par R. KRUTHOFF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen — ene rechtvergelijkende benadering », in *Hommage à R. Dekkers*, p. 291.

(55) Voy. toutefois la sentence CCI, n° 2139, *Clunet*, 1975, p. 929 et les commentaires DERRAINS, qui paraît considérer que l'imprévisibilité s'apprécie au moment où intervient l'événement éventuellement constitutif de force majeure.

(56) Voy. not. les décisions rendues par les juridictions britanniques dans l'affaire Rolimpex, *Halsbury's Laws of England*, juillet 1978, p. 12. — Sentence CCI, n° 2478, *Clunet*, 1975, p. 925 et les commentaires DERRAINS. — *Addé CHESCHIRE & FIFOOT, Law of contract*, 9th ed., par M. J. FURMSTON, p. 552. — MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, n° 1580. — VAN HECKE, étude citée, in *Mélanges Van Hecke*, p. 39.

Encore faut-il que les faits invoqués par le débiteur à l'appui de sa libération impliquent une véritable impossibilité d'exécution. Cette condition fait l'objet de difficultés, lorsque l'obligation inexécutée porte sur une somme d'argent : comme l'a rappelé récemment M. van Hecke, la règle *genera non pereunt* pourrait faire obstacle à la libération du débiteur en ce cas et d'éminents auteurs ont proposé d'y soustraire les contrats économiques internationaux (57).

La démarche qui consiste à faire du contrat économique international une catégorie juridique spécifique a été accueillie avec faveur par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, en France spécialement : on a justifié de la sorte la capacité compromissaire des Etats en dépit des prohibitions pouvant découler à cet égard de leur droit interne, l'autonomie de la clause compromissaire, et la validité de la clause — or dans les opérations internationales par opposition à la prohibition de pareille stipulation dans les opérations internes (58). Plus récemment, on a suggéré d'appliquer le même procédé en vue de soustraire les contrats internationaux à la loi française sur l'usure, à l'article 1154 du Code civil concernant l'anatocisme et à l'article 1152 du même Code octroyant au juge un pouvoir de modération des clauses pénales (59). La notion même de contrat économique « international » demeure toutefois discutée (60).

Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire de soustraire le contrat économique international à la règle *genera non pereunt* pour aboutir à des solutions adéquates, car cette règle n'est pas aussi absolue qu'elle peut le paraître *a priori*.

Par arrêt du 13 mars 1947, la Cour de cassation de Belgique a énoncé que « la contrainte ou la force majeure ne libère le débiteur, même si celui-ci n'a commis aucune faute, que lorsqu'elle rend désormais impossible l'exécution de l'obligation » et « qu'elle ne se conçoit point lorsque l'obligation ne consiste que dans le paiement d'une somme d'argent » (61). On admet toutefois que l'impossibilité d'exécution n'est pas absolument inconcevable

(57) « The effect of economic coercion on private relationships », cette *Revue*, 1984-1985, p. 113, spécialement p. 120. — *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, p. 245 avec les références aux jurisprudences américaine, suisse et autrichienne. — VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, p. 207. — HEINI, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, p. 47.

(58) Voir not. PONSARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international », in *Le droit des relations économiques internationales — Etudes offertes à B. Goldman*, p. 241. — Cass. fr., 2 mai 1966, *Clunet*, 1966, p. 618 et la note LEVEL. — Cass. fr., 7 mai 1963, *Clunet*, 1964, p. 82 et la note BREDIN. — Cass. fr., 4 juillet 1972, *Clunet*, 1972, p. 845 et la note OPPETT. — Cass. fr., 21 juin 1950, *R.C.D.I.P.*, 1950, p. 609 et la note BATIFFOL.

(59) G. PEIGNEY, « Aspects juridiques de la réorganisation des créances bancaires sur des emprunteurs étatiques », *Journ. Dr. Aff. Intern.*, 1985, p. 339, spécialement p. 363 et suivantes.

(60) PONSARD, étude citée, spécialement p. 242 à 247. — Comp. not. les définitions résultant des arrêts de la Cour de cassation de France dans les affaires Hecht et Tardieu : Cass. fr., 4 juillet 1972 (*op. cit.*) et Cass. fr., 7 octobre 1980, *J.C.P.*, 1980, II, 19480 avec les conclusions de M. l'Avocat général Gulphe.

(61) *Pas.*, 1947, I, 108, avec les conclusions de M. le Procureur général Hayoit de Termicourt, alors premier avocat général. — DE PAGE, t. II, 3^e éd., n^o 605.

en matière de *genera* et que la disparition de tout un genre a un effet libératoire pour le débiteur. En pareil cas en effet, la force majeure s'accompagne d'une impossibilité d'exécution alors même que l'objet de l'obligation est une chose de genre (62). Mais la disparition du genre tout entier n'est elle-même qu'un exemple et aucun motif rationnel ne justifie une solution différente dans tous les autres cas où pareille impossibilité est constatée par le juge ou par les arbitres (63). Selon le droit commun, l'impossibilité peut d'ailleurs être « juridique », comme dans les cas de fait du Prince, et elle peut notamment résulter de l'interdiction faite au débiteur d'honorer ses engagements contractuels, encore que l'exécution de ceux-ci n'en devienne pas pour autant « matériellement » impossible. La doctrine classique cite l'exemple de la mise hors commerce de la chose vendue après la conclusion du contrat (64).

Nous n'apercevons vraiment pas pourquoi le débiteur d'une somme d'argent au terme d'un contrat international, qui se heurterait à l'échéance à une interdiction de payer, devrait être traité moins favorablement, ni pourquoi le créancier ne pourrait pas faire jouer la théorie des risques lorsque les obligations impayées à l'échéance résultent d'un contrat synallagmatique (65).

Il appartient naturellement au créancier de l'obligation de sommes de mettre en œuvre cette théorie et il pourrait le cas échéant préférer attendre la disparition de la mesure faisant obstacle au paiement, pour contraindre le débiteur à s'exécuter, — puisque la force majeure ne produit qu'un effet suspensif lorsqu'elle est momentanée (66). Mais en pareil cas, le créancier ne pourrait réclamer au débiteur une indemnité du chef du retard accusé par lui dans le règlement de ses dettes, dès lors que ce retard serait im-

(62) DE PAGE, *loc. cit.* — Conclusions de M. le Procureur général Hayoit de Termicourt, précitées. — P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision dans les contrats internationaux », *R.D.I.D.C.*, 1980, p. 7, n° 20, à propos de l'ordre juridique français aussi bien qu'à propos de l'ordre juridique belge.

(63) Cass., 19 avril 1972, *D.*, 1973, p. 205 et la note SOULEAU. — G. VINEX, *Traité de droit civil — La responsabilité : conditions*, n° 404.

(64) DE PAGE, t. II, 3^e éd., n° 601. — Voir aussi MAZEAUD et TUNG, t. II, 6^e éd., n° 1580. — Adde P. VAN OMMESLAGHE et L. CORNÉLIS, « Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne », in *Études in memoriam Jean Limpens*, p. 265, spécialement n° 25 et suivants.

(65) Voy. aussi, dans le sens que nous défendons au texte, Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, p. 212. Comp. avec l'article 1654 du Code civil qui octroie au vendeur le droit de postuler la résolution du contrat si l'acheteur ne paie pas le prix à l'échéance. Il s'agit d'une application de l'article 1184 du Code civil et l'application de cette disposition comme telle suppose donc une faute de l'acheteur. Sous cette réserve, la parenté entre la résolution judiciaire et la théorie des risques — toutes deux applicables en matière de contrats synallagmatiques à raison de l'interdépendance des obligations des parties — est unanimement reconnue (voy. notre étude, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, p. 386, n° 7).

(66) Sur l'effet suspensif de la force majeure, dans les contrats internationaux en particulier, voir Ph. LEBOULANGER, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, n° 302 et suivants. — M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Mélanges R. Houin*, p. 263, spécialement p. 272.

putable au fait du Prince, même si le principe du nominalisme monétaire est écarté (67). La règle *genera non pereunt* recevra donc application dans une telle situation en ce que le débiteur ne pourra se prétendre définitivement libéré de son obligation par l'effet de l'interdiction à laquelle il se sera heurté, mais il n'en résulte pas une exclusion absolue des principes normalement applicables en cas de force majeure : celle-ci produira son effet suspensif durant toute la période où subsistera l'interdiction de payer (68).

Cet effet suspensif sera en pratique le seul que la force majeure produira lorsque la force majeure affectera l'exécution d'un contrat unilatéral comme le dépôt, sauf stipulation contractuelle contraire naturellement. En cas de prêt, on peut en revanche se demander si l'article 1903 du Code civil n'impliquerait pas l'allocation d'une indemnité couvrant la perte de valeur de la monnaie, même cas de retard dû à un cas de force majeure, dans la mesure bien entendu où le principe du nominalisme monétaire serait écarté comme précisé ci-dessus (69).

Il ne paraît d'autre part pas contestable que la force majeure ne pourra être invoquée par le débiteur de l'obligation de sommes que s'il ne lui est pas possible de s'acquitter de la dette sans transgresser l'« ordre » du Prince. Des décisions récentes ont été rendues en ce sens en Grande-Bretagne (70). Si le débiteur dispose de moyens qui permettraient un paiement sans impliquer pareille transgression, il n'y a pas impossibilité d'exécution et la force majeure ne saurait alors sortir ses effets mais il ne s'agit pas non plus d'une application de la règle *genera non pereunt*.

(67) Par arrêt du 4 septembre 1975, la Cour de cassation de Belgique a décidé par contre que lorsque la dette porte sur une monnaie étrangère, en l'espèce le franc congolais, et que le contrat est régi par la loi belge, le retard fautif dans le paiement de l'obligation peut donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts pour tenir compte de la perte de valeur de la monnaie étrangère depuis la date à laquelle « le débiteur était légalement tenu de rembourser la somme convenue ». En pareil cas, le principe du nominalisme monétaire consacré par l'article 1895 du Code civil ne s'applique pas (P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », à paraître in *R.C.J.B.*, n° 197. — *R.C.J.B.*, 1975, p. 670, n° 97. — J. VAN MULLEN, « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1978, p. 57). On sait qu'en France, la Cour de cassation a écarté de façon plus générale l'application du principe du nominalisme monétaire, pourtant considéré comme d'ordre public, en matière de contrat international c'est-à-dire de contrat impliquant un flux transfrontalier de monnaie, même lorsque le contrat est soumis à la loi française (*Encycl. Dalloz*, Droit civil, v° Paiement, par PONSARD et BLONDEL, n° 287 et suivants).

(68) En ce sens, semble-t-il, WEILL et TERRÉ, *Les obligations*, n° 440. — *Contra* : G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *R.T.D.Civ.*, 1982, p. 514, n° 51.

(69) Cette disposition est relative au cas où, dans un prêt de consommation, l'emprunteur est dans l'impossibilité de rendre les choses prêtées au terme convenu, indépendamment de toute faute de sa part. Elle précise qu'il est alors « tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait ».

(70) Voir not. une décision du 2 septembre 1987 de la Queen's Bench Division, dans l'affaire *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company*, *Times — Law Report*, du 19 septembre 1987.

8. — *Extériorité de la contrainte étatique dans les contrats conclus par des entités publiques.* — La force majeure implique la survenance, après la conclusion du contrat, d'un événement imprévisible et irrésistible, qui rend impossible l'exécution des obligations, sans qu'une faute puisse être reprochée au débiteur. En ce sens elle est une cause de dommage « étrangère » ou « indépendante » de ce dernier (71). On ajoute en France qu'elle doit lui être « extérieure » (72). Le fait du Prince prête à discussion sous ces deux aspects, lorsque le débiteur est une entité publique ou semi-publique dépendant de manière plus ou moins étroite de l'Etat qui est l'auteur de la contrainte (*supra*, n° 2) (73).

Par un arrêt célèbre du 15 avril 1970, rendu à propos de la Compagnie Air France, la Cour de cassation de France a considéré que cette société d'économie mixte, soumise à un contrôle de l'Etat français notamment pour la détermination des rémunérations des membres de son personnel, ne pouvait opposer à ceux-ci comme un cas de force majeure l'interdiction de leur verser une partie de la rémunération, décrétée par l'autorité étatique de tutelle (74). En l'espèce, l'interdiction avait été jugée irrégulière par le tribunal administratif de Paris mais telle n'est pas la raison de la décision rendue par la Cour : si la Compagnie Air France ne peut invoquer l'acte de l'Etat français comme fait du Prince, c'est parce qu'un tel acte ne constitue pas, pour ce qui la concerne, le « fait imprévisible et insurmontable d'un tiers qui lui est étranger ». Les conclusions conformes de M. l'avocat général Mélottee éclairent de la sorte la portée de l'arrêt :

« Si sa thèse (la thèse d'Air France) était admise, il deviendrait par trop facile aux entreprises à statut de s'exonérer de leurs obligations. Il leur suffirait de provoquer un retrait d'autorisation et d'invoquer ensuite le fait du Prince. Il n'y aurait plus aucun équilibre ni aucune sécurité dans les rapports juridiques. En réalité, à l'égard des tiers, l'entreprise à statut et l'Etat ne représente qu'une seule entité juridique, et l'intervention de la puissance publique, qui est liée organiquement au fonctionnement normal de l'entreprise, ne constitue pas une cause étrangère opposable aux tiers et aux contractants. »

Une sentence rendue en 1980 sous les auspices de la Chambre de Commerce International a adopté cette conception, dans une affaire opposant deux entreprises publiques africaines dans le cadre d'un contrat de fourniture

(71) DE PAGE, t. II, 3^e éd., n° 599. — P. VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision dans les contrats internationaux », *R.D.I.D.C.*, 1980, p. 9, n° 21 et suivants. — P. VAN OMMESLAGHE et L. CORNÉLIS, « Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne », in *Etudes in memoriam Jean Limpens*, p. 265.

(72) Cass. fr., 18 décembre 1964, *D.*, 1965, 191 avec les conclusions de M. le procureur général Schmelck. — *Encycl. Dalloz*, Droit civil, v° Force majeure, par Fr. CHABAS, n° 57 et suivants. — Fr. GLANSDORFF, « La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un troubles physique ou mental », *R.C.J.B.*, 1987, p. 222, n° 6.

(73) P. LALIVE, « Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1^{er}, p. 425, spécialement p. 448. Voir aussi BÖCKSTIEGEL, *Arbitration and State enterprises — Survey on the National and International State of Law and practice*, 1984.

(74) *D.*, 1971, J., 107.

de produits pétroliers, l'acheteur prétendant avoir été dans l'impossibilité de se procurer les devises nécessaires pour le paiement du prix, par suite d'une interdiction de transfert décrétée par la banque centrale de son propre pays (75). Les circonstances de la cause étaient cependant caractérisées par le fait que les contrats litigieux avaient été négociés et conclus, sur l'initiative personnelle du Chef de l'Etat, par ses conseillers personnels et non point par les organes réguliers de l'entreprise publique (76).

Une position analogue a été adoptée dans l'affaire Eurodif, les arbitres considérant qu'en dépit de sa personnalité juridique propre du point de vue formel, l'A.E.O.I. (Agence iranienne de l'énergie atomique) était selon ses statuts sous le contrôle total du gouvernement iranien (77). Une autre sentence concernant la même entreprise, rendue dans l'affaire Framatome, a statué dans le même sens encore, au motif que « *the State enterprise has manifestly acted, in the present case, as a mere instrument of the Iranian State, with which it presents a « functional identity ». This being the case, the defendant would commit an abuse of rights if it invoked such a legislative intervention as an exterior obstacle constituting force majeure. And this fact is confirmed because the contract under scrutiny has been executed within the scope (or under the « umbrella » of) bilateral treaties binding Iran, as emphasized by the Iranian State entity itself during the proceedings* » (78).

Les entreprises de l'Etat des pays de l'Est ont pu en revanche se retrancher derrière des interdictions d'exportation décrétées par les autorités compétentes de l'Etat, dans plusieurs affaires (79).

Dans sa sentence bien connue du 19 juin 1958, la *Foreign Trade Arbitration Commission* de Moscou a considéré qu'une entreprise de commerce extérieur soviétique pouvait se prévaloir de la non-obtention de licence d'exportation auprès du Ministre du commerce extérieur, au motif que « *by virtue of Article 19 of the Civil Code of the R.S.F.S.R. and of its own by-laws, the corporation is a self accounting economic organisation, an independent*

(75) *Clunet*, 1980, p. 951 et les observations DERRAINS.

(76) En l'espèce, la sentence refuse toutefois d'accueillir l'exception de force majeure pour d'autres motifs. Elle relève que l'événement allégué n'était pas imprévisible, dès lors que la réglementation sur la base de laquelle la sortie de devises avait été refusée était déjà en vigueur au moment de la conclusion de la convention : voir *supra*, n° 6 et la note 42.

(77) Sentence non publiée rapportée par P. LALIVE, étude précitée, p. 447. — Sur d'autres aspects de l'affaire Eurodif, voy. Cass. fr., 14 mars 1984, *D.*, 1984, *J.*, 629, avec le rapport de M. le Conseiller Fabre et la note J. ROBERT. — *J.C.P.*, 1984, n° 20295, avec les conclusions de M. l'avocat général Gulphe et la note H. SYNRET. — *Clunet*, 1984, p. 498 et la note OPPETT.

(78) Sentence rapportée par le Professeur P. LALIVE, étude précitée, p. 447. — Sur d'autres aspects de l'affaire Framatome, voir la sentence intérimaire relative à la validité de la clause compromissoire et à l'arbitrabilité du litige, *Clunet*, 1984, p. 58. — Notre étude, « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international avec un Etat », à paraître dans les *Mélanges Pirson*.

(79) Voy. un exposé général de la structure des entreprises d'Etat dans les pays de l'Est, par H. SUCH, « Système et structures des organismes gérant l'économie planifiée dans les pays socialistes », in *Les institutions juridiques du gouvernement de l'économie dans les pays occidentaux et socialistes* — Colloque de l'Institut d'études européennes du 23 au 26 mai 1966, p. 100, spécialement p. 105 et suivantes.

subject of the law, i.e. a legal person conducting transactions on its own behalf and consummating its own will in the form of legal binding relationships. The corporation is not an organ of State administration » (80).

Même décision par la Cour d'arbitrage de la Chambre polonaise du Commerce extérieur, à la même époque. L'affaire opposait une entreprise d'Etat polonaise à une entreprise d'Etat de la République démocratique allemande, cette dernière soutenant que « *a socialist State may not be considered separately from its foreign trade organs, nor may these organs be seen separately from the State* », avec pour conséquence que l'entreprise d'Etat polonaise ne pouvait se prévaloir d'une restriction aux exportations arrêtée par le Président du Conseil des Ministres. La sentence rejette ce soutènement : « *the dispute in question concerns a private law claim against a State enterprise, which under an express provision of law bears no liability for the State, as the State is also not liable for its enterprise* » (81).

On sait que la House of Lords a aussi consacré cette thèse en 1978, dans l'affaire Rolimpex (82). Le litige résultait du retrait de licences d'exportation de sucre par l'Etat polonais, à la suite de récoltes insuffisantes pour assurer la consommation intérieure, avec pour conséquence que l'entreprise d'Etat n'avait pas livré les quantités contractuellement promises à une société anglaise. Celle-ci faisait valoir notamment que cette décision ne pouvait lui être opposée comme un cas de force majeure, à raison des liens unissant l'entreprise d'Etat à l'Etat polonais.

Sans succès : bien que l'on se trouve en présence d'une organisation d'Etat, fondée par l'Etat polonais et étroitement contrôlée par ce dernier, tant du point de vue financier et commercial que du point de vue de la nomination de ses dirigeants, les juges britanniques retiennent que l'entreprise d'Etat bénéficie d'une personnalité juridique distincte, qu'elle dispose d'une autonomie de décision dans ses relations juridiques avec les tiers, qu'elle est seule responsable de ses dettes, que le Trésor public n'en répond pas et qu'inversement elle ne répond pas des obligations de l'Etat, en sorte qu'elle peut être considérée comme une entité distincte de ce dernier et qu'elle peut se prévaloir d'un retrait de licences à l'exportation par l'autorité publique compétente comme d'un événement qui lui est extérieur.

On comparera cette décision avec une sentence *ad hoc* rendue en Suisse le 9 septembre 1983 (83), dans une affaire qui opposait une entreprise de

(80) *Supra*, note 44. — Voy. aussi la sentence rendue dans l'affaire King Edgar v. Sovtgorflot, rapportée par S. PISAR, *Transactions entre l'Est et l'Ouest*, p. 90. — Ph. LEBOULANGER, ouvrage précité, p. 43, note 24.

(81) Sentence du 11 février 1958, *Y.C.A.*, 1981, p. 147. La disposition légale visée par la sentence est l'article 12 du Décret-loi du 26 octobre 1950 relatif aux entreprises d'Etat, libellé comme suit : « *A State enterprise is liable only for its own obligations ; its liability does not cover obligations of State treasury, nor that of any other State enterprise. The State treasury is not liable for obligations of State enterprises* ».

(82) *All England Law Reports*, 1978, p. 1043.

(83) De très larges extraits de la sentence sont publiés dans *Y.C.A.*, 1987, p. 63 à 81. — Voy. aussi LALIVE, étude précitée, in *Mélanges Vander Elst*, spécialement p. 445.

la R.F.A. et une entreprise de commerce extérieur polonaise, à propos de l'exécution d'un contrat portant sur la construction d'un ensemble industriel en Pologne. Le contrat avait fait l'objet de toutes les autorisations nécessaires de la part des autorités polonaises compétentes lors de sa conclusion et il avait même été négocié en collaboration étroite et directe avec des autorités gouvernementales. L'arrivée au pouvoir du Général Jaruzelski allait cependant bouleverser le cours normal des choses : par décret gouvernemental du 21 décembre 1981, consécutif à l'instauration deux jours plus tôt de l'état de guerre en Pologne, l'exécution de plusieurs projets d'investissements, parmi lesquels le contrat ci-dessus évoqué, fut interdite et toutes les autorisations d'importation s'y rapportant rétractées (84). L'entreprise polonaise se prévalait de cette décision comme d'un cas de force majeure en vue de se soustraire à l'exécution du contrat.

Ce soutènement a été rejeté (85). L'entreprise publique est certes douée d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat polonais en droit public polonais, mais trois ordres de circonstances empêchent néanmoins de considérer le décret gouvernemental précité comme un cas de force majeure, selon la sentence, à peine de méconnaître le principe de la bonne foi consacré par l'article 2 du Code civil suisse.

D'une part, le statut de l'entreprise polonaise, bien que dotant celle-ci d'une personnalité propre, révèle qu'elle n'est en réalité qu'un instrument pour la réalisation des objectifs de l'Etat lui-même (*faktische/funktionelle Organshaft*), en tant qu'elle est soumise aux instructions des ministres compétents pour la détermination de sa politique de gestion, que l'Etat désigne ses dirigeants supérieurs, qu'il peut donner des instructions concernant des projets particuliers et que les biens mis à la disposition de l'entreprise pour la réalisation de son objet demeure la propriété de l'Etat aux termes d'un mécanisme juridique proche du trust anglo-américain. La sentence relève d'autre part que les autorités gouvernementales étaient intervenues directement dans la négociation du contrat en cause. Enfin, le décret gouvernemental litigieux ne constitue pas, aux yeux de la majorité des arbitres, une mesure étatique de portée générale dans la double mesure où il ne concernait que certains projets industriels énumérés dans une annexe et où il avait été dicté par des considérations financières tenant aux incidences de la réalisation de tels projets sur le budget de l'Etat.

(84) Le texte du décret était libellé comme suit : « By virtue of the order state of war and the decision of the Military Council for the rescue of the nation of 19 december 1981 concerning the restriction of industrial investments in progress, based on article 11 (4) of the statute of 26 March 1975 — relating to customs law (Reg. Bl. n° 10, Pos. 56) the following is ordered : § 1. According to the annex with investments projects listed therein, a ban is ordered on the import of investent goods for such projects ; § 2. Permits granted for import of goods as listed in § 1 are void ; § 3. The Minister of Foreign Trade is in charge of executing this order ; § 4. The order enters into force as the date of issuance. (s) Chairman of the Council of Ministers, Army-Gen. W. Jaruzelski ».

(85) Voy. cependant la dissenting opinion de l'arbitre polonais, Y.C.A., 1987, p. 81.

9. — *Extériorité de la force majeure (suite) — Appréciation.* — Il serait présomptueux de prétendre résoudre, dans le cadre limité de la présente étude, l'ensemble des questions liées au statut des entreprises publiques dans ses rapports avec la théorie du fait du Prince. Selon les plus éminents spécialistes de l'arbitrage international, la matière compte parmi les plus délicates et les plus controversées (86). Les solutions divergentes consacrées par les sentences passées en revue ci-dessus le confirment et l'on rencontre des analyses opposées au sein des pays de l'Est eux-mêmes (87). Quelques directives générales peuvent toutefois être suggérées.

Un premier point ne semble pas discutable. L'entreprise publique douée d'une personnalité juridique propre ne peut pas invoquer les ordres ou interdictions de l'Etat, dans tous les cas de collusion plus ou moins active avec l'autorité qui décrète la mesure litigieuse. Dans de telles situations — évoquées notamment par la sentence Rolimpex et par la sentence précitée du 9 septembre 1983 — le débiteur se trouve lui-même à l'origine de l'obstacle auquel se heurte l'exécution de ses obligations, ce qui est incompatible avec les notions de force majeure et de cause étrangère.

Celles-ci nous paraissent également devoir être écartées, lorsque l'Etat a méconnu lui-même la personnalité juridique distincte de l'entreprise publique, dans les circonstances concrètes de son fonctionnement. On se trouve alors dans une situation analogue à celle qui autorise la « levée du voile de l'incorporation » en droit commercial. Cette démarche s'appuie sur une série d'indices matériels transposables aux entreprises publiques : capitalisation insuffisante de l'entreprise pour lui permettre de faire face à ses obligations, fonctionnement irrégulier voire absence totale de fonctionnement des organes sociaux, confusion des comptes et des patrimoines, paiement de dettes de la société mère au moyen des deniers de la filiale et inversement, etc. (88). Ces éléments sont révélateurs d'un comportement abusif et incompatible avec la personnalité juridique distincte de l'entreprise dominée, en sorte que celle-ci ne peut être opposée aux créanciers.

Lorsqu'elle est pratiquée, la « levée du voile de l'incorporation » implique que l'entreprise dominante doit répondre de tout ou partie des dettes de l'entreprise dominée « comme si » elle les avait elle-même contractées. Si l'on accepte d'appliquer cette démarche à l'entreprise publique, il faut logiquement en déduire que celle-ci ne peut pas opposer à ses créanciers les ordres ou interdictions de l'Etat comme cas de force majeure, puisque dans la réalité dévoilée des choses, l'entreprise publique et l'Etat ne forment plus qu'une seule et même personne.

(86) Voy. les études précitées de P. LALIVE et de BÖCKSTIEGEL, *supra* note 72.

(87) Voir les références citées par la sentence du 9 septembre 1983, ci-dessus. Voir aussi la sentence précitée du 11 février 1958, dans une affaire qui opposait une entreprise d'Etat de la R.D.A. et une entreprise d'Etat polonaise (*supra*, note 81).

(88) P. VAN OMMESLAGHE, *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales — Rapport général*, Colloque de Bruxelles des 7 et 8 mars 1985, p. 59, spécialement n° 79.

Encore ne s'ensuit-il pas que ces actes de l'Etat doivent être privés de tout effet. Le droit belge et le droit français ont développé en matière de marchés publics une théorie du fait du Prince, impliquant sous certaines conditions l'indemnisation du préjudice subi par le cocontractant de l'Etat notamment dans les cas où l'exécution du marché devient impossible par suite d'une mesure législative ou administrative, générale ou particulière, émanant de l'autorité contractante ou même d'une autorité tierce, pourvu que celle-ci n'ait pas une personnalité distincte de l'Etat (89). Cette théorie exclut en revanche l'exécution forcée en nature du marché au bénéfice du cocontractant de l'Etat, par dérogation au droit commun des obligations (90). Elle nous paraîtrait devoir être appliquée si, comme nous l'indiquons ci-dessus, la réalité dévoilée indique que l'Etat est le véritable débiteur.

Mais faut-il aller au-delà et considérer que, dans la mesure où l'entreprise publique est un instrument de la politique économique de l'Etat, conformément à sa propre législation organique, elle forme avec ce dernier une unité économique exclusive du concept de force majeure ou de cause étrangère, même si son statut lui octroie une personnalité juridique distincte et même si les circonstances concrètes de son fonctionnement n'en révèlent aucune méconnaissance?

Semblable question ne s'est jamais posée directement comme telle en matière de groupes de sociétés, à notre connaissance. Le groupe se caractérise aussi par une direction économique unique, sous des formes d'ailleurs très diverses et bien connues, et corrélativement la notion de l'« intérêt de groupe » est progressivement accueillie à côté de l'intérêt individuel des sociétés qui le composent (91). Cela ne suffit cependant pas pour effacer la personnalité propre de chacune de celles-ci dans ses relations avec les tiers, même si l'on se trouve en présence d'une filiale contrôlée par un associé unique (92).

(89) Nous ne pouvons naturellement pas entrer ici dans le détail des conditions et modalités d'application de cette théorie de droit administratif très élaborée. Nous en énonçons le principe et les conditions essentielles. Pour plus de détails, voir M. A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. II, n° 941 et suivants. — A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. II, 2^e éd., n° 1290 et suivants.

(90) Sur ce principe, voir P. VAN OMMESLAGHE, « La sanction de l'inexécution du contrat », in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 200, n° 3 à 12. — « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 193, n° 88 à 96. — JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *R.T.D.Civ.*, 1976, p. 700. — D. TALLON, « Dommages et intérêts et exécution en nature — Quelques observations comparatives entre la Common Law et le droit français », *J.T.*, 1958, p. 601. — Le Code civil lui-même apporte quelques dérogations à ce principe, notamment en allouant à une partie une faculté de résiliation unilatérale dans certains contrats : voir notre étude, « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », *R.C.J.B.*, 1981, p. 528.

(91) P. VAN OMMESLAGHE, « Les groupes de sociétés en droit belge », in *Les groupes de sociétés en droit européen*, ouvrage cité, p. 58, n° 2. — Rapport général précité au colloque de Bruxelles — *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, spécialement p. 87, n° 39 et suivants.

(92) La littérature sur le sujet est extrêmement abondante, voy. parmi les études les plus

Dans la célèbre affaire Freuhauf (93), il a semblé évident à tout le monde que la société française aurait engagé sa responsabilité contractuelle envers son cocontractant si elle avait donné suite à l'ordre de résiliation unilatérale de la convention émanant de la société mère américaine. Mais on ne peut en déduire aucun enseignement, dans toute la mesure où l'ordre de la société mère n'est évidemment pas juridiquement contraignant comme le fait du Prince. Un jugement du Tribunal de commerce d'Anvers a d'autre part considéré que la politique dictée par la société mère d'un groupe multinational à sa filiale belge en difficultés ne pouvait être assimilée à un événement extérieur constitutif du « malheur » requis pour l'application des lois coordonnées sur le concordat judiciaire (94).

Nous inclinons à penser que si l'on fait de la l' « extériorité », avec une partie de la doctrine française, une condition tout à fait distincte de la non-imputabilité du cas fortuit au débiteur, en tant que la force majeure ou la cause étrangère supposeraient en outre un événement en tous points extrinsèque à ce dernier, on doit logiquement en inférer que l'entreprise d'Etat ne peut pas invoquer l'ordre de l'Etat dont elle dépend, comme cause libératoire de responsabilité. Si, par contre, l'extériorité est simplement confondue avec la non-imputabilité de l'événement au débiteur (95), il faut, pour exclure la force majeure, pouvoir imputer à l'entreprise d'Etat l'acte de l'Etat lui-même. Cette démarche paraît *a priori* incompatible avec la reconnaissance de leur personnalité distincte, et cette reconnaissance peut paraître d'autant plus justifiée, dans les relations contractuelles que l'entreprise d'Etat a nouées avec des tiers, qu'en contractant avec elle, ces derniers l'ont reconnue eux-mêmes comme douée de la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations (96), — ce qui constitue précisément l'attribut essentiel de la personnalité juridique (97).

récentes : P. VAN OMMESLAGHE, « Rapport général », in *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, colloque de Bruxelles des 7 et 8 mars 1986, p. 59, n° 73 et suivants. — R. HOVIN, « Les groupes de sociétés en droit français », in *Les groupes de sociétés en droit européen — analyses juridiques et économiques sur les groupes de sociétés* (1982), p. 45, spécialement n° 7, p. 54. — PENNINGTON, *Company Law*, 6th ed., p. 806. — M. AMMENDOLA, « Unitarietà direzionale e organizzazione nel rapporto di gruppo », *Rivista delle società*, 1986, p. 1262. — S. CAMUZZI, « La società con unico azionista come fenomeno tipico de gruppo societario », *Rivista delle società*, 1986, p. 465. — *Addé* en droit européen de la concurrence, P. VAN OMMESLAGHE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome — Les arrêts de la Cour de Justice et de la Commission*, 1973-1982, p. 12, n° 5.

(93) Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14274bis avec les conclusions de M. l'avocat général Nèpveu.

(94) 14 février 1977, reproduit dans BLANPAIN, *The OECD guidelines for multinationals — Labour relations experience and review 1976-1979*, p. 133.

(95) En ce sens, en France également, G. VINEY, *Traité de la responsabilité civile*, t. I^{er}, n° 384 et suivants. — MAZEAUD et TUNG, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, 6^e éd., n° 1665.

(96) Voy. en ce sens l'opinion dissidente de l'arbitre polonais dans la sentence précitée du 9 septembre 1983.

(97) On peut y voir une application supplémentaire du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, avec le Professeur LALIVE (étude citée, in *Mélanges Vander Elst*, spécialement p. 439). Plus précisément, il s'agit aussi d'une conséquence de la règle selon laquelle il n'est pas permis de tirer parti de ses propres contradictions au détriment d'autrui, que la jurispru-

Encore peut-on objecter que la personnalité morale n'est qu'une fiction essentiellement relative dont les effets sont limités aux besoins auxquels le législateur a voulu répondre. Elle ne constitue, selon la meilleure doctrine (98), qu'un résumé commode de règles variables selon l'institution au fonctionnement de laquelle elle contribue. Son utilisation, dans le seul but de faire échec à l'exécution d'obligations valablement contractées, est donc loin d'aller de soi, spécialement au regard du principe de la bonne foi appliqué à l'Etat détenteur du contrôle. Ce principe paraît s'opposer à la prise en considération comme faits du Prince de mesures particulières décrétées en vue de permettre à l'entreprise publique de se soustraire à ses engagements. La question demeure par contre ouverte pour les mesures à portée générale.

10. — *La contrainte étatique dans les opérations complexes — généralités.* —

Les opérations commerciales internationales se traduisent fréquemment en pratique par la mise en place de relations contractuelles complexes, composées de contrats particuliers qui se superposent ou se complètent, selon des formules très variables dont le choix appartient en principe aux parties, en fonction des besoins de l'espèce : contrats de vente, d'entreprise, d'assurances, de transport, de financement, de garanties, de sous- ou de co-traitance, etc. Il est rare qu'une seule opération d'exportation n'implique pas la conclusion de trois ou quatre de ces contrats. La question se pose alors de savoir si un incident affectant la conclusion ou l'exécution d'un élément de l'ensemble retentit sur les autres.

Un certain nombre de solutions classiques sont appliquées en droit interne et nous n'apercevons pas que le contrat international devrait y être soustrait en tant que tel — pour autant bien entendu que la *lex contractus* accueille ces solutions. Par exemple, selon la jurisprudence dominante

dence arbitrale internationale tend à ériger en principe général, comme nous l'avons vu, à la faveur d'une conception extensive de la théorie anglo-saxonne de l'estoppel ou de la théorie germanique de la *verwirkung* (*supra*, n° 5 et la note 28 et spécialement E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. Arb.*, 1985, p. 241). On peut considérer en effet qu'il serait incohérent d'accepter de contracter avec une entreprise publique comme personne juridique distincte et de dénier ensuite inconditionnellement cette personnalité pour les besoins de la cause. Comp. avec la sentence *Amco Asia v. République d'Indonésie*, rendue dans le cadre du CIRDI le 25 septembre 1983, dans laquelle les arbitres examinent notamment sous l'angle de l'estoppel considéré comme « un principe général applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués des particuliers », la question de savoir si une partie pouvait encore faire valoir qu'une société n'était en réalité qu'une émanation de l'Etat indonésien, pour justifier la compétence du Centre, en dépit de la position prise par cette partie dans une procédure judiciaire antérieure à l'arbitrage. La sentence est publiée en extraits dans *Y.C.A.*, 1985, p. 61.

(98) P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé », *R.C.J.B.*, 1958, p. 286. — P. VAN OMMESLAGHE et L. SIMONT, « La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs au sein du conseil d'administration », *R.C.J.B.*, p. 74, note 23. — Voir aussi les diverses contributions aux travaux de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. XIII, *La personnalité morale et ses limites*, spécialement le rapport de J. FOYER pour le droit français, p. 113 à 142.

en droit belge et en droit français, le contrat de sous-traitance et le contrat d'entreprise principal sont juridiquement indépendants l'un de l'autre, en sorte que les incidents concernant la validité ou l'exécution de l'un demeurent en principe sans effet sur les obligations des parties dans le cadre de l'autre (99). Inversement, la disparition de la dette cautionnée, par suite de son extinction ou de son annulation entraîne la disparition du contrat de cautionnement et la caution peut opposer au créancier les exceptions que le débiteur principal aurait pu lui opposer, par exemple celle découlant de la théorie des risques (100).

Les parties peuvent naturellement aussi régler la question par des stipulations adéquates. Toutes sortes de formules sont juridiquement possibles, allant de l'indivisibilité totale à l'indépendance complète des différentes conventions, quel que soit par ailleurs leur degré d'imbrication dans la réalité économique. Elles s'imposent au juge ou aux arbitres, conformément au principe de la convention-loi (101), et elles ne postulent pas une manifestation expresse de volonté. Il suffit que celle-ci soit certaine.

Il faut toutefois se garder d'en appeler à l'exès à la volonté implicite ou tacite des parties, car ce recours se traduit souvent par des présomptions divinatoires et arbitraires (102). Il est fréquent qu'aucune clause expresse n'envisage la question et que celle-ci puisse néanmoins être résolue de manière appropriée sur la base de l'économie objective de l'opération. Tel est le cas lorsque la connexité de deux opérations est objectivement déduite de ce que l'une est la cause de l'autre ou de ce qu'une relation de principal à accessoire les unit. La même méthode objective permet dans d'autres cas de conclure à l'indépendance des contrats : une sentence rendue en 1975 sous les auspices de la C.C.I. a ainsi décidé qu'un contrat de distribution exclusive conclu entre deux parties à la suite d'un contrat de licence de fabrication conclu entre l'une de celles-ci et le propriétaire du procédé avaient engendré deux ordres de relations autonomes, au terme d'un examen objectif du contenu des deux contrats, encore qu'ils portaient sur le même produit (103).

(99) *Encycl. Dalloz*, Droit commercial, v° Sous-traitance, par GAVALDA, n° 24. — M.-A. et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, 1984, n° 146 et suivants. — L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence — Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1986, p. 344, n° 169 et suivants.

(100) P.-A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », *R.C.J.B.*, 1987, p. 74, n° 15. — P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la doctrine et la jurisprudence moderne », *R.C.J.B.*, 1970, p. 328, n° 20.

(101) La question de savoir s'il est possible de créer des actes abstraits innommés a été discutée en France : voir J. GHESTIN, *Le contrat*, n° 707. Cette possibilité est bien établie en Belgique, ainsi qu'il résulte de l'étude du Professeur Van Ommeslaghe, à propos de la théorie de la cause, citée à la note précédente, spécialement n° 22. — Cass., 13 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, 1300, avec des conclusions de M. l'avocat général Velu.

(102) Pour une critique du recours aux volontés présumées, notamment en matière de renonciation tacite, voir P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », à paraître in *R.C.J.B.*, n° 230.

Du point de vue des répercussions de la contrainte étatique, on admettra aisément que l'indivisibilité de deux contrats distincts justifie la nullité du contrat qui n'est pas directement affecté par la contrainte lorsque celle-ci implique la nullité de l'autre (104), ou la suspension de l'exécution des obligations découlant du contrat qui n'est pas directement la cible d'un fait du Prince, si l'exécution de l'autre est paralysée par un tel fait, conformément à la théorie des risques. Cette théorie pourrait aussi justifier la dissolution de l'ensemble en cas d'obstacle définitif à l'exécution de l'un des contrats composant celui-ci. Elle s'applique aux « rapports synallagmatiques » aussi bien qu'aux contrats synallagmatiques, en sorte qu'elle peut être invoquée lorsque des obligations découlant de contrats différents présentent entre elles une étroite interdépendance (105).

Des solutions semblables peuvent être appliquées au contrat accessoire, en cas de contrainte exercée sur le contrat principal. La suspension ou l'extinction des obligations découlant du contrat accessoire, à raison de la suspension ou de l'extinction de celles qui résultent du contrat principal, s'expliquent alors suffisamment par le principe de l'accessoire et non point par la théorie des risques, la relation de principal à accessoire se traduisant par une dépendance unilatérale et non pas réciproque des contrats (106). L'observation n'est pas théorique : elle justifie que le contrat principal ne saurait être affecté par des incidents dont le contrat accessoire ferait l'objet (voir ci-dessus les conséquences qui en sont déduites généralement en matière de commerce de compensation, *infra*, n° 11).

La problématique est plus délicate, lorsque la connexité résulte uniquement de ce qu'un contrat est la cause de l'autre, au sens de l'article 1131 du Code civil. Selon la doctrine la plus autorisée, la cause, comme condition de validité des contrats, ne joue pas de rôle après que la convention a été conclue (107). La disparition d'un contrat qui serait la cause d'un autre contrat, par suite de l'exercice d'une contrainte étatique conduisant à pareille conséquence (*supra*, n° 5), ne retentira donc sur ce dernier que s'il s'agit d'une disparition rétroactive impliquant comme telle que le second contrat est sans cause dès l'origine et, partant, nul conformément à l'article 1131 précité. Un simple incident dans l'exécution du premier contrat — sans dissolution rétroactive — devrait en revanche demeurer sans effet sur l'autre, même si ce premier contrat devait disparaître par application de la théorie des risques. Nous empruntons la distinction entre dispari-

(103) Sentence n° 2272, *Y.C.A.*, 1977, p. 151.

(104) J. GHESTIN, *Le contrat*, n° 888 et suivants, avec une discussion approfondie de la doctrine et de la jurisprudence françaises.

(105) P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 235, n° 119.

(106) J. GHESTIN, *Le contrat*, spécialement n° 894.

(107) P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne », *R.C.J.B.*, 1970, p. 328, spécialement n° 5. — P.-A. FORIERS, « Observations sur la caducité... », *R.C.J.B.*, 1987, p. 100, n° 23.

tion rétroactive et non rétroactive de la cause à une lumineuse étude consacrée par le Professeur L. Simont aux garanties bancaires à première demande (108).

La défaillance de la condition suspensive affectant un contrat procédant d'un rapport juridique complexe et indivisible, un contrat « principal », ou un contrat qui serait la cause d'un autre contrat, par suite du refus des autorisations de change, d'exportation ou d'importation par exemple (*supra*, n° 6), doit normalement retentir aussi sur les autres éléments de l'ensemble, sur le contrat accessoire, de même que sur le ou les contrats causés par le contrat conditionnel. La solution ne se justifie pas, dans ce dernier cas, par l'idée contestable selon laquelle la défaillance de la condition sortirait ses effets rétroactivement, au même titre que son accomplissement (109). Elle s'explique plus simplement par la nature des choses : lorsqu'un contrat est la cause d'un autre contrat, il est rationnel de considérer que sauf volonté contraire des parties, celles-ci ont eu en vue un contrat susceptible d'exécution selon le schéma usuel du droit des obligations, ce qui postule l'accomplissement de la condition. La défaillance de celle-ci implique donc que la cause n'est jamais venue à existence (110).

L'abstraction conduit-elle à des solutions opposées? La question est abondamment discutée en matière de garanties bancaires à première demande. Si l'on admet la licéité du procédé, avec la meilleure doctrine belge, il faut répondre par l'affirmative (111).

La rigueur du principe fait cependant l'objet d'aménagements latéraux. Le bénéficiaire de la garantie ne peut abuser de ses droits, en sorte que toute prise en considération des avatars affectant le contrat de base n'est pas exclue, même si elle demeure exceptionnelle (112). En dépit de son autonomie — d'ailleurs variable selon les espèces — la garantie à première demande remplit par nature une fonction de garantie (*sicherungsfunktion*) qui la distingue notamment du crédit documentaire irrévocable. La disparition patente du rapport de base, rétroactive ou non, à l'exclusion tout aussi patente de toute faute du donneur d'ordre, est donc susceptible de conférer un caractère abusif ou frauduleux à un appel éventuel à la garantie, selon le contexte concret de l'affaire.

(108) « Les garanties indépendantes », *Rev. Banque*, 1983, p. 579.

(109) Voy. notre étude précitée, « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus par une autorité publique subordonnée », *Administration Publique*, 1984, p. 145, spécialement, n° 8 et suivants. — *Adde* dans le même sens, P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », à paraître à la *Rev. crit. jur. belge*, n° 176.

(110) Comp. la solution classique donnée au problème de la disparition de la cause en matière de testaments : P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause... », *R.C.J.B.*, 1970, spécialement p. 336, n° 5.

(111) L. SIMONT, *loc. cit.*

(112) L. SIMONT, *loc. cit.* — *Rapport belge aux journées brésiliennes de l'Association Capitant*, t. XXXV, 1984, p. 233. — DOHM, « Mesures conservatoires dans le cadre des garanties bancaires à première demande », *La société anonyme suisse*, 1982, p. 53. — *Encycl. Dalloz*, Droit commercial, v° Garantie indépendante, par VASSEUR, n° 129 et suivants.

Quelques décisions américaines semblent même avoir admis que l'exception de fraude puisse faire échec à l'exécution d'une lettre de crédit *standby* (113), lorsque le donneur d'ordre se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations par suite d'un embargo (114). Il n'est cependant pas permis d'en déduire un enseignement général d'application automatique. D'autres décisions ont consacré une solution inverse (115). Les circonstances de la cause peuvent d'ailleurs révéler qu'en accordant une garantie bancaire à première demande le donneur d'ordre a entendu assumer certains risques politiques inhérents à la pratique du commerce international (116).

Tout est donc en définitive question d'espèce, mais l'on se méprendrait en considérant que l'abstraction oppose à la prise en considération de la contrainte étatique exercée sur le rapport de base un obstacle absolument infranchissable.

11. — *L'exemple du « countertrade »*. — La littérature récente manifeste certaines hésitations dans l'application de ces principes en matière de commerce de compensation, spécialement lorsque l'opération de compensation se concrétise dans deux contrats distincts, comme cela se pratique pour les contre-achats (*countertrade*) (117). La jurisprudence est fort peu abondante à notre connaissance, sans doute en raison du caractère relativement récent de l'essor de cette variété originale de transactions commerciales.

Selon un arrêt du 12 juillet 1972 du Bundesgerichtshof, l'exportateur occidental doit supporter, envers l'entreprise à laquelle il a revendu les produits de compensation, le risque de la non-délivrance de ceux-ci, dès lors qu'il a procédé sans réserve à la vente, sans attendre l'issue des négociations avec l'organisme d'Etat partie à l'opération de compensation, celui-ci ayant finalement renoncé tant à l'importation principale qu'aux exportations qui auraient dû être réalisées en contrepartie. Un incident inhérent aux relations précontractuelles entre les parties à l'opération principale n'a donc pas pu être invoqué dans les relations contractuelles nouées par l'exportateur occidental avec l'acheteur des produits de compensation (118).

(113) Il s'agit en quelque sorte d'une garantie bancaire à première demande moulée dans la technique du crédit documentaire irrévocable : voy. Cl. MARTIN et M. DELLENEUX, « La revision 1983 des Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires », *R.D.C.B.*, 1985, p. 501, spécialement, n° 7 et la bibliographie, note 12.

(114) Voy. les affaires *Dynamics Corp. of America v. Citizens and Southern National Bank*. — *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*. — *Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*. — rapportées par G. SION, « La garantie bancaire internationale et les enseignements du droit américain », *Rev. Banque*, 1984, p. 5, spécialement p. 12 à 15.

(115) Voy. not. l'affaire *American Bell International v. Islamic Republic of Iran*, également rapportée par G. SION, *loc. cit.*

(116) Comp. VASSEUR, *op. cit.*, in *Encycl. Dalloz*, Droit commercial, v° Garantie indépendante, spécialement n° 45.

(117) Voy. outre l'étude remarquable de M. Fontaine et les autres études citées *supra* note 7, A. MEZGHANI et S. BOURAOUL, « Les contrats de compensation dans les relations Sud-Nord — l'exemple tunisien », *Rev. Intern. Dr. Econ.*, 1987, p. 525. — O. CAPATINA, « Considérations sur les opérations de contre-achat dans les relations de commerce extérieur de la Roumanie », *D.P.C.I.*, 1982, p. 175.

(118) *Wertpapier-Mitteilungen*, 1972, p. 1251.

Une sentence C.C.I. rendue en 1982 a étendu à un contrat d'importation conclu entre une entreprise suisse et deux organismes d'Etat yougoslaves la nullité du contrat d'exportation qui en formait la contrepartie, dans la mesure où une disposition contractuelle particulière établissait une relation d'indivisibilité entre tous les aspects de l'opération (119).

Une contestation plus significative a été déferée récemment à l'Oberlandsgericht de Düsseldorf. Le litige opposait à une société pétrolière belge une entreprise allemande, qui avait conclu un contrat portant sur la livraison à une entreprise publique iranienne d'une usine clé en main. Pour obtenir le marché, l'entreprise allemande avait dû s'engager à acheter une quantité déterminée de pétrole brut iranien et, ne pouvant elle-même écouler ce produit sur le marché, elle avait fait appel à la société belge, laquelle avait repris ses obligations à cet égard. Le prix du pétrole à acquérir était toutefois supérieur au prix du marché et l'entreprise allemande s'était en conséquence engagée à verser à la société belge une compensation sous la forme d'un *Stützungsbetrag*. A la suite de difficultés survenues en Iran, le contrat « clés en mains » avait été mis à néant, cependant qu'une quantité de pétrole brut avait déjà été enlevée par la société belge, laquelle réclamait à l'entreprise allemande le versement de ce montant compensatoire.

La Cour allemande a fait droit à cette prétention, par confirmation d'un premier jugement rendu en 1981 par le Tribunal de Duisburg, considérant que la relation existant entre les contrats en l'espèce n'était pas telle que la disparition du contrat « clés en main » devait affecter le droit au montant compensatoire dû en exécution d'un contrat distinct, dans toute la mesure où le versement de ce montant n'était pas contractuellement subordonné à la bonne fin de l'opération principale. Sous l'angle de la bonne foi, la partie belge n'aurait d'ailleurs pu poursuivre l'annulation du contre-achat, sans en subir un préjudice personnel (120).

Les orientations suivantes nous paraissent pouvoir être suggérées en ce qui concerne le droit belge et les ordres juridiques similaires.

Il faut bien entendu partir du principe de l'autonomie de la volonté, que nous avons rappelé et auquel rien ne commande de soustraire le commerce de compensation, même si celui-ci implique pratiquement toujours la présence d'un Etat ou d'un organisme public dans la relation contractuelle. Il appartient donc aux parties de définir la nature des relations qu'elles entendent établir entre le contrat de vente et le contrat de contre-achat. Elles peuvent les concevoir comme deux contrats totalement indépen-

(119) Sentence n° 2930, *Y.C.A.*, 1984, p. 105.

(120) L'affaire est rapportée et commentée par C. GUYOT, étude citée in *The International Lawyer*, 1986, p. 321, spécialement p. 939. — Voir aussi MERCADAL et JANIN, « Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1982, p. 311. — D. M. PHILIPPE, « Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle », ouvrage cité, p. 11.

dants et abstraits l'un de l'autre ou l'inverse, avec une infinité de variantes possibles entre ces deux pôles extrêmes.

Si l'opération de compensation est conçue, aux termes d'un contrat-cadre ou d'un protocole préparatoire par exemple, de façon telle que l'exportation et le contre-achat se conditionnent l'un l'autre, chaque partie ne s'engageant dans un sens que parce que l'autre accepte le contrat réciproque correspondant, le juge ou les arbitres pourraient-ils légalement en déduire que l'on se trouve en présence de véritables rapports synallagmatiques? Nous le pensons (121) et le contrat principal pourrait en conséquence être lui aussi affecté par des incidents affectant directement le contre-achat, notamment par application de la théorie des risques.

En l'absence de stipulation particulière, on peut assurément considérer que le contrat de vente est au moins la cause du contre-achat, au sens du droit civil : l'exportateur occidental n'accepte le contre-achat qu'en considération de l'exportation que celui-ci conditionne. La disparition rétroactive du contrat principal, pour quelque motif que ce soit, devrait donc entraîner la disparition du contrat de contre-achat. L'abstraction impliquerait une solution opposée (*supra*, n° 10) mais en l'absence de clause expresse, on ne l'admettra avec prudence et circonspection que dans les cas où la volonté des parties sera tout à fait certaine, l'acte abstrait étant exceptionnel et la rédaction de contrats distincts n'impliquant pas à elle seule l'abstraction (122).

L'intervention d'un tiers que l'exportateur occidental charge de réaliser l'opération de contre-achat, dans la mesure où il n'est pas lui-même en position d'écouler les produits de compensation, complique évidemment la situation.

L'intervention du tiers peut théoriquement se concevoir de trois façons au moins (123), soit qu'il reprenne les obligations de contre-achat contractées par l'exportateur occidental aux termes d'une cession du contrat, soit qu'il intervienne comme agent d'exécution du contre-achat conclu préalablement par l'exportateur sans cession du contrat, soit encore que le contrat de contre-achat soit directement conclu par le tiers. Le rapport qui s'établit entre le contrat d'exportation et les relations qui se nouent ainsi entre le tiers et l'importateur étranger est susceptible de varier en fonction de ces diverses modalités d'intervention, étant entendu que les parties sont libres en outre de l'aménager comme elles l'entendent en dérogeant le cas échéant au système qui devrait normalement découler de ces modalités.

(121) En ce sens également, CAPATINA, étude citée, *D.P.C.I.*, 1982, p. 175, spécialement p. 180 et suivantes. — *Contra*, semble-t-il, M. FONTAINE, étude citée, in *D.P.C.I.*, 1981, spécialement p. 187.

(122) P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause... », *R.C.J.B.*, 1970, p. 328, spécialement n° 23. — J. GHESTIN, *Le contrat*, n° 891.

(123) Voy. la brillante synthèse de M. FONTAINE, étude citée, *D.P.C.I.*, 1981, p. 206 et suivantes.

En cas de cession de contrat, le cessionnaire se trouve aux droits et obligations du cédant, selon l'analyse moderne (124). Le cédé peut donc lui opposer toutes les exceptions qui eussent pu être opposées au cédant et inversement. Dans la mesure où l'on admet que le cessionnaire prend la place du cédant, tant activement que passivement (sans décharge du cédant bien entendu sauf accord certain du cédé à cette fin), il ne faut pas distinguer selon que l'exception est antérieure ou non à l'accomplissement des formalités destinées à rendre la cession opposable au cédé (125). L'incidence sur le contre-achat des événements affectant l'exportation et réciproquement pourrait donc être déterminée de la même façon qu'en cas de réalisation du contre-achat par l'exportateur lui-même sans recours à un tiers contre-acheteur (*supra*).

La même conclusion s'impose *a fortiori* lorsque ce dernier intervient comme simple agent d'exécution d'un contre-achat préalablement contracté par l'exportateur lui-même (126).

Une solution abstraite est plus difficilement concevable, dans les cas de conclusion directe du contre-achat par le tiers. Il faut alors déterminer, en fonction de la volonté des parties et des circonstances objectives de la cause, s'il existe ou non une relation d'interdépendance entre le contre-achat et le contrat d'exportation. On ne saurait écarter l'existence de pareille relation, au seul motif que les deux contrats sont conclus par des parties différentes. Notre droit n'est nullement hostile à la reconnaissance dans de tels cas d'un même rapport synallagmatique « multipartite » (127). La conclusion du contre-achat par le tiers pourrait aussi être analysée comme une conséquence de son adhésion à l'opération de compensation dans son ensemble, — cette adhésion dépendant des termes du contrat conclu entre le tiers et l'exportateur occidental pour les besoins du contre-achat, conformément à la théorie française de « l'après-acte » (128).

(124) P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit belge », in *La transmission des obligations — Travaux des IX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin*, p. 81, spécialement n° 70 et suivants. — On notera toutefois que par un arrêt du 4 mars 1982, la Cour de cassation de Belgique a consacré à nouveau une conception morcelée de la transmission *ut singuli* du contrat synallagmatique, contrairement à ce que l'on espérait de ses arrêts antérieurs (*R.C.J.B.*, 1984, p. 175 et la note du Professeur FONTAINE).

(125) Sur cette distinction dans la cession de créance *ut singuli*, P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations... », étude citée, spécialement p. 99, n° 19 et suivants.

(126) L'agent d'exécution n'est pas un tiers par rapport à la convention à l'exécution de laquelle il s'engage à pourvoir selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique: Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, 376. — 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 66. — 13 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, 1022. — Nous ne pouvons naturellement pas aborder ici l'importante controverse que cette décision a soulevée dans la doctrine belge. On consultera à ce sujet P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 211, n° 103 et les nombreuses références. — Adde P. H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, p. 417, n° 11.

(127) E. DIRIX, « De meerpartijen overeenkomsten », *T.P.R.*, 1983, p. 767.

(128) DEMOGUE, t. II, n° 530^{quater}. — Voy. aussi la remarquable thèse de E. DIRIX, *Obligationen verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, n° 85, comportant en outre une comparaison avec la doctrine allemande du *Vertragsbeitritt*.

La question de l'affectation des relations contractuelles existant entre l'exportateur occidental et le tiers contre-acheteur par des incidents affectant l'exportation est tout aussi délicate. Elle concerne essentiellement la paralysie éventuelle des commissions du contre-acheteur en cas d'incidents survenant dans le cadre du contrat de base entre l'exportateur occidental et sa contrepartie. En l'absence de dispositions contractuelles particulières, les distinctions suivantes doivent être faites à notre avis.

Les commissions acquises, à raison de contre-achats effectués au moment de la notification au tiers contre-acheteur de l'événement affectant l'exportation de base, ne sauraient être remises en cause, même si cet événement devait entraîner la disparition rétroactive des contrats (129).

Les commissions se rapportant à des contre-achats postérieurs à cette notification ne peuvent davantage être refusées au tiers contre-acheteur, si ce dernier est contraint d'exécuter le contre-achat, dans toute la mesure où ce dernier — directement conclu entre le contre-acheteur et la contrepartie de l'exportateur occidental (troisième cas de figure évoqué ci-dessus) — serait abstrait de l'exportation de base, — pour autant bien entendu que l'exportateur n'ait pas contractuellement interdit au tiers contre-acheteur de souscrire des engagements abstraits envers sa contrepartie.

La situation est plus complexe dans les cas où le contre-achat se trouve vis-à-vis du rapport de base dans une relation de dépendance telle que la contrepartie n'a pas le pouvoir de poursuivre l'exécution du contre-achat en dépit des incidents affectant le rapport de base (*supra*). Il faut alors se demander si la contrepartie et le tiers contre-acheteur pourrait néanmoins convenir d'exécuter le marché et si le contre-acheteur pourrait réclamer le paiement de ses commissions à l'exportateur occidental, l'intérêt du tiers contre-acheteur pouvant résulter de la nécessité de rentabiliser les investissements effectués en vue de l'exécution de l'opération dans son ensemble, voire plus simplement des engagements contractés envers les acquéreurs finals du produit de compensation.

L'exportateur occidental pourrait théoriquement faire valoir que, quelle que soit l'armature juridique dans laquelle l'intervention du tiers contre-acheteur se moule (conclusion directe du contre-achat par le tiers contre-acheteur, cession d'un contrat préalablement conclu par l'exportateur occidental, intervention comme simple agent d'exécution), cette intervention est la traduction d'une mission qu'il lui a confiée et que le contre-acheteur a acceptée comme telle, en sorte qu'il lui est loisible d'y mettre fin unilatéralement par application des principes qui régissent habituellement

(129) Comp. la solution appliquée en cas de dissolution d'un contrat d'entreprise partiellement ou totalement exécuté au moment où survient la dissolution : P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », à paraître dans la *Rev. crit. jur. belge*, n° 146. — *R.C.J.B.*, 1975, p. 621, n° 73.

les contrats dits d'activité pour autrui (130). Encore l'exportateur devrait-il alors indemniser le tiers contre-acheteur de tout son dommage, en ce compris de son manque à gagner (131), — ce qui fait pratiquement perdre tout intérêt au soutènement esquisé ci-dessus.

12. — *Contraintes « directes » résultant d'une loi tierce.* — Lorsque la contrainte étatique émane d'un ordre juridique tiers, qu'il s'agisse de la *lex fori* ou d'un autre droit encore, la question se pose en outre de savoir si et dans quelle mesure la contrainte doit être prise en considération.

On sait que la jurisprudence belge a tendance à considérer que la violation d'une norme impérative étrangère à la *lex contractus* n'emporte pas en soi une contravention à l'ordre public belge. Le contrat, soumis à la loi belge, pourra néanmoins être annulé, dès lors que la violation de la loi impérative étrangère sera la manifestation d'une cause immorale dans le chef des parties (132). D'assez nombreuses décisions consacrent une analyse identique dans d'autres pays (133). Celle-ci est parfois complétée par une référence à l'ordre public international, au droit des gens, à la courtoisie internationale, aux bonnes relations entre Etats, à la *comity* (134). Toutes ces notions impliqueraient la prise en considération de la norme impérative étrangère à la *lex contractus* et même étrangère à la *lex fori*.

Mais la détermination des effets de la contrainte sur le contrat s'effectue néanmoins conformément au droit des obligations contractuelles tel qu'il résulte de la *lex contractus*. La contrainte étatique est en d'autres termes considérée comme un fait qui s'insère dans la formation ou l'exécution du

(130) Voy. notre étude, « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », *R.C.J.B.*, 1981, p. 528, n° 4 *in fine* et la référence à FALQUE PIERROTIN, *Le mandat — ses éléments constitutifs, conséquences de son régime quant à certains contrats de prestation de services*, thèse, 1933, p. 90. — Voir aussi P. A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 131.

(131) Mais à l'exclusion du dommage moral si l'on fait application de l'article 1794 du Code civil, à tout le moins selon la jurisprudence belge : notre étude précitée, p. 533.

(132) Bruxelles, 24 mars 1987, *J.T.*, 1987, p. 343. — Com. Bruxelles, 19 avril 1968, *J.C.B.*, 1968, p. 765 avec les observations du Professeur RIGAUX. — Bruxelles, 13 mai 1936, *B.J.*, 1937, col. 4 avec l'avis de M. HAYOIT DE TERAICOURT. — Bruxelles, 17 février 1886, *Pas.*, 1886, II, 173. — Com. Bruxelles, 2 août 1905, *J.C.B.*, 1905, p. 434. — RIGAUX, *Droit international privé*, t. II, 1^{re} éd., n° 1142. — P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1976, p. 465, n° 27.

(133) Voy. les nombreuses références citées par M. EKELMANS, dans ses intéressantes « Observations sous une sentence arbitrale belge du 23 mars 1981 consacrant la thèse classique », *J.T.*, 1983, p. 727, spécialement notes 28 et 29. — Adde J. M. JACQUET, « Principes d'autonomie et contrats internationaux », *Economica*, 1983, n° 455 à 458 avec des références à la jurisprudence allemande et à la jurisprudence anglaise.

(134) Sur l'intéressante notion de « comity », voir la récente affaire *Allied Bank International v. Banco Crédito del Carthago*, commentée par J. BARIST, *Rev. dr. Aff. Intern.*, 1985, p. 851. — M. GIOVANOLI, *Actualités des eurodevises — A propos de deux décisions jurisprudentielles de la parution du premier traité systématique de droit privé des eurodevises*, même revue, 1986, p. 267. — RIGAUX, *Droit international privé*, t. I^{er}, 2^e éd., n° 87. — YNTEMA, « The 'comity' doctrine », *Mélanges Dolle*, t. II, p. 80. — R. ERGEC, *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc euro-sibérien*, p. 100 et la note 375.

contrat selon les cas, en fonction des catégories juridiques consacrées par la *lex contractus*. En particulier, c'est au regard de celle-ci que la validité du contrat ou l'existence d'une cause libératoire de responsabilité contractuelle seront appréciées, encore que la question mette en cause une mesure étatique en provenance d'un ordre juridique tiers.

Cette démarche est contestée par une partie de la doctrine moderne. On lui oppose la notion de « lois d'application immédiate », de laquelle ressortiraient la plupart des normes impératives impliquant une contrainte étatique sur les contrats. Celles-ci s'appliquent indépendamment du choix des parties et, en quelque sorte, en marge de la technique conflictualiste traditionnelle (135). Dans la mesure où l'on admet l'intrusion de ces normes tierces dans les contrats, il faudrait en accepter toutes les conséquences et définir au regard de ces seules normes les effets de la contrainte sur le contrat. La méthode classique serait d'autant moins admissible qu'elle reviendrait à considérer le droit étranger comme du fait alors que la Cour de cassation a consacré la solution contraire, en admettant que la violation de la loi étrangère constitue une ouverture à cassation au même titre que la violation de la loi belge (136).

La Convention européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée récemment en vigueur en Belgique, conforterait cette analyse, dans toute la mesure où elle prévoit que « lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature, de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

On invoque également l'article VIII, 2, b des Accords de Bretton Woods selon lequel « *Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained*

(135) La littérature concernant les lois d'application immédiate est extrêmement abondante. On en trouvera un exposé très clair dans la remarquable thèse de J. M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, 1983, n° 402 et suivants. — ADDE RIGAUX, *Droit international privé*, t. 1^{er}, 2^e éd., n° 273 et suivants, avec une bibliographie très complète. — « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », *Ann. Dr. Louvain*, 1983, p. 298, n° 20. — VAN HECKE, « International contracts and domestic legislative policies », *Festschrift Mann*, p. 183. — P. MAYER, « Le rôle du droit public en droit international privé », *R.I.D.C.*, 1986, p. 467.

(136) Voir not. M. EKELMANS, note citée, spécialement n° 11. — MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1980, p. 309. — Note sous Cass. fr., 8 mai 1974, *R.C.D.I.P.*, 1975, p. 452. — GOTHOT, « Loi monétaire tierce et loi du contrat », *Rev. Banque*, 1979, p. 70. — OPPETIT, note sous Cass. fr., 17 octobre 1972, *Clunet*, 1973, p. 717. — Sur la prise en considération du droit étranger au même titre que du droit belge par la Cour de cassation de Belgique, voir Cass., 18 juin 1981, *J.T.*, 1981, p. 653. — RIGAUX, « La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger », *R.C.J.B.*, 1982, p. 38.

or imposed consistently with this Agreement, shall be unenforceable in the territories of any member ».

Nous ne sommes pas du tout convaincus. La prise en considération des lois de police ou d'application immédiate étrangères à la *lex contractus*, et même à la *lex fori* (137), n'est pas critiquable en soi et la Convention européenne précitée peut assurément être invoquée à l'appui de la reconnaissance du procédé dans son principe. Mais il n'en résulte nullement que les conséquences de cette prise en considération sur les obligations contractuelles des parties, du point de vue du droit des contrats, doivent inconditionnellement échapper à la *lex contractus*. Les instruments internationaux cités ci-dessus ne consacrent d'ailleurs pas cette doctrine (138).

Dans de très nombreux cas, la norme d'application immédiate s'applique à l'une des opérations impliquées par le contrat et elle a pour seul objet de l'interdire ou de la soumettre à des modalités impératives, comme nous l'avons vu à propos de la réglementation française des changes par exemple. Il serait donc concrètement impossible de définir sur la base de cette seule norme les effets de la contrainte sur le contrat du point de vue du droit des obligations, à moins d'appliquer le droit des contrats de l'ordre juridique dont provient la loi d'application immédiate. Mais cela reviendrait à évincer totalement la *lex contractus*, ce qui paraît inadmissible. Tout au plus peut-on admettre que la prise en considération d'une norme d'application immédiate étrangère à la *lex contractus* justifie la nullité du contrat sur la base de cette norme, lorsque celle-ci a précisément pour objet d'édictier cette nullité selon telle ou telle condition particulière qui n'auraient pas été respectées en l'espèce (139).

Encore faut-il naturellement que la contrainte étatique résultant de la loi tierce, lorsque celle-ci ne coïncide pas avec la *lex fori*, ne soit pas contraire à l'ordre public international de l'Etat du for (140). La prise en considération

(137) La question est discutée mais une fraction notable de la doctrine moderne se prononce dans le sens indiqué au texte, avec des nuances diverses : voir not. VAN HECKE et LENAERTS, « Internationaal privaatrecht », *A.P.R.*, 1986, n° 189. — BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1^{er}, 7^e éd., n° 576. — HANOTIAU et FALLON, « Chronique de jurisprudence — Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles », *J.T.*, 1987, p. 106, n° 40. — O. LANDO, « Party autonomy in the E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations », in *L'influence des Communautés Européennes sur le droit international privé des États membres*, p. 204 et 205. — Fr. RIGAUD, *Droit international privé*, t. II, n° 1144. — MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, p. 277, n° 38. — SCHULTZ, « Rapport », in *Travaux du comité français du droit international privé*, 1983-1984, p. 40 et suivantes. — STRUYKEN, « Note sous Hoge Raad, 13 mai 1966 », *R.C.D.I.P.*, 1967, p. 527. — TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, n° 260 et suivants.

(138) « Prendre en considération » n'est évidemment pas la même chose qu'appliquer inconditionnellement et globalement une loi étrangère déterminée. Pour ce qui concerne l'article VIII précité des accords de Bretton Woods, dans le sens indiqué au texte, VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, p. 253 *in fine*. Voir aussi la jurisprudence citée par L. SIMONT, « Misbruik van documentaire krediet », *T.P.R.*, 1986, p. 85, n° 14.

(139) Pour un exemple, voy. *supra*, note 37.

(140) Comp. N. WATTÉ, *La loi applicable aux droits et devoirs des époux*, n° 160, selon laquelle « il paraît souhaitable que le juge belge puisse se référer aux lois d'application immédiate

de la contrainte étatique étrangère fait d'autre part l'objet d'une vive controverse dans la doctrine moderne, lorsque la contrainte est conçue comme devant avoir un effet extraterritorial (141).

La transposition de ces principes en matière d'arbitrage international fait l'objet de controverses dans la doctrine moderne (142) et la jurisprudence arbitrale paraît divisée (143). On s'est en particulier demandé si la prise en considération de contraintes découlant d'une loi tierce par rapport à la *lex contractus* est compatible avec le mandat que les arbitres tiennent des parties, particulièrement lorsque la *lex contractus* est expressément désignée par celles-ci. La prise en considération de la loi tierce, sans éviction de la *lex contractus* dans la mesure où celle-ci demeure compétente pour la détermination des effets de la contrainte sur le contrat, conformément aux catégories du droit des obligations, nous paraît devoir échapper à la critique.

13. — *Conclusions.* — Nous croyons pouvoir nous résumer comme il suit.

Les contraintes étatiques « directes » découlant de l'ordre juridique de la *lex contractus* sont susceptibles de traitements divers en droit des obligations, en fonction de leur objet et de l'objet ou de la cause du contrat : nullité absolue du contrat, application du régime de la condition suspensive, application de la notion de force majeure. Nous nous sommes efforcés de mettre en lumière les conditions et modalités particulières d'application de ces concepts appliqués au contrat économique international.

Il en résulte d'une manière générale que le droit des obligations fournit des solutions souples et équilibrées aux difficultés qui peuvent résulter de l'exercice d'une contrainte étatique sur le contrat, pour peu que l'on se donne la peine d'en creuser toutes les possibilités, en s'écartant des juge-

étrangères, à la condition toutefois qu'il y ait identité d'objectifs entre les deux législations, à savoir que cette loi corresponde à une politique commune à l'Etat étranger et à l'Etat du for, ce qui obligera le juge à rechercher l'intention du Législateur étranger ».

(141) RIGAUD, *Droit international privé*, t. I^{er}, 2^e éd., n° 184 et suivants. — Voir en particulier l'étude de R. ERGEO, *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc euro-sibérien*, précitée. — J. M. JAQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Clunet*, 1985, p. 327. — B. AUDIT, « Extraterritorialité et commerce international », *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 401. — VAN HECKE, *The effect of economic coercion...*, cette revue, 1984-1985, spécialement p. 121.

(142) Voy. P. MAYER, « L'interférence des lois de police », in *L'arbitrage commercial international — L'apport de la jurisprudence arbitrale*, séminaire organisé par la CCI les 7 et 8 avril 1986. — Y. DERAÏNS, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1986, p. 305.

(143) En faveur de la prise en considération de contraintes résultant d'une loi tierce : sentences CCI n° 2216 (*Clunet*, 1975, p. 917), n° 2139 (*Clunet*, 1975, p. 929), n° 2138 (*Clunet*, 1975, p. 934). Voir aussi la sentence n° 1859, rapportée par Y. DERAÏNS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales », *Rev. Arb.*, 1973, p. 122, la sentence n° 2136 également rapportée par DERAÏNS, *op. cit.*, et une sentence du 11 janvier 1982, *Y.C.A.*, 1983, p. 158. — A l'encontre de toute prise en considération, voir sentence CCI n° 1399, rapportée par J. M. D. LEV, *Applicable law in international commercial arbitration*, p. 550, ainsi qu'une sentence rendue le 28 janvier 1976 par la Cour d'arbitrage de la Chambre du commerce extérieur de Berlin, *Y.C.A.*, 1979, p. 197.

ments de valeur approximatifs le plus souvent dictés par des *a priori* idéologiques ou politiques.

Deux questions particulières demeurent toutefois délicates. Elles concernent d'une part l'extériorité du fait du Prince dans les contrats conclus avec des entreprises publiques et l'étendue des effets de la contrainte dans les opérations complexes, notamment en matière de *countertrade*. Les concepts classiques du droit des obligations en permettent néanmoins aussi une approche cohérente.

Les questions liées à la contrainte étatique provenant d'une loi tierce n'appellent pas des solutions fondamentalement différentes. Sous réserve classique de l'ordre public international lorsque la loi tierce n'est pas la *lex fori*, il paraît justifié de « prendre en considération » les contraintes résultant d'ordres juridiques étrangers à la *lex contractus* ; mais les conséquences de cette prise en considération sur le contrat, du point de vue du droit des contrats, doivent en principe être déterminées sur la base des catégories de la *lex contractus*. Cette thèse présente en outre l'avantage d'être applicable en matière d'arbitrage sans contrevenir au caractère contractuel — au moins partiellement — de l'institution (144).

Novembre 1987.

(144) Pour un aperçu d'ensemble des controverses relatives au caractère contractuel ou juridictionnel de l'arbitrage, voir HUYS et KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, n° 29 et suivants.