

Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ?

Issu de Gazette du Palais - 09/05/2017 - n° 18 - page 18
ID : GPL293q9

Auteur(s):

- Laurent Archambault, avocat à la cour, SELENE Avocats, Paris
- Déborah Faucher, élève-avocat (EFB)

La réforme du droit des obligations a consacré la théorie de l'imprévision jusqu'alors rejetée. Désormais, le juge doit donc rétablir l'équilibre d'un contrat, dont les conditions d'exécution ont été gravement modifiées, au détriment de l'une des parties, par la survenance d'événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Cette révision judiciaire n'est pas sans conséquences sur la vie pratique des affaires.

Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO : 11 févr. 2016

C. civ., art. 1195

Le contexte de crise économique et de bouleversements politiques dans lequel nous nous trouvons, appelle traditionnellement des réformes législatives.

Alors que l'inflation législative bat son plein, le droit des contrats demeure la seule pierre d'origine de l'édifice napoléonien, le Code civil de 1804.

Depuis la célébration du bicentenaire du Code Napoléon en 2004, la nécessité d'une refonte du droit des obligations s'est imposée.

En 2012, la réforme a pris un tournant décisif. Un avant-projet de réforme a vu le jour avec un but assumé : rendre le droit français plus lisible, prévisible et attractif pour les investisseurs étrangers, un « droit adapté aux enjeux du monde économique contemporain » (Meunier G., LPA, 30 déc. 2016, n° 122p5, p. 3)

Entérinée par voie d'ordonnance le 10 février 2016 (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 : JO, 11 févr. 2016), la réforme du droit des contrats innove... et intrigue. Si certaines notions « phares » restent inchangées, la révision des contrats quant à elle, est amenée à évoluer.

Le principe *pacta sunt servanda*, connu de nombreux systèmes juridiques, prévoit l'intangibilité des conventions. Le contrat constitue la loi des parties, sans qu'on puisse y déroger aisément, sauf pour des raisons d'ordre public.

Toutefois, d'un point de vue économique, les capacités de financement des parties, leurs aspirations et la conjoncture économique ne demeurent pas nécessairement figées.

Comment faire face à la hausse du cours des matières premières, pierre angulaire de nombreux contrats ? Quid des droits de douane et de leur impact sur le coût de l'exécution des obligations contractuelles ? Le contrat doit-il rester une « statue de pierre » luttant inlassablement contre vents et marées ?

Ces évolutions naturelles, liées aux conjonctures économiques et sociales, peuvent bouleverser le contrat. On parle alors d'imprévision.

Le contrat en tant qu'instrument juridique doit donc pouvoir s'adapter aux conjonctures et problématiques nouvelles. C'est en tout cas le constat auquel sont parvenus nombre de systèmes juridiques nationaux, mais aussi les rédacteurs des principes Unidroit (art. 6.2.2 et 6.2.3 de la version 2010) ou ceux des principes européens du droit des contrats (PEDC, art. 6.1.1.1). Seul le droit des contrats faisait encore barrage en France. Ce n'est qu'au terme d'une longue gestation que le nouvel article 1195 du Code civil a finalement vu le jour.

Cet article vedette de la réforme instaure la théorie dite de l'imprévision. Celle-ci désigne la situation dans laquelle le juge doit

rétablir l'équilibre d'un contrat, dont les conditions d'exécution ont été gravement modifiées, au détriment de l'une des parties, par la survenance d'événements imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Cet article prévoit ce que l'on peut appeler une « révision judiciaire » du contrat. Entrée par la (grande) porte de la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la révision pour imprévision devra trouver sa place dans l'arsenal juridique et judiciaire du droit privé français.

Le rejet initial catégorique ayant laissé place à une révision encadrée, seront envisagés l'état du droit antérieur (I) ainsi que les nouveautés intronisées par la réforme (II) et leurs conséquences sur la vie pratique des affaires (III).

I. Comment le droit privé français appréhendait-il la révision pour imprévision avant la réforme ?

A. La force obligatoire et la volonté des parties, fondements du rejet de l'imprévision

Contrairement à l'ordre administratif, qui autorise la révision pour imprévision, l'ordre judiciaire français s'y refusait catégoriquement.

Le Code civil de 1804 était parfaitement silencieux quant à l'incidence éventuelle du changement de circonstances imprévisible, en cours d'exécution du contrat.

Étant considérée comme une atteinte à la force obligatoire des conventions, la jurisprudence, suite à l'arrêt, ô combien fameux, du *Canal de Craponne* (Cass. civ., 6 mars 1876), rendu il y a plus de 140 ans, rejetait l'imprévision d'un revers de main. Depuis, ni le juge judiciaire, ni le législateur, n'avaient osé remettre en cause cette règle absolue, jugeant « que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

Une opposition semblait se dresser entre force obligatoire du contrat et théorie de l'imprévision. La règle posée au feu article 1134 du Code civil était générale et absolue. Il convenait alors de rejeter toute immixtion d'une quelconque équité venant justifier l'intervention du juge pour modifier le contrat in fine. Les parties demeuraient reines de leur contrat, de leurs volontés. La doctrine volontariste avait alors la mainmise sur l'appréhension de l'imprévision, et personne n'y faisait obstacle.

B. De rares tempéraments

Quelques tempéraments au refus d'admission de la théorie de l'imprévision, certes peu nombreux, avaient pu être constatés. Ainsi, dans deux arrêts de 1992 ([Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547](#)) et 1998 ([Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18357](#)), il avait été question de prendre en considération les changements de circonstances pour envisager une modification contractuelle.

Une décision dite *Soffimat* ([Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369](#) : RTD civ. 2011, p. 87) avait également été interprétée comme un tempérament du refus de l'imprévision, sans pour autant aboutir à une admission de la théorie. En effet, l'arrêt, rendu au visa de l'article 803 du Code de procédure civile, concernait la procédure des référés, ce qui en limitait la portée.

Cette jurisprudence consacre davantage une obligation de renégocier de bonne foi, la sanction étant la responsabilité ou la caducité suivant les arrêts. Le professeur Nicolas Molfessis a par ailleurs démontré qu'une telle lecture des arrêts *Soffimat* n'aboutissait nullement à l'admission de la révision pour imprévision.

Il revenait au législateur, et à lui seul, de consacrer une telle révolution, en admettant l'imprévision en droit des contrats, pour que celle-ci revête un caractère général.

II. L'article 1195 du Code civil et les conditions d'application de l'imprévision

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

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation.

À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

A. La nécessité d'un « changement imprévisible de circonstances en cours d'exécution »

Le changement désigne une mutation, le passage d'un état à un autre. Un bouleversement n'est néanmoins pas requis. L'idée de changement suppose qu'il soit postérieur à la conclusion du contrat.

On peut regretter que rien n'ait été défini quant aux types de circonstances en cause, celles-ci pouvant dès lors être économiques (augmentation du prix des matières premières), financières (crise économique, effondrement de la place boursière), juridiques (modifications législatives) ou encore technologiques. L'absence de limite étonne, autant qu'elle inquiète (colloque de la *Revue des contrats*, 23 mars 2017, intervention de Charles Gijssbers).

Quant au critère d'imprévisibilité, un auteur (Gijssbers C., op. cit.) a précisé que peu d'événements étaient véritablement imprévisibles, de sorte que le texte n'aurait que de rares occasions de s'appliquer...

B. Onérosité excessive de l'exécution pour l'une des parties

Le critère retenu par le nouvel article pour ouvrir la possibilité d'une renégociation en cas d'événement imprévisible est un critère d'ordre financier. L'exécution du contrat deviendrait ainsi « excessivement onéreuse » pour l'une des parties.

L'onérosité excessive devra d'abord être distinguée de l'impossibilité d'exécuter, qui, potentiellement, renverrait à la force majeure. Aucun seuil n'a été fixé, il s'agirait juste d'un lourd fardeau, qui pèserait sur l'une des parties, augmentant considérablement le coût de l'exécution.

Dès lors, se pose la question des éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère excessivement onéreux de l'exécution d'un contrat. Un auteur s'interroge sur la possibilité de retenir « le profit subsistant, le bénéfice perdu, la durée restant à courir du contrat, les projections qui pourraient corriger la situation » (Molfessis N., « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G, 21 déc. 2015, 1415).

C. Non-acceptation du risque d'assumer le contenu du contrat

Le nouveau texte subordonne son application à la non-acceptation du risque par la partie qui demande la révision. Il reviendra donc au juge de rechercher si le contrat n'a pas été conçu comme un contrat aléatoire.

En toute hypothèse, il semblerait que l'imprévision n'ait vocation à être admise que strictement, une partie ne pouvant, par exemple, l'invoquer si elle a accepté un déséquilibre du contrat dès sa conclusion par sa négligence ou son imprudence (Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004, n° 01-15804).

D. Absence de faute du demandeur

Le demandeur ne peut pas invoquer un événement dont il est à l'origine. Cette condition, si elle n'est pas posée explicitement par le texte, est l'expression d'une règle jurisprudentielle de droit commun. La même règle s'applique en droit administratif.

III. Le nouvel article 1195 du Code civil : révolution ou mirage ?

L'introduction de la révision pour imprévision constitue l'un des changements les plus discutés et controversés de la réforme du droit des contrats, tant dans son principe que dans ses modalités. Son mécanisme entraînera une évolution certaine de la pratique.

A. L'imprévision : un moteur à trois temps ?

Le préalable : des renégociations menées de bonne foi. En premier lieu, l'une des parties pourra demander la renégociation du contrat à son cocontractant. Cette phase repose sur l'initiative des parties. Les praticiens s'interrogent déjà sur l'opportunité de ce rappel. Une telle codification dans le monde des affaires était loin d'être indispensable, la négociation étant toujours envisageable...

2^e temps : décision conjointe de résolution du contrat ou bien d'un recours concerté au juge. En second lieu et seulement en cas d'échec ou de refus de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat. Notons au passage le risque d'un chantage de la part d'une partie : en effet, la menace de la fin du contrat peut constituer un levier pour imposer la renégociation.

Alternativement, les parties peuvent adresser une demande conjointe d'adaptation au juge. Il s'agirait ici d'une adaptation et non d'une réfaction du contrat, le pouvoir du juge restant limité.

Là encore, le commun accord en cas de changement imprévisible des circonstances, rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties seulement, paraît quelque peu illusoire... Si pour l'une des parties, l'exécution devient excessivement onéreuse, on peut douter du désir pour l'autre de solliciter une adaptation du contrat, celle-ci n'en tirant pas nécessairement d'intérêt.

3^e temps : le cœur de l'article 1195 du Code civil : un choix entre révision facultative et fin du contrat. C'est la véritable innovation de ce texte. À défaut d'accord entre elles, *l'une des parties* pourrait demander au juge de mettre un terme au contrat, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Le juge a donc la faculté de mettre un terme au contrat. Il est craint que les juges optent de manière quasi automatique pour la fin du contrat, afin de permettre un « lissage » de la loi nouvelle. Toutefois, le juge ne sera pas en mesure de conclure d'autorité une nouvelle convention (et l'on peut s'en réjouir).

Alors qu'on refusait traditionnellement au juge, par défiance et méfiance, un rôle de révision, l'article 1195 du Code civil est venu offrir deux options aux parties et aux magistrats :

- Réviser le contrat « et donner une nouvelle sève au contrat » ;
- Résilier le contrat car le changement de circonstances a rompu l'équilibre initial souhaité (Colloque sur la réforme du droit des contrats : incidences sur la vie des affaires, Lyon, 24 mars 2017, intervention de Nicolas Molfessis).

B. Une évolution de la pratique pressentie

La clause de hardship, préalable à l'imprévision ou garde-fou ? Liberté est laissée aux parties, en amont de la signature, de prévoir l'adaptation du contrat, en prévoyant une clause de hardship (signifiant dureté en anglais) ou une clause « MAC » (clause de « changement significatif défavorable »).

La clause de hardship, parfois appelée clause de sauvegarde, est la clause par laquelle les parties entendent résoudre l'évolution particulièrement imprévisible et dommageable des données économiques pour l'une des parties contractantes.

Les parties prévoient donc, de manière pratique, un seuil au-delà duquel elles estiment que l'exécution du contrat est manifestement onéreuse pour l'une d'entre elles. Elles envisagent également un processus de renégociation.

Il est à noter que les clauses de hardship se rapprochent des clauses MAC, souvent introduites dans certains contrats.

La clause MAC a pour objet de protéger l'acquéreur contre la survenance, entre la signature du contrat et la réalisation de l'opération, d'un changement significatif défavorable.

Ces clauses sont de plus en plus fréquentes et pourraient être envisagées comme une adaptation du contrat en prenant en compte le risque. Elles permettent d'imposer à l'autre partie la renégociation du contrat ; ce processus étant perçu comme « un préalable à l'intervention du juge ».

Quel impact de la théorie de l'imprévision sur la pratique des affaires ? Professionnels et universitaires insistent sur le fait que l'application de cet article risque d'être limitée par deux facteurs :

- Le faible nombre de contrats à exécution successive (les parties sont réticentes à s'engager dans la durée, sauf dans certains secteurs) ;
- Le caractère supplétif de volonté du nouveau texte instauré par la réforme : l'article 1195 du Code civil n'est *pas d'ordre public* : les parties peuvent donc exclure l'application de cette révision pour imprévision. Les professionnels interrogés envisagent majoritairement de déroger à la possibilité d'une révision judiciaire en amont de la relation contractuelle.

Se pose enfin la question du possible dépeçage de cette dérogation. Les praticiens sont avisés qu'il conviendra d'être vigilant quant à l'application de cette clause. L'article en question laisse présager que l'on puisse y déroger par partie (en excluant par avance la possibilité pour le juge de « réviser », tout en lui laissant la possibilité d'y « mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe » par exemple). La doctrine volontariste y trouvera donc son compte...

Pour l'heure, il est davantage conseillé de prendre le temps de se projeter « loin devant le contrat » et de jauger le risque d'un déséquilibre intervenant en cours d'évolution du contrat ; si ce risque est important, la question se pose, lors des négociations précontractuelles de l'éviction de l'article 1195 du Code civil et du recours à une clause de hardship ou à une clause MAC soigneusement négociée.

En effet, une difficulté subsiste et alerte : l'insécurité contractuelle qui pourrait découler de ce rééquilibrage opéré par le juge le cas échéant et le moment venu. Toutefois, l'objectif de protection de la partie en situation de faiblesse, victime de ce déséquilibre important, a pris le dessus sur ce risque d'insécurité. Reste à savoir quelle sera la véritable portée de cette « apparente » révolution sur la vie des affaires...

IV. Conclusion : L'imprévisible futur de l'imprévision et la crainte d'un pouvoir excessif confié aux juges, eux-mêmes réservés par ailleurs

À une époque où la question de la libéralisation de notre droit cristallise les débats, entre fidèles supporters de la liberté des parties et ardents défenseurs de leur protection, ce texte penche davantage vers une approche sociale, où le juge apparaît comme le « sauveur » d'un contrat devenu impraticable. Ce pouvoir très important n'est encadré par aucune directive, et la modification est laissée à l'appréciation du juge, sauf si les parties l'organisent en amont. On s'étonnera de cette tâche laissée au juge, qui n'est pas toujours rompu aux pratiques des affaires et aux calculs complexes de rentabilité.

Ce risque d'aléa est craint, notamment par les juges consulaires, dont certains ont récemment précisé qu'ils accorderaient une attention particulière à ces hypothèses d'imprévision, inquiets de leur nouveau rôle suite à l'instauration de cette révision (Colloque sur la réforme du droit des contrats : incidences sur la vie des affaires, Lyon, 24 mars 2017, intervention des juges consulaires présents). Et le professeur Philippe Stoffel-Munck d'ajouter : « les juges ne semblent pas très désireux d'être chargés de refaire les contrats. Retailler un contrat vif ferait peser sur les magistrats une responsabilité qu'ils ne sont guère formés pour assumer » (Stoffel-Munck P., « La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision », AJ Contrat d'affaires, juin 2015, n°262).

Traditionnellement, le juge se place en retrait des parties, dit le droit, et tranche les litiges sans être le rédacteur d'une convention devenue irréalisable. Aujourd'hui, on s'interroge légitimement sur ce nouveau rôle du juge après l'ordonnance du 10 février 2016. Charles Gijssbers nous interpelle : « Faut-il avoir peur du juge ? Serait-ce plus dangereux de laisser main libre à une compagnie pétrolière ? » (Colloque de la *Revue des contrats*, 23 mars 2017).

La doctrine solidariste quant à elle, soutient fermement cette possibilité de révision, qui jouerait comme une « soupape de sécurité pour la partie en situation de faiblesse » (Molfessis N., op. cit.).

L'objectif de sécurité juridique, pourtant arboré fièrement par les auteurs de la réforme, ne paraît pas pleinement atteint. La question d'un éventuel contrôle opéré par la Cour de cassation sur ces questions de révision judiciaire, reste également entière.

Entre inquiétudes et engouement, la révision pour imprévision ne laisse personne indifférent. L'article 1195 nouveau du Code civil pose d'innombrables questions auxquelles l'utilisation par les praticiens et la jurisprudence apporteront bientôt de nouveaux éléments de réponses.

Issu de Gazette du Palais - 09/05/2017 - n° 18 - page 18

ID : GPL293q9

Permalien : text.so/GPL293q9

Auteur(s) :

- Laurent Archambault, avocat à la cour, SELENE Avocats, Paris
- Déborah Faucher, élève-avocat (EFB)