



HAL
open science

L'adaptation du contrat aux changements de circonstances

Guillaume Lacroix

► **To cite this version:**

Guillaume Lacroix. L'adaptation du contrat aux changements de circonstances. Droit. 2015. dumas-01317150

HAL Id: dumas-01317150

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01317150>

Submitted on 18 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Guillaume LACROIX

L'adaptation du contrat aux changements de circonstances

Année universitaire 2014/2015

Sous la direction de M. LACHIEZE Christophe

J'adresse mes remerciements à Monsieur Christophe LACHIEZE, professeur à l'université de Reims Champagne Ardenne. En tant que directeur de mémoire il m'a guidé dans mon travail.

Je remercie Monsieur Emmanuel BROCARD, directeur du Master II Droit des Affaires Droit des PME/PMI, qui m'a permis d'intégrer cette formation et, l'ensemble des professeurs qui sont intervenus au cours de cette année universitaire.

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	Alinéa
art.	Article
Bibl.dr.priv.	Bibliothèque de droit privé
Bull.civ	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation
C.civ.	Code civil
C.	Code
CA.	Cour d'Appel
Cass.	Cour de Cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation
Comm.	Commentaire
D.	Dalloz
DP	Dalloz périodique
éd.	Edition
esp.	Espèce
Gaz.Pal	Gazette du Palais
infra	Ci-dessous
J.C.P	Jurissclasseur périodique (semaine juridique)
L.	Loi
L.G.D.J	Librairie générale de droit et jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Mixt.	Chambre mixte de la Cour de Cassation
N°	Numéro
obs.	Observations
op. cit.	Opus citatum
p.	Page
pré.	Précédent
préf.	Préface
rapp.	Rapport

req.	Chambre des requêtes
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant
sect.	Section
spéc.	Spécial
suppl.	Supplément
supra.	Ci-dessus
synth.	Synthèse
t.	Tome
th.	Thèse
v.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Partie 1/ La possible anticipation contractuelle d'un changement de circonstances

Chapitre 1/ Les clauses contractuelles permettant l'adaptation du contrat

Section 1/ Présentation des différents types de clause

Section 2/ La clause de hardship ou comment renégocier l'imprévu

Chapitre 2/ L'efficacité des clauses de hardship

Section 1/ L'adaptation et ses conséquences

Section 2/ la clause de hardship, vecteur de sécurité

Partie 2/ L'adaptation du contrat au nom de la justice contractuelle

Chapitre 1/ Vers la modernisation de la conception du contrat

Section 1/ Les origines de la théorie de l'imprévision et du principe d'intangibilité

Section 2/ La pondération contemporaine de l'intangibilité contractuelle

Chapitre 2/ La réception de l'imprévision et ses incertitudes

Section 1/ L'avenir de la théorie de l'imprévision

Section 2/ Un projet en adéquation avec notre philosophie du contrat ?

INTRODUCTION

1. Il n'est plus discuté aujourd'hui qu'un contrat peut être déséquilibré. Nous sommes loin des illusions de la doctrine du XIX^{ème} siècle qui voyait dans la liberté contractuelle la garantie de la justice contractuelle. Le problème de l'imprévision se pose lorsqu'un contractant se trouve obligé d'exécuter une obligation, alors que la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles au jour de la conclusion du contrat rend cette exécution beaucoup plus difficile ou onéreuse. La vocation de toute obligation est d'être exécutée telle qu'elle a été conçue. C'est le principe d'intangibilité des contrats, principe essentiel du droit Français, ou celui de la force obligatoire des contrats qui impose le respect de la parole donnée. Le créancier d'une obligation a le droit d'en obtenir l'exécution et ce, telle qu'elle a été contractée. La force obligatoire du contrat est « un principe universel qui rend seul possible le commerce entre les hommes »¹.

2. La théorie de l'imprévision propose de modifier le contrat de façon à « soulager le cocontractant surchargé par les circonstances »². L'admission de la théorie de l'imprévision irait à l'encontre de ces principes. C'est pourquoi la Cour de Cassation dans le très célèbre arrêt Canal de Craponne du 6 mars 1876³, rejette la théorie de l'imprévision en droit privé. La Haute juridiction refusa aux juges du fond le pouvoir de réviser les redevances dues par les bénéficiaires d'un droit d'arrosage au propriétaire du canal d'irrigation, bien qu'elles aient été fixées par des contrats datant de trois siècles et que les frais d'entretien aient décuplé depuis. Ce refus de la théorie de l'imprévision a été réaffirmé avec constance dans de nombreux

¹ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, 3^{ème} édition 2005, P. 374.

² H. Bouthinon-Dumas, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, revue internationale de droit économique 2001/3.

³ Cass. civ. 6 mars 1876, Dalloz 1876, 1, p. 193, note Giboulot ; S. 1876, 1, p. 161 ; GAJ civ. 2000, n°163.

arrêts⁴. A noter que la position en droit administratif est divergente, en effet le Conseil d'Etat a admis la théorie de l'imprévision dans son arrêt Gaz de Bordeaux du 30 mars 1916⁵

3. La position du droit français en matière d'imprévision fait l'objet de plusieurs critiques par une large partie de la doctrine et celles ci semblent être justifiées. La position française est aujourd'hui isolée. Après la guerre, le bouleversement de la situation économique et la dépréciation monétaire ont conduit à penser que l'idée de justice devait conduire à l'autorisation de la révision de certains contrats et ce au nom de l'équilibre contractuel. Une « correction⁶ » du contrat serait utile, aussi bien d'un point de vue économique car elle permet de sauver le contrat que d'un point de vue strictement juridique, puisqu'elle autorise la restauration de la justice contractuelle. L'utilité d'une telle correction est reconnue en droit du commerce international, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aussi bien que les principes Unidroit en font foi en prévoyant plusieurs voies de correction. L'adaptation du contrat est admise dans de nombreux droits étrangers, particulièrement dans une majorité des autres Etats membres de l'Union Européenne qui connaissent la révision pour cause d'imprévision. Il est évident que dans l'objectif d'harmonisation du droit européen et la perspective d'un code européen des contrats, l'admission quasi généralisée de l'imprévision conduit à nous interroger sur l'évolution de notre droit.

4. En droit français, notre attention est retenue par les atteintes portées aux principes et concepts essentiels. Qu'un contrat soit déséquilibré peut paraître surprenant. Le contrat ayant été voulu par les auteurs, il est difficilement concevable qu'il puisse être préjudiciable pour l'une des deux parties au contrat : « qui dit contractuel, dit juste⁷ ». Pourtant personne ne peut soutenir aujourd'hui qu'un contrat ne puisse être déséquilibré. D'une part certaines branches du droit, telles que le droit du travail, des assurances ou de la consommation ne se conçoivent sans l'idée d'un déséquilibre potentiel. C'est pourquoi le législateur et la jurisprudence interviennent afin de rétablir un certain équilibre, en protégeant la partie faible et en

⁴ Cass. civ. 6 juin 1921 : DP 1859, 1, p 109 ; Cass. civ. 15 nov 1993 : Gaz. Pal. 1934, 1, p 68 ; Cass. comm. 18 déc. 1979 : Bull. civ. 1979, IV, n°339 ; RTD civ. 1980, p. 780, Obs. G. Cornu ; CA Paris, 19 sept. 1997, inédit, cité et commenté par B. Fages et J. Mestre, l'influence du droit de la concurrence sur le contrat : RTD com. 1998, p.80.

⁵ CE, 30mars 1916 : Rec. CE 1916, p. 125, concl. Chardenet ; S. 1916, 3, p. 17, concl . Chardenet et note Hauriou ; RD publ. 1916, p. 388, note Jèze.

⁶ La correction du contrat, notion utilisée par Gaël PIETTE, Tome I, presses universitaires d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires.

⁷ A. FOUILLEE, la science sociale contemporaine, Hachette, 2^{ème} édition, 1885, p.410.

alourdissant les obligations du contractant placé en situation de supériorité⁸. D'autre part, la durée de certains contrats successifs permet de penser que leur exécution soulèvera des difficultés croissantes au fur et à mesure que s'éloigne la date de conclusion. Cette donnée, inséparable de tous les contrats de longue durée, est ressentie particulièrement dans les contrats internationaux. Il en est ainsi notamment dans les contrats très importants relatifs aux matières premières et sources d'énergie tel que le gaz ou le pétrole. Ces contrats s'insèrent dans un environnement économique et politique en mutation constante, ce qui est générateur d'instabilité et des conflits peuvent opposer les pays producteurs et les pays consommateurs. L'exécution de ces contrats présente une importance essentielle pour les parties, en raison des intérêts en jeu, mais également pour les Etats. Il s'agit de contrats de longue durée, dont l'équilibre peut être bouleversé par la survenance d'événements difficilement évitables mais dont les partenaires souhaitent assurer la continuation.

5. Il n'est pas nécessaire d'être un spécialiste du droit pour se rendre compte de l'importance des contrats dans la vie quotidienne des personnes, des entreprises. Un simple acte usuel peut se percevoir à travers la notion de contrat, comme le fait d'acheter du pain. L'idée ici ne sera pas de s'attarder sur un type de convention particulière, mais de s'intéresser à la théorie générale des contrats entendue au sens large. Ainsi il faudra mettre en avant notamment les différents mouvements d'idées entourant le domaine des contrats, pour constater leur force et fondement. Le contrat est défini comme un accord de volontés destiné à créer des obligations. Aux termes de l'article 1101 du code civil est « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose* ». Le contrat n'est pas un instrument juridique et économique immuable. Le contrat est en quelque sorte dépendant des idées économiques et philosophiques qui sont prépondérantes. Une politique sociale et une économie dirigée imposera un cadre très strict, contrairement à une pratique libérale qui laissera davantage de liberté aux individus.

6. Une majorité de la doctrine s'accorde pour dire que, à sa création, le code civil a consacré la théorie de l'autonomie de la volonté contractuelle. Cette théorie repose donc sur l'idée d'une grande liberté économique et une philosophie individualiste. Cette théorie a beaucoup influencé le contrat. On a dégagé la liberté de contracter ou non, la force obligatoire

⁸ D. BERTHIAU, le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Bibl.dr.privé, L.G.D.J, 1999, Tome 320.

du contrat et son effet relatif. Il est important de rappeler ces principes car ils seront souvent évoqués au cours de la présente étude. La liberté de contracter, c'est celle de s'engager ou non, de choisir l'autre partie au contrat, et surtout de définir le contenu du contrat. Cette liberté n'a qu'une limite, les règles impératives. Cette liberté dont dispose les parties se traduit par le consensualisme. Pour conclure le contrat, il suffit qu'il y ait un échange des consentements. Rien n'oblige les parties à contracter. Une fois le contrat conclu, les parties doivent respecter le contrat ainsi que son contenu, c'est ce qu'on appelle la force obligatoire du contrat. L'accord de volonté crée des obligations. En cas de non respect de ce contrat, des sanctions civiles ou pénales peuvent être prises. Le contrat ne s'impose pas seulement aux parties, il s'impose également au juge. Le contrat est une source de droit. Il crée une situation juridique. C'est une règle de droit que le juge est tenu de faire appliquer.

7. Toutefois, il existe de nombreuses exceptions à cette théorie de l'autonomie de la volonté. Des exceptions ont été apportées au fil du temps, et bien souvent au nom de la justice contractuelle, ou alors dans un but de protection de la partie la plus faible, on pense notamment à la protection du consommateur face au professionnel, ou alors aux obligations de sécurité et d'information par exemple dégagées par la jurisprudence. D'abord, l'article 1134 du code civil énonce « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». La notion « *légalement formées* » permet une déduction : bien que le contrat tienne lieu de loi aux contractants, il existe une règle extérieure au contrat qui doit être respectée. On peut citer la cause par exemple, même si celle-ci risque de disparaître. Ainsi s'agissant de la liberté contractuelle ou la force obligatoire du contrat, cela ne repose pas exclusivement sur la volonté des parties. Les interventions extérieures sont primordiales, que ce soit le législateur à travers les lois, ou le juge à travers la jurisprudence.

8. Un mouvement de critique de cette théorie de l'autonomie de la volonté existe. A l'époque de la création du code civil, la société n'était pas la même. En effet le commerce avait un aspect plus artisanal et familiale ce qui est loin de notre économie actuelle. A cette époque, les inégalités étaient moins fortes. La remise en cause de cette théorie de la toute puissance volonté contractuelle provient des déséquilibres qu'elle engendre entre les hommes. Le contenu du contrat est aujourd'hui de plus en plus imposé à la partie la plus faible. Les individus ont de moins en moins la possibilité de négocier. Cela se caractérise dans les contrats d'adhésion. Pour certains auteurs, cela ne permettrait plus d'aboutir à un juste équilibre entre les parties contractantes. Ainsi il faudrait exercer un contrôle plus important à

la conclusion du contrat. Afin de réduire ces inégalités entre les individus, plusieurs possibilités sont envisageables. Soit insérer au contrat des clauses adaptées, soit passer par le juge et le législateur.

9. Les critiques adressées à la théorie de l'autonomie de la volonté ont fait naître un mouvement qui milite pour un accès plus important du juge au contrat et particulièrement au contrat déséquilibré par la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles. Cette pensée a été reprise par le mouvement du solidarisme contractuel qui sera étudié ultérieurement. Chaque contractant devrait prendre en compte son intérêt mais également celui de son cocontractant. Afin de s'assurer de cette coopération, les notions de bonne foi et d'équité seraient au cœur de toutes les attentions. Notions floues, elle font l'objet de critiques mais permettent au juge d'intervenir dans certains cas.

10. La théorie générale des contrats n'a pas connu de profonde modification depuis la création du code civil. Le code a pourtant été bouleversé par les interventions du juge, dans le domaine précontractuel et contractuel. Les juges ont utilisés la notion de bonne foi pour réviser la formation du contrat, son exécution et le moment de la rupture. Cette notion n'est pas isolée, le juge a également eu recours aux notions d'équité, d'abus, sous couvert de la justice contractuelle.

11. La question qui se pose, faut il maintenir un contrat et son contenu, malgré qu'il soit injuste, ou au contraire, permettre à une autorité extérieure de s'immiscer dans le contrat afin de rétablir l'équilibre initial ? Autrement dit, est il possible d'adapter le contrat à un changement de circonstances intervenu après la conclusion de celui ci ?

12. Pour certains, l'intervention du juge en telle hypothèse permettrait d'apporter de l'égalité. Comme l'a pu l'énoncer Monsieur Cadiet « *le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu* »⁹. Pour d'autres il s'agirait d'une véritable intrusion du juge au sein du contrat. Le juge ne peut se permettre de modifier une situation conclue par les parties, la ou il n'avait pas

⁹ Le contrat au début du XXIème siècle, L.G.D.J., 2001, p.181.

normalement la faculté d'intervenir. Pour Monsieur Niboyet, « *le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom et, c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge* ». C'est ici que repose le fond du problème.

13. Afin d'éviter cette difficulté, les parties ont la possibilité de procéder à une anticipation contractuelle d'un éventuel changement de circonstances à venir (partie 1). En cas de non anticipation par les parties, le contrat peut être adapté au nom de la justice contractuelle (partie2).

Partie 1

La possible anticipation contractuelle d'un changement de circonstances

Chapitre 1/ Les clauses contractuelles permettant l'adaptation du contrat

14. Différents types de clauses permettent d'adapter le contrat (section 1), la clause de hardship étant la plus utilisée, particulièrement dans les contrats internationaux (section 2), puisque bien rédigée elle peut se montrer très efficace.

Section 1/ Présentation des différents types de clauses

15. Les clauses de variation automatiques (§1) sont très utiles du fait de leur automaticité, mais le remède le plus utile face à l'incertitude d'un contrat reste la clause de hardship (§2).

§1/ Les clauses de variation automatique

A/ Définition

16. La clause de variation automatique, autrement appelée clause d'indexation ou clause d'échelle mobile, a pour rôle de modifier de plein droit l'objet de l'obligation. Elle modifie généralement le montant de l'obligation de somme d'argent en fonction des changements enregistrés par les indices mesurant le prix d'un produit ou d'un service déterminé, ou le niveau général des prix. Ces clauses ont été accusées de favoriser l'inflation, leur validité a donc été longtemps discutée. Mais en raison de leur utilité, la jurisprudence en a admis la validité sans réserve dans les paiements internationaux¹⁰. En revanche dans l'ordre

¹⁰ Cass. req. 7 juin 1920, DP 1920.1.137, note Dupuich, S. 1920.1.193, note Lyon-Caen.

interne elles sont admises mais avec une réserve, elles doivent apparaître comme l'effet d'une légitime prévoyance des parties et non comme un moyen de spéculation¹¹.

17. Les clauses d'indexation ne concernent que l'obligation pécuniaire. Elles sont réglementées aux articles L112-1 et suivant du Code monétaire et financier. C'est l'automatisme des clauses d'indexation qui en fait l'efficacité, cela en fait une garantie plus sérieuse contre les conséquences de bouleversements économiques, en particulier contre la dépréciation monétaire. Le rôle de la clause de variation automatique est donc de faire varier automatiquement le prix stipulé dans la convention en fonction d'une valeur de référence choisie par les parties¹².

18. Ce type de clause va rendre le contrat moins perméable à l'écoulement du temps. La définition donnée est large, car il en existe de multiples et différentes formes. L'indexation a longtemps été considérée comme incompatible avec le principe du nominalisme monétaire¹³, visible à l'article 1895¹⁴ du code civil. Selon ce principe, le temps n'a aucune incidence sur le pouvoir libératoire de l'unité monétaire, quelles que soient les variations de valeur que celle-ci peut subir. Seuls les contrats internationaux pouvaient comporter de telles clauses, mais la jurisprudence a assoupli sa position en énonçant le principe de validité de toutes les clauses d'indexation.

B/ Application

19. L'indexation est à présent réglementée aux articles L112-1 à L112-4 du Code monétaire et financier. Les clauses d'indexation fondées sur des indices généraux, ou sur les prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties sont prohibées. Ce texte interdit les indexations trop

¹¹ Cass. civ. 27 juin 1957, D. 1957.649 ; CAPITANT, TERRE et LEQUETTE, Grands arrêts, 11^{ème} éd. 2000, n°233, p.406, D.1957.649, note G. Ripert, JCP 1957. II. 10093 bis, concl. Besson, Gaz. Pal. 1957.2.4.

¹² Définition arrêt 16 juillet 1958, Gaz. Pal. 1958. II. 207.

¹³ Civ. 21 mai 1927, D. P. 1928.I.25. note H. Capitant, S.1927.1.289, note P. Esmein ; Civ. 16 novembre 1938, Gaz. Pal.1939.1.184.

¹⁴ Legifrance article 1895 c.c : « *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement* ».

larges ou imprécises. Philippe Malaurie parle d'éviter « *l'anarchie monétaire*¹⁵ ». Les parties ne peuvent donc pas indexer leur convention par référence à des indices comme le SMIC ou le niveau général des prix. Il existe trois exceptions, les indices généraux sont autorisés dans les contrats internationaux, dans les dettes d'aliments et rentes viagères et lorsqu'ils sont en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité d'une partie.

20. Seules sont légales les clauses se référant à un indice ayant une relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties. De nombreuses difficultés ont émergé de cette disposition donnant lieu à une jurisprudence abondante. En effet les notions « *d'objet de la convention* » et « *d'activité d'une des parties* » sont des critères assez imprécis. Les tribunaux ont largement entendu ces deux notions. L'objet de la convention doit être entendu dans un sens large, et vise notamment l'objectif de l'opération, le but poursuivi d'un commun accord des parties¹⁶. L'activité d'une partie est l'activité professionnelle, toutefois la jurisprudence n'exige pas que ce soit l'activité principale¹⁷. La validité de l'indice s'apprécie au jour de la rédaction de la clause d'indexation, le changement d'activité d'un contractant n'a pas de conséquence sur la licéité de l'indice.

21. Les restrictions à la liberté contractuelle des parties sont imposées à des fins d'ordre public, elles sont donc sanctionnées par la nullité absolue¹⁸. Dans le silence des textes, la question qui s'est posée est de savoir quelle est l'étendue de cette nullité par rapport au contrat. La jurisprudence fait preuve de souplesse, elle considère que la clause partiellement illicite ne doit être que partiellement annulée. S'agissant de la convention, la jurisprudence a estimé qu'il fallait se référer aux principes généraux du droit des contrats. Le contrat sera donc annulé si les parties avaient fait de l'indexation un élément essentiel du consentement. A contrario, si elle est sans influence sur la volonté, le contrat survie. Ces clauses sont donc très pratiques, particulièrement pour les contrats de longue durée, mais elles ne sont pas suffisantes pour garantir la sécurité économique des contractants, il est donc intéressant de les combiner avec une clause de hardship.

¹⁵ P. Malaurie, les problèmes actuels du droit des obligations, les cours du droit, p 40 et s, spé. P. 149.

¹⁶ Civ 1. 9 janvier 1974, J.C.P 1974.IV.66. Adde : Paris 15 décembre 1980, Gaz. Pal. 1981.1. jur. 270.

¹⁷ Civ. 3^{ème} 15 février 1972, J.C.P. 1972.II.17094 note J. Ph. Lévy.

¹⁸ Cass. com. 3 nov. 1988, Bull.civ.IV, n°287, D.1989, 193, note Ph. Malaurie.

§2/ Les clauses de révision ou de renégociation

A/ Définition

22. Les clauses de révisions ne revêtent pas le caractère automatique des clauses de variation automatique. Elles ne procèdent pas par elle-même à une “correction” du contrat. Elle se contente de la provoquer. Les parties sont toujours libres de modifier la convention d’un commun accord. Toutefois, les contractants ont intérêt à insérer une clause qui transforme l’entrée en renégociation en obligation contractuelle. Parmi ces clauses, la clause de hardship, souvent appelée « *clause de dureté* »¹⁹. Fréquentes dans les contrats internationaux, reconnues dans certains droits nationaux, ces clauses peuvent constituer un remède efficace face à l’incertitude sur l’avenir d’un contrat.

23. La clause de hardship oblige les parties à engager les négociations afin d’adapter le contrat si l’exécution de ce dernier devient trop onéreuse pour l’une d’elle en raison d’un changement de circonstances imprévisible et postérieur à la conclusion du contrat²⁰. Cette clause insérée dans le contrat va contraindre les contractants à tenter de remédier au déséquilibre survenu en cours d’exécution et qui entache la bonne exécution du contrat. Selon certains auteurs, la stipulation de ce type de clause montre que les parties sont « *conscientes de la possibilité d’un bouleversement futur des circonstances, mais incapables d’en connaître ni la nature, ni la portée, ni le moment*²¹ ». ».

24. Cette clause de modification bilatérale du contrat crée une obligation d’entamer la discussion. Le but est de « *traiter amiablement une difficulté qui s’élève lors de l’exécution du contrat et d’éviter qu’elle ne dégénère en véritable contentieux*²² ». Plus précisément, il est « *de provoquer l’accord des parties sur l’adaptation du contrat au changement de*

¹⁹ Expression utilisée par la doctrine.

²⁰ Définition tirée de l’article 2117-2 des Principes du droit européen, cité par J.M. Mousseron, Technique contractuelle, préc, n°1655.

²¹ J.M. Mousseron, technique contractuelle, préc, n°1663.

²² Ch. Jarrosson, les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation. Puam, 1990, p. 141 s., spé. N°8.

*circonstances*²³», c'est à dire, en cas de survenance d'un événement contractuellement défini, de « rétablir l'équilibre général du contrat, en toutes circonstances échappant au contrôle raisonnable des parties²⁴ ».

25. Pour que la clause fonctionne bien, il faut qu'elle prévoie les critères qui détermineront la révision et ses modalités et qu'elle désigne à l'avance les personnes qui y procéderont. En règle générale, ce sont les parties ou, à défaut d'accord amiable entre les contractants, un expert qu'elles désigneront. Beaucoup de contrats internationaux comportent ces clauses de hardship. Cela consiste, en quelque sorte à admettre conventionnellement la théorie de l'imprévision²⁵. Elles sont également parfois insérées en droit interne, notamment dans les conventions collectives de travail²⁶.

B/ Application

26. La clause de hardship vise donc à remettre l'accord en discussion, elle ne met à la charge de parties qu'un devoir de renégocier. L'identification de la fonction de la clause de renégociation, permet de classer celle-ci au sein de la typologie et de la rattacher à la famille des clauses de prestation. Il s'agit d'une stipulation ayant pour effet d'écarter la solution prévue par le droit supplétif.

27. Dans les contrats à durée indéterminée, les parties sont libres de mettre fin à l'accord à tout moment. La partie victime d'un changement de circonstances pourra dans ce cas facilement sortir du contrat. La clause de renégociation sera en revanche utile pour tenter de trouver un accord et permettre de poursuivre l'exécution du contrat dans des conditions acceptables. Dans le contrat à durée déterminée, le contractant ne peut se libérer de façon unilatérale de son contrat. Ici on voit toute l'importance de la clause. En cas de modification des circonstances, la durée du contrat peut justifier de provoquer une modification du contrat afin d'éviter une exécution difficile. En particulier lorsque le changement ne présente pas les caractéristiques de la force majeure. La clause permet de se prémunir de ce surcoût éventuel

²³ G. Rouhette, la révision conventionnelle du contrat, RID comp 2-1986, p. 370 et s, spé, n°28.

²⁴ B. Fauvarque-Cosson, le changement de circonstances, RDC 2004, p. 67, spé n°36.

²⁵ L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, Jour. Dr. Internat. Clunet. 1974. 794.

²⁶ Cass. soc. 30 mars 1982, Bull. civ.V, n°232.

qui peut être provoqué par un changement de circonstances. A défaut de stipulation, le cocontractant n'est pas tenu d'entamer les négociations²⁷.

28. Ainsi la clause de hardship permet de pallier à cette difficulté et permet d'aménager une solution différente de celle issue du droit supplétif. La clause de renégociation se distingue par son mécanisme d'autres clauses d'adaptation. Elle s'écarte des clauses de modification automatique précédemment évoquées. La stipulation paraît conférer à l'un ou l'autre des contractants la possibilité d'exiger de son cocontractant qu'il participe à des négociations en vue d'une éventuelle modification. Mais la clause ne donne aucune possibilité unilatérale contraignante, car elle ne permet pas de décider unilatéralement d'une renégociation, et encore moins d'en imposer la conclusion.

Section 2/ La clause de hardship ou comment renégocier l'imprévu

29. La clause de hardship est beaucoup utilisée dans les contrats internationaux, toutefois on ne retrouve pas le caractère d'automaticité comme dans les clauses d'indexation. Il est donc intéressant d'étudier l'opportunité de l'adaptation (§1) et la question de sa constatation (§2).

§1/ L'opportunité de l'adaptation

A/ L'origine du hardship

30. Le seuil de déclenchement est en pratique toujours prévu dans une formule très générale²⁸. Les clauses n'envisagent pas de façon spécifique la survenance d'un événement

²⁷ Cass. civ 3, 10 déc, 2003, n° 02-14990 inédit.

²⁸ « si au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes, ou si les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du

précis. Elles visent simplement une modification de la situation générale. En cela, la clause de hardship se distingue des autres clauses de révision qui précisent en général le seuil de révision en fonction de modifications bien déterminées, telle la variation de l'unité monétaire ou les clauses de force majeure qui énumèrent presque toujours les événements susceptibles d'être considérés comme constitutifs d'un cas de force majeure.

31. Rappelons que, dans les clauses de hardship, les deux parties ont la possibilité de se prévaloir de la modification des circonstances pour se prévaloir d'une éventuelle réadaptation du contrat. L'incidence du changement est envisagée à travers l'ensemble du contrat. La généralité des termes, démontre bien que c'est l'équilibre général du contrat qu'il s'agit de rétablir. Ce n'est pas nécessairement telle ou telle partie qui peut être affectée par le changement, ce dernier peut provenir de causes très variées, pas seulement monétaires ou économiques. Le changement de circonstances vise toute modification intervenue dans les éléments de l'accord initial.

32. La cause du hardship doit apparaître comme extérieure aux parties. En effet, le bouleversement survenu ne doit pas être le résultat d'un comportement d'un des contractants. Les formules générales employées, visent à apprécier le comportement de la partie qui invoque le changement de circonstances. On vérifiera si la partie était ou non en mesure de parer un changement de circonstances et ses conséquences. Pour ce faire, on se réfère à la « *conduite qu'aurait eu en pareil cas un opérateur prudent et raisonnable*²⁹ ». La notion de « *raisonnable* » ne possède pas, a priori, une signification juridique précise comme par exemple « *l'imprévisibilité* » ou « *l'irrésistibilité* », mais elle semble susceptible d'une appréciation économique.

présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants. » C.F.R 13 janvier 1971. Rev. Arb. 1973. 69. Note Fouchard.

²⁹ G. Ripert, les règles du droit civil applicables aux contrats internationaux, Cour La Haye 1933, t. 44, p. 169.

B/ Les caractères du hardship

33. Le hardship doit avoir une certaine intensité pour justifier un réajustement du contrat. On parle, dans les clauses, de modification « *substantielle* » ou « *importante* ». L'emploi de ces termes peut poser des difficultés d'interprétation. En effet, à partir de quel moment peut on considérer qu'un hardship est important ou a un caractère substantiel ?

34. Pour y répondre, il faut prendre en considération les conséquences du changement. Le caractère substantiel ne peut s'apprécier immédiatement, mais de façon relative par rapport à l'équilibre contractuel. Un changement de circonstances, même important, mais ayant de faibles conséquences sur l'économie générale du contrat, ne permettrait pas la révision du contrat. Seule une modification des données entraînant un bouleversement du contrat est de nature à déclencher la possibilité d'actionner la clause et par conséquent les négociations. Le changement doit donc entraîner des résultats fondamentalement différents de ceux que les parties avaient envisagé dans le contrat initial. Certains contrats proposent des critères d'appréciation de l'importance du hardship, c'est le cas du contrat de vente de gaz du gisement EKOFISK conclu en 1973³⁰. Dans ce contrat le critère proposé était l'excédent des charges financières annuelles par rapport au profit annuel de l'opération de vente de gaz.

35. Un autre élément d'appréciation tient au facteur temps. On doit supposer que, dans l'intention des parties, la réadaptation ne doit pas intervenir à tout moment et que seule une raison importante doit l'imposer. Dans notre exemple, le contrat prévoyait à ce titre une valeur indicative, qui exclut la clause de hardship avant l'expiration de la cinquième année suivant la conclusion du contrat, et qui, pour la suite du contrat, ne l'autorise qu'une fois tous les deux ans.

36. Une autre constante dans les clauses de hardship, c'est la référence à la notion d'équité. Il s'agit en fait d'introduire un élément de justice contractuelle, l'idée est de ne pas faire supporter à une partie une rigueur injuste. L'objectif de la clause est sur le fond, le rétablissement d'une équité disparue du fait de circonstances nouvelles. Cette référence à

³⁰ Contrat conclu en 1973 entre un consortium de vendeurs conclu par Phillips Petroleum Cy Norway, agissant comme chef de file de neuf autres co-vendeurs (dont le groupe français E.L.F, C.F.P, Aquitaine) et un consortium d'acheteurs (comprenant Gaz de France).

l'équité peut paraître curieuse. Il s'agit là d'une notion assez floue, difficile à apprécier au niveau économique et parfois dangereuse par l'insécurité qu'elle peut créer.

§2/ La question de la constatation du hardship

A/ L'élément déclencheur

37. La systématisation des clauses de hardship est rendue difficile du fait de la liberté laissée aux parties. La multitude de stipulations qui s'offre aux parties crée des disparités entre les clauses de hardship. Il est néanmoins possible de dégager des éléments communs à toutes ces clauses, qui permettent d'étudier leur structure. Une clause de hardship prévoit obligatoirement deux parties essentielles. Une partie sur les conditions et une sur les effets³¹.

38. La question de l'élément déclencheur est primordiale car ce sont les circonstances qui vont, déclencher ou non, l'application de la clause. Ainsi, il importe de déterminer les modalités aux termes desquelles le hardship sera considéré comme existant, et justifiera alors le passage à l'étape suivante. Les contractants déterminent de manière plus ou moins détaillée, ces circonstances, et précisent les effets qu'elles doivent avoir sur le contrat pour que le hardship soit réalisé.

39. Généralement, les clauses de hardship prévoient que, le contractant qui estime que les conditions sont réunies et caractérisent la situation de hardship, doit aviser l'autre partie de la survenance de l'événement ayant provoqué le changement de circonstances et les moyens proposés pour résoudre cette difficulté. L'autre partie doit faire connaître sa position dans des délais brefs. Le destinataire peut accepter la proposition ou demander une rencontre afin de débattre et d'ouvrir les négociations. Il peut également refuser de communiquer avec son cocontractant. Un désaccord entre les parties au contrat peut donc se rencontrer à deux niveaux. Celui ci peut intervenir durant la phase de négociation, c'est à dire au moment de réajuster le contrat afin de rétablir l'équilibre contractuel d'origine. Le désaccord peut aussi intervenir directement à propos de l'existence des conditions permettant d'invoquer la négociation.

³¹ Notion de dualité revue D.P.C.I. mars 1976, préc.

40. Afin d'éviter des situations de blocage, il est possible d'introduire une autre clause prévoyant l'intervention d'un arbitre, pour tout type de litige de ce genre. L'arbitre a pour mission de déterminer si les conditions sont réunies pour invoquer de façon légitime la clause. Si ce dernier considère que les conditions ne sont pas réunies, le contrat reste en vigueur et produit tous ses effets. Dans le cas contraire il convient de passer à la négociation.

B/ La réaction des contractants

41. La clause comporte deux parties essentielles comme il a été dit précédemment, une partie concernant l'élément déclencheur, une autre se préoccupant du comportement des parties envers l'événement en question. Autrement dit, elle définit le régime des renégociations, voire de l'adaptation. Très souvent, ce sont les critères retenus pour la détermination des conséquences de l'événement sur le contrat qui déterminent ce que sera l'adaptation.

42. Si les contractants se sont référés à des critères objectifs, l'adaptation aura pour mission de rétablir l'équilibre qui existait à l'origine entre les prestations. Les critères objectifs font référence à l'équilibre d'origine, à un préjudice exagéré ou encore à des avantages démesurés. A l'inverse, si ce sont des critères subjectifs qui ont été utilisés, la fonction de la correction du contrat sera de restaurer l'équité et la justice.

43. Cette constante des clauses de hardship nous permet de préciser la définition. Comme il a été dit, les clauses de hardship sont les clauses par lesquelles les contractants anticipent un bouleversement, du fait d'un événement qui leur est extérieur et imprévisible, de l'équilibre contractuel. Contrairement à la majorité des définitions proposées par la doctrine, cette vision de la clause ne met pas l'accent sur la renégociation par les parties. Il semblerait que la renégociation ne soit qu'un effet de la clause, cet effet n'étant d'ailleurs pas systématique. Très souvent les clauses de hardship contraignent les parties à entrer en négociation, mais il existe plusieurs clauses qui ne prévoient pas cette procédure et nécessitent l'intervention d'un tiers qui aura le soin d'adapter le contrat.

Chapitre 2/ L'efficacité des clauses de hardship

44. Les clauses de hardship présentent un intérêt certain, notamment dans les contrats de longue durée. Il convient d'étudier l'adaptation et les conséquences que celle-ci provoque (section 1), mettant ainsi en avant son degré d'efficacité (section 2).

Section 1/ L'adaptation et ses conséquences

45. Le succès de la clause de hardship est certain. Afin de comprendre l'intérêt qu'elle peut procurer aux parties prévoyantes (§2) il faut d'abord comprendre comment se réalise l'adaptation (§1).

§1/ La réalisation de l'adaptation

A/ La situation des parties

46. Ce qui fait l'originalité de la clause de hardship c'est l'absence d'automatisme, à la différence des clauses d'indexation. La souplesse de son mécanisme et la complexité de ses modalités suscitent plusieurs interrogations. Lorsque les conditions de la réadaptation sont réunies, soit les contractants sont d'accord, soit l'arbitre a tranché. Les parties se retrouvent dans une situation juridique que nous allons étudier. Une obligation de pratiquer une négociation afin de modifier les prestations qui leurs incombent pèsent sur elles de façon indiscutable. Cette obligation prend source dans l'accord des parties ou dans une décision ayant valeur juridictionnelle. L'inexécution de cette obligation ouvre légitimement la voie à des dommages et intérêts pour la partie lésée. S'agissant d'une exécution forcée en nature, elle ne paraît pas concevable et on connaît la réticence de notre droit dans ce domaine.

47. La question qu'il convient de se poser est de savoir si il faut aller plus loin, et considérer que les parties ont l'obligation, non seulement de se prêter à une renégociation du contrat, mais encore de trouver un accord sur la réadaptation dudit contrat. Il semble difficile de mettre à la charge des parties une obligation de parvenir à ce résultat. En effet, la situation nouvelle provoquée par un changement de circonstances, peut conduire à un désaccord sur l'aménagement du contrat alors que les parties ont mené loyalement des négociations et sans qu'il soit possible d'imputer une faute à l'un des contractants.

48. La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 février 2007³² est venu préciser la portée des clauses de hardship. Elle rappelle qu'une clause par laquelle les parties doivent se rencontrer si l'équilibre économique d'un contrat est bouleversé par des circonstances nouvelles, n'oblige nullement à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité. Seul le comportement abusif dans la phase de négociation peut être sanctionné. Le devoir de rencontre est donc une stricte obligation de résultat, alors que la révision effective de la convention est purement facultative. Selon la Cour, chaque partie doit supporter les conséquences de son imprévision.

49. Ainsi on peut s'interroger sur l'efficacité de ces clauses puisque le régime ne semble pas très contraignant. Si une clause classique de hardship n'aboutit pas à la conclusion d'un avenant qui permet de rééquilibrer le contrat initial, deux hypothèses doivent être distinguées. D'une part, si le contrat est à durée indéterminée, la partie qui subit le déséquilibre pourra procéder à une résiliation unilatérale de celui-ci. D'autre part, si le contrat est à durée déterminée, le contractant placé en situation de faiblesse du fait d'un changement de circonstances qu'il ne peut supporter, sera contraint de pratiquer une résolution fautive, et sa responsabilité pourra être mise en jeu.

B/ Un devoir de renégocier sans obligation de réviser le contrat

50. Les clauses de hardship donnent donc naissance à une obligation de renégociation, dont les modalités peuvent être organisées par les parties. L'absence de caractère véritablement contraignant suscite l'interrogation quant à sa véritable efficacité. L'obligation

³² Cour de Cassation, chambre commerciale, 27 février 2007, pourvoi n° 04-13.881. Option finance, 2007, 23 avril, n°929, juridique, p. 29-30.

de négocier les modalités du contrat peut s'analyser en une obligation de résultat quant à l'entrée en négociation, et une obligation de moyen quant à l'issue de cette négociation³³.

51. La jurisprudence estime qu'une clause de rencontre « *n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications du contrat proposé par l'autre partie* ³⁴ » et que l'échec de cette procédure de rencontre pour adaptation ne peut être sanctionnée sauf comportement abusif d'une des parties. Celui qui se rend coupable d'un tel comportement ne peut être sanctionné que par l'obligation de verser des dommages et intérêts à son cocontractant. En pratique, lorsque la clause prévoit très précisément la négociation, la preuve de la faute est relativement aisée. Il suffit simplement que les diligences souhaitées dans ce contrat n'aient pas été respectées. Mais lorsque la clause est plus générale, la partie qui est lésée devra rapporter la preuve d'un manque de sérieux dans la négociation, ce qui est en pratique assez difficile.

§2/ L'intérêt des clauses de hardship

A/ Les conséquences

52. On peut en fait distinguer deux types de clauses. Les clauses permettant la poursuite du contrat sans la garantir et la clause garantissant une adaptation du contrat. Dans la première hypothèse le résultat n'est pas garanti. Ce type de clause impose seulement aux parties un devoir de renégocier, de prendre part à la renégociation. C'est une obligation de moyens. Les parties ne s'engagent pas à parvenir à rééquilibrer le contrat, elles s'engagent à essayer. De sorte que si les négociations échouent parce que l'une des parties a refusé d'y prendre part, la responsabilité de cette partie sera engagée. A défaut de pouvoir caractériser une telle faute, la Cour de Cassation décide que « *la responsabilité de l'échec de la procédure de rencontre et d'adaptation ne peut être imputée à une partie ne l'absence de comportement abusif de sa part* ³⁵ ». La clause de renégociation ainsi rédigée n'a pas vraiment d'utilité, il n'y a sanction que s'il y a abus du droit de renégocier.

³³ D. Mazeaud, « renégocier ne rime pas avec réviser », D. 2007. P.765.

³⁴ Cass. com. 3 octobre 2006, n°04-13.214.

³⁵ Cass. Com., 3 octobre 2006, D 2007, P265, Note Mazeaux + Yves Lequette « *De l'efficacité des clauses de hardship* » Economica 2010.

53. Soit le contrat est de ceux dans lesquels la jurisprudence impose une obligation de renégocier (jurisprudence Huart), cela concerne les contrats de la distribution, dans ce cas là les parties ont une obligation de renégocier et, elles sont sanctionnées si elles refusent de renégocier de bonne foi. Donc la clause n'apporte rien. Soit on est dans un contrat qui ne comporte pas une telle obligation de renégocier, les parties ont le droit de ne pas renégocier le contrat (c'est le contraire de l'hypothèse précédente). Ce droit de ne pas renégocier le contrat n'est il pas susceptible d'un contrôle de l'abus ? S'agit il d'un droit discrétionnaire ? L'abus de droit est une faute dans l'exercice d'un droit et suppose un comportement fautif. Le fait de refuser de prendre part aux négociations ou de refuser de négocier de bonne foi pourrait constituer des fautes sanctionnées sur le fondement de l'abus de droit. Ces clauses de rencontre ne servent à rien car la sanction de l'abus de droit amène au même résultat. Qu'il y ait une clause ou pas, on arrive au même résultat. Il faut donc conseiller aux parties de prévoir quelque chose en plus pour assurer l'efficacité de la clause, notamment la sanction.

54. S'agissant de la deuxième hypothèse, celle des clauses garantissant une adaptation du contrat. En cas d'échec, le contrat ne sera ni résilié ni maintenu à l'identique, un tiers sera désigné par les parties pour fixer les nouvelles conditions du contrat. Ce tiers n'est pas arbitre, il doit être désigné dans le contrat initial, à défaut ultérieurement par les parties. Dans ce second cas, il faut prévoir qu'à défaut d'accord sur le choix de ce tiers, il sera désigné par le juge saisi à la requête de la partie la plus diligente. On peut prévoir directement que le contrat sera modifié par le juge à la demande de la partie la plus diligente. Le juge est lié par ce type de stipulation. Les parties peuvent confier le soin au juge de réviser leur contrat en cas d'imprévision. Ici l'efficacité est plus importante.

B/ Le sort du contrat

55. Lorsque les parties sont parvenues à un accord, ou que l'arbitre a décidé du réajustement à opérer, le lien contractuel est maintenu. On peut donc s'interroger sur les conséquences de cette modification. S'agit il d'un nouveau contrat qui se greffe sur le contrat d'origine, ou le même qui continue à des conditions nouvelles ?

56. D'abord il faut rappeler que le contrat n'a jamais cessé de produire ses effets au cours de la renégociation, sauf prévision contraire des parties dans le cas d'une clause précise. Pour la nouvelle situation après renégociation, on va considérer que c'est le même contrat qui se poursuit en l'absence de volonté expresse des parties de procéder à une novation par changement de dette. Dans le silence des parties, le juge appréciera suivant l'importance des modifications. Parfois, il refuse d'y voir un nouveau contrat³⁶. Mais il peut très bien décider que c'est un contrat nouveau si les modifications sont importantes. Les parties peuvent prévoir qu'il y a contrat nouveau ou maintien du contrat initial. Les parties ont la possibilité de prévoir dans la clause que la renégociation ne produit aucun effet novatoire. Dans l'éventualité où le hardship viendrait à diminuer ou à disparaître, certaines clauses prévoient qu'il devra en être tenu compte dans la réadaptation du contrat et qu'éventuellement les anciennes dispositions du contrat retrouveraient toute leur valeur.

57. La règle de principe est de considérer que faute d'accord entre les parties sur les réajustements à apporter au contrat, il faut en principe décider que ce dernier, sauf clause expresse, reste en vigueur dans toutes ses stipulations. Il n'en irait autrement que si le libellé de la clause permettait de penser que le prix de vente est devenu caduc par l'atteinte d'un certain seuil, auquel cas, au regard du droit français, le contrat tout entier, faute d'accord sur un nouveau prix, serait frappé de nullité pour indétermination du prix par application de l'article 1591 du Code civil. Mais il est évident que le maintien en vigueur de stipulations contractuelles inchangées malgré la survenance du hardship ne correspond guère à l'esprit de la clause et à l'intention des parties. Si ces dernières, malgré leur volonté commune d'aboutir, n'ont pu parvenir à un accord, la survie du contrat paraît inconcevable. C'est pourquoi les parties doivent prévoir dans les clauses ces situations afin de leur donner toute leur efficacité.

Section 2/ La clause de hardship : un vecteur de sécurité

58. Bien utilisée, la clause de hardship peut se montrer très efficace. Souplesse et précision font bon ménage car cette combinaison permet de prévoir de façon optimale l'adaptation future (§1). L'efficacité des clauses de hardship semble renforcée par le juge qui a parfois recours à une exécution forcée de celle-ci (§2).

³⁶ Cass. Com, 22 mai 1984

§1/ Souplesse et précision, combinaison gagnante

A/ La souplesse des clauses : un atout indéniable

59. Comme il l'a été exposé, la clause de hardship oblige les parties à engager de nouvelles négociations afin d'adapter le contrat si son exécution devient très onéreuse pour l'une d'elle, en raison d'un changement de circonstances imprévisibles et postérieures à la conclusion du contrat. La liberté contractuelle est presque absolue en matière de clauses de hardship, car celles-ci sont très peu réglementées en droit interne. Ce sont en effet des clauses qui résultent du droit international qui est le domaine de prédilection de celles-ci. Cela s'explique par le fait que les possibilités de changements de circonstances sont plus importantes dans deux Etats que dans un seul.

60. Cette souveraineté de la liberté contractuelle se manifeste au niveau du contenu de ces clauses. « *Les contractants disposent d'une latitude peu commune quant à la rédaction de ces clauses*³⁷ ». Les parties ont le choix des personnes visées par la clause, elles sont généralement bilatérales mais il est possible de prévoir que le mécanisme ne bénéficiera qu'à une seule des deux parties. Dans une telle hypothèse, la mise en œuvre de la clause se fera à l'initiative d'une seule partie et dans son seul intérêt.

61. La liberté s'apprécie également quant au seuil de déclenchement de la clause et à l'adaptation prévue. Les parties peuvent définir à leur guise l'événement qui sera constitutif du hardship, soit en s'en tenant aux généralités afin que la clause est un champ assez large, soit en choisissant des circonstances particulières ce qui restreint ce champ. Il est même possible de les énumérer de façon limitative. Les parties peuvent donc soit élargir, soit restreindre le champ d'application de la clause.

62. Les parties ont également la faculté d'organiser comme elles l'entendent l'adaptation du contrat qui découlera de l'événement. Ils peuvent limiter l'objet de l'adaptation à des éléments prédéterminés comme par exemple le prix, ou laisser la possibilité de modifier n'importe quelle donnée du contrat d'origine. Ils ont une dernière option, confier cette tâche à un tiers. Les parties peuvent enfin prévoir la situation du contrat

³⁷ exemples de clauses qui montrent cette liberté, J.M. Mousseron, Technique contractuelle, préc, n°1658 à 1676.

durant la phase de négociation, soit l'exécution de la convention sera suspendue, soit elle continuera de produire tous ses effets.

63. Cette souplesse présente un véritable avantage. La clause de hardship est très flexible ce qui permet aux contractants de prendre en compte beaucoup de formes d'évolution et d'y apporter les solutions qu'elles veulent. Ceci est un atout indéniable quand on connaît la multitude de déséquilibres qui peuvent affecter un contrat.

B/ La précision dans la rédaction : une condition de l'efficacité

64. Pour être complètement efficace, une clause de hardship doit prévoir précisément les modalités de son application, en fonction de l'intensité que les parties souhaitent procurer à leur engagement d'adaptation aux circonstances pouvant intervenir ultérieurement. Il convient donc de prévoir un préambule dans la clause afin de préciser que le consentement des parties est donné en considération du contexte actuel et subordonné à la continuation de cette situation dans le temps. Il faut également définir quelles sont les circonstances objectives pouvant conduire à une révision, comme une modification des circonstances économiques, politiques, juridiques, financières...

65. Il ne faut pas être non plus trop exhaustif à mon sens, pour limiter les risques de se voir opposer une demande de révision abusive. De ce fait, dans la pratique, il faut éviter les expressions telles que « *notamment* » ou « *etc* » en fin de clause, car cela peut poser des problèmes d'interprétation. Il est important également de déterminer un seuil de perte ou de manque à gager acceptable pour l'une des parties. La détermination de la durée d'application de la clause est aussi très importante, la clause peut avoir vocation à s'appliquer pendant toute la durée du contrat ou être limitée dans le temps. L'issue de la négociation peut être prévue ce qui permet d'éviter les situations complexes. Les contractants peuvent prévoir qu'en situation de blocage, l'intervention d'un tiers sera nécessaire, le mode de détermination de ce tiers, la force contraignante de la décision.

66. La clause qui sera efficace, c'est la clause bien rédigée, claire et précise pour permettre son application au cas visé sans contestation possible. Certains ouvrages proposent des clauses types³⁸. Toutefois aucun exemple ne doit être utilisé à la lettre, en effet pour être totalement efficace, la clause doit être utilisée avec circonspection et adaptée au cas par cas, en prévision de la nouvelle situation qu'elle aurait à régir.

§2/ L'intervention du juge, garant de l'efficacité de la clause ?

A/ Le rôle du juge vis à vis les clauses de hardship

67. En règle générale, les parties décident de procéder elles-mêmes à l'adaptation du contrat, ou désignent un tiers. Si les renégociations n'aboutissent pas, le contrat peut être résilié ou continuer aux conditions qui étaient initialement prévues. Les parties s'en remettent rarement à une juridiction étatique, freinées par la lenteur et la lourdeur de la procédure.

68. Toutefois, une évolution semble se produire, tendant à accorder des pouvoirs plus ou moins étendus au juge. Une première manifestation de cette évolution a eu lieu avec un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 28 septembre 1976³⁹. En l'espèce, EDF et Shell France avaient conclu plusieurs contrats de fourniture de fuel de longue durée. Chacun des contrats comportait des clauses d'indexation et une clause de hardship. La clause de hardship prévoyait qu'en cas de hausse de plus de 6 francs la tonne par rapport à la valeur initiale, les parties auraient l'obligation de se rencontrer afin d'envisager une correction du contrat. Dans l'hypothèse d'un échec des négociations, des facultés de résiliation unilatérales étaient prévues⁴⁰. Suite au choc pétrolier de 1973, les parties ont ouvert des négociations, sans succès. Les contractants ont donc saisi le Tribunal de commerce de Paris qui, accepta les prétentions de la société Shell, laquelle réclamait la caducité des contrats sur le fondement de

³⁸ CC Force majeure clause 2003, Hardship clause 2003, ICC n° 650, 2003. W. Dross. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats privé en droit interne privé, mars 2008 J. M. Mousseron, J. Raynard, J. B. Saube « technique contractuelle » 4^{ème} édition, juin 2010, n° 1530 s.

Principes d'Unidroit 2004, relatifs au contrat du commerce international, « hardship » chapitre 6, section 2, article 6.2.1 à 6.2.3 et voir www.uniorg.droit.

³⁹ J.C.P.1978.II.18810, note J. Robert.

⁴⁰ Facultés croisées : EDF pouvait résilier le contrat en cas de hausse trop importante du prix du fuel et SHELL disposait de la même facultés en cas de baisse.

l'absence de prix déterminable. La Cour d'appel infirma ce jugement, considérant que les parties avaient la volonté de continuer le contrat. La Cour leur enjoignit de reprendre les négociations, sous contrôle d'un observateur en charge de les aider à trouver un aménagement adapté. En cas de nouvel échec, la Cour se réservait le droit d'imposer d'office l'une des propositions. Il s'agissait d'une solution novatrice, la Cour se reconnaissait le pouvoir de corriger elle-même le contrat dans l'hypothèse où les parties n'y parviendraient pas elles-mêmes. Cela laisse sous-entendre une place croissante du juge dans ces clauses⁴¹.

69. Cette possibilité semble renforcée par l'article 6.111 des Principes du droit européen du contrat. Les articles 2-117, alinéa 2, des Principes du droit européen du contrat, élaborés par la commission Lando en 1997 en vue d'une harmonisation de ce droit, et 6-2-1 et 6-2-3 des Principes relatifs aux contrats du commerce international consacrent « *l'obligation de renégocier un contrat profondément déséquilibré* ». Ce devoir est fondé sur la bonne foi et « *constitue un préalable à l'intervention du juge* »⁴². Dans le cas où la renégociation n'aboutit pas, les dispositions reconnaissent au juge le pouvoir, soit de prononcer la résolution du contrat, soit de procéder à sa modification. Cependant, ces textes affirment de façon évidente que l'action en anéantissement ou en réfaction du contrat qu'ils prévoient n'est ouverte qu'exceptionnellement, c'est-à-dire si l'exécution de la convention est « *excessivement onéreuse pour l'une des parties* ». Selon ces dispositions, les parties ont donc comme « premier devoir » de parvenir à un accord amiable⁴³.

70. Ce texte prévoit donc qu'en cas d'échec des renégociations, le juge a la possibilité de réviser le contrat, « *de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances* ». On retrouve ici la volonté de faire primer l'équilibre contractuel au détriment de la sécurité juridique et de la force obligatoire du contrat. Cette évolution favorable à l'office du juge dans les clauses de hardship est à tempérer. La portée de l'arrêt étudié doit être minimisée puisqu'il s'agit d'un arrêt d'appel, et d'autre part il semble que cette décision n'ait jamais été confirmée.

⁴¹ Note M. Robert, v. également J. Cedras « l'obligation de négocier », préc. p. 289 ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, Droit civil, les effets du contrat, préc. n°321.

⁴² D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in Mélanges Terré, Dalloz-PUF-J.-Cl. 1999, no 17, p. 622

⁴³ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, no 471, p. 467

B/ L'exécution forcée : un cas exceptionnel

71. Très récemment encore, la Cour d'appel de Paris⁴⁴ a accédé à la demande en référé d'une partie de nommer un tiers négociateur pour faire exécuter une clause de renégociation, sur le fondement de la force obligatoire de cette clause. En l'espèce, au cours de l'exécution d'un contrat d'exploitation d'une centrale électrique, l'application d'un statut particulier aux salariés de l'exploitant avait engendré des surcoûts. Une clause prévoyait qu'en cas de modifications ultérieures substantielles liées à l'application de ce statut particulier, les parties convenaient de trouver les solutions acceptables à mettre en œuvre pour préserver leurs intérêts respectifs. Le propriétaire de la centrale avait alors accepté de prendre en charge une partie de ces surcoûts. Des surcoûts supplémentaires avaient donné lieu à de nouvelles négociations qui n'avaient pas abouti. L'exploitant avait alors assigné le propriétaire devant le juge des référés et demandait la nomination d'un tiers pour mener de nouvelles négociations. La Cour d'appel a accueilli cette demande en donnant pour mission au "négociateur" de rencontrer les parties, se faire remettre les documents contractuels utiles, recueillir les avis respectifs des parties, et dresser un rapport sur les échanges poursuivis qui sera remis aux seules parties, et non au greffe.

72. A première vue, ces solutions ont le mérite de conférer une meilleure efficacité aux clauses de renégociation, et donc d'éviter la disparition de contrats que les circonstances économiques auraient rendu trop déséquilibrés. Pour autant, ces solutions innovantes demeurent largement isolées et souvent discutables. Sur le plan des principes, imposer la présence d'un tiers qui suppose normalement l'accord des parties constitue une intrusion du juge dans l'exécution du contrat lorsque la clause liant les parties prévoyait simplement une obligation de se rencontrer sans intervention extérieure.

73. En outre, contrairement à une procédure de médiation classique balisée par le Code de procédure civile, le rôle du tiers-négociateur imposé par le juge ainsi que la portée et la publicité de son rapport demeurent totalement incertains. Sur le plan pratique, il semble illusoire de penser que l'invitation judiciaire à renégocier permette de trouver une issue, alors qu'au moins une des parties n'y est pas disposée, à charge pour elle de prendre garde à ne pas bloquer indéfiniment la discussion pour ne pas se faire accuser de mauvaise foi.

⁴⁴ CA Paris, pôle 1-chambre 2, 30 mai 2012.

74. Après avoir étudié la possibilité d'anticiper un changement de circonstances par le biais d'une clause de hardship, et avoir montré que son efficacité est soumise à des conditions, il est intéressant de voir la situation dans laquelle se trouve les parties dans le cas ou elles n'ont pas prévu une telle clause dans la convention initiale. Pour ce faire, il convient de remonter à l'origine de l'imprévision, avant de se projeter sur l'avenir de celle-ci et des difficultés quant à sa réception dans notre droit.

Partie 2

L'adaptation du contrat au nom de la justice contractuelle

Chapitre 1/ Vers la modernisation de la conception française du contrat

75. Notre vision du contrat et notre approche de la théorie de l'imprévision a été conditionnée par l'histoire, il faut donc remonter aux origines de la théorie de l'imprévision (section 1), avant de constater l'évolution contemporaine (section 2).

Section 1/ Les origines de la théorie de l'imprévision

76. Afin de bien comprendre les difficultés que pose une éventuelle admission de la théorie de l'imprévision dans notre droit, il est fondamental d'étudier l'émergence du principe d'intangibilité du contrat (§1) et l'influence des deux groupes qui s'opposent depuis toujours, les autonomistes qui défendent la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle et en face les solidaristes qui prônent une vision moins traditionaliste et davantage accès sur la justice contractuelle (§2).

§1/ L'émergence de l'intangibilité du contrat

A/ Naissance du concept d'imprévision, le droit naturel romain

77. Sénèque dans son œuvre *Les Bienfaits*, indiquait que « *toutes les circonstances doivent être les mêmes qu'elles étaient lorsque je promettais pour que tu ais un droit acquis sur ma promesse*⁴⁵ ». Il s'agit ici des prémices d'une possible entorse au principe fondamental du droit civil, *pacta sunt servanda*. Mais le droit romain ne connaissait pas de concept permettant à un débiteur de ne pas tenir sa parole suite à un changement de circonstances. La maxime évoquée apparaissait semble t-il, comme une règle de raison plutôt qu'une véritable règle de droit. A côté de cette maxime, un passage de *De officiis* de Cicéron stipulait : « *si quelqu'un sain d'esprit, vient et te donne une épée en garde, et s'il souhaite la reprendre,*

⁴⁵ Sénèque, *Les bienfaits* 1914, IV. XXXV.3.

*alors qu'il est devenu fou, mieux vaut la garder*⁴⁶ ». Ces deux textes sont en quelque sorte, le fondement d'une morale.

78. Cette théorie a ensuite été confirmée par Saint Thomas d'Aquin, et les auteurs l'ont par la suite développée. Barthole de Sassoferato⁴⁷ a fait reposer la clause de *rebus sic stantibus* sur le concept de clause implicite. Celui qui a introduit cette doctrine est Baludus degli Ubaldi. A partir du XV^{ème} siècle, toutes les obligations incluaient une condition résolutoire en cas de changement imprévisible de circonstances⁴⁸. C'est sur cette base du droit romain que c'est formé la théorie de l'imprévision qui a marqué les différents systèmes juridiques.

B/ Les grandes codifications et l'apogée de la force obligatoire du contrat

79. On oppose la force obligatoire du contrat et la clause *rebus sic stantibus*. En droit romain, seuls les contrats qui étaient conclus sous une certaine forme donnaient droit à une action en justice. C'est à l'époque de Georges IV que l'obligation de tenir les promesses est devenue contraignante pour l'ensemble des contrats. C'est surtout l'école du droit naturel qui en a fait un principe inviolable. Ce qui peut paraître paradoxal, c'est que certains auteurs comme Grotius qui ont fait l'éloge de l'adage *pacta sunt servanda*, ont admis la possibilité de ne pas tenir une promesse si les circonstances venaient à changer.

80. L'attachement de la doctrine à la *rebus sic stantibus*, malgré la reconnaissance de la force obligatoire du contrat, s'explique par les circonstances historiques ayant eu une influence sur le raisonnement de ces auteurs. La guerre de trente ans avait eu des répercussions sur l'ensemble des Etats européen. Le droit canonique et la pensée chrétienne étaient encore très présents.

81. Il a fallu attendre le XVIII^{ème} siècle pour voir l'avènement de la nouvelle conception du contrat et la primauté de la volonté individuelle sur ce qui est juste et équitable. Ce sont les idées de Kant et de Rousseau qui ont fait primer la volonté de l'individu.

⁴⁶ Cicéron, de officiis, traduction Garnier 1933.

⁴⁷ Jurisconsulte Italien du XIV^{ème} siècle, professeur de droit et spécialiste du droit romain.

⁴⁸ Zimmermann. R. op. cit. p 580.

L'objectif était d'assurer la sécurité juridique des transactions. Des prémices de ce concept existaient déjà dans les œuvres de Jean Domat. Dans son ouvrage *les lois civiles dans leur ordre naturel*, Domat écarte toute hypothèse de non exécution du contrat. Comme tous les contrats offrent une possibilité de gain ou de perte selon la diversité des éléments, « *celui qui profite du gain doit souffrir de la perte à moins qu'elle résulte de la faute d'autrui*⁴⁹ ». La seule possibilité d'anéantir un contrat légalement formé est la commune intention des parties. Pothier fournissait un raisonnement similaire, mis à part quelques remarques sur la force majeure, pas d'atteinte possible à la force obligatoire du contrat. Ce principe a triomphé lors des travaux préparatoires des grandes codifications européennes du XIX^{ème} siècle. Il fallut attendre la première guerre mondiale pour que la jurisprudence fasse les premières brèches dans le principe d'intangibilité du contrat consacré par les codes.

§2 / L'influence des autonomistes et des traditionalistes

A/ L'autonomisme contractuel

82. Pour ce courant doctrinal, les hommes sont libres. Les hommes sont raisonnables et sociaux et constituent la société par leurs accords librement donnés. D'eux mêmes, ils découvrent le droit naturel, c'est à dire ce que la raison leur montre comme convenant à l'Etat social. Les deux idées directrices du libéralisme individualiste sont la liberté essentielle de l'homme et celle consacrée par la maxime énoncée à plusieurs reprises *pacta sunt servanda*. Le code civil que nous connaissons a largement repris ces principes puisqu'il s'agit de l'esprit même de notre droit positif actuel. D'un autre côté on trouve les solidaristes qui ont une vision opposée à celle des autonomistes. Selon eux, les hommes ne naissent pas libres et égaux, la société étant déjà constituée à leur naissance, ils se trouvent directement dans un cadre où existe des relations sociales contraignantes. L'homme « *nait débiteur de l'association humaine*⁵⁰ ».

⁴⁹ J. Domat, *les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1697, L I. T I. Sect III. 10.

⁵⁰ L. Bourgeois, « Solidarité », Paris, Armand Colin, 1896, p. 116.

83. Chacune de ces doctrines a donc sa propre vision du contrat c'est pourquoi il est fondamental de les étudier car elles sont à l'origine de notre façon de penser. Pour les autonomistes, les parties sont les seules juges de l'opportunité et du contenu du contrat. Le solidarisme objecte à cela que la libre volonté et l'égalité sont des illusions car les parties sont parfois inégales en force. Le solidarisme contractuel a la volonté de rétablir un équilibre de droit entre ces parties qui ne sont pas nécessairement sur un pied d'égalité dans leurs relations. Ce courant propose à mon sens une vision plus moderne du contrat, qui serait adapté aux relations contractuelles inégalitaires. Les auteurs actuels de ce courant s'appuient sur l'interprétation des notions de bonne foi et d'équité que l'on trouve aux articles 1134 et 1135 du code civil. Il est admis par cette partie de la doctrine que, ces notions s'appliquent non seulement à la formation du contrat, mais également au cours de son exécution. Les parties doivent donc s'entraider, chacune prenant en compte les intérêts légitimes de l'autre.

84. Le contrat est une coopération entre individus, Demogue disait qu'il s'agit « *d'un microcosme, une petite société ou chacun doit travailler dans un but commun*⁵¹ ». Le juge est le levier de ce solidarisme dans les cas où la loi n'a rien prévu. Selon cette conception, le juge doit intervenir non pas pour le passé, mais pour l'avenir afin de réorganiser le contrat défaillant ou déséquilibré. Par exemple, il doit réputer non écrite la clause de responsabilité abusive, il doit veiller à ce que la clause résolutoire soit invoquée de bonne foi, il doit imposer la renégociation au contractant dominant lorsque des circonstances économiques, nouvelles et imprévues lors de sa conclusion, ont déséquilibré le contrat. Allant plus loin, les solidaristes sont favorables à la révision judiciaire pour imprévision : le juge administratif ne l'admet-il pas ? Et par ailleurs n'y aurait-il pas une sorte d'hypocrisie à permettre au juge d'imposer la renégociation aux parties, tout en lui interdisant de réviser lui-même⁵² ? Il sera démontré ultérieurement que cette vision a été en quelque sorte consacrée par la Cour de cassation via sa jurisprudence relative à l'obligation de renégociation.

⁵¹ R. Demogue, *op. cit.*, tome 6, chap. 1, p. 9 (1931)

⁵² H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges F. Terré*, Dalloz 1998, p. 656.

B/ La riposte traditionaliste

85. Si la vision solidariste semble plus adaptée à la situation actuelle, certaines critiques peuvent être apportées mettant en avant la nécessité de trouver un juste milieu entre les deux pensées, afin de préserver d'une part nos principes fondamentaux, sans pour autant être fermé à une évolution qui peut s'avérer nécessaire dans certaines situations juridiques complexes, notamment en cas de changement de circonstances. La première critique qui a été adressée à ce courant, est le mélange qui est fait entre la morale et le droit. Mais comment ne pas mêler les deux ? Certes il est question de deux notions autonomes mais il paraît difficile de faire du droit sans morale.

86. En second lieu, et c'est la principale critique, le solidarisme sape la force obligatoire du contrat et porte donc atteinte à la sécurité juridique. Certains auteurs mettent en avant que c'est un concept imprécis et dangereux car porteur d'imprévisibilité. C'est vrai que l'un des effets pervers pourrait être de voir les tribunaux submergés par les demandes. A chaque variation de la conjoncture économique, on entrera dans une phase de négociations, qui pourrait bien devenir quasi permanente⁵³. Mais penser ainsi c'est oublier que le contrat successif est avant tout un acte de prévision⁵⁴ et que la vie des affaires implique la prise de risques. Concernant l'argument évoqué de la révision administrative, il faut tempérer. On sait que le juge administratif se reconnaît la possibilité de réviser un contrat administratif lorsque des circonstances extérieures et imprévisibles lors de sa conclusion ont déséquilibré la convention au point que son exécution, sans être impossible, est devenue déficitaire pour le contractant privé. Le contrat doit se poursuivre et l'Administration prend à sa charge une partie du déficit. Mais la solution s'explique par la nécessité de la continuité du service public.

87. Enfin, livrer le contrat au juge, en faire un juge d'équité, implique un fort risque d'arbitraire. L'unique devoir du juge doit être de veiller à l'efficacité des stipulations telles que les parties ont cru bon de les exprimer, le cas échéant de les interpréter à la lumière de leur commune intention.

⁵³ « L'obligation de négocier », Rev. trim. dr. com. 1985, p. 264 s.

⁵⁴ H. Lécuyer, op. cit., p. 643.

Section 2/ La pondération contemporaine de l'intangibilité conventionnelle

88. Le juge a effectué des entorses au principe d'intangibilité du contrat et procédé à des adaptations (§1) du contrat, soit sur habilitation du législateur ou au nom de la justice contractuelle, admettant indirectement la théorie de l'imprévision. Cette évolution a connue une réception mitigée en droit interne (§2).

§1/ L'adaptation du contrat par le juge

A/ Les tempéraments légaux au principe d'intangibilité

89. Comme il a déjà été énoncé, le code civil fait la force obligatoire du contrat un principe sacré, et notre droit rejette la réception de la théorie de l'imprévision. Après la première guerre mondiale, le législateur a promulgué des lois spéciales prévoyant une révision des stipulations contractuelles. Devant l'ampleur des bouleversements économiques, le législateur a dû en effet intervenir afin de venir en aide aux contractants, dont l'obligation était devenue démesurément onéreuse en autorisant la suspension, la révision ou la résiliation des contrats ayant subi un déséquilibre. Ces mesures étaient temporaires mais on trouve des lois permanentes qui consacrent dans des domaines limités la théorie de l'imprévision.

90. Après la guerre de 1914, une loi du 21 janvier 1918, appelée loi FAILLIOT, permettait au juge de résilier ou suspendre les marchés et autres contrats commerciaux conclus avant le 1^{er} août 1914 portant sur des denrées ou marchandises ou des prestations successives ou à terme, à condition que l'exécution soit devenue trop onéreuse pour l'une des parties. Il existe aujourd'hui des lois permanentes qui permettent une révision du contrat en cas de changement de circonstances. D'abord, certains textes du code civil peuvent se rattacher à la théorie de l'imprévision. L'article 1244 du code civil permet au juge de réviser les prévisions des parties en accordant au débiteur des délais de grâce. L'article 1152 alinéa 2 du code civil autorise le juge, même d'office, à modérer ou augmenter le montant de la clause pénale qui était convenu s'il est manifestement excessif ou dérisoire. Si la clause devient dérisoire en raison de l'inflation, on se trouve dans un cas d'imprévision. Enfin l'article 1769

du code civil prévoit une remise par le juge du prix de location dû par le fermier s'il y a perte par cas fortuit de la totalité ou de la moitié au moins d'une récolte. Il existe des textes plus récents, c'est le cas de la révision des rentes viagères, la révision de certains loyers, la révision du prix fixée dans une promesse unilatérale de vente ou encore la révision des contrats de cession de droits d'auteur, l'annulation de certaines libéralités, la révision de la soulte du par un co-partageant et enfin la révision des contrats conclus par une personne excessivement endettée.

91. S'agissant des rentes viagères, il existe des lois qui posent le principe de la révision périodique des rentes viagères servies par des organismes du secteur public⁵⁵ ou des particuliers⁵⁶. Les rentes constituées en réparation d'un préjudice sont aussi révisables de plein droit⁵⁷ et enfin les rentes constituées par aliénation de capitaux en espèces⁵⁸.

L'article 1675 alinéa 2 du code civil qui consacre la lésion dans une vente immobilière précédée d'une promesse unilatérale de vente, consiste à prendre en considération pour calculer la lésion la valeur du bien vendu au jour ou la vente est réalisée par la levée de l'option et non au jour ou la promesse avait été faite. Certains auteurs estiment qu'il s'agit en fait de « *faire jouer, sous le couvert de la lésion, la théorie de l'imprévision*⁵⁹ ». Par hypothèse en effet, le prix fixé dans la promesse par le vendeur n'était pas lésionnaire au moment de celle-ci. S'il l'est devenu à la date de la réalisation de la vente, c'est parce que la valeur de l'immeuble a augmenté entre le moment de la promesse et de la levée de l'option, en raison de la dépréciation de la monnaie. Les articles L. 145-33 et L. 145-34 du code de commerce, résultant de la codification du décret no 53-960 du 30 septembre 1953⁶⁰, accordent au juge de larges pouvoirs de révision du contrat de bail à usage commercial ou industriel, en lui permettant de modifier le montant du loyer.

⁵⁵ L. no 48-777 du 4 mai 1948 et no 48-957 du 9 juin 1948, D. 1948.184 et 218.

⁵⁶ L. no 49-420 du 25 mars 1949, D. 1949.203, rect. 258, révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers.

⁵⁷ L. no 51-695 du 24 mai 1951, JO 25 mai, portant majoration de certaines rentes viagères et pensions et L. no 74-1118 du 27 déc. 1974, D. 1975.25.

⁵⁸ L. no 49-1098 du 2 août 1949, JO 3 août, portant révision de certaines rentes viagères constituées par les compagnies d'assurance, par la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse ou par des particuliers moyennant l'aliénation de capitaux en espèces.

⁵⁹ TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, no 467

⁶⁰ D. 1953.393, rect. 440 et 525, et D. 1954.185, comm. Robert-Martin, R. Maus et R. Lafarge.

92. L'article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle admet la théorie de l'imprévision à propos des cessions de droits d'auteur. L'alinéa 1er de ce texte déclare en effet : « *En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus des sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat* ». Ce texte sanctionne, non seulement la lésion, c'est-à-dire le déséquilibre des prestations au moment de la formation du contrat, mais aussi la prévision insuffisante des produits de l'œuvre qui relève de l'imprévision, puisqu'elle provoque un préjudice qui se révèle au cours de l'exécution du contrat.

93. L'article 504 du code civil alinéa 2, dispose que, le testament fait par un majeur avant l'ouverture de sa tutelle pourra être annulé s'il est établi que, depuis cet événement, a disparu la cause qui avait déterminé le testateur à disposer. Ce texte prévoit donc « *une caducité pour changement imprévu des circonstances*⁶¹ » consacre donc, dans un domaine très restreint, la théorie de l'imprévision.

94. S'agissant du surendettement, On peut se demander si l'endettement excessif résulte bien de l'imprévision. Généralement, les intéressés se sont volontairement endettés. Ils auraient pu prévoir qu'en empruntant au-delà de leur capacité de remboursement, ils allaient se retrouver dans une situation financière difficile. Ils sont victimes de leur propre imprévoyance et non de l'imprévision. Cependant, cela n'est vrai que pour ceux qui se sont inconsidérément endettés sans qu'aucun événement imprévisible ne soit venu aggraver leur situation. En revanche, il y a bien imprévision pour ceux qui se trouvent excessivement endettés parce qu'un accident, une maladie, un licenciement pour motif économique ou tout autre événement imprévisible les a privés de tout ou partie des revenus qu'ils percevaient au moment où ils ont contracté leurs emprunts et qui leur permettaient alors de faire face à leurs engagements. Ainsi, certains dossiers de surendettement relèvent bien de la théorie de l'imprévision. Il existe aujourd'hui quatre dispositions légales autorisant le juge à ordonner des réductions de dettes sans avoir obtenu préalablement le consentement du créancier. Elles sont contenues dans le code de la consommation et à l'article 1244-1 du code civil.

⁶¹ J. CARBONNIER, t. 4, no 151, p. 288.

B/ L'émergence d'une obligation de renégociation

95. Nombreux sont les auteurs qui pensent que la jurisprudence fondée principalement sur la notion de bonne foi et d'équité pourrait aboutir à la réception de la théorie de l'imprévision dans notre droit. A travers l'étude de la jurisprudence et son évolution, il est intéressant de rejoindre cette opinion qui semble se confirmer. En effet, l'exposé des motifs de la proposition de loi qui sera étudiée dans les développements suivant fait référence à une jurisprudence qui a jeté les prémices de l'introduction de la théorie de l'imprévision et donc l'adaptation du contrat aux changements de circonstances.

96. Dans un premier temps, les juges se sont appuyés sur la notion de bonne foi et son article 1134 du code civil, pour imposer aux contractants « *un esprit d'aide, de collaboration et de dialogue*⁶² ». Dans un second temps, la Cour de cassation se fondant sur le même texte a fait peser sur les parties « *une obligation d'imagination, ou plus techniquement d'adaptation*⁶³ ». Mais c'est véritablement lors d'une troisième étape que sera mise en exergue l'éclosion de ce que l'on peut qualifier d'obligation de renégociation.

97. La première sentence qui mit en évidence cela fut celle de la Chambre commerciale du 3 novembre 1992, Société Française des pétroles BP c/ Huard⁶⁴. En l'espèce il était question d'un contrat d'approvisionnement exclusif de pétrole conclu par un distributeur en 1970. En 1982 les pouvoirs publics avaient décidé de libérer les prix de vente en détail et d'autoriser les distributeurs à consentir à des rabais. Monsieur Huard, contraint par les dispositions de son contrat, ne pouvait pas supporter la guerre des prix. Ce dernier s'est vite retrouvé ruiné et assigna donc son cocontractant au motif du non respect du principe d'exécution de bonne foi exprimé à l'article 1134 alinéa 3 du code civil. La Cour lui donna raison. La Chambre commerciale a estimé que le refus de renégocier le contrat à la survenance des circonstances imprévisibles qui modifient l'équilibre contractuel est constitutif d'un manquement à la bonne foi et donne droit à des dommages et intérêts.

⁶² CA Paris, 18 juin 1984, Droit de l'informatique 1984.22, RTD civ. 1986.100, obs. J. Mestre ; 26 juin 1985, Pardon c/ Sté Kienzle Informatique, inédit, RTD civ. 1986.101, obs. J. Mestre.

⁶³ J. MESTRE, Une bonne foi décidément très exigeante, RTD civ. 1992.760. no 5.

⁶⁴ Cass. com. 3 nov. 1992, Sté française des pétroles BP c/ Michel Huard, Bull. civ. IV, no 338, JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy, RTD civ. 1993.124, obs. J. Mestre, Defrénois 1993.1377, obs. J.-L. Aubert, Contrats, conc., consom. mars 1993, no 45 ; 22 déc. 1998, Defrénois 1999.371, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 1999.98, obs. J. Mestre

Monsieur Huard avait fait des dépenses considérables pour adapter sa station service aux exigences de BP. Certains juristes ont été méfiant à l'égard de cet arrêt et proposaient de qualifier cette obligation de renégociation comme une faute contractuelle⁶⁵. Cette solution à ensuite été confirmée dans un autre arrêt aussi important rendu par le 24 novembre 1998⁶⁶. Ici, l'obligation de renégocier apparaît comme une sanction pour le cocontractant de mauvaise foi qui ne voulait pas aider son partenaire en difficulté⁶⁷. Pour d'autres, cet arrêt aurait ouvert la voie de l'imprévision⁶⁸.

98. Les arrêts Chevassus-Marche⁶⁹ et Les repas parisiens⁷⁰ ont également tranché le débat en faveur de la théorie de l'imprévision. Dans le dernier arrêt cité, il était question de la rupture abusive d'un contrat conclu entre la société gestionnaire d'un restaurant à caractère social et une association qui lui sous louait le local. Le motif de la rupture était les prix que la société de restauration était censée pratiquer et, qui se sont avérés trop bas pour assurer la rentabilité. La 1^{ère} chambre civile rejeta le pourvoi et admit l'existence de l'obligation de renégociation. Dans un autre arrêt⁷¹, la Cour d'appel de Nancy a obligé les parties avant de dire le droit, à reprendre des négociations portant sur le partage du profit de la vente d'un excédent de quota d'émission de gaz à effet de serre suite à un changement du système des quotas.

99. Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 29 juin 2010⁷² est allé encore plus loin. L'arrêt a été jusqu'à procédé à la résolution du contrat au motif de l'imprévision tout en s'appuyant sur la cause. La chambre commerciale de la Cour de cassation a donc admis implicitement la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la disparition de la cause en cours d'exécution du contrat. Cette solution qui semble particulièrement audacieuse

⁶⁵ Cf. Flour J. Aubert J-L. et Savaux E. , Les obligations, T :I , L'acte juridique, Armand Colin, 10^{ème} éd. 2000, n° 405, p 307.

⁶⁶ *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre et 24 novembre 1998 Danone

⁶⁷ D. Mazeaud. Du nouveau sur l'obligation de renégocier, Recueil Dalloz, 2004, p. 1754.

⁶⁸ Cf. Mestre J, une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat, *RTD civ.* , 1993, p. 128 : « en admettant que le refus de renégocier les prix, librement fixés au moment de la conclusion du contrat, par l'un des cocontractants constitue un manquement à la bonne foi ».

⁶⁹ Cass. com. 24 nov. 1998, Chevassus-Marche *RTD civ.* 1999. 98.

⁷⁰ Cass. civ 1^{ère} . , 16 mars 2004, les repas parisiens, n° 01-15.804.

⁷¹ CA Nancy, 2^{ème} Ch. Comm, 26 septembre 2007, n° 2073/07, D. 2010, 2481.

⁷² Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, SA Soffimat c/ SAS SEC, F D : JurisData n° 2010-010742.

doit être accueillie avec précaution. L'arrêt non publié au bulletin, tranche une question de procédure civile. De plus, il a été rendu en formation restreinte et pour défaut de base légale. Sa valeur d'arrêt de principe est donc contestable. La majorité de la doctrine ne semble pas accepter cette position prise par la Cour de cassation⁷³.

100. Cette série de jurisprudence semble donc dégager une obligation de renégocier au nom de la bonne foi et de la justice contractuelle mais la portée semble difficile à apprécier. Certains auteurs parlent de « *politique à petits pas dans laquelle la Cour de cassation s'est engagée dans le but de reconnaître peu à peu l'imprévision*⁷⁴ ». D'autres auteurs pensent que la Cour de cassation n'ira pas plus loin, car cette théorie très controversée est contraire à l'esprit du code civil et aux grands principes directeurs du droit civil. Mais ce jeu de « *cache-cache*⁷⁵ », entre la jurisprudence et la doctrine continue, avec des résultats douteux pour la sauvegarde de la sécurité juridique. L'action du législateur apparaît donc nécessaire pour déterminer une solution à adopter en cas de changement de circonstances.

§2/ Une réception mitigée de cette évolution

A/ La position de la doctrine

101. Comme il a été étudié précédemment, la jurisprudence a semble t'elle dégagée au fil du temps une obligation de renégociation en cas de changement de circonstances. Une grande partie de la doctrine, dont Monsieur Mestre⁷⁶, voit dans ces décisions un tempérament au refus de la révision judiciaire pour imprévision. Il serait édicté dans l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil une obligation de renégocier les contrats devenus déséquilibrés au cours de leur exécution du fait d'un changement de circonstances. En revanche, une autre partie de la doctrine pense que ces arrêts ont été rendus dans des domaines voisins de l'imprévision, mais dans des cas où les circonstances économiques n'avaient pas changé de façon imprévisible et

⁷³ Genicon. T, théorie de l'imprévision ou de l'imprévoyance ? , Recueil Dalloz, 2010, 2485 et suiv.

⁷⁴ Choné A-S, vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La cour de cassation engagée dans une politique des petits pas, petites affiches, 256,2010, p.7, PA n°201025604.

⁷⁵ Terme utilisé par Savaux. E, l'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, revue des contrats 2010, p. 1057, RDCO 2010-3-49, n° II B.

⁷⁶ Mestre J., « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », RTD Civ. 1993. p. 124.

brutale. Le changement venait d'un fait imputable à l'une des parties. Ces jurisprudences seraient donc davantage une sorte de sanction à l'égard d'une partie de mauvaise foi.

102. Un nombre important d'auteurs approuve cette jurisprudence⁷⁷, puisque la liberté contractuelle est préservée, voir stimulée par de telles décisions. Le fait d'obliger les parties à renégocier dans le cadre d'un changement de circonstances imprévisibles permet de créer des clauses. Ces clauses permettront au contrat de s'adapter avec le temps. La position de la Cour de Cassation aurait un effet bénéfique : « *inciter les parties à prendre en main leur destin contractuel*⁷⁸ ». En fait, la bonne foi devrait pousser les juges à réviser le contrat en cas d'imprévision provoquant la ruine de l'une des parties. On retrouve ici la vision de Demogue précité avec l'idée de « *microcosme* ». En effet, le contractant dispose d'une rationalité qui est limitée lorsque le contrat doit s'exécuter dans le temps. L'idée serait de palier à cette carence, qui ne lui permet plus d'être juge de ses intérêts en exigeant la solidarité de l'autre partie ce qui se traduirait par une révision du contrat déséquilibré.

103. D'autres auteurs comme Denis Mazeaud⁷⁹, vont plus loin et pensent que la Cour de Cassation ne vas pas assez loin en ne reconnaissant qu'une simple obligation de renégociation. Ils font références aux pays voisins qui ont procédé à un tel changement avec succès sans mettre en danger la sécurité juridique.

B/ L'équité, une notion floue portant atteinte à la sécurité juridique

104. Certains auteurs soulignent que l'équité est le meilleur fondement pour l'intervention du juge dans le contrat. En effet, comme il a été étudié précédemment, le juge a utilisé cette notion pour dégager une obligation de renégociation en cas de contrat devenu déséquilibré. D'ailleurs le juge a déjà eu recours à cette notion pour dégager l'obligation de sécurité ou l'obligation d'information par exemple.

⁷⁷ Notamment Madame Fauvarque-Causson, « le changement de circonstances », revue des contrats, 2004, n°1. p. 67.

⁷⁸ Fauvarque-Causson, « le changement de circonstances », revue des contrats, 2004, n°1. p. 67.

⁷⁹ Mazeaud.D , « la révision du contrat », les petites affiches, 30 juin 2005, p. 4.

105. Pourtant il est possible d'émettre des critiques à l'égard de cette notion d'équité, car il s'agit d'une notion beaucoup trop incertaine. La notion d'équité est floue et laisse ainsi une grande marge d'appréciation aux juges pour dégager leur jurisprudence. Ainsi le risque d'arbitraire est certain. L'interprétation des contrats au regard de l'équité semble dangereuse en ce qu'elle porte atteinte au principe de sécurité juridique, principe pourtant fondamental et tout particulièrement dans les relations d'affaires.

106. Une telle interprétation au nom de l'équité et de la justice contractuelle ne poserait pas problème si elle visait les contrats d'adhésion, ou s'il ne s'agissait que d'obligations à la charge du professionnel. L'équité permettrait de protéger le contractant en situation de faiblesse. Mais la jurisprudence applique cette interprétation dans les contrats conclus entre professionnels. Les contractants disposent donc normalement des mêmes compétences et sont sur un même pied d'égalité lorsqu'ils procèdent à la conclusion d'un contrat dans le cadre de leurs affaires.

107. L'équité est une notion qui repose sur le juste, mais qu'est ce que le juste ? Le juste diffère d'une personne à une autre. Le recours à cette notion peut donner un sentiment d'insécurité. Un juge peut considérer que telle chose est juste, et un autre juge avoir un avis totalement différent. Le juge qui décide en équité, fait perdre la sécurité juridique. On peut donc comprendre les critiques adressées à cette admission déguisée de la théorie de l'imprévision, il est donc important que des textes précis viennent résoudre le problème en conciliant d'une part la justice contractuelle et la sécurité juridique.

CHAPITRE 2/ L'imprévision et ses incertitudes

108. Il semblerait que l'avenir de la théorie de l'imprévision (section 1) se dessine au fil des projets, et naturellement se pose la question de l'adéquation de cette théorie avec notre philosophie du contrat (section 2).

Section 1/ L'avenir de la théorie de l'imprévision

109. Le droit Français se dirige vers la consécration tant attendue de la théorie de l'imprévision (§1), sous l'impulsion du droit international (§2).

§1/ Vers une consécration de la théorie de l'imprévision en droit interne

A/ Un point sur les projets Catala et Terré

110. Il est intéressant de commencer par un point sur les projets de refonte complète du droit des obligations et qui font tous mention du régime de l'imprévision. Ces projets ont bercé notre parcours universitaire et sans aucun doute influencés l'actuel projet. La France n'a donc pas échappée à la question épineuse de l'imprévision et de son éventuelle admission. Sur la question, l'avant projet Terré et le projet Catala ont des avis divergents.

111. L'avant projet Terré se montre favorable à l'égard de la révision pour imprévision, dans son article 92. Dans celui-ci, il accepte qu'en cas d'échec de la renégociation du contrat devenu déséquilibré, que le juge « *peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

112. Le projet Catala est quant à lui beaucoup plus attaché à la force obligatoire du contrat et à la compétence des parties de prévoir au mieux l'évolution des circonstances susceptibles d'avoir une influence sur le contrat. Dans ces articles 1135-1 et 1135-2, pour les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties sont libres de prévoir des clauses de renégociation en cas de changement de circonstances. Si cette clause n'a pas été prévue dans le contrat initial, la renégociation du contrat peut être provoquée par le président du Tribunal de Grande Instance, et si elle échoue, chacun des contractants a la possibilité de résilier de façon unilatérale le contrat. Cet avant projet est donc hostile à une évolution de la théorie de l'imprévision. Après avoir très longtemps hésités, les protagonistes ont tranché et semble disposés à accueillir cette théorie objet de controverses depuis des années.

B/ Le projet actuel

113. Il semblerait qu'une issue soit enfin trouvée puisque le 28 janvier 2015, l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. La réforme du droit des contrats devrait donc se faire par ordonnance, l'Assemblée nationale ayant, à nouveau, réintroduit l'habilitation du gouvernement que le Sénat avait retirée du projet.

114. Le projet de réforme actuel prévoit de compléter l'article 1134 du code civil par un alinéa ainsi rédigé : « *Si un changement de circonstances imprévisible, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ». La partie qui subit l'imprévision peut demander une renégociation à son cocontractant, mais elle n'est pas libérée de ses obligations qu'elle doit continuer à exécuter durant la renégociation.

115. Le contrat n'est donc pas suspendu comme ce serait le cas s'il y avait force majeure. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, c'est au juge de résoudre la situation. Le juge peut procéder à l'adaptation du contrat mais seulement, si les parties en sont d'accord.

Les parties n'ont donc pas l'obligation d'aboutir à un accord, et le juge ne peut pas modifier le contenu du contrat à la place des parties pour l'avenir (contrairement à ce qui était prévu dans le projet du professeur Terré). Ce régime se distingue de celui de droit administratif dans lequel le cocontractant est en droit d'obtenir une indemnité (éventuellement déterminée par un juge).

116. A défaut le juge peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe. C'est à ce niveau que le juge semble avoir la plus grande latitude. Le texte ne précise pas que le juge peut fixer des indemnités, par exemple en cas de refus de négociation ou en cas de rupture de négociation de mauvaise foi, comme c'est le cas dans le texte européen ou implicitement dans le rapport Catala, mais ne l'exclut pas non plus, à l'inverse du projet de la Chancellerie. Il se pourrait donc que si les parties ne sont pas forcées d'aboutir à un accord, elles seront obligées de négocier de bonne foi. En cela aussi ce régime est différent de celui de droit administratif au titre duquel, la résiliation peut être demandée si les « *circonstances* » se poursuivent dans le temps et sont alors assimilées à un cas de force majeure.

§2/ Une impulsion donnée par le droit international

A/ La révision pour imprévision confirmée dans les projets d'harmonisation du droit européen

117. Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international énoncent à l'article 6.2.3 que, lorsqu'en cours d'exécution, l'équilibre contractuel est bouleversé par un changement de circonstances, et que la partie lésée ne pouvait pas raisonnablement prendre en considération au moment de la conclusion du contrat, elle peut demander l'ouverture des renégociations. A défaut d'accord, les contractants ont la possibilité de saisir le tribunal qui pourra mettre fin au contrat objet du litige, à la date et aux conditions qu'il fixe, pu alors adapter le contrat afin de rétablir l'équilibre.

118. Ces principes du droit européen, article 6.111 indiquent que l'obligation de renégocier s'impose aux parties « *en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si son exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances* ». Il précise en son 3 que « *faute d'accord des parties dans un délai*

raisonnable, le tribunal peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou l'adapter de manière à distribuer de façon équitable entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement des circonstances. Il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

119. L'article 97 alinéa 1^{er} de l'avant projet de code européen des contrats, élaboré par l'académie des privatistes européen de Pavie, va également dans ce sens. En effet l'article sus évoqué dispose que, lorsque des événements imprévisibles ont rendus excessivement onéreuse l'exécution du contrat, le débiteur a « *le droit d'obtenir une nouvelle négociation du contrat* ». Cet exposé des différents principes et projets à l'échelle européenne, permet de mieux comprendre leur approche de la révision judiciaire pour imprévision. Ces textes, en permettant l'accès au juge pour réviser un contrat, encadrent néanmoins de façon précise son rôle afin de laisser place en priorité à la liberté contractuelle. Ici il y a une idée de coopération et de bonne foi afin de guider les renégociations. Nous l'avons vu, notre droit national admet parfois en dernier recours une révision judiciaire.

120. La France pourrait abandonner sa jurisprudence encore imprécise sur l'obligation de renégocier, et revenir sur la rigidité de l'arrêt Canal de Craponne, en accordant un pouvoir au juge de réviser des contrats devenus trop déséquilibrés. L'économie est en constante évolution, il doit être possible d'adapter les contrats au fil du temps, notamment pour les contrats très longs, ce qui les rendra plus efficaces. Paradoxalement, en admettant la révision judiciaire pour imprévision, s'agissant des contrats dépourvus de clause, les juges permettraient davantage de sécurité juridique en rendant les relations contractuelles plus stables.

B/ La révision du contrat pour imprévisibilité en droit international, une admission déjà marquée

121. L'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée le 11 avril 1980, dite convention de Vienne, permet l'exonération en cas de survenance imprévisible d'un empêchement. L'article 79 est rédigé de la façon suivante : « *Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de*

sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

122. Il n'est ici nullement fait mention d'un changement de circonstances comme cause d'exonération. Pourtant, dans un arrêt de la Cour de cassation belge de 2009, il a été fait une interprétation extensive de l'article 79 de la Convention des Nations Unies admettant le « hardship » comme une cause d'exonération et un droit à la renégociation. La haute juridiction belge a décidé en ces termes : *« En matière de contrats de vente internationale de marchandises, des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations ».* La Cour ajoute que *« la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat ».* La question posée devant la Cour de cassation belge était : le bouleversement contractuel peut-il être constitutif d'un empêchement ? Il est répondu positivement, et ce, en parfaite conformité à la note du septième avis consultatif de la Convention de Vienne, du 12 octobre 2007 qui énonce : *« 3.1. Un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fût pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse peut être qualifié d' "empêchement" au sens de l'article 79.1. Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme "empêchement" à un élément qui rend l'exécution absolument impossible. Dès lors, une partie qui se trouve dans une situation de « hardship » peut l'invoquer comme cause d'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 ».* La haute juridiction belge va interpréter l'article 79 de la Convention, en application de l'article 7.2 de celle-ci qui prévoit une interprétation en cas de lacunes de la convention, à la lumière des principes généraux l'ayant inspirée.

Section 2/ Un projet en adéquation avec notre philosophie du droit des contrats ?

123. L'admission de la théorie de l'imprévision suscite des interrogations, car elle va être confrontée aux principes cardinaux de notre droit (§1). La question est de savoir si celle-ci sera un remède efficace contre l'instabilité ou un fléau (§2).

§1/ La théorie de l'imprévision face aux principes cardinaux du droit Français

A/ Correspondance avec notre vision du contrat

124. Les objectifs du droit des contrats étant conservés, et la possibilité pour les parties de sauver leur relation économique, est-ce en adéquation avec notre vision du droit des contrats ? C'est la question qui m'interpelle en étudiant ce sujet. La popularité des clauses de hardship étudiées en première partie, et des clauses de variations automatiques dans les contrats internationaux a conduit les rédacteurs des principes d'Unidroit à inclure l'imprévision dans les textes.

125. On a une prépondérance de la négociation, le contrat change si la situation économique se voit modifiée. Le contrat ne sert donc plus à figer le consensus des parties. Ici, sa principale fonction est d'encadrer une situation économique. C'est la relation économique qui est au premier plan, le contrat passe après. Et ce n'est plus au juge de dire ce qui est équitable. Ce sont les parties qui seront contraintes de trouver un remède à la situation devenue déséquilibrée. La renégociation des parties aura pour but la recherche de la justice contractuelle, prenant en compte la distribution des bénéfices du contrat dont l'une des parties est privée en partie ou totalement. Le contrat est alors une sorte de photo prise à un instant T, qui montre l'état des relations entre les contractants. Il est évident que ces relations vont nécessairement évoluer si elles s'étalent dans le temps. Ce n'est plus la sécurité et le respect total de la parole donnée que les parties recherchent, mais de la flexibilité dont elles ont besoin. Par conséquent, la frontière entre formation et exécution du contrat devient de plus en plus floue.

B/ La place discutée du juge

126. Comme il a été énoncé précédemment, la théorie de l'imprévision va faire son entrée dans notre code civil mettant fin à ce feuilleton juridique qui dure depuis des années. Si un changement de circonstances après la conclusion du contrat rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'a pas accepté d'en assumer le risque, cette partie pourra demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Si la renégociation n'aboutit pas, les parties pourront demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat, ou bien une partie seule pourra lui demander de mettre fin au contrat.

127. Si l'opportunité d'une telle solution est discutable pour certains, elle peut cependant être admise à la lumière du droit comparé. L'imprévision a en effet été reconnue dans de nombreux pays européens. L'admission de la théorie de l'imprévision est un choix de philosophie contractuelle, il y a d'un côté les défenseurs de la toute puissance volonté contractuelle, de l'autre, les partisans de la justice contractuelle. Mais ce choix permet de connaître la position du législateur quant à la place qu'il accorde au juge. Ce dernier peut-il s'immiscer dans le contrat pour l'adapter ou doit-il rester en dehors de cette sphère contractuelle ?

128. La doctrine reproche souvent à la jurisprudence sa volatilité, mais dans le domaine de l'imprévision la jurisprudence a fait preuve de constance, à part quelques écarts qui ont été étudiés. La jurisprudence a fait prévaloir l'intangibilité du contrat et sa sécurité, sur l'intervention du juge et l'équité. Cette décision est emblématique de la position de principe du droit contractuel français vis-à-vis du juge qui reste, dans l'esprit de beaucoup, et selon l'expression critique de Denis Mazeaud : « *l'ennemi contractuel numéro 1* ». En matière d'imprévision, la Cour de cassation est donc restée ferme. Elle a toujours refusé de laisser les juges du fond corriger les déséquilibres survenus par l'effet des circonstances. Tout juste a-t-elle consentie de sanctionner, sur le fondement de la bonne foi, le contractant, bénéficiaire des circonstances, en cas de refus de renégociation de sa part. Il n'en reste pas moins que, depuis l'affaire du Canal de Craponne, les pouvoirs d'intervention du juge sur le contenu contractuel n'ont eu de cesse d'augmenter (révision des clauses pénales, des charges, des honoraires, modification des clauses d'indexation, etc).

129. Certes, la multiplication des exceptions ne fait pas un principe, et la doctrine reste profondément divisée, comme en témoignent les positions opposées de l'avant-projet Catala, qui refuse la révision judiciaire pour imprévision⁸⁰, et de l'avant-projet Terré qui, sur le modèle des codifications privées européennes⁸¹, l'admet. Pourtant, la division de la doctrine n'empêche pas qu'un choix clair soit effectué, dans un sens ou dans un autre. Or, au-delà des apparences, ce n'est pas ce que fait l'article 1196 du projet d'ordonnance. Ce texte pose, en préalable, l'obligation pour les parties de renégocier le contrat dont l'exécution est devenue « *excessivement onéreuse* » pour l'une des parties, en raison de la survenance d'une « *circonstance imprévisible* », dont la victime n'avait pas accepté le « *risque* ». Ensuite, le texte précise, qu'en cas d'échec ou de refus de renégociation, les parties peuvent demander « *d'un commun accord* » au juge de procéder à l'adaptation du contrat. Cette disposition n'a pas grand intérêt a priori. D'un point de vue juridique, les parties peuvent déjà, en droit positif, demander au juge, d'un commun accord, de modifier leur contrat. Elles peuvent en effet, en vertu de l'article 12, alinéa 4 du Code de procédure civile « *conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

130. D'un point de vue pratique, on voit mal dans quelles circonstances des parties pourraient demander à un juge de modifier le contrat à leur place. En effet, si le contrat n'a pas été modifié c'est, soit parce que les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord, soit parce que le bénéficiaire des circonstances n'a pas voulu renégocier. Dans ces conditions, pourquoi les contractants, et notamment celui qui bénéficie des circonstances, prendraient-ils le risque de se soumettre à la révision judiciaire ?

En somme, si la menace d'une résiliation par le juge n'a pas poussé le bénéficiaire des circonstances à accepter de renégocier, ou à trouver un compromis, rien ne lui fera opter pour la révision judiciaire.

⁸⁰ art. 1135-1

⁸¹ Principes Lando : art. 6.111 ; Principes Unidroit : art. 6.2.3. V. cep. projet Gandolfi : art. 1135-1

§2/ La révision pour imprévision : remède contre l'instabilité ou fléau

A/ Réflexion sur la correction du contrat

131. Les juristes sont conditionnés par les théories généralistes et principes directeurs du droit et ce depuis la première année de droit. Notre raisonnement est influencé voir fixé sur ces grands principes qui nous paraissent absolus et inébranlables. La force obligatoire du contrat est l'un des principes cardinal du droit civil. Il ne peut être dérogé à ce principe. Mais dans certains cas, le contrat à besoin de subir une correction, une adaptation. C'est un besoin et il existe divers mécanismes comme la lésion ou l'imprévision qui autorisent la correction. Toutefois, au regard de ce qui vient d'être dit, leur réception en droit positif est très limitée notamment pour l'imprévision. Certes le législateur utilise des procédés tels les clauses abusives, mais ces moyens sont dispersés sans unité conceptuelle.

132. La correction d'un contrat pourrait être très utile d'un point de vue économique en ce qu'elle permettrait de sauver le contrat, mais également d'un point de vue juridique en autorisant la restauration de la justice contractuelle. Attention, l'évolution sous entendue dans les propos énoncés ci dessus ne devrait pas découler vers un principe général de correction du contrat sous couvert du moindre déséquilibre, ce qui serait le générateur d'une grande insécurité juridique. Mais une extension du domaine est envisageable. Il faudrait créer via le législateur, un véritable concept de correction, qui permettrait de corriger à certaines conditions, les déséquilibres survenus postérieurement à la conclusion d'une convention. Ce serait alors une simple exception au principe de la force obligatoire du contrat puisqu'elle ne pourrait être actionnée que par une décision juridictionnelle. Le projet de réforme devra répondre à cette question.

133. Les fondements utilisés pourraient toutefois poser problème. Il serait possible d'utiliser la notion d'équilibre, de bonne foi ou encore la proportionnalité mais ces critères restes vagues et seraient ainsi laissés à la seule interprétation des juges du fond, et il faudrait attendre des années afin d'établir un corps référence de jurisprudence. Après réflexion, et étude des concepts qui sont utilisés en la matière il serait intéressant d'utiliser la notion de cause, souvent décriée et qui risque de disparaître du code civil. Il faudrait ici l'entendre dans le sens « intérêt ». L'insuffisance d'intérêt persistant au cours d'une exécution contractuelle

serait le révélateur de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les parties ce qui serait le fondement d'une correction automatique du contrat.

134. Bien entendu il s'agit là d'une base de réflexion, une piste ou les conditions précises de l'action judiciaire restent à déterminer. Toutefois, l'ajout par le juge d'une obligation réalise une dérogation grave aux principes du droit des contrats et doit être accordé de façon très restrictive afin d'éviter l'anarchie.

B/ Une théorie dangereuse nécessitant un encadrement précis

135. La théorie de l'imprévision a pour finalité d'assurer la justice contractuelle. Mais elle a également un objectif d'utilité économique. Au regard des arrêts et de la doctrine étudiée pour la construction de ce mémoire, il semble que l'imprévision réponde à ces défis. Quelque soit le système économique, les crises et les problèmes de conjoncture sont inévitables. Quel que soit le contrat, il est impératif d'être assuré contre un changement de circonstances imprévisibles.

136. Certes les principes d'autonomie de volonté et de liberté contractuelle permettent d'anticiper un éventuel changement de circonstances, par le biais des clauses de hardship tout particulièrement. Comme il a été observé au cours de ce mémoire, ces clauses sont de plus en plus étendues, spécifiquement dans les contrats internationaux. Dans notre droit positif, c'est le code civil qui encadre la relation contractuelle. Autrement dit, par principe dans un système comme le notre, les parties n'ont pas l'obligation d'écrire de longs contrats qui règlent scrupuleusement tous leurs droits et obligations, car le code permet de compléter cet accord et de se substituer éventuellement aux stipulations qui sont illégales. On sait que le code est très protecteur, notamment dans la relation professionnel consommateur.

137. Toutefois il ne faut pas oublier que la théorie de l'imprévision est dangereuse et va à l'encontre de nos principes. Cette théorie peut déstabiliser le système du droit des contrats car par principe elle permettrait de ne pas tenir ses engagements. En outre, il ne faut pas nécessairement avoir cette crainte, les conditions d'applicabilité seront strictes. Pour que la réception de l'imprévision soit bénéfique, il faut absolument qu'elle soit reconnue ouvertement par un texte législatif précis. En effet, une telle théorie qui serait imprécise et qui

serait appliquée de manière discrétionnaire par la jurisprudence serait contraire à la sécurité juridique que doit garantir notre droit. De plus, faute de prévisions on voit bien que le juge utilise parfois des autres notions du code comme la cause, la bonne foi, pour aboutir à une solution équitable. Même si la jurisprudence Craponne a été pendant très longtemps incontestable, les arrêts de la Cour de cassation que nous avons étudié mettent en avant le fait que celle-ci n'est peut-être plus adaptée à notre époque.

138. Il ne faut pas non plus exagérer les interventions ponctuelles de la jurisprudence, la Cour a confirmé dans d'autres arrêts le principe d'intangibilité des contrats et le principe *pacta sunt servanda*⁸². Si elle a eu tendance à s'appuyer sur l'article 1134 pour reconnaître l'existence d'une obligation de renégociation, la Cour ne souhaite pas aller plus loin pour le moment. Si le juge venait à s'accorder un tel pouvoir de révision, en s'appuyant sur des notions générales, comme la bonne foi ou l'équité, il créerait une loi et comme nous le savons cette faculté est de façon exclusive réservée au pouvoir législatif.

139. Le pouvoir judiciaire de révision constituait traditionnellement le cœur de la théorie de l'imprévision, mais ce pouvoir est paradoxalement restreint dans le projet actuel. A la place de la révision judiciaire totale, on propose à présent que les parties procèdent elles-mêmes à l'adaptation de leur contrat devenu déséquilibré par un changement de circonstances. Cela s'opère par une obligation de renégociation ou par des propositions d'adaptation faites devant le juge. Le rôle du juge se limite ainsi à écarter les contrats dont la révision n'a pas été possible. Cela diminue l'impact de l'imprévision sur la volonté des parties. Il est temps que la réforme vienne éclaircir de façon définitive la situation en posant une solution précise et adaptée afin de mettre un terme à ce débat qui fait rage depuis des années. La vision du contrat est devenue plus moderne, on ne peut qu'être favorable à une évolution tournée vers la possibilité de réviser le contrat, toutefois il ne faut pas pour autant abandonner ce qui fait la force de notre droit, des principes nécessaires à la sécurité juridique. L'achèvement de ce travail me laisse perplexe quant à une solution rapide, les futurs étudiants devraient encore entendre parler de l'imprévision pendant longtemps, avant que le législateur ne fixe une règle adaptée et que la jurisprudence dégage de façon homogène une notice à suivre.

⁸² Cass. comm. 10 jui. 2007, D.2007, p.2839, note P. Stoffle-Munck, p. 2844, note P-Y. Gautier et p. 2972, obs. B. Fauvarque-Cosson.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

- **BENABENT Alain**, *Droit des obligations*. Montchrestien, précis Domat, 13^{ème} édition, 2012, 736 pages.
- **BERTHIAU Denis**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, 1999, Tome 320.
- **HELLERINGER Geneviève**, *Les clauses du contrat*, Essai de typologie. LGDJ, Lextenso éditions, bibliothèque de droit privé, tome 536, 2012, 450 pages.
- **LACHIEZE Christophe**, *Droit des contrats*, Broché, 3^{ème} édition, 2012, 192 pages.
- **MALINVAUD Philippe. LASZIO-FENOUILLET Dominique. MEKKI Mustapha**, *Droit des obligations*, Lexis Nexis, 13^{ème} édition, 2014, 802 pages.
- **MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe**, *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} édition 2005.
- **PENIN Olivier**, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, LGDJ, Lextenso éditions, bibliothèque de droit privé, tome 535, 2012, 450 pages.
- **PIETTE Gaël**, *La correction du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, tome I, 2004.
- **STOFFEL-MUNCK Philippe**, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, volume I, 1993, 178 pages.
- **TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, *Droit civil*, Les obligations. Dalloz précis, 11^{ème} édition, 2012.

II. SITES INTERNET

- Gazette du palais en ligne, lextenso.fr. Consulté le 13 mars 2015. Tri-hebdomadaire, dimanche 14 au mardi 16 juin 2009, n°165 à 167. www.jonesday.com.
- Clauses de hardship : prévoyez l'imprévisible ! Rivkine Jérôme, avocat au barreau de Paris et docteur en relations internationales. Consulté le 15 février 2015. Lexbase, janvier 2011. www.rivkineavocats.com.

- Mouralis, Jean-Louis. Imprévision. Répertoire du droit civil, Dalloz, septembre 2003 (mise à jour Janvier 2012).
- www.legifrance.gouv.fr
- www.uniorg.droit

III. REVUES

- **BOUTHINON-DUMAS Brigitte**, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, revue internationale de droit économique 2001/3.
- **CHONE Anne-Sophie**, *Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La cour de cassation engagée dans une politique des petits pas*, petites affiches, 256,2010, p.7.
- **FAUVARQUE-COSSON Bénédicte**, *le changement de circonstances*, RDC 2004, p. 67, spé n°36.
- **FAGES Bertrand, MESTRE Jacques**, *l'influence du droit de la concurrence sur le contrat*, RTD com. 1998, p.80.
- **GENICON Thomas**, *Théorie de l'imprévision ou de l'imprévoyance ?* Recueil Dalloz, 2010, 2485 et suiv.
- **JARROSSON Charles**, *les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, Puam, 1990, p. 141, spé. n° 8.
- **LECUYER Hervé**, *Le contrat, acte de prévision*, Mélanges F. Terré, Dalloz 1998, p. 656.
- **MALAURIE Philippe**, *les problèmes actuels du droit des obligations*, les cours du droit, p 40 et s, spé. P. 149.
- **MAZEAUD Denis**, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, Recueil Dalloz, 2004, p. 1754.
- **MAZEAUD Denis**, *La révision du contrat*, les petites affiches, 30 juin 2005, p. 4.
- **MAZEAUD Denis**, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* Mélanges Terré, Dalloz-PUF-J.-Cl. 1999, n° 17, p. 622.
- **MESTRE Jacques**, *Une bonne foi décidément très exigeante*, RTD civ. 1992.760. no 5.
- **MESTRE Jacques**, *une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat*, RTD civ, 1993, p. 128.
- **ROUHETTE Georges**, *la révision conventionnelle du contrat*, RID comp 2-1986, p. 370 et s, spé, n° 28.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
Partie 1/ La possible anticipation contractuelle d'un changement de circonstances.....	13
Chapitre 1/ Les clauses contractuelles permettant l'adaptation du contrat	14
Section 1/ Présentation des différents types de clauses.....	14
§1/ Les clauses de variation automatique.....	14
A/ Définition	14
B/ Application	15
§2/ Les clauses de révision ou de renégociation	17
A/ Définition	17
B/ Application	18
Section 2/ La clause de hardship ou comment renégocier l'imprévu	19
§1/ L'opportunité de l'adaptation.....	19
A/ L'origine du hardship	19
B/ Les caractères du hardship.....	21
§2/ La question de la constatation du hardship	22
A/ L'élément déclencheur	22
B/ La réaction des contractants	23
Chapitre 2/ L'efficacité des clauses de hardship	24
Section 1/ L'adaptation et ses conséquences.....	24
§1/ La réalisation de l'adaptation	24
A/ La situation des parties	24
B/ Un devoir de renégocier sans obligation de réviser le contrat.....	25
§2/ L'intérêt des clauses de hardship	26
A/ Les conséquences	26

B/ Le sort du contrat.....	27
Section 2/ La clause de hardship : un vecteur de sécurité.....	28
§1/ Souplesse et précision, combinaison gagnante	29
A/ La souplesse des clauses : un atout indéniable.....	29
B/ La précision dans la rédaction : une condition de l'efficacité.....	30
§2/ L'intervention du juge, garant de l'efficacité de la clause ?	31
A/ Le rôle du juge vis à vis les clauses de hardship.....	31
B/ L'exécution forcée : un cas exceptionnel	33
Partie 2/ L'adaptation du contrat au nom de la justice contractuelle	35
Chapitre 1/ Vers la modernisation de la conception française du contrat	36
Section 1/ Les origines de la théorie de l'imprévision	36
§1/ L'émergence de l'intangibilité du contrat	36
A/ Naissance du concept d'imprévision, le droit naturel romain.....	36
B/ Les grandes codifications et l'apogée de la force obligatoire du contrat	37
§2 / L'influence des autonomistes et des traditionalistes.....	38
A/ L'autonomisme contractuel.....	38
B/ La riposte traditionnaliste	40
Section 2/ La pondération contemporaine de l'intangibilité conventionnelle.....	41
§1/ L'adaptation du contrat par le juge	41
A/ Les tempéraments légaux au principe d'intangibilité	41
B/ L'émergence d'une obligation de renégociation	44
§2/ Une réception mitigée de cette évolution.....	46
A/ La position de la doctrine	46
B/ L'équité, une notion floue portant atteinte à la sécurité juridique.....	47

CHAPITRE 2/ L'imprévision et ses incertitudes	49
Section 1/ L'avenir de la théorie de l'imprévision	49
§1/ Vers une consécration de la théorie de l'imprévision en droit interne.....	49
A/ Un point sur les projets Catala et Terré.....	49
B/ Le projet actuel	50
§2/ Une impulsion donnée par le droit international.....	51
A/ La révision pour imprévision confirmée dans les projets d'harmonisation du droit européen.....	51
B/ La révision du contrat pour imprévisibilité en droit international, une admission déjà marquée	52
Section 2/ Un projet en adéquation avec notre philosophie du droit des contrats ?.....	54
§1/ La théorie de l'imprévision face aux principes cardinaux du droit Français	54
A/ Correspondance avec notre vision du contrat	54
B/ La place discutée du juge.....	55
§2/ La révision pour imprévision : remède contre l'instabilité ou fléau	57
A/ Réflexion sur la correction du contrat	57
B/ Une théorie dangereuse nécessitant un encadrement précis	58
BIBLIOGRAPHIE	60