



HAL
open science

La vigueur de la consécration de la théorie de l'imprévision en droit allemand et en droit privé français

Eva Fischer

► **To cite this version:**

Eva Fischer. La vigueur de la consécration de la théorie de l'imprévision en droit allemand et en droit privé français. *Revue internationale de droit comparé*, 2019, pp.625. hal-04509462

HAL Id: hal-04509462

<https://hal.science/hal-04509462v1>

Submitted on 28 Oct 2024

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.

LA VIGUEUR DE LA CONSÉCRATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

Eva FISCHER-ACHOURA*

La force de la consécration de la théorie de l'imprévision peut se mesurer tant dans les conditions de sa mise en œuvre que dans les effets que lui donnent le droit allemand et le droit privé français. Quelle est l'intensité requise du changement imprévu ? Un changement affectant la base subjective du contrat, l'utilité de l'existence même du contrat pour l'une des parties, est-il admis ? L'imprévu peut-il résulter d'une erreur des parties dès la formation du contrat ? À défaut de consensus sur l'adaptation du contrat, la résolutin unilatérale est-elle permise ? Quelle est la liberté du juge sollicité afin d'adapter le contrat ? La partie lésée par l'imprévu, a-t-elle un véritable droit subjectif d'être déliée du contrat tel qu'il était initialement conçu ? Les solutions consistant en la révision ou la rupture du contrat, sont-elles hiérarchisées ? La question de la vigueur du dispositif nouvellement consacré en droit privé français, ne peut pas recevoir une réponse exhaustive et précise avant l'intervention de la jurisprudence. À cet égard, le droit allemand de l'imprévision, inspiré et développé par la jurisprudence depuis un siècle, permet de saisir le potentiel de la législation française.

1. Que faire lorsqu'un contrat devient, du fait d'un imprévu, fortement déséquilibré ?

En droit allemand, la situation est, à certaines conditions, assimilée à l'impossibilité d'exécuter le contrat, et exonère le débiteur, à ce titre, de toute responsabilité contractuelle¹. Le droit français n'étend pas ainsi le

* Maître de conférences en droit privé à la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université des Hauts de France.

¹ § 275, al. 2 BGB : le débiteur peut légitimement refuser d'exécuter, si l'exécution lui demanderait un effort gravement disproportionné eu égard à l'intérêt du créancier, étant précisé que l'imputabilité de la difficulté, au débiteur, entre en compte dans l'appréciation. Dans cette institution, tout comme dans la théorie de l'imprévision, une mise en balance est faite entre l'intérêt du débiteur et celui du créancier. Mais s'agissant de la quasi-impossibilité d'exécuter, la référence

mécanisme de la force majeure. Raison de plus pour s'intéresser à la théorie de l'imprévision.

2. En droit français, la question des conséquences de l'imprévision par les parties, d'une situation factuelle rendant l'exécution du contrat très contraignante pour l'une d'elles, avait reçu des réponses très différentes dans la jurisprudence judiciaire et administrative.

La Cour de cassation, depuis son célèbre arrêt *Canal de Craponne* rendu en 1876, avait retenu, au nom de l'autonomie de la volonté, l'intangibilité du contrat, obligeant la partie lésée par l'imprévision, d'exécuter malgré tout, sans aménagement et sans compensation : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »². Cette solution s'inscrivait dans un système de valeurs privilégiant la liberté et la responsabilité individuelles³ ; l'interventionnisme providentiel du juge était, à l'époque, un phénomène marginal, du moins dans le secteur privé.

La jurisprudence administrative, au contraire, reconnaît depuis le début du 20^e siècle à la partie lésée par des circonstances imprévues, un droit à l'adaptation du contrat ou son équivalent sous forme d'indemnité compensatrice, aux conditions suivantes : « la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire, et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ; Mais considérant que [...] la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions

principale est l'intérêt du créancier, tandis que dans l'imprévision, la référence principale est la difficulté rencontrée par le débiteur.

² Cass. civ. 6 mars 1876, *D.* 1876, 1, 193, note A. GIBOULOT.

³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, contribution n° 112, p. 30 et s.

prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ; [...Renvoi] les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service... »⁴.

3. Le refluxement de la théorie de l'imprévision en droit privé, était-il encore tenable au 21^e siècle, dans un environnement économique de plus en plus instable, et où les contrats de longue durée se multiplient ?⁵

La récente réforme française du droit des contrats a rompu avec la solution classique, et consacré la théorie de l'imprévision. Cette petite révolution réalise ainsi une harmonisation sur le plan interne du droit français. Mais il s'agit aussi d'une harmonisation avec la plupart des droits étrangers, notamment européens. L'article 1195 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016⁶, dispose désormais :

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

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

La loi du 20 avril 2018⁷, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, n'est

⁴ CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, D. 1916, 3, 25, concl. CHARDENET.

⁵ Les progrès technologiques et les normes écologiques rendent de plus en plus vite obsolètes des produits, avant même le terme des contrats dont ces produits ont pu faire l'objet. Les législations sanitaires, sociales et fiscales changent constamment. Des conflits internationaux entraînent la fermeture de frontières et de voies de transport, ainsi que des embargos, faisant échec aux prévisions des parties contractantes... On pourrait certes objecter que les parties n'ont qu'à stipuler des clauses d'adaptation pour se prémunir contre les changements de circonstances ; mais il est impossible de tout prévoir, et la tradition française tend vers la rédaction de contrats simples et brefs, contrairement à la tradition anglo-saxonne, mais aussi contrairement à la tradition allemande. Par ailleurs, si les clauses de *hardship* visent la survie du contrat, elles ne la garantissent pas, l'échec de la renégociation du contrat se traduisant par une rupture de ce dernier.

⁶ Ordonnance n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁷ Loi n° 2018-287.

pas revenue sur cette disposition, malgré la volonté du sénat d'atténuer l'atteinte portée au principe d'autonomie de la volonté des parties. Le sénat avait voté, en 1^e et en 2^e lecture, un amendement modifiant la dernière phrase de l'article 1195 nouveau, comme suit : « À défaut d'accord, dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, mettre fin au contrat ». Selon cette idée, seules les parties pouvaient réviser leur contrat ; à défaut d'accord en ce sens, la seule issue aurait été la résolution/résiliation judiciaire⁸ ; le juge n'aurait pas eu le pouvoir d'adapter le contrat à la situation factuelle imprévue⁹. En effet, la révision judiciaire est une immixtion bien plus forte dans la relation des cocontractants, que la simple résolution. En outre, le juge a-t-il les compétences économiques et techniques nécessaires pour réviser le contrat de façon équitable¹⁰ ? L'amendement du sénat, toujours refusé par l'assemblée nationale, a été définitivement abandonné depuis que le projet de loi est passé devant la commission mixte paritaire.

Ce débat parlementaire montre déjà qu'il y a plusieurs degrés dans la concrétisation de la théorie de l'imprévision.

La solution jurisprudentielle classique du droit privé français était le rejet total de l'imprévision. La partie lésée par l'imprévision était obligée d'exécuter le contrat tel qu'il était conçu initialement, en nature ou par équivalent, quitte à se ruiner.

Dans la version initiale du projet de réforme, et dans l'amendement souhaité par le sénat, l'idée était d'admettre une entorse à la force obligatoire du contrat, en incitant les parties à le renégocier. À défaut d'accord entre elles, le juge pourrait permettre à la partie lésée par l'imprévision, d'échapper à l'exécution du contrat devenu trop contraignant pour elle, en mettant fin au contrat, malgré la volonté contraire du cocontractant.

L'article 1195 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi de

⁸ Pour simplifier l'exposé, nous utiliserons par la suite, à l'instar du législateur français, généralement le terme « résolution » pour englober les hypothèses de résiliation. En effet, comme nous le verrons dans divers exemples, la théorie de l'imprévision s'applique aux contrats à exécution instantanée, bien que les contrats les plus typiquement concernés soient ceux dont l'exécution s'inscrit dans le temps.

⁹ L'avant-projet CATALA de la réforme était en ce sens. V., par ex., B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC* 1/2006, p. 147 et s.

¹⁰ D'une part, il n'en a sans doute pas moins que ses homologues étrangers. D'autre part, on conçoit tout à fait qu'il fasse appel à un expert. Des auteurs objectent cependant les délais et le coût d'une expertise judiciaire : STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, contribution n° 112, p. 30 s. ; Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 et s., n° 17. Par ailleurs, les parties elles-mêmes sont souvent les meilleurs experts en la matière de leur contrat, et présenteront au juge les arguments pour et contre telle ou telle adaptation, si bien que le juge sera éclairé par elles.

ratification, va plus loin en permettant au juge de se substituer aux parties dans la révision du contrat, à titre alternatif à la résolution¹¹.

À l'heure où nous écrivons, les décisions de justice ayant éventuellement déjà appliqué le nouvel article 1195 du Code civil, sont évidemment encore rares si tant est qu'elles existent. Il ne semble qu'aucune n'ait encore été publiée. Tous les espoirs sont donc permis quant à la façon dont les juges français assumeront leur mission, compte tenu de la grande latitude qui leur est laissée par le législateur.

4. En droit privé allemand, la théorie de l'imprévision est consacrée depuis les années 1920. Dans un premier temps, la jurisprudence a entériné la doctrine de Oertmann¹², sur le fondement de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat¹³. Le législateur a repris cette œuvre à son compte lors de l'importante Loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001. Le paragraphe 313 du Code civil allemand¹⁴, intitulé « Trouble de la base du contrat » (*Störung der Geschäftsgrundlage*) dispose :

Si des circonstances qui ont constitué le fondement du contrat, ont gravement (schwerwiegend) changé après sa conclusion, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat, ou l'auraient conclu avec un contenu différent, si elles avaient prévu ce changement, [alors] l'adaptation du contrat peut être exigée, dans la mesure où son maintien de façon inchangée est intolérable (unzumutbar) pour une partie, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, et particulièrement à la répartition légale ou contractuelle du risque.

S'il s'avère que des idées¹⁵ essentielles, qui ont constitué le fondement du contrat, étaient fausses, cela est assimilé à un changement de circonstances.

Si une adaptation du contrat n'est pas possible, ou pas tolérable (nicht zumutbar) pour une partie, la partie défavorisée peut résoudre le contrat. S'agissant de contrats à exécution successive¹⁶, le droit à résiliation remplace le droit à résolution.

Dès la lecture des dispositions légales, on s'aperçoit de certaines différences entre droit allemand et droit français, tant sur le plan des conditions que sur celui des modalités de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Ces deux plans constituent la *summa divisio* qui nous paraît

¹¹ Très favorables à cette solution : Y. PACOD, « L'imprévision contractuelle », in *La réforme du droit des contrats*, 1^{ère} Journée Cambacérès : Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2015, p. 177 ; N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, n° 1415.

¹² P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, A. Deichert, 1921.

¹³ Tribunal de l'Empire, civ. 2^e, 3 févr. 1922, Recueil officiel des décisions du Tribunal de l'Empire, p. 328 et s.

¹⁴ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

¹⁵ Littéralement « représentations » (*Vorstellungen*).

¹⁶ Littéralement « relations obligatoires durables » (*Dauerschuldverhältnisse*).

naturelle pour l'étude : elle permet de suivre l'ordre chronologique du raisonnement judiciaire.

I. CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

5. Avant d'aborder les conditions substantielles qui concrétisent la théorie de l'imprévision, précisons que la remise en cause du contrat pour imprévision, peut être écartée par une règle spéciale contraire, ou par une clause contraire. C'est ce que signifie la réserve du paragraphe 313 du Code civil allemand, concernant la prise en considération de la répartition légale ou contractuelle du risque¹⁷. L'article 1195 du Code civil français, quant à lui, subordonne la révision ou la résolution du contrat à ce que la partie lésée par le changement de circonstances « n'avait pas acceptée d'en assumer le risque ». Ces termes visent le caractère supplétif de volonté de la disposition légale. Le législateur français n'a pas pris la peine de rappeler explicitement, au sein de l'article 1195, la règle *specialia generalibus derogant*, et pour cause : ce principe figure désormais, au Code civil, parmi les dispositions liminaires consacrées au contrat¹⁸. L'absence de caractère impératif et généralisé des dispositions légales relatives à l'imprévision, est un élément commun aux deux systèmes de droit étudiés.

Des divergences au moins formelles apparaissent concernant l'exigence, ou pas, du caractère imprévisible du changement imprévu, concernant l'intensité et la nature du changement, et concernant son objet.

A. – Exigence d'une prévoyance lors de la conclusion du contrat

6. L'article 1195 du Code civil français suppose « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ».

Le texte du paragraphe 313 du Code civil allemand ne pose aucune exigence de ce genre. Il ne pose même pas l'imprévu comme une véritable condition. L'imprévu y figure comme une incidente : « si les parties avaient prévu ce changement, elles n'auraient pas conclu le contrat, ou elles l'auraient conclu avec un contenu différent ». L'imprévu caractérise néanmoins, par nature, la situation. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que le paragraphe 313, al. 1 ne peut jouer si la situation factuelle nouvelle était

¹⁷ Cette réserve a également une autre signification, exposée *infra* n° 7.

¹⁸ Art. 1105 C. civ.

prévisible¹⁹.

En droit français, le législateur pose clairement la condition du caractère imprévisible du changement de circonstances. La jurisprudence à venir révélera la plus ou moins grande sévérité des juges dans l'application de cette condition. Il convient de faire le parallèle avec la force majeure impliquant, en droit français, un « événement [...] qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat »²⁰. Tout laisse à penser que la jurisprudence fera, dans un esprit de cohérence, de la condition d'imprévisibilité de l'article 1195, la même interprétation que de la condition classique de la force majeure, en se référant à ce qu'un homme avisé aurait dû normalement prévoir, en tenant compte d'indices tels que la soudaineté, la rareté ou l'anormalité d'un événement²¹, mais aussi de la qualité de professionnel ou de profane du débiteur²².

7. En droit allemand, la condition légale de la prise en considération de la répartition des risques entre les parties contractantes, joue un rôle équivalent à celui de la condition d'imprévisibilité.

Le 1^{er} alinéa du § 313 du Code civil allemand réserve la « prise en considération de toutes les circonstances de l'espèce, et particulièrement de la répartition légale ou contractuelle du risque ». Pour déterminer la répartition des risques inhérents à l'exécution du contrat, les juges ne se réfèrent pas seulement aux clauses contractuelles et aux dispositions légales spéciales. Chaque contrat est analysé quant à la répartition, entre les parties, des risques qu'implique son exécution²³. Un exemple caricatural en est le cautionnement : une caution découvre que le débiteur principal est devenu, postérieurement à la conclusion du contrat de cautionnement, insolvable. Même si elle n'avait

¹⁹ Par ex. : Cour fédérale de justice, civ. 11^e, 24 sept. 2002, 345/01, *Neue juristische Wochenschrift* (ci-après abrégé NJW) 2002, p. 3695 et s., spéc. p. 3698.

²⁰ Art. 1218, al. 1 nouveau du C. civ.

²¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 2013, n° 582 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, n° 399.

²² Les juges doivent prendre garde à ne pas être trop exigeants quant à la condition d'imprévisibilité. En effet, au Royaume Uni, des études empiriques ont montré que les juges et les jurys ont tendance à surestimer, après coup, la probabilité d'occurrence d'un événement (C. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000, cité par B. DEFFAINS et S. FERREY, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTDciv.* 2010, p. 719 et s., note 23). Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un événement s'est produit, qu'il était prévisible.

²³ Par exemple, Cour fédérale de justice, civ. 12^e, 21 sept. 2005, 66/03, NJW 2006, p. 899 et s. Cette répartition se déduit des clauses contractuelles, du but du contrat et, si ces indices n'indiquent rien d'atypique, des règles du droit spécial des contrats. Ainsi, le créancier d'une somme d'argent assume typiquement le risque de l'inflation ; le débiteur d'une somme d'argent assume typiquement le risque de la difficulté de financement ; l'acheteur, ou le créancier d'une prestation, supporte typiquement le risque d'une dépréciation du bien ou de la prestation, et celui de son utilité pour lui ; le prestataire supporte typiquement le risque des circonstances qui rendent l'exécution de sa prestation plus difficile.

pas prévu ce changement de circonstance, elle doit assumer son risque : dans un cautionnement, le risque de l'impécuniosité du débiteur principal pèse typiquement sur la caution²⁴. De façon générale, les circonstances essentielles pour une partie, relèvent, le plus souvent, de sa sphère de risque²⁵. En droit français, on aurait retenu que le changement de circonstances invoqué par la caution n'était pas imprévisible, sans forcément mobiliser la notion de risque à assumer. En revanche, la prise en considération du risque inhérent au contrat a motivé l'exclusion du dispositif légal français, des contrats relatifs aux instruments financiers²⁶.

En tout état de cause, les conditions concernant le caractère imprévisible des circonstances nouvelles, et concernant la répartition des risques, contribuent au caractère exceptionnel de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision²⁷.

B. – Le changement de circonstances rendant l'exécution du contrat plus contraignante

8. Une condition tient à l'intensité du changement de circonstances. Elle permet, d'ailleurs, de distinguer la théorie de l'imprévision, de la force majeure. Dans celle-ci, l'exécution du contrat est devenue impossible ; dans celle-là, elle est encore possible, mais beaucoup plus contraignante²⁸.

L'article 1195 du Code civil français exige que le changement rende l'exécution du contrat « excessivement onéreuse pour une partie ». Cette notion floue sera tributaire, avant tout, de l'interprétation des juges du fond ;

²⁴ Cour fédérale de justice, civ. 8^e, 16 mars 1983, 347/81, *NJW* 1983, p. 1850 et s., jurisprudence constante.

²⁵ La prise en considération de la répartition des risques répond à l'analyse économique du droit. V., à ce sujet, l'intéressant article de B. DEFFAINS et S. FERREY, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. la partie consacrée à « La modification du partage des risques ».

²⁶ Art. 211-40-1 Code monétaire et financier. On peut faire le parallèle avec les contrats aléatoires : l'aléa chasse la lésion ; le risque chasse la théorie de l'imprévision. En droit allemand, la jurisprudence exclut systématiquement l'application du § 313 BGB en présence de contrats spéculatifs (Cour fédérale de justice, civ. 12^e, 21 sept. 2005, 66/03, *NJW* 2006, p. 899 et s., spéc. p. 901).

²⁷ Les sujets de droit qui butent sur la condition d'imprévisibilité, sont réduits à invoquer, en guise de palliatifs, d'autres fondements. La partie lésée par le changement de circonstances, pourrait invoquer la caducité du contrat désormais consacrée par le législateur : « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît » (art. 1186 C. civ.). La perspective est alors l'anéantissement du contrat, à l'exclusion de sa révision. V. aussi *infra*, notes 46 et 55.

²⁸ On voit bien la proximité entre les deux situations. C'est ce qui explique que dans la rédaction des contrats internationaux, la tendance est à la fusion de la clause de *hardship* et de la clause de force majeure (Th. GONTARD et N. NEVZI, *Revue Le Lamy Droit civil*, 01.07.2009, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, « Les aspects *corporate* », p. 8).

il n'est pourtant pas certain que la Cour de cassation leur en abandonnera l'appréciation²⁹.

Le paragraphe 313 du Code civil allemand exige que le changement porte sur des éléments « qui ont constitué le fondement du contrat ». Il ne s'agit pas de l'objet du contrat³⁰. Selon la jurisprudence, la base du contrat consiste dans des représentations mentales sur lesquelles la volonté contractuelle des parties s'est construite. Ces représentations mentales concernant l'existence ou la survenance future de certaines circonstances. Elles sont soit communes aux parties ; soit propres à l'une des parties, et perceptibles (*erkennbar*) par son cocontractant et non contestées par lui³¹. La disposition légale exige encore que ce changement « pèse lourd » (traduction littérale), et que si les parties avaient prévu le changement, elles n'auraient pas conclu le contrat, ou alors elles l'auraient conclu avec un contenu différent. Elle pose encore comme condition que le maintien du contrat sans adaptation, soit intolérable pour le débiteur. L'appréciation de tous ces éléments relève, en principe, des juges du fait³².

La forme la plus connue de l'imprévision est couramment appelée la « disparition de la base du contrat », en droit allemand. Ses conditions sont proches de celles de la jurisprudence du droit administratif français : « l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée »³³.

Selon nous, à comparer les conditions tenant à l'intensité du changement – celle du nouveau droit privé français de l'imprévision, celle du droit administratif français, et celle du droit allemand – il n'est pas certain que l'une soit plus que l'autre³⁴.

²⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, contribution n° 112, p. 30 et s., I. B. 2.

³⁰ Cour fédérale de justice, civ. 11^e, 24 sept. 2002, 345/01, *NJW* 2002, p. 3695 et s., spéc. p. 3697.

³¹ Cour fédérale de justice, civ. 8^e, 8 févr. 2006, 304/04, *Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* (ci-après abrégé *NJW-RR*) 2006, p. 1037 et s., spéc. 1038. Dans cette affaire, deux mois après une cession de parts sociales, le cédant avait commencé à travailler pour un concurrent de la société dont il avait cédé les parts, alors même que dans les négociations qui avaient précédé la cession, il avait déclaré ne pas avoir l'intention de faire de la concurrence à la société qu'il quittait. Cette perspective de non-concurrence était devenue la base du contrat qui a disparu, ce qui méritait d'être sanctionné par une révision du contrat de cession.

³² Cour fédérale de justice, civ. 8^e, 8 févr. 2006, 304/04, précit.

³³ CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*. Le considérant de principe et la référence complète sont reproduits plus haut n° 2 *in fine*.

³⁴ Certains auteurs estiment, au contraire, que la condition de l'exécution devenue excessivement onéreuse, du nouveau droit privé français, est plus exigeante : Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique - La résiliation pour imprévision », *AJDC* 2015.262 ; Ch.-E. BUCHER, Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice, *CCC* 5/2016, dossier n° 6, § 6. Le professeur Cabrillac estime, en revanche, que la notion de l'excessive onérosité est moins rigoureuse que celle, envisagée dans l'avant-projet Catala de la réforme française, de « perte de l'intérêt au contrat » (R. CABRILLAC, « L'article 1196 : la porte ouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015.771). D'autres auteurs encore rapprochent la notion

9. Au demeurant, toute sorte de changement de circonstances à vocation à être admis au titre des conditions légales : un changement juridique tel qu'un revirement de jurisprudence, un changement politique, une évolution technique, technologique ou écologique³⁵, ou tout simplement une très forte hausse du coût des matières premières, quelle qu'en soit la cause.

En droit allemand, la disparition de la base d'un contrat à durée déterminée a, par exemple, été qualifiée lorsque le coût de production du bien objet du contrat, s'est trouvé augmenté de 60 %³⁶. La jurisprudence estime, en effet, que l'idée d'équivalence des prestations est typiquement l'un des fondements contractuels, et le présume³⁷. Les juristes allemands parlent, dans cette hypothèse, de la *base objective du contrat*. Les juristes français peuvent faire le parallèle avec la notion traditionnelle de cause objective, cause de l'obligation.

En posant comme condition que l'exécution du contrat devienne « excessivement onéreuse » pour une partie, le législateur français vise indiscutablement la perte de l'équivalence des prestations qui caractérise les contrats commutatifs³⁸. Dans les deux droits, une disproportion très forte des prestations réciproques, suite à un changement de circonstances, permet la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

10. En droit allemand, un autre cas de figure est admis : la *disparition de la base subjective du contrat*. Un changement de circonstances empêche l'une des parties d'atteindre le but qu'elle avait poursuivi en passant le contrat. Les juristes français feront le parallèle avec la notion de cause subjective, cause du contrat. Le plus souvent, les conditions du paragraphe 313 du Code civil allemand ne sont pas remplies dans un tel cas de figure. Le créancier de la prestation caractéristique du contrat doit, par principe, assumer ce risque. Par exemple, si ce dernier cesse son activité professionnelle, cela ne justifie pas l'adaptation du contrat³⁹. Même solution négative si son chiffre d'affaires baisse, et qu'il n'a plus besoin de la marchandise commandée parce qu'il aurait du mal à l'écouler⁴⁰. Mais le but de cette partie au contrat, devient exceptionnellement la base du contrat, si son cocontractant se l'est approprié : le risque doit alors être partagé par le

d'économie du contrat et celle du rapport entre les obligations réciproques des parties (J. MESTRE, « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 901).

³⁵ A. FORTUNATO, « Les circonstances de la révision du contrat », *Les Petites Affiches*, 11.01.2018, p. 6.

³⁶ Tribunal de l'Empire, civ. 3^e, 7 juin 1921, 508/20, *Recueil officiel des décisions du Tribunal de l'Empire en matière civile* n° 102, p. 273.

³⁷ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 5 févr. 1958, 129/56, *NJW* 1958, p. 906 et s.

³⁸ Art. 1108 nouveau du Code civ.

³⁹ Tribunal régional supérieur de Stuttgart, 1^{er} déc. 1953, 6 U 150/53, *NJW* 1954, p. 233 et s.

⁴⁰ Cour fédérale de justice, civ. 6^e, 16 sept. 1886, 58/86, *Recueil officiel des arrêts de la Cour fédérale de justice en matière civile* n° 17, p. 327.

cocontractant. Pour retenir cela, il ne suffit pas que le but ait été évoqué dans le contrat⁴¹. Cela n'est, d'ailleurs, même pas nécessaire. Dans certaines relations contractuelles, le but du créancier de la prestation caractéristique du contrat, présente une signification tellement forte pour les deux parties, que le contrat n'a plus aucun sens, si ce but disparaît. Cela correspond aux cas d'école suivants. Location, entre particuliers, d'un emplacement à la fenêtre d'un immeuble riverain d'un défilé : si le défilé est annulé postérieurement à la conclusion du contrat, la théorie de l'imprévision peut jouer⁴². Contrat d'entreprise portant sur le transport de supporteurs, par des cars spécialement affrétés, vers le lieu prévu pour un match de football de coupe : si le match est annulé, le contrat de transport peut être remis en cause pour imprévision⁴³. Et pour continuer à intéresser les amateurs de football, faisons état de l'affaire suivante qui a fait grand bruit : la Cour de cassation allemande a admis qu'un contrat portant sur le transfert d'un joueur de football, soit adapté pour imprévision, parce que le joueur avait été, postérieurement à la conclusion du contrat, interdit de jeu, en raison d'une corruption qui avait eu lieu dans son ancien club⁴⁴. La situation doit être analysée en ce sens que le but du club d'accueil, à savoir la possibilité de faire jouer le joueur, avait été partagé par le club de départ, et était ainsi devenu la base subjective du contrat, base qui a disparu.

Le droit français de l'imprévision, permet-il d'appréhender de tels cas de figure ? Peut-on considérer que pour le club d'accueil d'un joueur de football, l'exécution du contrat devient « excessivement onéreuse », s'il doit payer le transfert sans pouvoir faire jouer le joueur ? Cette interprétation est, certes, osée, mais elle n'est pas déraisonnable, et elle est sérieusement envisagée par certains auteurs⁴⁵. Au demeurant, les termes du paragraphe 313 du Code civil allemand ne sont pas plus explicites que ceux de l'article 1195 du Code civil français, sur l'accueil de la disparition de la base subjective du contrat. Les termes du législateur français, pas plus que ceux du législateur allemand, n'excluent la prise en compte de la cause du contrat : si la prestation est devenue concrètement inutile pour son créancier, le prix initialement convenu est, logiquement, toujours beaucoup trop élevé pour lui.

Il est incertain que la jurisprudence française acceptera de sanctionner, au titre de l'imprévision, la disparition de la cause subjective. Dans la

⁴¹ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 27 sept. 1991, 191/90 NJW-RR 1992, p. 182 et s.

⁴² H. RÜBMANN, *Zweckfortfall und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2003/Vorlesung/geschaeftsgrund.htm>, 1., spéc. « *Zweckerreichung* ».

⁴³ M. H. MEUB, *Fehlen der Geschäftsgrundlage*, http://www.meub.de/Inhalte/zivilrecht/schr_at/15_Stoerung_der_Geschaeftsgrundlage/313.pdf

⁴⁴ Cour fédérale de justice, civ. 3^e, 13 nov. 1975, 106/72, NJW 1976, p. 565 et s.

⁴⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, contribution n° 112, p. 30 et s., I. B. 2.

négative, un palliatif déjà aperçu plus haut est à la disposition de la partie lésée, à savoir la caducité du contrat, mais toujours avec une perspective réduite à l'anéantissement du contrat⁴⁶. On constate, ici, la vigueur de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision en droit allemand, et qui reste à confirmer en droit français.

C. – Une conception plus large de l'imprévu permettant de mettre en œuvre la théorie de l'imprévision ?

Dans les deux droits analysés, la révision/résolution du contrat peut être envisagée en présence d'un changement de circonstances, si les conditions étudiées précédemment sont remplies. Nous l'avons vu, on appelle cette situation, en droit allemand, la *disparition* de la base du contrat (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)⁴⁷.

11. Le deuxième alinéa du paragraphe 313 du Code civil allemand ajoute : « s'il s'avère que des idées essentielles, qui ont constitué le fondement du contrat, étaient fausses, cela équivaut à un changement de circonstances ». C'est ce qu'on peut appeler l'*absence initiale* de la base du

⁴⁶ La partie lésée pourrait tenter de mettre fin au contrat, en invoquant la caducité de celui-ci : « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiel disparaît » (art. 1186 nouv. Code civ.). J.-B. Seube écrit que « la caducité s'applique lorsque le contrat ne peut plus, du fait de la disparition d'un de ses éléments, atteindre l'objectif économique pour lequel il avait été conclu », et envisage que la disparition de l'intérêt d'une partie au contrat, autrement dit la disparition de la cause (subjective) du contrat, puisse justifier la caducité, comme cela avait, parfois, été jugé avant la réforme (J.-B. SEUBE, *Caducité du contrat*, Fasc. Jurisclasseur Code civil, Art. 1186 et 1187, 27.11.2018, spéc. n° 4, 25 et 26, et les références citées). Dans un arrêt du 18 mars 2014, et dans son commentaire consacré par le Professeur Ghestin à la cause, la caducité et l'imprévision, on retrouve tous les éléments que nous avons évoqués pour l'application, en droit allemand, de la théorie de l'imprévision à la disparition de la cause subjective : « sauf volonté contraire des parties, l'absence de rentabilité du contrat au cours de son exécution n'entraîne pas la disparition de la cause » (renvoi à M. LAITHIER, « La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables », *RDC* 2014, p. 345) ; « pour que [l'efficacité] d'un contrat dépende de la rentabilité de l'opération, qui est pour chacune des parties, en ce qui la concerne, le mobile déterminant de son engagement, elle doit avoir été intégrée, explicitement ou implicitement, dans la définition contractuelle de la cause » (J. GHESTIN, « L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l'imprévision ? », note sous Cass. com. 18 mars 2014, pourvoi n° 12-29453, *JCP G* 2014.II.1116). Voir aussi notes 27 et 55.

⁴⁷ Le droit allemand applique la théorie de l'imprévision également aux relations familiales, par exemple au prêt fait par une personne à son gendre, dans l'hypothèse d'un divorce entre l'emprunteur et la fille du prêteur (Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, *NJW* 1989, p. 908 et s.). Comp., en droit français avant la réforme, à propos d'un homme qui avait cessé de verser à la mère de son fils une somme destinée à l'éducation et à l'entretien de ce dernier, à partir du moment où son fils était venu s'installer chez lui, l'arrêt approuvant que « par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive de M. Y, la cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité » (Cass. civ. 1^{er}, 30 oct. 2008, *JCP G* 2009.II.10000, note D. HOUTCIEFF).

contrat (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*)⁴⁸.

Ici, le problème se situe au moment de la formation du contrat : le contrat a été conclu sous l'empire d'une erreur fondamentale affectant la volonté commune des parties à la base du contrat⁴⁹. Souvent, il s'agit d'une erreur commune des parties relative à une circonstance qui était essentielle dans leur esprit⁵⁰, telle qu'une erreur commune sur les conséquences fiscales du contrat⁵¹, sur le taux de change⁵², sur la faisabilité d'un projet de construction⁵³ ou même sur la valeur d'un terrain cédé⁵⁴.

Pour illustrer plus concrètement cette hypothèse, on peut imaginer un contrat d'entreprise portant sur un forage. Durant l'exécution du contrat, il s'avère que les prévisions des parties quant à la nature des couches géologiques concernées par le forage, étaient fausses, par exemple, le foreur rencontre des couches très dures au lieu des couches tendres prévues par les deux parties. Pour exécuter le contrat, le foreur devrait forer avec un matériel extrêmement coûteux, ce dont il n'a pas tenu compte dans la rémunération forfaitaire convenue.

Le droit français de l'imprévision pourrait-il couvrir cette situation ? Il y a bien un changement susceptible de rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour le foreur. Mais le droit français exige que le changement porte sur des circonstances, contrairement au droit allemand qui inclut dans son dispositif sur l'imprévision, le fait que les idées essentielles

⁴⁸ L'absence initiale de la base du contrat est ignorée de la plupart des droits nationaux. Elle est néanmoins à rapprocher de l'article 4:105 des Principes du droit européen du contrat qui dispose : « 1) Lorsqu'une partie est fondée à annuler le contrat pour erreur mais que l'autre indique qu'elle désire l'exécuter ou l'exécute effectivement ainsi que la victime l'entendait, le contrat est censé avoir été conclu dans les termes envisagés par la victime » ; et « 3) Lorsque les deux parties ont commis la même erreur, le tribunal peut, à la requête de l'une d'elles, mettre le contrat en accord avec ce qui aurait pu raisonnablement être convenu s'il n'y avait point eu d'erreur ». L'absence initiale de la base du contrat est également prévue par le modèle de clause de *hardship* proposé, depuis 2003, par la Chambre de commerce internationale de Paris : « une partie peut invoquer la clause à raison d'un événement dont elle ne connaissait pas et n'aurait pu connaître l'existence au moment de la conclusion du contrat ».

⁴⁹ Compte tenu des conditions de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, il ne s'agit pas, ici, de sanctionner simplement la lésion. L'institution est spécifique. Par ailleurs, si l'erreur porte sur les qualités essentielles de la prestation due, ou sur celles du cocontractant, il y a vice du consentement, et ce sont les règles correspondantes qui s'appliquent, à l'exclusion des règles de l'imprévision. En effet, l'application des règles de l'imprévision est subsidiaire en droit allemand (H. RÜBMANN, *Zweckfortfall und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2003/Vorlesung/geschaefitsgrund.htm>, spéc. « Anwendbarkeit ») ; v. les réf. jurisprudentielles *infra* note 81.

⁵⁰ Plus rarement, il s'agit de l'erreur d'une seule des parties, que l'autre partie entérine simplement, sans la connaître, comme dans l'hypothèse d'un jeune homme qui achète des bagues de fiançailles, tandis que « sa » fiancée est déjà fiancée avec un autre. Le contrat de vente avec le bijoutier peut être remis en cause au titre du § 313 BGB.

⁵¹ Cour fédérale des finances, 9^e ch., 28 oct. 2009, 17/09, *NJW* 2010, p. 1631 et s.

⁵² Tribunal régional supérieur de Cologne, 22 mai 1991, 13 U 32/91, *NJW-RR* 1991, p. 1266.

⁵³ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 14 oct. 1977, 253/74, *NJW* 1978, p. 695 et s.

⁵⁴ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 19 nov. 1972, 103/69, *NJW* 1972, p. 153 et s.

des parties s'avèrent fausses. Dans l'illustration, ce ne sont pas les circonstances – la nature des roches – qui ont changé, mais la représentation mentale que les parties s'étaient faites des circonstances. Il paraît très peu probable que les juges français aillent jusqu'à faire une interprétation aussi éloignée de l'esprit et de la lettre de l'article 1195 du Code civil. Le palliatif pour la partie lésée serait, encore une fois, la caducité du contrat, sans possibilité de prétendre à une révision du contrat⁵⁵.

La plus forte consécration de la théorie de l'imprévision en droit allemand apparaît alors de façon de plus en plus évidente, et se confirme sur le plan des modalités de sa mise en œuvre.

II. MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

12. L'article 1195 du Code civil français énonce expressément que l'imprévision et l'initiative d'une partie de la faire valoir, ne dispensent pas cette dernière de continuer l'exécution du contrat aux conditions initiales, jusqu'à ce que la révision ou la résolution du contrat soit décidée. La disposition vise les contrats à exécution successive.

Le § 313 du Code civil allemand est muet sur ce point, mais la règle est identique, en application des règles générales du droit des contrats.

Envisageons trois étapes de la mise en œuvre de l'imprévision, traduisant le traitement « graduel »⁵⁶ réservé à l'imprévision par le législateur français. Chacune d'elles donnera l'occasion de constater des différences entre droit français et droit allemand.

A. – L'étape extrajudiciaire : renégociation ou résolution du contrat, à la disposition de la partie lésée ?

13. En droit français, si les conditions de l'imprévision sont remplies, le débiteur « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. [...] En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent

⁵⁵ Art. 1186 C. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiel disparaît ». V. aussi notes 27 et 46. On pourrait également penser à l'erreur, vice du consentement. Cependant, en l'espèce, l'erreur ne porte pas sur une qualité essentielle de la prestation due (art. 1132 C. civ.), mais sur un motif, et n'est, dès lors, pas cause de nullité, dans la mesure où les parties n'en ont pas fait expressément un élément déterminant de leur consentement (art. 1135 C. civ.).

⁵⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique – La résiliation pour imprévision », *AJDC* 2015.263 ; Ch.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 5/2016, dossier n° 6, § 5.

convenir de la résolution du contrat [...] ». À défaut, selon l'article 1195, la suite de la procédure se passe devant le juge.

Il est clair qu'en droit français, le débiteur n'a aucun pouvoir unilatéral⁵⁷. Une solution rapide dépend de la bonne volonté du créancier.

Contrairement au texte français, le texte allemand ne vise expressément ni la résolution conventionnelle, ni l'intervention du juge : « si une adaptation du contrat n'est pas possible, ou pas tolérable pour [le cocontractant], la partie défavorisée peut résoudre le contrat ».

Comme en droit français, il appartient au débiteur de solliciter son cocontractant en vue de l'adaptation du contrat⁵⁸. Que se passe-t-il si ce dernier refuse le principe même de la révision, ou si les parties ne s'entendent pas sur la teneur révisée du contrat ? Comme en droit français, elles peuvent toujours convenir de la résolution du contrat. Mais la question suivante se pose : compte tenu de la rédaction du paragraphe 313, le débiteur peut-il, en cas d'échec des négociations, résoudre unilatéralement le contrat ?

Le droit allemand des contrats tend globalement et traditionnellement vers l'unilatéralisme⁵⁹. Ainsi, la résolution unilatérale en raison d'une défaillance importante dans l'exécution du contrat, est classique en droit allemand, tandis que le législateur français vient seulement de la consacrer dans la récente réforme.

Malgré cela, la jurisprudence allemande adopte, concernant l'imprévision, une position de principe qui s'oppose à la résolution unilatérale avant toute décision judiciaire : en principe, l'imprévision est sanctionnée par la révision du contrat, et non par son anéantissement, et par conséquent, en principe, la partie lésée par l'imprévu, doit rechercher auprès du juge l'adaptation du contrat, à défaut d'avoir trouvé une issue de façon consensuelle. En principe, ce n'est que si le juge refuse la révision, qu'elle peut résoudre unilatéralement le contrat. Néanmoins, ce principe ne semble pas être appliqué avec rigueur. Il arrive couramment que les juges déboutent le créancier alors que le débiteur avait résolu le contrat, sans saisir le juge, après avoir vainement sollicité son cocontractant en vue d'une solution consensuelle⁶⁰.

Mais retenons surtout le facteur commun : dans les deux droits, en principe, l'issue n'est pas au pouvoir unilatéral de la partie lésée.

⁵⁷ Nous mettons à part les contrats à durée indéterminée, que les parties peuvent toujours résilier unilatéralement avec un préavis.

⁵⁸ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 30 sept. 2011, 17/11, *NJW* 2012, p. 373 et s., spéc. p. 375.

⁵⁹ En droit allemand, la résolution et l'annulation du contrat pour certains vices du consentement, sont unilatéraux depuis 1900, date d'entrée en vigueur du code civil allemand actuel. En tout état de cause, l'anéantissement du contrat n'est jamais subordonné à une décision du juge qui ne fait que le confirmer ou l'infirmier suite à la contestation de la partie qui souhaite l'exécution.

⁶⁰ Par ex., Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 30 sept. 2011, 17/11, *NJW* 2012, p. 373 et s., spéc. p. 375.

B. – Une étape spécialement prévue par le droit français : le délai de carence avant saisine unilatérale du juge

14. Selon l'article 1195 du Code civil français, en l'absence de révision ou de résolution consensuelle du contrat, les parties peuvent demander son adaptation d'un commun accord au juge. C'est seulement « à défaut d'accord dans un délai raisonnable », que la partie lésée peut saisir le juge de façon unilatérale⁶¹. L'appréciation de la durée de ce délai de carence est ainsi confiée aux juges.

Si le créancier est volontaire pour renégocier de bonne foi le contrat dont il reconnaît le caractère désormais déséquilibré, il est naturel que les parties passeront un temps raisonnable à trouver un accord. L'institution expresse d'un délai de carence est inutile dans cette hypothèse. Une personne sensée ne saisit pas le juge sans besoin.

Si le créancier, éventuellement de mauvaise foi, hésite à renégocier le contrat, la perspective de l'intervention du juge est de nature à le motiver. Cependant, a-t-il besoin d'un certain délai, pour se rendre compte que l'intervention du juge risque de lui faire perdre plus que ce qu'il perdrait en négociant ?

Quid si le créancier refuse la renégociation ? Si la partie lésée par l'imprévision se heurte à l'inflexibilité de son cocontractant, l'issue recherchée par elle se trouve retardée par l'institution du délai de carence, étant rappelé qu'elle n'a aucun pouvoir unilatéral de décision, et que pendant le délai de carence, elle doit continuer à exécuter le contrat aux conditions initiales devenues inévitables à son égard⁶². On peut espérer que les juges apprécieront le délai « raisonnable » au cas par cas, y compris en fonction de l'attitude du créancier.

Il n'est pas certain que l'institution d'un délai de carence soit nécessaire, pour inciter le débiteur à s'investir dans une solution négociée,

⁶¹ Selon le Professeur Revet, le non-respect du délai de carence serait une fin de non-recevoir, à l'instar du non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation (Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 et s., n° 15, visant Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423 et 00-19424 : *Bull. civ. ch. mixte*, n° 1). Il pourrait, à ce titre, être relevé par le créancier à tout moment des débats.

⁶² On peut d'ailleurs se demander si l'article 1195 nouveau du Code civil français peut trouver application dans le cadre d'une procédure de référé. Le débiteur a vocation à se trouver dans une situation d'urgence. Si aucun accord n'est trouvé entre les cocontractants, l'office du juge des référés semble bien être justifié par l'existence d'un différend entre eux. Dès lors, peu importe l'existence d'une contestation sérieuse de la part du créancier : en application de l'article 808 du code de procédure civile, si la mesure (en l'occurrence, la révision du contrat) est justifiée par l'existence d'un différend, le juge des référés ne peut se déclarer incompétent au motif qu'il existe une contestation sérieuse (Cass. civ. 2^e, 19 mai 1980, pourvoi n° 78-15549). Cette solution est encore confortée si l'office du juge des référés permet de prévenir un dommage imminent (art. 809 Code proc. civ.).

ou pour décharger les tribunaux d'un contentieux initié de façon intempestive, et/ou pour assurer le caractère subsidiaire du rôle du juge que l'on peut constater tant en droit français⁶³ qu'en droit allemand⁶⁴ de l'imprévision.

C. – L'étape judiciaire : révision ou résolution du contrat, quelle liberté pour le juge ?

15. En droit allemand comme en droit français, si le débiteur tient à l'adaptation du contrat, malgré la résistance du créancier, il peut demander au juge de réviser le contrat.

Si les conditions exposées dans la première partie de l'étude sont réunies, selon le paragraphe 313 du Code civil allemand, « l'adaptation du contrat peut être exigée »⁶⁵, sauf si une adaptation n'est pas possible, ou pas tolérable pour le créancier, auquel cas le débiteur peut résoudre le contrat. Ces termes attestent de ce que la révision judiciaire est, en droit allemand, un véritable droit subjectif pour l'intéressé : l'adaptation est une obligation pour le juge, sous réserve de l'appréciation du caractère possible et tolérable, pour le créancier. La jurisprudence le confirme : la révision du contrat est le principe ; la résolution est l'exception⁶⁶.

En droit français, selon l'article 1195 du Code, « le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin... »⁶⁷. Contrairement au droit allemand, révision et résolution ne sont pas hiérarchisées. Contrairement au droit allemand, selon la lettre du texte français, la révision est facultative pour le juge, et même la résolution n'est pas de droit⁶⁸.

On peut penser que l'idée du législateur français est la même que celle du législateur allemand : si les conditions légales sont réunies⁶⁹, le juge est censé réviser le contrat, sauf si cela est impossible, ou intolérable pour le cocontractant. En droit français, le caractère facultatif de la révision supplée la formulation de la réserve. Il reste que le pouvoir d'appréciation du juge

⁶³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique - La résiliation pour imprévision », *AJDC* 2015, p. 263 ; Ch.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 5/2016, dossier n° 6, § 5.

⁶⁴ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 30 sept. 2011, 17/11, *NJW* 2012, p. 373 et s., spéc. p. 375.

⁶⁵ C'est nous qui mettons en italique.

⁶⁶ Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 30 sept. 2011, 17/11, précit.

⁶⁷ C'est nous qui mettons en italique.

⁶⁸ Plus nuancés : Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 et s., n° 16 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, contribution n° 112, p. 30 et s., I. C) 1.

⁶⁹ Le Professeur Revet estime justement que le juge est dispensé de vérifier la réunion des conditions légales, s'il est saisi conjointement par les parties (Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 et s., n° 16).

est formellement encadré en droit allemand, tandis qu'il est formellement discrétionnaire en droit français. Les termes « le juge peut », sont symboliques, et ce signal envoyé aux juges chargés d'appliquer le droit français, nous paraît regrettable, compte tenu de l'importante insécurité juridique qu'il implique⁷⁰.

Ici encore, la théorie de l'imprévision est plus fortement consacrée par le droit allemand que par le législateur français. La Cour de cassation pourrait venir redresser la barre⁷¹, en précisant :

1° les motifs qui, seuls, pourraient permettre au juge de refuser l'adaptation du contrat⁷² ;

2° si un refus de révision et un refus de résolution peuvent se cumuler ;

3° le cas échéant, les motifs qui permettraient au juge de refuser les deux remèdes à la fois.

Il n'y a pas de raison de ne pas reconnaître au débiteur lésé, un droit à la révision ou, *au moins*, un droit à la résolution. L'absolutisme de l'autonomie de la volonté a vécu. Il faut être cohérent ; la demi-mesure n'est pas concevable. L'imprévision n'est pas appréhendée comme une faute. Par conséquent, il convient de ne pas pénaliser celui qui la subit⁷³. Contrairement à la théorie des risques des contrats translatifs de propriété, le coup du sort de l'imprévision ne s'abattra pas sur une seule partie.

16. Si le juge décide de réviser le contrat, il est libre quant aux nouvelles dispositions du contrat. Les législateurs ne lui donnent aucune directive, celle de l'équité étant simplement sous-entendue⁷⁴. Souvent, l'adaptation consistera en une révision du prix. Selon certains auteurs, le fil directeur du juge devrait être de partager entre les parties, les pertes et profits qui résultent de l'imprévu⁷⁵. Cette approche conduit à porter une appréciation *ex post*. Une autre approche, sans doute plus respectueuse de l'autonomie de la volonté, mais aussi plus délicate à mettre en œuvre, consiste à se situer au jour de la conclusion du contrat, en se demandant

⁷⁰ Regrettant également le manque d'encadrement du juge français : R. CABRILLAC, « L'article 1196 : la porte ouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 771.

⁷¹ En ce sens aussi Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 et s., note 26.

⁷² M. Bucher imagine, comme motifs, la mésestimation des parties, l'éloignement du terme du contrat, le caractère durable du déséquilibre... (Ch.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 5/2016, dossier n° 6, § 14).

⁷³ Par ex., N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015.I.1415.

⁷⁴ Une directive jurisprudentielle est, en droit allemand, de modifier le contrat le moins possible (Tribunal fédéral du travail, 9^e ch., 18 févr. 2003, 136/02, *NJW* 2003, p. 3005 et s.).

⁷⁵ Ch.-E. BUCHER, précit. § 15 ; B. DEFFAINS et S. FERREY, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTDciv.* 2010, p. 719 et s., spéc. la partie consacrée à « La modification du partage des risques ». Telle est également la disposition des Principes du droit européen des contrats, art. 6:111, 3. b.

quelle aurait été la teneur du contrat, si les parties avaient prévu l'imprévu⁷⁶.

Toujours pour permettre au juge d'adopter la solution la plus équitable, au cas par cas, le législateur français dispose expressément que le juge peut réviser le contrat ou y mettre fin « à la date et aux conditions qu'il fixe ».

S'agissant de la date d'effet de la révision ou de la rupture d'un contrat à exécution successive, on peut imaginer une date bien antérieure au jugement, par exemple la date à laquelle l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse, ou encore la date de la demande de renégociation ; on peut, en sens inverse, imaginer une date postérieure au jugement, aménageant une sorte de préavis au profit du créancier⁷⁷.

Le législateur allemand, lui, circonscrit l'effet, dans le temps, de la possible rupture du contrat, en employant les termes plus précis de « résolution » et « résiliation », les effets de ces institutions étant réglés avec précision dans des dispositions légales⁷⁸.

Quant aux autres conditions de la révision ou de la rupture, on peut imaginer l'allocation d'une indemnité au créancier, ou, au contraire, l'allocation de dommages-intérêts au débiteur, en raison du refus injustifié du créancier de renégocier le contrat⁷⁹.

Malgré la consécration légale de la théorie de l'imprévision, des clauses d'adaptation du contrat restent donc utiles : elles permettent d'encadrer les pouvoirs étendus du juge⁸⁰.

17. Nous nous réjouissons de l'institution de la théorie de l'imprévision.

⁷⁶ Cette approche ressort, par exemple, de l'arrêt Cour fédérale de justice, civ. 8^e, 8 févr. 2006, 304/04, *NJW-RR* 2006, p. 1037 et s., spéc. p. 1038. Dans cette affaire, deux mois après une cession de parts sociales, le cédant avait commencé à travailler pour un concurrent de la société dont il avait cédé les parts, alors même que dans les négociations qui avaient précédé la cession, il avait déclaré ne pas avoir l'intention de faire de la concurrence à la société qu'il quittait. La Cour a conclu à la disparition de la base du contrat, et décidé qu'il convient, en considération des intérêts des deux parties, d'adapter le contrat en abaissant le prix de cession au montant que le cessionnaire aurait été prêt à payer s'il avait su que le cédant allait faire de la concurrence à sa société. Nous observons qu'il est difficile de savoir ce que le cessionnaire aurait été prêt à payer. L'approche *ex ante* rejoint sans doute souvent, dans son résultat, l'appréciation *ex post* du partage des pertes et profits, ne serait-ce que parce que les juges se laissent influencer, dans l'appréciation rétrospective, par la situation factuelle qu'ils constatent en temps réel.

⁷⁷ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015.I.1415, 1 *in fine*.

⁷⁸ §§ 346 et s. BGB.

⁷⁹ M. Stoffel-Munck qualifie le juge de gestionnaire de la rupture du contrat. Ainsi, dans l'hypothèse de la rupture d'une relation contractuelle de longue durée, il peut encore ordonner la dépose d'une enseigne, la restitution de matériel, la reprise de stocks, ériger une obligation de non-concurrence... (Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique - La résiliation pour imprévision », *AJDC* 2015, p. 265 ; v. aussi Ch.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 5/2016, dossier n° 6, § 16).

⁸⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.* V. aussi, et déjà, B. Fauvarque-Cosson qui fait état d'une fonction « répulsive » de la règle supplétive de volonté : « Le changement de circonstances », *RDC* 1/2004, p. 67 et s., n° 34, et « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC* 1/2006, p. 147 et s., note 45.

Elle semble bien incarner les nouvelles valeurs prônées par la réforme française, en conciliant efficacité économique et justice contractuelle : elle permet de maintenir des contrats utiles et protège notamment les acteurs qui effectuent des investissements spécifiques en comptant sur une relation contractuelle durable.

Il nous semble naturel que la théorie de l'imprévision soit consacrée, pour l'instant, de façon moins vigoureuse en droit privé français qu'en droit allemand. Il serait téméraire de passer, d'un coup, du rejet séculaire, à une consécration sans nuances. Cette première version légale de l'imprévision en droit français, timide, permettra d'expérimenter et, si tout va bien, d'acclimater l'institution, avant d'aller, éventuellement, plus loin. En tout état de cause, vigueur ne signifie pas omniprésence : la règle reste *pacta sunt servanda* ; tout porte à croire que la mise en œuvre du dispositif de l'imprévision sera et restera exceptionnelle, comme dans tous les systèmes juridiques qui le connaissent. En droit allemand, elle présente, d'ailleurs, un caractère subsidiaire⁸¹, question encore ouverte en droit français⁸².

⁸¹ H. RÜBMANN, *Zweckfortfall und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2003/Vorlesung/geschaeftsgrund.htm>, spéc. « *Anwendbarkeit* » : si, par exemple, le contrat peut être interprété de façon à remédier à la difficulté résultant de l'imprévision, le § 313 BGB ne sera pas mobilisé (par exemple, Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 18 nov. 2011, 31/11, *NJW* 2012, p. 526 et s.) ; les règles relatives aux vices cachés et relatives à l'éviction l'emportent sur celles de l'imprévision (Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 30 sept. 2011, 17/11, *NJW* 2012, p. 373 et s.) ; celles relatives à l'impossibilité d'exécuter l'emportent (Cour fédérale de justice, civ. 5^e, 17 févr. 1995, 267/93, *NJW-RR* 1995, p. 853 et s., spéc. p. 854)...

⁸² À ce titre, il y aurait lieu de prendre en compte, outre les possibilités d'interpréter le contrat favorablement au débiteur, notamment l'application de la caducité qui a fait l'objet d'une consécration légale à l'article 1186 du Code civil.