



L'IMPRÉVISION EN DROIT PRIVÉ

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 30 MAI 2005

PAR LAURENT AYNÈS*

1. Il aura suffi d'une ride sur les eaux tranquilles du Canal de Craponne, pour convoquer à nouveau l'imprévision sur le devant de la scène. Le 16 mars 2004, la Cour de cassation en sa première chambre civile approuve la cour d'appel de Chambéry d'avoir refusé de sanctionner un concédant qui s'en était tenu au contrat sans accepter de le renégocier : *“la cour d'appel a relevé que le concessionnaire mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat, et non le refus injustifié du concédant de prendre en compte une modification imprévue de circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du contrat au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi⁽¹⁾”* (Bull. civ. I, n° 86). Bien qu'un savant professeur ait doctement tancé ses collègues, qui n'auraient rien compris à cet arrêt⁽²⁾, beaucoup ont lu a contrario cette décision, et y ont vu une ouverture de la Cour de cassation à l'idée de renégociation en cas de changement de circonstances⁽³⁾.

2. Observons immédiatement que l'arrêt du 16 mars 2004 ne contredit pas la doctrine de l'arrêt Canal de Craponne⁽⁴⁾. On se souvient de l'attendu principal :

“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”.

L'arrêt mettait clairement l'accent sur l'exclusion du juge : le juge n'a pas le pouvoir de modifier le contrat. C'est une déduction somme toute classique de l'article 1134 du Code civil : la convention est la loi des parties, loi qui s'impose à tous, loi qui s'impose au juge. Cette exclusion du juge de l'élaboration du contrat est une constante du droit français. On la retrouve à propos de la détermination du prix de la vente, qui n'appartient qu'aux parties (C. civ. art. 1591). Et même dans le cas de la cession forcée de droits sociaux (art. 1843-4), le juge ne peut que désigner un expert, qui n'est pas chargé de l'éclairer, mais dont l'évaluation s'impose⁽⁵⁾. Cette attitude ancienne est aussi contemporaine. On la retrouve également dans le contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur l'interprétation de la convention, qui pourrait ouvrir aux juges du fond une occasion indirecte de modifier la convention. Cela

* Laurent Aynès est professeur agrégé des facultés de droit à l'Université Paris I et avocat à la Cour.

leur est interdit, aux termes du fameux arrêt Foucauld et Coulombe du 15 avril 1872 : “Il n’est pas permis aux juges, lorsque les termes des conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu’elles renferment”⁽⁶⁾. Jurisprudence ici encore constante. Toute la question est évidemment de savoir ce qui est “clair et précis”. Nous la retrouverons.

3. Mais l’arrêt Canal de Craponne, s’il interdit au juge ou à l’arbitre de modifier lui-même le contrat, ne décide pas que le changement de circonstances est, en droit, indifférent, et qu’il n’appelle aucun remède particulier. Or, toute la question est là : l’imprévision nécessite-t-elle un remède juridique particulier ?

4. Cette interrogation est ancienne. Certains parlent d’un “serpent de mer” du droit privé. Mais la manière de la formuler a évolué. Initialement, dans un système de pensée centré sur l’obligation, plutôt que sur le contrat, on se demande si le promettant peut être délié de sa promesse lorsque surviennent des circonstances imprévues. Dans la même ligne, Saint Thomas d’Aquin se demande si l’impossibilité d’exécuter sa promesse par suite d’un changement de circonstances peut être considérée comme un mensonge ou une infidélité. Non, dit-il, à l’évidence⁽⁷⁾. On le voit, il s’agit essentiellement d’apprécier l’inexécution, et ses conséquences : est-elle fautive ? Doit-elle donner lieu à réparation ? Nous sommes dans l’ordre de la responsabilité ; la référence est la force majeure ; les exemples donnés mettent toujours le promettant face à un conflit de devoirs ou de valeurs : exécuter et perdre la vie, ou ne pas exécuter et survivre ?

5. Chemin faisant, peut être parce qu’il apparaît progressivement qu’un contrat n’est pas seulement une somme d’obligations, qu’il crée une association d’intérêts contraires et parfois communs, projetée dans l’avenir, la question de l’imprévision s’éloigne de la responsabilité. C’est plutôt le sort du contrat qu’elle met en cause : le contrat doit-il continuer, ou la survenance de l’imprévu le ruine-t-elle irrémédiablement ? Et s’il doit continuer, dans quelles conditions ? C’est au fond la question que pose déjà l’héritier d’Adam de Craponne au tribunal d’Aix en 1840. La Cour de cassation répond implicitement que le contrat doit continuer ; explicitement que le juge ne peut le modifier. Mais elle ne dit rien d’autres remèdes possibles.

6. On ne s’étonnera pas de ne trouver aucune réponse dans le Code civil. Celui-ci ne conçoit le contrat que comme une source d’obligations, et c’est à l’exécution ou à l’inexécution de celles-ci qu’il s’attache. Seule la force majeure, caractérisée par son irrésistibilité, libère le débiteur. Et par le jeu de la théorie des risques, met fin au contrat synallagmatique, en principe à la charge du débiteur (C. civ. art. 1148). Mais rien sur le sort du contrat lorsque l’exécution, sans être impossible, se heurte à la survenance d’un événement imprévu. Un seul texte mentionne l’imprévu : l’article 1889 du Code civil qui, en matière de prêt à usage, décide que la survenance d’un “besoin pressant et imprévu au prêteur” autorise celui-ci à demander au juge de reprendre avant terme la chose prêtée. Rupture judiciaire du contrat, donc, qui s’explique par l’essence gratuite de celui-ci. C’est bien peu pour fonder une théorie de l’imprévision.

7. Or, depuis le Code civil, une théorie du contrat, notamment du contrat de durée, s'est progressivement élaborée, là où le Code de 1804 ignore jusqu'à la distinction des contrats successifs et instantanés. Le contrat n'est pas seulement la source d'obligations réciproques, il est une projection commune dans l'avenir, un moyen privilégié de rendre le futur prévisible, de l'asservir à la volonté commune. Les formules ne manquent pas : "*contracter c'est prévoir*" déclare Ripert⁽⁸⁾. Le contrat est "*la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision*" avait écrit Hauriou un peu plus tôt⁽⁹⁾. En outre, la conclusion du contrat est souvent le résultat d'une négociation onéreuse ; derrière les obligations contractuelles, il y a des investissements, des emplois, une entreprise, un réseau d'autres contrats. Rien d'étonnant à ce que la stabilité contractuelle soit devenue un objectif prioritaire, auquel est asservi le droit de la rupture, ou qui explique le développement de la cession de contrat.

C'est dans cette perspective que se pose désormais la question de l'imprévision : non pas dans la théorie de l'obligation, mais dans celle du contrat de durée.

8. Il n'est donc pas surprenant que les auteurs contemporains, lorsqu'ils débattent de la question, la placent d'emblée au cœur du mécanisme contractuel, en relation avec la règle *pacta sunt servanda*. La révision pour imprévision est-elle contraire ou conforme à la force obligatoire de l'engagement, à la confiance que suscite celui-ci ? Pour les uns "*la loi contractuelle doit être maintenue coûte que coûte. Il n'y a rien d'injuste à cela*"⁽¹⁰⁾. En réalité, ils identifient la force du contrat à la fixité de son contenu. Pour les autres, au contraire, "*le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale*"⁽¹¹⁾. Et un brillant auteur de partir en guerre contre "*la rigidité de la loi contractuelle*", qui empêcherait le contrat de se conformer aux impératifs supérieurs que défend le législateur⁽¹²⁾. Les uns soutiennent que l'intangibilité du contrat sert la sécurité et la confiance, les autres, exactement le contraire⁽¹³⁾. On a l'impression de tourner en rond depuis un siècle.

Comment trancher et avancer ?

9. Deux considérations simples me paraissent s'imposer :

- *En premier lieu*, si la convention est réellement dotée d'une force juridique, celle-ci conduit à chercher autant que possible sa vie, plutôt que sa mort. Pas à n'importe quel prix, naturellement. Mais il s'agit là d'une orientation prioritaire.

- *En second lieu*, la survenance d'une circonstance imprévue qui rend pour l'une des parties l'exécution du contrat excessivement préjudiciable ne peut être traitée selon les modes habituels d'attribution du préjudice. Il y a là un coup du sort que rien ne permet d'imputer à l'une plutôt qu'à l'autre partie.

Afin de progresser sur cette question, il faut donc distinguer deux ordres de questions : la question du sort du contrat, d'une part ; celle de l'imputation de l'imprévu, d'autre part.

10. C'est bien ainsi qu'on raisonne en droit administratif, depuis le fameux arrêt Compagnie du gaz de Bordeaux rendu par le Conseil d'Etat en 1916⁽¹⁴⁾. D'une part, le contrat administratif continue ; le bouleversement n'est pas une cause de rupture. D'autre part chacune des parties doit supporter sa part de la charge extra-

contractuelle créée par l'événement imprévu ; cette répartition prend la forme d'une indemnité d'imprévision.

Cette idée d'un dommage réalisé en marge du contrat, que le contrat ne permet pas lui-même de traiter, se retrouve aussi en droit allemand, dans l'article 313 du BGB issu de la réforme de 2001. Et c'est aussi cette dissociation du sort du contrat -qui continue- et du traitement de la charge imprévue, laquelle ne doit pas reposer sur une seule partie, qui inspire les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (art. 6-111) ainsi que les Principes du droit européen du contrat (art. 6-111).

11. Au regard de cette dissociation, il est clair, me semble-t-il, que le principe de la force obligatoire du contrat n'est pas en cause. C'est, en réalité, une autre question qui se pose, celle de l'allocation de la charge exceptionnelle résultant du changement imprévu de circonstances. Il n'est nécessaire, ni de renier ou d'assouplir *pacta sunt servanda* ; ni d'inventer une clause *rebus sic stantibus* sous-entendue -laquelle déboucherait d'ailleurs sur une résolution du contrat-, ni de tordre la notion même de contrat en prétendant en faire un instrument de solidarité sociale. Mais de traiter, d'une manière conforme aux devoirs de tout contractant ce qui, en vérité, survient en marge de la loi contractuelle, à l'occasion de son exécution, mais non d'une défaillance dans son exécution.

12. Un tel raisonnement ne peut évidemment s'appliquer à toutes les surprises que réserve l'avenir. Aussi l'identification précise du mal (I) doit-elle précéder la proposition d'un remède (II).

I. Notion d'imprévision

13. Il est bien rare que le présent advenu corresponde exactement à la représentation que s'en sont fait les parties au moment de l'engagement. Elles savent que, quelle que soit la précision de l'acte de prévision, l'avenir réserve toujours des surprises, heureuses et malheureuses. Au sens littéral du terme, il y a bien-sûr imprévision toutes les fois que la réalité se révèle différente de la représentation qu'en ont eue les parties. Les exemples sont légion.

Mais si l'on examine les conséquences que peut avoir l'imprévu sur le contrat, des distinctions s'imposent immédiatement. Car plusieurs mécanismes juridiques traitent l'imprévu : la théorie des vices du consentement, spécialement l'erreur ; la théorie de la condition ; celle de la garantie, celle de la résiliation unilatérale, celle de l'interprétation... permettent déjà de remédier, de manière certes variée, à l'irruption de l'imprévu. Afin de déterminer le domaine propre d'un remède spécifique que l'on qualifierait de "*théorie de l'imprévision*", il est donc nécessaire, -c'est habituel au juriste- de qualifier l'imprévu pertinent.

14. Pour ce faire, on raisonnera sur quatre exemples.

Exemple n° 1 : disparition d'un indice qui permettrait de calculer le prix d'une prestation, en présence d'une clause d'indexation. Que faire ?

Exemple n° 2 : Des difficultés très graves affectent le débiteur : cessation des paiements, chômage, maladie... Que faire ?

Exemple n° 3 : Les prévisions de passif se révèlent très insuffisantes, dans un contrat de cession d'entreprise, au sens large. Le passif réel, par exemple, le passif environnemental, est largement supérieur à celui que le cédant a accepté de garantir, ou que le cessionnaire a accepté de prendre en charge. Que faire ?

Exemple n° 4 : Par suite de bouleversements du marché, de disparition de sources d'approvisionnement, ou d'une révolution technologique, le coût de la fourniture promise pour dix ans est multiplié par dix, ou la contrepartie convenue est devenue dérisoire ou gravement excessive. Que faire ?

Dans ces quatre exemples, l'imprévu provoque une difficulté d'exécution.

Mais celle-ci n'a pas la même nature dans les quatre cas. Bien plus, cette difficulté ne nécessite pas, dans tous ces cas, un remède spécifique.

15. Pour qu'il en soit ainsi, l'imprévu doit, me semble-t-il, présenter trois caractères :

L'événement doit être postérieur à la conclusion du contrat (A) ; il doit affecter les termes de l'échange (B) ; il doit ne faire l'objet d'aucun traitement contractuel (C). En revanche, peu importe qu'il ait été prévisible ou imprévisible (D).

Reprenons ces quatre éléments.

A. Un événement postérieur à la conclusion du contrat

16. Cette première condition paraît aller de soi. Elle figure dans les systèmes étrangers qui traitent de l'imprévision, notamment le BGB, ainsi que les principes du droit européen du contrat. En effet, si l'événement s'est déjà produit au moment de la conclusion du contrat, et si les parties le savent, elles en ont tenu compte.

La seule difficulté concerne l'événement déjà réalisé à l'insu des parties. A cet égard, les principes d'Unidroit assimilent à l'événement survenu après la conclusion du contrat, celui dont la partie lésée a eu connaissance après cette date (art. 6.2.2). On se souvient aussi que l'article 1181 du Code civil assimile, en matière de condition suspensive, l'événement actuellement arrivé mais encore inconnu des parties, à l'événement futur et incertain. Il me semble pourtant que cette situation ne devrait pas relever de la théorie de l'imprévision, mais de celle des vices du consentement. C'est l'engagement lui-même qui est, à sa racine, susceptible d'être atteint, comme irréaliste, à l'insu des parties.

Il faudrait cependant mettre de côté l'hypothèse dans laquelle les parties traitent en considération d'un événement survenu ou potentiellement survenu, mais dont l'ampleur ne peut être actuellement connue : c'est souvent le cas en matière de garantie de passif. Mais elles ont alors les moyens de remédier, d'une manière ou d'une autre, à la surprise que constituerait la révélation d'un passif dépassant leurs prévisions. Nous retrouverons cette question ultérieurement.

B. Un événement affectant les termes de l'échange

17. C'est ce que l'on veut dire habituellement lorsque l'on parle d'un bouleversement de "*l'économie du contrat*", notion suffisamment vague pour rallier les suffrages de tous⁽¹⁵⁾. La condition figure aussi dans les principes du droit européen du contrat ("*exécution onéreuse à l'excès*" : a.6-111) et dans les principes

d'Unidroit (art. 6.2.2). Le coût de l'exécution ou la valeur de la contreprestation sont profondément altérés. Le BGB, à cet égard, est plus vague (§ 313).

S'il n'en est pas ainsi, il n'y a aucune raison juridique de répartir entre les deux contractants la charge de l'imprévu. Songeons aux événements affectant l'une des parties, sans impact sur la valeur des prestations : les difficultés économiques, le chômage, la maladie. Seul un vague solidarisme, sympathique et irréaliste, pourrait imposer à une partie de voler au secours de son cocontractant malheureux. Cela ne lui est pas interdit. Mais cet altruisme ne relève pas de l'imprévision. En tout cas, la Cour de cassation n'en veut pas⁽¹⁶⁾. Le remède se trouve le cas échéant dans les mesures spéciales que peut prendre, et que prend parfois effectivement, le législateur, dans un intérêt social ou économique.

On mettra également de côté les imprévus qui affectent le fonctionnement même du contrat, par exemple la disparition d'un indice, ou d'une référence. Le remède est alors contractuel : soit par l'application d'une clause traitant de cet événement ; soit par le biais de l'interprétation du contrat. La lettre est défailante, mais la volonté est constante : celle de maintenir la créance monétaire à un certain niveau ou de l'évaluer en considération d'une réalité⁽¹⁷⁾.

C. Une absence de traitement contractuel

18. Cette troisième condition signifie que la théorie de l'imprévision est un *ultimum remedium*, un peu comme l'action de *in rem verso* qui sanctionne l'enrichissement sans cause. Elle figure également dans le texte d'Unidroit - sous une autre forme ("le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée") - et dans celui des principes du droit européen du contrat ("dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat"), ainsi que dans celui du BGB.

Elle conduit à exclure deux situations :

- d'abord celle dans laquelle l'allocation du poids de l'imprévu relève de la responsabilité contractuelle : faute de la partie lésée qui avait les moyens d'éviter la survenance de l'événement ou de se prémunir contre le risque ; ou faute de l'autre partie à l'origine de la réalisation du risque.

- ensuite, et peut-être surtout, celle dans laquelle le risque de l'imprévu est assumé contractuellement par l'une des parties. Nous songeons ici aux contrats aléatoires, et plus spécialement aux contrats à forfait. Lorsque les parties savent que du futur inconnu dépend l'équilibre du contrat, elles peuvent procéder de deux manières, qui recourent exactement les deux figures classiques de la vente d'une chose future. De manière commutative, l'équilibre du contrat devant s'adapter à la réalité que l'on découvrira ; ou de manière aléatoire : l'équilibre est déterminé à l'avance, forfait, chacune des parties acceptant le risque de perte contre la chance de gain. Il n'y a pas de place pour la théorie de l'imprévision dans ce dernier modèle.

La réalité est souvent plus complexe, comme le montrent les engagements de garantie de passif.

D. Indifférence de la prévisibilité

19. Faut-il en outre que l'événement soit imprévisible ? Plusieurs textes exigent une imprévisibilité raisonnable (Unidroit ; Principes du droit européen du contrat).

Mais, d'une part, la notion de prévisibilité, même assortie de l'adjectif "raisonnable", est insaisissable. En 2005, tout est à peu près prévisible. Et pourtant, il est pratiquement impossible de calculer sûrement ne serait-ce que le taux de croissance du trimestre prochain. Le contentieux de la force majeure montre les difficultés de cette exigence, et a conduit progressivement les tribunaux à faire de l'imprévisibilité un élément de l'irrésistibilité.

D'autre part, même prévisible, l'événement effectivement imprévu n'en bouleverse pas moins l'économie du contrat et appelle un remède. Or, les deux parties auront été imprévoyantes. Ni la responsabilité, ni l'acceptation des risques ne permettent d'allouer la charge. On gagnerait en clarté en abandonnant cette difficile condition.

Reprenons nos quatre exemples :

L'exemple n° 1 (disparition d'un indice), et l'exemple n° 2 (difficulté d'exécution affectant l'une des parties) ne relèvent pas de la théorie de l'imprévision. L'exemple n° 4 (bouleversement du marché, ou de la technique) en relève certainement. Quant à l'exemple n° 3 (bouleversement de la garantie de passif), il n'en relève que sous réserve de l'analyse de l'engagement de garantie en un contrat commutatif.

II. Remède à l'imprévision

20. Il se peut d'abord que le contrat comporte lui-même un traitement de l'imprévision. C'est l'objet de clauses d'appellation diverse : clauses de *hardship*, clause d'*adverse material change*... Ce traitement doit naturellement être appliqué. L'insertion de ces clauses est vivement conseillée. Elles doivent être détaillées, et prévoir quel est le sort du contrat dans l'intervalle de temps qui précède la révision effective ou, en cas d'échec, la rupture. Et dans ce dernier cas, régler la question de la compensation du déséquilibre passé. Ces clauses sont fréquentes dans les contrats internationaux. Il n'en faut pas déduire pourtant qu'elles constituent un usage du commerce international et écarter de ce fait le jeu de la théorie de l'imprévision dans ce domaine, en l'absence de telles clauses.

21. C'est naturellement en l'absence de convention que la question du remède se pose de manière directe. Il me semble que ce remède consiste, non pas en une révision judiciaire ou arbitrale (A) ; mais dans la mise en œuvre d'une obligation de renégocier le contrat (B).

A. Exclusion de la révision judiciaire ou arbitrale

22. Pendant des décennies, la question de la révision pour imprévision a été identifiée à celle de la révision demandée au juge et imposée par celui-ci. D'énormes efforts ont été faits, spécialement aux lendemains de la grande guerre où l'on s'est aperçu que l'on avait définitivement quitté le monde de la stabilité, pour tenter de fonder en droit un pouvoir judiciaire de révision du contrat, contre la doctrine claire et maintes fois répétée de l'arrêt Canal de Craponne. Ces efforts se sont révélés vains. Ni *l'imperium* du juge, ni la *juridictio* ne peuvent justifier un tel pouvoir. Par définition, il s'agit d'allouer une charge qu'aucune règle de droit - qu'il s'agisse de la responsabilité ou du contrat - ne permet d'allouer.

- Certains auteurs contemporains estiment encore que le juge pourrait asseoir un tel pouvoir sur les règles de l'interprétation du contrat, largement entendues : il s'agirait de découvrir la volonté réelle des parties, qui était de maintenir l'économie du contrat, ou la valeur des prestations, contre une lettre défailante⁽¹⁸⁾. Qui ne voit l'artifice ? Au demeurant, des raisons d'opportunité condamnent aussi la solution : comment le juge pourrait-il réviser, sans le secours d'un expert ?

23. Les mêmes observations s'appliquent à l'arbitre. Un auteur a pourtant suggéré que lorsque les parties donnent à celui-ci le pouvoir d'amiable compositeur, il pourrait imposer la révision du contrat⁽¹⁹⁾. Mais, l'absence de pouvoir de révision ne tient pas à la nature de la règle qu'il s'agit d'appliquer -règle de droit ou équité-. Elle tient à l'absence de *juridictio* tout court, lorsqu'il s'agit d'imposer une modification de l'engagement par la prise en charge de l'imprévu.

Au demeurant, de nombreuses sentences rendues dans des arbitrages internationaux le décident clairement, lorsqu'elles affirment que les pouvoirs de l'arbitre ne vont pas au-delà de l'administration du principe -de droit et d'équité- "*pacta sunt servanda*"⁽²⁰⁾.

B. Condamnation à renégocier

24. Mais *pacta sunt servanda*, s'il interdit la révision judiciaire ou arbitrale, conduit à une autre conséquence, positive celle-ci : oblige les parties à renégocier leur convention. Ce que l'on peut demander au juge ou à l'arbitre est la condamnation des parties à se prêter à cette renégociation. Sur quel fondement ? La question se dédouble : quel est le fondement de l'obligation de renégocier ? Quel est le fondement de la condamnation à renégocier ?

25. Sur le premier point, il n'est plus nécessaire de chercher très loin : c'est le devoir de loyauté entendu, non pas comme une vertu de charité générale, mais comme le devoir de permettre au contrat de produire son effet utile. Ce devoir est l'un des aspects essentiels de la bonne foi que l'article 1134 alinéa 3 attache au statut de contractant. Vous avez choisi de fixer dans la convention la loi de votre comportement, le *nomos* ; vous y avez inclus le devoir de permettre à cette loi de devenir effective, en sachant que l'avenir est source d'imprévu. Cela veut dire qu'en présence d'une réalité imprévue, vous accepterez, en vertu de cette loi contractuelle, de réexaminer les obligations respectives. Sinon, vous manquez à votre engagement⁽²¹⁾.

Cette obligation de réexaminer les termes du contrat en présence d'une difficulté d'exécution non imputable à l'une des parties est consacrée, en droit positif, notamment dans les fameux arrêts *Huard*⁽²²⁾ et *Chevassus*⁽²³⁾. Elle est un principe de la *lex mercatoria*, que plusieurs sentences arbitrales ont consacré⁽²⁴⁾. C'est aussi celui qu'énoncent les principes Unidroit (art. 6.2.3) et les Principes du droit européen du contrat (art. 6-111). Ajoutons qu'une telle condamnation a été, une fois au moins, prononcée par la cour d'appel de Paris⁽²⁵⁾ et qu'elle s'est avérée efficace, puisque les parties sont parvenues à un accord.

26. Mais le juge ou l'arbitre peut-il prononcer une telle condamnation ? Et d'abord, n'est-il pas vain de condamner les parties à dialoguer ? L'expérience

montre que non, surtout lorsque le dialogue est facilité par la présence d'un observateur, qui peut jouer le rôle de médium. Une telle décision au demeurant va dans le sens du développement contemporain de la médiation. Il faut croire que, d'une manière générale, les obligations de dialoguer en cas de crise ont une certaine consistance juridique, puisque leur respect préalable est désormais sanctionné par l'irrecevabilité de la demande en justice, comme l'a décidé une chambre mixte de la Cour de cassation le 14 février 2003⁽²⁶⁾. Si l'on voulait trouver à ce pouvoir du juge un fondement juridique, il suffirait de se référer à l'article 1134 alinéa 3 : rien ne s'oppose à ce que le juge condamne le débiteur d'une telle obligation de faire à exécuter celle-ci en nature, d'après l'interprétation aujourd'hui reçue de l'article 1142 du Code civil

C. Echec de la renégociation

27. Mais renégocier n'est pas nécessairement parvenir à un accord. Que faire en cas d'échec de la négociation ? Trois questions doivent alors être résolues.

28. En premier lieu, il se pourra que l'échec soit la conséquence de la faute de l'une des parties, qui s'est déloyalement soustraite à la discussion. Retour, en ce cas, aux règles de la responsabilité civile, le préjudice consistant dans la perte de la chance de parvenir à un traitement conventionnel de l'imprévision.

29. En deuxième lieu, se pose la question du sort du contrat. Les principes d'Unidroit donnent au juge une option : résilier ou adapter le contrat. Le second parti me paraît difficilement acceptable⁽²⁷⁾. En réalité, le choix est entre la résiliation, -si le poids du bouleversement est définitif- et la continuation, s'il est temporaire.

30. Dans les deux cas, demeure la question de l'allocation de la charge exceptionnelle, pour le passé. A défaut d'accord, par hypothèse, le juge devra y procéder : exceptionnellement, nous sommes alors en présence d'un juge évaluateur et répartiteur ; un rôle qu'il joue déjà lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le prix d'un louage d'ouvrage, alors que le contrat est exécuté.

En cette période de réformes législatives tous azimuts, faudrait-il réformer la loi française afin d'y introduire la révision judiciaire pour imprévision, par une espèce d'extension du pouvoir modérateur du juge, dont l'a doté la loi en matière de clause pénale ? Il me semble que cela n'est ni nécessaire, ni utile. C'est la voie contractuelle qu'il faut privilégier, car rien n'est supérieur à la loi que les parties se donnent elles-mêmes. De cette loi, exactement comprise, le juge ou l'arbitre est déjà l'auxiliaire. L'imprévision éprouve l'acte de prévision qu'est le contrat. C'est au contrat qu'il faut demander le remède.

Notes :

- 1- Cass. civ., 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2004, 1754, n. D. Mazeaud; RDC 2004, 642, même note; RTD civ. 2004, 290, obs. J. Mestre et B. Fages.
- 2- J. Ghestin, obs. JCP 2004, I.173, n° 14.
- 3- Par exemple : D. Mazeaud, n. précitée ; D. Houtcieff, L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances, Revue Lamy droit civil, juin 2004, n° 222.
- 4- Cass. civ. 6 mars 1876, DP 1876, I, 193, n. Giboulot ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^e éd., par Y. Lequette et F. Terré, n° 163.
- 5- Cass. civ. 2, 25 janv. 2005, JCP 2005, II, 10046, n. Renard-Payen
- 6- Cass. civ. 15 avril 1872, D.P. 1872, I, 176 ; Grands arrêts, précité, t. 2, p. 111.
- 7- Sur l'évolution historique de la question, v. Ph. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, P.U.A.M. 1994, Avant-propos A-Sériaux, préf. R. Bout, n° 8 et suiv. En droit comparé : B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004, pp. 67 et suiv.
- 8- La règle morale dans les obligations civiles, n° 84.
- 9- Principes de droit public, 1^{re} éd., p. 206
- 10- A. Seriaux, Obligations, n° 46.
- 11- Demogue, Traité des Obligations, n° 637
- 12- Ph. Stoffel-Munck, op. Cit., n° 80.
- 13- Ex. : Carbonnier, Obligations, 22^e éd. § 149 : "Les affaires au contraire pourraient bien gagner en sécurité si les parties étaient certaines de pouvoir obtenir une révision équitable du contrat, en cas de bouleversement réellement imprévisible"
- 14- C.E., 30 mars 1916, DP 1916, III, 25 ; S. 1916, III, 17, n. Hauriou.
- 15- V., sur cette notion, une étude récente : S. Pimont, L'Economie du contrat, th. Poitiers, PUAM 2004, préf. J. Beauchard, nos 381 et suiv.
- 16- V. notamment, J. Cedras, Liberté-égalité- contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation pour 2003, p. 215
- 17- Cass. civ. 3, 15 février 1972, Def. 73, 30290 ; Cass. civ. 1, 9 nov. 1981, Bull. civ. I, n° 332, cass. civ. 3, 22 juil. 1987, Bull. civ. III, n° 151 Lyon, 9 juil. 1990, D. 91.47, n. Malaurie. Sur la démonstration, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 302 et suiv.
- 18- Ph. Stoffel-Munck, n° 88 et suiv. ; n° 274 ; S. Piémont, op. cit., n° 425.
- 19- E. Loquin, L'amiable composition en droit comparé et international, Litec. 1980, n° 16 et suiv.
- 20- V. p. ex. sentence CCI 8873, Bull. CCI 1999, p. 81.
- 21- Sur le devoir de loyauté, L. Aynès, L'obligation de loyauté, An. Ph. Droit, 2000, L'obligation, p. 195.
- 22- Com. 3 novembre 1992, Bull. civ. IV, n° 338 ; RTD Civ. 1993, 124, n. Mestre ; JCP 93, II, 22164, n. Virassamy.
- 23- Com. 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277 ; JCP 99, I, 143, n° 5, n. Ch. Jamin ; II, 10210, n. Y. Picod.
- 24- Sentence CCI 1975, in J.D.I., 1976, 989, obs. Y. Derain ; Sentence CCI n° 6219, 1990, JDI 1990, 1047, n. Y. Derains ; Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l'arbitrage international, n° 1483 ; F. Osman, Les principes généraux de la lex mercatoria, L.G.D.J. 1992, p. 162 et suiv.
- 25- C.A. Paris, 28 septembre 1976, JCP 1978, II, 18810, n. Robert.
- 26- Bull. ch. Mixte, n° 1 ; R.D.C. 2003, p. 182, n. Cadiet ; p. 189, n. X. Lagarde ; Cass. com. 17 juin 2003, R.D.C. 2004, p. 417.
- 27- En ce sens, Stoffel-Munck, n° 271.