



HAL
open science

Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français

Salma Seifelnasr

► **To cite this version:**

Salma Seifelnasr. Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français. Droit. Université Montpellier, 2020. Français. NNT : 2020MONTD041 . tel-03469601

HAL Id: tel-03469601

<https://theses.hal.science/tel-03469601v1>

Submitted on 7 Dec 2021

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.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit Privé et Sciences Criminelles

École doctorale : 461- Droit et Science Politique

**Unité de recherche: EA 707-LDP- Laboratoire de
Droit Privé**

***«Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en
droit des pays arabes et en droit français »***

Présentée par Madame Salma SEIFELNASR

Le 14 Décembre 2020

Sous la direction de Monsieur le professeur Rémy CABRILLAC

Devant le jury composé de

Rémy CABRILLAC, Professeur, Université de Montpellier

Jury

François-Xavier LUCAS, Professeur, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Jury

Hervé L'ÉCUYER, Professeur, Université Paris II (Panthéon-Assas)

Jury

Emmanuel TERRIER, Maître de conférences, Université de Montpellier

Jury



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à monsieur le professeur Rémy Cabrillac, mon éminent directeur de thèse. Durant un long parcours de travail, il a été toujours disponible pour m'orienter et m'encourager à analyser avec créativité mon sujet de thèse. Il m'a donné tant de ses connaissances approfondies, de ses aides intarissables, et de sa gentillesse excessive. "Je suis fière d'être son étudiante". Sans sa lecture systématique de mon travail et ses rectifications minutieuses, la thèse n'aura pas pris son allure perfectionnée. Je lui porte une profonde affection et un respect très sincère qui remontent à très loin.

Mes plus vifs remerciements vont aux membres de jury: monsieur le professeur Hervé Lécuyer, Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), monsieur le professeur François-Xavier Lucas, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), et monsieur le professeur Emmanuel Terrier, Maître de conférences à l'Université de Montpellier, qui ont accepté, malgré leurs nombreuses occupations, de m'honorer en prenant part à la soutenance de ma thèse, ce qui contribuera à sa perfection, conformément à leurs recommandations et leurs remarques pertinentes.

C'est l'occasion également de témoigner un remerciement spécial à mes grands-parents, mes parents et mes sœurs de m'avoir encouragée, soutenue. Qu'ils trouvent l'aboutissement de leurs efforts dans la réalisation de ce travail. Je leur adresse ma plus affectueuse gratitude.

Mes sincères remerciements et ma grande reconnaissance sont adressés à mon mari qui m'a soutenue et supportée tout au long de l'élaboration de ce travail. L'amour qu'il me porte m'a incité à vivement progresser dans ce long travail.

Sommaire

Resumé.....I

INTRODUCTION.....1

Partie I : La consécration de théorie de l'imprévision dans le Droit Civil des Pays Arabe.....21

Titre I Le contexte traditionnel.....21

CHAPITRE I : Les droits Romain, Canonique, Musulman et autres.....21

SECTION 1 : l'imprévision en droit romain.....21

SECTION 2 : l'imprévision en droit canonique.....23

SECTION 3 : l'imprévision en droit musulman..... 24

SECTION 4 : l'imprévision dans d'autres anciens droits.....29

CHAPITRE II : Les divergences doctrinales en France et dans les pays arabes sur l'application de la théorie de l'imprévision.....30

SECTION 1 : La doctrine en droit français.....30

SECTION 2 : La doctrine dans les Droits des Pays Arabes.....35

CHAPITRE III : Le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision en Droit Ancien Français et dans les Droits des Pays Arabes.....38

SECTION 1 : le rejet de la théorie de l'imprévision par l'ordre judiciaire français.....38

SECTION 2 : Le refus de son admission dans l'ancien Droit des Pays Arabes.....40

CHAPITRE IV : L'adoption de la théorie de l'imprévision dans le droit administratif en France et dans les pays arabes.....43

SECTION I : L'admission de l'imprévision en droit administratif français.....44

§ 1 : l'adoption de la théorie de l'imprévision en droit administratif français et ses conditions d'application44

§ 2 : Qui peut invoquer l'imprevision ?.....55

§ 3 : les modalités et les conditions du versement d'une indemnité d'imprévision.....56

§ 4 : Les clauses contractuelles aménageant les conséquences de l'imprévision.....65

§ 5 : La fin des circonstances imprévisibles.....	73
§ 6 : les dispositions législatives sur l'imprévision.....	73
§ 7 : les situations de l'intervention judiciaire malgré les clauses d'imprévision.....	74
SECTION II : L'admission de l'imprévision en Droit administratif des pays arabes.....	75
§ 1 : les dispositions législatives sur l'imprévision.....	75
§ 2 : l'adoption jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision en droit administratif.....	78
§ 3 : Les conditions d'application de la théorie de l'imprévision.....	79
§ 4 : Les modalités et conditions de versement de l'indemnité d'imprévision.....	83
TITRE II : L'introduction de la théorie de l'imprévision dans le nouveau droit privé des pays Arabes.....	91
CHAPITRE I : La spécificité du mécanisme de l'imprévision	91
SECTION I : l'imprévision et la lésion.....	91
SECTION II : l'imprévision et la lésion postérieure.....	92
SECTION III : l'imprévision, l'exploitation et le contrat d'adhésion.....	93
SECTION IV : l'imprévision et la force majeure.....	95
CHAPITRE II : Les sources d'inspiration du Droit positif des pays arabes sur l'imprévision...96	
SECTION I : Première apparition dans le Droit positif de certains Pays Européens.....96	
SECTION II : l'inspiration du droit positif moderne des Pays Arabes par l'imprévision en droit Egyptien comme exception au principe d'intangibilité des contrats.....98	
CHAPITRE III : Le régime de la théorie de l'imprévision dans le droit des pays arabes.....112	
SECTION I : Les Conditions légales.....112	
§ 1 : L'exceptionnalité des circonstances.....114	
§2 : La généralité des circonstances.....119	
§ 3 L'imprévisibilité des circonstances.....122	
§ 4 : L'exécution de l'obligation devenant onéreuse et non pas impossible.....129	
SECTION II : Les conditions prétoriennes et doctrinales.....134	
§ 1 : une exécution du contrat relâchée dans	134
§ 2 : indifférence de l'existence de contrats synallagmatiques ou unilatéraux.....139	
§ 3 : L'application contestée de l'imprévision aux seuls contrats commutatifs.....140	
§ 4 : l'inévitabilité des circonstances par le débiteur.....142	
§ 5: l'extériorité de l'évènement au débiteur.....143	
§ 6: l'absence d'exécution du contrat par le débiteur.....143	

SECTION III : Les modalités d'intervention judiciaire	144
§ 1 équilibre entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent.....	144
§ 2 Les facultés offertes au juge.....	146
A) La faculté de réduction de l'obligation onéreuse.....	146
B) La faculté d'augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse.....	147
C) La faculté de suspendre l'exécution du contrat.....	150
§ 3 : Les restrictions aux pouvoirs du juge.....	151
SECTION IV : Le caractère impératif de la théorie de l'imprévision.....	160
§ 1 : Le caractère d'ordre public.....	160
§ 2 : Les limites de l'impact du caractère impératif sur la clause d'exclusion de l'application de la théorie de l'imprévision.....	165
A) Les limites temporelles.....	165
B) Les limites objectives	168
SECTION IV : Les applications législatives spéciales.....	169
CHAPITRE III : L'impact des circonstances sur les personnes et les jugements.....	175
SECTION I : L'impact de la théorie sur les contractants.....	175
§ 1 : L'impact sur le débiteur.....	175
§ 2 : L'impact sur le créancier.....	176
§ 3 : L'impact sur les tiers héritiers.....	178
§ 4 : L'impact sur les tiers successeurs dans les droits.....	179
§ 5 : L'impact sur le créancier du débiteur.....	180
SECTION II : L'impact des circonstances nouvelles sur le droit des procédures civiles des pays arabes et français.....	182
§ 1 : La reconnaissance de la révision des jugements pour imprévision en droit français et dans le droit des pays arabes.....	183
§ 2 : Les conditions des circonstances modifiant le jugement.....	191
A) Il faut que le changement des circonstances soit fondamental.....	191
B) Le changement des circonstances n'a pas à être forcément imprévisible ni exceptionnel.....	191
C) L'inapplication absolue de la condition de la généralité des circonstances.....	191
§ 3 : Les conséquences des circonstances nouvelles sur le jugement.....	192
A) la confirmation du jugement antérieur.....	192
B) La modification du jugement.....	192
C) L'annulation du jugement.....	193

§ 4 : Les conditions relatives aux jugements susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision.....	193
A) La décision judiciaire doit être un jugement ou une ordonnance.....	193
B) L'objet du jugement doit être d'exécution étalée dans le temps.....	194
C) Le jugement doit disposer d'une autorité provisoire.....	196
§ 5 : Les conditions relatives aux circonstances modifiant le jugement.....	197
A) les circonstances doivent être postérieures à l'action en justice et avant la fin du litige ou postérieures au prononcé du jugement et avant son exécution.....	197
B) Les circonstances imprévisibles doivent avoir comme conséquence un changement matériel ou juridique du droit ou du statut Juridique.....	198
C) Il faut que les circonstances soient extérieures à la volonté des parties.....	199
§ 6 : L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements.....	199
A) L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements rendus par les juridictions de première instance.....	199
B) L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements finaux.....	200
C) L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements définitifs et les jugements disposant d'une autorité provisoire.....	201
i) L'impact des circonstances sur les jugements définitifs.....	201
ii) L'impact des circonstances sur les décisions provisoires.....	202
§7-L'impact des circonstances nouvelles sur l'exécution des jugements.....	204
A) L'impact des circonstances nouvelles sur la suspension de l'exécution accélérée.....	204
i) Les conditions de l'exécution accélérée.....	204
ii) l'impact des circonstances nouvelles sur la suspension de l'exécution accélérée devant la Cour d'appel.....	205
iii) l'impact des circonstances nouvelles sur la suspension de l'exécution accélérée devant le juge d'application.....	206
B) L'impact des circonstances nouvelles sur la suspension du jugement final et définitif.....	206
i)La suspension du jugement final.....	204
ii) La suspension du jugement définitif.....	206
§8-L'impact des circonstances nouvelles sur les demandes et les délais.....	207

A) Les demandes additionnelles et les demandes reconventionnelles.....	207
B) Les délais.....	208

Partie II- La consécration de la théorie de l'imprévision en droit privé français.....210

Titre I : La progressive acclimatation de l'imprévision par la jurisprudence et la doctrine	210
CHAPITRE I : Un léger infléchissement de la jurisprudence.....	210
SECTION I : Première étape : Arrêt Canal de Craponne 6 mars 1876 et décisions suivantes.....	211
SECTION II : Deuxième étape : l'Arrêt Huard du 3 novembre 1992 et l'Arrêt Chevassus Marche du 24 Novembre 1998.....	216
SECTION III : troisième étape : Arrêt société Les Repas Parisiens du 16 mars 2004.....	224
SECTION IV : quatrième étape : Arrêt du 29 Juin 2010.....	227
SECTION V : Cinquième étape : Arrêt du 18 mars 2014.....	231
CHAPITRE II : L'intégration de l'imprévision dans les avants projets de réforme et la doctrine française.....	233
SECTION I : Les préalables doctrinaux.....	233
SECTION II : Les consécration législatives ponctuelles.....	238
SECTION III : Les projets de réforme législative.....	242
CHAPITRE III : L'intégration de l'imprévision dans le droit international.....	247
SECTION 1 : La convention de Vienne.....	248
SECTION 2 : les principes de l'UNIDROIT.....	252
SECTION 3 : la Chambre de commerce internationale (CCI).....	257
SECTION 4 : les Principes PDEC.....	258
SECTION 5 : Le Code européen des contrats.....	259
SECTION 6 : la variété des instruments eu égard au traitement de l'imprévision.....	259
SECTION 7 : les clauses d'adaptation non automatique.....	260
SECTION 8 : la position de la jurisprudence arbitrale.....	263
Titre II : La Consécration de la théorie de l'imprévision en droit français par l'ordonnance du 10 février 2016.....	265
CHAPITRE I : Un processus de révision affiné.....	272
SECTION I : La formulation d'une demande de renégociation par la partie lésé.....	274

SECTION II : Résolution ou révision amiable.....	280
SECTION III : Résolution ou révision judiciaire.....	284
CHAPITRE II : Les conditions d'application nébuleuses de la théorie de l'imprévision.....	303
SECTION I : Un changement imprévisible des circonstances lors de la conclusion du contrat.....	303
SECTION II : Le changement des circonstances rendant excessivement onéreuse l'exécution du contrat.....	331
SECTION III : L'absence d'acceptation par le débiteur d'assumer les conséquences de l'imprévision.....	335
Etude de cas.....	350
CHAPITRE III L'interaction de l'article 1195 nouveau avec son contexte.....	358
SECTION I : L'interaction de l'article 1195 C. civ. Avec d'autres articles de la réforme.....	358
SECTION II : L'interaction de l'Article 1195 avec des droits spéciaux.....	364
§ 1 les contrats authentiquement aléatoires et les contrats fictivement aléatoires.....	364
§ 2 L'imprévision et le droit des entreprises en difficulté.....	370
§ 3 L'imprévision et le régime des baux commerciaux et des baux d'habitation.....	391
§ 4 L'imprévision en droit immobilier.....	395
§ 5 L'imprévision et les contrats portant sur les droits de la propriété intellectuelle et sur les droits de la propriété industrielle.....	398
A) Relation de l'imprévision avec le droit de la propriété intellectuelle.....	398
B) Le conflit de normes entre l'article 1195 du Code civil et l'article L.131-5 du Code de propriété intellectuelle en matière du traitement de l'imprévision.....	402
C) Relation avec l'imprévision en droit de la propriété industrielle.....	410
§6 l'imprévision et les contrats technologiques	418
§7 La théorie de l'imprévision en droit des sociétés.....	419
§8 L'impact de la théorie de l'imprévision sur les contrats de consortium.....	427
§9 l'impact de la théorie de l'imprévision sur les contrats de construction.....	428
§10 L'imprévision et les libéralités.....	435
§11 L'imprévision et le droit des assurances.....	437
CONCLUSION.....	445
BIBLIOGRAPHIE.....	458

Unité de recherche: EA 707-LDP- Laboratoire de Droit Privé
14, rue Cardinal de Cabrières 34 060 Montpellier

Résumé de Thèse

Paradoxalement, l'intangibilité du contrat peut être constitutive d'une source d'insécurité juridique. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 mettant fin à une jurisprudence de 140 ans, a introduit en droit privé français le mécanisme de la révision pour imprévision du contrat par le biais de l'article 1195 du Code civil. Plus le temps passe, moins le contrat incarne sa fonction d'outil de prévision économique. L'autonomie de la volonté ne justifie pas la primauté de la volonté passée sur la volonté présente du débiteur qui conteste l'exécution excessivement onéreuse du contrat par la suite de circonstances imprévisibles par les contractants au moment de la conclusion du contrat. L'évolution du contrat peut conduire à des situations radicalement différentes. L'image du contrat perçu comme un rempart fiable destiné à préserver la sécurité juridique et la pérennité de la relation contractuelle devient floue. La révision du contrat pour imprévision constitue un remède intéressant contre la précarité économique. A notre époque qui connaît des mutations importantes dont la dernière est la crise actuelle de Coronavirus, l'adaptation du contrat est primordiale et permet la pérennité des contrats de longue durée dont certains disposent d'une dimension économique assez importante. La France est l'un des derniers pays de l'Europe à admettre le concept juridique de l'imprévision en droit privé alors que ce concept a été connu en droit administratif et constituait une source d'inspiration au droit administratif des pays arabes. La théorie de l'imprévision a été consacrée en droit de pays arabes avec quelques différences de traitement. L'objectif du droit comparé est d'assurer une meilleure assimilation en droit. L'intérêt de cette étude est double : elle consiste à aborder les différences de traitement du sujet de l'imprévision Cette étude consiste d'autre part à apprécier les avantages de chaque méthode et remédier aux inconvénients de chacune de ces méthodes afin de construire une théorie juridique la plus efficace que possible à la lumière des sources internationales du traitement de l'imprévision. Cette adaptation de la théorie de l'imprévision par le biais du droit comparé permet de construire une théorie juridique homogène et d'éviter des problèmes d'application de la théorie de l'imprévision dans la pratique contractuelle et répondre à des problèmes assez complexes.

II

Le fruit de notre thèse est la proposition d'une révision de la rédaction de l'article sur l'imprévision dans le Code civil français et le code civil des pays arabes et de leurs conditions d'application, après avoir faits des regards croisés sur la théorie de l'imprévision dans ces deux droits.

Pratiquement parlé, des relations pertinentes existent entre le texte général du Code civil français sur l'imprévision et d'autres droit spéciaux comme : le droit des entreprises en difficulté, le régime des baux commerciaux et des baux d'habitation, le droit immobilier, le droit de propriété intellectuelle et le droit de propriété industrielle, le droit des sociétés, le droit des assurances et les libéralités de plus, l'imprévision impacte sur les contrats technologiques , les contrats de construction et les contrats de consortium. La relation entre les contrats aléatoires et l'imprévision est pertinente et des précisions ont été apportées sur cette relation. Les circonstances dans lesquelles les jugements définitifs sont rendus peuvent changer, influant sur les intérêts des parties au litige pendant l'exécution de ces jugements. Il convient dans un souci d'équité de modifier ces jugements pour s'adapter aux nouvelles circonstances et ne pas nuire aux intérêts des parties.

Abstract of the thesis

Paradoxically, the intangibility of the contract can be a source of legal insecurities. Ordinance no. 2016-131 of February 10, 2016, putting an end to a 140 years old jurisprudence, introduced into French private law the mechanism of revision of contracts for unforeseeability , through article 1195 of the Civil Code. The more time passes, the less the contract embodies its function as an economic foreseeability tool. The principal of the autonomy of parties does not justify the primacy of the parties past will over the present will of the debtor who challenges the excessively onerous execution of the contract as a result of unforeseeable circumstances by the contracting parties at the time of the conclusion of the contract. The evolution of the contract can lead to radically different situations. The image of the contract perceived as a reliable bulwark intended to preserve legal security and the sustainability of the contractual relationship becomes blurred. The revision of the contract for unforeseen circumstances constitutes an interesting remedy against economic precarity. In our time, which is undergoing major changes, the latest of which is the current Coronavirus crisis, adapting the contract is essential and allows the sustainability of long-term contracts, some of them have a fairly significant economic dimension. France is one of the last countries in Europe to admit the legal concept of unforeseeability in private law, while this concept was known in administrative law and was a source of inspiration for administrative law

III

in Arab countries. The theory of unforeseeability has been established in the law of Arab countries with some differences in treating the unforeseeable circumstances. The objective of comparative law is to contribute to a unification of the points of strength of each legal system.

The interest of this study is double: it consists of addressing the differences in the treatment of the subject of unforeseeability on one hand. This study also consists of appreciating the advantages of each legal system and remedying the disadvantages of the other legal systems in order to build a solid legal theory that is as effective as possible in light of international sources treating unforeseen events. This adaptation of the theory of unforeseeability through comparative law makes it possible to build a homogeneous legal theory and to avoid problems of application of the theory of unforeseeability in contractual practice and to respond to complex problems.

The result of our thesis is the proposal for a revision of the wording of the article on unforeseeability theory in the French Civil Code and the Civil Code of Arab countries and their conditions of application, after our crossed views on the theory in these two different laws.

Practically speaking, interesting relations exist between the general article of the French Civil Code on unforeseen events and other specific articles such as: the law of companies in difficulty, the regime of commercial leases and residential leases, real estate law, intellectual property law and industrial property law, company law, insurance law and inheritance law moreover, unforeseen events have an impact on technological contracts, construction contracts and consortium contracts. The relationship between aleatory contracts and unforeseeability theory is relevant and this relationship has been clarified in our thesis. The circumstances in which final judgments are rendered may change, affecting the interests of the parties to the dispute during the execution of such judgments. Applying the principal of equity, these judgments should be amended to be adapted to new circumstances and to not harm the interests of the parties.

Mots clefs : *imprévision, contrat, révision judiciaire, regards croisés, droit français, droit des pays arabes.*

Key words: *unforeseeability, contract, judicial revision, crossed views, french law, Arab countries law.*

INTRODUCTION

Qualifiée « **d'urgence de santé publique de portée internationale** » par l'OMS le 30 janvier 2020, Coronavirus (COVID-19) constitue une tragédie humaine accompagnée par des bouleversements importants des équilibres contractuels et des difficultés d'exécution impactant gravement le secteur de l'économie. Vu sa propagation à grande vitesse, l'OMS affirme le 11 mars 2020 que le COVID-19 est une pandémie qui attaque le monde entier. Les 40 sociétés ayant la plus forte capitalisation boursière (CAC 40) ont connu 1,67 milliard d'euros de pertes nettes alors que sur la première moitié de l'an dernier, elles avaient réalisé plus de 44 milliards d'euros de bénéfices net. De grandes entreprises à dimension internationale comme Renault ont été économiquement touchées par cette crise sanitaire. Renault a subi une perte historique sans précédent à 7.3 Mds€ et a annoncé la suppression de 15000 emplois. Selon Lucas de Méo « nous touchons en ce moment le point bas d'une courbe négative qui a démarré il y a plusieurs années ». ¹Afin de compenser ses pertes, Renault a décidé de se coopérer avec Nissan et Mitsubishi pour produire des véhicules d'ici 2025 à coûts réduits et en grande quantité. EDF avec une perte de 700 M€ a annoncé un plan d'économies et de cessions pour compenser les effets de la crise. Les actifs de Total ont subi aussi une perte qui atteint 8.4 Mds\$ pourtant, adopte des plans pour relancer son activité et réaliser les profits escomptés.

Illustrant le caractère inédit de la pandémie actuelle, les pouvoirs publics ont entrepris des mesures sans précédent. L'ordonnance no. 2020-206 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et l'adaptation des procédures pendant cette même période paralyse les clauses sanctionnant l'inexécution du débiteur de ses obligations entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire : ce sont notamment les clauses pénales, les clauses résolutoires, les clauses prévoyant une déchéance pour inexécution des obligations dans le délai déterminé et les astreintes. L'article 6 de l'ordonnance no.2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de la pandémie de Covid-19, prévoit la prolongation de délais d'exécution lorsque la charge est manifestement excessive pour le titulaire ou des exonérations de pénalités

¹ O.Ubertalli, après une perte historique Renault promet des « temps meilleurs », Le Point.fr 30/7/2020. Disponible sur : https://www.lepoint.fr/economie/apres-une-perte-historique-renault-promet-des-temps-meilleurs-30-07-2020-2386152_28.php#

en cas d'impossibilité d'exécution de tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat. Cet article prévoit aussi la possibilité pour l'acheteur de conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ses besoins qui ne peuvent souffrir sans retard. À l'issue de sa réunion au Ministère du travail avec les partenaires sociaux, M. Bruno Le Maire, le ministre de l'économie, a déclaré le 28 février 2020 que la coronavirus sera considérée «comme un cas de force majeure pour les entreprises ». Cela concerne les marchés publics de l'Etat sur lesquels les pénalités de retard ne seront pas appliquées. La Direction des affaires juridiques (la « DAJ ») de Bercy a précisé dans sa communication du 18 mars 2020 que « sans présumer des dispositions qui pourraient être adoptées dans le cadre du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, ces difficultés peuvent relever du régime de la force majeure, qui exonère les parties au contrat de toute faute contractuelle. Dans ces situations, les entreprises ne doivent donc pas dans le silence du contrat sur la force majeure se voir appliquer de pénalités, ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit ». Or, dans les contrats publics, la situation ne relève pas forcément d'une force majeure mais d'une situation d'imprévision lorsque l'exécution des obligations par le débiteur n'est pas impossible mais difficile ouvrant droit à la demande de révision du contrat. Une prolongation du délai d'exécution du contrat peut correspondre à une révision des conditions d'exécution du contrat pour imprévision.

Si la Coronavirus est susceptible de caractériser une cause de force majeure pour les marchés publics de l'Etat, cela ne signifie pas que cette caractérisation soit forcément transposable dans les relations contractuelles entre les acteurs de droit privé. Seul le juge peut se prononcer sur cette question en cas de litige dans ce cas, il serait opportun que des entreprises tentent d'invoquer la théorie de l'imprévision dont les conditions sont prévues par le nouvel article 1195 du Code civil, afin de renégocier le contrat, surtout que cette pandémie ne permet pas nécessairement aux parties d'être exonérées de leurs responsabilités contractuelles. L'imprévision est alors un outil de renégociation contractuelle pour les entreprises leur permettant d'adapter leurs relations contractuelles au changement de circonstances. L'imprévision a vocation à jouer un rôle préventif incitant les parties à négocier. L'intervention judiciaire pour réviser le contrat pour imprévision ou y mettre fin en cas de refus ou d'échec de négociation serait l'ultime étape du traitement de l'imprévision à la lumière de ce nouvel article. En raison de la gradation des solutions qu'elle offre, l'imprévision est une piste qui mérite d'être explorée. Nous supposons qu'en raison de sa gravité, la crise sanitaire actuelle va générer une multitude de négociations et des contentieux. Surtout après la crise actuelle de Coronavirus, le concept juridique de l'imprévision a connu un succès si important.

« Quoi qu'il en soit, l'ingérence exceptionnelle du juge en cas d'imprévision nous semble souhaitable, du moins si l'on accepte d'en finir avec l'image irréaliste du contrat conçu comme une nature morte, figure abstraite déconnectée des réalités politiques, économiques et sociales, et qu'on l'envisage comme un organisme vivant et sensible à l'environnement qui l'entoure, susceptible comme tel d'évolution et de modifications ». ² Dans cette perspective moderne, il ne faut pas percevoir le contrat comme un instrument légal immuable et fixe mais, comme tout être vivant qui évolue : le contrat évolue en fonction des idées prépondérantes et en fonction du changement des circonstances technologiques, écologiques, politiques ou économiques ou autres... Bien que selon l'article 1103 du Code civil français modifié par l'ordonnance du 10 février 2016, les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, les contrats évoluent en fonction du changement des circonstances et une telle évolution doit être prise en considération afin de garantir la stabilité des relations contractuelles. Le temps fait énormément changer les choses et ce changement se reflète bien évidemment sur le contrat et impacte son équilibre tel que voulu par les parties en contractant. En effet, « Le contrat ressemble beaucoup à un pari sur l'avenir qu'à l'agencement prédéterminé et incontournable de ses éléments constitutifs. Ainsi l'usure du temps pourra remettre en cause l'utilité économique de l'opération, révéler l'inadéquation de ses contreparties voire engendrer des embûches ». ³ Plus le temps passe, moins il incarne sa fonction d'outil de prévision économique. Tant que l'avenir est incertain, l'exécution du contrat est confrontée par des changements drastiques de différente nature, influant sur son équilibre tel que voulu par les parties au moment de la conclusion du contrat. Durant le colloque intitulé « la prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? organisé le 29 septembre 2010 par la Commission de droit économique du barreau de Paris, l'avocat Georges Teboul prévoit qu' « il est apparu que le contrat ne constitue plus, par principe et en toutes hypothèses, un rempart fiable destiné à préserver la sécurité juridique et la bonne situation économique des contractants dans le cadre du maintien de l'équilibre intact pendant la durée du contrat... »⁴. Pour cela, dans la théorie contemporaine du contrat, la théorie de l'imprévision qui a été longtemps contestée est devenue un instrument pertinent du traitement des effets du changement de circonstances sur le contrat. L'évolution du contrat peut conduire à des situations radicalement différentes. L'avocat ajoute que le : « décalage qui existe entre un contrat, qui correspond nécessairement à un équilibre de forces et d'intérêts à un instant donné et son exécution naturelle au cours de son évolution qui peut aboutir à des

²D.Mazeaud, L'arrêt Canal « moins » ? Recueil Dalloz 2010 p.3.

³ P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux, volume 34, No.2, 1994, les Cahiers de droit, faculté de droit de L'université Laval.

⁴ G. Teboul, La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? Introduction au colloque, Gaz.Pal., 30 décembre 2010, no.364, p.4

situations radicalement différentes, qu'il s'agisse de l'importance respective des contractants, de la capacité de l'un d'imposer à l'autre sa position, de l'incidence de l'évolution du milieu économique sans cesse en mouvement et d'éléments externes qui viennent bouleverser l'économie du contrat ».⁵ L'évolution du contrat dans le cadre d'une situation d'imprévision met en danger l'équilibre économique du contrat tel que voulu par les parties.

La théorie de l'autonomie de la volonté a été remise en cause. Selon Hans Kelsen, l'autonomie de la volonté ne suffit pas à justifier la force obligatoire du contrat et ne justifie pas la primauté de la volonté passée qu'il appelle volonté morte sur la volonté présente ou vivante du débiteur qui conteste l'exécution du contrat. Le droit objectif est une norme qui prime sur la volonté des parties « Contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit »⁶ pourtant, cela ne consiste à effacer le rôle fondamental de l'autonomie de la volonté. Il s'agit de considérer la volonté comme « un instrument au service d'un droit contractuel animé de valeurs supérieures ». ⁷

Etant effectuée par une volonté extérieure au contrat dont les clauses ont été acceptées librement par les parties, la révision du contrat pour imprévision, selon certains auteurs, porte atteinte à sa force obligatoire faisant ainsi de larges débats et conflits doctrinaux.⁸

La théorie de l'imprévision est caractérisée lorsqu' « une partie confrontée à des circonstances extérieures imprévisibles lors de la conclusion d'un contrat et qui, sans la mettre dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses prestations, rendent celles-ci tellement onéreuses, qu'à défaut d'un rééquilibrage des obligations contractuelles, la réalisation de l'objet du contrat se trouverait sérieusement compromise ». ⁹ La théorie de l'imprévision propose la modification du contrat afin de « soulager le contractant surchargé par les circonstances ». ¹⁰ Le problème de

⁵ Ibid

⁶F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, « Droit civil : Les obligations », Dalloz 9ème Ed. 2005, p 32 (citation B.Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3ème éd. 1997, p 174 et suiv).

⁷M. Gourves, la volonté du salarié dans le rapport de travail, thèse de doctorat, université Lumière Lyon 2, 2010, p.11.

⁸Cf. not. L. Aynès, « L'imprévision en droit privé », Rev. Jur. Comm. 2005, p. 397, B. Fauvarque-Causson, « Le changement de circonstances », RDC 2004, p. 67 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », Mélanges A. Sayag, 1997, p. 403.

⁹ J.-L. Delvolvé, Rép. civ. Dalloz, v. imprévision, N 1.

¹⁰H. Bouthinon- Dumas, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, revue internationale de droit économique, 2001, p. 340. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

l'imprévision émerge dans le cas où une partie au contrat se trouve contractuellement obligée d'exécuter une ou plusieurs obligations, alors que la survenance d'un événement imprévisible et extérieur à la volonté des parties contractantes dépassant tous les aléas et les prévisions que les contractants avaient normalement envisagés au moment et de la conclusion du contrat et en l'absence de toute faute des parties ou de l'une d'elles, fait changer les circonstances autour de la conclusion du contrat¹¹ et rend cette exécution extrêmement onéreuse pour le débiteur ou aussi dépourvue de valeur pour le créancier.¹² Imprévisible ne veut pas dire « qui ne peut être prévu mais que l'on n'avait pas de raisons particulières d'envisager, ce qui emporte une part inexpugnable de casuistique ».¹³ L'imprévision s'oppose à la notion de prévision. Issu du verbe *praevidere*, lui-même composé du préfixe *prae* (devant, avant) et du verbe *videre* (voir), prévoir signifie « voir par avance ce qui doit arriver »¹⁴. Prévoir c'est d'abord « organiser à l'avance, décider pour l'avenir », ¹⁵c'est aussi « envisager quelque chose comme possible et prendre des dispositions en vue de son éventualité »¹⁶ ou « prendre les mesures, les précautions nécessaires » selon LITTRE. La prévision est alors **un acte de prévention** qui consiste à intégrer l'événement dans le champ du prévu. La prévision est aussi perçue comme **une activité intellectuelle**, « la prévision est en effet, d'une part, l'action par laquelle l'intelligence va tenter de saisir les causes commandant l'évolution d'une situation à partir de son état présent, et d'autre part la conjecture ou encore l'hypothèse qui en résulte, c'est-à-dire la conclusion découlant de cette action d'anticipation ».¹⁷

La théorie de l'imprévision a comme domaine de prédilection « le droit des affaires même si l'adoption de clauses a permis d'adapter les conventions aux évolutions et bouleversements de toute nature. »¹⁸

¹¹ P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Tome 1, op. cit., p. 790. Comp. avec la doctrine anglaise de la « frustration » définie par John Cartwright comme étant : « (...) *In essence, it is that without the fault of either party something has happened which means that performance according to the terms of the contract would be 'radically different' from that which the parties intended at the time of the contract* » : J. Cartwright, *Contract Law – An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2nd ed, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013, p.255.

¹²J.-L. Baudouin, P.-G. Jobin et N. Vézina, *Les Obligations*, 7e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013 au para 444 à la p 535.

¹³L. Thibierge, les effets du contrat – AJ contrat 2018, p.266

¹⁴Dictionnaire LITTRE, V° prévoir

¹⁵ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTDCiv.1999.771.

¹⁶ Dictionnaire Larousse

¹⁷ M. Ludovic, La prévisibilité en droit des contrats, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'Université de Toulouse Capitole, 11 décembre 2017, p.14

¹⁸V. Catillon, l'Article 1195 du Code civil à l'épreuve des instruments dérivés, RTD com, 2018. P.249.

Disponible sur : <http://www.labex-refi.com/wp->

L'imprévision est une notion différente de la lésion. Concernant la lésion, le déséquilibre s'apprécie au moment de la formation du contrat alors que le déséquilibre dans le cadre de la théorie de l'imprévision prend forme en cours d'exécution du contrat. En outre, l'injustice en matière de lésion ne procède pas d'une circonstance extérieure mais, du contrat lui-même. De plus, si le seuil de la lésion est déterminé à plus de sept dixièmes ou plus du quart dans certains cas comme la vente des engrais, il n'y a pas de seuil pareil et fixe pour l'imprévision, c'est le moment du bouleversement de l'équilibre contractuel apprécié par les juges de fond qui constitue le seuil de l'imprévision. Ce bouleversement de l'économie doit entraîner une excessive onérosité d'exécution pour celui qui invoque l'imprévision. En outre, la lésion concerne la vente immobilière (article 1674 du Code civil), le partage (articles 889 et s. du Code civil), cession forfaitaire du droit d'exploitation d'une œuvre littéraire (article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle), vente d'engrais (par exemple la vente d'engrais et de semences : loi du 13 juillet 1979), prêt à intérêts (article L.314-6 du Code de la consommation), contrat d'assistance maritime (loi no.65-545 du 7 juillet 1967) en plus des textes spéciaux existant *rationae materiae*, d'autres existent *rationae personae* comme les contrats conclus par un majeur placé sous sauvegarde de justice (articles 435 alinéa 2 du Code civil) et contrats conclus par un mineur incapable (articles 1149 et 1151 du Code civil). L'article 1195 du Code civil n'a pas fait une délimitation pareille. Enfin, si la rescision est la sanction de la lésion, l'acquéreur peut en application de l'article 1681 du Code civil éviter l'annulation du contrat en payant le supplément de prix sous la déduction du dixième du prix total. Cette opération correspond à un rachat de la lésion. Il s'agit d'un rééquilibrage du contrat par l'acheteur mais il se peut que le juge procède à la révision du contrat comme en cas d'imprévision en ouvrant le droit à l'acheteur d'intenter une action en réduction de prix et dommages-intérêts. Le juge peut procéder à la réfaction consistant à imposer une réduction du prix en cas d'inexécution partielle de l'obligation de délivrance en octroyant au contrat de nouvelles conditions. Mais, même si la lésion consiste à réparer le préjudice subi par le contractant, il s'agit plutôt d'imposer une sanction que de procéder à une véritable adaptation du contrat.

Il ne faut pas confondre la notion d'imprévision avec la force majeure. L'article 1218 alinéa 1 du Code civil Français dispose qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures

appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». L'article 1218 alinéa 2 établit une distinction selon que l'empêchement d'exécution est temporaire ou définitif. Dans le premier cas, l'exécution du contrat n'est que « suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat ». Dans le second cas, « le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations... ». L'article 1218 nouveau énonce « dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 », en effet cet article 1351 prévoit que « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il ne soit convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure » en effet, l'empêchement d'exécuter ses obligations ne libère donc pas le débiteur s'il est temporaire. Le législateur a repris la solution rendue par la chambre civile « si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré [...] l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser ».¹⁹ L'imprévision doit avoir comme conséquence de rendre l'exécution d'une ou des obligations du débiteur onéreuse et il n'est pas libéré de l'exécution de ses obligations mais doit continuer à les exécuter, alors qu'en cas d'empêchement définitif pour force majeure, le contractant est libéré. L'empêchement temporaire dans le cadre de la force majeure permet au contractant de suspendre l'exécution du contrat. En cas d'imprévision, il n'y a pas lieu de suspension, le contractant doit continuer à exécuter ses obligations contractuelles à défaut d'être privé de l'indemnité d'imprévision.

En droit administratif, les sujétions imprévues sont reconnues comme des instruments de gestion des aléas affectant le contrat et s'appliquent pour les circonstances matérielles que les parties ne pouvaient prévoir au moment de la conclusion du contrat. Cette théorie se différencie donc de la théorie de l'imprévision en ce qu'elle s'applique en raison de difficultés matérielles rencontrées ayant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est indépendante des contractants. Les difficultés en cas de sujétions imprévues sont d'ordre technique ou matériel (conditions météorologique ou climatiques exceptionnelles, dégradation des moyens techniques etc.) et le contractant est obligé soit d'utiliser des moyens plus coûteux pour lesquels il peut être obligé d'effectuer des tâches supplémentaires. Pourtant, « la souplesse du régime (prévu par le CCP) a un revers : elle a pour désavantage de créer une ambiguïté concernant la qualification des aléas en tant que sujétions techniques imprévues. Ainsi, le juge peut rencontrer des difficultés pour déterminer le cadre juridique applicable et l'éventuelle responsabilité du maître d'ouvrage ».²⁰ Concernant l'indemnité, la théorie

¹⁹cass., 1^{ère} Civ., 24 février 1981, *Bull.*, n° 65

²⁰Théorie de l'imprévision et Commande Publique, le blog du droit des contrats public, 25 novembre 2019. Disponible sur : <https://droit-des-contrats-publics.eff.fr/2019/11/25/théorie-de-limprévision-et->

des sujétions imprévues permet au juge d'attribuer une indemnité compensatoire intégrale au contractant de l'administration à l'occasion de la survenance d'un événement imprévisible et non pas une indemnisation partielle comme en cas d'imprévision. De plus, alors que la théorie de l'imprévision s'applique aux contrats administratifs généralement, la théorie des sujétions imprévues s'applique uniquement aux contrats de travaux publics.

La théorie de l'imprévision est définie par le Code de la Commande Publique (CCP) entré en vigueur au 1er avril 2019 qui dispose dans son article L. 6, 3° que, « lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». Le terme « sujétions techniques imprévues a été supprimé et il est désormais question de « circonstances ». Mais, ces circonstances dont il est question, incluent ces sujétions techniques imprévues. Si la théorie des sujétions imprévues a été explicitement évoquée dans l'article 20 de l'ancien Code des marchés publics, le CCP ne reprend pas la notion de « sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties » mais, elle est définie dans ce nouveau code de façon parcellaire. L'article L. 2194-1 dispose qu'« un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence [...] lorsque : [...] 3° les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ». L'article R. 2194-5 prévoit également que « le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ». Le contrat est susceptible de modification à condition que la nature globale du contrat doit rester inchangée (art. L2194-1 et L. 3135-1 du CCP) et les travaux, services ou fournitures supplémentaires ne doivent pas entraîner les pouvoirs adjudicateurs, une augmentation du contrat initial supérieur à 50% du montant initial (art.R.2194-3 et R. 3135-3 du CCP) cependant, le code des marchés publics, permettait la passation d'un avenant « quel que soit le montant de la modification en résultant ».

Néanmoins, « tout en étendant le champ d'application du texte à toute circonstance. Demeure la question de savoir si la jurisprudence administrative poursuivra la prise en compte de sujétions techniques imprévues dans les marchés publics pour permettre l'attribution d'une indemnisation, ou si, pareillement à la démarche du législateur, elle appliquera la théorie de l'imprévision qui assurément permet également d'inclure ces circonstances particulières ». ²¹

[commande-publique/?fbclid=IwAR2CpyJBjIAT55OmD_6RGqV8UrfRgghTU6-c8csiGN5-6GvCagPd3uYGdwg](https://www.commande-publique.fr/?fbclid=IwAR2CpyJBjIAT55OmD_6RGqV8UrfRgghTU6-c8csiGN5-6GvCagPd3uYGdwg)

²¹ P., Chiffot N. et M. Tourbe., Droit administratif, 15 e ed., 2016, Sirey, université, spe.no.590.

semble que l'article 1195 du Code Civil pourrait prendre en compte les sujétions techniques imprévues et donc prendre en considération à la fois les circonstances économiques, politiques et aussi les contraintes matérielles.

L'imprévision se distingue du fait du prince. La théorie du fait du prince est « le nom donné à la théorie jurisprudentielle propre aux contrats administratifs, suivant laquelle le contractant de l'Administration a droit à l'indemnisation intégrale du préjudice que lui causent, en rendant directement ou indirectement plus onéreuse l'exécution du contrat, les mesures prises par l'autorité administrative contractante y compris les mesures de portée générale lorsque celles-ci affectent l'état de choses en considération duquel les parties avaient contracté ».²² Ces mesures entreprises par l'autorité administrative ouvrent droit au contractant de demander une indemnité intégrale pour le préjudice subi. Donc, à la différence de la théorie de l'imprévision qui porte principalement sur un aléa économique, la théorie du fait du prince concerne un aléa administratif.

La force obligatoire du contrat est « un principe universel qui rend seul possible le commerce entre les hommes ».²³ C'est « la force attachée par la loi aux conventions légalement formées, en vertu de laquelle ce que les parties ont voulu dans la convention s'impose à elles, dans les conditions où elles l'ont voulu ».²⁴ Le fort rattachement au principe de la force obligatoire du contrat est un argument que certains auteurs traditionnels utilisent pour justifier le refus de révision du contrat pour imprévision. L'imprévision a été sacrifiée sur l'autel de l'autonomie de la volonté qui est le corollaire de la force obligatoire du contrat, et par conséquent son adoption constitue pour certains auteurs une menace pour la stabilité du contrat. Le Code civil français sert de modèle aux pays arabes qui accordent un rôle fondamental et majeur au principe de l'autonomie de la volonté. La considération du contrat comme loi des parties est le fruit du principe de l'autonomie de la volonté reposant sur une pensée individualiste. Le principe de l'autonomie de la volonté repose sur des pensées économiques et philosophiques individuelles faisant appel à la libération du marché des restrictions et la soumission des contrats à la seule volonté des parties. Il repose sur deux aspects.

En premier lieu, seule la volonté des parties qui crée l'obligation en effet, l'article 1199 adopté par l'ordonnance du 10 février 2016 dispose dans son premier alinéa que : « le

²² G.Cornu, Vocabulaire juridique, PUF,8e éd.,2008.

²³ P. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrenois, 3 ème édition 2005, p.374,

²⁴ Anonyme, Force obligatoire du contrat, Dalloz, Juin 2020. Disponible sur : <https://www.dalloz-avocats.fr/documentation/Document?id=DZ/OASIS/000492>

contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. » C'est le principe de l'effet relatif des contrats. A contrario, le contrat ne crée aucune obligation à la charge des tiers comme stipulé par le second alinéa de l'article 1199 en vertu duquel « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

En second lieu, c'est la volonté seulement qui fixe les limites et les principes engageant les parties au contrat. Chaque contractant ne peut revenir sur ses obligations et modifier le contrat que par l'accord de l'autre partie. Le principe de l'autonomie de la volonté est un principe sacré, une fois que le contrat est conclu, le contrat doit être respecté par les parties et par les tiers y compris le juge qui ne doivent pas intervenir dans le contrat. Le juge ne doit pas intervenir dans la vie contractuelle privée des parties au contrat qui sont les seuls juges parfaits de leurs propres intérêts. Le contrat est donc perçu comme créateur d'une situation juridique découlant de la force obligatoire du contrat et son corollaire l'autonomie de la volonté des parties. Puis, après la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la pensée communiste a eu une influence sur la force obligatoire du contrat et l'adoption de la théorie de l'imprévision en droit civil des pays arabes. Dans son œuvre « l'introduction au droit », Monsieur Malek Douhan Elhassan a prévu que le droit civil irakien est basé sur la doctrine individualisée et puis s'est dirigé vers la pensée communiste susceptible de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. Pourtant, l'application de cette théorie comme exception au principe de l'autonomie de la volonté des parties n'est pas influencée par la disparition du régime communautaire et l'apogée du système capitaliste libéral parce que la justice permet de rétablir l'équilibre contractuel et permet de justifier ce rééquilibrage.²⁵

Les « crises économiques qui secouent le monde contemporain ne peuvent rester sans incidence sur le(s) contrat(s) ». ²⁶ La théorie du contrat fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté a été influencée par les crises économiques. Le bouleversement de la situation économique et la dépréciation monétaire ont abouti à penser à la révision des contrats en établissant l'équilibre contractuel. En effet, « Les critiques adressées à la théorie de l'autonomie de la volonté ont fait naître un mouvement qui milite pour un accès plus important du juge au contrat et particulièrement au contrat déséquilibré par la survenance de circonstances nouvelles

²⁵R. Ahmed, l'impact des circonstances économiques sur la force obligatoire du contrat, université du caire, 1994, p.16

²⁶R. Cabrillac, Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision, RID comp. 2014. 337-344. V. égal. M. Mekki, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, RDC 2010. 383-407.

et imprévisibles ». ²⁷A notre époque, le contrat n'est pas seulement perçu comme une relation entre deux parties mais un instrument juridique ayant un impact sur les intérêts économiques de la société. Plus récemment on parle de la crise sanitaire actuelle qui se manifeste par la diffusion du Coronavirus, impactant gravement l'exécution des contrats.

Parmi les premiers droits qui ont consacré légalement la théorie de l'imprévision en droit privé est le droit polonais dans l'Article 269 du Code civil et le droit italien qui dans l'Article 1467 et l'Article 1468 du Code civil adopte l'imprévision. D'autres Etats membres de l'Union européenne reconnaissent effectivement le principe de l'imprévision dans leurs Codes Civils et l'ont appliqué dans leurs systèmes juridiques comme notamment le droit allemand. Le *Bürgerliches Gesetzbuch*, dit « BGB Allemand » prévoit dans son article 313 intitulé « trouble du fondement contractuel » disposant que que « Lorsque les circonstances qui ont été le fondement du contrat ont gravement changé après la conclusion du contrat, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause, une adaptation peut être demandée dans la mesure où l'exécution du contrat initial ne peut être exigée de l'une des parties, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques ». ²⁸L'alinéa 3 de l'article susmentionné prévoit que Lorsque l'adaptation du contrat ne peut être réalisée, le contrat peut être résolu unilatéralement par la partie qui subit un préjudice. D'autres droits reconnaissent la révision judiciaire pour imprévision comme le droit suisse qui reconnaît la théorie de l'imprévision sous les notions d' « erreur sur les circonstances futures » et de « complètement du contrat », Le Nouveau code néerlandais (N.B.W) connaît de l'imprévision dans son article 6.5.3.11 permettant au juge de modifier ou dissoudre le contrat. Il s'agit aussi de sa reconnaissance par le droit autrichien (§936), et le droit roumain (art.969, art.970). La révision judiciaire pour imprévision peut être de plusieurs origines soit d'origine jurisprudentielle comme en Allemagne, Espagne ou Suisse ou d'origine législative comme en Italie, Grèce, Portugal et Pays Bas et dans des pays non-européens comme l'Irak, la Jordanie, l'Algérie et l'Égypte. En Europe²⁹ on assiste à un phénomène d'harmonisation du droit des obligations. Néanmoins, les Codes Civils d'autres pays comme en Belgique, Luxembourg et la

²⁷G. Lacroix, L'adaptation du contrat aux changements de circonstances, mémoire, université de Reims Champagne Ardenne, Année universitaire 2014/2015, p.11

²⁸La traduction de cet article du BGB est parue dans La codification d'institutions prétoriennes, W.-T. SCHNEIDER, Revue internationale de droit comparé, 2002, n° 4, p. 967.

²⁹V., sur les Principes UNIDROIT et les principes élaborés par la commission Lando : B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC*, 2004, p.67 et s ; P. Deumier, « Les principes Unidroit ont dix ans : un bilan en demi-teinte », *RDC* 2004, p.766 ; J. Huet, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle lex mercatoria ? », *P.A.*, 1995, n°6.

France qui a récemment changé de position, ont longtemps rejeté cette théorie s'attachant au principe de l'intangibilité du contrat et son corollaire la liberté contractuelle qui irrigue le droit français des contrats et garantit la sécurité juridique des transactions car les contractants sont réputés être les meilleurs juges de leurs propres intérêts et « Il convient logiquement de faire confiance à leurs capacités d'anticipation et d'adaptation, les quelles s'expriment par l'insertion de clauses susceptibles de gérer le risque d'imprévision ». ³⁰ Ces législations prévoient qu'il est interdit au juge de prononcer la résiliation du contrat ou sa modification pour raison d'imprévision quelles que soient les conséquences sur le débiteur. La doctrine française a longtemps combattu et insiste sur la nécessité de l'adoption de cette théorie par le Code civil. Certains juristes et plusieurs économistes ³¹ ont fait appel à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit privé comme reconnue en droit administratif.

La loi anglaise, *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, de 1943 s'applique uniquement quand il n'y a plus de disposition expresse dans le contrat sur le cas de frustration. Le droit anglais ne connaît pas la théorie de l'imprévision mais, admet un équivalent fonctionnel qui est la théorie de frustration. L'arrêt *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council* de 1956 a joué un rôle déterminant dans la reconnaissance de cette doctrine. Lorsqu'un événement postérieur à la conclusion du contrat rend l'exécution du contrat impossible, il y a impossibilité d'exécuter le contrat. La conséquence de la frustration en droit anglais est la résiliation automatique du contrat.

Analyser l'imprévision sous l'angle économique permet une meilleure assimilation en droit. ³² A cet égard, « une double dimension est attribuée tant en droit qu'en économie à la notion d'imprévision à savoir, d'une part, résoudre des cas d'espèce et parvenir dès lors à des solutions aux conflits d'interprétation des agents sur les clauses contractuelles conformément au droit et, d'autre part, une dimension plus générale relative aux anticipations que les acteurs, n'étant pas encore liés par un contrat, peuvent faire sur le fondement de cette théorie de l'imprévision ». ³³ Comme s'est demandé un auteur à cet égard : « Comment, en effet, peut-on appréhender l'évolution des mécanismes de protection des parties vulnérables en droit des contrats si

³⁰ D. Mazeaud, l'arrêt Canal "moins" ? Recueil Dalloz 2010, p.2481.

³¹ Cf. par exemple B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTDCiv, octobre/décembre 2010, pp. 719 et s.

³² B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTDCiv, octobre/décembre 2010, p.729

³³ R. Tafotie, l'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat, Avril 2005, p.5 Disponible sur : <https://docplayer.fr/28211377-Document-de-travail-4-l-incomplétude-contractuelle-comme-imprévision-endogène-ou-structurelle-du-contrat-par-roger-tafotie.html>

l'on est complètement imperméable aux dynamismes de pouvoir infléchissant les relations économiques ? »³⁴. L'imprévisibilité était la cause pour laquelle des investisseurs étrangers se sont abstenus d'investir en France. En effet, il est noté dans le rapport intitulé « Sécurité Juridique et initiative économique », remis au Président de l'Assemblée nationale le 9 juin 2015 que « si le droit peut être vecteur de compétitivité, l'instabilité normative est source de contraintes de nature à freiner l'initiative économique. L'entreprise, confrontée en permanence à de nouvelles normes qu'elle doit adopter dans des délais toujours réduits, a de plus en plus de difficultés à se conformer à ces contraintes nouvelles qui constituent désormais un « carcan complexe » générateur de coûts. À l'échelle du particulier, de l'entreprise ou de l'État, l'insécurité des solutions grève les décisions des acteurs et représente un véritable coût pour l'économie [...] ».³⁵ De plus, selon l'OCDE, l'investissement en France souffrait « d'un environnement juridique et social considéré comme peu propice aux affaires, non seulement à cause de ses rigidités et de ses lourdeurs, mais également à cause d'un **manque de prévisibilité** et de cohérence ».³⁶

Concernant le droit des pays arabes, « pour mieux assurer la justice contractuelle, les codificateurs arabes ont adopté les techniques germaniques relatives à la lésion entre majeurs et à l'imprévision ».³⁷ Le souhait de faire renaître la Charia musulmane à travers le droit comparé est repris par Chafik Chehata qui prévoit que : « Le système juridique de l'avenir devra se construire, à la lumière du droit musulman, avec les données que fournit la science du droit comparé ».³⁸

Le professeur Abdel Razak el Sanhoury est le premier juriste à défendre la théorie de

³⁴J-Fr. Gaudreault-Desbiens, « La critique économique de la tradition romano-germanique », RTDCiv, octobre/décembre 2010, p. 703.

³⁵ v.not. le Baromètre de l'attractivité de la France 2013, Disponible sur : <https://www.slideshare.net/christopherobinet/baromtre-de-lattractivite-de-la-france-2013-france-dernier-appel>

V. aussi la circulaire du 7 juillet 2011 relative la qualité du droit (J.O.R.F n°0157 du 8 juillet 2011), Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323353&categorieLien=id> p. 11835.

³⁶Anonyme, « France, vers des orientations stratégiques plus claires », Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation, O.C.D.E, 2004, p.136. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/franceversdesorientationsstrategiquesplusclairesexamensdelocdedelareformedelareglementation.htm>

³⁷H. Aldabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen-Orient, université de Cherbrooke, 2013. Disponible sur : https://savoires.usherbrooke.ca/bitstream/handle/11143/10198/10_Al_Dabbagh_le_droit_2013_43_1_2.pdf?sequence=3&isAllowed=y, p.421.

³⁸Ch. Chehata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », (1965) 17 *R.I.D.C.* 839,p. 842.

l'imprévision avant l'adoption du nouveau Code civil. D'après lui, cette théorie est juste et le législateur peut l'adopter à la lumière de la théorie de la nécessité dans la sharia islamique ayant plusieurs applications. Le Code civil égyptien est le premier des pays Arabes à adopter la théorie de l'imprévision dans l'article 147 alinéa 2 du Code civil en vertu duquel « Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, générales et imprévisibles, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, toute convention contraire est nulle ».

Par le droit comparé, les codifications ont réalisé « une synthèse profonde et subtile entre l'esprit de méthode de l'Occident et l'ondoyante richesse de la doctrine islamique ».³⁹ Il existe deux approches du droit comparé d'une part l'approche conceptuelle et d'autre part l'approche fonctionnaliste. L'approche fonctionnaliste a été privilégiée par rapport à l'approche conceptuelle. Cette dernière vise à comparer les concepts selon les différents droits. Elle a été critiquée par certains auteurs comme René David qui prévoit que « le défaut de correspondance entre les notions, et même entre les catégories juridiques admises ici et là, constitue l'une des plus grandes difficultés (...) on est désorienté (...) lorsqu'on ne retrouve pas dans un droit étranger une manière de classer qui nous semble tenir à la nature même des choses ». ⁴⁰ D'autre part, l'approche fonctionnaliste du droit comparé a été définie par Jaluzot comme suit : « Cette approche « orientée en fonction du problème » (*problemorientiert*) ⁴¹ conduit à donner à la finalité des règles juridiques une place prépondérante. Le comparatiste devra étudier non seulement les institutions juridiques en tant que telles, mais aussi et surtout le rôle et les objectifs qu'elles poursuivent dans leur propre système juridique ». ⁴² De plus, d'après Gutteridge « les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité ; qu'il faut aussi s'attacher à considérer leur dynamique plutôt que leurs aspects statiques, qu'il faut déceler leur signification réelle plutôt que rester accrochée au relief thématique de ces lois ». ⁴³ Ceci conduit à considérer les règles juridiques sous deux angles, d'une part celui de la fonction occupée par la norme et d'autre part

³⁹S. Jahel, « Code civil » un passé, un présent, un avenir, Paris, Dalloz, 2004, p.831, à la page 840.

⁴⁰ R. David, C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes juridiques contemporains, 10^{ème} ed, p.12.

⁴¹ H. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf, Droit Comparé, Théorie générale et principes, 1978, p.185.

⁴²B. Jaluzot, Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective, Revue internationale du droit compare, 2005, p.39.

⁴³ H.Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf, Droit compare, théorie générale et principes, 1978,p.173.Cf.H Gutteridge, comparative law, an introduction to the comparative method of legal studyand research, oct 1946.

celui de son aptitude à remplir la fonction assignée.⁴⁴

L'approche fonctionnaliste suppose donc « de placer la micro comparaison – un concept ou des règles juridiques – en contexte. Le comparatiste est ainsi invité à se pencher sur la raison d'être d'un mécanisme juridique (le problème social réglementé) et, en cas de divergence, de déterminer les conséquences potentielles de chacune des solutions. Cela pourrait mener le comparatiste au final à poser un jugement normatif ». ⁴⁵ L'approche fonctionnelle n'est pas indépendante des sciences sociales.

Le Code civil égyptien a inspiré les droits des pays Arabes qui ont consacré aussi l'immixtion des juges dans les contrats librement convenus par les parties dans le but d'établir une équité dans les rapports contractuels et rétablir l'équilibre contractuel. Pourtant, son intervention n'est qu'une exception au principe. La théorie de l'imprévision constitue sans doute la majeure dérogation au principe *pacta sunt servanda*. L'imprévision peut être entendue comme le bouleversement de l'économie contractuelle qui apparaît pendant l'exécution du contrat, par des circonstances exceptionnelles et imprévues, rendant l'exécution du contrat onéreuse aggravant la situation du débiteur mais non pas impossible de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante.⁴⁶ La révision pour imprévision pour des changements de circonstances illustre une politique de justice contractuelle.

Nous n'avons pas un seul droit des pays arabe mais, le droit des pays arabe en matière d'imprévision renvoi au métissage législatif ou croisement législatif de ces divers droits qui se ressemblent plus qu'ils se différencient. Ainsi, le droit des pays arabes renvoi à la majorité des pays du Monde Arabe qui suivent le traitement législatif de l'imprévision par le Code civil égyptien et adoptent ses conditions d'applications en pratique.

La théorie de l'imprévision a connu dans les pays arabes un succès majeur. En effet, l'Irak a connu trois guerres, des crises économiques et politiques. Le déséquilibre économique dans les différents contrats a été dû à la dévalorisation du Dinar irakien ayant un impact négatif sur les transactions commerciales. L'intervention du juge était salvatrice de la partie lésée. La

⁴⁴A. Parent, l'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de droit Université McGill, Montreal, 2014, p.9

⁴⁵A. Parent, l'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de droit Université McGill, Montreal, 2014, p.20

⁴⁶ D'où la différence avec la force majeure. Sur ce point, v. Notamment : M.Fabre-Magnon, DROIT des obligations 1, contrat et engagement unilatéral, 2^e éd., P.U.F., 2010, P.470-471.

révision du contrat est un remède exceptionnel au déséquilibre du contrat. Les droits civils des pays arabes ont consacré le mécanisme de la révision du contrat pour imprévision dans le but d'établir la justice et la stabilité des relations contractuelles à travers l'équilibrage des prestations réciproques des parties au contrat et cette consécration légale a également pour objectif principal d'adopter une politique législative praticable et efficace, satisfaisant à différents intérêts, des intérêts sociologiques et aussi à des intérêts économiques.

Les pays arabes ont connu des crises majeures ébranlant l'équilibre contractuel entre les parties d'où la nécessité de l'intervention du juge pour restaurer l'équilibre contractuel même si certains doctrinaux considèrent qu'il s'agit d'une entorse à la liberté contractuelle. Le monde arabe est fortement ébranlé en 2011. Les révolutions dans les pays arabes qui ont commencé vers la fin de l'année 2010 et le début de l'année 2011 contre la corruption politique, le chômage, la hausse des prix ont gravement impacté l'équilibre des contrats. La première révolution a eu lieu en Tunisie en Janvier 2011 et puis a commencé en Egypte le 25 Janvier 2011, la révolution Yéménite le 11 Février 2011 puis la révolution en Libye le 17 Février 2011 et la révolution Syrienne le 15 mars 2011 puis ces révolutions se sont étendues à d'autres pays arabes. Ces mouvements révolutionnaires nationaux⁴⁷ sont aussi qualifiés de révolutions arabes, de révoltes arabes, ou encore de « réveil arabe »⁴⁸ et constituent le Printemps arabe. L'expression de « Printemps arabe » se réfère au « Printemps des peuples » ou « Printemps des révolutions » que connaît l'Europe dans l'année 1848. Ces événements ont rendu nécessaire l'intervention du juge dans la restauration de l'équilibre du contrat bouleversé, affecté par l'imprévision.

Si la théorie de l'imprévision a été admise en droit administratif, celle-ci ne peut pas être exclusive à ce droit. Si les intérêts généraux sont protégés en application de cette théorie en droit administratif, rien n'empêche son application en droit privé et protéger les intérêts des particuliers. Il faut que le juge intervienne aussi dans les contrats privés à l'occasion de la survenance de ces événements imprévus et exceptionnels.

Il est important de nuancer que « des dispositions qui, sans heurter les principes de la Charia, se concilient le mieux avec les besoins contemporains. Il en va ainsi de l'introduction de certains concepts tels que l'imprévision, le contrat d'adhésion, l'action oblique, la cause, l'enrichissement illicite, la stipulation pour autrui, le contrat d'assurance, les droits de privilège,

⁴⁷G. Massiah, « Les insurrections révolutionnaires : Cinq premières leçons [archive] », Centre tricontinental, publié le 25 mai 2011. Disponible sur: <https://www.cetri.be/Les-insurrections-revolutionnaires?lang=fr>

⁴⁸Titre du [Manière de voir](#) du printemps 2011

etc. »⁴⁹

Contrairement aux droits des pays arabes, le droit français a pris beaucoup de temps à intégrer la théorie de l'imprévision dans le Code civil alors que celle-ci a été bien reconnue par le droit administratif. La France était l'un des derniers pays de l'Europe à refuser fermement d'admettre la théorie de l'imprévision dans le droit des contrats comme atténuation à la force obligatoire du contrat. Selon le rapport au Président de la République, par le fait que « la France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat ». En vertu de l'adage « *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa* » signifiant aux vigilants les droits, aux retardataires les os, le droit français prévoit que le juge ne peut pas intervenir pour combler à l'imprévoyance des parties qui ne peuvent pas après avoir omis d'insérer une clause sur les conséquences de l'imprévision se plaindre après.⁵⁰

Le problème qui a incité les législateurs à adopter une réforme portant sur le droit des contrats et le régime général et de la preuve des obligations a été exposé par monsieur Jacques Mestre qui prévoit que les contrats d'affaires « souffraient de plus en plus d'une codification intervenue voici plus de deux cents ans, à une époque où le monde du commerce présentait encore un visage bien traditionnel et ignorait, par hypothèse, le fanatique développement à venir des entreprises et la grande diversité de leurs futures opérations, tant internes qu'internationales (...) et le chemin à parcourir pour doter ces contrats d'affaires d'un droit résolument moderne demeurerait encore long, et parfois semée d'embûches : qu'on songe à la véritable incohérence entre d'un côté, le refus d'admettre la révision pour imprévision et, de l'autre, l'extrême plasticité contractuelle susceptible de résulter de l'ouverture au profit d'une

⁴⁹H. Aldabbagh, *Le Droit Comparé comme instrument de Modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats Arabes du moyen orient*, article, 2013, p.410.

⁵⁰Ex. : Paris, 28 janv. 2009, RJDA 2009, n° 586 ; RTD civ. 2009. 529, obs. B. Fages (contrat de fourniture d'acier) : « New Steel n'est pas fondée à solliciter la renégociation du contrat [...] au motif d'un bouleversement de l'économie du contrat, dès lors que la convention des parties a force de loi et qu'il lui incombe de supporter les conséquences de son imprévision ». Civ. 1re, 30 juin 2004, n° 01-15.964, Bull. civ. IV, n° 192, D. 2005. 2281, obs. C. Witz; RTD civ. 2005. 354, obs. P. Remy-Corlay; RTD com. 2004. 847, obs. P. Delebecque; RDC 2005. 456, obs. P. Deumier : « professionnelle rompu à la pratique des marchés internationaux, il lui appartenait de prévoir des mécanismes contractuels de garantie ou de révision ». Civ. 1re, 16 mars 2004, n° 01-15.804, Bull. civ. I, n° 86; D. 2004. 1754, note D. Mazeaud; ibid. 2239, chron. J. Ghestin; RTD civ. 2004. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCE 2004, comm. 119, obs. Ph. Stoffel-Munck : « Mais attendu que la cour d'appel a [...] ajouté que la LRP ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier ».

partie d'une procédure de sauvegarde, ainsi l'avait excellemment révélé la célèbre affaire Cœur Défense»⁵¹.

Puis, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable aux contrats conclus depuis le 1er octobre 2016 mettant fin à une jurisprudence de 140 ans, ⁵²a adopté un nouvel article 1195 du Code civil français sur l'imprévision inspiré par les projets d'harmonisation européens, les droits des pays arabes et le droit commun. L'objectif de la réforme est « *de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats* ». ⁵³ Il s'agit d'un des nouveaux articles les plus commentés depuis la publication de l'ordonnance. La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance. En effet « ce n'est pas uniquement parce qu'un droit est lisible et accessible qu'il est sûr. Bien que l'énoncé et l'ordonnement des principales règles applicables au contrat dans un corpus légal fassent incontestablement partie des bonnes méthodes pour y parvenir, la sécurité juridique réside avant tout non dans la visibilité des sources mais dans la prévisibilité des normes. Or que le contrat français soit désormais doté d'un régime marqué par la prévisibilité et la certitude... ». ⁵⁴ Ce qui permet de remédier à la situation antérieure à la réforme. En 2013, le gouvernement prévoit que « les dispositions du Code civil [...] ne permettent plus aux particuliers et aux entreprises d'avoir une vision claire et précise de l'état du droit dans leurs relations contractuelles quotidiennes ». ⁵⁵ Pourtant, la réforme est accompagnée d'une insécurité et incertitude sur certains points de la réforme. Il convient d'attendre des précisions jurisprudentielles sur ces points. Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est « de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique ». ⁵⁶

Cette réforme comporte une sorte de révolution pour les juristes. En effet, « Source de graves injustices, de faillites, d'enrichissements injustifiables, le refus de l'imprévision est pour

⁵¹ J. Mestre, AJ contrats d'affaires-concurrence-Distribution 2016, p.105

⁵²Cass. Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne.

⁵³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », Caroline Gilles, op. cit. - Il peut en outre modifier, transmettre ou éteindre des obligations, v° Droit civil, Les obligations, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, 15ième édition, Sirey Université, Paris, 2017, n°817.

⁵⁴H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTD Civ.2016 p.247.

⁵⁵Communiqué de presse du Conseil des ministres du 27 novembre 2013.

⁵⁶Rapport préc., p.4

les auteurs incohérent avec le principe de bonne foi ». ⁵⁷ Il fallait beaucoup de temps pour reconnaître la révision judiciaire du contrat pour imprévision en droit privé français. En effet, « Après moult tractations, après quelques ballons d'essai plus ou moins ambitieux lancés en 2005, 2008 et 2013, le Rubicon a été franchi en 2016 ». ⁵⁸ L'originalité de l'article 1195 nouveau du Code civil se manifeste par l'autorisation accordée au juge pour réviser le contrat, non pas sur demande conjointe des parties, mais à la demande d'une seule partie. Selon le rapport délivré par le Conseil des ministres du 10 février 2016, « En dotant ainsi la France de règles lisibles et prévisibles, protectrices mais efficaces, rigoureuses mais pragmatiques, cette ordonnance, répondant à une forte attente en dehors de ses frontières, lui permettra de renforcer l'attractivité de son système juridique. Elle garantira aux investisseurs un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution ».

Si le principe de l'intangibilité du contrat s'impose au juge, celui-ci peut-il modifier le contrat pour la survenance des circonstances imprévisibles bouleversant l'équilibre des prestations et par conséquent, l'économie du contrat ?

Nous procéderons à une analyse comparative de la question de l'imprévision. Malgré la similitude du socle de la théorie de l'imprévision dans le droit français et le droit des pays arabes, la méthode de traitement des conséquences de l'imprévision n'est pas la même. Chaque droit réserve sa propre manière de traitement. **L'intérêt de cette étude est double** : elle consiste à aborder les différences de traitement du sujet de l'imprévision d'une part, le contraste est évident en comparant les conditions, effets, modalités de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision entre le droit français et le droit des pays arabes. Malgré quelques similitudes entre l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision et les articles des Codes civils des pays arabes sur l'imprévision, des divergences de fond remontent à la surface. Cette étude consiste d'autre part à apprécier les avantages de chaque méthode et remédier aux inconvénients de chacune de ces méthodes afin de construire une théorie juridique la plus efficace que possible à la lumière des sources internationales du traitement de l'imprévision. Cette adaptation de la théorie de l'imprévision par le biais du droit comparé permet de construire une théorie juridique homogène et d'éviter des problèmes d'application de la théorie de l'imprévision dans la pratique contractuelle.

⁵⁷ J-L. Baudouin, P-G. Jobin et N. Vézina, Les Obligations, 7e éd., Éd. Yvon Blais, 2013, 1934 p. », RTD civ. 2014. 498

⁵⁸ L.Thibierge, Les effets du contrat, AJ contrat 2018, p.266

Notre sujet de thèse envisage **le croisement mathématique** transposable à une analyse juridique. Il s'agit d'une sorte de modélisation mathématique en droit. Deux droites sécantes sont deux droites qui se croisent. Si deux droites se croisent en un point O, on dit qu'elles sont sécantes en O. En mathématiques, des droites concourantes sont des droites qui ont un point d'intersection commun, ce point étant appelé point de concours. Deux droites parallèles ne se croisent jamais. Le droit français et les droits des pays arabes en matière d'imprévision ont des points d'intersection : Il s'agit de l'intersection entre la théorie de l'imprévision en droit administratif des pays arabes et en droit administratif français qui a influencé le premier, de l'intersection entre le droit privé des pays arabes et les droits administratifs qui ont influencé le premier, de l'intersection entre les droits privés concernant notamment les conditions d'applications et de l'impact des circonstances nouvelles sur les jugements en droits des procédures civiles. Ce croisement mathématique suppose par défaut que ces droites ou « droits » viennent de directions opposées et connaissent un processus d'évolution assez différent et des ramifications différentes dans les branches de droit d'où la complexité du traitement du sujet et la difficulté rencontrée de procéder parfois à une analyse traditionnelle présentée simultanément des données juridiques ! Sans venir de ces directions opposées ou différentes, ces droites ne pourront jamais se rencontrer en un point appelé point d'intersection ou de concours.

Pour connaître l'importance de cette théorie par rapport au contrat dont l'économie se trouve bouleversée, notre étude se penchera sur : La consécration de théorie de l'imprévision dans le Droit Civil des Pays Arabes (Partie I) et La consécration de la théorie de l'imprévision en droit français (Partie II).

Partie I : La consécration de théorie de l'imprévision dans le Droit civil des pays arabes

Titre I Le contexte traditionnel

CHAPITRE I : Les droits Romain, Canonique, musulman et autres

Il convient de se référer aux origines de de cette théorie avant de constater son évolution. L'intervention du juge dans les contrats pour la survenance de circonstances exceptionnelles est une question qui dépend de l'histoire même du droit. En effet, selon le professeur Termanini, son intervention dépend « de l'histoire de l'obligation, l'évolution de sa portée et son influence par le principe de la justice. En effet, cette théorie est le fruit de cette évolution et de l'application du principe de la justice au détriment du principe de la légalité des contrats en tant que loi des parties afin de restituer l'équilibre aux obligations contractuelles ».⁵⁹

L'étude historique de cette théorie connaît deux phases : la phase précédant les nouvelles législations et la phase postérieure.

SECTION 1 : l'imprévision en droit romain

Les législateurs romains suivaient le principe du formalisme contractuel. Le principe est de regarder si le contrat est bien formé. Pourtant, des auteurs comme Africanus, Cicéron et Sénèque considèrent que le contrat ne peut pas être exécuté comme tel en cas de survenance des circonstances imprévisibles. Dans son œuvre les Bienfaits, Sénèque prévoit que « Toutes les circonstances doivent être les mêmes qu'elles étaient lorsque je promettais pour que tu aies un droit acquis sur ma promesse ».⁶⁰

En Droit prétorien, les prêteurs ont stipulé que lorsque le juge est confronté à un choix entre l'application rigide des dispositions législatives et la morale, il faut suivre cette dernière en vertu de la justice et de l'équité et protéger les intérêts du contractant affectés par le déséquilibre

A. Termanini, Théorie de l'imprévision, étude historique et comparative de la théorie dans la ⁵⁹ jurisprudence islamique et dans les législations européennes et l'application de la théorie par les législations arabes, la Maison de la pensée, Bagdad 1969

⁶⁰ Sénèque, De beneficiis, Lib. IV, XXXV, 3 : « *Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas...* »

économique du contrat. Une loi a été promulguée dans l'année 201 sur le JUSTE PRIX et le JUSTE salaire ⁶¹en fonction du gain retiré par l'employeur.

Le principe de la force obligatoire du contrat en droit romain n'était reconnu que par les glossateurs, au début du Moyen Âge. ⁶²À cette époque, bien que quelques dispositions du code de Justinien prévoyaient des cas d'exception, aucune disposition générale ne couvrait la situation d'imprévision. ⁶³D'autres auteurs ⁶⁴ considèrent que la théorie de l'imprévision n'a jamais été connue en droit romain, elle n'a été évoquée que par les propos des philosophes Cicéron et Sénèque et le Jurisconsulte Marcellus prévoyant que « la stipulation devient inutile en cas de changement de circonstances ». ⁶⁵ Monsieur Zaki traduit comme suit les écrits de Cicéron : « On peut avoir fait une promesse ou une convention telle que l'exécution en serait nuisible à celui à qui on a promis ou à celui qui s'est engagé. Il ne faut donc pas tenir la promesse qui serait funeste à ceux qui l'ont reçue ; et, si un engagement causait plus de préjudices que d'avantages à celui envers qui il a été pris, il ne serait pas contre le devoir que l'intérêt plus grand passât ; avant le moindre ». ⁶⁶ Monsieur Zaki traduit comme suit les écrits de Sénèque : « Je n'aurais trahi mon engagement, on m'accuserait d'infidélité que si, toutes choses étant dans le même état qu'au moment de mon obligation, je manque à l'exécuter... Un seul point changé me laisse libre de me délivrer de nouveau et me dégager de ma parole ». En effet, la morale a plus d'effet que la loi et c'est en fonction de celle-ci que le contrat doit être résilié en cas de changement des circonstances concomitantes à l'exécution du contrat. Les lois de Justinien prévoient la résiliation du contrat en cas de changement de circonstances. Selon ces auteurs, c'est en fonction de la morale que les juges romains ont appliqué la lésion postérieure à la conclusion du contrat pour remédier aux conséquences de changement des circonstances. La lésion postérieure à la conclusion du contrat est fondée sur une condition implicite dans tous les contrats à exécution successive ou à exécution continue. Le principe de cette condition est que l'exécution des contrats doit dépendre de la stabilité des circonstances de la conclusion du contrat. Si les circonstances

⁶¹A.Sanhouri, El Wassit, Partie 1, 1er livre (le contrat), 3 eme édition, maison Arabe El Nahda, 1998, p.477, N 202.

⁶² Bomsel, La théorie de l'imprévision en droit civil français, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, 1922 à la p 13 ; Uribe, supra note 2 à la p 25.

⁶³Bomsel, supra note 35 à la p 14.

⁶⁴A.Sanhouri, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, partie I, théorie générale des obligations, sources d'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2004, p.516 marge numéro 2 et Mohamed Mohssen Ibrahim El bih : théorie générale des obligations, sources des obligations, partie 1, les obligations, bibliothèque nouvelle Galaa, El-Mansoura, p.347.

⁶⁵H. Zaki, L'imprévision en droit anglais, Paris, Rousseau, 1930 à la p 45

⁶⁶H. Zaki, L'imprévision en droit anglais, Paris, Rousseau, 1930 à la p 46 : D'après le texte de Marcellus, « la stipulation devient inutile en cas de changement de circonstances ».

ont changé et que par conséquent une partie va subir un préjudice du fait de l'exécution d'une obligation onéreuse, il convient de résilier le contrat ou de modifier au moins ses clauses. ⁶⁷

Pendant que certains auteurs prévoient que le droit romain admettait généralement cette théorie et que d'autres considèrent que le droit romain étant un droit formel, il ne connaît pas cette théorie qui permet au juge de modifier le contrat, d'autres auteurs encore prévoient que le droit romain adopte de façon concrète différentes applications et illustrations ⁶⁸ de cette théorie qui se manifeste par le contrat de bail lorsque des événements exceptionnels rendent l'exécution du contrat onéreuse, le locataire pourrait être totalement exonéré de l'exécution de ses obligations ou partiellement en révisant l'obligation excessive à la limite du raisonnable. ⁶⁹

SECTION 2 : L'imprévision en droit canonique

Le sujet de l'imprévision est particulièrement intéressant du fait de son histoire. En droit canonique, l'Eglise défendait la personne lésée et considérait l'augmentation des obligations comme un enrichissement sans cause. Aux XIIe et XIIIe siècles, l'Eglise admettant la théorie de l'imprévision s'est inspirée de la doctrine de *l'aequitas* de Saint-Thomas-d'Aquin prévoyant que : celui qui promet une chose, s'il a l'intention de faire ce qu'il promet, ne ment pas parce qu'il ne parle pas contre sa pensée ; mais, s'il ne fait pas ce qu'il a promis, alors il paraît commettre une infidélité, par cela même qu'il change de dessein. Cependant, il peut être excusable si les conditions de la personne sont changées. » ⁷⁰ Le principe de révision pour imprévision a été adopté en droit Canonique par le décret de Gratien et, plus tard, d'une manière plus générale, dans la glose de Bertolomeo de Brescia⁷¹. Etablissant la théorie de l'imprévision, les canonistes se sont reposés sur l'adage *rebus sic standibus* supposant que le contrat contienne une clause implicite visant à considérer les circonstances économiques au moment de la conclusion du contrat et l'échange des consentements pour éviter tout changement majeur qui interviendrait pendant

⁶⁷S. Morcos : El-Wafi dans l'interprétation du Droit Civil des obligations, tome I, théorie du contrat et de la volonté unilatérale, 4eme édition, 1987, p.513, note explicative du projet du Code civil palestinien, Diwan el Fatwa wel Tashiraa, projet du développement du cadre juridique en Palestine, 2003, p.168, Said el Sayed Aly : théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la législation musulmane, 2005, p.20. Samir Tango, les sources du droit des obligations, édition Maaref, Alexandrie, 2005, p.157.

⁶⁸H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.39.

⁶⁹S. Tango, Les sources de l'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2005, p.175.

⁷⁰H. Zaki, L'imprévision en droit anglais, Paris, Rousseau, 1930 à la p 47

⁷¹N. Meier, La théorie de l'imprévision en droit des contrats, analyse comparée en droit français et suisse, 2007, p.6. Disponible sur : www.oboulo.com

son exécution et affecterait gravement l'équilibre contractuel. Le consentement au contrat serait ainsi subordonné à la permanence de l'état de fait présent au moment de la conclusion du contrat.⁷² Cette clause est toujours considérée comme sous-entendue dans les traités internationaux. Ainsi, un Etat peut se retirer d'un traité en raison du changement imprévisible des circonstances. Le contrat doit subir résiliation si un bouleversement des « données de l'affaire » survient (Carbonnier). Ainsi, cette clause est stipulée dans les contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps.

SECTION 3 : L'imprévision en droit musulman

Le Droit musulman n'a pas adopté un principe général de la révision du contrat pour imprévision mais selon la doctrine musulmane, le changement des circonstances est une cause de résiliation du contrat. Le Droit musulman a appliqué la théorie de la nécessité qui permet des exceptions et la théorie du préjudice. Ainsi, il existe une relation entre la théorie de la nécessité et la révision du contrat pour imprévision. En effet, « Le droit musulman a donné le droit au locataire lésé de demander la résiliation du contrat en cas d'un événement imprévisible. La résiliation est en effet un moyen d'éviter un préjudice ».⁷³ C'est le principe adopté par la doctrine Hanafite. Toute circonstance qui porte atteinte au contractant donne droit à celui-ci de demander la résiliation du contrat ».⁷⁴ De même, les doctrines Malikite et Hanbalite prévoient que le juge peut réduire le prix des marchandises sur lequel les parties ont convenu si des circonstances le justifient.

Le juriste français Edouard Lambert dans la conférence internationale de La Haye sur le droit comparé a déclaré que « la théorie de la nécessité en droit musulman est une représentation certaine et idéale de la théorie de l'imprévision adoptée en droit international public, en droit administratif français et en droit anglais flexible eu égard aux difficultés d'exécution des obligations en raison de circonstances économiques au temps de guerre et dans le droit constitutionnel américain ».⁷⁵ Le droit comparé contribue à l'évolution juridique et permet d'obtenir des solutions plus justes. Il est important, de bien saisir les différentes

⁷²D. Mainguy, Droit des obligations (Contrats, responsabilité, régime de l'obligation), p.197

⁷³A. Sanhoury, Contrat de bail, maison El Sherouk, 2010, p.209.

⁷⁴Ebn Abedin, Fatawa indiennes, Partie 5, page 76.

⁷⁵ « Le rôle d'un Congrès international de Droit Comparé en l'an 1931 », Rapport présenté par E. Lambert à la séance solennelle de l'Académie internationale de droit comparé, La Haye 1^{er} août 1929 sous la présidence de M. Antonio S. Bustamente", Mémoires de l'Académie internationale de Droit Comparé, Tome II première partie, Paris Librairie du Recueil Sirey, 1934.

perspectives des autres droits, afin de de confirmer, transposer ou infirmer une opinion sur son propre droit. De plus, Monsieur Adel Razek El Sanhoury dans son article intitulé « la nécessité de réviser le Code civil égyptien », publié en 1936 prévoit que : « cette théorie est juste et le législateur égyptien peut l'adopter sur le fondement de la théorie de la nécessité en droit égyptien, il s'agit en effet d'une théorie large ayant de conséquences fertiles et ayant plusieurs applications comme la théorie de l'excuse pour justifier la résiliation du contrat de bail. La théorie de la nécessité est l'une des théories fondamentales en droit musulman et elle va en parallèle avec les législations modernes sur l'imprévision ». ⁷⁶

La doctrine Hanafite a adopté la théorie de l'excuse, il faut que les circonstances aboutissant au préjudice soient le résultat d'un fait extérieur au contrat et non pas des circonstances qui peuvent être prévues à travers le contrat. C'est en application de la théorie de l'excuse que le contrat de bail peut être résilié pour les difficultés de l'exécution des obligations qui rendent l'exécution du contrat onéreuse et donc porte préjudice au débiteur. La résiliation du contrat du bail pour excuse a été prévue dans les articles 601, 608, 609, 616 alinéas 2 du Code civil égyptien et les articles 749, 740, 751, 754 et 755 du Code civil Irakien. Dans les actes préparatoires du Code civil sur l'imprévision il a été cité que : « le législateur a introduit un article sur la théorie de l'imprévision et il a porté une grande attention à la rédaction de l'article et on aurait pu dire que l'article a été inspiré par la charia musulmane (pour la résiliation du bail pour excuse) pourtant, on s'est abstenu de confirmer cela et on s'est cantonné dans un souci de précision de dire que cet article est conforme à la charia islamique ». ⁷⁷ La résiliation du contrat de bail peut être justifiée au profit du locataire pour sa faillite, maladie qui rendent le paiement du loyer excessif pour lui ou bien son décès⁷⁸. Le bailleur a droit également à résilier le contrat de bail si en raison de sa faillite, il était obligé de vendre sa propriété pour payer ses dettes à ses créanciers. ⁷⁹

Ces théories sont fondées sur les principes de : la flexibilité face à la rigidité, ni préjudice intentionnel, ni préjudice non-intentionnel, la nécessité fait loi et la nécessité n'a pas de loi qui nous rappelle l'adage latin *necessitas legem non habet*, le préjudice spécial déroge au préjudice général, le préjudice grave déroge au préjudice léger, mieux vaut éviter une perte que faire un profit, principe suivi en cas d'opposition entre le gain que le créancier aura si le contrat

⁷⁶A. Termiani, la théorie de l'imprévision, Beyrouth, la maison de la pensée, p35-36, Mohamed Rachid Kabani, la théorie de l'imprévision dans la charia musulmane et le droit positif, revue de l'ensemble doctrinal musulman, 2eme édition, 1980, p.85.

⁷⁷ Ensemble des actes préparatoires du Code civil, partie 1, page 89.

⁷⁸A.El Tawdy, El Bahr el Rayek Sharh kenz el dakayek, 1ere édition, imprimerie scientifique, Egypte, 1311 Hégirienne, partie 8, page 41.

⁷⁹H.Ebn Abdedin, op.cit , 2eme edition, 1966, partie 2, p.76

s'exécute pendant la survenance de circonstances imprévisibles sans réviser le contrat et la perte connue par le débiteur s'il exécute ses obligations alors qu'elles sont devenues excessives suite à la survenance de telles circonstances. La flexibilité dans l'application de la règle de droit a été adoptée par le droit musulman fondé sur la justice et la tolérance. Les versets coraniques ont intégré ces principes nous pouvons citer comme exemples : « Dieu veut pour vous la facilité, Il ne veut pas la difficulté pour vous » (Sourate Al Baqara, verset (v.)185). « Certes, Dieu commande l'équité, la bienfaisance » (Sourate les abeilles, v.90), « Il ne vous a imposé aucune gêne dans la religion » (Sourate Al Haj v.78) et « Allah n'impose à aucune âme une charge supérieure à sa capacité » (Sourate Bakara, v. 286). La théorie de l'excuse ne diffère pas beaucoup de la théorie de l'imprévision sauf que les Hanafites ont élargi le champ d'application de la théorie de l'excuse.⁸⁰ En effet, le doctrinal hanafite El Cassani prévoit que l'excuse pourrait être invoquée par le bailleur ou aussi le locataire. Chacun des deux pourrait se prévaloir de l'excuse pour résilier le contrat dont l'exécution devient onéreuse. Le juge Badie El Dine a fait droit à la demande du locataire qui voulait résilier le contrat se prévalant de la théorie de l'excuse. Ainsi le bailleur ne peut pas imposer à son locataire l'exécution du contrat si son exécution lui porte préjudice. Le bailleur peut aussi invoquer l'excuse pour résilier le contrat lorsque par exemple le bailleur est en faillite et le faible prix du loyer ne permet pas de couvrir sa situation financière.

Concernant la seconde hypothèse adoptée par les Hanafites et qui représente la théorie de l'imprévision, il s'agit du changement de la valeur monétaire. La doctrine Hanafite a adopté la théorie de l'imprévision dans le cas de changement de la valeur monétaire et s'incarne dans la théorie de l'excuse. Le changement de la valeur monétaire se manifeste en cas de changement automatique des circonstances économiques aboutissant à l'absence de son pouvoir d'achat dans le marché et l'augmentation de la valeur de la monnaie ou sa dépréciation ou disparition selon les circonstances. Il se peut que le sultan ou le gouverneur promulgue des lois sur le changement de la valeur de la monnaie. Selon l'imam Abou-Hanifa la baisse de la valeur de la monnaie ou l'absence de la valeur de la monnaie contribue à la nullité du contrat de vente pour absence de prix alors que Abou-Youssef prévoit l'obligation de l'acquéreur de payer le prix sur lequel les parties ont initialement convenu pendant la conclusion du contrat et Mohamed prévoit que l'acquéreur sera obligé de payer le dernier prix avant la disparition ou diminution de son pouvoir d'achat.⁸¹

⁸⁰H.Ebn El Abedin, Radd al Mukhtar ala ad-Dur al Mukhtar, Egypte, 2eme édition, 1966, partie 5, page 76, Alaa El Dina El kanassi, Badaee El Sanaee fi tartib el sharaee, El Assmaa Egypte, 1328, partie 4, page 197, Abdel Rahman Mohamed Ebn Soliman, Fi sahrh moltaka elabhar, partie2, page2.

⁸¹M. Ebnelabedin, thèse stagnation monétaire, ensemble des thèses d'Ebn El Abdein, partie 2, maison des livres scientifiques, 2014.

Dans le second cas, il s'agit de la baisse de la valeur de la monnaie du fait du changement des circonstances mais, son pouvoir d'achat continue à exister. Abou-Hanifa a prévu que l'emprunteur dans le contrat de prêt est tenu de restituer la monnaie qu'il a emprunté sans prendre en considération sa valeur initiale et Abou Youssef a prévu que l'emprunteur doit rendre la monnaie qu'il a emprunté par sa même valeur au moment de la conclusion du contrat de prêt. Quant à Mohamed, il a imposé à l'emprunteur de restituer la monnaie avec sa valeur changée. Ces avis doctrinaux divergent, Abou-Hanifa et Mohamed contrairement à Abou-Youssef prévoient que le contrat doit être modifié en cas de changement de la valeur monétaire.⁸²

Ces règles relatives à la théorie de l'imprévision ne s'appliquent pas sur tous type de monnaies mais, uniquement sur celles fabriquées en métaux comme le bronze et le fer, ce sont notamment les Felous, Darahem et Korouch. D'autre part, la monnaie qui se fabrique en or ou en argent comme Elshirini, Bandati, Mohamadi, Kalby et le Reyal ne se soumet pas aux conditions de l'imprévision. Cette distinction s'explique par le fait que la monnaie fabriquée en or ou en argent a une valeur fixe en elle-même contrairement aux Felous, Darahem et Koroush.⁸³

Outre les circonstances économiques qui font changer la valeur de la monnaie, il s'agit des ordonnances promulguées par le Sultan consistant à réduire la valeur de monnaie interchangeable dans les transactions.

Selon la théorie de la monnaie, Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un simple changement de la valeur de la monnaie ou d'une dépréciation de la valeur monétaire (changement important de la valeur de la monnaie). Concernant le premier cas, selon la majorité des doctrinaux, le changement de la valeur de la monnaie n'a pas d'effet sur l'exécution de l'obligation au prix stipulé dans le contrat sans augmentation ni diminution. Quant à la dépréciation de la valeur monétaire, s'il s'agit d'un contrat de vente, le juge doit prononcer sa résiliation et si c'était un contrat de de prêt, les intérêts doivent être payés en fonction de la valeur monétaire pendant la formation du contrat protégeant ainsi l'emprunteur.

De plus, il s'agit de la théorie des pandémies adoptée par les Malikites où les fruits sont vendus alors qu'ils ne sont pas encore récoltés. D'après un Hadith du prophète « Si des fruits sont vendus puis sont atteintes par des pandémies, le vendeur sera enrichi sans cause s'il impose à l'acquéreur de lui verser le prix ». En effet, la théorie des pandémies est une garantie par la

A.Hamid et H.Salameh, Théorie de l'imprévision et son impact sur l'exécution des contrats en droit musulman,⁸² .revue el Mouhakek el Helaly pour le droit et les sciences politiques, Volume 1, 1ere édition, 2009 p.547 ,

A.Hamid et H.Salameh, Théorie de l'imprévision et son impact sur l'exécution des contrats en droit musulman,⁸³ .revue el Mouhakek el Helaly pour le droit et les sciences politiques, Volume 1, 1ere édition, 2009 p.548 ,

quelle, l'acquéreur revient sur le vendeur. Mais, il faut que cet événement survienne à un moment précis avant le temps de la récolte et la pandémie doit atteindre le tiers des fruits au moins sauf que la doctrine Hanbalite n'a pas mis une restriction sur la quantité des fruits vendus pour revenir sur le vendeur. Les Chafiites refusent d'appliquer la théorie de pandémies en cas de vente de fruits et c'est l'acquéreur qui doit supporter cette perte. Les Hanbalites ont appliqué la théorie des pandémies mais, ne prévoient pas un pourcentage ou part de pandémies pour appliquer la théorie comme les Malikites. Il faut juste que les pandémies dépassent les limites raisonnables pour réduire le prix. Si tous les fruits vendus sont atteints, le contrat de vente sera résilié de plein droit. Quant à la nature des pandémies, les Chafiite et les Hanbalites prévoient que l'acquéreur peut se prévaloir des faits naturels comme le changement climatique brusque, l'apparition des vers détruisant les fruits. Alors que les Malikites prévoient que l'acquéreur peut se prévaloir des faits naturels et aussi les faits de l'homme.

Les principes généraux de la Charia islamique sont en harmonie avec les droits occidentaux « en réalité, ce qui a été emprunté aux droits occidentaux ne diffère pas, dans sa teneur globale, des principes généraux de la Charia islamique. Cette dernière a su intégrer parmi les normes occidentales, celles qui sont en harmonie avec la culture et les valeurs arabomusulmanes ». ⁸⁴

La jurisprudence de l'Arabie Saoudite est la première à appliquer la législation musulmane conformément au système principal du gouvernement issu de l'ordonnance royale No. A/90 en date du 27/8/1412. L'article 1^{er} du système principal du gouvernement édicte que : « le royaume de l'Arabie Saoudite est un pays arabe musulman ayant une souveraineté absolue, sa religion est l'islam, sa constitution est le livre de Dieu (le Coran) et la Souna du prophète, la paix de Dieu soit sur lui ». L'Arabie Saoudite applique la législation musulmane en matière d'imprévision, la restitution de l'équilibre économique du contrat et applique la théorie de l'excuse. ⁸⁵

⁸⁴ S.Alfatlawi, Introduction à l'étude de la science juridique [en arabe], 2e éd., Bagdad, Éditions Librairie al-Dhakira, 2009, p. 50.

⁸⁵A. Bayoumi, La modification du contrat et son impact en doctrine et en droit privé égyptien, thèse de doctorat, école de shariaa et de droit, université Azhar, 2003, p.518

SECTION 4: L'imprévision dans d'autres anciens droits

Les lois pharaoniques couvraient les situations de changement de circonstances. En effet, le propriétaire de l'esclave doit compenser le locataire de l'esclave si celui-ci rencontre une difficulté à exécuter ses obligations concernant le service ou les services qu'il doit rendre.⁸⁶ Ces lois permettent aussi la modification du contrat ayant pour objet la culture de terrains d'un propriétaire lorsque leur superficie change pour des circonstances environnementales imprévisibles pour les parties. Le droit égyptien a été inspiré par le droit romain qui pour garantir l'exécution du contrat malgré le changement de circonstances prévoit la stipulation de clauses garantissant une adaptation du contrat.

D'autres législations anciennes admettaient l'adaptation du contrat en fonction des circonstances comme la législation hébreux qui prévoit la possibilité d'ajustement du contrat de prêt en fonction de la nouvelle situation financière de l'emprunteur⁸⁷ pareil que la loi Hammourabi chez les Babyloniens qui prévoit un délai de grâce pour que l'agriculteur puisse exécuter ses obligations en cas d'inondations ou régression de l'eau et le droit grec prévoyant l'augmentation ou la réduction des obligations en fonction du changement des circonstances économiques notamment en matière du contrat de bail où le locataire a droit à la réduction du montant du loyer s'il rencontre des difficultés dans la culture du terrain pour inondations ou insuffisance d'eau. En Bretagne, une loi pour les fabricants a été promulguée en 1563 pour ajuster le montant des salaires en fonction des conditions de vie ce qui requière leur détermination annuellement en parallèle avec les circonstances économiques. De plus, des lois nommées *Corn Laws* ont été promulguées dans les années 1534, 1555, 1562 et 1571 pour établir l'équilibre contractuel ente les producteurs et les distributeurs.⁸⁸ Bien que les tribunaux anglais du droit commun « *Common Law Court* » s'opposaient à la révision des obligations contractuelles, les « tribunaux de la morale » l'admettait si la justice l'exige.⁸⁹

⁸⁶M. Zanaty, L'histoire du droit égyptien, le Caire, 173, p.189

⁸⁷A. AdelBadie, L'intervention de l'Etat et l'étendue de son pouvoir général, maison de Nahda Arabe, 1971, p.28-29

⁸⁸ A. AdelBadie, L'intervention de l'Etat et l'étendue de son pouvoir général, maison de Nahda Arabe, 1971, p.82

⁸⁹H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, Université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.39.

CHAPITRE II : Les divergences doctrinales en France et dans les pays arabes sur l'application de la théorie de l'imprévision.

La jurisprudence en droit civil ancien n'avait pas adopté cette théorie ni dans les droits des pays arabes, ni en droit français. Concernant la doctrine, pendant que des auteurs supportent cette théorie, d'autres l'ont critiquée. Cette vision opposée est fondée sur une théorie adverse, à savoir le principe de la force obligatoire du contrat et son corollaire, l'intangibilité de l'acte. Les auteurs se sont ainsi partagés : pour et contre la théorie de l'imprévision.

SECTION 1 : La doctrine en droit français

A la question de savoir s'il est opportun de consacrer un principe permettant de remettre en cause le contrat lorsque son économie se trouve bouleversée pour un changement imprévisible de circonstances, certains auteurs répondent par la négative s'attachant au principe de la force obligatoire du contrat et la sécurité juridique des transactions. D'autres répondent par l'affirmative. Selon Jacques Flour et Jean-Luc Aubert : « ce qui crée l'insécurité, c'est le bouleversement des conditions économiques, spécialement la hausse vertigineuse des prix. Ce fait une fois acquis, on n'y remédie pas par l'intangibilité du contrat dans une instabilité générale. Un réajustement a plus de chances de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre ». ⁹⁰ Le bouleversement de l'équilibre du contrat est pour les agents économiques source d'insécurité juridique.

Certains auteurs prévoient que la théorie est fondée sur le principe selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi ⁹¹Ainsi, le créancier ne doit pas exploiter la situation désavantageuse de son débiteur si l'exécution de l'obligation devient onéreuse par la survenance d'événements imprévus. Mais, la bonne foi requiert que les contractants exécutent le contrat, en respect du consentement des parties, l'intervention du juge dans le contrat porte atteinte au principe de non-immixtion du juge dans le contrat conclu entre les parties. Les partisans de la révision judiciaire pour imprévision sur le fondement de la bonne foi prévoient qu'il ne s'agit pas

⁹⁰ J.Flouret J.Aubert, Les obligations : l'acte juridique, Armand Colin, 6e ed., tome 1, n 418

⁹¹G.Legier, Droit civil, Les obligations, op.cit, p.90.

d'imposer au contractant un changement au contrat qu'il refuse mais « il s'agit de l'inviter à discuter l'adaptation des termes du contrat aux nouvelles circonstances économiques qui portent atteinte à l'équilibre contractuel, alors même qu'il a été initialement voulu par les parties ». ⁹²

Pour rappel, le principe c'est que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (article 1103 Code civil) et l'exception que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi » (article 1194 du Code civil). De plus, selon la célèbre formule de Fouille : « qui dit contractuel dit juste » : l'équité commande l'intervention du juge pour restaurer l'équilibre contractuel pourtant, les opposants à la consécration de cette théorie prévoient qu'admettre qu'une volonté extérieure puisse modifier les termes du contrat revient à violer le principe de l'autonomie de la volonté. Or, la théorie de l'imprévision n'intéresse pas que l'équilibre des obligations ⁹³mais aussi et surtout le développement du contrat lui-même.⁹⁴ On considère alors le contrat comme un être vivant qui évolue.

Luttant contre l'adoption de cette théorie, certains détracteurs prévoient que le débiteur dans la théorie générale du droit des obligations n'a vocation qu'à indemniser le préjudice prévu au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, le débiteur n'est pas tenu de réparer un préjudice imprévu du fait de la survenance de circonstances exceptionnelles.⁹⁵ D'autres ont répondu que cette situation ne s'applique qu'en cas d'inexécution du contrat pour la faute du débiteur et non pas lors de son exécution dans le cadre des circonstances imprévues.

La théorie revient au principe de l'enrichissement sans cause, le juge en ajustant l'obligation onéreuse empêche le créancier de s'enrichir aux dépens du débiteur.⁹⁶ Pourtant les opposants à cette théorie prévoient que le créancier ne s'est pas enrichi sans cause, il existe une raison pour son enrichissement à savoir le contrat. L'enrichissement trouve sa source dans le contrat ce qui est incompatible avec cette théorie.

⁹² A. Bamdé, La théorie de l'imprévision : régime juridique et réforme des obligations, 13 juillet 2017, A. Bamdé et J. Bourdoiseau, le droit dans tous ses états, p.3. Disponible sur : <https://aure-lienbamde.com/2017/07/13/la-theorie-de-limprevision-regime-juridique-et-reforme-des-obligations/>

⁹³J. Ghestin, « L'imprévision est une théorie qui s'attache à l'exécution de l'obligation », op. cit., n° 265.

⁹⁴H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.343. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁹⁵Comparer Planiol, Ripert, Essman 1 paragraphe 396 p.544.

⁹⁶Planiol, Ripert, Essmeim 1 paragraphe 396 p.555.

Les partisans de cette théorie prévoient la possibilité d'invoquer la théorie de la cause. Tant que l'obligation du débiteur devient onéreuse, l'obligation excessive du débiteur ne repose pas sur une cause valable et donc devrait être réduite. Selon Henri Capitant « la cause de l'obligation du contractant dans les contrats synallagmatiques est l'obligation de l'autre contractant, si les circonstances de cette obligation ont changé, il convient de réviser la valeur de l'obligation réciproque en effet ce dernier en tant que cause de l'obligation a changé de valeur qui devient insuffisante ce qui requière une révision »⁹⁷.

La conception unitaire d'Henri Capitant sur la cause est différente de la théorie classique de la cause du contrat dans la mesure où la considération mais aussi la fonction de la cause est au-delà de la phase de la formation du contrat. En effet, la théorie de la cause s'étend à son exécution ce n'est donc plus un élément instantané lors de la formation ou la naissance du contrat mais, il s'agit bien d'un élément permanent et durable qui perdure avec l'exécution du contrat. Pourtant cela a été contesté parce que la théorie de la cause ne requière pas l'existence d'un équilibre économique ni sa continuité d'exister sinon, la lésion serait une cause de nullité du contrat.⁹⁸

« Si l'on admet comme le suggèrent certains auteurs, que la cause joue un rôle non seulement dans la formation mais aussi dans l'exécution du contrat, il devient possible de fonder la théorie de l'imprévision sur cette condition de validité des conventions, on peut en effet considérer que les nouvelles circonstances qui influent sur l'équilibre contractuel ont fait disparaître la cause de l'engagement, tout au moins, celle du débiteur de l'exécution ». ⁹⁹

Certains font reposer la théorie de l'imprévision sur l'abus du droit. Le créancier abuse du droit s'il demande au débiteur d'exécuter une obligation qui devient onéreuse par la survenance de circonstances exceptionnelles. L'autre groupe adverse d'auteurs a répondu que le créancier ne commet pas un abus si les circonstances ont changé et se prévaut de ses droits. Il serait raisonnable et pas abusif.¹⁰⁰

⁹⁷Auquel s'est référé M. Adawy, Théorie générale des obligations, source des obligations, version 1, 1996, p.353-354.

⁹⁸A.Sanhouri, op.cit., p.518.

⁹⁹S. Martin, Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit québécois, les cahiers de droit, disponible sur <https://www.erudit.org/en/journals/cd1/1993-v34-n2-cd3795/043223ar.pdf>

¹⁰⁰Planiol, Ripert, Essman 2 paragraphe 462.

Des auteurs comme Tallon considèrent la révision pour imprévision comme une atteinte à la force obligatoire du contrat. ¹⁰¹ Alors que selon d'autres comme le professeur Jamin, « la théorie de l'imprévision se heurte au pivot du droit des contrats qu'est l'art. 1134 al.1 ; il faudrait donc changer de pivot et lui substituer l'art. 1134 al. 3 ». ¹⁰² L'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil prévaut sur son alinéa 1er pour changement des circonstances rendant l'exécution des obligations onéreuses. Cet alinéa 3 correspond au nouvel article 1104 du Code civil en vertu duquel :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

Le Doyen Hauriou ¹⁰³ plaide pour la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit privé, « la construction du doyen Hauriou représente une remarquable tentative pour faire admettre la théorie de l'imprévision. Nous retiendrons en particulier que : a) le contrat-institution constitue une unité contractuelle, assurée par la détermination d'un but (« l'idée d'œuvre » de l'institution) ; b) le contrat est le fondement de la révision et c) l'adhésion à la dimension relationnelle du contrat peut être implicite. Toutefois cette représentation est trop dépendante d'une philosophie spiritualiste qui se manifeste notamment dans la reconstitution d'esprits de communion (« l'esprit de famille », « l'esprit public », « l'esprit corporatif » ...) qui relève trop souvent de l'artifice ». ¹⁰⁴

Un consentement donné par erreur, dol ou violence, annihilerait l'effectivité de la volonté et légitimerait le prononcé de la nullité du contrat. Partant, ne peut-on pas estimer que l'imprévision soit constitutive d'un vice du consentement susceptible de remettre en cause l'immutabilité du contrat ? ¹⁰⁵ Certains auteurs comme le professeur Stoffel-Munck prévoient la possibilité de l'imprévision sur l'erreur. « On pourrait alors proposer un aménagement à la théorie de l'erreur et la rattacher à l'imprévision en disant que l'erreur peut être considérée comme initiale dans la mesure où les parties n'auraient pas contracté, du moins dans ces conditions, si elles

¹⁰¹ D.Tallon « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in Études Sayag. Droit et vie des affaires, 1997.

¹⁰² Ch.Jamin « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Droit et Patrimoine, mars 1998, n° 58, pp. 46 s.

¹⁰³ M. Hauriou, *op.cit*, p. 138.

¹⁰⁴ H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.356. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

¹⁰⁵ B. Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 361

avaient pu prévoir l'évolution des circonstances ». ¹⁰⁶ Or, ces vices de consentement sont appréciés au moment de la formation du contrat alors que l'imprévision suppose une appréciation du bouleversement de l'équilibre contractuel postérieurement à la conclusion du contrat. De plus, ces vices « ne peuvent constituer des instruments efficaces pour rétablir l'équilibre économique de la convention, quand bien même les conditions seraient remplies, la caractérisation d'un vice du consentement, quel qu'il soit, emporte la nullité du contrat et ne permet donc pas de procéder à la modification » ¹⁰⁷ alors en cas d'imprévision le contrat demeure valide mais doit faire l'objet de révision pour être adapté au changement de circonstances. Concernant l'erreur, « l'une des parties doit s'être trompée quant à la réalité qui l'a poussée à conclure le contrat ». ¹⁰⁸ En revanche, en cas d'imprévision, les parties sont conscientes de la réalité au moment de former leur contrat. Le problème se manifeste par la survenance d'un événement imprévisible après la conclusion du contrat. Comme le droit québécois, le droit français rejette l'assimilation de l'imprévision à l'erreur. ¹⁰⁹ Il ne s'agit pas non plus de manœuvres dolosives. En vertu de l'article 1116 du Code civil « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ». Le changement de circonstances en cas d'imprévision ne doit pas être dû à l'intention d'une partie de tromper l'autre partie.

¹⁰⁶ P. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé, PUAM, 1994, n° 85, p. 62

¹⁰⁷ B. Receveur, op.cit, p. 364

¹⁰⁸ F. Levesque, Précis de droit québécois des obligations, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 au para 98 à la p 55.

¹⁰⁹ J. Bédard, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois » (1997) 42 R D McGill 761 à la p 773 : « Les auteurs sont unanimes et rejettent l'assimilation de l'imprévision à l'erreur, même si certains pourraient imaginer contourner la difficulté en soutenant que les parties se sont engagées dans la croyance que les circonstances ne changeraient pas ou que l'équilibre ne pourrait qu'être maintenu. Il faut cependant croire que la distinction n'est pas aussi évidente qu'elle le paraît. En effet, on s'explique mal pourquoi une décision comme Grant Mills Ltd c Pipeline Welding Ltd soit si fréquemment invoquée par la doctrine à l'encontre de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision, alors qu'elle concerne une erreur lors de la formation du contrat. Le jugement de la Cour d'appel dans H. Cardinal Construction Inc c Dollard-des-Ormeaux (Ville de) suscite aussi une certaine confusion. »

SECTION 2 : La doctrine dans les Droits des pays arabe

Les auteurs dans les pays arabes partisans de la théorie de l'imprévision prévoient que cette théorie est basée sur certains principes comme l'équité qui suppose la flexibilité dans l'application de la règle de Droit. Être équitable c'est n'être pas seulement juste selon la lettre du Droit mais, selon son esprit. Le juge quand il statue en fonction de l'équité, remédie à ce que la règle de droit dans sa généralité et sa rigidité pose comme problèmes. En effet, l'attachement à la lettre du contrat même en la présence de circonstances imprévues et exceptionnelles extérieures à la volonté des parties, bouleversera l'équilibre contractuel et portera atteinte aux intérêts des parties lésées. D'autres contestent cette conception fondée sur l'équité dans la mesure où la sécurité des transactions doit primer sur l'équité. Celle dernière n'est pas le seul but à établir par la loi en effet, toute règle de droit visant à établir et protéger un intérêt général n'est pas forcément conforme avec l'équité et la justice. ¹¹⁰

L'équité suppose un esprit de finesse dans la distribution des pertes entre les parties. ¹¹¹ Ainsi, même en l'existence d'une relation contractuelle entre les parties, le juge doit se voir accordé par la loi une licence dans des cas exceptionnels, intervenir sans qu'il lui soit reproché l'atteinte au principe de l'intangibilité du contrat.

D'autres reposent sur l'enrichissement sans cause ¹¹² dans l'application de la théorie de l'imprévision. En effet, en la survenance de circonstances imprévues bouleversant l'économie du contrat, le créancier s'enrichit au dépend du débiteur. ¹¹³ Par conséquent, si l'équilibre économique du contrat a été bouleversé, et si le débiteur est menacé par une perte exorbitante, il convient que le juge intervienne pour modifier le contrat et empêcher le créancier de s'enrichir sans cause au dépend du débiteur. ¹¹⁴

D'autres ont contesté cette idée parce que l'enrichissement sans cause suppose l'absence d'une cause d'obligations pour l'application de ce principe sur un cas pratique alors que

¹¹⁰ M. Adawy, Théorie générale des obligations, sources des obligations, version 1. Maison de la Renaissance arabe pour la publication et la distribution, 1905, p. 352.

¹¹¹ M. Selim, la théorie de l'imprévision en Droit et dans la doctrine musulmane, la maison des publications universitaires, 2007, p.75-78.

¹¹² T. Hassan Faradj, L'enrichissement sans cause, M.U 1992, p.129

¹¹³ H. AbdAllah, Théorie de l'imprévision entre la loi et la jurisprudence musulmane, la maison des publications universitaires, Egypte, 2007, p.434.

¹¹⁴ H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : L'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.523, A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie I, théorie générale des obligations, sources d'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2010, page, p.518.

la théorie de l'imprévision suppose l'existence d'un contrat dont l'exécution devient onéreuse.¹¹⁵ De plus, décider que le créancier s'enrichit aux dépens du débiteur manque de précision dans la mesure où le contrat dont l'exécution est devenue excessive par le débiteur en raison des circonstances exceptionnelles et imprévues est la cause justifiant l'enrichissement du créancier.¹¹⁶

Certains auteurs se sont fondés sur la mauvaise foi et l'exécution des contrats de bonne foi contre le créancier qui impose à son débiteur d'exécuter ses obligations devenues onéreuses. En effet, le créancier sera de mauvaise foi s'il impose à son débiteur d'exécuter ses obligations devenues onéreuses parce qu'il connaît bien les conséquences perverses à savoir le préjudice qui sera subi par le débiteur du fait des pertes exorbitantes à sa charge.¹¹⁷ Cependant, cela a été contesté parce que ces circonstances ne sont pas dues au fait du créancier mais à des faits extérieurs à la volonté des contractants. De plus, le créancier ne peut pas être qualifié de mauvaise foi en demandant à son débiteur d'exécuter une obligation stipulée dans le contrat en cas de survenance d'une perte exorbitante.¹¹⁸ En effet, la bonne foi suppose que le contrat soit exécuté par les parties comme convenu librement, et il n'incombe pas au juge de modifier le contrat ouvrant la porte à l'arbitraire et donc la violation par le juge de la volonté des parties.¹¹⁹

De plus, le créancier qui impose à son débiteur l'exécution des obligations onéreuses, n'a pas pour intention de lui porter préjudice mais, il lui demande de les exécuter en fonction du contrat sur lequel ils sont convenus.¹²⁰

Cependant, les contrats doivent être basés sur le fondement de la présomption de la volonté des contractants de la continuation de l'équilibre contractuel depuis la formation du contrat. Par conséquent, le débiteur doit exécuter son contrat sans être confronté à une perte excessive.¹²¹

¹¹⁵M. Selim, v.supra, p75-78.

¹¹⁶H. El Rassoul- Sheikh Kazazy: L'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.52, A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie I, theorie generale des obligations, sources d'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2010, p.518.

¹¹⁷ M. Adawy, Théorie générale des obligations, sources des obligations, version 1. Maison de la Renaissance arabe pour la publication et la distribution,1905,p.353.

¹¹⁸M. Elgamal, l'interprétation du droit civil, sources des obligations, 1991, p.229.

¹¹⁹A. El Nakib, théorie du contrat, publications Owaydeyat, Beyrouth, 1988, p. Abdel Razik El Sanhoury, *op.cit*, p.353.

¹²⁰H.Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p54-55.

¹²¹A. Elfar, les sources de l'obligation (les droits personnels), 4eme édition, maison de la culture, Jordanie, 2012, p.130.

D'autres ont invoqué l'abus du droit ¹²² comme fondement de la théorie de l'imprévision. Si des circonstances imprévisibles sont apparues, le créancier commet un abus de droit s'il impose au débiteur d'exécuter ses obligations excessives. Pourtant, cet avis a été contesté : en effet, le créancier ne commet pas un abus de droit ou une faute contractuelle s'il demande au débiteur d'exécuter le contrat tant que ce dernier s'est engagé dans le contrat d'où il retire ses droits et ses obligations. En dernier lieu, le créancier demandant au débiteur d'exécuter son ou ses obligations excessives n'est pas en situation d'abus en l'absence d'intention de nuire à l'autre partie ou ayant un intérêt illicite en imposant son débiteur de les exécuter.

D'autres encore ont invoqué la lésion dans l'application de cette théorie. La théorie de l'imprévision peut s'assimiler à « la lésion qui apparaît postérieurement à la conclusion du contrat, pendant l'exécution » ¹²³ En général, la lésion apparaît pendant la formation du contrat et l'imprévision apparaît au cours de son exécution. La lésion postérieure à la conclusion du contrat et qui apparaît pendant son exécution à l'occasion de la présence des circonstances imprévues, a été admise par la doctrine française. ¹²⁴ Il s'agit d'une théorie moderne qui ne diffère pas beaucoup de la théorie de l'imprévision. C'est la volonté de combler le vide en raison de l'absence de reconnaissance de cette théorie et de ses conséquences dans le Code civil français comme dans les droits des pays arabes. Malgré cela, ces deux théories divergent en droit français comme dans les droits des pays arabes. En effet, celle de l'imprévision s'étend sur tous les cas alors que la lésion se cantonne sur les immeubles uniquement. ¹²⁵

De plus, ces théories sont différentes concernant le critère de détermination de l'exécution onéreuse de l'obligation. Pour la lésion postérieure il s'agit d'un critère rigide à savoir une lésion qui dépasse le 1/5 alors que pour la théorie de l'imprévision, il est flexible et dépend des circonstances. Concernant la sanction, le juge dans la théorie de l'imprévision restitue l'obligation onéreuse à sa limite raisonnable alors que dans la lésion postérieure, soit il fait une réduction de la disproportion soit il prononce la résiliation du contrat si le contractant refuse ». ¹²⁶

D'autres auteurs se fondent sur la volonté implicite des contractants comme fondement de la théorie. En effet, il s'agit selon ce principe de la présomption d'une condition implicite dans tous les contrats selon lequel l'exécution du contrat doit dépendre de la continuité

¹²²B.Lardi, Recherches et mémoires dans le droit et a doctrine islamique, T1.OPU Alger, 1970, p.17.

¹²³ Encyclopédie de travaux préparatoires du Code civil Egyptien, partie 2. Disponible sur: <https://www.daralwafaa.net/law.php?page=14¶m1=valu1¶m2=value2>, p.281.

¹²⁴M. Selim, même référence, la théorie de l'imprévision en Droit et dans la doctrine musulmane, la maison des publications universitaires, 2007, p.79-82.

¹²⁵M.Selim, v.supra , p.542-544.

¹²⁶H.Eldib, op.cit,p.52-53.

et la stabilité des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu. Si ces circonstances ont changé, rendant l'exécution des obligations onéreuses par le débiteur, il convient de modifier le contrat. Pourtant, cette conception a été contestée dans la mesure où elle est fondée sur une présomption et qu'il s'agit en effet d'une chimère. La question qu'ils posent afin de contester cette théorie est : comment supposer l'existence d'une intention commune des parties pour modifier le contrat en cas de réalisation des circonstances imprévisibles rendant l'exécution de l'obligation onéreuse sachant que si l'intérêt d'un contractant est de modifier le contrat, l'intérêt de l'autre partie contractante est l'exécution du contrat comme tel en vertu de la force obligatoire du contrat ?

CHAPITRE III : Le rejet traditionnel de la théorie de l'imprévision en Droit Ancien français et dans les Droits des pays arabes.

La majorité des auteurs affirment que la théorie de l'imprévision a sa place dans la législation. En cas de survenance de tels événements, les législateurs peuvent intervenir et légiférer des lois spéciales. C'est ce que les juges des pays arabes et français ont fait pendant les deux guerres mondiales pour la location des dettes (moratorium), dans les contrats de bail et dans la détermination du prix des produits et dans certains contrats commerciaux.¹²⁷ En revanche, d'autres affirment qu'il faut des lois générales sur la théorie de l'imprévision et font appel à la promulgation de telles législations.¹²⁸

SECTION I : le rejet de la théorie de l'imprévision par l'ordre judiciaire français

Ni la jurisprudence française ni la jurisprudence des pays arabes ont adopté cette théorie. La Cour de Cassation française a refusé de modifier un contrat d'assurance pour les

¹²⁷Cf loi Faillot issue en France au 21 Janvier 1918, H.Badawy, l'intervention du juge en cas de circonstances exceptionnelles partie 329 p.415.

¹²⁸H. Zaki, théorie de l'imprévision en droit anglais p.375 et Théorie du Contrat pour ce même auteur P.976.

risques de la mobilisation. Face à l'augmentation du nombre de militants, la compagnie d'assurance a subi un grand déficit dans l'exécution de ses obligations.¹²⁹

L'un des plus grands arrêts de la jurisprudence française est l'arrêt De Gallifet c/ Commune de Pelissanne (affaire du Canal de Craponne) rendu par la chambre civile de Cour de Cassation¹³⁰. Le propriétaire d'un canal d'irrigation percevait une redevance de vingt florins pour chaque carteirade, le tout payable sur trois ans et, en outre, trois sols par carteirade pour chaque arrosage en contrepartie de l'irrigation de terrain à la société voisine par un contrat signé entre le propriétaire du canal d'irrigation et la société La Plainte. En raison de la dépréciation monétaire et l'augmentation des frais d'entretien trois siècles plus tard, cette redevance est devenue totalement dérisoire. La somme de trois sols avait été convertie en quinze centimes. Par un arrêt rendu le 31 décembre 1875, la Cour d'appel d'Aix en Provence a fait droit à la demande du propriétaire pour la revalorisation de la redevance suite à la survenance de cet événement exceptionnel et imprévu, en vertu du principe de l'équité. En effet le contrat doit faire l'objet de révision par le juge dès lors qu'il n'existe plus une proportion entre les redevances et les charges. En effet, l'écoulement du temps fait énormément changer les circonstances. De plus, les juges de fond ont prévu que le fait que le contrat litigieux est à exécution successive, il ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 1134 du Code civil. Un pourvoi est formé par la société, la Cour de cassation rend son arrêt de principe, casse et annule l'arrêt de la Cour d'Appel et rejette la révision par le juge du contrat même en cas de circonstances exceptionnelles portant atteinte à l'équilibre contractuel.

Selon le dispositif de la Cour de Cassation, d'une part la règle que l'article 1134 consacre est « générale, absolue et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature » et d'autre part, « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître 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 ; En décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1567, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'Article 1134 ci-dessus visé ».

¹²⁹Cour de Cassation 9 janvier 1856.

¹³⁰Cour de cassation Chambre civile du 6 Mars 1876, DP 1876 (Canal De Craponne)

Ce faisant, La Haute juridiction a rendu hommage à la force obligatoire du contrat et s'est reposée sur ce principe afin d'écarter l'application de la théorie de l'imprévision. Selon cette jurisprudence le principe de l'intangibilité du contrat l'emporte sur l'interventionnisme judiciaire dans le contrat conclu entre les parties. Cet arrêt est une reproduction des anciens principes en matière d'obligations conventionnelles. Selon Monsieur Alain Parent, cette position rigide de la Cour de Cassation « s'explique par la nécessité d'une stabilité dans les rapports contractuels, la possibilité que le juge rende une décision arbitraire, la déstabilisation dans la chaîne des contrats, le manquement de la parole donnée, le risque d'opportunisme du débiteur et, pour terminer, qu'il n'appartient pas au juge, mais bien au législateur de décider de l'occasion de modifier ou non l'article 1134 C.c.fr ». ¹³¹

Cette solution a d'autres précédents ¹³² : la Cour de Cassation a censuré les décisions des cours d'appel qui avaient décidé la résiliation des contrats de remplacement militaire dont l'exécution est devenue onéreuse en raison de la guerre de Crimée. ¹³³ Cette solution a été réaffirmée dans le domaine de bail à cheptel ¹³⁴, livraison périodique de charbon à prix fixe ¹³⁵, prix de série rendu insuffisant du fait d'une augmentation des salaires. ¹³⁶

SECTION 2 : Le refus de son admission dans l'ancien Droit des pays arabes.

La jurisprudence égyptienne de laquelle les jurisprudences des pays arabes se sont inspirés n'a pas adopté la théorie de l'imprévision, l'obligation ne peut s'éteindre que lorsque l'exécution devient impossible mais si l'exécution devient onéreuse, elle devrait être quand même exécutée par le débiteur. ¹³⁷

Le droit égyptien n'admettait pas la théorie de l'imprévision. La Cour d'appel a appliqué cette théorie mais a été censurée par la Cour de Cassation dans une partie du dispositif.

¹³¹Philippe, 1986, supra aux pp 61-63; Isabelle de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur le contrat de longue durée : rapport français » dans Denis Tallon et Donald Harris, dir, Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, Paris, LGDJ, 1987, au para 25 à la p 224; Marty et Raynaud, supra note 58 au para 258 à la p 262; Zaki, supra note 37 aux pp 118-120.

¹³² F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p. 183. Disponible sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/10_2015/-GAJC-Terre-Lequette_183.pdf

¹³³Civ, 9 janvier 1856, 3 arrêts, DP 56.1.33 ;11 Mars 1856,DP, 56.1.100.

¹³⁴Civ , 6 Juin 1921, D,1921,1,73,rapp.A.Colin,S.1921.1.193,note Hugueney ;30 mai 1922,D.1922.1.69,S.1922.1.289,note Hugueney,mais v.depuis L.du 4 Juin 1941 modifiant l'art.1826 C.civ).

¹³⁵ Civ. 14 nov.1933,Gaz.Pal.1934.1.58

¹³⁶ Com.18 janv.1950,D.1950.227

¹³⁷Appel mixte 13 décembre 1899, 29 mai 1916, 15 mars 1916, 17 janvier 1917, 7 mai 1921,8 mars 1922, 30 mars 1922, 6 juin 1922, 13 juin 1922, 29 décembre 1927,26 novembre 1931, 6 décembre 1934.

En faits de l'espèce, l'administration des frontières s'est contractée avec une personne pour lui vendre une quantité de maïs à prix déterminé, il a exécuté son obligation puis, l'administration lui a demandé de lui délivrer une autre quantité maïs, il a refusé pour l'inflation du prix de ce produit de 2 livres égyptiens à plus de 5 livres égyptiens.

La Cour a décidé que: « Si le contrat en tant que loi des parties doit être respecté par le juge tant que son exécution n'est pas impossible par l'effet d'une force majeure, l'exécution du contrat doit se conformer au principe de l'équité donc, si au cours de l'exécution du contrat, des circonstances aux quelles les contractants ne s'attendaient pas au cours de la formation du contrat, influent sur les droits des parties et leurs obligations de manière à créer un déséquilibre important et rend l'exécution du contrat onéreuse et qui ne pouvait pas être prévue d'une manière ou une autre, il serait injuste de suivre le contrat dans telles circonstances, et il faudrait dans un souci de justice, prêter la main au débiteur pour le sauver de ce désastre. La théorie de l'imprévision diffère de celle de la force majeure dans la mesure où elle concerne une impossibilité d'exécution alors que l'autre concerne une difficulté d'exécution. La logique dans la théorie de l'enrichissement sans cause et la théorie de l'abus du droit, qui sont dépourvus de textes dans la loi, est identique à celle de la théorie de l'imprévision qui se manifeste dans l'attribution d'un délai de grâce et le préjudice imprévu ». ¹³⁸ Ce jugement a été critiqué par les doctrinaux qui considèrent que la théorie de l'imprévision a comme place la législation et le juge ne peut pas l'appliquer d'office. ¹³⁹

Ce jugement été censuré par la Cour de Cassation qui a décidé dans son jugement rendu en date du 14 janvier 1932 que :« l'obligation contractuelle ne s'éteint par résiliation que lorsque l'exécution devient impossible par la survenance d'une force majeure. Si l'événement imprévu rend simplement l'exécution onéreuse, l'obligation n'est pas éteinte. Ainsi, le jugement qui décide la résiliation du contrat pour force majeure aussi bien que pour imprévision et qui déclare que même si la loi égyptienne n'applique pas l'extinction de l'obligation en cas de survenance d'un événement imprévu, elle prend en considération l'équité et la justice comme dans le cas d'enrichissement sans cause et de l'abus de droit, est contesté. Ce jugement viole la loi au motif que les législateurs même s'ils prennent en considération l'imprévision dans certains cas, ils maintiennent un contrôle sur ces cas et interviennent quand ils veulent en cas de besoin,

¹³⁸Cour d'appel 19 Avril 1931, N 41, p.63.

¹³⁹H. Zaki, H.Zaki, confrontation du fait avec le droit, Revue de la loi et de l'économie, Université du Caire, 2^{ème} édition, 8^{ème} année judiciaire, p.115.

dans une mesure raisonnable et dans l'intérêt des contractants par conséquent, les juges n'ont pour mission qu'appliquer la loi telle qu'elle est ». ¹⁴⁰

Ce que la Cour de Cassation refuse est d'admettre les circonstances imprévues comme une raison de résiliation du contrat. Celle-ci dispose que « Même si cette théorie repose sur la justice et la tolérance, le tribunal ne doit pas devancer le législateur par sa réflexion créative. Le législateur promulgue la loi, fixe les conditions d'applications et détermine au juge les mécanismes juridiques qu'il devrait appliquer pour la distribution des risques entre les contractants ». Le principe du rééquilibre contractuel effectué par le juge n'est apparu que dans le nouveau droit civil.

La théorie de l'imprévision n'a été reconnue dans l'ancien droit égyptien que dans des cas assez limités comme le décret du 9 août 1914 sur le report du paiement de certaines dettes, la loi no.32 pour l'année 1931 sur la réduction du contrat de bail sur les terrains agricoles et la loi no.3 pour l'année 1939 sur la réduction des dettes commerciales.

En application du droit ancien, la Cour d'appel d'Assiout décide que « les tribunaux égyptiens n'ont pas à appliquer la théorie de l'imprévision et doivent prononcer l'exécution du contrat comme telle sans effectuer des modifications dans les conditions sur lesquelles les parties au contrat sont convenues ». ¹⁴¹ De plus, la Cour de Cassation a statué dans un autre arrêt que : « Rien en droit civil ne permet au juge de réduire les obligations contractuelles en effet, cela est considéré comme une entorse au principe selon lequel le contrat est la loi des parties ». ¹⁴²

Un autre arrêt de la Cour de Cassation confirme la conception en droit ancien selon laquelle, le juge ne peut pas résilier le contrat pour imprévision statuant que « Rien dans les dispositions du droit civil (ancien) ne permet au juge d'éteindre les obligations résultant du contrat et cela est contraire au principe de la liberté contractuelle de plus, si l'article 168 du Code civil permet au juge dans des circonstances exceptionnelles d'accepter le paiement sur des versements ou de fixer un délai de paiement, si cela ne cause pas un préjudice grave au créancier et si la loi permet au juge d'exercer un contrôle sur les frais du mandataire. Dans l'article 514, il s'agit bien d'une exception au principe qui doit être prévue par la loi. L'intervention du législateur égyptien pendant et après la première guerre mondiale et pendant la seconde guerre mondiale, promulguant différents textes législatifs pour conférer des délais d'exécution et intervenir dans les contrats de location et fixer les prix des marchandises et produits alimentaires, fait preuve de sa volonté de contrôler la théorie de l'imprévision, d'intervenir uniquement en cas

¹⁴⁰Cassation civile, 14 janvier 1932.

¹⁴¹15 janvier 1942, l'avocat 22 N238 p.683

¹⁴²Cassation civile, 15 mai 1947, Groupe Omar 5, N 200 p.435.

de besoin, dans une mesure raisonnable. Ainsi, le juge ne doit pas dépasser le législateur et faire des inventions mais il doit en revanche appliquer la loi comme telle. Ainsi, le tribunal qui refuse de prononcer la résiliation du contrat malgré le fait que les circonstances et l'état d'urgence pendant la première et la seconde guerre mondiale ont rendu l'exécution du contrat onéreuse pour le débiteur, n'a pas commis une violation de la loi. ¹⁴³

CHAPITRE IV : L'adoption de la théorie de l'imprévision dans le droit administratif en France et dans les pays arabes

En Droit International public, une condition implicite et obligatoire a été insérée dans les contrats internationaux c'est la clause (*rebus sic stantibus*) celle-ci entraîne l'extinction des traités pour un changement fondamental des circonstances. Il s'agit d'une "clause échappatoire" qui constitue l'exception au principe *pacta sunt servanda* « le contrat c'est la loi des parties ».

Puis cette clause *rebus sic stantibus* adoptée en Droit International Public a été transposée en droit administratif français et le droit administratif des pays arabes.

Il se peut que les parties dans les contrats internationaux conviennent sur une clause explicite sur le changement de circonstances ¹⁴⁴ayant plusieurs nominations selon les différentes législations : Clause de hardship en droit anglais, Gross inequity clause en droit américain et la théorie de l'imprévision en droit français et la théorie des circonstances urgentes dans les droits des pays arabes.

La théorie de l'imprévision a connu son apogée dans le domaine du commerce international. Dans les contrats internationaux : « l'Etat demeure engagée par la convention à laquelle elle fait partie tant que les circonstances n'ont pas changé ou que la situation demeure la même ». La condition sur le non changement des circonstances a été consacrée par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1969. ¹⁴⁵ La raison pour laquelle la théorie de l'imprévision a connu son apogée dans le domaine des conventions et contrats internationaux conclus entre les Etats est que les relations étatiques sont dépourvues de toute sorte d'autorité centrale ayant le pouvoir d'imposer sa souveraineté juridique sur tous les Etats. En effet, la volonté étatique est la source des obligations et principes juridiques régulant

¹⁴³V.supra.

¹⁴⁴A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie I, op.cit, p.521, Mohamed Hussein Mansour : Les contrats internationaux, la maison de la nouvelle université, Alexandrie, 2009, p.193.

¹⁴⁵N.Mahmoud : théorie du contrat comme loi des parties et les exceptions en droit du commerce international, thèse de doctorat, faculté de droit, Ain Shams, 2002-2003, p.301.

les relations interétatiques dans la sphère internationale. D'où l'importance de la théorie qui dépend de la volonté des Etats en cas de résiliation des contrats internationaux ou conventions, résiliation ou suspension de celles-ci. Aucun Etat ne peut imposer sa volonté sur les autres Etats.¹⁴⁶

SECTION I : L'admission de l'imprévision en droit administratif français

§ 1 : L'adoption de la théorie de l'imprévision en droit administratif français et ses conditions d'application

Le droit administratif français n'admettait pas la résolution des conventions si l'exécution du contrat devenait impossible en raison d'une force majeure extérieure à la volonté des parties. Il refusait de consacrer la résiliation ou la modification du contrat en cas de difficulté d'exécution des obligations : le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations malgré l'imprévision. Mais, « lorsque ces principes sont trop rigoureux et risquent, par leur application dans des circonstances économiques anormales, d'interrompre le fonctionnement du service public, il peut se détacher et adaptant ces principes aux conditions économiques nouvelles, assurer pour le mieux le bon fonctionnement du service public ». ¹⁴⁷

Le Conseil d'Etat¹⁴⁸ français a finalement adopté la théorie de l'imprévision dans un arrêt très célèbre où une compagnie générale d'éclairage de Bordeaux était engagée par un contrat de concession conclu en 1904 à approvisionner la cité de Bordeaux par du gaz à un prix déterminé dans la liste attachée au contrat de concession conformément au prix du charbon à cette époque (en effet, le charbon est la matière première de fabrication de gaz) puis, à l'occasion de la première guerre mondiale, le prix a subi une inflation vertigineuse. La tonne de charbon était passée de 28 francs la tonne en 1913 à 73 Francs la tonne en 1915 entre la signature du contrat de concession d'éclairage et l'année 1916. En conséquence, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Il s'agit d'un problème dans l'exécution du contrat. La société

¹⁴⁶H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : L'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.668.

¹⁴⁷C. Popescu, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé, Paris, LGDJ, 1937, supra note 42 à la p 106.

¹⁴⁸Conseil d'Etat Français, 30 mars 1916, Siret 17-3-1916

anonyme compagnie générale d'éclairage de Bordeaux (le concessionnaire) a condamné la ville de Bordeaux (le concédant) à supporter l'augmenter du prix du charbon.

Le Conseil d'Etat a statué sur la modification du contrat pour ces changements exceptionnels. Certes, la variation du prix des matières premières du fait des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui devrait être assumé par le concessionnaire, mais l'augmentation du coût du charbon dépasse les limites normales que les parties peuvent prévoir. Si les parties « ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, il convient 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 pendant la période envisagée ».

On constate « qu'il s'agissait bien de proposer au juge de réécrire en partie le contrat et d'insérer une clause d'indexation dans un contrat qui n'en comportait pas. Il s'agissait donc, en l'espèce, d'une formule absolue de traitement de l'imprévision, voire de l'imprudence, contractuelle »¹⁴⁹. Or, « bien des hypothèses de révision du contrat pour imprévision se contentent d'une formule relative : l'identification d'une obligation de négociation ».¹⁵⁰

Le Conseil d'État a statué sur le litige comme suit :

Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées; que 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, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, 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

¹⁴⁹ D.Maingy, Droit des obligations (Contrats, responsabilité, régime de l'obligation), p.198

¹⁵⁰ Ibid.

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 prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de ne supporter aucune augmentation du prix du charbon au-delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer 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 pendant la période envisagée [...].¹⁵¹

La théorie de l'imprévision a été reconnue dans plusieurs arrêts du Conseil d'Etat avec souplesse comme Ville d'Avignon du 22 février 1963 et l'arrêt Commune de Staffelfeden du 14 juin 2000 où le contrat de concession de service public concernait une fourniture d'eau entre une commune et une société. Contrairement aux arrêts courts rendus par la Conseil d'Etat, l'arrêt

¹⁵¹CE 30 mars 1916, 1916.3.25, S. 1916.3.17, note M Hauriou, note 85.

Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux est un arrêt long et détaillé et qui peut être considéré comme une véritable constitution sur la théorie de l'imprévision. Dans ce contexte, « la théorie de l'imprévision confère au contractant de l'administration le droit d'obtenir de celle-ci une indemnité lorsque des circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat en bouleversent l'économie au cours de l'exécution ».¹⁵² Soulignons que cette théorie consacrée par cet arrêt, « ne permet pas au juge de modifier le contrat pour l'adapter aux circonstances nouvelles. Il pourra toutefois inviter les parties à le faire. Si ces dernières ne peuvent s'entendre, le rôle du juge se limitera à contraindre l'administration à verser une indemnité d'imprévision à son cocontractant ».¹⁵³

D'ailleurs Hauriou a étendu la théorie de l'imprévision au contrat-institution en droit administratif où la continuité du service public et le maintien des concessions relève d'une question sensible. En effet, si le « contrat pur n'implique aucune justice distributive à l'intérieur de la relation contractuelle et aucune convention de répartition des risques, il n'en va de même lorsque le contrat est dominé par une institution », ¹⁵⁴ l'institution « renvoie à l'esprit de communion. C'est lorsque le partenariat contractuel comporte « une fondation ou association masquée ». ¹⁵⁵ L'application de la théorie de l'imprévision en droit administratif n'est pas exclusive aux contrats de concession mais s'étend sur les contrats de travaux publics. « Les travaux exécutés [...] pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, [ont] le caractère de travaux publics ». ¹⁵⁶ L'utilité d'appliquer l'indemnisation pour imprévision est plutôt le maintien de l'utilité publique et la garantie du juste prix plutôt que la continuité du service public tout simplement. Selon un arrêt du Tribunal administratif de Rouen : « si, dans des circonstances exceptionnelles de nature à bouleverser l'économie générale de la convention, l'imprévision peut être invoquée à l'appui d'une demande de révision des clauses contractuelles, cette règle ne peut s'appliquer

G. Pequinot, « Droit administratif », Encyclopédie Dalloz, cité par D. Philippe, « Changement de ¹⁵² circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle », thèse de doctorat, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1986, p. 70

P. VAN OMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats ¹⁵³ internationaux », (1980) 1 Revue de droit international et de droit comparé, note 3, p.31

¹⁵⁴ Sur la théorie de l'institution, cf M.Hauriou, « la théorie de l'institution et de la fondation, Essai de vitalisme social », in Aux sources du droit : pouvoir, l'ordre et la liberté, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1990.

¹⁵⁵Cf.Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales »,in Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Caen, publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986(1926), pp.131-132

¹⁵⁶CE,10 jun 1921, Commune de Monsegur, no. 45681,Lebon, p.573

que dans le cadre de la prise en charge de missions de service public, de la gestion d'un service public *ou de l'exécution de mesures prises dans un but d'intérêt général* ». ¹⁵⁷

D'autres arrêts rendus en droit administratif confirment la portée de cet arrêt. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines dans lequel le Conseil d'Etat a constaté le bouleversement de l'économie général du contrat pour augmentation du cours du pétrole en 1973 impactant le marché dont l'entreprise est titulaire. Cette augmentation était imprévisible au moment de la signature du contrat et par conséquent, l'entreprise titulaire du marché a droit à une indemnité d'imprévision.

Les contrats de concession des services publics sont par excellence le domaine principal de l'application de la théorie de l'imprévision en pratique. Le Conseil d'Etat dans son arrêt ¹⁵⁸a admis que « le concessionnaire peut se prévaloir de la théorie de l'imprévision comme élément de règlement de sa situation définitive et son droit à un équilibre financier ». ¹⁵⁹

Le Conseil d'Etat français a appliqué la théorie de l'imprévision dans les contrats de transport, contrats d'exécution ou concession de travaux public et les contrats de fourniture bien que l'application de l'imprévision sur ce type de contrat soit rare en raison de son court délai d'exécution. ¹⁶⁰ La théorie de l'imprévision concernait uniquement les concessions de service public puis, elle devient largement appliquée à d'autres types de contrats mais, graduellement. Elle a été reconnue à l'occasion des marchés de transport¹⁶¹, ensuite les marchés de travaux publics¹⁶² et puis, les contrats de fourniture de services¹⁶³. Mais, il est rare que cette l'imprévision s'applique pour les marchés de livraison unique en raison du court délai d'exécution¹⁶⁴.

Il est important de noter que les arrêts rendus en droit administratif en matière d'imprévision concernent notamment les contrats conclus avec les grandes sociétés à pratiques monopolistiques. En effet, tandis que le peuple ne peut supporter un jour la suspension de la

¹⁵⁷TA Rouen, 28 août 1998, Société Renault SA, n 951837, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

¹⁵⁸CE 12 Mars 1976, aida.528 ET 552, concl. Labetoulle.

¹⁵⁹R. Cabrillac, Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision, 2014, R.I.D.C, P.339.

¹⁶⁰G.Abdelrahman : L'équilibre économique du contrat pendant son exécution, la maison d'imprimerie la liberté, Baghdad, 1986, p.33. Dr. Farouk Khamas et Mohamed AbdAllah : le précis dans la théorie générale des contrats administratifs, la maison du livre, Elmawsel, 1992, p.170.

¹⁶¹ CE, 21 Juillet 1917, compagnie générale des automobiles postales

¹⁶² CE, 30 octobre 1923, Mas-Gayet

¹⁶³ CE, 8 février 1918, Gaz de Poissy

¹⁶⁴ CE, 3 décembre 1920, Fromassal

compagnie de gaz de son exécution du contrat, il sera moins impacté par le retard dans la livraison de services par le prestataire de services.¹⁶⁵

L'article L. 6, 3° du Code de la Commande Publique dispose que, « lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ».

Il est important aussi d'évoquer la circulaire du premier ministre et du ministre de l'économie et des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économique. Cette circulaire est considérée comme une « codification » de la jurisprudence Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. L'Article 2.2.1 de la circulaire énumère les éléments constitutifs de l'imprévision « qui sont au nombre de trois. Il faut que l'évènement perturbateur :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché ;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du titulaire du marché ;
- qu'il ait occasionné des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'« extracontractuelles » parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie. »

Concernant les conditions d'application de la théorie de l'imprévision en droit administratif « Cinq conditions d'application (jurisprudentielles) doivent être remplies pour que le cocontractant de l'administration puisse obtenir l'indemnité pour imprévision ». ¹⁶⁶

Premièrement, il doit survenir un événement perturbateur dont la survenance était imprévisible. ¹⁶⁷ Il peut s'agir de toute sorte d'événements. Les circonstances peuvent être économiques comme l'évolution des coûts des matières premières, inflation monétaire, ouvertures de nouveaux marchés. Des arrêts du Conseil d'Etat illustrent les circonstances économiques comme les dévaluations¹⁶⁸, les blocages des prix¹⁶⁹. Ces circonstances peuvent être aussi

¹⁶⁵ A.Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les acts juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.48

¹⁶⁶Ghestin, Jamin et Billiau, supra note 45 au para 316 à la p 381 ; Fauvarque-Cosson, « Changement », supra note 55 au para 10 ; Philippe, 1986, supra note 32 aux pp 79-94.

¹⁶⁷ M. Prado, Le hardship dans le droit du commerce international, Paris, Bruylant, 2003, note 13 aux pp 22-23.

¹⁶⁸ CE, 23 novembre 1956, Héreil

¹⁶⁹CE, 14 mars 1962, Société manufacture des vêtements Paul Boyé

des phénomènes naturels¹⁷⁰, des grèves¹⁷¹, des lois sociales¹⁷². L'imprévision peut résulter des mesures décidées par l'autorité militaire pendant la guerre¹⁷³ ou l'édiction par l'Etat de mesures réglementaires ou tarifs publics.¹⁷⁴ Cet événement doit déjouer toutes les prévisions qu'avaient raisonnablement pu faire les parties lors de la conclusion du contrat. L'événement peut être une des mesures a portée générale comme les lois et les décrets augmentant ou diminuant manifestement les prix, l'imposition de nouvelles taxes ou la décision du blocage des prix.¹⁷⁵ L'imprévision peut résulter des interventions de l'administration dans l'économie.¹⁷⁶ Dans l'arrêt du 10 mars 1948 dit « Eospices de Vienne » un contrat a été conclu après la promulgation des lois sociales de l'année 1936 et il a été stipulé expressément dans le contrat que le contractant se charge de l'augmentation des prix résultant de l'application de nouvelles lois. Malgré cela, le Conseil d'Etat a appliqué la théorie car l'augmentation du prix a dépassé beaucoup la limite de celle que pouvaient raisonnablement prévoir les parties au moment de la conclusion du contrat. Il faut que « la modification survenue à la valeur des prestations ou service, ou les charges dépassent de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention par une personne diligente ».¹⁷⁷ En effet, « l'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisager ».¹⁷⁸ Dans l'arrêt Commune de Tursac, le Conseil d'Etat a statué que la hausse des prix n'a pas dépassé la limite de celles que les parties pouvaient envisager ; dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait allouée ». ¹⁷⁹ La Cour administrative d'appel de Marseille a statué que l'augmentation du prix des produits pétroliers « ne peut être considérée comme totalement imprévisible pour une entreprise spécialisée dans la mise en œuvre de produits dérivés du pétrole ».¹⁸⁰ De plus, la Cour administrative d'appel de Nancy a statué que « la société EUROVIA Champagne Ardenne, de par ses activités, et alors qu'elle n'a adressé à l'Etat, pour la première fois, que fin 2006 des observations sur la hausse du prix du bitume et des carburants, ne pouvait méconnaître la situation du marché des produits pétroliers ; que, dès lors, elle n'est pas fondée à soutenir que de telles variations des prix des produits utilisés présentaient un caractère imprévisible ». La Cour a constaté que la société ne peut pas se

¹⁷⁰CE, Sect., 21 avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques

¹⁷¹ CE, 2 février 1951, Société des grands travaux de Marseille

¹⁷² CE, 13 novembre 1953, Charnit ès qualité de liquidateur de la société Collet Georges et fils

¹⁷³ CE, 4 mai 1949, Ville de Toulon

¹⁷⁴ CE, 15 Juillet 1949, Ville d'Elbeuf.

¹⁷⁵ Conseil d'État 25 novembre 1925 Cie des automobiles postales : Rec. p. 501

¹⁷⁶Conseil d'État 15 juillet 1949 Ville d'Elbeuf : Rec. p. 358

¹⁷⁷Planiol M.,Ripert G, Traite de droit civil français, T.6, par Esmein, Ed.2, LGDJ, Paris 1952-1962,n 397.

¹⁷⁸ M.Flamme, traité théorique et pratique des marchés publics,Deel II,nr.933.

¹⁷⁹ CE Sect., 03/01/1956

¹⁸⁰ CAA Marseille, 3 avril 2008, Société Braja Vesigne, n 06MA01355, Inédit au Recueil Lebon.

prévaloir de l'imprévision pour hausse brutale du prix des produits pétroliers dans les années 2005, 2006 et 2007 tant qu'elle devrait constater l'augmentation du prix du pétrole entre 1994 et 2004. De plus, les événements n'ont pas déjoué les prévisions des parties lorsque les délais d'exécutions sont courts¹⁸¹, lorsque la variation des prix était prévisible¹⁸² ou quand la clause de variation des prix a normalement joué.

Il s'agit non seulement de se demander si l'événement perturbateur était raisonnablement prévisible, « mais également de se demander si les conséquences de l'événement l'étaient également ».¹⁸³ Le Conseil d'Etat pendant la première guerre mondiale prenait en compte l'événement uniquement pour déterminer s'il était imprévisible ou pas indépendamment de ses conséquences. Puis, le Conseil d'Etat dans l'arrêt Société eau assainissement¹⁸⁴ admet la prise en compte des conséquences de l'événement pour déterminer si les parties ont pu prévoir l'augmentation importante des prix. Cette logique a été aussi poursuivie dans l'arrêt du Conseil d'Etat, Ville d'Avignon où en l'espèce, l'événement était prévisible alors que ses conséquences ne le sont pas.¹⁸⁵

Deuxièmement, l'événement qui a bouleversé l'économie contractuelle devait être imprévisible au moment de la formation du contrat. L'imprévision s'apprécie au moment où le contractant est définitivement engagé. Pour les contrats de marchés publics, l'imprévision s'apprécie à la date de la conclusion du contrat. Pour les marchés négociés elle s'apprécie à la date de signature. Concernant les marchés passés sur appel d'offres, il s'agit de la date de remise de l'offre ou la date de signature du protocole d'accord si un protocole a été conclu.¹⁸⁶ Le Conseil d'Etat a statué que « les variations des prix qui se sont produites au cours du délai contractuel étaient prévisibles lors de la passation du marché et n'ont d'ailleurs, pas entraîné le bouleversement de l'économie de ce marché ». ¹⁸⁷

Troisièmement, les circonstances invoquées doivent être indépendantes de la partie privée.¹⁸⁸ Le Conseil d'Etat applique restrictivement cette condition et refuse de décider une indemnisation lorsque l'événement a été dû par intention ou négligence de la part du

¹⁸¹ CE, 3 décembre 1920, Fromassol

¹⁸² CE, 10 février 1943, Aurran

¹⁸³ André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, 2e éd, t 2, Paris, LGDJ, 1984 au para 1351 à la p 587.

¹⁸⁴ CE, Arrêt du 4 Novembre 1932, ensemble année 916.

¹⁸⁵ CE, Ville d'Avignon, 22 février 1963

¹⁸⁶ CE, 19 février 1992, SA Dragages et travaux, n 47265, Lebon tables p.1108 et 1109

¹⁸⁷ CE, 20 janvier 1978, Société Routes et travaux publics, no. 03526, inédit au Recueil Lebon.

¹⁸⁸ Christophe Guettier, Droit des contrats administratifs, 3e éd, Paris, PUF, 2011 au para 582 à la p.470 ; aux pp 22-23.

contractant. Le Conseil d'Etat a refusé d'appliquer l'imprévision lorsque le contractant a décidé d'acheter des matériaux de construction coûteux à l'étranger sans obligation de le faire ¹⁸⁹ou lorsque le retard dans l'exécution des travaux est la responsabilité du contractant de l'administration. ¹⁹⁰Les circonstances doivent aussi être indépendantes de l'administration car si la perte subie par le contractant est due à l'administration il s'agissait dans ce cas de la théorie du fait du prince et non pas de l'imprévision.

Quatrièmement, l'événement perturbateur doit entraîner un véritable bouleversement de l'économie contractuelle¹⁹¹. Ce bouleversement doit rendre l'exécution de l'obligation onéreuse et non pas impossible.¹⁹² D'ailleurs, Le Conseil d'Etat dans l'arrêt Tramway de Cherbourg ¹⁹³a décidé la résiliation du contrat pour force majeure pour bouleversement définitif de l'économie du contrat. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat en date du 14 Juin 2000 prévoit que pour caractériser l'imprévision il faut que le bouleversement de l'économie générale du contrat ne soit pas définitif : « Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise sur une orientation nouvelle donnée à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ». ¹⁹⁴ La pandémie de Coronavirus est considérée comme un cas de force majeure pour les marchés publics de l'Etat. Selon Monsieur Bruno Le Maire, le ministre de l'économie, la Coronavirus sera « considérée comme un cas de force majeure pour les entreprises » ayant ainsi pour conséquence la résiliation du contrat et l'exonération des contractants de leurs responsabilités contractuelles ou au moins une suspension temporaire du contrat, cela s'applique au cas par cas et selon la nature du contrat en cause.

Le bouleversement de l'économie du contrat renvoie à l'existence d'un déficit qui est apprécié au cas par cas par les juges. Ce qui nous amène à poser la question de savoir quand est-

¹⁸⁹CE, 7 octobre 1970, Pierre Lavigne, n 03426, inédit au Recueil Lebon.

¹⁹⁰ CE, 17 juin 1981, Commune de Papeete.

¹⁹¹ CAA de Marseille, 12 juin 2017, n° 15MA5005

¹⁹² Ch. Guettier, Ibid, au para 582 à la p 470, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, 2e éd, t 2, Paris, LGDJ, 1984 au par 1353 aux pp 590-591.

¹⁹³ CE, Ass., 9 déc. 1932, Compagne des tramways de Cherbourg.

¹⁹⁴ CE,14 juin 2000,Commune de Staffelfelden, no.184722,Lebon,p.227

ce qu'un bouleversement de l'économie du marché est caractérisé ? Dans un arrêt récent¹⁹⁵ du Conseil d'Etat en date du 21 octobre 2019 il était question de savoir si la baisse du trafic mondial de fret à 16 % n'était pas principalement à l'origine des déficits d'exploitation du délégataire de service public. Le Conseil d'Etat a jugé que le déficit d'exploitation ne suffisait pas à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat. Ainsi, « Dès lors que la part du déficit d'exploitation qui était directement imputable à des circonstances imprévisibles et extérieures ne suffisait pas à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en déduisant que la société n'était pas fondée à solliciter le versement d'une indemnité d'imprévision ». Le Conseil d'Etat dans une autre affaire a statué que « les variations des prix qui se sont produites au cours du délai contractuel étaient prévisibles lors de la passation du marché et n'ont d'ailleurs, pas entraîné le bouleversement de l'économie de ce marché ; que les hausses et notamment celles du bitume, intervenues après l'expiration de ce délai, même si elles ont été imprévues ne peuvent ouvrir droit à indemnité ». ¹⁹⁶En effet, ces hausses n'ont pas entraîné le bouleversement de l'économie de ce marché.

Le Conseil d'Etat a décidé que les charges supplémentaires supportées par les contractants ne dépassent pas un certain pourcentage du montant définitif du marché et par conséquent le bouleversement de l'économie du contrat ne peut pas être caractérisé. « Cette charge supplémentaire ne représente que 3% environ du montant définitif du marché et ne saurait dès lors être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul aurait pu ouvrir droit à indemnité au profit de la société ». ¹⁹⁷ Cette conception a été suivie par le Conseil d'Etat dans un autre arrêt statuant que « l'incidence de cette charge supplémentaire aurait été, selon le défendeur, de 1% et, selon la requérante, de 2% environ du montant définitif du marché : qu'elle ne saurait dès lors être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul, aurait pu ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise ». ¹⁹⁸ Suite à l'augmentation du taux de change de la livre sterling à 30% environ, les sociétés Ateliers CMR ont sollicité une indemnité d'imprévision pour bouleversement de l'équilibre contractuel. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a précisé que « cette charge supplémentaire, a la supposer établie, représente moins de 5% du montant total du marché ; qu'ainsi l'évolution du taux de change de la livre sterling ne peut être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui, seul, aurait été de nature à ouvrir droit à une indemnité au profit de l'entreprise ; que la demande d'indemnité

¹⁹⁵CE, 7 eme-2eme chambres reunies, 21 octobre 2019, no.419155

¹⁹⁶ CE, 20 janvier 1978, Societe Routes et travaux publics, no. 03526, inédit au Recueil Lebon.

¹⁹⁷ CE, 30 novembre 1990, Societe Coignet Entreprise, no. 53636, Lebon tables p.875

¹⁹⁸ CE, 2 juillet 1982, Société routière Colas, n 23653, Lebon, p, 261

présentée à ce titre doit être en tout état de cause écartée ». ¹⁹⁹ D'où la difficulté de caractériser un bouleversement de l'économie du contrat.

Dans une autre affaire, une société se souciant de l'augmentation du cours des produits pétroliers et par conséquent l'existence de charges extracontractuelles a sollicité une indemnité pour imprévision mais le Conseil d'Etat a statué que « cette charge supplémentaire représente moins de 5% du montant définitif du marché ; que, de plus, la société requérante n'établit pas avoir subi en l'espèce une perte importante en se bornant à se référer à un taux de marge moyen des marchés de réfection de chaussée sans faire état de données propres à l'affaire, que la charge supplémentaire alléguée ne saurait dès lors être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché qui seul, aurait pu ouvrir droit à indemnité au profit de la société SACER ATLANTIQUE ». ²⁰⁰

D'ailleurs, la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 fixe le seuil du bouleversement de l'économie générale du contrat. Il faut que le montant des charges extracontractuelles atteigne le quinzième du montant initial du marché, hors TVA soit 6,6 % du montant initial. Cependant, « ce seuil constitue simplement un ordre de grandeur retenu par l'administration comme base d'indemnisation ». ²⁰¹ Il n'y a pas juridiquement de seuil fixe pour laisser une marge à l'appréciation du juge. Cette circulaire constitue simplement un guide pour appliquer la théorie de l'imprévision. À la différence de cette circulaire, la note du 18 mai 2004 du Ministère de l'Équipement précise un seuil de bouleversement de l'équilibre contractuel d'environ 10% du montant initial du marché. « Toutefois, les rédacteurs de la note n'ont pas précisé les jurisprudences qui auraient défini ce seuil beaucoup plus élevé que celui défini par l'administration en 1974 ». ²⁰²

Cinquièmement, la partie privée ne doit pas avoir interrompu l'exécution du contrat à défaut de perdre le droit d'obtenir une indemnité. Comme le prévoit aussi le Conseil d'Etat, « il convient de décider d'une part que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé... ». Le contractant doit continuer à exécuter ses obligations tant que la circonstance imprévisible ne s'est pas transformée en une force majeure. ²⁰³ Si le contractant arrête l'exécution de ses

¹⁹⁹CAA Bordeaux, 7 octobre 2004, Société Ateliers CMR, n 00BX01699, inédit au Recueil Lebon.

²⁰⁰ CAA Marseille, 3 avril 2008, Société Braja Vesigne, n 06MA01355, inédit au Recueil Lebon.

²⁰¹L. Preux, le traitement de l'imprévision en droit des contrats publics et prive, mémoire de master, 2013-2014, p.40.

²⁰²L. Preux, le traitement de l'imprévision en droit des contrats publics et prive, mémoire de master, 2013-2014, p.39.

²⁰³ CE, 9 decembre1932, Cie des tramways de Cherbourg, no.89550100001001

obligations en se fondant sur l'imprévision, il serait sanctionné par des pénalités de retard déduites du montant de l'indemnisation ²⁰⁴ Mais le Conseil d'Etat peut refuser d'accorder une indemnité au contractant se prévalant de l'imprévision en raison de son arrêt d'exécuter ses obligations contractuelles, comme dans l'arrêt Société Propétrol²⁰⁵ où le Conseil d'Etat refuse d'attribuer de l'indemnité au concessionnaire ayant cessé d'exécuter le contrat. Cela s'explique par le fait que la théorie de l'imprévision en droit administratif repose sur la continuité du service public. Le contractant doit continuer à exécuter ses obligations tout en ayant droit à l'aide de l'administration en application des principes généraux du droit des contrats administratif. À défaut de continuer à les exécuter, sa responsabilité est engagée et il n'aurait pas droit à invoquer l'imprévision.

§ 2 : Qui peut invoquer l'imprévision ?

C'est normalement le contractant de l'administration, mais rien n'empêche que l'administration se prévale de l'imprévision face au contractant pour qu'il supporte avec elle les pertes. Tel est le cas des projets économiques nationalisés dans le cadre desquelles, l'Etat peut invoquer la théorie de l'imprévision dans ses contrats avec les autorités publiques ou les personnes physiques également. ²⁰⁶ En effet, le Conseil d'Etat poursuit la règle de la réciprocité de la théorie de l'imprévision dans l'intérêt du créancier et du débiteur ²⁰⁷ comme dans ses nombreux arrêts.²⁰⁸ De plus, le cessionnaire remplaçant le contractant suite à l'obtention de l'autorisation de l'administration peut aussi l'invoquer, comme a statué le Conseil d'Etat dans son arrêt du 13 mars 1930 dit arrêt « Sauvage ». Il en est de même que pour les successeurs du contractant. Si le contractant n'a pas obtenu l'autorisation de l'administration et que le cessionnaire a exécuté le contrat, le cessionnaire peut se prévaloir de l'imprévision sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle.

²⁰⁴CE, arrêt société d'éclairage d'Oloron, arrêt du 10 Avril 1923, ensemble p.682, arrêt Charnit et Gollet, arrêt du 13 Novembre 1952, actualité juridique, ensemble 1954, p.66.

²⁰⁵ CE, Société Propétrol, 5 novembre 1982, (1983) AJDA 259, note Labetoulle ; voir De Laubadère, Moderne et Delvolvé, supra note 88 au par 1371 à la p 604.

²⁰⁶A. Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.120.

²⁰⁷Auverny, Bennetot, La théorie de l'imprévision, Droit privé, Droit administratif Droit Ouvrier, Thèse, Paris, 1939.

²⁰⁸CE, arrêt du 10 Février 1928, série 1929/3/113 et commentaire de monsieur Alibert, arrêt du 20 Juillet 1917 Lebon, p.585 série 1923/3/56 et arrêt du 12 mars 1920, ensemble des arrêts du Conseil d'Etat p.275 et arrêt 12 Juillet 1922, même ensemble de arrêts précédant, p.609.

Le Conseil d'Etat dans son arrêt Ville d'Elbeuf a refusé l'action récursoire de la commune d'Elbeuf contre l'Etat pour indemniser le contractant car la responsabilité de l'Etat ne peut s'engager que dans des conditions strictes.

§ 3 : Les modalités et les conditions du versement d'une indemnité d'imprévision

La question qui se pose est de savoir quelle est l'étendue de l'intervention du juge administratif dans l'application de l'imprévision.

Le droit administratif n'accorde pas au juge le droit de réviser les contrats mais de décider une indemnité d'imprévision. Il est à noter tout d'abord que le juge décide l'indemnisation à défaut d'un accord amiable entre les parties. En effet le Conseil d'Etat dans l'arrêt Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux a statué qu'« il y a lieu de renvoyer 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 et le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit ».

La situation extra-contractuelle est « une superstructure, qui ne refait point le contrat, dont la vitalité ne s'éteint pas, mais s'y ajoute pour aider à l'exécution d'un service public qui ne doit pas cesser de fonctionner ». ²⁰⁹Le principe donc est celui de la continuité du service public. Selon le commissaire du gouvernement Chardenet : "Si l'état d'imprévision empêche les parties de s'en tenir au contrat, le principe de continuité du service public exige lui que le concessionnaire en poursuivre l'exploitation. C'est pour cette raison que l'administration contractante doit contribuer à la poursuite du contrat en allouant une aide financière provisoire à son cocontractant."

Si l'indemnité est octroyée au contractant pour le maintien de la continuité du service public et pour aider le contractant lésé, le Conseil d'Etat a admis la demande d'indemnité pour imprévision après l'expiration du contrat. ²¹⁰ Même si l'indemnité est octroyée à la fin du contrat,

²⁰⁹M.Hauriou, la construction jurisprudentielle de la « situation extracontractuelle », revue générale du droit. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/01/la-construction-jurisprudentielle-de-la-situation-extra-contractuelle/>

²¹⁰CE, 27 juillet 1951, Commune de Montagnac, inédit sur Légifrance, Lebon p.479 ; CE, 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c/Société Sofilia, pec, note 34 ; CE, 10 février 2010, Société Prest'action, pec, note 36.

il s'agit d'une incitation à continuer à exécuter le contrat, selon la doctrine. En effet, « l'indemnité peut être accordée même si le contrat a pris fin. Cette solution pourrait surprendre au regard du principe de continuité du service public qui fonde la théorie de l'imprévision : si le contrat a pris fin, il n'y a plus matière à permettre au cocontractant d'assurer le service. Cette vue trop simpliste méconnaît la réalité : la perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat »²¹¹

Pourtant, la recherche de la continuité du service public est parfois exclue.²¹² Nous pensons aussi au Code de la Commande publique qui applique l'article L.6 à des contrats n'ayant pas pour objet l'exécution du service public. Il ne s'agit pas toujours de services publics purs, cela peut-être des services publics industriels et commerciaux. Le service public n'est plus un élément déterminant pour qualifier l'imprévision (article L.1121-1 CCP) comme prévu aussi par les directives 2014/23 (art.43) et 2014/24(art.27). « On peut s'interroger sur le caractère sûrement inopportun d'une codification aussi générale, là où l'imprévision a souvent été justifiée par la continuité de service public ». ²¹³

L'indemnité peut être accordée alors que le contrat a été résilié par l'administration comme décidé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt société Prest'action ²¹⁴et l'arrêt Staffelden²¹⁵.

Récemment, le Conseil d'Etat dans son arrêt en date du 21 octobre 2019 ²¹⁶ détermine les modalités du versement d'une indemnité d'imprévision. En l'espèce, en date du 29 décembre 2004, l'Etat a conclu un contrat portant sur une délégation de service public avec un délégataire qui est la société Alliance. Cette société s'est engagée à gérer le service de desserte maritime en fret de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon. Pourtant, la société s'est arrêtée d'exploiter ce service public. Le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a été saisi par le délégataire prétendant que la diminution du trafic de fret au niveau international a constitué un événement extérieur qui a définitivement empêché le délégataire d'équilibrer ses dépenses avec ses ressources, et par conséquent demande la résiliation de la délégation de service public et la condamnation de l'Etat à lui verser une indemnité d'imprévision. Le tribunal a fait droit à la demande de résiliation par contre, il a rejeté sa demande portant sur l'indemnité d'imprévision. La Cour

²¹¹ GAJA,22 ed.,no.28,p.180

²¹²CE,8 février1918, Société d'éclairage de Poissy, RDP 1918.244,concl.L-F.Corneille,cité in Traitee des contrats administratifs, op.cit.p.566.

²¹³ H. Rassafi-Guibal, L'imprévision n'est pas morte, mais elle est moribonde, Revue générale du droit, Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/11/03/l'imprévision-nest-pas-morte-mais-elle-est-moribonde/>

²¹⁴CE, 10 février 2010, Société Prest'action, no.301116, Lebon tables p.850 et 851

²¹⁵ CE, 14 juin 2000,Commune de Staffelfelden, no.184722,Lebon,p.227

²¹⁶ CE, 21 Octobre 2019, Société Alliance,req, no.419155

administrative d'appel de Bordeaux a rendu un arrêt confirmatif du tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon, celle-ci prononce la résiliation du contrat et refuse la demande d'indemnité d'imprévision. Par conséquent, la société Alliance a formé un pourvoi devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat reprend sa solution dans l'arrêt Société Le Gardiennage industriel de la Seine selon laquelle « Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat »²¹⁷ en revanche, il ajoute dans cet arrêt que « Le concessionnaire est alors en droit de réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles ». La diminution du fret de 16 % ne permet pas de justifier le déficit d'exploitation. En effet, le Conseil d'Etat juge que ce déficit est la conséquence « de l'état de fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles ». En disant que l'indemnité représente « la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter », le Conseil d'Etat s'accroche au principe de la liberté contractuelle et se réfère à la commune intention des parties. En effet, « si l'indemnité est due lorsque l'équilibre économique du contrat est bouleversé, cet équilibre contractuel doit pouvoir constituer un cadre de référence économique solide et fiable. Cela implique que les prévisions du contrat lui-même doivent être économiquement justifiées. »²¹⁸ Alors que l'imprévision est dans le champ extracontractuel, on constate que cet arrêt fait naître l'imprévision dans le champ contractuel : du coup, « l'imprévision n'est pas tout à fait extérieure au contrat ».²¹⁹ Si ce bouleversement a pour cause essentielle « la surestimation par l'Etat du volume de fret transporté », « la société n'avait pas invoqué à titre subsidiaire, pour solliciter une indemnisation au titre des pertes cumulées pendant la période d'exécution du contrat au cas où l'indemnité demandée sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne serait pas retenue, l'existence d'une faute de l'Etat dans l'établissement de la convention du fait du caractère erroné des prévisions de trafic données aux candidats pour établir leur offre. Par suite, le moyen tiré de ce que l'arrêt attaqué serait insuffisamment motivé faute

²¹⁷CE 20 mai 1994, Société Le Gardiennage industriel de la Seine, req. n° 66377, aux tables

²¹⁸ H.Rassafi-Guibal, L'imprévision n'est pas morte mais, elle est moribonde, revue générale du droit, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/11/03/l'imprévision-nest-pas-morte-mais-elle-est-moribonde/>

²¹⁹H.Rassafi-Guibal, L'imprévision n'est pas morte mais, elle est moribonde, revue générale du droit

pour la cour d'avoir répondu au moyen tiré de l'existence d'une faute de l'Etat dans l'établissement de la convention de délégation de service public ne peut qu'être écarté ».

L'indemnité est calculée à partir des pertes que le contractant subit entre le début du bouleversement, depuis le moment où le prix d'imprévision a été dépassé²²⁰ et la fin de la situation d'imprévision. L'indemnité est de nature extracontractuelle, il ne s'agit donc pas de dommages et intérêts qui réparent intégralement le préjudice. L'indemnité correspond à une « charge extracontractuelle » pendant toute la « période extracontractuelle ».

L'application de la théorie de l'imprévision selon le Conseil d'Etat ne signifie pas l'exemption du débiteur des pertes et la surcharge par le créancier de la totalité des pertes. La page 560 du traité des contrats administratifs évoque à propos de l'imprévision que "lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du cocontractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent en bouleverser l'économie sans pour autant rendre impossible son exécution et entraînant un déficit pour le cocontractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a droit à l'aide de l'administration pour surmonter la difficulté survenue en prenant en charge une partie du déficit provoqué par ces circonstances."

Le Conseil d'Etat a fixé deux critères pour appliquer la théorie de l'imprévision qui sont les suivants :

Le premier est le partage des pertes entre le créancier et le débiteur.²²¹ En premier lieu, le débiteur se charge des pertes prévues au moment de la conclusion du contrat, c'est la compensation contractuelle. En second lieu, le débiteur et le créancier se chargent des pertes imprévisibles par les parties pendant la conclusion du contrat et qui apparaissent au cours de l'exécution du contrat, c'est la compensation extracontractuelle. Le Conseil d'Etat a décidé que « Si la compagnie est tenue d'assurer le service concédé, elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation que l'interprétation raisonnable du contrat doit laisser à sa charge ». ²²² Et les parties doivent supporter ensemble les pertes résultant de l'imprévision. En effet, « l'indemnité ne sera pas de toute différence entre le prix fixé au contrat et le prix courant au jour de l'échéance. Chaque partie à la charge des risques résultant des modifications qui pouvaient être prévues au jour du

²²⁰Conseil d'État 27 novembre 1931 Compagnie des tramways de Besançon : Rec. p. 1036, in

²²¹ Planiol et Ripère, partie 6, p.565, 1926.

²²²CE, 30 mars 1916.

contrat. Cette règle aboutit ainsi à la solution satisfaisante d'une certaine répartition des risques entre les parties ». ²²³ De plus, d'après monsieur Boasc « le concessionnaire n'aura droit à une indemnité que s'il justifie une charge extracontractuelle : or, il n'y aura charge extracontractuelle que s'il y a un excédent de dépenses, non en prenant en considération les réalités d'avant-guerre, mais seulement le prix maximum que les parties avaient pu prévoir en contractant. De plus, cette indemnité ne sera pas égale à la charge extracontractuelle, et le concessionnaire devra supporter une partie des conséquences de la guerre ». ²²⁴ En ce qui concerne le montant de la réparation, l'indemnité d'imprévision ne couvre jamais la totalité de la perte. ²²⁵ Il y a plutôt un partage du déficit entre les parties concernées, quoique la majeure partie de ce déficit soit assumée par l'administration. Normalement, un pourcentage entre 5 % à 15 % du montant de la charge extracontractuelle est supporté par la partie privée, alors que la charge supportée par l'administration est entre 85 % et 95 % du préjudice. Ce pourcentage peut baisser selon la situation financière de l'entreprise ou de sa diligence pour surmonter les difficultés. ²²⁶

Le second critère consiste en la prise en considération de différents facteurs pour calculer la perte effective encourue par le débiteur. Le juge après avoir décidé l'ouverture du droit à l'indemnité et déterminé la charge extracontractuelle après avoir déterminé les limites extrêmes de la majoration du prix de revient que les parties ont pu prévoir pour déterminer si les prévisions des parties ont été dépassées pour des circonstances imprévisibles, prend en compte dans le calcul de l'indemnité, des bénéfices réalisés par le contractant. Afin de calculer le montant de l'indemnité d'imprévision, le Conseil d'Etat ne prenait en considération que la période extracontractuelle, le Conseil d'Etat dans l'arrêt Gaz de Bordeaux a décidé la compensation du concessionnaire de service public pour des charges extracontractuelles, il refusait toute compensation entre les bénéfices réalisés dans le passé par le concessionnaire et les pertes qu'il a subi et ne prenait pas en compte les perspectives d'avenir mais établissait la compensation entre les pertes sur le gaz et les gains sur l'électricité pour la période extra-contractuelle. Cette compensation s'opère à l'intérieur de la période extra-contractuelle comme le prévoit le Conseil d'Etat dans son arrêt Gaz de Nice ²²⁷ « il y a lieu à faire état de tous les avantages assurés par le

²²³Planiol et Ripère, partie6, p.558, 1926.

²²⁴Bosac, article publié dans la revue du droit public, p.412,1926

²²⁵A. Parent, L'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de droit Université McGill, Montréal, 2014, p.36.

²²⁶ CE sect., 21 avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques

²²⁷CE, 27 Juin 1919, Société du gaz et de l'électricité de Nice c/ Ville de Nice, ensemble des jurisprudences administratives, édition 1929, partie 3, p.625.

contrat à la compagnie pendant la période sus-indiquée, que notamment, la distribution du gaz et de celui de l'éclairage électrique, la ville est fondée à exciper des bénéfices qui résultent pour la compagnie de cette situation particulière. Que par suite, il devra être tenu compte, dans la fixation de l'indemnité, des résultats données par l'exploitation de l'ensemble du service géré par la société, tant pour l'éclairage électrique que pour l'éclairage par le gaz ». Le Conseil d'Etat prend en considération l'aléa extra-contractuel et l'aléa contractuel, les bénéfices réalisés par la Compagnie sur l'éclairage électrique pendant la guerre qui ne sont pas excessifs, car ils sont dans la limite normale du contrat, constituent un aléa contractuel normal et compensent les pertes extra-contractuelles. Allant plus loin, Hauriou propose de prendre en considération tous les aléas contractuels. Selon lui « notre décision Gaz de Nice dit : « Examinons ce déficit ; appelons en compensation les bénéfices réalisés sur l'électricité pendant la durée de la guerre. Et pourquoi ne faites-vous pas état des bénéfices passés et des bénéfices futurs ? Ce sont des bénéfices contractuels comme les autres ; vous ne pouvez pas scinder le contrat. Du moment que le contrat réagit sur le dommage extra-contractuel, il doit réagir tout entier, avec les bénéfices réalisés tout le long de sa durée ». ²²⁸Si le Conseil d'Etat dans l'arrêt Gaz de Nice ne prend en compte que les pertes et les bénéfices réalisés pendant la période extracontractuelle et établissait une compensation entre les deux, il convient de prendre en considération toutes les ressources du contrat en dehors de cette période, il s'agit des bénéfices réalisés par le concessionnaire de service public dans le passé et des bénéfices qui seront réalisés dans l'avenir. Ainsi, si l'interprétation raisonnable du contrat prévoit la prise en compte des aléas contractuels et des aléas extracontractuels dans la période extra-contractuelle, il convient de considérer toutes les ressources du contrat en dehors de cette période aussi. L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 30 décembre 1921, société Suburaine du gaz et de l'électricité ²²⁹ élargit la période de prise en compte de l'indemnité d'imprévision dont le calcul n'est plus limité à la période extracontractuelle mais s'étend aussi à la période contractuelle pendant laquelle se sont réalisés les bénéfices passés et prend aussi en compte les bénéfices futurs afin de jouer sur tous les mécanismes de l'équilibre financier contractuel. Cette logique a été poursuivie par d'autres arrêts du Conseil d'Etat ²³⁰. L'arrêt Société Suburaine du gaz et de l'électricité adopté une interprétation

²²⁸M. Hauriou, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/01/la-construction-jurisprudentielle-de-la-situation-extra-contractuelle/>

²²⁹CE, société Suburaine du gaz et de l'électricité, 30 décembre 1921, Rec. des arrêts du Cons. D'Etat, p. 1127).

²³⁰CE, Gaz de Melun, 12 décembre 1919, Rec. des arrêts du CE, p. 904, CE, arrêt Gaz de Montreuil-sous-Bois, 16 janvier 1920, Rec. des arrêts du CE, p. 39.

raisonnable en prenant en compte « l'ensemble des conditions, des résultats et des avantages de la concession ».

Le Conseil d'Etat adopte une interprétation raisonnable en prenant en compte la période contractuelle et la période extra-contractuelle pour calculer le montant de l'indemnité de l'imprévision comme dans l'arrêt du Conseil d'Etat, 12 décembre 1919, Gaz de Melun (Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 904), l'arrêt du 16 janvier 1920, Gaz de Montreuil-sous-Bois (Rec. des arrêts du Cons d'Etat, p. 39), et l'arrêt du 30 décembre 1921, Soc. Suburbaine du gaz et de l'électricité (Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 1127).

De plus, l'art.2 du dispositif de l'arrêt du 2 mars 1923, Ville de Versailles c. Soc. La Fusion des gaz (2° espèce) prévoit qu' : « Il est spécifié que les experts, après avoir déterminé la charge extra-contractuelle, feront connaître... dans quelle mesure l'ensemble des dispositions du contrat et des conditions de son exécution, notamment la situation financière de la société, tant au point de vue des bénéfices réalisés dans le passé que des perspectives d'avenir, permet de faire supporter par elle une partie de ladite charge ».

Maurice Hauriou prévoit la divergence des intérêts du concessionnaire et de l'administration. En effet, tandis que le Concessionnaire vise à conserver les bénéfices passés et garder les gains futurs, « l'intérêt des administrations concédantes était, au contraire, de corriger les effets de la situation extracontractuelle par ceux du contrat, de compenser le plus possible les pertes actuelles par les bénéfices passés et par les gains futurs ». Il convient alors de s'intéresser à l'équilibre total du contrat. Cet auteur prévoit qu'« on peut dire que la question de droit (détermination de l'indemnité à raison des seuls faits de la période extracontractuelle) se trouve dans l'intention et la question d'équité (ventilation de l'indemnité à raison de l'équilibre total du contrat) se trouve dans la *condemnatio*, ce qui est quelque chose d'analogue à la formule des actions *ex æquo et bono conceptae*, spécialement de l'action en restitution de la dot (*rei uxoriae*) ». ²³¹

Hauriou propose aussi de compenser le bénéfice extra-contractuel donc anormal avec le dommage extra-contractuel. « Comme le dommage imprévisible est un dommage anormal, est-ce que les obligations d'indemnité pour le dommage anormal n'entraient pas comme contrepartie des obligations de reversement pour le bénéfice anormal ? »²³². Le concessionnaire

²³¹M. Hauriou, Les conséquences de l'imprévision dans les marchés d'éclairage au gaz, revue générale du droit, 2015. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/25/les-consequences-dune-imprevision-dans-un-marche-declairage-au-gaz/>

²³²M.Hauriou, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/01/la-construction-jurisprudentielle-de-la-situation-extra-contractuelle/>

« ne doit pas non plus profiter des bénéfices imprévus, et, surtout, il ne doit pas pouvoir à la fois encaisser des indemnités pour les pertes imprévues et des bénéfices imprévues, car il serait un profiteur de la guerre ». ²³³

Le principe de l'imprévision doit être bilatéral et ne pas servir le concessionnaire seulement. La Jurisprudence connaît une évolution qui ressemble à celle qu'elle a connue entre 1891 et 1902, période concernant des affaires ²³⁴ où le Conseil d'Etat prend en compte les intérêts de l'administration aussi.

Il est important de nuancer que le manque à gagner ne justifie pas l'indemnisation pour le débiteur. Seul le *damnum emergens* est pris en considération, le *lucrum cessans* n'est pas pris en compte. Aux termes de l'arrêt du Conseil d'Etat, du 25 novembre 1921, Automobiles postales, « Considérant que les compensations auxquelles l'exploitant peut prétendre à raison des charges exceptionnelles et imprévues nées de la guerre ne sauraient s'appliquer qu'aux pertes subies, et non au manque à gagner, etc. ». En effet, « la réparation du manque à gagner du concessionnaire au détriment des contribuables eût été, en effet, un véritable scandale, car les contribuables ont perdu à la guerre autant que les concessionnaires ». ²³⁵

La négligence du contractant est prise en considération pour déterminer le montant à supporter de la perte. ²³⁶ Selon Monsieur Bosac, « l'indemnité n'apparaissait légitime que si le concessionnaire avait fait tout son possible pour réduire le déficit » ²³⁷. En effet, le Conseil d'Etat dans son arrêt rendu en date du 8 mai 1921 (Compagnie Générale de l'Eclairage de Castelnaudary) a pris en considération a contrario la négligence du concessionnaire. Dans l'arrêt du 8 mai 1925 (Compagnies Réunies du Gaz et de l'Electricité), le Conseil d'Etat prévoit que « les recettes et les dépenses qui doivent être prises en considération, pour la détermination de la charge extracontractuelle, sont celles qui correspondent à une bonne exploitation de l'entreprise ». Comme le confirme l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 27 mars 1926 (Ville Monfort l'Amaury) qui prend en compte l'organisation technique de l'usine du concessionnaire.

²³³ M. Hauriou, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/01/la-construction-jurisprudentielle-de-la-situation-extra-contractuelle/>

²³⁴ CE, 26 dec.1981 (2 arrêts), Ville de Montlucon et Ville de St-Etienne, S. et P.1894.3.17 et CE Gaz de Deville-les-Rouen, 9 dec 1899, S et P.1902.3.17.

²³⁵ M. Hauriou, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/25/les-consequences-dune-imprevision-dans-un-marche-declairage-au-gaz/>

²³⁶ A. Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.47

²³⁷ Bosac, article publié dans la revue du droit public, p.424, 1926

La circulaire du premier ministre et du ministre de l'économie et des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économique précise une formule de calcul de l'indemnité qui s'applique selon le type du marché à prix ferme actualisable, à prix ferme non actualisable et a prix révisable.

La circulaire prévoit qu'il faut examiner les charges et les prendre en compte dans l'évaluation du montant de l'indemnité ce sont les charges d'approvisionnement qui peuvent provenir de la hausse de prix, les salaires, appointements et charges qui s'y rapportent. Quant aux charges fiscales, leur augmentation n'est pas considérée comme surcharge justifiant la théorie de l'imprévision car ils ne constituent pas des éléments du prix de revient.

Elle prévoit dans son article 4.1.1.2 qu'avant de répondre à la demande d'indemnité, l'administration doit contrôler attentivement les assertions du titulaire du marché :

- que les variations de prix d'achat alléguées sont conformes à la réglementation des prix ;
- que l'évolution des salaires n'apparaît pas anormale eu égard à celle des rémunérations payées à la fois dans la région et la branche professionnelle considérées ;
- que les hausses enregistrées sont compatibles avec celles qui sont traduites par les indices insérés dans le Bulletin officiel des services et des prix ou les indices et prix publiés par le Bulletin mensuel de statistique de l'INSEE, ou, à défaut, dans les publications professionnelles ;
- et enfin, que le niveau des prix, tel qu'il résulte de la demande du titulaire, peut être considéré comme normal par référence à celui pratiqué dans d'autres transactions de même nature.

Elle indique qu'après l'exécution du marché, l'indemnité est liquidée car le montant des charges extracontractuelles doit être évalué par rapport à tout le contrat.

Le contractant de l'administration peut être accordé une provision sur indemnité qui ne doit pas excéder 70% des charges extracontractuelles. L'octroi de l'indemnité doit faire l'objet d'un avenant qui selon l'article 5 du circulaire susmentionné :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées ;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;

– contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie.

§ 4 : Les clauses contractuelles aménageant les conséquences de l'imprévision.

Lorsque l'administration impose au contractant de se dispenser du droit d'invoquer une indemnisation pour les pertes résultant de l'imprévision, cette clause est prohibée car l'objectif de l'application de l'imprévision n'est pas une indemnisation du contractant tout simplement mais, la continuité du service public, principe d'ordre public pour assurer l'intérêt général d'où la nécessité d'indemniser le contractant lésé. L'imprévision a un caractère d'ordre public en droit administratif. La jurisprudence refuse seulement l'indemnité du contractant pour imprévision lorsque les circonstances imprévues rendent l'exécution du contrat par le débiteur impossible et la situation n'est plus remédiable comme confirmé par un arrêt du Conseil d'Etat.²³⁸

Les parties peuvent prévoir des hypothèses où l'équilibre contractuel serait bouleversé. Les parties peuvent insérer dans leur contrat des clauses afin d'adapter le contrat aux changements économiques. En vertu de l'article R. 2194-1 du Code de la Commande Publique :

« le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

Les clauses d'imprévision dans les marchés publics de travaux, sont notamment les clauses d'actualisation des prix et les clauses de révision de prix, nous montrerons les différences entre ces deux types de clauses. D'ailleurs, le Ministère de l'Équipement a dans une instruction du 25 janvier 2005²³⁹ favorisé l'insertion de clauses d'actualisation et de révision des prix. Elle prévoit que « dans le contexte économique actuel, les marchés de BTP mettant en œuvre des produits et matières dont les cours sont susceptibles d'évoluer fortement et de manière erratique doivent comporter une clause d'ajustement ou de révision des prix » et ajoute que « En raison de

²³⁸CE, Ass.,9 dec. 1932, Compagne des tramways de Cherbourg.

²³⁹Instruction du 25 janvier 2005 (NPR : EQU0500019J) relative à la prise en compte des évolutions des couts dans la fixation des prix des marches publics de bâtiment et de génie civil, consultable sur le site internet www.legifrance.gouv.fr.

ces incertitudes économiques touchant les marchés de bâtiment et de génie civil, dont l'exécution porte généralement sur des durées relativement longues. Il est donc recommandé aux maîtres d'ouvrage de ne plus recourir systématiquement au prix ferme, mais de privilégier le recours aux formules d'actualisation, d'ajustement ou de révision de prix ». Il est donc nécessaire d'insérer telles types de clauses pour garantir l'équilibre économique du contrat.

Concernant le premier type de clause dans le cadre des marchés publics de travaux , il convient d'abord d'évoquer l'article R. 2112-15 du Code de la Commande Publique « CCP » disposant que « Sous réserve des dispositions de l'article R. 2112-17, les acheteurs peuvent conclure des marchés à prix provisoires » et l'article R. 2112-17 du CCP énumère les cas exceptionnels où l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements concluent un marché à prix provisoires. Le principe est la conclusion par ces personnes publiques du marché à prix définitif qui peut être soit un prix ferme soit un prix révisable. Le prix ferme est un prix qui n'est pas susceptible de variations. En effet, selon l'article R. 2112-9 du CCP, « cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations ». Toutefois, le prix ferme est actualisable « le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement ».

L'actualisation des prix est une méthode de calcul pour revaloriser le prix du marché lorsqu' « un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ». L'actualisation a donc lieu avant le commencement de l'exécution des travaux et l'article R. 2112-11 du CCP ajoute que « l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations ». L'actualisation transforme le prix ferme initial en un nouveau prix et permet de prendre en compte avant le début d'exécution des travaux des changements économiques depuis la date de fixation du prix.

La clause d'actualisation et ses modalités sont obligatoires et doivent être insérées dans le contrat par les parties si les marchés portent sur des fournitures et des services autres que courants ou pour des travaux. Les fournitures et les services courants sont définis par l'article R. 2112-10 du CCP comme suivant « ce sont ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché ». Les parties ne sont pas obligées de prévoir les modalités d'actualisation du prix mais peuvent être librement insérées.

Concernant la méthode de calcul du prix actualisé pour les marchés publics de travaux, si l'actualisation n'a pas été prévue dans le Cahier des Clauses Administratives Particulières

(CCAP), elle s'effectue sur la base du Cahier des Clauses Administratives Générales. L'article 10.4.3 du CCAG travaux édicte que « 10.4.3. L'actualisation se fait en appliquant des coefficients établis à partir d'index de référence fixés par les documents particuliers du marché. A défaut, l'actualisation se fait sur la base de l'index BT 01 pour les travaux concernant majoritairement le bâtiment et sur la base de l'index TP 01 pour les travaux concernant majoritairement les travaux publics. La formule mise en œuvre est la suivante : Prix nouveau = prix initial x (indices à la date de début d'exécution des prestations — 3 mois) / indices de la date de fixation du prix dans l'offre.) »

Lorsque le marché est à tranches, l'actualisation s'opère à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Le second type de clauses concerne les clauses de révision des prix. Les clauses de révision des prix dans les marchés de travaux permettent de garantir l'équilibre économique du contrat, lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs. La rédaction d'une clause de révision doit être minutieuse et précise. L'article R. 2112-13 du CCP édicte qu'il faut préciser : la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision et la périodicité de sa mise en œuvre. Cette périodicité de la révision nous permet de distinguer la clause d'actualisation des prix de la clause de révision des prix. L'actualisation a lieu avant le commencement d'exécution et n'a lieu qu'une seule fois, alors que la révision est périodique pendant l'exécution du contrat. En l'absence de précision dans le CCAP sur la périodicité de la révision, l'article 13.2 du CCAG prévoit une révision mensuelle lorsqu'il s'agit de révision à l'occasion de paiement des acomptes.

L'imprécision ou l'irrégularité de la clause de révision peut fausser la concurrence selon le Conseil d'Etat « compte tenu de l'incidence des clauses du contrat relatives aux prix et à leur révision sur la formation des offres des candidats, notamment en fonction des capacités financières respectives de ces derniers »²⁴⁰

Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées selon l'article susmentionné : « 1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe

3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°. ».

²⁴⁰CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, no. 328803, mentionné dans les tables du Recueil Lebon

La clause de révision des prix s'applique dans le temps au cours de la durée d'exécution du contrat et même à l'exécution tardive par l'autorité publique²⁴¹ ou durant son extension par un avenant. En effet, le Conseil d'Etat a statué dans un arrêt de 1976 que : « Considérant que, par convention en date du 10 janvier 1976 qui constitue un avenant au marché initial passé le 4 janvier 1965 entre le maire de Verdun et le sieur B...pour l'exécution de la charpente métallique de la piscine municipale, les parties ont stipulé, d'une part, que les travaux restant à réaliser à la date de l'avenant seraient exécutés « conformément au marché signé par M.B....c'est à-dire au prix des devis approuvés » ;que, par cette formule, les parties ont entendu qu'il soit fait application pendant la durée contractuelle d'exécution du marché qui expirait le 1^{er} février 1967 de l'ensemble des clauses contractuelles relatives aux prix, notamment de la clause de révision qui figure à l'article 9 du marché initial ». ²⁴²

Il est rare que la théorie de l'imprévision s'applique en présence de clause de révision de prix. Selon le Conseil d'Etat : « il ne résulte pas de l'instruction que, à la suite des hausses des prix des matières premières et de la main d'œuvre qui se sont produites à partir de la fin de l'année 1973, la clause de révision des prix [...] n'ait pas joué dans les conditions normales : que, par suite, l'entreprise ne saurait prétendre à une indemnité d'imprévision ». ²⁴³

La Cour administrative d'appel de Nancy n'a pas fait droit à la demande d'une entreprise d'obtenir une indemnité d'imprévision si la clause de révision des prix est suffisante. Le Conseil d'Etat confirme l'arrêt rendu par la Cour statuant que : « le contrat a été conclu à prix forfaitaire révisable sur la base d'une formule de révision intégrant l'indice de référence BT 07 « Ossature bois et charpente métallique » intégrant le prix de l'acier et ayant augmenté de manière significative sur la période » et « que la société n'établit pas que l'application de la formule de révision n'aurait pas suffi à amortir l'augmentation des prix de l'acier » ²⁴⁴ . Cette gestion inter partes des conséquences de l'imprévision empêche l'application de la théorie de l'imprévision et de l'intervention judiciaire dans le contrat pour établir l'équilibre contractuel. La demande d'indemnité pour imprévision par la société à l'occasion de l'augmentation du prix d'un matériaux n'a pas été acceptée puisque la société demanderesse n'a pas démontré l'insuffisance de cette formule de révision nécessitant l'intervention judiciaire pour combler la lacune de la formule pour couvrir les conséquences de l'imprévision. Mais, nous nous demandons si par un

²⁴¹ CE, 11 mars 1959, Société technique des appareils centrifuges industriels, inédit sur Légifrance, inédit au Recueil Lebon, AJDA 1959, p.94

²⁴² CE, 17 mars 1976, Vuillemin, no.96368, Lebon, p.164

²⁴³ CE, 28 octobre 1983, Société auxiliaire d'entreprise.

²⁴⁴ CAA Nancy, 8 avril 2013, Société Constructions Metalliques Savoyardes, n 12 NC00503, inédit au Recueil Lebon.

raisonnement a contrario nous pouvons déduire qu'il est possible que la partie puisse se prévaloir de la théorie de l'imprévision si la clause de révision du prix se révèle insuffisante ou mal adaptée ?

Le Conseil d'Etat a décidé dans une autre affaire que même si la clause de révision de prix a été mal adaptée, la théorie de l'imprévision ne peut pas jouer. Il a statué que : « la Société Billard et Jardin ne pouvait ignorer que la formule définie dans cette clause ne permettait de prendre en compte, d'ailleurs de façon partielle, que les hausses de salaires et de prix correspondant à la variation des indices auxquels elle se referait ; que, s'engageant à exécuter des travaux d'une durée de 32 mois, il lui appartenait de se couvrir des aléas liées aussi bien à la pénurie de main-d'œuvre, de nature à entraîner de fortes augmentations des salaires réels, qu'au retournement possible de la conjoncture sur le marché des aciers a béton, susceptible de conduire les fournisseurs à supprimer les remises jusqu' alors pratiquées ; qu'ainsi, la presque totalité des hausses invoquées ne peut être rattachée à la survenance d'événements extérieurs et imprévisibles justifiant le cas d'octroi d'une indemnité d'imprévision » et la haute juridiction ajoute « qu'en admettant même qu'une partie des hausses de prix de revient résultent de ruptures d'approvisionnement causées par des grèves dans les cimenteries ou les entreprises de transport et présentent de ce fait un caractère imprévisible, les charges extracontractuelles que la Société Billard et Jardin prétend avoir supportée de ce chef, s'élevant à 361 233 F, ne sauraient être regardées compte tenu du montant du marché, comme ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat ». ²⁴⁵

Dans une affaire similaire, le Conseil d'Etat a statué qu'« il ressort du rapport d'expertise, dont les affirmations concernant les hausses de prix n'ont pas été utilement contredites par les requérantes, que l'application de la clause de variation n'a pas été perturbée par des circonstances présentant un caractère imprévisible ; que, dès lors, le groupement n'est pas fondé à demander une indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision ». ²⁴⁶ On déduit de ce considérant que la clause de variation de prix empêche l'application de la théorie de l'imprévision.

Pourtant, la théorie de l'imprévision peut quand même s'appliquer en présence de clauses de révision de prix dans le contrat pour plusieurs raisons : l'impact des mesures de blocage autoritaire des prix ²⁴⁷ ; si les parties ne sont pas conscientes de tous les effets des

²⁴⁵CE, 19 février 1992, SA Dragages et travaux publics.

²⁴⁶ CE, 19 février 1992, SA Dragages et travaux, n 47265, Lebon tables p.1108 et 1109

²⁴⁷ CE, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, inédit sur Legifrance, Lebon, p.359 :CE, 22 février, Ville d'Avignon, inédit sur Légifrance, Lebon p.115

événements imprévisibles et conditions de l'imprévision ou n'ont pas porté une grande attention à sa rédaction ou qu'ils n'ont pas porté soin à la rédaction de ces clauses et n'ont pas bien prévu l'impact de telles circonstances. En effet, d'après la décision du Conseil d'Etat, dans l'arrêt Commune de Montagnac, l'existence d'une clause de variation des prix n'est pas un obstacle à l'obtention d'une indemnité d'imprévision.²⁴⁸ De plus, dans un autre arrêt le Conseil d'Etat affirme que « nonobstant le jeu de la clause de révision des prix, l'économie générale de ce marché a été bouleversée par une forte augmentation des salaires et d'autres charges pesant sur l'entreprise qui n'était pas prévisible au moment de la signature du marché ». ²⁴⁹Cette logique a été poursuivie par le Conseil d'Etat dans un arrêt plus récent, société anonyme dragage de travaux publics.²⁵⁰

De plus, l'Article 3.3 de la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques prévoit que : « lorsque le marché comporte une clause de révision paramétrique : toutefois, l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée ».

_____ Pourtant, le député Fabrice Verdier a posé trois questions au ministre de l'économie et des finances :

- « Dans l'hypothèse où les pièces du marché mentionnent que les prix feront l'objet d'une variation mais que la formule de variation des prix n'est pas précisée ou est inadaptée à la suite d'une erreur matérielle notamment, l'intégration d'une formule de révision ou à sa correction par voie d'avenant est-elle juridiquement admise ? »
- « Si le marché prévoit une variation de prix et mentionne sa formule de variation mais omet de mentionner l'indice applicable : un avenant peut-il introduire cet indice à appliquer à la formule de variation ? »
- « Dans l'hypothèse où le marché prévoit un indice, subdivisé en plusieurs indices, sans préciser lequel de ces sous-indices sera appliqué, il demande si l'avenant peut intervenir pour le préciser. »

²⁴⁸CE, 27 Juillet 1951, Commune de Montagnac.

²⁴⁹CE, 29 mai 1991, Etablissement public d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines.

²⁵⁰ CE, Société anonyme dragage de travaux publics.

La réponse du Ministre à ces questions est la suivante (JO AN du 1er avril 2014 p. 3034) : « le prix contractualisé est intangible, ainsi que les conditions de son évolution prévues à la signature du contrat, et aucune des parties au contrat ne eut les modifier (articles 17 et 197 du code des marchés publics) [...] « On peut, cependant, admettre qu'un avenant modifie une formule de variation, lorsqu'une erreur matérielle évidente, telle que les cocontractants ne peuvent s'en prévaloir de bonne foi, rend inapplicable cette formule.

Il faut toutefois que la modification soit évidente et s'impose sans discussion : ainsi, une formule prévoyant une partie fixe de 10 % et omettant le coefficient 0,9 devant la part variable (somme des coefficients différente de 1) peut être modifiée pour introduire ce coefficient ».

Concernant la clause d'actualisation, il prévoit que : « Dans le cas où le marché est un marché de travaux qui fait référence au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG travaux), il est alors fait application des stipulations de l'article 10.4.3 de ce cahier qui prévoient une actualisation par défaut sur la base de l'index BT01 – tout corps d'état ou TP01 – index général tout travaux. Seul l'index peut être remplacé par l'index correspondant à la nature exacte des prestations, la formule d'actualisation ne pouvant, elle, être modifiée en cours d'exécution du marché.

Dans les autres cas, aucun avenant introduisant l'actualisation du prix ne pourra être conclu entre les parties. L'actualisation ne sera donc pas possible. La possibilité prévue par le CCAG travaux n'a pas été envisagée pour les autres CCAG, en l'absence d'index ou d'indices susceptibles de représenter à eux seuls une solution par défaut à l'oubli de la formule d'indexation, mais aussi en raison des difficultés que rencontreraient les parties pour se mettre d'accord sur les éléments de substitution, rendant ainsi impossible toute signature d'avenant.

Lorsque la formule de variation des prix est absente ou inadaptée, aucun avenant ne sera possible pour résoudre les anomalies suivantes : omission d'une clause de variation de prix dans un marché n'en prévoyant pas, même alors que celle-ci est obligatoire ; omission de la formule ou des index correspondants, alors que le marché prévoit que le prix est actualisable ou révisable ; éléments de référence incorrects dans la clause de variation, sauf erreur manifeste (par exemple, si l'intitulé est exact mais ne correspond pas au numéro de référence de l'indice ou l'index). »

De plus, dans un arrêt rendu le 20 décembre 2017 « Société Area Impianti »²⁵¹, le Conseil d'État valide la clause d'un avenant ayant eu pour effet de modifier les modalités de variation de prix d'un marché. Un avenant qui supprime les modalités de révision d'un prix pour

²⁵¹ Conseil d'État, 7^e – 2^e chambres réunies, 20 décembre 2017, n° 408562

changer le prix révisable en un prix ferme et définitif, sans que cela bouleverse l'économie générale du marché, est valable. Selon le Conseil d'État, les dispositions de la réglementation des marchés publics « n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme ». Si la décision susmentionnée du Conseil d'État a été rendue en application du Code des marchés publics de 2001, la direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie prévoit dans sa lettre du 11 janvier 2018 la transposition de ce raisonnement aux dispositions de la réglementation qui sont en vigueur.

Si les clauses d'actualisation et de révision des prix permettent dans le cadre de marchés publics de travaux de prendre en compte les changements économiques, les clauses de renégociation et les clauses de variation automatique les prennent en considération dans le cadre de marchés privés de travaux.

Les parties peuvent insérer aussi des clauses de renégociation ou de hardship par lesquelles les parties s'obligent de négocier lorsque des circonstances imprévisibles surviennent au moment de la conclusion du contrat, bouleversant son économie. La clause hardship est la clause « aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie, si un changement intervenir dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (hardship) ». ²⁵² Cette clause fixe les conditions de la négociation entre les parties. Les parties peuvent prévoir qu'en cas d'échec de négociation la partie lésée aura droit à une indemnité ou que les parties auront recours à l'arbitrage.

Pourtant, ces clauses peuvent paraître comme insuffisantes, en ce qu'elles n'offrent à la partie contractant de l'Etat qu'une protection fort limitée face au risque de remise en cause de l'équilibre économique du contrat par l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat-hôte ». ²⁵³ Les concessions pétrolières concrétisent ce problème important.

²⁵²B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause hardship, *Clunet*, 1974, 794, sp. No. 3, p.797, in *Juris-classeur Contrats-Distribution*, Fasc.70 Durée dans les contrats, à jour au 1er octobre 2006, no. 161,p.25

²⁵³D.Roulaut, la rationalisation de l'imprévu dans le droit des contrats publica internes et des contrats d'Etat, *Revue juridique de l'Ouest*, 2018, p.193.

§ 5 : La fin des circonstances imprévisibles

La théorie de l'imprévision suppose des circonstances temporaires qui prennent fin et chaque contractant doit continuer à exécuter ses obligations jusqu'à la fin de ces circonstances. C'est ce qui se produit en cas de rétablissement de l'équilibre contractuel. Le Conseil d'Etat a mentionné dans l'affaire Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux « une fois la période des difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché ». On revient à la situation normale du marché soit pour la disparition de la circonstance imprévue ou la révision du contrat. Dans certains cas, il est impossible ou très difficile de rétablir l'équilibre contractuel dans ce cas le juge décide la résiliation du contrat soit sur demande du contractant ou de l'administration comme dans l'arrêt du 14 juin 2000 du Conseil d'Etat selon lequel : « Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue une force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation. A demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire »²⁵⁴

§ 6 : Les dispositions législatives sur l'imprévision

Les changements économiques drastiques pendant les deux guerres mondiales ont incité le législateur à adopter des mesures face à l'imprévision. La loi du 21 janvier 1918 dite loi Faillot relative aux marchés commerciaux conclus avant la 1^{ère} guerre mondiale octroie au juge deux facultés : la résiliation ou la suspension des contrats commerciaux mais aussi des contrats mixtes conclus avant le 1^{er} août 1914 sur des livraisons des marchandises ou de denrées, ou sur des prestations successives ou à terme si pendant la 1^{ère} guerre mondiale des circonstances ont rendu l'exécution du contrat onéreux par le contractant. Il s'agit d'une mesure provisoire adoptée jusqu'au 31 Juillet 1920. De plus, il s'agit aussi de la loi du 29 Juin 1935 promulguée entre les deux-guerres sur le prix de vente des fonds de commerce. De plus, a été édicté la loi no 49-547 du 22 avril 1949 « qui prévoyait que les contrats à exécution successive ou différée conclus avant le 2 septembre 1939 pouvaient être résiliés à la demande de l'une ou l'autre des parties, à condition que cette demande intervienne avant le 1^{er} juillet 1949 ». ²⁵⁵

²⁵⁴CE, 14 juin 2000, Commune de Sraffefeldten.

²⁵⁵A. Parent, l'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de droit

Enfin, il s'agit de la loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports et l'article 18 de la loi du 19 décembre 2005 de mise en œuvre de plan de relance économique dans les marchés publics.

Les tribunaux français permettaient la révision des droits féodaux et des droits emphytéotiques pour changement de circonstances puisque ces droits résultent de contrat à exécution continue pour une longue durée.²⁵⁶

Plus récemment, la définition de la théorie de l'imprévision a été établie par le Code de la commande publique (CCP) entré en vigueur le 1^{er} avril 2019. L'article L.6, alinéa 2, point 3° de ce Code prévoit qu'un contrat puisse être modifié lorsque a lieu un événement « extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat ».

§ 7 : Les situations de l'intervention judiciaire malgré les clauses d'imprévision

Est-ce que le contractant peut recourir au juge alors que les parties ont stipulé dans le contrat des clauses de variation ou révision des prix en fixant les modalités de révision ?²⁵⁷ En principe, les conventions conclues entre l'administration et le contractant pour aménager les conséquences des circonstances imprévisibles empêchent le juge d'intervenir, son rôle se limite à interpréter le contrat à la lumière de la commune intention des parties. Pourtant, la réponse du Conseil d'Etat est affirmative dans deux cas : 1) le premier s'il n'était pas possible d'appliquer les conditions stipulées dans le contrat et dans la plupart des situations cela revient à des législations qui fixent les prix et les rémunérations comme c'est le principe tiré du Conseil d'Etat dans l'arrêt Ville d'Elbeuf²⁵⁸ 2); et dans le second cas lorsque « la clause en fait, n'a pas joué dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties », par exemple s'il a été stipulé dans le contrat que la contrepartie de l'obligation du contractant augmentera à un certain

Université McGill, Montreal, 2014 p.32

²⁵⁶H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.77.

²⁵⁷A. Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.126

²⁵⁸ CE, Ville d'Elbeuf, 15-7-1949

montant en cas de survenance d'un événement imprévu alors que, suite à la survenance de l'événement dont les conséquences sont imprévisibles, cette augmentation ne permet pas de soulager le caractère onéreux de l'obligation ou lorsque des circonstances nouvelles ont été influencées par des éléments non couverts par l'accord des parties.²⁵⁹

Pourtant, la position actuelle en droit administratif fait un obstacle à l'intervention du juge lorsque des clauses contractuelles aménageant les conséquences de l'imprévision sont insuffisantes ou imprécises ou lorsque la clause n'a pas joué dans les conditions normales conformément aux prévisions des parties. En effet, le ministre de l'économie prévoit l'intangibilité du prix contractualisé et ses conditions d'évolution sauf en cas d'erreur matérielle évidente et c'est uniquement par avenant qu'une formule de variation du prix peut être modifiée. Mais, une insuffisance ou imprécision dans la clause de révision de prix ne constitue-t-elle pas un réel obstacle au traitement de l'imprévision ? Ne faut-il pas revoir la position et considérer cet obstacle comme une erreur matérielle évidente ? Que se passera-t-il en cas de situation de blocage, lorsque les parties ne conviennent pas par avenant de s'entendre sur les modalités de modification de la formule de variation de prix ? Il est à rappeler les dispositions de l'article 1167 du Code civil selon lesquelles : « lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe plus ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ». Une large marge de manœuvre est laissée par la jurisprudence aux juges du fond pour déterminer l'indice de référence en cas d'imprécision de celui-ci dans la clause d'indexation ou remplacer l'indice par un autre qui a disparu.²⁶⁰ Cet article fournit une piste de réflexion en droit administratif.

SECTION II : L'admission de l'imprévision en Droit administratif des pays arabes.

§ 1 : Les dispositions législatives sur l'imprévision

Comme le Droit administratif français, le Droit administratif des pays arabes n'admettait pas cette théorie de l'imprévision. En effet, en l'absence d'un texte spécial permettant d'adopter la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, c'est la même conception législative

²⁵⁹ CE, Société des grands travaux de Marseille, 2-2-1951, Rec, p.68

²⁶⁰ Cass.civ.3e, 12 janv.2005, 03-17.260.

qu'en Droit privé qui s'applique, à savoir l'intangibilité des contrats et le principe du respect de la liberté contractuelle. Le juge ne peut intervenir que pour interpréter les contrats à la lumière des stipulations contractuelles sans rien modifier ou ajouter même en la survenance des circonstances exceptionnelles.

La position de la doctrine était instable. Certains auteurs ont refusé l'application de la théorie de l'imprévision en droit administratif et d'autres ont approuvé son application. Puis, cette théorie a été adoptée dans différents articles, l'article 147 de la Constitution de 1971 et le système de dispositions coutumières prévu aux articles 45 et 144 de la Constitution de 1971. Ainsi que la loi de 1923 sur les dispositions coutumières, remplacée par la loi n ° 533 de 1954, la loi n ° 162 de 1958 sur l'état d'urgence, la loi n ° 148 de 1959 sur la protection civile et la loi n ° 87 de 1960 sur la mobilisation publique. L'article 22 bis du Code égyptien d'achats et de ventes No. 191 pour l'année 2008 édicte que : « Dans les contrats d'une durée de six mois ou plus, l'autorité contractante doit modifier à la fin de chaque trois mois la valeur du contrat en fonction de l'augmentation ou de la diminution survenue après la date déterminée pour l'ouverture des enveloppes techniques ou après la conclusion du contrat reposant sur la commande d'achat directe et selon les transactions déterminées par le contractant dans son offre et conclues sur la base de celles-ci, cette modification lie les parties au contrat. Toute convention contraire est nulle. Le règlement d'application de cette loi précisera les mécanismes relatifs aux variations de prix dans différents cas. »

Le droit administratif a adopté la théorie des circonstances imprévues par la promulgation de la loi du Conseil d'Etat égyptien N°112 pour l'année 1946 pour deux raisons ²⁶¹:

Premièrement, le droit administratif vise à concilier l'application de la règle de droit et l'intérêt général parce que si les circonstances exceptionnelles ne sont pas prises en considération, les entités offrant des services publics seront mises en faillite, ce qui est contraire à l'intérêt général. En effet, le droit administratif a fait exception au principe de l'intangibilité des contrats en application de l'intérêt général et de l'impératif supérieur de la continuité du service public. L'application rigide du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs découragerait les personnes privées et les entreprises de contracter avec les autorités administratives, ce qui aurait indéniablement un impact négatif sur la continuité du

²⁶¹A. Sanhourj, El Wasit, op.cit, Partie 1 p.551

service public.²⁶² Il convient lorsque l'exécution de l'obligation devient plus onéreuse que l'autorité administrative partage avec le débiteur les pertes. Il s'agit d'une collaboration partielle, cela n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un événement relevant de la force majeure contribuant à la résiliation du contrat administratif.²⁶³

Seconde raison, l'évolution du droit administratif n'est pas contrariée par des règles de droit comme c'est le cas en droit privé.²⁶⁴ Il s'agit d'un droit qui est fait par la jurisprudence. Les règles du droit administratif sont flexibles et le législateur peut les modifier ou en ajouter d'autres pour s'adapter aux circonstances et à l'évolution de la société. De plus le droit administratif est régi par la jurisprudence contrairement au droit privé où des législations rigides régissent ce droit. Il fallait que le droit égyptien évolue pour admettre d'autres théories que la force majeure et admettre que le caractère onéreux de l'obligation implique le changement des stipulations contractuelles.

Par conséquent, la théorie de l'imprévision a été bien cultivée sur le terrain du droit administratif et a été connue par le droit international public.²⁶⁵

Le droit administratif a adopté cette théorie. En effet, l'article 6 de la loi sur les services publics N.129 pour l'année 1947 édicte que « En l'occurrence des circonstances imprévues et indépendantes de la volonté de créancier ou du débiteur de l'obligation aboutissant à un déséquilibre monétaire du contrat ou à la modification de son entité économique par rapport à sa stabilité économique pendant sa conclusion, le créancier peut modifier le barème des prix et peut intervenir en cas de besoin pour modifier les règlements d'encadrement ou de l'exploitation des services publics pour permettre au débiteur de continuer à les exploiter de même, il peut décider la réduction des profits excessifs dans la limite du raisonnable ». Puis, le droit administratif égyptien a généralisé l'application de cette théorie à tous les contrats administratifs.²⁶⁶

²⁶²S. El Tamawy : Le précis en droit administratif, la maison de la pensée arabe, 1967, p.559.

²⁶³S. Yacoub, La résiliation du contrat administrative pour l'apparition des circonstances imprévues, Université Koufa, 2008, p.147.

²⁶⁴ A. Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.30.

²⁶⁵A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, op.cit, Partie I, p.522

²⁶⁶S. El Tamawy : le précis en droit administratif, la maison de la pensée arabe, 1967, p. 663-664. M.Abou Emara : le droit administratif, partie 2, l'activité de l'administration générale en Palestine, 4eme version, 2007, p.107. S.Aly, théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et dans la Charia Islamique « Etude Comparée, la maison du livre, Egypte, 2007, p.24-25.

§ 2 : L'adoption jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision en droit administratif

Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt en date du 30 juin 1957 comparant le droit administratif et le droit privé sur l'adoption de l'imprévision statuant que le droit administratif a fait une exception au principe de l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat et a adopté l'imprévision dans un souci d'établir l'équité et pour assurer le principe fondamental de la continuité du service public. Le Conseil d'Etat a décidé dans sa longue décision du 30 juin 1957 que la compensation peut être demandée pendant la durée du contrat ou après tant que le contractant de l'administration n'a pas cessé de continuer à exécuter ses obligations contractuelles, comme le confirme un arrêt du Conseil d'Etat libyen.²⁶⁷

D'autres arrêts ont été rendu par le Conseil d'Etat sur l'imprévision à savoir l'arrêt du 11 mai 1968 où le Conseil d'Etat statué que « l'application de la théorie de l'imprévision dans la doctrine et la jurisprudence dépend de la survenance pendant l'exécution du contrat administratif de circonstances naturelles, économiques ou du fait d'une autorité administrative autre que l'autorité administrative contractante ou du fait d'une autre personne et qui n'ont pas été prévues pendant la conclusion du contrat et qui ne pouvaient pas être empêchées ou évitées par les parties, contribuant à des pertes énormes et à l'ébranlement manifeste de l'équilibre contractuel. Par conséquent, l'autorité administrative contractante doit partager les pertes avec le contractant pendant la durée de la circonstance imprévisible, afin de garantir l'exécution du contrat administratif et la continuité du service public et le juge se contente de décider une compensation sans modifier les obligations contractuelles des parties». ²⁶⁸ La théorie de l'imprévision diffère de celle de l'équilibré économique du contrat dans la mesure où un contractant doit indemniser l'autre pour tous les dommages causés alors que la théorie de l'imprévision suppose un partage de pertes entre le créancier et le débiteur, si la perte dépasse le montant normal de la perte connu en pratique. Pour cela l'administration partage la perte avec le débiteur dans un souci d'équité. ²⁶⁹En application de ces principes aux faits de l'espèce, « si le gouvernement du Caire a décidé de déplacer des bateaux sur le Nil pour qu'ils fassent une croisière du Caire à Helwān, Hawamdeya et Centre du Saf, ce qui constitue une circonstance imprévisible pour le contractant et inévitable par celui-ci et bouleverse l'économie du contrat ».

²⁶⁷CE Libyen, 2 Avril 1980, No.23, année judiciaire 25

²⁶⁸CE, 11 mai 1968, année judiciaire 13, page 874

²⁶⁹A.Fouda, L'impact de l'imprévision et de la force majeure à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, ElMaaref, Alexandrie, p.39.

Le Conseil d'Etat a décidé sa compensation partielle afin de continuer à exécuter ses obligations envers le gouvernement du Caire.

Le Conseil d'Etat égyptien est le premier des Conseils d'Etats des pays arabes à adopter la théorie de l'imprévision en droit administratif. Le Diwan Elmazalem équivalent au Conseil d'Etat en Arabie Saoudite reconnaît la théorie de l'imprévision en droit administratif avec les mêmes conditions. Elle s'applique pour "tout événement général, survenant après la conclusion du contrat qui est imprévisible et rend l'obligation du débiteur onéreuse, dépassant les limites normales de la perte ». Le Diwan Elmazalem décide l'attribution de l'indemnité au contractant lorsque l'imprévision bouleverse l'économie du contrat.²⁷⁰ Avant de conférer la compétence de décider l'indemnisation en matière d'imprévision au Diwan Elmalazalem en Arabie Saoudite, le Conseil des ministres remplissait ce rôle. Il a ainsi rendu plusieurs décisions sur l'imprévision²⁷¹ puis, en date du 16 mai 1976, le Conseil des ministres de l'Arabie Saoudite dans sa décision No.818 s'est vu conféré le droit de se prononcer sur les demandes des contractants des autorités administratives en cas d'imprévision et de décider l'indemnisation du contractant. Puis, avec l'émergence du système du Diwan en 1982, Le Diwan Elmazalem est compétent en matière de l'indemnisation pour imprévision. L'article 13 du décret royal No.78/M en date du 19/09/1428 Hégirienne édicte que les tribunaux administratifs sont compétents en matière de contentieux relatifs aux contrats administratif où l'Etat est une partie contractante, et les autres contentieux administratifs. Par conséquent, le Diwan Elmazalem est compétent en matière de l'indemnisation pour survenance de l'imprévision et la restitution de l'équilibre contractuel.

§ 3 : Les conditions d'application de la théorie de l'imprévision

Concernant les conditions d'application de la théorie de l'imprévision, ce sont les mêmes conditions poursuivies par tous les Conseils d'Etats des pays arabes. Il faut une caractérisation des circonstances imprévues par les parties au moment de la conclusion du contrat qui rendent l'exécution des obligations plus onéreuses par le débiteur.

²⁷⁰Jugement du Diwan Elmazalem, No.28, D/1/3 pour l'année 1422, arrêt No.12/1/K et jugement 22/D/3, année 2003.

²⁷¹ Décision du Conseil des ministres de l'Arabie Saoudite sur la restitution de l'équilibre économique du contrat administratif conformément à la théorie de l'imprévision, décision No.1255 en date du 8/12/1968 et décision du conseil des ministres No.566 en date du 15/10/1967.

Il peut s'agir d'une circonstance politique, économique, naturelle ou administrative mais ne doit pas émaner de l'autorité administrative contractante, sinon il s'agira du fait du prince. La théorie du fait du prince résulte d'aléas administratifs et non pas d'aléas économiques ; l'administration qui a contracté aggrave et complique les conditions d'exécution du contrat. Il peut s'agir aussi de mesures particulières, des actes matériels. Le Conseil d'Etat peut prendre comme mesure particulière l'exécution de projets publics dans des endroits proches des travaux effectués, objet du contrat, certains auteurs prévoyant que rien n'empêche le bénéfice de l'application de la théorie de l'imprévision lorsque le demandeur ne bénéficie pas de la théorie du fait du prince. En effet, « Si cela n'est pas susceptible de l'application du fait du prince il le sera pour la théorie de l'imprévision ». ²⁷² Le contractant lésé peut bénéficier de la théorie de l'imprévision s'il n'a pas pu bénéficier de la théorie du fait du prince.

L'imprévision est appréciée par les juges du fond en fonction des circonstances lors de la conclusion du contrat et de leur degré d'exceptionnalité. ²⁷³ Le Conseil d'Etat égyptien a rendu un arrêt en date du 17 Juillet 1954 statuant que : « la décision du conseil des ministres sur la réduction de la valeur du livre égyptien par rapport au dollar est une circonstance exceptionnelle générale en application de l'article 147 alinéa 2 du Code civil et que les contractants ne peuvent pas prévoir pendant la conclusion du contrat et même si la réduction par le gouvernement de la valeur de la monnaie devrait être prévue par les parties, il s'agit d'une réduction très importante, les conséquences de cette décision sont très importantes et influent beaucoup sur l'équilibre financier du contrat, dépassant les prévisions du contractant au moment de la conclusion du contrat ».

En outre, la circonstance doit être imprévue pour les parties contractantes. Le Conseil d'Etat dans son arrêt rendu en date du 9 Juin 1962 a statué que « Si l'augmentation importante du prix du mercure a été prévue par les parties concernant le second contrat, l'étendue de cette augmentation est imprévisible pour ce contrat en effet, le prix pendant la conclusion du premier contrat était de 600 Millième par kilo et son prix augmenté à 2 livres égyptiennes et 880 Millième dans le second contrat puis atteint 4 livres et 50 Millième pendant l'achat et donc la théorie de l'imprévision s'applique dans ce cas ». ²⁷⁴ La simple hausse des prix n'est constitutive de circonstance imprévisible. Selon le Conseil d'Etat égyptien, « si la société qui a formé un pourvoi

²⁷²A.Fouda, l'impact de l'imprévision et de la force majeure à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, ElMaaref, Alexandrie, p.59.

²⁷³M.AbdelBasset, le droit administratif, la maison de la pensée arabe, 2001, p.884

²⁷⁴CE, 9 Juin 1962, année judiciaire 7, p.1024.

en cassation avait pour intention d'exécuter ses obligations contractuelles de bonne foi, elle aurait prévoir l'augmentation des prix ».²⁷⁵

De plus, il faut que les circonstances imprévues rendent l'exécution du contrat plus onéreuse pour le débiteur et que le montant de la perte dépasse celui connu en pratique.²⁷⁶ En effet, la perte normale n'ouvre pas droit à l'application de la théorie de l'imprévision.²⁷⁷ La simple baisse de profits n'est pas constitutive d'une perte exorbitante.²⁷⁸ Le Conseil d'Etat Département des Fatwas et de la législation n'a pas considéré la taxe sur les ventes pour les entreprises comme ouvrant droit à l'application de la théorie de l'imprévision car, la perte n'est pas onéreuse et les entreprises peuvent bien la supporter.²⁷⁹ Tant que la circonstance imprévue n'a pas rendu l'exécution des obligations onéreuse, le contractant n'a pas droit à invoquer la théorie de l'imprévision. De plus, il faut que l'exécution onéreuse de l'obligation par le contractant résulte d'un véritable bouleversement de l'équilibre contractuel. Comme prévu par le Conseil d'Etat égyptien.²⁸⁰ Le tribunal du Tamiz Irakien dans son jugement rendu le 30/5/1981 a déclaré qu'il ne suffit pas que l'exécution des obligations devienne plus difficile mais, il faut un bouleversement de l'équilibre contractuel. En effet, celui-ci a statué que : « Si le coût des matières premières s'est élevé et la rémunération de la main d'œuvre, le contractant n'a pas le droit de demander l'augmentation de sa rémunération même si l'exécution des obligations devient difficile tant que l'équilibre contractuel entre les obligations des parties ne s'est pas bouleversé et que le fondement de l'évaluation financière du contrat de construction continue à exister ».²⁸¹ En effet, le Conseil d'Etat égyptien a statué que : « En considérant le bouleversement économique du contrat, il faut prendre en considération tous les facteurs qui influent sur l'économie du contrat et de procéder à une appréciation globale du contrat et non pas clause par clause et de prendre en considération tous les facteurs qui ont contribué à la perte ».²⁸²

Afin de pouvoir bénéficier de l'indemnité d'imprévision, le contractant ne doit pas, par intention ou négligence, contribuer à cette circonstance. Il faut aussi que cette circonstance soit inévitable pour le contractant de l'administration qui n'a pas pu l'empêcher. Il est aussi à noter que le contractant doit continuer à exécuter ses obligations jusqu'à la fin de la

²⁷⁵CE égyptien, 9 Juin 1962, année judiciaire 7, p.1024.

²⁷⁶M. El Helw, Le droit administratif, les publications universitaires, Alexandrie, 1998, p 612, S.Gamaledin, les principes du droit administratif, partie 2, les publications universitaires, 1996, p.766.

²⁷⁷CE, 19-6-1990, année judiciaire 14, p.261

²⁷⁸CE, 16-12-1997, pourvoi no.1749, année judiciaire 37

²⁷⁹ CE, Fatwa no.328, session 28-4-1993

²⁸⁰CE, 8 mai 2001, pourvoi no.5955, année judiciaire 43.

²⁸¹M. El Gabouri, les contrats administratifs, 1989, p.203.

²⁸²M.AbdelBasset, *op.cit*, p.887.

circonstance imprévisible.²⁸³ Ces conditions d'application de l'imprévision en droit égyptien sont les mêmes que celles en droit administratif Soudanais inspiré par le droit égyptien. Le Conseil d'Etat dans son arrêt Awad El Karim Mohamed Abou Agour contre l'autorité du chemin de fer rendu en date de 1974 a énuméré les conditions d'application de la théorie de l'imprévision et prévoit la généralité de l'événement comme condition d'application de la théorie de l'imprévision. En l'espèce se prévalant de l'imprévision, Monsieur Awad a considéré la fermeture des frontières comme événement imprévisible alors qu'il a arrêté la livraison des marchandises lorsque les prix ont augmenté graduellement dans la période avant la clôture des frontières passant à 94 livres au lieu de 70 livres. Le Conseil d'Etat a décidé que l'imprévision s'applique comme exception au principe de la force obligatoire du contrat et ne s'applique que lorsque l'événement imprévu menace toutes les personnes ou une catégorie de personnes, qu'il soit rare, imprévisible et rendant l'exécution des obligations onéreuse pour le débiteur le menaçant par une perte exorbitante et non pas par la perte normale.²⁸⁴

Appliquant les conditions d'application de la théorie de l'imprévision en pratique, la question qui se pose est de savoir si les révolutions des pays arabes sont des circonstances imprévisibles. Les révolutions des pays arabes sont bien évidemment des circonstances imprévues qui ont eu un impact majeur sur l'exécution des contrats et des projets en raison des grèves entraînant la baisse de la production et des problèmes économiques et industriels. La théorie de l'imprévision s'applique aux contrats exécutés pendant les révolutions des pays arabes. Les circonstances sont générales, imprévisibles pour les parties au contrat, l'exécution du contrat est onéreuse pour plusieurs raisons : la clôture des usines, l'insécurité, la baisse de la main d'œuvre contribuant ainsi à l'augmentation des prix en général, le prix des matières premières, le prix du transport et le coût de la main d'œuvre, et donc le bouleversement de l'équilibre économique du contrat. Ces révolutions constituent bien des circonstances susceptibles de permettre l'application de la théorie de l'imprévision et requièrent l'intervention du juge dans les contrats administratifs pour décider l'indemnisation du contractant ou pour l'aider à diminuer l'impact de l'imprévision et supporter une partie de la perte.²⁸⁵ La période qui s'étend du 25

²⁸³ CE, 30-11-1985, pourvoi 2541 année judiciaire 29.

²⁸⁴ Arrêt du 3/1/1963, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 14, p.37, arrêt 21/3/1964, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 14, p.347, arrêt du 10/5/1962, pourvoi no.359, année judiciaire 26, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 13, p.29, no.95, arrêt 2/7/1964, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 15, page 895.

²⁸⁵ Les circonstances imprévisibles et leurs impacts sur le contrat administratif en Arabie Saoudite, étude comparée) Revue des recherches juridiques, économiques et législatives, 2013, p.97

janvier 2011 jusqu'au 30 juin 2013 est susceptible de bénéficier l'application de la théorie de l'imprévision.

§ 4 : Les modalités et conditions de versement de l'indemnité d'imprévision

Le Conseil d'Etat égyptien²⁸⁶ a statué qu' « une fois que les conditions de l'imprévision sont réunies, la partie lésée peut demander une indemnisation soit pendant l'exécution du contrat ou après avoir exécuté ses obligations contractuelles... » et le contractant doit attendre l'exécution du contrat pour demander une indemnité s'il était impossible d'évaluer les pertes résultant des circonstances imprévisibles.

La question qui se pose est de savoir si les parties peuvent insérer une clause dans le contrat qui exclut l'indemnisation du contractant. La réponse est négative tant que l'indemnisation du contractant a comme conséquence le maintien de la continuité du service public. Le Conseil d'Etat dans son arrêt rendu le 14 avril 1960 a statué que l'administration « ne peut pas imposer une clause empêchant le contractant de se prévaloir de la force majeure ou de l'imprévision si toutes leurs conditions sont réunies ».

Le débiteur est-il obligé par le juge d'exécuter ses obligations contractuelles malgré les pertes qu'il subit à l'occasion des circonstances imprévisibles ou bien est-il exonéré de l'exécution de ses obligations comme en cas de force majeure rendant l'exécution du contrat impossible ? ²⁸⁷

Le Conseil d'Etat égyptien a souligné que " La théorie de l'imprévision est fondée sur l'idée de la justice abstraite qui est la base du droit administratif, dont le but est la satisfaction de l'intérêt public, ainsi le fondement de cette théorie est d'assurer la continuité du service public, l'efficacité de la mise en œuvre des affaires administrative, la rapidité et la rigueur dans leur exécution. En effet, le contractant doit se collaborer avec l'autorité administrative pour assurer l'intérêt général en exécutant ses obligations de bonne foi et en contrepartie d'un prix juste ce qui implique que les deux parties se collaborent pour faire face aux défis affrontés lors de l'exécution du contrat ».

²⁸⁶ Arrêt du 14 Avril 1960, année 14, p.36

²⁸⁷M. AbdelBasset, *op.cit.*

Le juge a décidé que le contractant est tenu de continuer d'exécuter le contrat malgré les circonstances imprévues à défaut d'être privé de recevoir l'indemnisation ou de déduire les pénalités de retard du montant de l'indemnisation, lorsque l'entreprise contractante s'est arrêtée de fournir le mercure pour l'augmentation de son prix et que l'Etat a acheté sur son compte avec les prix élevés. Le Conseil d'Etat égyptien dans son arrêt rendu en date du 9 Juin 1962 a statué que : « la société est tenue de payer des pénalités de retard et frais administratifs surchargés par l'administration à l'occasion de l'opération d'achat ». Le seul cas où le contractant serait exempté de payer des pénalités de retard et aurait droit à suspendre l'exécution du contrat est la situation de la force majeure.

Certes le contractant est tenu de continuer à exécuter ses obligations mais, il peut demander la collaboration financière de l'administration. Une fois les conditions d'application de la théorie de l'imprévision réunies, le juge intervient pour modifier le contrat en remettant l'obligation excessive à la limite du raisonnable. Le droit administratif consacre la théorie de l'imprévision. En effet, aucun empêchement légal ne pourrait s'opposer à la modification du contrat conclu entre l'administration et le contractant sur la gestion d'un service public si des circonstances aggravantes et imprévisibles ont rendu l'exécution de ses obligations plus onéreuse.²⁸⁸ Les parties sont tenues « de renégocier le contrat face aux circonstances imprévues bouleversant l'équilibre contractuel afin de remettre les obligations contractuelles à la limite du raisonnable et par conséquent, éviter que la partie lésée supporte la totalité des pertes ». ²⁸⁹

La contribution de l'autorité administrative dans les pertes est partielle dans la mesure où le débiteur supporte l'autre partie de la perte pour rétablir l'équilibre contractuel bouleversé par la survenance de circonstances imprévues. Ainsi, l'autorité doit compenser partiellement l'autre partie contractante dans la limite de la perte excessive, l'administration doit garantir au contractant un certain profit dans l'opération financière, tout excès dans cette perte oblige l'administration à compenser l'autre partie contractante.²⁹⁰ Les parties contractantes doivent collaborer et partager les risques liés à l'imprévision ensemble selon le Conseil d'Etat Egyptien²⁹¹ et selon Diwan ElMazalim de l'Arabie Saoudite, « la perte anormale est supportée par les contractants ». ²⁹² Le Conseil d'Etat égyptien considère que la clôture du point de passage de

²⁸⁸A.Elnakib : Théorie du contrat, publications Owaydeyat, Beyrouth, 1988, p.392.

²⁸⁹M.Mansour, La théorie générale des obligations, "source d'obligations", maison de la nouvelle université, Egypte, 1999, p.193.

²⁹⁰M.AbdelBasset, op.cit, p.884.

²⁹¹Pourvois no.1223 et1224, année judiciaire 27.

²⁹²Diwan El Mazalim, ensemble des principes législatifs et organisationnels, session 18-2-1400 Hégirienne, pourvoi no.129, année hégirienne 1398.

Rafah par les Israéliens en 2006, une circonstance imprévisible qui requiert le partage des pertes entre l'Etat égyptien et ses contractants privés. Le Conseil d'Etat n'a pas accepté le pourvoi présenté par l'un des contractants qui est l'autorité générale des ports terrestres revendiquant son exemption du paiement du loyer pendant les mois de septembre, octobre, novembre 2006 à l'occasion d'un contrat de bail conclu avec l'Etat pour le chargement et le déchargement des bagages des passagers. Par contre, l'Etat a réduit le montant du loyer d'un pourcentage de 16% pour le mois de septembre et 18% pour le mois d'octobre.

Dans une autre affaire, la 3eme section du Conseil d'Etat Egyptien « section des contrats et des compensations » a décidé dans son jugement l'obligation des détenteurs de capitaux de supporter les pertes résultant de la révolution du 25 janvier 2011, affectant les contrats conclus par l'Etat et les détenteurs de capitaux exerçant des activités touristiques. Le Conseil d'Etat égyptien n'a pas fait droit à la demande d'un village touristique dans le gouvernorat de la Mer rouge tenant à son exemption totale du paiement des loyers annuels pour la période qui s'étend entre la révolution du 25 janvier 2011 jusqu'à la révolution du 30 juin 2013 et l'a obligé à participer avec l'Etat aux pertes résultant de ces deux révolutions. Le Conseil d'Etat a imposé aux détenteurs de capitaux de participer à un pourcentage de 75% de pertes et le support par l'Etat des 25% restants. Demandant son exemption totale du paiement des loyers, le village touristique a invoqué l'article 12 du contrat conclu entre l'Etat et le gouverneur de la Mer rouge stipulant qu'en cas de force majeure ayant un impact sur le tourisme en Egypte, l'autre partie s'exonérerait du paiement de la totalité du montant du loyer. Pourtant, le Conseil d'Etat a statué que la révolution du 25 janvier 2011 et celle du 30 juin 2013 sont des événements qui relèvent de circonstances imprévisibles et ne sont pas des situations de force majeure permettant l'exonération du débiteur de ses obligations contractuelles.²⁹³

D'ailleurs, le gouverneur de la Mer rouge a annoncé trois décisions réglementaires par suite de ses révolutions affectant sévèrement le secteur touristique :

- Imposer aux propriétaires d'institutions touristiques de la mer rouge de réduire le prix du loyer à 25% pour la période qui s'étend entre 1/1/2012 jusqu'au 30/6/2012.

²⁹³ Le Conseil d'Etat : La participation des détenteurs de capitaux avec l'Etat pour supporter les pertes de 25 janvier, El Wattan, 24 Janvier 2018. Disponible sur : <https://www.elwatannews.com/news/details/2990149?fbclid=IwAR2aNODo4dIMycgxTLtAu-zOUgX4EcgNcbCztqul1oOEfetT6OFsSBDBAv4>

- -imposer aux propriétaires d'institutions touristiques de la mer rouge de réduire le prix du loyer à 25% durant trois mois : Juillet, Aout et Septembre.
- Imposer aux propriétaires d'institutions touristiques de la mer rouge de réduire le prix du loyer à 20% entre mars 2013 et septembre 2013.

Il s'agit donc d'un mécanisme différent de la force majeure, résiliant les obligations contractuelles de plein droit. Toute clause exonérant le débiteur de sa responsabilité est nul car contraire aux principes du droit administratif. Les deux contractants doivent participer aux pertes.

Le secteur de la construction est confronté à de nombreux défis ces derniers temps en raison de l'augmentation du coût de la mise en œuvre des projets et le coût de la production suite aux récentes inflations du dollar qui ont contribué aux pertes des entreprises. Les entreprises exerçant leur activité dans les stations de l'eau, stations d'électricité et les réseaux sont les plus influencés par cette crise dans la mesure où elles importent la majorité de leurs matières premières de l'étranger ce qui leur impose d'effectuer le paiement en dollar. L'ingénieur Daker Abdellah, membre du conseil d'administration de la Fédération égyptienne des entrepreneurs et du secteur de la construction, a invoqué l'application de la théorie de l'imprévision adoptée par le Code civil dans les contrats conclus entre l'Etat et les entreprises contractantes dans son article 147 alinéa 2. En effet, le secteur de l'entrepreneuriat souffre des circonstances imprévisibles depuis février 2015 lorsque Hicham Ramez, l'ancien gouverneur de la Banque centrale a pris la décision d'imposer des restrictions sur le marché des changes, de fixer un montant de 50 000 \$ par mois comme limite maximale de dépôt en espèce en monnaie étrangère. Il s'agit des effets pervers de la décision de la Banque centrale en date du 3 novembre 2017 sur la libéralisation du taux de change qui a contribué à la hausse des prix des matières premières nécessaires à la mise en œuvre des projets. La crise a connu son apogée suite à la décision du premier ministre, l'ingénieur Sherif Ismail No.2807 pour l'année 2016 d'augmenter le prix des matières pétrolières comme d'autres matières premières : le ciment, céramique, porcelaine, bois et sable. Abdellah a estimé que le prix des matières premières a augmenté de 70% environ et notamment les produits qui sont importés de l'étranger. Par conséquent, l'entrepreneur supporte les pertes au détriment de sa marge de profit, qui n'étaient pas prévus lors de la conclusion du contrat.²⁹⁴

Dans le cadre de la théorie de l'imprévision, les deux parties au contrat supportent une partie de la perte et il convient que l'autorité administrative aide le contractant lésé. Il convient également que le contractant puisse présenter la preuve de la réalisation des circonstances

M. Abdelraouf, entreprises : l'application de la théorie de l'imprévision limite les pertes du secteur,²⁹⁴ *revue el mal*, 5 décembre 2016, Disponible sur : <https://www.almalnews.com/Story/313455/16>
 تطبيق-نظرية-الظروف-الطارئة-يحد-من-خسائر-القطاع; p.1

imprévisibles après la date d'ouverture technique des enveloppes et sa continuation pendant la période d'exécution du contrat.

Un comité technique, financier et juridique doit être formé pour discuter de la nature de la situation et des conditions d'application de la théorie au contrat en question et vérifiant si les circonstances rendent l'exécution de l'obligation onéreuse pour le débiteur. Il a ajouté que le comité doit établir un examen du changement qui comprend la différence entre les prix convenus dans le contrat et les prix surchargés par le contractant au moment d'exécution du contrat à la suite de la survenance des circonstances imprévisibles. Puis, le comité doit inviter les parties pour se mettre d'accord sur le nouveau prix, et en cas de contestation sur le prix par l'une des parties, celle-ci aura le droit de recourir à la justice.

Selon Mohamed Lakmeh²⁹⁵ membre du conseil d'administration de la Fédération égyptienne des entrepreneurs et du secteur de la construction et président du conseil d'administration de la société Détails entrepreneuriat, la théorie de l'imprévision s'applique aux contrats de construction dans les pays étrangers afin de protéger les entreprises des pertes exorbitantes si des événements imprévisibles sont apparus pendant l'exécution du contrat. Les entreprises fixent un pourcentage de 5% comme marge de risque prise en considération si de tels événements apparaissent. De plus, Lakmeh a déclaré que le secteur de l'entrepreneuriat a été confronté récemment à des défis majeurs et imprévisibles à savoir la montée du dollar par rapport à la livre égyptienne en raison du flottement de cette dernière, contribuant à la hausse de la valeur des matières premières et du prix du transport à 35 % en plus. Le président Abdel-Fattah Al-Sisi a publié la loi n° 208 pour l'année 2017 modifiant certaines dispositions de la loi sur la taxe sur la valeur ajoutée promulguée par la loi n° 67 de 2016 afin d'augmenter la valeur de la taxe sur la valeur ajoutée à 14 %.

Les défis actuels surmontent ceux de l'année 2003 de manière à ce que l'Etat n'intervienne pas pour dédommager ces entreprises et payer la différence entre les prix. La loi n° 5 de 2005 sur la modification des prix a sélectionné certains éléments comme sujet de détermination du calcul des différences de prix du fer et du ciment uniquement en omettant d'autres matières premières. Le fer et le ciment représentent 20% du coût des matières premières ce qui explique que 80% de ces matières ne sont pas pris en considération dans le calcul de la différence des prix et par conséquent, les sociétés entrepreneuriales supportent seules les charges de la modification des prix, ce qui est injuste.

²⁹⁵Ibid, p2.

D'après l'ingénieur Mohamed Abdel Raouf, membre du conseil d'administration de la Fédération égyptienne des entrepreneurs et du secteur de la construction, la période actuelle requiert l'exécution de procédures urgentes et nécessaires à l'application de la théorie de l'imprévision afin d'aboutir à des solutions pour la compensation des pertes de ces sociétés.

Si le juge dispose de la faculté d'imposer à l'administration de se charger partiellement des pertes, peut-il également résilier le contrat administratif ?

Le juge administratif ne peut résilier le contrat que si les conditions d'application de la théorie de l'imprévision se sont réunies avec celles de la théorie de la force majeure.²⁹⁶ C'est exactement ce qu'a fait le Conseil d'Etat Français dans l'Arrêt Tarmway Cherbourg 1932 selon lequel si le bouleversement du contrat est temporaire, le cocontractant doit fournir une aide financière pour permettre d'assurer le service pendant la période d'imprévision. En revanche, si le bouleversement du contrat est définitif, il y a un cas de force majeure qui permet, à défaut d'accord amiable, aux cocontractants de demander la résiliation du contrat avec indemnité le cas échéant.

Une modification du contrat par le juge est une question très sensible. Le Conseil d'Etat a annulé le jugement de la Cour administrative d'appel selon lequel le juge peut modifier le contrat et décide que le juge ne peut pas modifier le contrat mais, seulement il peut décider l'octroi d'une indemnité à la partie lésée. En effet, « le rôle du juge doit se limiter à décider une indemnité sans modifier les stipulations contractuelles »²⁹⁷. Pourtant, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 14 juillet 1960 a statué que « le juge modifie le contrat lorsqu'il prononce la remise de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable après l'établissement de l'équilibre entre les deux intérêts »²⁹⁸. Ce n'est pas à vrai dire une modification du contrat mais un moyen d'établir l'équilibre contractuel en prononçant une indemnité d'imprévision. Pour cela on suppose que le Conseil d'Etat utilise parfois des notions imprécises et en décidant la modification du contrat, en remettant l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable s'est mal exprimé.²⁹⁹ Le Conseil d'Etat a statué que l'administration doit se collaborer avec le débiteur et « le rôle du juge administratif se limite à décider l'indemnisation convenable sans modifier les obligations

²⁹⁶S.Yacoub, La résiliation du contrat administrative pour l'apparition des circonstances imprévues, Université Koufa, 2008, p.153.

²⁹⁷ CE, arrêt du 11 mai 1968, pourvois no.1562

²⁹⁸CE, arrêt du 14 juillet 1960, année judiciaire 14, p.94.

²⁹⁹A.Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.111

contractuelles ». ³⁰⁰Reconnaître au juge la possibilité de modifier le contrat met l'intérêt général en danger sauf si l'administration choisit la modification du contrat par le juge. ³⁰¹ L'article 6 de la loi sur les services publics N.129 pour l'année 1947 à la différence de l'Article 147 du Code civil prévoit que le juge ne peut pas modifier le contrat et édicte que « En l'occurrence des circonstances imprévues et indépendantes de la volonté de créancier ou du débiteur de l'obligation aboutissant à un déséquilibre monétaire du contrat ou à la modification de son entité économique par rapport à sa stabilité économique pendant sa conclusion, le créancier peut modifier le barème des prix et peut intervenir en cas de besoin pour modifier les règlements d'encadrement ou de l'exploitation des services publics pour permettre au débiteur de continuer à les exploiter de même, il peut décider la remise des profits excessifs à la limite du raisonnable ». Donc, ce pouvoir de modification du contrat par le juge est prohibé.

Le pouvoir du juge administratif égyptien en matière d'imprévision est le même que celui des autres juges du monde arabe. Le tribunal fédéral suprême émiratie décide que « le juge intervient pour remettre l'obligation excessive à la limite du raisonnable ». ³⁰² Le tribunal Koweïtien de Tamiiz prévoit que le juge intervient pour « remettre l'obligation excessive à la limite du raisonnable en diminuant l'obligation excessive ou en augmentant la contrepartie de l'obligation excessive ». ³⁰³

Il convient de prendre en considération « tous les éléments du contrat ». ³⁰⁴ Afin de calculer l'indemnité d'imprévision. Selon le Conseil d'Etat égyptien « la perte doit être anormale et il doit être prise en compte dans le bouleversement de l'équilibre du contrat tous les éléments du contrat qui influent sur son économie et considérer le contrat comme une seule entité qu'on apprécie dans sa globalité et il ne faut pas regarder un seul élément à part. En effet, la raison derrière cette conception est que certains éléments du contrat peuvent être plus indemnitaires que d'autres éléments ayant contribué à la perte ». ³⁰⁵

Il se peut que dans certaines conditions le contractant soit engagé à exécuter ses obligations envers l'administration pour plusieurs activités liées comment évaluer alors le

³⁰⁰CE, Pourvoi No.67, année judiciaire 11, session 11/5/1968, nouvelle encyclopedie du droit administratif,p.893

³⁰¹A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les acts juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.111.

³⁰²Le tribunal fédéral suprême, décision du 5/10/1993, pourvoi no.24, année judiciaire 15.

³⁰³ Pourvoi no.25/93, session 21/2/1994

³⁰⁴ CE, 17 Juin 1972, pourvoi no.35, année judiciaire 14.

³⁰⁵ CE, 4 Avril 1993, pourvois no.449/801, année judiciaire 35.

montant de l'indemnité dans ce cas ? ³⁰⁶ Il convient d'abord de prendre en considération toutes les activités pratiquées par le contractant et qui sont fortement liées les unes aux autres. Sont calculés dans le profit de la société, les produits secondaires vendus par la société et qui sont liées à l'objet de l'exploitation principal « la vente de sous-produits de l'exploitation ». Dans tous ces cas, il convient de considérer toutes les activités subsidiaires comme partie intégrante de l'activité principale objet du contrat. Si le contractant pratique différentes activités par le biais d'un seul contrat comme l'exécution de travaux publics, la direction de service public ou la fourniture de marchandises à l'administration, il faut prendre en compte toutes les obligations stipulées dans le contrat. ³⁰⁷ N'entre pas dans l'évaluation du caractère onéreux et le calcul de l'indemnité, le résultat de l'activité qui n'est pas considérée comme activité subsidiaire de l'obligation principale stipulée dans le contrat, comme la vente de produits qui n'ont pas de relation avec l'objet du contrat. Il se peut que le contractant pratique une seule activité mais par le biais de différents contrats conclus avec deux autorités administratives différentes : dans ce cas l'indemnité est calculée selon chaque contrat à part. ³⁰⁸

Il entre dans le calcul de l'indemnité, tout ce que le contractant supporte du fait de l'exécution de ses obligations contractuelles, comme les dépenses publiques pour gérer un projet. Sont aussi pris en considération la rémunération des employés, les dépenses de l'utilisation des machines, des établissements et le capital social, les assurances, les taxes et les frais imposés sur le contractant.

L'évaluation de l'indemnité à laquelle le contractant a droit est soumise à la théorie générale du droit administratif et par conséquent, le gain manqué n'est pas pris en considération dans cette évaluation, seule est considérée la perte effective que le débiteur subi. En effet, le Conseil d'Etat égyptien a statué que le contractant ne peut pas demander une indemnité d'imprévision pour perte de chance ». ³⁰⁹

Sont déductibles de la valeur des pertes effectives, les pertes supportées par le contractant dues à sa faute dans l'exécution du contrat comme sa négligence ou la non adoption des mécanismes nécessaires à l'exécution du contrat. « Négligence et insuffisance technique ».

³⁰⁶A.Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.69

³⁰⁷A.Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.69

³⁰⁸S.Eltamawy, *op.cit*, p.611.

³⁰⁹ CE, 4 Avril 1993, pourvois no.549/801, année judiciaire 35

La théorie de l'imprévision en droit administratif français a fortement inspiré celle en droit administratif des pays arabes nous remarquons la ressemblance des conditions d'application, la prise en compte des conséquences de l'élément : un évènement peut être tout à fait prévisible alors que ses conséquences ne le sont pas, le partage équitable des pertes liées à l'imprévision en fonction de la capacité contributive de chacun aux pertes, sauf que le droit administratif des pays arabes a ajouté la généralité de l'évènement constitutif de circonstances imprévisibles comme condition d'application de la théorie de l'imprévision. Nous voyons que cette condition de généralité est assez restrictive et rend plus difficile l'application de la théorie de l'imprévision. Il convient donc de suivre la Charia musulmane qui n'impose pas cette condition de généralité et prend en compte l'application de la théorie de l'imprévision lorsqu'elle affecte un débiteur et non pas une catégorie de personnes. Jouant sur tous les mécanismes de l'équilibre financier contractuel, le Conseil d'Etat français opère une compensation entre les pertes et les gains dans la période extracontractuelle et prend aussi en compte les bénéfices passés et futurs dans la période contractuelle d'où l'opportunité et la pertinence de la méthode de calcul de l'indemnité de l'imprévision en droit administratif français par rapport à celle adoptée par les Conseils d'Etat des pays arabes.

TITRE II : L'introduction de la théorie de l'imprévision dans le nouveau droit privé des pays arabes.

La révision pour imprévision en droit des pays arabes connaît un processus d'évolution différent et plus rapide que celui poursuivi par le droit français.

CHAPITRE I : La spécificité du mécanisme de l'imprévision

L'imprévision est une notion spécifique qui se distingue de la lésion, la lésion postérieure, l'exploitation, le contrat d'adhésion et la force majeure.

SECTION I : l'imprévision et la lésion

Dans les codes des pays arabes, la lésion est clairement identifiée comme un vice du consentement. C'est le cas en droit égyptien (art. 129) Cet article édicte que :

« 1- Si les obligations de l'un des contractants sont sans aucune proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de son impulsion, le juge peut, sur demande du contractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant ».

Alors que la théorie de l'imprévision se manifeste par un déséquilibre économique du contrat, la lésion suppose une inégalité entre la partie faible et la partie forte qui contraint l'autre partie à accepter ses propres conditions comme l'exemption de la partie forte de ses responsabilités, ou la privation de la partie faible de son droit d'indemnisation en cas de préjudice résultant de la violation du contrat. Il s'agit plutôt d'une contrainte psychologique sur la partie faible dépourvue du droit à la négociation du contrat. De plus, alors que l'imprévision prend forme en cours d'exécution du contrat, la lésion s'apprécie au moment de la formation du contrat

C'est la théorie consacrée en droit syrien (art. 130), koweïtien (art.159), irakien (art.125), qatari (art. 140) et palestinien (art.447).

La lésion est un vice de consentement alors que les circonstances imprévues sont des faits matériels et juridiques établis à l'extérieur du contrat et indépendants de la volonté des parties. Alors que la lésion vise à corriger un déséquilibre qui existe ab initio, la théorie de l'imprévision a été établie dans le but de corriger un déséquilibre qui apparait ultérieurement par le fait de changement des circonstances, postérieurement à la conclusion du contrat alors que la lésion est concomitante à sa conclusion. Il a été suggéré qu'il y aurait une correspondance entre le régime de la lésion et celui de la révision pour imprévision. Le refus de l'admettre irait de pair avec l'admission très étroite de la rescision pour lésion. Inversement sa consécration supposerait que la rescision pour lésion soit accueillie beaucoup plus largement.³¹⁰

SECTION II : L'imprévision et la lésion postérieure

La théorie de l'imprévision s'assimile à la lésion postérieure dans la mesure où l'incident, source du caractère onéreux de l'obligation dans la théorie de l'imprévision est en lui-même l'incident contribuant au déséquilibre économique du contrat dans la théorie de la lésion

³¹⁰ Cornu, Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, les cours de droit, Cours de doctorat 1977, p.77

postérieure. De plus, ils surviennent postérieurement à la conclusion du contrat et portent les mêmes conséquences, à savoir le déséquilibre économique entre les obligations du créancier et du débiteur. La théorie de la lésion postérieure est une application partielle de la théorie de l'imprévision et pour cela la doctrine française a refusé d'admettre la théorie de la lésion postérieure sous prétexte que ce n'est qu'une théorie de l'imprévision déguisée.³¹¹ Comme le pense Mohamed Abdel Gawad, la sanction de la lésion postérieure à la conclusion du contrat doit être couverte par l'imprévision.

La théorie de l'imprévision diffère de celle de la lésion postérieure dans la mesure où le champ d'application de la première est beaucoup plus large que la seconde par exemple dans le projet du Code civil Palestinien, la lésion postérieure s'applique en cas de vente des immeubles et non pas des meubles alors que le champ d'application de la théorie de l'imprévision s'entend presque à tous les contrats. De plus, le droit d'invoquer la nullité du contrat est exclusif pour le vendeur alors que la théorie de l'imprévision est invoquée par le vendeur et l'acquéreur. Celle-ci diffère aussi selon le critère du caractère onéreux de l'obligation qui est flexible et immatériel dans la théorie de l'imprévision alors qu'il est fondé sur un facteur rigide ayant une base fixe qui est plus du 1/5 en droit palestinien selon l'article 447 du Code civil palestinien et en dernier lieu, elles diffèrent au niveau de la sanction. La sanction dans la lésion postérieure est la réduction de la disproportion ou la résiliation du contrat lésionnaire alors que dans la théorie de l'imprévision, le juge procède à la modification des clauses contractuelles de manière à restituer au contrat son équilibre.³¹²

SECTION III : L'imprévision, l'exploitation et le contrat d'adhésion

Comme la lésion, la théorie de l'exploitation repose sur le déséquilibre entre les obligations des parties qui apparaît pendant la formation du contrat. Pourtant, cette dernière théorie n'a pas un critère matériel fixe comme celui déterminé par le législateur pour établir la lésion, à savoir, une proportion au-delà de laquelle, la lésion est établie.

L'imprévision apparaît lors de l'exécution du contrat et non pas depuis sa formation comme dans le cadre du contrat d'adhésion ou de l'exploitation qui affecte le consentement des parties « Si une obligation excessivement onéreuse incombe au débiteur pendant la formation

³¹¹H. El Rassoul- Sheikh Kazazy, *op.cit*, p.559.

³¹²H.Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p.53, Notes explicatives du projet du Code civil palestinien, p.527.

du contrat comme le débiteur qui s'oblige à forer un puits dont les coûts sont assez importants par rapport au prix stipulé contractuellement, nous serions toujours dans le cadre de la formation du contrat sans atteindre son exécution et nous aurions invoqué les vices du consentement, l'erreur ou la fraude pour remédier à ce problème. » ³¹³

La remise en cause d'un contrat lésionnaire suppose d'une part, l'exploitation abusive par un contractant de la dépendance économique et intellectuelle de l'autre (élément subjectif), d'autre part l'existence d'une disproportion grave entre les prestations contractuelles (élément objectif). ³¹⁴ La remise en cause d'un contrat atteint par la théorie de l'imprévision est le bouleversement de l'équilibre contractuel.

Dans la théorie de l'imprévision, les circonstances exceptionnelles contribuent au bouleversement de l'équilibre économique du contrat et par conséquent au déséquilibre entre les obligations des parties. Néanmoins, dans le contrat d'adhésion, le déséquilibre entre les obligations des parties peut prendre différentes formes selon les stipulations contractuelles par exemple, la partie forte peut disposer de la faculté de résilier le contrat unilatéralement sans payer des dommages et intérêts à l'autre partie.

La théorie du contrat d'adhésion et de l'exploitation supposent un contrôle sur le contractant fort pendant la formation du contrat. L'article 110 du Code civil algérien édicte que « Dans les contrats d'adhésion, le juge peut modifier les stipulations contractuelles ou exonérer la partie lésée de l'exécution de celles-ci, conformément à la justice, toute convention contraire est nulle ». Le contractant fort serait obligé de corriger la lésion que l'autre contractant a subi ³¹⁵ alors que la théorie de l'imprévision suppose un événement extérieur aux contractants et par conséquent, le risque est partagé entre les contractants pour restituer au contrat son équilibre prenant en considération les intérêts des parties. ³¹⁶

Dans les contrats d'adhésion, la partie faible n'a pas l'autorité de négocier les clauses du contrat il n'a qu'à accepter ou refuser comme le contrat avec une grande entreprise d'électricité ou une compagnie d'assurance. Alors que dans la théorie de l'imprévision le contrat

³¹³A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, op.cit, p.544.

³¹⁴A.Alhakim, A. Albakri et M.Albasheer, *Précis de la théorie des obligations en droit civil irakien* (al-wajiz fi sharh nadharyiat al-iltizam fil qnanon al-madani al-iraqi), Presses de l'Université de Mossoul, 1980, p. 92-93.

³¹⁵A.Abdelhakim, A.Albakry, M.Albasheer: Théorie de l'obligation en droit civil Irakien, p.162.

³¹⁶Cour de Cassation égyptienne, 9/6/1975, année judiciaire 1975, pourvoi n 1163.

est équilibré entre les parties sauf que des circonstances sont survenues au cours de son exécution en bouleversant l'équilibre contractuel. Autre distinction, la théorie de l'imprévision s'applique aux contrats publics ou privés alors que les contrats d'adhésion ne peuvent pas être que des contrats conclus dans le cadre du droit privé.

Malgré cela, ces théories relèvent de l'ordre public, les parties ne peuvent pas stipuler une convention contraire aux articles qui imposent une intervention du juge dans les cas prévus par la loi. De plus, ils ont comme facteur commun l'intervention du juge pour la restauration de l'équilibre contractuel selon qu'il s'agit de circonstances exceptionnelles ou de clauses abusives stipulées dans le contrat en application de la justice.

La théorie de l'exploitation repose sur un critère personnel : l'exploitation abusive, alors que les théories de l'imprévision et l'adhésion reposent sur un critère matériel : l'événement soudain ou monopole de produits ou de services.³¹⁷

Pourtant, l'exploitation s'assimile à la théorie de l'imprévision. En effet, selon le projet préliminaire du Code civil égyptien, la théorie de l'imprévision n'est qu'une extension de la théorie de l'exploitation comme le prévoit le professeur Sanhoury. La lésion si elle était concomitante au contrat (l'exploitation) ou postérieure à sa conclusion (l'imprévision), le rôle du juge ne se limite pas dans ces cas à l'interprétation du contrat mais, sa modification pour restituer au contrat son équilibre contractuel.

Dans la théorie de la lésion et de l'imprévision, le rôle du juge ne se limite pas à l'interprétation du contrat mais il modifie le contrat.

SECTION IV : l'imprévision et la force majeure

La force majeure est la théorie la plus proche de celle de l'imprévision dans la mesure où il est difficile en pratique d'établir une distinction entre celles-ci en effet, elles sont imprévisibles, irrésistible et incontournables par le débiteur de l'obligation.³¹⁸ De plus, l'événement cause des circonstances imprévues peut être en lui-même une cause de la force majeure. En effet, le déclenchement des guerres ou les tremblements de terre peut rendre l'exécution de l'obligation contractuelle impossible ou bien onéreuse.³¹⁹ Tout dépend des conséquences de l'incident : si par exemple, une guerre a été déclenchée et perturbe complètement le transport faisant obstacle à l'importation des marchandises, cela constitue une

³¹⁷A.Sanhoury, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, op.cit, p. 545.

³¹⁸M.El Senary, *op.cit*, p.81.

³¹⁹H. El Rassoul- Sheikh Kazazy , *op.cit*, p.538

force majeure mais, si les moyens de transport sont rares pendant la guerre et que son coût en plus du coût des marchandises devient très élevé rendant l'exécution de l'obligation onéreuse il s'agit alors de la théorie de l'imprévision.

L'imprévision et la force majeure sont établies postérieurement à la conclusion du contrat. Selon la doctrine et la jurisprudence, les deux incidents ne produisent pas des conséquences juridiques sur l'obligation contractuelle s'ils ont eu lieu avant ou pendant sa conclusion.³²⁰

Pourtant, la théorie de l'imprévision diffère de celle de la force majeure dans la mesure où dans la première l'exécution des obligations est onéreuse alors que dans la seconde l'exécution des obligations est impossible et le débiteur est exempté de l'exécution de ses obligations. De plus, dans la théorie de l'imprévision, les pertes extérieures à la volonté des parties sont partagées entre les parties alors que la force majeure a comme conséquence l'extinction des obligations.³²¹ Mohamed El Senary établit une dernière distinction selon laquelle, les parties contractantes ne peuvent pas s'entendre sur la responsabilité du débiteur seul des conséquences de l'imprévision alors que les parties peuvent consentir sur la responsabilité du débiteur dans le cadre de la force majeure.³²²

CHAPITRE II : Les sources d'inspiration du droit positif des pays arabes sur l'imprévision

Le Droit égyptien s'est inspiré du droit de certains Pays Européens sur l'imprévision puis, le droit égyptien a inspiré les Droits des Pays Arabes

SECTION I : Première apparition dans le droit positif de certains pays européens.

Avant son apparition dans le droit des pays arabes, cette théorie est apparue dans les législations modernes d'abord dans le droit des obligations polonais en 1934 puis dans le droit civil italien en 1942, puis dans le nouveau droit civil égyptien en 1948, précurseur de l'application de la révision pour imprévision dans le droit des pays arabes et troisième droit à adopter l'imprévision dans le Code civil. Ce principe a été tardivement admis en Droit Français.

³²⁰H. El Rassoul- Sheikh Kazazy , *op.cit*, p.539.

³²¹H.Eldibe, L'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p.52, A.Yehia : El wagiz dans la théorie générale des obligations, les sources, jugements, la preuve, partie I, les sources de l'obligation, maison de publication El-Nahda, Le Caire, 1994, p.180, A.Sanhouri, *op.cit*, p.526.

³²²M.Elsenary, *op.cit*, p.80, marge N1, Abdel N. Elattar, *op.cit*, p.219, marge No.1.

L'article 269 du Code civil polonais édicte que :

« En cas de circonstances exceptionnelles comme la guerres, l'épidémie, la destruction totale des cultures ou des catastrophes naturelles rendant l'exécution de l'obligation très difficile ou menace l'un des contractant par une perte manifestement grave à laquelle les parties ne pouvaient pas s'attendre au moment de la conclusion du contrat, le tribunal peut si nécessaire, en application du principe de bonne foi et après avoir équilibré les intérêts des parties, déterminer les modalités d'exécution du contrat ou fixer son montant mais aussi peut décider la résiliation du contrat ».

L'article 1467 du Code civil Italien édicte que :

« Dans les contrats à exécution successive ou continue ou en cas d'exécution différée, si l'obligation de l'un des contractants devient onéreuse pour la survenance de circonstances exceptionnelles, le débiteur peut demander la résiliation du contrat, l'autre contractant voulant écarter cette demande peut proposer le changement des clauses du contrat en conformité avec la justice ».

L'Article 388 du Code civil grec édicte que :

« Si une circonstance exceptionnelle et imprévue apparait et qui aurait rendu l'exécution des obligations des parties onéreuse dépassant la limite raisonnable, le juge peut en application du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats, décider la résiliation totale du contrat ou de la partie qui n'a pas été exécutée. Si le tribunal décide la résiliation du contrat, les obligations des parties sont éteintes et chacun doit restituer à l'autre ce qu'il a exécuté pour lui conformément au principe de l'enrichissement sans cause ».

Ces droits tantôt convergent et tantôt divergent sur l'application de la théorie de l'imprévision dans quatre aspects.

Premièrement, le Droit polonais et le Droit grec n'ont pas mis une restriction sur la nature des contrats soumis à cette théorie. Pourtant, le droit Italien a énuméré les contrats à exécution successive ou continue ou en cas d'exécution différée des obligations.

Deuxièmement : Le Droit italien et le Droit grec ont cité l'événement exceptionnel et imprévu alors que le Droit Polonais a cité l'événement imprévu. Nous supposons qu'il a présumé l'exception.

Troisièmement : le Droit polonais et le Droit italien ont mentionné le caractère onéreux de l'exécution de l'obligation alors que le Droit grec a précisé que l'obligation devient onéreuse quand la perte dépasse la limite du raisonnable dans la pratique.

Quatrièmement : En droit grec, le juge est doté du pouvoir de résiliation du contrat uniquement, il s'agit d'un pouvoir absolu. En droit italien, le juge n'a qu'à résilier le contrat sur la demande du débiteur sauf si l'autre partie demande au juge d'établir un équilibre économique dans les obligations des parties. Cependant, en Droit polonais, le juge dispose d'une marge de liberté. En effet, le juge peut imposer la modification du contrat en équilibrant les intérêts des parties et déterminant les modalités d'exécution du contrat par exemple conférer un délai d'exécution, décider l'exécution partielle du contrat ou fixer son montant, mais aussi peut décider la résiliation du contrat

SECTION II : L'inspiration du droit positif moderne des pays arabes par l'imprévision en droit égyptien comme exception au principe d'intangibilité des contrats

L'intervention du juge pour la révision du contrat pour imprévision a été considérée comme une entorse au principe de liberté contractuelle stipulé à l'article 147 alinéa 1 du Code civil égyptien selon lequel :

« Le contrat tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait. Il ne peut être révoquée ou modifiée que par un accord des parties ou pour les causes que la loi autorise ».

De plus, l'article 148 du Code civil égyptien édicte que :

« Le contrat doit être exécutée en conformité à son contenu et d'une manière compatible avec l'exigence de bonne foi ».

Ce principe de la force obligatoire et son corollaire, l'intangibilité de l'acte, a été repris littérairement par l'article 196 du Code civil koweïtien, l'article 171-1 du Code civil qatari, l'article 148-1 du Code civil Syrien, l'article 147 du Code civil palestinien, de même l'article 146-1 du Code civil irakien édictant que :

« Le contrat valable est obligatoire. Il ne peut être révoqué ni modifié par l'une des parties sauf par consentement mutuel ou en vertu de la loi ».³²³

Le principe de *pacta sunt servanda* a été ainsi appliqué par l'ensemble des législateurs. De même, l'article 106 du Code civil algérien édicte que « le contrat est la loi des parties, il ne peut pas être modifié ou révoqué que par le consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi ». En effet, c'est une protection du contrat de l'intervention des tiers ou du juge³²⁴. De manière similaire, l'article 267 du Code des E.A.U. interdit à un contractant de révoquer, modifier ou résilier le contrat sauf consentement mutuel, décision judiciaire ou texte de la loi.

Tous ces articles sont inspirés par l'ancien article 1134 alinéa 1 du Code civil Français, l'icône du droit français des contrats qui a été remplacé par le nouvel article 1103 du Code civil qui édicte que :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »

Le Code civil français a été édicté dans un contexte précis, soit à la fin d'une monarchie totalitaire et au début d'une démocratie libérale. Pour contrer les abus du passé, il fallait limiter,

³²³L'expression « le contrat fait loi des parties » est fréquemment usitée dans la jurisprudence irakienne. V. par ex : Cour de Cassation, 25 février 2007, pourvoi no.4 aout 2008, pourvoi no.1949, disponible en arabe sur : www.iraqja.iq

³²⁴H.Saltah, les restrictions sur le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats civils, étude comparée, 2007, p.228.

du moins pour l'avenir, le pouvoir de l'État et des tribunaux de s'ingérer, au nom de l'équité, dans les rapports individuels.³²⁵ L'article 1134 assimile le contrat à la loi : le contrat tient lieu de loi aux parties ; certes il n'a pas la généralité de la loi, ce n'est que la loi des parties, mais il en a l'autorité, les parties doivent s'y soumettre aussi bien qu'à la règle légale et le juge doit en imposer le respect aussi bien que celui de la loi.³²⁶

Cet article est inspiré par l'Adage romain « *pacta sunt servanda* » qui engage à la fois les parties et les tiers, et donc le juge. « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles » disait Loysel. Aux yeux des philosophes du XVIII^{ème} siècle, la volonté est la source de tous les droits. Le débiteur doit respecter la parole donnée et exécuter ce dont il s'est librement engagé. Ni les parties ni le juge ne peut porter atteinte à la force obligatoire du contrat en raison d'un changement de circonstances bouleversant l'équilibre contractuel.

La liberté contractuelle est un principe fondamental constitutionnellement garanti et le contrat ne peut pas être modifié que par le consentement des deux parties. La Cour de Cassation a déclaré que certes le contrat est encadré par certaines dispositions impératives dites d'ordre public, néanmoins le contrat est en premier lieu la loi des parties.³²⁷

Dans un autre arrêt³²⁸, les parties ont conclu un contrat de fourniture de matières premières et ont stipulé dans le contrat que le prix de ces matières premières ne pourrait être modifié par une augmentation ou une diminution qu'en fonction de certains cas à savoir : les droits de douane, les tarifs sur la production, le prix du transport qui sont déterminés par les autorités publiques. Ainsi aucune des parties ne peut modifier le prix du contrat hors des cas énumérés par le contrat où les autorités publiques imposent certains tarifs, que par le consentement de l'autre partie contractante.

De plus cette restriction est appliquée au juge dans la mesure où celui-ci ne peut ni résilier le contrat ni le modifier même s'il prévoit que cela est au nom de la justice. En effet la justice confirme la volonté des parties mais ne peut pas se substituer à celle-ci. La mission du juge doit résider dans l'application des stipulations contractuelles à la lumière de la volonté des parties et de leur propre intention pourtant.

³²⁵ Uribe, *The Effect of a Change of Circumstances on Binding Force of Contracts: Comparative Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2011, note 2 à la p 45.

³²⁶G.Marty et P. Raynaud, *Les obligations : les sources*, t 1, 2e éd, Paris, Sirey, 1988 au para 246 aux pp 258-259.

³²⁷Cour de Cassation, pourvoi n 56, année judiciaire 12, session 15/11/1997, p.949

³²⁸Cour de Cassation Pourvoi N 177, année judiciaire 19, session 19/4/1951, p.769

Se permettant de réviser le contrat qui a été conclu par les parties et de modifier les obligations, le juge ne respecte pas la loi des parties. La mission du juge ne peut pas dépasser l'interprétation des contrats à la lumière des dispositions contractuelles. Le juge doit appliquer la loi des parties malgré le déséquilibre qui apparaît au cours de l'exécution du contrat³²⁹. Reprenant l'expression des professeurs Terré, Simler, et Lequette, « le juge doit être un serviteur respectueux du contrat ». ³³⁰ La mission du juge n'est pas la rédaction des contrats mais l'application des dispositions contractuelles ou l'interprétation du contrat en se référant aux intentions des parties. En effet, l'article 165 du projet du Code civil palestinien édicte que : « 1-Si la stipulation contractuelle est claire, est interdite toute stipulation contractuelle contraire à la volonté des parties. 2- S'il convient d'interpréter les contrats, il faut de se référer à l'intention commune des parties au contrat sans se limiter à la lettre des termes, en se référant à la nature de l'opération et en conformité avec l'honnêteté et la confiance entre les contractants en fonction des coutumes dans les transactions ».

Pourtant, ce principe de l'intangibilité des contrats connaît deux exceptions, premièrement le consentement mutuel des contractants pour modifier le contrat ; deuxièmement existent les cas prévus par la loi comme lorsque le juge intervient pour modifier la clause pénale. En effet, l'article 241 du projet du Code civil palestinien édicte que « la compensation conventionnelle n'est pas due lorsque le débiteur prouve que le créancier n'a pas subi de préjudice. 2- le juge peut réduire cette compensation si le débiteur prouve que la valeur est exagérée ou que l'obligation principale a été éteinte dans une partie ». Le juge intervient également pour modifier les clauses abusives contenues dans les contrats d'adhésion ou les supprimer. En effet, l'Article 150 du projet du Code civil Palestinien édicte que : « Si un contrat d'adhésion a été conclu contenant des clauses abusives, le juge peut modifier ces conditions ou exonérer la partie lésée de celles-ci en conformité avec la justice et toute convention contraire est nulle ».

« En droit des contrats, pour mieux assurer la justice contractuelle, les codificateurs Arabes ont adopté les techniques germaniques relatives à la lésion entre majeurs et à l'imprévision ». ³³¹Le juge est chargé d'« intervenir en cas d'exploitation par l'une des parties de

³²⁹D.Mazeaud, «le juge et le contrat : Variation optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges J.Laubert*, Dalloz, 2005, p.235.

³³⁰*Droit civil : les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, p.32.

³³¹H. Aldabbagh, *op.cit*, p.421, Sur la lésion, voir : § 138 BGB et art. 21 Code suisse des obligations. Sur l'imprévision, voir : § 313 BGB, art. 2 Code suisse des obligations, art.1467 Code civil italien.

la faiblesse de l'autre ou lorsque, à la suite de circonstances graves et exceptionnelles, l'exécution d'un contrat est rendue excessivement onéreuse ». ³³²

Les Droits des pays arabes se sont en premier lieu inspirés par le Droit musulman dit la « Charia Islamique », appliquant toutes les théories relevant de l'imprévision : l'urgence, l'excuse, les calamités et la monnaie déjà abordés dans la partie sur l'histoire du Droit sauf que la théorie des calamités a été abandonnée après la fin de l'empire Ottoman. La doctrine Hanafite est la doctrine officielle en Droit musulman que tous les Droits des pays arabes suivent dans leurs Codes Civils. La doctrine arabe relève que l'atténuation de l'intangibilité contractuelle rime, en l'occurrence, avec les prescriptions musulmanes faisant de l'équilibre des prestations un principe fondamental du droit des contrats. ³³³

Prenant en considération « que les droits arabes ne conçoivent la révision que comme un remède exceptionnel pour préserver les valeurs de liberté et de sécurité, la force obligatoire demeure la règle de principe, alors que l'atteinte au contrat est l'exception ». ³³⁴

Certains Droits ont été inspirés par le principe de l'intangibilité du Contrat en Droit Français comme le droit libanais. Alors que d'autres ont appliqué les conséquences de l'admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats à savoir la révision du contrat pour imprévision dans un souci de l'établir la justice. Si le droit libanais n'a pas adopté la révision du contrat pour imprévision, il reconnaît la théorie de la force majeure lorsque l'exécution de l'obligation n'est pas simplement onéreuse et difficile mais impossible. Il serait souhaitable d'ajouter à l'article 221 du Code libanais sur la force obligatoire du contrat une disposition analogue à celle de l'article 147 alinéa 2 du Code égyptien sur la révision pour imprévision. Si le Code civil Libanais ne consacre pas la révision judiciaire du contrat pour imprévision, il consacre l'intervention judiciaire pour rééquilibrer le contrat comme l'article 266 consacrant la réduction par le juge de l'astreinte liée à la clause pénale lorsqu'elle paraît excessive et les articles 241 alinéa 3 et l'article 300 permettant au juge d'intervenir et d'accorder au débiteur des délais de grâce en considération de sa bonne foi.

³³²Le Droit Comparé comme instrument de Modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats Arabes du moyen orient, Harith Al-Babbagh, article,2013, p.422.

³³³A.Sanhouri, La théorie de contrat [en arabe nadaryat al-aqd], Beyrouth, Éditions al-majmaa al-ilmi al-arabi al-islami, 1934, p. 643.

³³⁴H. Aldabbagh, *op.cit*, p.422

Il a été cité dans le projet préliminaire du Code civil égyptien, plus précisément à l'Article (213) devenu l'article 151 du projet final puis l'article 147 du Code civil que :

« Le contrat est la loi des parties, mais c'est une législation conventionnelle, les contractants sont tenus à respecter le contenu du contrat et les dispositions sur lesquelles elles sont convenues tant que l'objet du contrat est licite ainsi, aucune des parties ne peut le résilier ni le modifier unilatéralement ni le juge en raison de la force obligatoire du contrat entre les parties. Le juge ne peut ni modifier ni révoquer le contrat en effet sa mission est d'interpréter la convention à la lumière des dispositions contractuelles et en se référant à l'intention des parties au contrat. Par conséquent, la révocation du contrat ne peut pas s'effectuer que par le consentement des contractants de même toute modification du contrat doit intervenir par le consentement mutuel des parties, se concrétisant dans un nouveau contrat ou pour les causes que la loi autorise ».

Tel est le cas par exemple de la restitution du don. En effet selon l'article 500 du Code civil égyptien : Le donneur peut révoquer le contrat de donation si le donataire accepte la restitution du don. Pourtant, s'il refuse il peut demander au juge de révoquer le contrat et restituer le don pour une cause que la loi autorise. Il faut que le donneur présente un motif sérieux devant le juge. De même, l'article 224 du Code civil égyptien qui édicte la possibilité de modifier la clause pénale insérée dans le contrat si le juge constate l'excès de son montant. De plus, l'article 39 répété alinéa 1, de la loi sur la réforme agricole N. 178 pour l'année 1952 modifié par la loi N. 406 pour l'année 1953 et qui prévoyait l'extension de la durée des contrats de bail de terrains cultivés pour une année pour la moitié de sa superficie, l'article 709 du Code civil égyptien sur la modification de la rémunération du mandataire et l'article 149 du même code sur la modification des conditions abusives dans les contrats d'adhésion.

La théorie de l'imprévision n'a été connue en Droit civil égyptien qu'en 1947. Il a été cité dans le mémoire de l'avant-projet que le projet a fait une invention dans la partie deux de cet article, en faisant des circonstances exceptionnelles une exception à la règle qui interdit au juge de modifier le contrat.

Le droit administratif en France a appliqué cette exception contrairement à sa position en droit civil où il refusait pendant longtemps d'appliquer ce principe. La Cour de Cassation égyptienne a choisi de suivre la position en droit civil français et n'a pas appliqué le principe de la théorie de l'imprévision et son impact sur les contrats civils et a annulé un jugement rendu par la Cour d'appel qui est contraire à la position adoptée par le juge français.³³⁵

Le Code civil égyptien no.131 pour l'année 1948 a adopté un nouvel article qui n'a pas d'équivalent dans l'ancien droit. L'Article 147 l'alinéa 2 du Nouveau Code civil égyptien (NCC) a inspiré les textes législatifs des Codes Civils des pays arabes sur l'imprévision.

Selon Cet Article :

« Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, générales et imprévisibles, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, Toute convention contraire est nulle ».

Le texte sur la théorie de l'imprévision en droit égyptien est le même que celui en droit syrien sans que ce dernier modifie les termes de l'article ou en ajoute d'autres. En effet l'article 148 alinéa 2 du Code civil syrien no.84 pour l'année 1949 porte les mêmes dispositions de l'Article 147 du Code civil égyptien et ce dernier article qui a inspiré les Codes Civils, irakien (art.146-3) koweïtien (art.198), jordanien (art.205), qatari (art.171), Libyen (147-2) et le Code des transactions civiles des Emirats Arabes Unis (art.249). En revanche, le droit marocain et le droit libanais n'ont pas adopté cette théorie dans un texte général bien que la doctrine libanaise l'admette. Le droit libanais est toujours hésitant à propos de l'adoption de la théorie de

³³⁵Encyclopédie de travaux préparatoires du Code civil Egyptien, *op.cit*, p.280

l'imprévision dans le code des obligations et les contrats à la manière des réformes intervenues dans les codes civils des pays arabes et les codes civils des pays européens.³³⁶

Le droit soudanais avant l'adoption de la théorie de l'imprévision dans le Code civil de l'année 1971 suivait la théorie de la frustration en droit anglais. La théorie de frustration est considérée comme une exception au principe de la force obligatoire du contrat. Elle s'applique en cas de changement de circonstances rendant l'exécution des obligations impossible et non pas simplement onéreuse et permet la résiliation du contrat pour changement radical des circonstances autour de la conclusion du contrat. Dans l'arrêt *Taskiroglou & Co. Ltd. v. Noble & Thorl G.M.B.H* nommé « Eugenia Case », la Cour anglaise a statué que la clôture du canal de Suez dans l'année 1956 et la croisière des navires par Ras El Ragaa El Saleh ne constitue pas une exécution impossible de l'obligation malgré le fait que la durée de la croisière sera plus longue et plus coûteuse. Les tribunaux soudanais ont poursuivi la théorie de la frustration refusant de prendre en considération l'imprévision dans l'affaire frères *Petsladis* contre la société commerciale soudanaise³³⁷, l'affaire *Hamza* contre la société *Shell*³³⁸ et l'affaire *Stefandis* contre la société *Alexandrie et Khartoum commercial*.³³⁹ Dans cette affaire, le juge *Watsson* a décidé que « le contrat gouverne expressément par la loi soudanaise et dont les tribunaux soudanais sont compétents et il n'y a pas de force majeure ». Puis, le droit Soudanais a adopté la théorie de l'imprévision par la loi de 1971 dans l'article 137/2 édictant que :

« Malgré cela, si des circonstances exceptionnelles générales, imprévisibles sont apparues et rendant l'exécution des obligations onéreuse sans être impossible pour le débiteur, le menaçant par une perte exorbitante, le juge révisé les obligations à la limite du raisonnable, conformément aux circonstances et après un équilibrage entre les intérêts des parties, toute stipulation contraire est nulle ».

Cette loi a été annulée par la loi du 15 mai 1973 et le législateur a adopté cette théorie dans le Code civil soudanais en 1974 dans l'article 73 édictant le même texte. L'imprévision a été adoptée à cette époque en raison de l'augmentation du prix de gaz et les matières de construction.

³³⁶M. Elawagi : le droit civil, partie 1, le contrat et introduction sur les obligations civiles, maison de publication et de distribution Hassoun, Beyrouth-Liban, 1999, p.678-680.

³³⁷ Revue des arrêts de la jurisprudence soudanaise, 1961, p.214

³³⁸ Revue des arrêts de la jurisprudence soudanaise, 1964, p.100

³³⁹ Ensemble des arrêts de la cour d'appel et la cour de cassation de 1153 à 30/6/54, p.10

La théorie de l'imprévision a été approuvée en droit positif moderne des pays arabes comme exception au principe de l'intangibilité des contrats. L'article 147 du Code civil égyptien a été approuvé par la Commission des sénateurs du droit civil. En effet, le juge agit dans la limite de ses pouvoirs, intervient dans un souci d'équité lorsqu'il ne trouve pas des dispositions contractuelles permettant de remédier aux conséquences de la survenance de ces événements exceptionnels. Il intervient pour que la partie forte n'exploite pas les circonstances de la partie faible à savoir le débiteur de l'obligation en lui imposant d'exécuter le contrat par ce que c'est la loi des parties. À la formule de Fouillé « Qui dit contractuel dit juste », répond celle de Lacordaire, « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit ». La théorie de l'imprévision lutte contre l'application rigide du principe de l'intangibilité du contrat dans le but d'établir l'équité.

Selon un Arrêt rendu par la Cour de Cassation³⁴⁰, l'article 147 alinéa 1 du Code civil égyptien édicte que « le contrat est la loi des parties, il ne peut pas être modifiée ou résilié que par le consentement des parties ou pour les causes que la loi autorise ». En effet, en application du principe de l'autonomie de la volonté, le contrat est la loi des parties et les stipulations contractuelles sur lesquelles les parties sont convenues sont exécutées en fonction de leur volonté tant que celles-ci ne sont pas contraires aux principes d'ordre public constitutionnellement garantis.

Par conséquent, aucune des deux parties ne peut décider la résiliation unilatérale du contrat ni même sa modification car les parties doivent exécuter le contrat comme tel. Sinon, cela porterait atteinte à l'instabilité des transactions et à l'insécurité juridique. Sauf en cas de situations exceptionnelles où l'une des parties peut résilier le contrat comme dans le cas du contrat de mandat (Article 715 et 716 du Code Civ. ég) , le contrat de dépôt (Article 722 du Code Civ. ég) et les contrats dont la durée n'est pas déterminée comme le contrat de société (Article 529 du Code Civ. ég), le contrat de bail (Article 563 du Code Civ.Eg) , le contrat de travail (Article 694 du Code. Civ. ég.) et pour d'autres types de contrats comme le contrat de donation (Article 500 Code Civ. ég) prenant en compte la nature de ses contrats.

Cette restriction de modification ou résiliation est opposable au juge également, sauf que celui-ci peut intervenir pour restituer au contrat son équilibre contractuel à l'occasion de la survenance de circonstances exceptionnelles en vertu du principe de l'équité.

³⁴⁰Pourvoi N 4901, année judiciaire 64, session 6/4/1995, p.603

Selon un autre arrêt rendu par la Cour de Cassation³⁴¹, le bailleur offrant des privilèges au locataire, peut demander une contrepartie additionnelle au prix du bail et qui est stipulée contractuellement, sauf que le juge peut en la survenance de circonstances exceptionnelles, modifier la stipulation contractuelle sur le prix sans que cela soit une atteinte à la volonté des parties.

La révision pour imprévision suppose la participation des parties aux pertes résultant de ces circonstances pour rétablir l'équilibre contractuel au lieu de prononcer résiliation du contrat et porter atteinte aux intérêts de la partie lésée³⁴². Mais, aucune des parties n'est complètement exonérée de ses obligations.³⁴³

Le Code civil égyptien dans son article 147 a appliqué cette théorie s'inspirant du droit polonais, il a suivi les législations adoptées par le droit polonais (article 269) sauf que le droit égyptien a avancé le droit polonais dans la mesure où le droit civil égyptien a ajouté deux considérations :

(1) il a déterminé clairement dans l'article 147 ce qui distingue les circonstances imprévues de la force majeure qui rend l'exécution du contrat impossible. Celui-ci stipule que :

« Lorsque l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante »

En effet, l'exécution des obligations devient onéreuse, dépassant la limite du raisonnable sans qu'elle soit impossible, alors que l'exécution des obligations devient impossible dans le cadre de la force majeure.

(2) il a mis en œuvre un axe d'orientation pour établir cette distinction, il faut connaître la cause de l'événement pour bien déterminer s'il relève de la force majeure ou de l'imprévision. Il a donné un indice pour connaître ce qu'est un événement imprévisible sans donner des exemples d'empreinte doctrinale comme l'a fait le droit polonais. Sauf que le droit Polonais s'est trompé en assimilant la guerre à l'épidémie à la destruction des récoltes, confondant la cause et les conséquences.

³⁴¹Pourvoi N 416, année judiciaire 51, session 18/02/1988, p.264.

³⁴²F.Awad, le rôle du juge dans la modification du contrat (étude analytique dans la doctrine et la jurisprudence musulmane, et dans le nouveau Code civil égyptien. La maison de la nouvelle Université, Egypte, 1999, p.222-223.

³⁴³M.Anbar, la théorie de l'imprévision en Droit et dans la doctrine musulmane, la maison des publications universitaires, 2007, p.34-35.

La législation marocaine a adopté la force majeure et le cas fortuit. L'article 268 du Code civil marocain édicte que :

« Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier ».

Il n'est pas suffisant que le débiteur démontre qu'il n'a pas commis de faute contractuelle dans l'exécution de ses obligations, il ne pourra être exonéré de sa responsabilité contractuelle que s'il démontre que la force majeure en est la cause de l'inexécution de ses obligations contractuelles.

La force majeure a été définie par L'article 269 du Code civil marocain édictant que :

« La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation. N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur. »

Si le droit marocain a consacré des dispositions législatives sur la force majeure et le cas fortuit, il ne l'a pas fait pour l'imprévision. Le Droit marocain n'a pas adopté la théorie de l'imprévision ni dans le droit des obligations et les contrats ni en droit commercial ni en droit sociologique, aucune disposition législative générale et explicite n'a été adoptée par le Code civil marocain. La doctrine marocaine établit la distinction entre l'imprévision et la force majeure cette dernière est définie par les événements rendant l'exécution du contrat onéreuse et non pas impossible. Il faut une évolution du droit marocain pour admettre l'imprévision en droit positif en application de la justice contractuelle.

Adoptant la théorie de l'imprévision, l'article 148 alinéa 2 du Code civil syrien édicte les mêmes dispositions que celles contenues dans l'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien de même que l'article 171 alinéa 2 du Code civil qatari et l'article 107 alinéa 2 du Code civil algérien.

En effet, ces textes ont repris presque mot à mot les dispositions de l'Article du Code civil égyptien sur l'imprévision selon lequel :

« Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, générales et imprévisibles, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, Toute convention contraire est nulle ».

Certains articles ont un contenu différent de celui du Code civil égyptien comme par exemple les Codes civils jordanien, irakien, koweïtien, algérien, yéménite et le Code civil Uniforme des pays Arabes promulgué par la ligue des droits arabes.

L'article 205 du Code civil jordanien No.43 pour l'année 1976 édicte que :

« Si des circonstances **imprévisibles** et générales que le débiteur ne pouvait pas éviter sont apparues, rendant l'exécution de l'obligation non pas impossible mais onéreuses, menaçant le débiteur par une perte exorbitantes, le tribunal peut selon les circonstances et après avoir équilibré les intérêts des parties, réviser l'obligation onéreuse dans une mesure raisonnable **si l'équité le recommande**, toute convention contraire est nulle ».

Le législateur jordanien à la différence du législateur égyptien et autres législateurs a utilisé le terme imprévisible pour qualifier ces circonstances sans utiliser le terme exceptionnel. Il faut qu'il s'agisse d'un événement qui n'a pas de raisons particulières d'être envisagé. Ce qui est exceptionnel est extraordinaire, nous pensons qu'un événement peut être ordinaire mais en même temps imprévisible concernant la date de sa survenance. Donc, il serait opportun de supprimer la condition stricte de l'exceptionnalité de l'événement.

L'utilisation de la phrase « si l'équité le recommande » est une incitation sur la révision judiciaire du contrat qui est dépourvue de tout arbitraire. C'est pour un impératif d'équité que le juge intervienne pour réviser l'obligation excessive.

L'article 198 du Code civil koweïtien N 67 pour l'année 1980 édicte que :

« Si après la conclusion du contrat et **avant son exécution**, des circonstances exceptionnelles générales et imprévisibles par les parties pendant la conclusion du contrat , ont apparu, rendant l'exécution du contrat sans être impossible, onéreuse pour le débiteur de façon à le menacer par une perte exorbitante, le juge peut après avoir établi un équilibre entre les intérêts des parties, **réviser l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable en diminution les obligations excessives ou augmentant la contrepartie de ces obligations**, toute convention contraire est nulle »

Nous reprochons à cet article de limiter l'apparition de telles circonstances à la période après la conclusion du contrat et avant la date de son exécution. Il se peut que telles circonstances apparaissent aussi au cours de son exécution et qui peuvent se manifester dans des difficultés techniques ou technologiques imprévisibles.

De plus, nous nous demandons pourquoi le juge a limité les procédés de révision de l'obligation onéreuse à deux cas : la diminution de l'obligation excessive soit l'augmentation de la contrepartie de cette obligation excessive c'est-à-dire l'obligation du créancier alors que le juge peut également décider de suspendre l'exécution des obligations par le débiteur s'il pense nécessaire lorsque l'exécution des obligations par le débiteur pendant ces circonstances nuirait fortement à l'intérêt du débiteur ou allait créer par exemple l'échec d'un projet. Donc, il vaudrait mieux que les modalités d'intervention du juge pour équilibrer le contrat ne soient pas trop limitées.

L'article 211 du Code civil yéménite N 14 pour l'année 2002 édicte que :

« Malgré cela, si des circonstances exceptionnelles et générales sont apparues **comme les guerres, catastrophes naturelles** imprévisibles et **sans rendre l'exécution de l'obligation par le débiteur impossible**, rend l'exécution de l'obligation onéreuse pour par le débiteur de façon à le menacer par une perte exorbitante faisant obstacle à l'exécution du contrat, **sont exclus du champ d'application de la théorie de l'imprévision**

l'augmentation et la diminution des prix, le juge peut **selon la situation financière du débiteur riche ou pauvre** et après avoir équilibré les intérêts des parties, réviser les obligations onéreuses dans la limite du raisonnable ».

Le Code civil yéménite a énuméré dans cet article un exemple de quelques circonstances qui sont susceptibles de permettre l'application de la théorie de l'imprévision. Pourtant, cette liste n'est pas exhaustive. Pour cela le Code civil égyptien et d'autres ont préféré ne pas mentionner précisément ces circonstances qui peuvent être de toute nature, d'ordre économique, politique, technologique ou écologique...

L'article susmentionné ne considère pas l'inflation des prix ou leur diminution comme circonstance imprévisible. Il aurait fallu que l'article mentionne uniquement le changement normal du prix connu en pratique qui exclut l'application de la théorie de l'imprévision. Une augmentation anormale du prix doit relever de l'imprévision.

Certains auteurs comme El Sanhoury prévoient qu'il convient d'examiner objectivement le caractère onéreux de l'exécution des obligations par le débiteur sans prendre en considération la situation financière du débiteur. Cependant, nous voyons qu'il serait plus équitable de prendre en compte la situation financière du débiteur dans l'appréciation du caractère onéreux de l'exécution de l'obligation et la remise de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable. Comme dans les contrats administratifs l'Etat supporte les pertes à pourcentage entre 90 et 95 % et l'autre contractant supporte le reste, la situation financière du débiteur doit être prise en compte dans le calcul de l'indemnité qui doit être partagée entre les contractants.

L'article 146 du Code civil irakien No. 40 pour l'année 1951 édicte que :

« Si des circonstances exceptionnelles et générales, imprévisibles par le débiteur sont apparues, rendant l'exécution de l'obligation non pas impossible mais onéreuse pour le débiteur, le menaçant par une perte exorbitante, le juge peut selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, **réduire l'obligation excessive dans la limite du raisonnable**, toute convention contraire est nulle ».

Il est reproché au législateur Irakien d'avoir limité l'intervention du juge en matière d'imprévision à la seule réduction de l'obligation excessive dans la limite du raisonnable. Il aurait fallu mentionner la révision de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable qui englobe la diminution des obligations excessives, l'augmentation

de la contrepartie de ces obligations ou autre comme la suspension de l'exécution du contrat.

Concernant l'applicabilité des articles dans le temps, il faut distinguer trois cas : si un contrat a été conclu et exécuté avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, c'est le droit ancien qui s'applique à ce contrat et la théorie de l'imprévision serait écartée. A contrario, si un contrat a été conclu après cette date, c'est la loi nouvelle qui s'applique et ainsi la théorie de l'imprévision sera appliquée. Si un contrat a été conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi alors que son exécution s'est étalée après l'entrée en vigueur de cette loi, le principe de la survie de la loi ancienne prévoit l'applicabilité de la loi ancienne et ainsi l'application de la théorie de l'imprévision sera écartée.

Les principes de la théorie de l'imprévision sont d'ordre public et s'appliquent par effet immédiat sur les faits de l'exécution depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et non pas par un effet rétroactif sur les faits de l'exécution avant l'entrée en vigueur de cette loi.

CHAPITRE II : Le régime de la théorie de l'imprévision dans les droits des pays arabes

Afin d'étudier le régime de la théorie de l'imprévision dans les droits des pays arabes, il convient d'examiner les conditions d'application de cette théorie qui sont des conditions légales et des conditions prétorienne, les modalités d'intervention judiciaire prévoyant les facultés offertes aux juges pour remédier aux conséquences de l'imprévision et les restrictions au pouvoir du juge, le caractère d'ordre public de la théorie de l'imprévision et les application législatives spéciales de la théorie de l'imprévision.

SECTION I: Les Conditions légales

Ces conditions sont nécessaires à établir la théorie de l'imprévision. Néanmoins, le professeur Ossama Abdel Rahman prévoit qu'« il n'existe pas une uniformité du droit comparé quant aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, pendant que certains systèmes

juridiques prévoient extensivement ces conditions d'application, d'autres sont restrictifs ne requièrent que l'application de certaines conditions ».³⁴⁴

La détermination de ces conditions est effectuée par la loi et par l'intermédiaire de la doctrine. La doctrine prévoit certaines conditions à savoir la survenance de circonstances exceptionnelles et imprévisibles (1) extérieures à la volonté des parties (2) survenant postérieurement à la conclusion du contrat et pendant son exécution (3) et ces circonstances doivent rendre l'exécution des contrats onéreuse par le débiteur (4).

Dans l'ensemble des législations des pays arabes, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision est subordonnée généralement à certaines conditions à défaut desquelles la révision pour imprévision ne peut pas être invoquée. La définition de l'imprévision a été donnée par les doctrines des pays arabes. L'imprévision est définie comme étant « un cas général inhabituel ou anormal ou encore un fait qui, n'est pas pris en compte par les contractants au moment de la conclusion du contrat et qu'ils n'ont pas pu prévoir et suite à cet événement, l'obligation contractuelle du débiteur devient excessivement onéreuse, en le menaçant d'une perte exorbitante ».³⁴⁵

Une autre définition est aussi proposée : « tout événement qui fait de l'exécution de l'obligation une mission lourde menaçant le contractant d'une perte exorbitante »³⁴⁶. Les Codes Civils des pays arabes prévoient que le déséquilibre de l'économie du contrat ne suffit pas à justifier l'application de la théorie de l'imprévision comme certains auteurs disposent. En effet, il faut que d'autres conditions soient réunies.

D'après le père fondateur du Droit civil égyptien Abel-Razik El Sanhoury, l'imprévision suppose cette situation « un contrat exécuté dans le temps à un ou plusieurs délais comme le contrat d'approvisionnement, une fois que le délai d'exécution survienne, les circonstances économiques sur lesquelles est fondée l'équilibre contractuel pendant la formation du contrat, se bouleversent brusquement pour des événements imprévisibles, menaçant le débiteur par une perte exorbitante. Les obligations du débiteur ne peuvent pas s'éteindre dans la mesure où il ne

³⁴⁴O. Abdelraham, La théorie de l'imprévision entre la théorie et la pratique, mémoire en droit privé, université El Hassan Elthani, la maison blanche, 1990.

³⁴⁵M. Anbar, Traité de l'imprévision, cité par, Nenyahya Charef, Revue académique des études sociales et humaines n4, 2010, Université Hassiba Benbouali-Chlef, p.51.

³⁴⁶B. Charef, l'imprévision dans le droit civil Algérien, Revue Académique des études sociales et Humaines, prec, 2010, P.51

s'agit pas d'une force majeure qui rend l'exécution du contrat impossible mais onéreuse, d'où l'intervention du juge pour réviser le contrat à la limite du raisonnable est nécessaire "³⁴⁷.

Alors que Abdel Moneim El Sada prévoit presque la même définition mais en ajoute que cela « requiert l'intervention du juge pour la distribution des pertes résultant de ces événements entre les parties ainsi le juge révisé les obligations dans une mesure raisonnable ». ³⁴⁸

Il faut la réunion de conditions cumulatives pour établir la théorie de l'imprévision³⁴⁹.

Ces conditions peuvent être divisées en :

-Conditions relatives aux circonstances : l'imprévision, le caractère exceptionnel des circonstances, l'exceptionnalité.

-Conditions propres à l'opération : le caractère onéreux de l'obligation par rapport à la transaction.

-Conditions propres aux débiteurs : difficulté de l'exécution de ses obligations et la généralité des circonstances affectant un groupe de débiteurs, la difficulté d'éviter ces événements et l'extériorité de l'événement aux débiteurs.

§ 1 : L'exceptionnalité des circonstances

S'inspirant du Droit Italien, les Droits des Pays Arabes, n'ont pas énuméré les événements relevant de circonstances exceptionnelles. En effet, ce qui compte est que les événements ne caractérisent pas une force majeure se manifestent par une impossibilité du débiteur d'exécuter ses obligations.

En revanche, le Droit polonais a énuméré une liste non-exhaustive des événements relevant de circonstances exceptionnelles ce sont les guerres, l'épidémie, la destruction totale des cultures ou des catastrophes naturelles, auxquels peuvent s'ajouter l'inflation des prix, les tremblements de terre, la fixation par l'Etat d'un nouvel impôt ou tarif. Si les Codes civils des pays arabes n'ont pas donné d'exemples, les auteurs ³⁵⁰ont énuméré une liste non-exhaustive de

³⁴⁷A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie 1 p.533.

³⁴⁸A.El Sada, théorie du contrat dans les droits des pays arabes, Beyrouth, 1980.

³⁴⁹A.Sanhouri, meme référence.

³⁵⁰S.Aly, théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et dans la Charia Islamique « Etude Comparée, la maison du livre, Egypte, 2007, p.102-104.

circonstances pouvant être qualifiées d'exceptionnelles : catastrophes naturelles, guerre, comme cet événement peut être représenté dans une nouvelle loi ou procédés administratifs, financières ou fiscales.³⁵¹

Ces circonstances sont exceptionnelles parce que les parties ne s'attendent pas toujours à de tels événements, de sorte que si les parties avaient eu connaissance de ces circonstances, ils n'auraient pas contracté dès le début. La détermination du caractère exceptionnel de l'événement relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce pouvoir a été reconnu par la chambre civile de la Cour de Cassation³⁵².

La perte est exceptionnelle quand elle est hors du commun pour une personne raisonnable³⁵³. La perte connue entre les commerçants et pratiquement admise par ceux-ci³⁵⁴ n'est pas susceptible de l'application de la théorie de l'imprévision car, il s'agit d'une perte qui n'est pas anormale. La théorie de l'imprévision, suppose qu'au moment de l'exécution du contrat, les parties découvrent des circonstances exceptionnelles ébranlant l'équilibre contractuel de manière assez dangereuse. Un événement est exceptionnel lorsque sa survenance est rare par exemple, des agents commerciaux ont conclu un contrat de vente de marchandises et puis quelques années après, le prix de ces produits, augmente excessivement au moment de l'exécution du contrat. Les matières premières comme le pétrole varient largement d'un moment à l'autre. Les cours du baril de pétrole brut ont connu au fil des décennies des évolutions considérables, notamment pendant les périodes de crise mondiale. Alors que l'incendie des cultures n'est pas un événement exceptionnel car c'est un événement courant. De même, la promulgation d'un décret présidentiel limitant les importations est un événement habituel dans les transactions commerciales.

Contrairement à la jurisprudence égyptienne qui considère que le froid peut être considéré comme événement exceptionnel, le tribunal Irakien Tamiz ne le considère pas.³⁵⁵ La survenance d'une tempête ou d'un volcan dans un pays qui ne connaît pas ce genre de phénomènes naturels sera considérée comme exceptionnel. Le critère pour déterminer si l'événement est exceptionnel ou pas est celui de la rareté de l'événement fondée sur un critère

³⁵¹A.Fillali, Les obligations, théorie générale du contrat, ed.ENAG, 2010, p.273.

³⁵²Pourvoi N 58, année judiciaire 40, session 4/3/1976, p.515

³⁵³A. Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première Edition, 1999, p. 48. Mohamed El Sinary, les mécanismes législatifs de l'application de la théorie de l'imprévision dans le domaine des contrats, maison Nahda Arabe, Le Caire, p.44.

³⁵⁴A.El Shawarby : la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'édition Maaref, Alexandrie, 3eme édition, 1997, p.283.

³⁵⁵Décision numéro 266/tashih decision 968

objectif dit « in abstracto » et non pas personnel. Il convient de se référer aux circonstances spatio-temporelles de l'événement pour déterminer le critère de rareté. En effet, des événements peuvent être exceptionnels dans une époque et dans un lieu et ne pas l'être dans un autre. Selon qu'il s'agit d'un événement économique ou naturel, il faut que cet événement soit rare.

La question qui se pose est de savoir si les nouvelles législations et les décisions administratives comme celles imposant par exemple des tarifs ou des droits de douane relèvent des événements exceptionnels. Sur cette question, les opinions doctrinales divergent dans la mesure où une partie de la doctrine prévoit qu'il est possible d'invoquer la théorie de l'imprévision en cas de promulgation de nouvelles lois ou décisions administratives ou judiciaires, et que cela dépend en effet des circonstances et de la rigueur déployée par les juges du fond pour déterminer ce qui est exceptionnels parmi ces nouvelles législations. Sauf que d'autres auteurs comme monsieur Arafa qui prévoit que « la nouvelle législation ne peut pas constituer un événement exceptionnel » et monsieur Hefni Ghali prévoit en ce sens que la loi égyptienne sur la réforme agricole n'est pas considérée comme une exception car il s'agit d'une loi ». ³⁵⁶ En effet, les autorités civiles et administratives prévoient de nouvelles réglementations dans le cadre de leurs missions.

Pourtant, cette position contestant la considération de nouvelles législations comme des événements exceptionnels est critiquable dans la mesure où les autorités peuvent étaler le champ d'application de l'exercice de leurs missions ou les cas prévus pour évoquer d'autres situations dépassant la limite de leur pouvoir normal. Cela peut se manifester soit par des réformes constitutionnelles soit par le changement du régime gouvernemental suite par exemple à une révolution contre les représentants de l'Etat ou le système gouvernemental. ³⁵⁷ Une décision sur la confiscation de l'argent ou sur la limitation de l'importation peut dans certains cas être considérée comme des circonstances imprévisibles par le débiteur. De même pour la loi égyptienne sur la réforme agricole aboutissant à la diminution énorme du prix des terrains cultivés et rend l'exécution des obligations par les acquéreurs avant cette loi manifestement excessive. La Cour de Cassation ³⁵⁸égyptienne a déclaré dans son arrêt rendu en 1964 que : « la loi sur la réforme agricole N. 178 pour l'année 1952 remplissant les conditions requises pour l'application de la théorie de l'imprévision est une circonstance générale, exceptionnelle,

³⁵⁶Anonyme, La révision des contrats pour le changement des circonstances, droits positifs. Disponible sur : https://qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post_5046.html, p.73.

³⁵⁷Anonyme, La révision des contrats pour le changement des circonstances, droits positifs. Disponible sur : https://qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post_5046.html, p.74.

³⁵⁸ Pourvoi no.248, année judiciaire 30, ensemble des arrêts de la cour de cassation, 1^{ère} édition, p.191-192.

imprévisible et irrésistibles et sa nature législative n'empêche pas sa considération comme telle ; ainsi en effet, l'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien s'applique à tout événement quelle que soit sa nature, une action ou fait matériel ». ³⁵⁹

Dans le même sens, la Cour de Tamiz Irakienne qui a considéré la loi sur la réforme agricole en Irak comme une circonstance imprévue³⁶⁰. Par conséquent, l'événement exceptionnel n'est pas limité à un fait matériel comme les catastrophes naturelles.

Contrairement au Droit polonais, les Codes civils des pays arabes n'ont pas évoqué une liste d'exemples relatifs aux événements exceptionnels, conférant cette mission à la doctrine et à la jurisprudence. En effet, certains événements peuvent paraître normaux alors qu'ils ne le sont pas vraiment : par exemple si le froid n'est pas exceptionnel, ses conséquences néfastes et dangereuses sur les cultures pendant un hiver particulier le sont.³⁶¹

Par conséquent, le juge doit apprécier aussi les conséquences de l'événement et non pas considérer l'événement comme tel. Certains auteurs lient le caractère exceptionnel aux effets de l'événement et non pas à l'événement lui-même³⁶². Or l'événement peut être un fait ordinaire, comme l'inflation, mais les effets qui en résultent sont exceptionnels et rares. Le changement de lois par exemple n'est pas extraordinaire mais les effets résultant de leurs applications peuvent être extraordinaires et exceptionnels, comme les lois de nationalisation ou les lois de libéralisation de prix qui peuvent causer une hausse de prix. ³⁶³ Le tribunal irakien El Tamiz a considéré dans plusieurs décisions que la promulgation de nouvelles lois peut être constitutive de circonstance exceptionnelle. ³⁶⁴

³⁵⁹ Voir aussi, arrêt du 3/1/1963, pourvoi 263, année judiciaire 226, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, p.37 no.3, arrêt du 20/12/1962, pourvoi no.240, année judiciaire 27, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 13, p.1174, no.186, arrêt du 22/5/1973, pourvoi no.211, année judiciaire 38, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, p.1174, no.186, arrêt du 22/5/1973 pourvoi no.211, année judiciaire 38, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 24 p.799, no.140, arrêt 2/7/1964 pourvoi no.187, année judiciaire 29, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 15, p.895, no.139, arrêt du 26/3/1964, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 15 p.890, no.39, arrêt 26/3/1964 ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, p.409, arrêt du 21/8/1965, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 16, p.191.

³⁶⁰ Tribunal de Tamiz, décision no.2937 pour l'année 1967

³⁶¹ G.El Charkawy, Théorie générale des obligations, tome I, source des obligations, maison de publication El Nahda Arabe, Le Caire, 1995, p.358.

³⁶² A.Bencheneb, Théorie générale du contrat, citée par F.Naceur, ed.ENAG, 2010p.373

³⁶³ M.Lachachi, L'équilibre du contrat de consommation, mémoire soutenue à l'université d'Oran, 2012-2013, p.142.

³⁶⁴ Décision No.117/Hokoukeya/965 en date du 21/6/975 et décision No.1383/Hokoukeya/958

La Cour économique du Caire juge que la baisse de la valeur de la livre égyptienne n'est pas une circonstance exceptionnelle et oblige une société d'investissement productrice de porcelaine à verser 55 millions et 326 milles livres à la Banque d'Egypte de plus des intérêts composés d'un pourcentage de 14% par an depuis octobre 2014 jusqu'au paiement à la Banque d'Egypte comme montant des dettes contractées pour financer ses activités industrielles. La Société avait conclu deux conventions de prêt avec la Banque du Caire en 1996 et cette dernière a renoncé à ses créances au profit de la banque d'Egypte et il est résulté de ces deux prêts l'endettement de la société. L'expert bancaire qui a été chargé par le tribunal d'examiner les comptes relevant l'endettement a déclaré que la société avait confirmé ce solde mais était stagnante et incapable de commercialiser ses produits. La société a annoncé que la raison de la stagnation résidait dans la dépréciation de la valeur de la livre égyptienne en plus de la crise économique mondiale aboutissant à la baisse de sa productivité et la faible commercialisation de ces produits. Elle a, de plus, invoqué auprès de la Cour économique du Caire l'application de l'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien sur la théorie de l'imprévision.

La Cour a rejeté les motifs avancés par l'avocat de la société pour invoquer la théorie de l'imprévision. En effet, selon la Cour, le changement de la valeur de la monnaie est un événement qui n'est pas exceptionnel dans les transactions commerciales, et pour ce motif, la Cour l'a débouté de sa demande. De plus, la Cour a refusé les motifs de l'avocat de la société ayant prévu que les contrats de prêt conclus avec la banque sont lésionnaires. En effet, le contrat de prêt conclu entre la banque et ses clients est un contrat engageant les deux parties dans lequel le client aura la faculté de choisir la banque qui fait la meilleure offre pour obtenir le prêt aux meilleures conditions.

L'ingénieur Akmal Qirtam, président du parti des conservateurs et membre de la chambre des sénateurs a mis en garde contre la poursuite de la crise du dollar pour une longue durée, sa montée en valeur face à la livre égyptienne et les inconvénients de cet événement. L'ingénieur Qirtam a sollicité de monsieur Ismail Sharif, Premier Ministre, une intervention rapide, plus particulièrement après que la compagnie aérienne britannique « British Air Wise » ait décidé de vendre ses billets à l'intérieur de l'Egypte par carte de crédit seulement et pour une période limitée de façon à surmonter la difficulté de convertir la livre égyptienne au dollar. Dans une déclaration d'urgence faite par Monsieur Qirtam et destinée à Dr.Ali Abdelal président de la chambre des sénateurs, il est annoncé que le gouvernement doit trouver des solutions dans les plus brefs délais face à l'inflation manifestement excessive du dollar et son influence sur l'économie égyptienne. De plus, il a été annoncé que le premier ministre doit montrer au public les raisons de l'incapacité du gouvernement à trouver des solutions face à ce danger qui a un

impact important sur l'économie en Egypte et les transactions commerciales bien évidemment³⁶⁵

Nous voyons que la baisse de la valeur de la monnaie doit être appréciée au cas par cas par les juges en effet, la baisse de la valeur de la monnaie n'est pas une circonstance exceptionnelle en soi. L'inflation normale des prix n'est pas exceptionnelle et L'article 134 du Nouveau Code civil édicte que : « Si l'objet de l'obligation est un prix, le débiteur n'est tenu que par le prix stipulé contractuellement sans que l'inflation de la valeur monétaire ou sa diminution au moment du paiement n'aura aucun effet ». Mais, une forte dépréciation de la valeur de la monnaie est regardée comme exceptionnelle.

Nous voyons aussi qu'afin de déterminer si les événements sont exceptionnels ou pas et donc susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision, il convient de vérifier les conséquences de l'événement et non pas l'événement lui-même. Il se peut que des circonstances ne soient pas exceptionnelles alors que ses conséquences le sont.

2 : § La généralité des circonstances

Concernant la condition de la généralité de ces circonstances, l'article 213 du projet préliminaire du Code civil égyptien stipulait que :

« Malgré cela, si des circonstances imprévisibles et exceptionnelles surviennent, le juge peut après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, en fonction de l'équité ».

La Commission de révision a ajouté le terme « **générales** » pour inciter sur l'impersonnalité de ces circonstances exceptionnelles qui ne peuvent pas être exclusives au débiteur. Ces circonstances doivent être communes à une entité ou une catégorie de personnes qui ne sont pas liées par un lien de droit et ces circonstances doivent être non-imputables au contractant qui invoque l'imprévision, comme par exemple les tremblements de terres causant des dégâts excessifs, la dispersion des maladies graves, l'inflation des prix de marchandises et des

³⁶⁵ Anonyme, La baisse de la livre égyptienne n'est pas une circonstance exceptionnelle, 5 mars 2016, EGY Time News. Disponible sur : http://www.egtimenews.com/2016/03/blog-post_21.html

services, ou les inondations dans une zone désertique.³⁶⁶ La pandémie actuelle de Coronavirus est une circonstance générale qui affecte presque le monde entier. Il s'agit d'une crise sanitaire mondiale. En revanche, la faillite du débiteur, l'incendie de ses cultures, sa maladie, le décès de son fils qui se collaborait avec lui dans l'exécution de ses obligations ne permettent pas de caractériser la théorie de l'imprévision. Toutes ces circonstances sont personnelles au débiteur et sont dépourvues de généralité³⁶⁷. Autre illustration, lorsque les sénateurs égyptiens ont déclaré que la reproduction massive de vers dans les cultures légumières n'est pas une circonstance générale. En effet, le locataire ne peut pas invoquer la théorie de l'imprévision si les vers ont porté atteinte à ses cultures si ceux-ci n'ont affecté que son ou ses terrains agricoles.³⁶⁸ Dans son arrêt³⁶⁹ rendu en 2014, la Cour Economique du Caire a débouté un emprunteur se prévalant de la théorie de l'imprévision et du caractère onéreux de l'obligation au motif que sa maladie influant sur ses revenus et l'incendie détruisant toute sa maison lui ont empêché de verser à la banque prêteuse le reste du montant de l'emprunt, ne pouvant payer que 20200 livres égyptiennes du prix total de l'emprunt qui équivalait à 22000 livres égyptiennes. En effet, l'application de la théorie de l'imprévision implique le respect de toutes ses conditions et notamment la généralité des circonstances affectant le débiteur de l'obligation qui ne peut pas se prévaloir d'une circonstance qui lui est personnelle n'affectant pas un groupe de personnes ou une société entière.

La Cour de Cassation a décidé que les circonstances exceptionnelles sont générales lorsqu'elles concernent plusieurs personnes.³⁷⁰ A contrario, si les circonstances concernent seulement le débiteur la théorie de l'imprévision ne trouve pas application même s'il s'agit de la réalisation de circonstances exceptionnelles. Un événement est général lorsqu'il affecte un certain nombre limité de personnes comme les incendies, les guerres. C'est en effet une distinction entre l'imprévision et la force majeure qui ne suppose pas une telle condition, celle de

³⁶⁶Par exemple en Irak, les inondations de 1968 ont été reconnues événement imprévisible : Cass.civ.22 avril 1974, Bull.jud., n2, 1974, p.93

³⁶⁷S.Morcos : El-Wafi dans l'interprétation du Droit Civil des obligations, tome I, théorie du contrat et de la volonté unilatérale, 4eme édition, 1987, p. 526, G.Charkawy, théorie générale des obligations, tome I, source des obligations, maison de publication El Nahda Arabe, Le Caire, 1995,358-359, H.El Ahwany : théorie générale des obligations, Tome I, Sources des obligations, 2eme édition, 1995,p.321, A.El Shawarby : la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'édition Maaref, Alexandrie, 3eme édition, 1997,p.284-285, A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première Edition, 1999, p.49, A.Sanhouri, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, Tome I, théorie générale des obligations, maison de publication Maaref, Alexandrie, 2003, p.525.

³⁶⁸A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première Edition, 1999, p.50.

³⁶⁹Cour économique du Caire, pourvoi no.2755, année 2014, arrêt rendu dans la session du 25-6-2015

³⁷⁰Pourvoi N 58, année judiciaire 40, session 4/3/1976, p.515

la généralité de l'événement. L'événement est général eu égard à la pluralité des personnes mais également, il doit remplir un critère territorial à savoir la surface régionale affecté par une telle circonstance. Par conséquent, les critères personnel et territorial peuvent être réunis pour en déterminant l'existence de la condition de généralité.³⁷¹

Certains auteurs comme El Kourani prévoient que la généralité concerne l'événement lui-même alors que d'autres l'appliquent aux effets de ces événements sur les personnes.³⁷²

Nous voyons que ce caractère de généralité adopté en droit administratif des pays arabes et en droit privé des pays arabes est insignifiant et il est injustifiable pour que la théorie de l'imprévision puisse jouer son rôle dans l'établissement de l'équilibre du contrat, ce caractère doit-être abrogé parce qu'il ne réalise pas la justice contractuelle.³⁷³ Il est illogique et injuste de refuser au débiteur victime des circonstances imprévues de se prévaloir de la théorie de l'imprévision en raison du caractère personnel de l'événement. Faire la distinction entre l'événement général et l'événement particulier au débiteur, en attribuant au débiteur le droit d'invoquer l'application de la théorie de l'imprévision s'il s'agit d'un évènement général, est considéré comme une injustice dans l'application de la théorie de l'imprévision et une restriction de son champ d'application. Ce qui importe c'est la survenance d'un événement exceptionnel en lui-même ou ses effets, qu'il concerne un groupe de personnes qui ne sont pas liées par aucun lien de droit ou le débiteur en particulier. L'exigence de généralité des circonstances restreint considérablement le champ d'application de la théorie de l'imprévision. Un débiteur malade ne peut pas se prévaloir de sa maladie pour appliquer la théorie de l'imprévision. Il serait donc opportun que les législateurs des pays arabes revoient leur position à ce sujet. De plus, la doctrine musulmane qui a connu cette théorie à travers les jurisconsultes « Fokahas » n'a pas imposé cette condition de généralité dans la théorie de l'excuse ou celle des pandémies. Cette restriction du champ d'application de la théorie de l'imprévision en imposant, la condition de généralité des circonstances s'explique par le rattachement au principe de la force obligatoire du contrat et la consécration de la théorie de l'imprévision comme exception à ce principe, rendant son champ d'application résiduel et assez circonscrit.

³⁷¹ H. El Rassoul -Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.313-314-315-316.

³⁷²Anonyme, La révision des contrats pour le changement des circonstances, droits positifs. Disponible sur : https://qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post_5046.html, p.76.

³⁷³B. Charef, op.cit, p.53

Comparant l'article ²⁰⁵ d'une part avec les articles 147 aliéna 2 et 148 alinéa 2 des Codes civils égyptien et syrien d'autre part, nous constatons que même si les articles des Codes civils arabes portent les mêmes conditions d'application de la théorie de l'imprévision, l'application de ces articles par les juges diverge.

En effet, concernant la condition de la généralité de l'événement imprévisible, le Code civil jordanien édicte que la révision de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable dépend de l'existence d'une circonstance exceptionnelle générale, tout en rendant possible l'application de cette théorie en présence d'un événement relatif au débiteur seul et non pas sur un groupe de personnes sous la condition du caractère onéreux de l'exécution de l'obligation pour le débiteur. Il en est de même pour la jurisprudence palestinienne qui admet son invocation par le débiteur lorsque les circonstances ne sont pas impersonnelles. La jurisprudence palestinienne prend en compte la personnalité des circonstances affectant un contrat de bail. Le droit jordanien et le droit palestinien sont beaucoup plus flexibles dans l'application de cette deuxième condition d'application de l'imprévision. Le droit irakien admet aussi que les circonstances peuvent personnelles au débiteur mais dans des jurisprudences rares.³⁷⁴

D'ailleurs, si les législateurs des pays arabes admettent la force majeure que l'événement soit général ou individuel, pourquoi être strict dans l'application de l'imprévision ? Il fallait à fortiori admettre que l'événement puisse être relatif au débiteur, seul comme dans la théorie de la force majeure qui s'applique dans des conditions beaucoup plus difficiles, à savoir l'impossibilité d'exécuter ses obligations. De plus, la généralité de la deuxième condition d'application de l'imprévision va à l'encontre des principes législations européennes modernes sur l'imprévision.

§ 3 : L'imprévisibilité des circonstances

³⁷⁴ Tribunal Irakien Tamiz, decision No.1313/Hokoukeya/959/12/7/909 et decision No.60 Hokoukeya/958 et 1545/Hokoukeya/959 en date du 21/5/59.

Le principe est la prévision, les parties doivent tant que possible prévoir les risques qui peuvent survenir pendant l'exécution du contrat et insérer des clauses préservant l'équilibre contractuel pendant la formation du contrat. Il s'agit en effet de clauses préventives et cela dépend de la nature de contrat et de l'intensité des risques. Nous pouvons citer à titre d'exemple, le changement de la valeur de la monnaie affectant le contrat. Lorsque les parties concluent un contrat, elles tiennent compte des circonstances prévisibles mais, si l'équilibre contractuel est bouleversé pendant l'exécution du contrat, la partie atteinte par ce déséquilibre peut invoquer l'imprévisibilité des événements.

Le critère de l'imprévisibilité est une condition d'application fondamentale de cette théorie et de la force majeure tout en conservant la distinction entre les deux théories. Vraisemblablement, les caractères exceptionnel et imprévisible sont amalgamés, l'événement imprévu est considéré aussi comme exceptionnel ainsi, la condition de l'imprévision dispense l'application de la condition de l'exception dans la mesure où les circonstances imprévisibles doivent être aussi exceptionnelles.³⁷⁵ ***Cependant, l'événement imprévisible peut ne pas être exceptionnel. Nous voyons que la condition d'exceptionnalité doit être supprimée et en plus il ne faut pas la déduire de la condition d'imprévisibilité. En effet, la condition d'exceptionnalité de l'événement restreint considérablement le champ d'application de la théorie de l'imprévision. Un événement peut être ordinaire mais imprévisible quant à sa date de survenance. La destruction des récoltes est un événement ordinaire dans la pratique commerciale mais, imprévisible quant à sa date de survenance.***

Grâce aux inventions technologiques et scientifiques dans différents domaines, les parties sont beaucoup plus capables de prévoir les événements qui peuvent se produire et les conséquences de ces événements qui peuvent en résulter. Des mécanismes extra-législatifs permettent de déterminer des événements qui doivent être prévus par les parties.

Sont imprévus les événements qu'une personne raisonnable ou personne normale³⁷⁶ ne pourrait pas prévoir car s'il les avait prévus, il n'aurait pas contracté avec l'autre partie³⁷⁷. Est imprévisible l'événement qui survient hors de la pratique commerciale.³⁷⁸ La prévision des

³⁷⁵Les partisans de cette théorie : I. Ghanem, Théorie générale des obligations, sources des obligations, maison de pub: imprimerie internationale, 1956, p.316, A. Hegazy, Théorie générale des obligations en Droit Koweïtien, faculté de Droit, université de Koweït, 1982, p.585, S.Aly : théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la législation musulmane, 2005, p.20. Samir Tango, les sources du droit des obligations, édition Maaref, Alexandrie, 2005, p.104.

³⁷⁶Session 4/3/1975, pourvois no. 58, 65, année judiciaire 40, p.515.

³⁷⁷B. Jamila, op.cit, p.80

³⁷⁸S.Aly : théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la législation musulmane, 2005, p.20. S.Tango, les sources du droit des obligations, édition Maaref, Alexandrie, 2005, p.103.

circonstances est la connaissance contingente ou probable qu'un événement se réalisera ou ne se réalisera pas pendant l'exécution du contrat et les parties prévoient la que réalisation ou pas de cet événement aura comme conséquence la difficulté dans l'exécution du contrat devenue onéreuse pour le débiteur.³⁷⁹ La Cour de Cassation a décidé que c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que la promulgation de la loi 168 pour l'année 1961 sur la réduction du loyer pour un contrat de bail d'habitation n'est pas imprévisible pour une personne raisonnable car d'autres lois similaires ont été rendus avant cette loi et toutes ces lois ont pour objectif d'établir l'équilibre entre l'intérêt du bailleur et l'intérêt du locataire tel est aussi l'objectif de la loi No.7 pour l'année 1965 ainsi le jugement ne pourrait pas être cassé pour manquement de base légale.³⁸⁰

La Cour de Cassation palestinienne a statué que l'article 1 du contrat conclu entre les parties disposant que la société demanderesse n'aura pas le droit de demander la différence des prix si on démontre que les parties contractantes prévoyaient lors de la conclusion du contrat l'augmentation ou le changement des prix, et par conséquent, la société demanderesse ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'imprévision³⁸¹. En effet cette circonstance est limitée au contrat conclu entre les parties. Dans son ouvrage, Ossama Abdel Rahmen effectue une différenciation du degré de la prévision entre ce qui est probable et ce qui est certain. En effet, si l'appréciation de l'événement ne change pas le faible degré de la probabilité en un degré plus important, il constitue un événement imprévisible. Les circonstances prévues par les parties passent par trois phases, premièrement, il s'agit de la prédiction qui peut atteindre une deuxième phase, celle de la faible probabilité ou bien elles peuvent dépasser dans une troisième phase ces deux degrés et atteindre une forte probabilité ou une certitude. Dans ces deux premières phases, les événements sont considérés comme imprévus. Ainsi, le critère de distinction entre ce qui est prévisible et ce qui est imprévisible c'est le degré de probabilité.³⁸²

C'est le juge de fond qui détermine le caractère imprévisible de l'événement parce qu'il s'agit en effet d'une application factuelle et non pas d'une application de la loi³⁸³. Les inondations

³⁷⁹H. El Rassoul -Sheikh Kazazy : L'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.329.

³⁸⁰Cour de Cassation, 11/11/1969, ensemble du bureau technique, année judiciaire 35.

³⁸¹Pourvoi No.3/2004, issue par la Cour de Cassation de Gaza publié sur le site électronique El moktafa, système législatif et judiciaire palestinien.

³⁸²O.Abdelrahman, la théorie de l'imprévision entre la théorie et la pratique, mémoire en droit prive, université El Hassan Elthani, la maison blanche, 1990.

³⁸³A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première Edition, 1999, p.51 et M.

Aboumlouh : l'interprétation du Code civil palestinien, sources de l'obligation, sources contractuelles et non contractuelles, 1ere édition, 2002-2003, p.226.

du Nil, le déclenchement des guerres dans un pays qui connaît beaucoup de problèmes politiques et conflits sont prévisibles. Il en va de même pour le retard de l'autorité dans la délivrance de la licence de construction ou le refus d'accorder cette licence qui peuvent être considérés comme prévisibles. L'inflation normale des prix est prévisible et L'article 134 du Nouveau Code civil édicte que :

« Si l'objet de l'obligation est un prix, le débiteur n'est tenu que par le prix stipulé contractuellement sans que l'inflation de la valeur monétaire ou sa diminution au moment du payement n'aura aucun effet ».

C'est aussi une appréciation souveraine des juges du fond de déterminer si l'événement est imprévisible et de préciser l'intention des parties contractants par rapport au contenu du contrat. En effet, " C'est à bon droit que les juges du fond ont approuvé la clôture du marché des brebis, objet du contrat pour la maladie atteignant les animaux".³⁸⁴ Il s'agit donc d'un critère factuel pour lequel le juge se réfère à la connaissance des parties de l'occurrence de ces événements.

Pourtant, l'inflation des prix due à la mondialisation économique est un considérée par la Cour de Cassation comme événement imprévisible.³⁸⁵ Il s'agit d'une interprétation casuistique par les juges du fond de la détermination de la prévision des circonstances imprévisibles se référant à l'intention des parties. Pourtant, la détermination de l'intention des parties, même si elle n'est pas impossible, est difficile à prouver. Cette preuve est obtenue en se référant à la probabilité de ces événements pour les contractants sur le fondement d'un critère personnel. Le juge s'interroge si les parties auraient pu prévoir la forte chance de réalisation de ces circonstances ou pas, mais aussi sur la base des causes spéciales relatives à la transaction justifiant la probabilité ou pas des événements comme par exemple, les marchandises qui seront transportées par voie maritime pendant la marée ou l'incendie des locomotives transportant des matières premières ou produits combustibles.

Afin de déterminer si l'événement est imprévisible ou pas, le juge doit se référer à la personne raisonnable disposant d'un niveau moyen d'intelligence et d'expérience en s'interrogeant si cette personne aurait pu prévoir cet événement s'il était à la place du débiteur peu importe que celui-ci a pu prévoir ou pas sa réalisation. Ce critère a été appliqué dans un

³⁸⁴La Haute Cour, chambre civile, 10/10/1993, pourvoi n 99694, la revue juridique, 1994, p.217.

³⁸⁵Cass.Pourvoi N 1357, année judiciaire 49, session 31/5/1983, p.1346.

arrêt³⁸⁶ rendu par la Cour de Cassation en 1969 et l'arrêt de l'année 1951 où en l'espèce une personne physique a conclu un contrat de fourniture de nourriture avec le ministère de l'éducation pour des écoles pendant la seconde guerre mondiale puis le prix des viandes s'est élevé à 7 Millième le kilo pourtant, les juges de fond n'ont pas fait droit à la demande du fournisseur de se prévaloir de l'imprévision car l'augmentation du prix pendant la guerre doit être prévue par les parties. ³⁸⁷De plus, le juge doit prendre en considération la durée du contrat en plus du critère objectif de la personne raisonnable : en effet, il est envisageable que des circonstances imprévues pourront se réaliser et ainsi le degré de probabilité est plus élevé que dans les contrats de courte durée. ³⁸⁸

Malgré cela, il n'y a aucun critère fixe permettant d'établir une distinction entre ce qui est prévisible et ce qui est imprévisible. Il s'agit alors d'une ambiguïté. Bien que les juges aient appliqué le critère de la probabilité et de la personne raisonnable, il est si compliqué de déterminer ce qui relève de la prévision et ce qui n'est en plus. Le docteur en Droit El Sada prévoit qu'il ne suffit pas de constater la probabilité des événements pour les parties ou l'application du critère de la personne raisonnable, il convient d'apprécier l'événement en tant que tel. Les circonstances sont prévues, lorsqu'on peut les prévoir par rapport à la transaction. Ce critère objectif sert à combler la difficulté de l'application du critère personnel, inefficace dans la plupart des cas dans la mesure où la détermination de l'intention des parties est une question ambiguë et où les juges du fond ne peuvent la suivre que par une certitude absolue dont le degré est difficile à obtenir en pratique. Le doctorant El Sada déclare qu'« on prévoit ce qui est normal et ne prévoit pas ce qui est exceptionnel ou extraordinaire ». ³⁸⁹

Si nous appliquons le critère de la probabilité de la survenance du risque effectué par le débiteur et celui de la personne raisonnable pour déterminer si l'événement est imprévu ou pas, le critère pour déterminer si l'événement exceptionnel ou pas est la référence à la rareté de l'événement.

La complexité de la détermination de la prévisibilité de l'événement se manifeste aussi par le fait qu'un événement peut être prévisible dans un cas et ne pas l'être dans un autre. En effet, cela dépend des circonstances en relation spatio-temporelles des événements. Dans l'application de cette condition, le juge prend en considération le critère temporel et spatial. Ce qui est imprévisible dans un pays peut ne pas l'être dans un autre et ce qui est imprévisible dans

³⁸⁶Cass. Pourvoi No. 317, année judiciaire 35, session 11/1/1969, p1193

³⁸⁷ Arrêt du 8/11/1951, année judiciaire 19, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 3, p.26.

³⁸⁸M.Elsinary, les mécanismes législatifs de l'application de la théorie de l'imprévision dans le domaine des contrats, maison Nahda Arabe, Le Caire, p.61.

³⁸⁹A.Elsada, théorie du contrat dans les législations des pays arabes, Beyrouth, 1980.

une époque n'est pas imprévisible dans une autre. A titre d'exemple, la survenance de neige en Europe n'est pas imprévisible alors qu'elle l'est dans les pays arabes.

Il convient de se demander de quoi s'agit exactement considérant l'événement imprévu : est ce qu'il s'agit de l'événement en tant que tel ou il s'agit aussi de prendre en considération ses effets ? La prévision de l'événement devrait en principe supposer la prévision de ses conséquences. Ainsi l'inflation des prix pendant la crise économique est due à la crise économique ; de même l'augmentation du prix des barils de pétrole pendant une guerre est la conséquence de la crise politique. Les conséquences de tels événements faciles à dévoiler sont supposées être bien connues et envisagées par une personne raisonnable qui ne peut pas invoquer la théorie de l'imprévision pour la méconnaissance de ses conséquences.

Le professeur Abdel Salam El Termanini prévoit quatre cas concernant la relation entre l'événement et ses conséquences afin de déterminer ce qui relève de l'imprévision et ce qui n'en relève pas, écartant l'application de la théorie de l'imprévision invoquée par le débiteur de l'obligation contractuelle. Premièrement il s'agit du cas où l'événement et ses résultats sont imprévisibles, ou au contraire dans un deuxième cas de figure, l'événement et ses résultats sont prévisibles. Il se peut également que l'événement soit imprévisible alors que ses conséquences ne le sont pas. De plus, il se peut que l'événement puisse être prévisible alors que ces conséquences ne le sont pas car elles sont si importantes et de grande ampleur. C'est le quatrième cas de figure.³⁹⁰

Dans le premier cas, la théorie de l'imprévision s'applique sans problèmes tant que l'événement et ses effets sont imprévisibles.

Dans le second cas, la théorie de l'imprévision ne pourra pas s'appliquer en raison de la prévisibilité à la fois de l'événement et de ses conséquences.

Concernant le troisième cas où seules les conséquences de l'événement sont prévisibles, la théorie de l'imprévision ne pourra pas s'appliquer. La prévision des conséquences de l'événement suppose que soit le contractant a accepté de supporter ces risques sur sa charge soit cela s'explique par l'imprudence du débiteur même si la cause de ses conséquences à savoir l'événement est elle-même imprévisible.

Concernant le quatrième cas de figure qui est le plus important, la théorie de l'imprévision s'applique. Ce à quoi le juge s'intéresse pendant la révision du contrat pour la

³⁹⁰ El Termiani, Théorie de l'imprévision, étude historique et comparative de la théorie dans la jurisprudence islamique et dans les législations européennes et l'application de la théorie par les législations arabes, la Maison de la pensée, Baghdâd 1969.

survenance de circonstances imprévues, n'est pas l'événement en tant que tel indépendamment de ses conséquences mais les conséquences en elles-mêmes indépendamment de l'événement. Les inondations du Nil en Egypte sont prévisibles mais ses conséquences peuvent ne pas l'être. Mais si les conséquences devraient être ou sont supposées être prévues par le débiteur comme personne raisonnable, celui-ci ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'imprévision en raison de la méconnaissance de la possibilité de réalisation de ses conséquences. Par exemple, l'inflation des prix et la baisse du pouvoir d'achat sont la conséquence normale de la crise économique que le pays affronte et qui sont censées être connus par le débiteur imprudent ou négligent.³⁹¹ Les guerres ne sont certainement pas des événements imprévisibles parce que le déclenchement de certaines guerres peut être prévisible mais, ne l'est pas si des conséquences imprévisibles ont eu lieu.³⁹² La Cour de Cassation égyptienne a décidé que c'est à bon droit la Cour d'appel a statué que la guerre qui s'est déclenchée entre l'Egypte et Israël en 1948 est dépourvue de surprise pour une personne normale et que les guerres de 1956 et 1967 ne sont que des successions des atteintes continues et par conséquent, elle a rejeté le pourvoi selon lequel la cour d'appel en n'appliquant pas la théorie de l'imprévision a violé la loi et manqué de base légale.³⁹³ De plus, le Conseil d'Etat a décidé que l'agression tripartite contre l'Egypte devrait être prévue par le demandeur.³⁹⁴

Par conséquent, nous déduisons que la théorie de l'imprévision trouve application seulement dans deux cas, le premier est lorsque l'événement et ses effets ou résultats sont imprévisibles et le second cas est celui où seules les conséquences de l'événement sont imprévisibles bien que l'événement soit lui-même prévisible. A contrario si l'événement et ses conséquences sont prévisibles ou si les conséquences seulement sont prévisibles, la théorie de l'imprévision ne trouve pas application.

Pendant que certains auteurs mélangent la cause et la conséquence, d'autre comme le professeur Termanini ont établi la nécessité d'accorder une distinction afin de déterminer si l'événement est prévisible ou pas.

Ce caractère imprévisible s'applique sauf dans le cas de l'exécution d'un contrat aléatoire, comme par exemple le contrat d'assurance, le contrat de jeu et de pari, le contrat de rente viagère ou le contrat de prêt à grosse aventure. Dans ces contrats, il est impossible d'évaluer

³⁹¹ Anonyme, La révision des contrats pour le changement des circonstances, droits positifs. Disponible sur : https://gawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post_5046.html, p.67.

³⁹² H.El Ahwany : théorie générale des obligations, Tome I, Sources des obligations, 2eme édition, 1995, p.322

³⁹³ Pourvoi N 11/1/1978, N 448, année judiciaire 43 au quel est référé A.Fouda, p.33

³⁹⁴ CE, Arrêt du 14 Avril, 1960, année 14, p.36.

les prestations parce que ces contrats dépendent de l'aléa ou du hasard. Les chances de gain dépendent de la survenance d'un événement dont les parties ne peuvent pas connaître à l'avance quand il interviendra et s'il pourrait intervenir. La théorie de l'imprévision ne s'applique qu'aux contrats commutatifs dans lesquelles les prestations mises à la charge des parties sont déterminées définitivement lors de la formation du contrat avec un prix fixé à l'avance comme le contrat de vente. Pourtant, à chaque principe il existe toujours des exceptions qui seront examinées ci-après.

§ 4: L'exécution de l'obligation devenant onéreuse et non pas impossible.

Selon l'article 213 alinéa 4 du Projet préliminaire du nouveau Code civil, la théorie de l'imprévision et la force majeure peuvent être assimilées dans la mesure où les événements sont imprévus, nouveaux, exceptionnels et extérieurs au débiteur. De plus, dans la théorie de l'imprévision et la force majeure, il faut que la difficulté de l'exécution ne soit pas due à la faute du débiteur. D'après le juriste algérien Subhi Mohamasani « il faut que ces circonstances ne soient pas créées par le fait du débiteur ».³⁹⁵

Pourtant elles n'emportent pas les mêmes conséquences. Bien que la théorie de l'imprévision ressemble à celle de la force majeure dans la mesure où les événements sont exceptionnels, dans la force majeure l'exécution de l'obligation est impossible, alors que dans l'imprévision, l'obligation pourrait être exécutée quoique les conditions de son exécution soient difficiles et contraignantes en raison du caractère onéreux de l'exécution de l'obligation et non pas l'impossibilité d'exécuter les obligations,

La force majeure entraîne l'extinction de l'obligation : ainsi le débiteur n'est pas tenu des conséquences de l'événement après la résiliation du contrat. Pourtant, il supporte les conséquences de cet événement exceptionnel en ne recevant pas la contrepartie de l'obligation dont il est créancier. Alors que dans l'événement imprévisible, l'obligation n'est pas éteinte mais, le juge révisé le contrat dans la limite du raisonnable pour équilibrer le contrat.

L'incident doit rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse terme emprunté par le droit italien : *l'eccessiva onerosità*. En effet, cela correspond au principe de la flexibilité face au préjudice emprunté par la Charia Islamique et qui a été appliqué par les articles 17,19,20,31,82 et 83 du Code civil palestinien faisant appel à l'intervention du juge pour équilibrer le contrat et sauver la partie lésée même si le contrat ne prévoit pas des clauses de renégociation. En effet,

³⁹⁵M.Subhi, la théorie générale des obligations et les contrats, partie 2, 2eme édition, la maison de la science pour des millions, Liban, 1971, p.492.

l'intervention du juge est imposée par la loi à la demande de la partie lésée, sur l'autre contractant. La théorie de l'imprévision a été consacrée par le Code civil palestinien dans l'article 147 de ce Code. En effet, les crises économiques et politiques dues aux guerres israélo-palestiniennes ont créé un état d'urgence nécessitant l'intervention du juge pour protéger la partie lésée. De plus, le contractant ne peut pas se prévaloir de la simple perte de chance en se prévalant de l'imprévision ni d'une perte légère de profit.

Les circonstances imprévisibles, quel que soit leur degré de risque et leur degré d'imprévision, n'ont pas un impact sur le contrat à moins que leur exécution ait comme conséquence une difficulté réelle dans l'exécution des obligations contractuelles. Par conséquent, le juge commence par vérifier en premier lieu l'existence de la condition du caractère onéreux de l'exécution de l'obligation si une partie au contrat invoque l'application de la théorie de l'imprévision. Une fois cette condition est vérifiée, il examine les autres conditions requis pour l'application de cette théorie.³⁹⁶

L'appréciation du caractère onéreux peut nécessiter l'intervention d'un expert parce que les charges que supportent le débiteur doivent être d'une excessivité énorme de manière à ce que le débiteur ne puisse s'attendre à une telle situation. En vertu de l'article 107 alinéa 3 du Code civil algérien, « l'obligation onéreuse doit menacer le débiteur par une perte énorme ». En droit commercial, les marchands peuvent confronter des risques de pertes parce que rien n'est garanti dans le Marché. Sauf que quand les dégâts causés sont manifestement excessifs et hors de la pratique commerciale, le débiteur peut se prévaloir de la théorie de l'imprévision devant le juge. La loi n'a pas fixé un montant à partir duquel l'obligation devient onéreuse, En effet, cela dépend de l'impact des circonstances et de l'intérêt des parties au contrat³⁹⁷.

La promulgation de cette loi sur la réforme agricole No.178 pour l'année 1952 a eu comme effet, la diminution importante du prix des terrains agricoles. La Cour de Cassation refusait dans son arrêt no. 808 en date de 1955 de considérer la loi sur la réforme agricole comme susceptible de l'application de la théorie de l'imprévision au visa de l'article 147/2 du Code civil .³⁹⁸ Pourtant, la Cour de cassation³⁹⁹ dans son arrêt rendu en date du 26 mars 1964 a statué qu' « il n'est pas possible pour décider l'absence du caractère onéreux de l'obligation requis par l'article 147/2 du Code civil de confirmer que la loi sur la réforme agricole n'a pas eu comme

³⁹⁶M.Elsinary, les mécanismes législatifs de l'application de la théorie de l'imprévision dans le domaine des contrats, maison Nahda Arabe, Le Caire, p.73.

³⁹⁷H.Abdelrahman, op.cit , p.68.

³⁹⁸ E.Riad, Théorie de l'imprévision dans les droits soudanais et égyptien, revue des jugements du gouvernement, 1980, p.188

³⁹⁹ Cour de Cassation, pourvoi no.0368, 26-3-1964, année 29, bureau technique15,p.409.

conséquence la diminution du prix des terrains cultivés non expropriés par l'Etat en effet, le législateur a décidé dans la note explicative de la loi no.452 pour l'année 1953 qu'il résulte de l'application de la loi sur la réforme agricole numéro 178 pour l'année 1952 la diminution du prix des terrains cultivés généralement ,cela a été confirmé par le ministre de la finance dans son mémoire présenté au premier ministre approuvé par le conseil dans sa session en date du 11 août 1953 ». Cela dit que la diminution du prix de tous les terrains cultivés qu'ils soient expropriés ou non par l'Etat est susceptible de caractériser une exécution onéreuse de l'obligation. Dans le paragraphe 2 de ce pourvoi, la Cour de Cassation prévoit qu'afin de caractériser une exécution onéreuse des obligations, il convient d'apprécier la nature de la transaction pour laquelle le contrat a été conclu et déterminer l'impact de la loi sur la réforme agraire sur la transaction et enfin déterminer si la baisse du prix de transaction résulte directement de la promulgation de cette loi ou pas et si cette diminution affecte le débiteur par une perte exorbitante ou simplement normale. La perte normale connue par la pratique dans les transactions ne suffit pas à caractériser le caractère onéreux de l'obligation : en effet, les transactions sont présumées des gains et des pertes. Il faut en effet un ébranlement important de l'équilibre contractuel aboutissant à une perte exorbitante.

Selon un arrêt rendu par la Cour de Cassation⁴⁰⁰, la Cour a expliqué la nature de l'obligation onéreuse. En effet, l'exécution onéreuse visée par l'article 147 alinéa 2 du Code civil n'est pas une simple inflation de la contrepartie de l'obligation communément admise dans la pratique mais une inflation qui menace le débiteur par une perte manifestement excessive. Par conséquent, la différence entre le prix de 600 LE l'hectare et son prix de 450 LE déterminé par l'expert suite à la promulgation de la loi sur la réforme agraire⁴⁰¹, ne rend pas l'exécution de l'obligation onéreuse tant que le changement des prix correspond à la perte normale connue par les commerçants ne menace pas la situation financière du débiteur. Ainsi, le jugement rendu par la Cour d'appel ignorant ce motif fondamental et se contenant de choisir un expert pour évaluer le prix a commis un manquement de base légale. Les juges n'ont pas relevé suffisamment d'éléments de faits pour caractériser la théorie de l'imprévision.

De même, selon un arrêt rendu par la Cour de Cassation Irakienne a été débouté de sa demande en révision, le preneur d'un parking qui avait prétendu que la guerre de 1991 avait occasionné l'arrêt de ses activités pendant trois mois. La Cour de Cassation irakienne⁴⁰²a estimé que « cette période a été relativement courte par rapport à la durée totale du contrat (3 ans) et

⁴⁰⁰Cour de Cassation.Pourvoi n° 0502 en date du 9-6-1975

⁴⁰¹Une réforme ayant pour but la redistribution des terrains à l'époque de Nasser : offrir des terres aux Paysans qui les cultivent, en les confisquant à leurs propriétaires.

⁴⁰²Cour de Cassation .1^{re} Ch, élargie 1^{er} dec.1995, al-mawsoaa al-adlyiah, n 62, 1999, p.2-3.

que la reprise de l'exploitation avait permis au preneur de compenser une éventuelle perte, en ce qui fait disparaître l'onérosité excessive ».

A la différence des articles des codes civils arabes en matière d'imprévision, l'article 117 du Code civil soudanais pour l'année 1984 prévoit dans son alinéa 2 le montant à partir duquel on détermine le caractère onéreux de l'obligation. En effet, cet article prévoit que « l'obligation n'est pas considérée comme onéreuse que si la perte dépasse le tiers de l'obligation ». Il s'agit d'un indice pour déterminer si l'obligation est onéreuse ou pas. ***Nous voyons que si l'avantage de cette précision dans le Code civil soudanais est d'éviter l'arbitraire du juge dans l'appréciation du caractère onéreux de l'exécution de l'obligation, nous reprochons la généralité de ce montant. En effet, ce montant varie en fonction de la nature même de l'obligation et de la transaction. L'appréciation du montant de la perte doit être casuistique et examiné en fonction de la nature de l'obligation.***

Dans les autres pays arabes, le caractère onéreux s'apprécie par rapport à l'économie globale du contrat et non pas clause par clause car l'appréciation globale permet une compensation entre les clauses du contrat. Ainsi, il convient de regarder l'impact de ces circonstances sur tout le contrat.

De plus, le caractère onéreux est apprécié par les juges in abstracto par rapport à la perte normale connue en pratique pour chaque transaction et non pas par rapport au critère personnel sur la situation financière du débiteur.⁴⁰³

Concernant le critère personnel de l'appréciation du caractère onéreuse de l'exécution de l'obligation contractuelle, la justice suppose le positionnement à la place du débiteur et la considération de ses circonstances financières. En effet, un débiteur qui a une capacité financière n'aura pas de contraintes dans l'exécution de ses obligations. Selon Monsieur Abdel Razik el Sanhoury, l'appréciation de l'obligation onéreuse supportée par le débiteur du fait de l'événement exceptionnel relève d'un critère flexible qui n'a pas une base fixe pour son évaluation. En effet, ce qui est onéreux pour un débiteur peut ne pas l'être pour un autre et ce qui est onéreux pour un débiteur dans certaines circonstances peut ne peut l'être dans d'autres circonstances. Selon Monsieur Abdel Badie Mansour, le débiteur ayant une capacité financière

⁴⁰³M.Elgamal, L'interprétation du droit civil, sources des obligations, 1991, p.230, A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.234.A.Sanhoury, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie 1, théorie générale des obligations, sources d'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2004, p.527-528 et E.El Hak : théorie générale des obligations, sources contractuelles, bibliothèque et imprimerie El Azhar, 1ere édition, 2009, p.263.

exécutera facilement ses obligations de sorte que le support par l'autre contractant d'une partie de la perte se révèle contraire au principe de l'imprévision.⁴⁰⁴

La situation financière du débiteur peut influencer sur l'évaluation de la perte. Ainsi, un débiteur de situation financière faible subit une perte énorme. D'autre part, certaines personnes sont par leur nature moins sensibles aux pertes comme l'Etat, les personnes morales, les grandes entreprises dans les systèmes économiques libres. Nous voyons que rien n'empêche la prise en compte de la situation financière du débiteur pour évaluer la perte, son impacte et le montant de l'indemnité à partager. Il s'agit d'établir une équité de plus haut degré. L'adoption du critère personnel au débiteur dans l'évaluation de la perte diminue la rigueur du critère objectif matériel relatif à la nature de la transaction.

Pourtant, la difficulté de l'exécution pour la jurisprudence relève d'un critère objectif par rapport à la transaction ou l'opération financière et non pas un critère personnel relatif au débiteur.⁴⁰⁵ Le déséquilibre contractuel peut être normal par rapport à une transaction ne l'est pas pour une autre et ce qui est normal dans une époque où un endroit ne l'est pas pour un autre. Le juge détermine au cas par cas si la perte dépasse la limite normale connue en pratique et en fonction de la transaction et la nature de l'obligation contractuelle qui doit être exécutée par le débiteur. C'est au juge d'apprécier la valeur à partir de laquelle l'obligation du débiteur est devenue onéreuse en fonction d'un critère objectif en application de la justice contractuelle et non pas par rapport à la capacité financière du débiteur. Cela a été adopté aussi en Droit irakien⁴⁰⁶. Par conséquent, peu importe la situation financière du débiteur, il subit une perte énorme dépassant le montant normal de la perte dans les transactions. Ainsi, si un commerçant ayant stocké des kilos de blé s'engage à vendre du blé dont le prix a connu une importante inflation, il peut invoquer la théorie de l'imprévision sans qu'on lui conteste la fortune qu'il a fait du fait du stockage du blé.⁴⁰⁷ En effet, tout autre débiteur situé à sa place sera affecté par une perte exorbitante du fait de ces circonstances.

En outre, si une société s'est engagée de fournir de l'électricité à une cité en contrepartie d'une prestation et qu'une circonstance imprévisible et générale a eu lieu aboutissant à une

⁴⁰⁴S.Mansour, la rigidité et la flexibilité de la règle de droit, bibliothèque Al Razi pour les services, Liban, 1995.

⁴⁰⁵Session 1/3/1997, pourvoi n 580, année judiciaire 43, p.600.

⁴⁰⁶T.Farah, Théorie générale des obligations (comparaison entre les droits des pays arabes), 3eme édition, p.296.

⁴⁰⁷A.Sanhouri, El Wasit, Partie 1 p.556.

augmentation massive du prix de ce service, la société aura droit de se prévaloir de la théorie de l'imprévision malgré sa bonne situation financière.⁴⁰⁸

Selon monsieur Ossama Abdelrahman, le critère personnel est difficile à être appliqué dans la pratique. En effet, il est très compliqué d'évaluer la situation financière de chaque débiteur a part et de déterminer sa véritable capacité de paiement. Il ne s'agit pas de vérifier son ou ses comptes bancaires mais, il convient également de lister toutes les transactions auxquelles il fait partie et toutes ses participations dans les entreprises au cas où il est actionnaire dans celles-ci.⁴⁰⁹ Il conviendrait aussi de vérifier si le débiteur n'a pas commis une fraude fiscale pour cacher ses ressources et se prévaloir de la théorie de l'imprévision.

La condition relative au caractère onéreux de l'obligation est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond et la partie lésée ne peut pas se prévaloir de cette théorie pour la première fois devant la cour de cassation car il s'agit de considérations factuelles relatives à la transaction.⁴¹⁰

SECTION II : Les conditions prétoriennes et doctrinales

Il ne suffit pas que l'événement soit imprévisible, général, exceptionnel et rendent l'exécution de l'obligation onéreuse, il faut également d'autres conditions établies par la jurisprudence.

1 : §Une exécution du contrat relâchée dans le temps

Les Codes Civils des pays arabes sont silencieux sur la nature des contrats susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision. Les articles des Codes Civils des pays arabes sur l'imprévision doivent en principe viser les contrats dont l'exécution est échelonnée dans le temps.

⁴⁰⁸A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première Edition, 1999, p. 54.

⁴⁰⁹O.Abdelrahman, La théorie de l'imprévision entre la théorie et la pratique, mémoire en droit privé, université El Hassan Elthani, la maison blanche, 1990.

⁴¹⁰A. Abdelrahman : Théorie générale des obligations, le contrat et la volonté unilatérale, p.189, A.Elattar : the sources des obligations en droit civil Emérites, p.219. Marge N 3.

Aucune des deux parties ne pouvait s'attendre à tels événements pendant la conclusion du contrat. Il faut donc logiquement un laps de temps qui sépare la formation du contrat de son exécution⁴¹¹ nécessitant une protection juridique en faveur du débiteur. Il faut qu'une certaine durée existe entre la conclusion et l'exécution du contrat, pendant laquelle apparaît l'événement imprévu pour les parties contractantes⁴¹². En effet, la logique derrière cette conception est que le temps change énormément les circonstances et que c'est par rapport à l'obligation avant l'apparition des circonstances que le juge restitue au contrat son équilibre. Les auteurs prévoient que la théorie de l'imprévision ne s'applique que sur les contrats dont l'exécution est étalée dans le temps⁴¹³. La Cour de Cassation égyptienne a statué que : « il n'est pas exigé dans l'application de l'alinéa 2 de l'article 147 du Code civil que les obligations réciproques soient toutes à exécution étalée dans le temps, il suffit de l'existence d'une obligation dont l'exécution est étalée dans le temps jusqu'à après l'événement imprévisible et qui est devenue onéreuse sans que l'obligation de l'autre partie soit effectivement exécutée ou sans que son exécution a été aussi étalée dans le temps ». ⁴¹⁴Tel est le cas du prix de vente sous versements lorsqu'un événement imprévisible survient avant que le débiteur exécute les derniers versements, l'acquéreur a droit de demander l'application de la théorie de l'imprévision pour ces versements même si le vendeur a lui-même exécuté toutes ses obligations contractuelles. ⁴¹⁵Et il n'est pas encore requis que l'obligation réciproque soit aussi étalée dans le temps.

Les contrats exécutés dans le temps englobent les contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps ou contrats continus (comme le contrat de bail, le contrat de travail), les contrats périodiques comme le contrat périodique de fourniture de services qui se renouvelle, mais aussi les contrats à exécution instantanée mais différée dans le temps pour un ou plusieurs délais et par l'accord des parties comme le confirme la Cour de Cassation. ⁴¹⁶ Nous pouvons citer comme exemple de contrats à exécution instantanée mais différée, le contrat de vente où les parties se

⁴¹¹Session 21/3/1963, ensemble des jugements de la Cour de Cassation, année judiciaire 14 p.347.

⁴¹²A.Elshawarby : la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'édition Maaref, Alexandrie, 3eme édition, 1997, p.275-276-277, H. Abdelrahman, El wasit dans la théorie générale des obligations, Tome I, les sources contractuelles de l'obligations et la volonté unilatérale, maison de publication el Nahda Elarabeya, Le Caire, 1ere édition, 1999, 489-490.

⁴¹³A.Fouda, l'impact de l'imprévision et de la force majeure a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, ElMaaref, Alexandrie, p.30.

⁴¹⁴Cour de Cassation, arrêt 21-3-1963, publications du bureau technique, année judiciaire 14, p.347,paragraphe 1.

⁴¹⁵A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les acts juridiques, maison d'edition Al Maaref, Alexandrie, p.52.

⁴¹⁶ Cour de Cassation, arrêt du 20-12-1962, pourvoi no.240, année judiciaire 27

sont mis d'accord sur un retard dans l'exécution du contrat, comme par exemple, le paiement du prix de vente ou la livraison de la marchandise dans plusieurs mois après la conclusion du contrat. L'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien est silencieux sur la nature des contrats susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision qu'ils soient à exécution successive ou instantanée et des auteurs prévoient qu'il n'est donc pas spécifiquement requis que l'exécution des obligations réciproques soit « relâchée dans le temps » avant que l'événement imprévu survienne.⁴¹⁷ Il suffit que l'événement imprévu survienne rendant l'exécution du contrat onéreux, quelle que soit la nature du contrat concerné. Le législateur n'a pas limité le domaine de l'imprévision à une catégorie de contrats. La Cour de Cassation dans plusieurs arrêts⁴¹⁸ prévoit l'application de l'imprévision aux contrats à exécution relâchée ou étendue dans le temps en énumérant ces contrats qui sont notamment, les contrats où une période sépare la conclusion de l'exécution du contrat et pendant laquelle des circonstances imprévisibles pour les parties lors de la conclusion du contrat surviennent. Ce sont notamment les contrats continus ou périodiques et les contrats à exécution instantanée mais différée dans le temps.

Mais, qu'en est-il des contrats à exécution instantané ? Bien que cette situation soit rare, elle pourrait bien avoir lieu dans certains cas.⁴¹⁹ Il est rare que ce type de contrats soit susceptible d'une application de la théorie de l'imprévision, les contrats instantanés s'exécutant en une prestation unique et dans un trait de temps, parce que les obligations s'exécutent immédiatement sans que de nouvelles circonstances imprévisibles puissent avoir le temps d'apparaître. Mais, monsieur le professeur Sanhoury n'écarte pas l'application de l'imprévision à ce type de contrats.⁴²⁰ En effet, rien n'empêche l'application de la théorie de l'imprévision lorsque des circonstances exceptionnelles apparaissent juste après la conclusion du contrat bien que cette situation soit rare. Selon le professeur Sanhoury, il se peut que la théorie de l'imprévision s'applique même pour les contrats dont l'exécution n'est pas relâchée dans le temps car cette condition n'est pas exigée par le Code civil. De plus, monsieur El Derini prévoit que la théorie de l'imprévision peut s'appliquer aux contrats à exécution instantanée.⁴²¹ Cependant,

⁴¹⁷I. El Emary, Théorie de l'imprévision en droit privé et ses applications jurisprudentielles, maison des livres pour la publication et la distribution, 1974, p.147

⁴¹⁸ Cour de Cassation, arrêt du 3-1-1963, pourvoi no.263, année 26, bureau technique 14, p.37 et arrêt du 18-02-1965, pourvoi no.02448, année judiciaire 30, bureau technique 16, p.191.

⁴¹⁹A.Sanhoury, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, Tome I, théorie générale des obligations, maison de publication Maaref, Alexandrie, 2003, p.524.

⁴²⁰A.Sanhoury, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, Tome I, théorie générale des obligations, maison ElShorouk, Alexandrie, 2010, p.624

⁴²¹ El Derini, Théories doctrinales, publications de l'université de Demishk, 1996, p.137

monsieur Heshmat Abou-Setit prévoit que la théorie de l'imprévision ne s'applique que pour les contrats à exécution successive dont l'exécution est relâchée dans le temps.⁴²²

L'article 1467 du Code civil italien édicte que :

« En l'existence de contrats à exécution successive ou périodique ou à exécution différée, si l'exécution des obligations par l'une des parties devient onéreuse du fait des circonstances imprévisibles, le débiteur peut demander la résiliation du contrat et l'autre partie souhaitant éviter la résiliation peut demander au juge la modification des stipulations contractuelles, en conformité avec la justice ».

Le droit italien a énuméré un certain nombre de contrats où cette théorie peut être envisagée. Ce sont les contrats à exécution successive ou à exécution continue, qui se prolongent dans le temps et les contrats à exécution suspensive contenant une clause de hardship. Dans les contrats à durée indéterminée ou dans les contrats à exécution successive, les parties peuvent insérer dans le contrat une clause de hardship dont le but est d'ouvrir aux parties une nouvelle négociation si un bouleversement économique des prestations survient. Il s'agit de la transposition de la théorie de l'imprévision dans les contrats commerciaux. Dans tous ces contrats il existe une période qui sépare la conclusion du contrat et son exécution.

Le droit égyptien comme le droit polonais n'a pas énuméré la liste des contrats susceptibles de se voir appliquer la théorie de l'imprévision. La théorie de l'imprévision s'applique à tous les contrats à exécution successive ou périodique et s'applique également aux contrats à exécution instantanée dont l'une des obligations est différée. Le contrat est à exécution instantanée lorsque le temps n'est pas un critère déterminant, il est considéré comme à exécution instantanée même si sa durée d'exécution a été étendue sur un ou plusieurs délais. Nous serons en présence d'un contrat à exécution instantanée lorsque le vendeur délivre l'objet de vente en contrepartie d'un paiement immédiat ou accéléré, et aussi lorsque le paiement a été différé, comme le contrat de vente à paiement différé. Les contrats de vente de terrains cultivés conclus avant la promulgation de la loi sur la réforme agricole et dont le paiement de prix est dû après sa promulgation sont des contrats à exécution différée.

⁴²² H.Abdelrahman, op.cit, p.14

Concernant les Droits des pays arabes, l'article 148/2 du Code civil syrien, l'article 205 du Code civil jordanien et 146 du Code civil irakien n'ont pas précisé un certain type de contrats susceptibles de se voir appliquer la théorie de l'imprévision. Donc que le contrat soit à exécution successive ou instantanée, la théorie de l'imprévision s'applique si ses autres conditions sont réunies. De plus, l'article 107 alinéa 3 du Code civil algérien n'a pas mis une restriction sur les contrats concernés, susceptibles de se voir appliquer la théorie de l'imprévision. Le Droit algérien prévoit le champ général de l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats continus comme les contrats de bail ou les contrats successif comme les contrats d'importation, les contrats instantanés à exécution suspensive comme par exemple les contrats de vente conclus sous une condition suspensive ou un prix payé sur des versements.

Concernant les applications jurisprudentielles, la Cour de Cassation ⁴²³syrienne a décidé que « l'exécution du contrat de vente peut se prolonger par un ou plusieurs délais si l'exécution du contrat dépend d'une condition suspensive. (La Cour de Cassation renvoi à l'exécution différée des contrats a exécution instantanée). Il est hors de la logique que la théorie de l'imprévision s'applique uniquement aux contrats à exécution successive bien que l'application de cette théorie soit fréquente dans ces contrats ».

Les auteurs se sont partagés en deux camps. Le premier prévoit que la théorie de l'imprévision ne s'applique qu'aux contrats à terme (les contrats continus) c'est la conception restrictive. D'autres prévoient que la théorie de l'imprévision peut bien s'appliquer en l'existence des contrats à exécution instantanée.

Nous préférons l'approche extensive pour plusieurs motifs : l'article 147 alinéa 2 est général quant à la première condition d'application de l'imprévision, le fondement de cette théorie est d'établir l'équilibre sans faire une différence eu égard aux types de contrats , l'équilibre au sens juridique de tous type de contrats c'est l'équilibre visée par l'article 147 alinéa 2 du Code civil plutôt que l'équilibre économique du contrat à exécution successive ou continue ⁴²⁴enfin, les législations modernes quoique divergents sont plutôt en général pour l'adoption de la seconde approche.

Sont aussi concernés par l'application de la théorie de l'imprévision les contrats de vente où le paiement du prix est différé lorsqu'il est payé sous versements. Dans ce cas, la théorie ne se s'applique pas sur le ou les versements dus avant la survenance de l'événement imprévisible

⁴²³Cour de Cassation Syrienne arrêt en date du 20-3-1972 et Cour de Cassation égyptienne arrêt en date du 20-12-1962, pourvoi no.245, année judiciaire 27.

⁴²⁴E.Riad, théorie de l'imprévision dans les droits soudanais et égyptien, revue des jugements du gouvernement, 1980, p.168.

et qui n'ont pas été payés par le débiteur fautif⁴²⁵ ni sur les versements futurs. La Cour de Cassation ⁴²⁶égyptienne a statué que : « l'application de l'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien aux contrats de vente à prix payé sous versement ou prix différé requiert l'application du mécanisme stipulé à savoir la révision de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable conformément à la loi notant que le juge n'applique ce mécanisme que sur le ou les versements dont l'exécution suite à la survenance de l'événement imprévisible devient onéreuse, alors que pour les versements futurs, le juge n'applique pas ce mécanisme, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas affectés par les circonstances imprévues qui prendront fin ». De plus, l'événement imprévisible survenant après l'exécution de l'obligation n'a pas un impact sur le contrat tant que l'obligation a été exécutée et si les obligations n'ont été exécutées que partiellement et que l'événement imprévisible survient, la théorie de l'imprévision ne sera appliquée que pour la partie des obligations qui n'a pas encore été exécutée. ⁴²⁷

§ 2 : Indifférence de l'existence de contrats synallagmatiques ou unilatéraux

Concernant la nature du contrat concerné, synallagmatiques ou unilatéraux, certains auteurs prévoient que la théorie de l'imprévision ne peut pas s'appliquer s'il s'agit d'un contrat unilatéral car l'autre contractant n'est pas engagé et il n'existe pas des obligations réciproques pour revendiquer le rééquilibrage du contrat ⁴²⁸. Pourtant, que ces contrats soient synallagmatiques ou unilatéraux, la théorie de l'imprévision trouve application. Il convient d'adopter une approche extensive de la nature du contrat sujet d'application de la théorie sans faire une distinction selon qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique ou pas. En effet, si cette théorie s'applique dans le cadre de contrats engageant les deux parties contractantes, celle-ci doit à fortiori s'appliquer sur les contrats unilatéraux dans lesquels le débiteur souffre des conséquences de la survenance des circonstances imprévisibles et exceptionnelles rendant

⁴²⁵La faute du débiteur n'est pas établie lorsque l'obligation est due, il faut prouver sa faute par la notification faite par le créancier pour remplir ses obligations et c'est à compter de la date de notification que le débiteur est considéré comme fautif, Moussa Seliman Abou Mlough : l'interprétation des règlements du droit des obligations dans les textes proposés dans le projet du droit civil palestinien, bibliothèque et imprimerie Manara, 2eme édition, 2011, p.22.

⁴²⁶Cour de Cassation Egyptienne, pourvoi no.263, session 3/1/1963, année judiciaire 26, p.1437 au quel s'est référé Abd El Hakam Fouda : l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première Edition, 1999, p.151 et Abdel Razik El Sanhoury, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie I, page, p.524, marge n 1.

⁴²⁷M.El bih : théorie générale des obligations, sources des obligations, partie 1, les obligations, bibliothèque nouvelle Galaa, El-Mansoura, p.353.

⁴²⁸M.Selim, théorie de l'imprévision dans le droit civil et la Charria musulmane-etude comparée, maison de nouvelles éditions, Alexandrie, année 2010, p.195

l'exécution du contrat onéreuse. Par rapport aux contrats synallagmatiques, dans les contrats unilatéraux, le débiteur souffre plus en raison de l'absence de contrepartie financière à ces obligations. Le principe de la justice suppose que tous les débiteurs lésés puissent bénéficier de l'avantage de la théorie de l'imprévision si ses conditions sont réunies, peu importe que ces contrats soient synallagmatiques ou pas comme le prévoit docteur Rashwan Hassan Rashwan. De plus, toutes les législations des pays arabes n'ont pas précisé un seul type de contrat susceptible de l'application de l'imprévision et aucune jurisprudence ne pose cet obstacle au débiteur d'un contrat unilatéral souhaitant se prévaloir de l'application de l'imprévision.

§ 3 : L'application contestée de l'imprévision aux seuls contrats commutatifs

Les législations des pays arabes écartent les contrats aléatoires du domaine d'application de la théorie de l'imprévision. Ces contrats connaissent un aléa qui expose l'exécution du contrat à un risque probable.⁴²⁹ En effet, les contractants sont soit confortés à un gain soit à une perte due à la réalisation d'un événement incertain comme dans les contrats de jeux de hasard, paris et jeux d'argent. Le contrat de cotation en bourse est aussi un contrat aléatoire. Les contrats aléatoires sont exclus du champ d'application de la théorie de l'imprévision parce que l'imprévision est une des conditions de l'application de la théorie et cette condition est absente dans les contrats aléatoires parce que les parties s'attendent à la réalisation de tels risques et prévoient la possibilité de la survenance des événements.⁴³⁰ L'aléa doit chasser l'imprévision.

La jurisprudence écarte les contrats aléatoires du champ d'application de la théorie de l'imprévision. La Cour de Cassation⁴³¹ a statué que la théorie de l'imprévision est inapplicable au contrat de vente à terme de coton. C'est un engagement de livraison à une date future à des conditions définies à l'avance. En effet, la Cour de Cassation a considéré que c'est un contrat aléatoire et que les parties sont tenues d'assumer toutes les circonstances exceptionnelles qui peuvent survenir qu'elles soient prévisibles ou imprévisibles et les parties sont présumés en assumer les risques.

Les parties au contrat aléatoire sont en raison de la nature de ce contrat confrontés soit à une perte exorbitante et onéreuse soit à un gain excessif. Par conséquent, la Cour de Cassation

⁴²⁹A. El Shawarby : la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'édition Maaref, Alexandrie, 3eme édition, 1997, p.274, Abdel Razik El Sanhoury : op.cit, p.524, marge N.1, Moussa Abou Mlough : l'interprétation du Code civil palestinien, sources de l'obligation, sources contractuelles et non contractuelles, 1ere édition, 2002-2003, p.224, M. El bih : op.cit, p.353.

⁴³⁰H.Eldib, L'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils : étude analytique dans le projet de droit civil palestinien, mémoire, Université Azhar, Ghaza, faculté de droit, 2012, p.33.

⁴³¹Pourvoi N 117, année judiciaire 31, session 15/2/1966, p.287

dans l'arrêt susmentionné n'a pas fait droit à la demande du demandeur au pourvoi souhaitant la résiliation de ce contrat en raison du risque potentiel. En effet, la nature des contrats aléatoires permettant d'envisager la survenance de circonstances exceptionnelles empêche l'application de la théorie de l'imprévision et toute demande de résiliation du contrat sur le fondement de ce motif.

Les contrats d'assurance ne sont pas dans le champ d'application de la théorie de l'imprévision. La conclusion de ces contrats est basée sur l'équilibre entre les probabilités de gain et les probabilités des pertes pour chacune des parties. D'auteurs ont considéré que ces types de contrats peuvent être considérés comme dans le champ d'application de la théorie.⁴³²

Nous voyons que c'est à tort que les contrats d'assurances sont écartés du champ d'application de l'imprévision. En effet, si les contrats aléatoires supposent la probabilité de gain et perte de la part des parties au contrat, certains contrats supposent des risques importants. L'application de la théorie de l'imprévision est fondée sur le principe d'équité et l'équilibre entre les intérêts des parties. Par conséquent, il est équitable que l'une des parties affectées par l'exécution onéreuse de l'obligation, puisse invoquer la théorie de l'imprévision dans le cadre du contrat aléatoire et cela dépend de l'intensité même de l'aléa : en effet plus l'aléa est circonscrit et donc les risques assumés par les parties sont limités, plus les parties ont vocation à invoquer l'imprévision. Il s'agit alors d'une relation inversement proportionnelle. Même dans le cadre des contrats aléatoires, les conséquences ou les effets des événements imprévisibles peuvent être dans une certaine mesure imprévisibles pour les parties. En effet, celles-ci ne s'engagent à assumer et ne prévoient que les risques qu'elles croient qu'ils puissent survenir ; au-delà, la théorie de l'imprévision peut trouver application. Il convient ainsi de constater la nature de ces contrats aléatoires et de prendre en considération la nature de ces événements imprévisibles. S'agissant par exemple des contrats de vente à terme ou du contrat d'assurance, la théorie de l'imprévision ne trouve généralement pas application dans la mesure où les parties présument le ou les risques qui peuvent survenir lors de la conclusion du contrat. Mais si par exemple les parties ont conclu un contrat d'assurance contre certains risques et qu'une guerre est déclenchée après la conclusion du contrat d'assurance, les risques auxquels l'assuré est exposé sont beaucoup plus importants et il convient dans ce cas d'admettre l'invocation par l'assureur de la théorie de l'imprévision afin de limiter les conséquences de la survenance de ces risques.

⁴³²H.Saltah, op.cit, p.239.

§ 4 : L'inévitabilité des circonstances par le débiteur

Autre condition jurisprudentielle, il faut que le débiteur soit dans l'incapacité de d'éviter la réalisation de ces circonstances ou ses conséquences de manière absolue, comme l'employeur capable d'empêcher la grève ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'imprévision. Le débiteur peut aussi contourner ces circonstances. Par exemple, c'est le cas d'un contractant qui s'engage à transporter les marchandises par voie fluviale. Si des inondations l'empêchent de transporter ces marchandises, il a la possibilité de les transporter par voie ferroviaire, ainsi il ne peut pas invoquer l'imprévision ni la force majeure tant que le contrat ne se limite pas au transport par voie fluviale, l'exécution de l'obligation n'étant ni impossible ni onéreuse.⁴³³ Le débiteur peut aussi prendre une mesure préventive consistant à notifier à l'autre contractant la survenance de l'incident afin de prendre les mesures nécessaires pour limiter des impacts de celui-ci.⁴³⁴ Ainsi, le débiteur doit déployer tous les efforts nécessaires pour éviter l'impact de ces circonstances et bien évidemment leur survenance s'il peut. L'événement peut ne pas être qualifié d'imprévisible et par conséquent, la théorie de l'imprévision ne serait pas applicable lorsque le débiteur aurait pu éviter par toute mesure ces événements, selon que l'on a examiné cet événement à part ou ces circonstances en tant que telles. La lutte contre l'événement, même s'il est imprévisible pour le débiteur, empêche l'application de la théorie de l'imprévision. Tant que l'événement a été évité, le juge ne regarde pas si ce celui-ci a été prévisible ou pas.

Le critère pour déterminer si l'incident peut être évité ou pas est objectif par rapport à la transaction et c'est un pouvoir qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Autre illustration, lorsque les sénateurs égyptiens ont déclaré que la reproduction massive de vers dans les cultures légumières n'est pas une circonstance irrésistible puisque, le débiteur aurait pu éviter cela et prendre les moyens nécessaires pour les éviter. Il s'agit d'une faute due à sa négligence, alors que l'invasion des sauterelles dans les cultures, si que le débiteur a pris les moyens et les mesures nécessaires, est une circonstance imprévue. Les juges du fond peuvent appliquer une autre perspective à savoir le critère personnel relatif au débiteur lui-même. Les juges appliquant le critère de bon père de famille se posent la question de savoir si une personne

⁴³³V.supra, p.92.

⁴³⁴ H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.347-348.

raisonnable ayant des capacités moyennes aurait pu lutter contre ces événements ou au moins lutter contre les conséquences de celui-ci.

§ 5 : L'extériorité de l'évènement au débiteur

De plus, l'évènement imprévisible doit être extérieur à la volonté des contractants. La doctrine classique prévoit que les circonstances ne sont imprévues que lorsqu'elles sont indépendantes de la volonté du débiteur. Les Cours de Cassation des pays arabes appliquent rigideusement cette condition. En effet, ils refusent d'appliquer la théorie de l'imprévision si le contractant est responsable de la survenance de l'évènement, par intention ou négligence, par exemple lorsqu'il ne déploie pas les efforts nécessaires pour éviter ces événements. Sinon, la partie lésée aura droit à la réduction de l'obligation onéreuse.

§ 6: L'absence d'exécution du contrat par le débiteur

La jurisprudence ⁴³⁵a ajouté que la théorie de l'imprévision ne peut pas être invoquée si les obligations contractuelles ont été exécutées. A contrario, si le débiteur a exécuté toutes ses obligations, il ne peut pas invoquer la théorie de l'imprévision. La Cour de Cassation a décidé que : « la théorie de l'imprévision s'applique lorsque l'évènement apparaît pendant la période qui sépare la conclusion du contrat de l'exécution des obligations qui en résultent. Donc si l'obligation a été exécutée, l'imprévision ne trouve pas application car cette théorie s'applique sur une exécution pendante non encore exécutée ». ⁴³⁶ De plus, selon la jurisprudence irakienne, l'exécution complète par le débiteur rend inopérante la théorie de l'imprévision. L'extinction fait échec à toute intervention du juge. ⁴³⁷ A moins que ses obligations aient été exécutées par le débiteur urgemment et de manière provisoire pour contourner les conséquences majeures résultant de l'inexécution : dans ce cas, il peut invoquer la théorie de l'imprévision pour modifier les obligations même si elles ont déjà été exécutées ⁴³⁸ et donc le tribunal Irakien Tamiz a décidé

⁴³⁵Cour de Cassation, pourvoi N 502, année judiciaire 29, session 9/6/1975, p.1163

⁴³⁶Cour de Cassation, pourvoi No.246, année judiciaire 27, session du 20/12/1962, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 12, p.1179, no.187.

⁴³⁷V. Cass.Ass. plén.19 mai 1979, majmoat al-ahkam al-adlyiah, n 2, 10eme année, p.45; Cass.civ.25 dec.1987, majmoat al-ahkam al-adlyiah, n 4, 18 eme année, p.25; Cass.civ.28 fev.2007, pourvoi 362, disponible sur www.iraqja.iq.

⁴³⁸S.Morcos : El-Wafi dans l'interprétation du Droit Civil des obligations, tome I, théorie du contrat et de la volonté unilatérale, 4eme édition, 1987, p.531, note explicative du projet du Code civil palestinien.

que l'exécution du contrat n'empêche pas l'application de la théorie de l'imprévision dans certains cas.⁴³⁹

SECTION III : Les modalités d'intervention judiciaire

§ 1 : équilibrage entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent.

L'équilibre contractuel est apprécié discrétionnairement par le juge. La Cour de Cassation dans l'arrêt du 26 mars 1964 a statué à propos de la loi sur la réforme agricole diminuant le prix des terrains : « la décision du premier ministre accordant des facilités aux acquéreurs de terrains du gouvernement n'empêche pas le droit de l'acquéreur de demander l'application de l'alinéa 2 de l'article 147 du Code civil s'il est relevé que ces facilités ne permettent pas de réviser l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable ».

La théorie de l'imprévision établit un équilibre entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Dans l'exécution du contrat par équivalent, le débiteur n'est obligé que de réparer le dommage qui pourrait être normalement prévu lors de la conclusion du contrat. Dans le cadre de la théorie de l'imprévision, le débiteur n'est obligé d'exécuter en nature ses obligations que dans la mesure de ce qui pourrait être normalement prévu à la conclusion du contrat : ce qui est au-delà de cette expectation sera partagé entre les parties.

L'article 299 alinéa 2 (du projet préliminaire correspondant à l'article 221 alinéa 2 du nouveau code) dispose que le débiteur n'est obligé de réparer que le préjudice qu'on pourrait prévoir normalement lors de la conclusion du contrat. Pourtant, il est possible en application de cette théorie d'étaler l'exécution en nature au-delà de la limite de ce qui pourrait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat.⁴⁴⁰

Il est assez important de noter que le débiteur supporte la perte normale qui pourrait être prévue au moment de la conclusion du contrat, et ce qui dépasse ce montant sera partagé de manière égale entre le créancier et le débiteur, établissant un équilibre contractuel.⁴⁴¹Certains auteurs comme Hassab ElRassoul prévoient que les pertes résultant des circonstances imprévisibles n'ont pas à être partagées de manière égale entre le créancier et le débiteur : le

⁴³⁹ Decision du Tribunal Tamiz No.320/Hokoukeya 959,1/4/959 et 1319/Hokoukeya 959 et 1/4/959.

⁴⁴⁰Encyclopédie de travaux préparatoires , *op.cit*, p.282.

⁴⁴¹Cour de Cassation, session 2/4/2009 pourvoi n 2854, année judiciaire 78.

partage des pertes entre le créancier et le débiteur relève de l'appréciation souveraine des juges de fond.⁴⁴²

Il ne s'agit donc pas d'un transfert des pertes du débiteur au créancier ou l'inverse. Le juge en cas de circonstances imprévues, « révisé l'obligation excessive dans une mesure raisonnable » et prend en considération le partage des pertes⁴⁴³ entre le créancier et le débiteur sans qu'une partie supporte seule les pertes.

La Cour de Cassation égyptienne a statué que l'article 147 du Code civil, dès lors que les conditions d'application de la théorie de l'imprévision sont réunies, prévoit que le juge dispose de l'autorité de modifier le contrat en révisant l'obligation devenue excessive à la limite du raisonnable. Tout en disposant de son appréciation souveraine, le juge n'exempte pas totalement le débiteur de toutes les pertes en les imposant au créancier seul. Néanmoins, il charge le débiteur de la perte normale qui pourrait être prévue lors de la conclusion du contrat, et la charge des pertes exceptionnelles qui ne pouvaient pas être prévues par les parties sera partagée entre les deux contractants en considération des intérêts des parties.⁴⁴⁴

L'intérêt du créancier est l'exécution de l'obligation à un moment déterminé donc, il souhaite que la contrepartie de l'obligation soit exécutée dans les meilleurs délais après la survenance de ces événements, pour éviter tout retard. L'intérêt du débiteur est l'exécution de ses obligations sans être atteint par aucune perte financière à l'occasion des événements imprévus. Le juge doit obtenir une solution qui permet d'éviter qu'une partie soit évincée et supporte seule la totalité de la perte.

Pendant que l'une des parties supporte la perte exorbitante, l'autre partie s'enrichit aux dépens de son cocontractant. Pour cela, le juge vise à établir l'équilibre « après avoir pris en considération les intérêts des parties ».⁴⁴⁵

⁴⁴²H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.624-625.

⁴⁴³Hasheya Ebn El-Abdein, *op.cit*, p.76.

⁴⁴⁴Cour de Cassation, session 1/3/1977, pourvoi N 580, année judiciaire 43.

⁴⁴⁵H.Chenity, *op.cit*, p.61

§ 2 Les facultés offertes au juge

A) La faculté de réduction de l'obligation onéreuse.

Une fois les conditions d'application de la théorie de l'imprévision réunies, le juge peut décider la réduction de l'obligation onéreuse. Par exemple un commerçant s'engage à vendre une quantité importante de sucre à une usine de confiseries, la quantité du sucre diminue sur le marché du fait d'une guerre qui a abouti à la fermeture de l'importation et la clôture des usines, par conséquent le commerçant ne peut pas délivrer la quantité demandée. Dans ce cas le juge peut réduire la quantité à délivrer, et le créancier aura le choix entre l'acceptation du jugement ou demander la résiliation du contrat sans payer des dommages et intérêts.⁴⁴⁶ Ont par exemple été considérées comme un événement imprévisible les mesures sanitaires interdisant l'abattage des animaux à cause d'une épidémie ce qui rend le local loué (un abattoir) impropre à l'usage pour lequel il a été loué et autorisant le locataire à demander la réduction du loyer pour la période d'interdiction.⁴⁴⁷ Un contrat de bail de 5 ans a été conclu avant la guerre de 2003. Pendant la 2ème année du bail, la guerre a eu lieu, l'exécution du contrat est devenue onéreuse pour le locataire. La Cour de Cassation ⁴⁴⁸a approuvé l'arrêt de la Cour d'appel qui a décidé que le loyer évalué par les experts doit être diminué en raison de son caractère onéreux.

La réduction ne concerne pas uniquement la quantité mais aussi le prix payé par le débiteur. En effet, le juge peut diminuer ce prix ou réduire les profits calculés sur ce prix. La réduction peut être non pas matérielle et quantitative mais qualitative, en délivrant au créancier la même quantité déterminée dans le contrat mais d'une plus faible qualité. Par exemple, si un contractant s'engage à exporter des marchandises ou des produits de haute qualité, le juge peut modifier cette obligation et demander au vendeur de délivrer des produits de qualité inférieure en raison de la survenance de circonstances imprévues, si la livraison de produits de haute qualité conduit à l'exécution d'une obligation onéreuse. ⁴⁴⁹

La réduction des obligations onéreuses est aussi appliquée par les juges comme sanction de la lésion. Le texte irakien est instructif à cet égard, disposant que : « Si un contractant a subi une lésion grave par suite de l'exploitation par l'autre partie, il peut demander au juge, dans le délai d'un an à compter du contrat, de réduire ses obligations dans une proportion raisonnable ».

⁴⁴⁶V. supra, P. 401.

⁴⁴⁷Cass. civ. 29. sept. 1971, Bull. jud., n 3, 1974, p. 103.

⁴⁴⁸Cour de Cassation, ch. civ. 20 Juin 2007, pourvoi n 230 disponible sur www.iragia.iq

⁴⁴⁹H. AbdelRahman, *op. cit.*, p. 82.

Contrairement à la faculté dont dispose le juge de résilier le contrat pour lésion, il est interdit au juge de résilier le contrat pour la survenance de circonstances imprévues sur la demande de la partie lésée, Mais le professeur Sanhoury prévoit que ni la loi ni le juge ne peuvent imposer au créancier d'accepter la réduction des obligations onéreuses, le créancier ayant le droit de choisir entre la réduction des obligations onéreuses et la résiliation du contrat, cette dernière faculté s'appliquant en faveur du débiteur et permettant de l'exonérer des pertes subies à l'occasion des circonstances imprévisibles.⁴⁵⁰

B) La faculté d'augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse

Le juge peut décider non pas la diminution de l'obligation onéreuse mais l'augmentation de la contrepartie de cette obligation onéreuse, faculté dont dispose les juges d'autres pays arabes.

Les termes de l'article 213 du projet préliminaire du Code civil, « réduire l'obligation devenue excessive », ont été critiqués devant la commission des sénateurs parce que le juge peut encore décider d'augmenter les obligations opposées et ne pas réduire les obligations excessives. Il a été répondu à ces critiques que la réduction, ce n'est pas une réduction matérielle mais qu'il s'agit d'un « équilibrage des obligations » et que cela dépend de la charge de la preuve. Pour cela « réduire l'obligation excessive dans une mesure raisonnable » a été remplacé par « réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable »⁴⁵¹, ce qui conféré au juge une plus large marge d'appréciation.

Il est remarquable que pour les contrats unilatéraux, la révision de l'obligation onéreuse s'opère soit par la réduction de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable soit par la suspension de l'exécution du contrat. En effet, il n'est pas envisageable dans ces contrats que la révision de l'obligation passe par l'augmentation de la contrepartie de cette obligation puisque dans ces types de contrats, il n'y a pas de contrepartie de l'obligation.

⁴⁵⁰A. Sanhoury, El Wasit, partie I, p.538

⁴⁵¹Encyclopédie de travaux préparatoires, *op.cit*, p.278-286.

Selon l'article 658 alinéa 4 du NCC, si des circonstances exceptionnelles et générales sont apparues après la conclusion du contrat de sous-traitance, rendant l'exécution du contrat onéreuse, le juge peut en application de ce texte spécial, résilier le contrat ou augmenter la rémunération du contractant, révisant l'obligation onéreuse dans la limite du raisonnable.⁴⁵² C'est ce que dispose l'article 561 alinéa 3 du Code civil algérien. Il en va de même pour la réévaluation du prix initialement fixé dans un contrat d'approvisionnement.⁴⁵³

L'objectif de la théorie de l'imprévision n'est pas seulement de protéger les débiteurs dont les obligations sont devenues onéreuses, cette théorie s'applique également dans l'intérêt des créanciers qui ont intérêt à ce que leurs débiteurs puissent exécuter leurs obligations. C'est ce qu'on appelle en doctrine le principe d'application de l'imprévision pour le compte du débiteur et du créancier.⁴⁵⁴ En effet, le système juridique émiratie prévoit que : « conformément à l'article 249 du Code des Opérations Civiles émirates, si des circonstances imprévisibles exceptionnelles et générales surviennent rendant l'exécution des obligations onéreuses sans être impossible pour le débiteur, le menaçant d'une perte exorbitante, le juge peut selon les circonstances augmenter les obligations réciproques dans l'intérêt des parties si l'équité le recommande ».

Les sénateurs du Droit civil ont donné un exemple : un commerçant s'est engagé à vendre 100 kilos de farine à 10 LE chacun puis le prix augmente et atteint 20LE, le juge intervient et augmente le prix stipulé dans le contrat.

Deux remarques peuvent être avancées. Premièrement, le juge n'augmente pas le prix de la marchandise à 20 LE, il augmente juste le prix stipulé dans le contrat de manière à ce qu'il soit inférieur à 20 LE mais supérieur à 10 LE. C'est le débiteur qui se charge de payer l'augmentation normale du prix de quelques livres et ce qui dépasse ce montant sera partagé entre le créancier et le débiteur de l'obligation contractuelle. Le juge partage la surcharge qui est 10 LE entre le créancier et le débiteur, et le prix du kilo de farine devient alors 14.5 LE au lieu de 10 LE.

Deuxièmement, le juge en augmentant le prix, n'oblige pas le débiteur à acheter à ce prix mais, il lui permet de faire le choix entre l'achat à ce prix ou la résiliation du contrat si celle-ci est dans son intérêt.

⁴⁵²Session 24/1/1975 ensemble des jugements de la Cour de Cassation, année judiciaire 8, p.98.

⁴⁵³Cass.ch. Élargie 4 avril 1989, Revue al-Qada, n 2, 1990, p.216.

⁴⁵⁴M. Abdelgawad, Le champ d'application de la théorie de l'imprévision, revue des avocats, année 39, 2^{ème}

Publication, 1963.

, p.192 et docteur Seliman El Tamawy, les principes généraux des contrats administratifs, édition 956, p.586 et suivant.

Dans les cas de diminution de l'obligation onéreuse ou augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse, le juge révisé l'obligation dans une mesure raisonnable seulement pour le présent parce que l'événement imprévisible peut s'effacer dans le futur et le contrat retrouve sa force obligatoire, appliquant les stipulations contractuelles initiales.⁴⁵⁵

La Cour de Cassation prévoit que « en cas d'application de l'alinéa 2 de l'article 147 du Code civil aux contrats de vente où le prix est payé sur des versements, le juge ne doit appliquer les facultés dont il dispose en vertu de cet article que pour le ou les versements dont le paiement est devenu onéreux en raison de la survenance de circonstances imprévues. Concernant les versements futurs, le juge n'applique pas cette possibilité tant que ces circonstances peuvent disparaître. De même, la révision du contrat par le juge ne s'applique pas aux obligations exécutées avant la survenance de ces événements imprévus ». ⁴⁵⁶

Néanmoins, le juge peut regrouper ces deux options ensemble, à savoir décider la diminution de l'obligation onéreuse et l'augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse ensemble, mais si les circonstances imprévues ont pris fin avant la fin de la durée du contrat, celui-ci doit conserver sa force obligatoire et chacune des parties exécute ses obligations en fonction du contrat et non pas par rapport aux modifications faites par le juge.⁴⁵⁷

En révisant l'obligation excessive dans la limite du raisonnable soit par la réduction de l'obligation onéreuse soit par la diminution de la contrepartie de l'obligation onéreuse, le juge ne révisé l'obligation que pour le présent et non pas pour le futur car les circonstances imprévisibles peuvent disparaître et le contrat revient à sa situation originale avant la modification et sa complète force obligatoire est restituée comme auparavant. ⁴⁵⁸

La réduction de l'obligation onéreuse et l'augmentation de la contrepartie de l'obligation contribuent au même effet, la diminution du caractère onéreux de l'exécution des obligations par le débiteur et la participation du créancier dans la réduction de la perte de son débiteur.

Selon qu'il s'agit de la réduction de l'obligation onéreuse ou l'augmentation de sa contrepartie, le débiteur supporte la perte normale connue en pratique et puis le juge procède à la réduction de l'obligation onéreuse soit augmente sa contrepartie.

⁴⁵⁵Planiol, Ripères, Essman 1 paragraphe 396, p.558.

⁴⁵⁶Cour de Cassation, 16/3/1964, année judiciaire 15, pourvoi n 409.

⁴⁵⁷A.Fouda, op.cit , p.91

⁴⁵⁸A.Sanhouri, El wassit, Partie 1, p.646-649.

C) La faculté de suspendre l'exécution du contrat.

En vertu de l'article 281 alinéa 1 du Code civil algérien :

« Le juge peut en considération des intérêts du débiteur et la protection de l'équilibre économique du contrat, conférer un ou plusieurs délais à condition que cette période ne dépasse pas 1 année, l'exécution du contrat est suspendue et la situation demeure inchangée ».

En effet, le juge peut aussi suspendre l'exécution du contrat si par exemple un entrepreneur s'engage à délivrer un bâtiment et que le coût des matières premières ou celui des matières de construction a augmenté en raison de la situation politique ou de la situation économique du pays, pour une certaine durée jusqu'à l'amélioration de la situation. Mais, il faut que cette suspension ne porte pas atteinte à l'intérêt du créancier de l'obligation affecté par le retard dans l'exécution du contrat, comme par exemple, la perte de chance de vendre un immeuble ou de le louer si le contractant prend du retard dans la livraison de l'immeuble ⁴⁵⁹ Si le juge suspend l'exécution du contrat pour une certaine durée, un problème va se poser pour les contrats à durée déterminée parce que la limitation de la durée du contrat est une considération importante pour les parties, par exemple dans les contrats de travail conclus pour une certaine durée. La suspension de l'exécution prolongera la période de l'exécution du contrat. Pourtant, la majorité des auteurs prévoient que la suspension de l'exécution est momentanée et n'influe pas sur le contenu du contrat. Après la fin des circonstances imprévisibles, le contrat retrouve sa force obligatoire et s'exécute selon les stipulations prévues par les parties. ⁴⁶⁰

La décision de suspendre l'exécution du contrat ne touche pas en effet le contenu du contrat. Soit selon le point de vue formel soit selon le point de vue matériel, les obligations contractuelles préservent leur valeur et leur nature sans être influencées par cette suspension temporaire. Au moment où les circonstances imprévues prennent fin, la force obligatoire du contrat retrouve sa vigueur et le contrat sera exécuté comme convenu et conformément à la

⁴⁵⁹H. Abdelrahman, l'impact de la théorie de l'excuse et les calamités sur les obligations contractuelles en Droit Musulman en comparaison avec la théorie de l'imprévision en Droit Algérien, mémoire, faculté des sciences musulmanes, Université d'Algérie 2005-2006, p.83-84.

⁴⁶⁰H. Shenity, le pouvoir du juge dans la modification du contrat, thèse, institut des droits et sciences administratifs, université Ben Aknoun, Algérie, 1966, p.66

volonté des parties.⁴⁶¹ A la différence de la faculté du juge de réduire l'obligation onéreuse ou d'augmenter sa contrepartie qui permet au juge de créer une nouvelle obligation, le juge lorsqu'il suspend le contrat ne fait que figer son contenu sans procéder à des modifications, et les parties exécutent les obligations prévues dans leur contrat telles qu'elles sont.

Cela signifie donc le juge établit une obligation judiciaire si sa décision porte sur l'augmentation de la contrepartie de l'obligation réciproque ou la réduction de l'obligation onéreuse. A l'inverse, le juge n'établit pas une décision judiciaire s'il prononce la suspension de l'exécution du contrat, car en ce cas, les obligations anciennes continuent à préserver leur valeur et leur nature comme pendant la conclusion du contrat.⁴⁶²

Les juges du fond ont une appréciation souveraine et peuvent donc décider la diminution de l'obligation onéreuse, l'augmentation de la contrepartie de l'obligation mais aussi ils peuvent décider la suspension de l'exécution du contrat jusqu'à ce que l'événement imprévisible prenne fin. Ces facultés conférées au juge pour la révision du contrat n'ont pas été énumérées dans les Codes Civils mais c'est le fruit des efforts de la jurisprudence et de la doctrine, illustrant les modalités d'intervention du juge à la lumière des textes législatifs en matière d'imprévision.

§ 3 : Les restrictions aux pouvoirs du juge

En respect du principe de la force obligatoire du contrat, le juge ne peut intervenir que pour interpréter le contrat à la lumière des dispositions contractuelles. Sauf que son intervention pour modifier les stipulations contractuelles sur lesquelles les parties sont convenues, à l'occasion de la survenance des circonstances imprévues bouleversant l'économie du contrat, n'est qu'une exception au principe de l'intangibilité des contrats. De plus, il existe des restrictions au pouvoir du juge.

Le tribunal ne peut pas appliquer la théorie de l'imprévision sans la demande du débiteur. Bien que l'application de la théorie de l'imprévision soit d'ordre public et que l'article 147 alinéa 2 du Code civil édicte que toute convention contraire est nulle, il faut que le débiteur lésé invoque l'application de la théorie de l'imprévision auprès du juge. Par conséquent, les juges du fond qui

⁴⁶¹H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.703.

⁴⁶²H.Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p65.

ont appliqué cette théorie sans qu'elle soit invoquée par le demandeur, ont commis une violation de la loi et une erreur dans son application.⁴⁶³

Le fait que la théorie de l'imprévision est d'ordre public n'autorise-t-il pas le juge à l'appliquer souverainement sans une demande du débiteur ?

Dans les articles des Codes civils arabes sur l'imprévision, le législateur a utilisé le verbe pouvoir dans la formule « le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, Toute convention contraire est nulle ». Cela veut bien dire que même si les conditions de la théorie de l'imprévision sont réunies, le juge ne peut pas appliquer souverainement cette théorie et procéder à la modification du contrat sans que le débiteur invoque son application. Donc le juge ne peut pas l'appliquer de plein droit.⁴⁶⁴ La Cour de Cassation égyptienne a statué en ce sens que « tant que le premier intimé ne s'est pas prévalu de la théorie de l'imprévision et n'a pas fondé ses prétentions sur celle-ci, le jugement faisant l'objet du pourvoi a violé la loi et commet une erreur dans son application et a manqué de base légale ce qui implique sa cassation ».⁴⁶⁵

Le débiteur ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'imprévision pour la première fois devant la Cour de Cassation. Selon la Cour de Cassation⁴⁶⁶, si le demandeur au pourvoi « l'acquéreur » n'a pas invoqué la théorie de l'imprévision devant les juges de fond, il ne peut pas se prévaloir de celle-ci pour la première fois devant la Cour de Cassation. Cela a été confirmé par un autre arrêt plus récent de la Cour de Cassation.⁴⁶⁷

L'absence de réponse par le tribunal sur les motifs avancés sur le fondement de la théorie de l'imprévision rend le jugement erroné. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour de Cassation, les demandeurs ont invoqué l'application de l'article 147 alinéa 2 prévoyant que la guerre de 1956 est considérée comme une circonstance exceptionnelle ayant eu un impact sur leur contrat alors que les juges du fond se sont abstenus de répondre à ce motif bien qu'il soit fondamental.⁴⁶⁸

⁴⁶³Pourvoi N265, année judiciaire 54, session 28/4/1987, p.628.

⁴⁶⁴H.El Ahwany : théorie générale des obligations, Tome I, Sources des obligations, 2eme édition, 1995, p.325

⁴⁶⁵Cassation Civile, 9/1/1957, auquel s'est référée Heba Mohamed Mahmoud Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p.74.

⁴⁶⁶Pourvoi N 248, année judiciaire 46, session 21/12/1981, p.2346.

⁴⁶⁷Session 6 /7/1968, ensemble des jugements de la Cour de Cassation, année judiciaire 19, p.1239 auquel s'est référé A. Fouda, *op.cit*, p.163 et A.Sanhouri, *op.cit*, p.529 marge No. 1.

⁴⁶⁸Pourvoi N 257, année judiciaire 32, session 12/12/1967, p.1860

Le législateur a conféré au juge l'autorité de modifier le contrat si des circonstances générales, imprévues et exceptionnelles surviennent, qui ne peuvent pas être empêchés par le débiteur et rendent l'exécution des obligations onéreuse. La mission du juge ne se limite pas à l'interprétation du contrat. En effet, le juge peut exceptionnellement modifier les stipulations contractuelles en application de la théorie de l'imprévision.⁴⁶⁹ Celui-ci dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la situation et équilibrer le contrat. Le juge dispose de l'autorité de modifier⁴⁷⁰ le contrat en révisant l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable. La révision est un synonyme alors de la modification⁴⁷¹. Le juge est saisi pour sauver la partie lésée de l'exécution arbitraire du contrat suite à la survenance des circonstances imprévues. Le juge intervenant se substitue à la volonté des parties cristallisée dans le contrat et il crée de nouveau le contrat. De plus, du point de vue technique, il s'agit du renouvellement des obligations découlant du contrat de manière à ce que les obligations anciennes s'éteignent et soient remplacées par de nouvelles obligations créées par le juge. En conséquence, il s'agit d'obligations judiciaires ayant comme source le juge et non pas le contrat.⁴⁷²

Certains prévoient que si la théorie de l'imprévision a été créée dans le souci d'appliquer la justice, elle est susceptible d'être critiquée par ce qu'il s'agit d'une manière d'imposer l'intervention du juge et son contrôle sur la volonté des parties. De même la note explicative du projet du Code civil palestinien prévoit que malgré le fait que la théorie de l'imprévision garantisse l'établissement de la justice, elle est susceptible de faire l'objet d'une critique dans la mesure où elle permet au juge d'exercer son arbitraire. On peut aussi objecter que l'intervention du juge a été contrôlée afin de garantir l'absence d'arbitraire. Ce pouvoir du juge est en effet restreint par des critères fixés par le législateur.

Le projet⁴⁷³ n'a pas laissé l'appréciation de la théorie de l'imprévision à l'arbitraire du juge en fonction de ses propres critères comme l'a fait le droit polonais conférant au juge une large marge d'appréciation des circonstances imprévues et de leur champ d'application. Le

⁴⁶⁹Pourvoi N 249, année judiciaire 27, session 20/12/1962. p.1179

⁴⁷⁰M. Elgamal, interprétation du Droit Civil, Sources de l'obligation, 1991, p.229.

⁴⁷¹H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.694

⁴⁷²S.Tango, les sources de l'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2005, p.165.

⁴⁷³Les notes explicatives du projet du Code civil palestinien, p.169.

législateur palestinien comme le législateur irakien a retenu la phrase « si la justice l'exige » dans l'article du Code civil sur l'imprévision pour confirmer l'objectivité de l'appréciation de circonstances imprévues non fondées sur une évaluation subjective ou personnelle. Celle-ci doit s'apprécier in abstracto. Quand le juge constate un événement imprévisible et réduit les obligations onéreuses, il le fait « dans la limite du raisonnable ». Il s'agit d'une autre limitation à empreinte matérielle qui n'a pas d'équivalent en droit polonais. En effet, le droit polonais a conféré une large marge d'appréciation de la théorie de l'imprévision : l'article 269 du Code civil polonais permet au juge de déterminer les modalités de l'exécution, le montant de l'exécution, mais il peut aussi décider la résiliation du contrat.

Il existe des fondements sur lesquels, le juge applique la théorie de l'imprévision. En effet, l'article 213 du projet préliminaire du Code civil égyptien disposait que :

« Malgré cela, si des circonstances imprévisibles et exceptionnelles surviennent, le juge peut après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, en fonction de l'équité ».

La Commission de révision a remplacé la phrase « en fonction de l'équité » par « selon les circonstances ». De plus, la Commission de révision a ajouté une sanction à la fin de l'article « Toute convention contraire est nulle ».

Le juge doit prendre en considération les circonstances dans la modification du contrat et la révision de l'obligation onéreuse dans la limite du raisonnable. En effet, L'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien édicte que :

« Le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable ».

C'est ce qui est prévu dans l'article 107 alinéa 3 du Code civil algérien, sauf qu'il été reproché au législateur d'introduire cet alinéa 3 dans l'article 107 sur l'exécution du contrat de bonne foi alors qu'il devrait l'introduire dans l'article 106 sur la force obligatoire des contrats.

L'article 148 alinéa 2 du Code civil syrien contient les mêmes dispositions que son équivalent dans le Code civil égyptien. Par contre, l'article 205 du Code civil jordanien réunit les

dispositions de l'article 213 du projet préliminaire et l'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien ensemble. En effet, celui-ci édicte que « le tribunal peut selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, en fonction de l'équité. Toute convention contraire est nulle ».

Le législateur jordanien a voulu confirmer l'intervention du juge dans un souci d'équité pour établir l'équilibre contractuel, alors que le législateur égyptien s'est contenté de prévoir que le juge intervient « selon les circonstances » qui renvoie aussi implicitement à l'équité suivie par le juge. En effet, il a fait une exception au principe selon lequel les circonstances peuvent justifier l'intervention du juge afin de rétablir l'équilibre contractuel. C'est au nom de l'équité que le juge intervient dans le cas où le débiteur souffre d'une obligation onéreuse par la survenance d'un événement imprévu, ce qui a été abordé aussi par le Droit irakien.

L'article ¹⁵¹ du projet du Code civil palestinien comme tous les articles des Codes civils des pays arabes sur la théorie de l'imprévision prévoit que le juge « selon les circonstances » révisé l'obligation excessive dans la limite du raisonnable. Ces termes ne sont pas sans intérêt. En effet, il s'agit de limiter les pouvoirs du juge dans l'intervention selon les circonstances relatives au contrat ou à son exécution. Le juge en effet ne peut pas par exemple modifier le contenu matériel de l'obligation, s'il est envisagé à travers les circonstances relatives au contrat que l'événement imprévisible n'est qu'un événement temporaire qui sera éteint dans un bref délai et par conséquent ne requiert pas la modification du contenu du contrat mais suppose uniquement la suspension de son exécution. ⁴⁷⁴

Il est logique que la limite du raisonnable n'ait pas été déterminée par le législateur. En effet, c'est un pouvoir d'appréciation conféré au juge selon la nature de la transaction, selon les circonstances. Le juge doit se demander toujours si le montant de la perte économique dépasse le montant communément admis dans la pratique. Cette dernière appréciation dépend de la nature de la transaction : par exemple les pratiques entre commerçants diffèrent de celles entre les agriculteurs ou dans les contrats de sous-traitance existent des règles spéciales.

L'utilisation par le juge de son droit de réviser l'obligation onéreuse est soumise au contrôle de la Cour de Cassation. L'article 147 alinéa 2 dispose que si certaines conditions sont

⁴⁷⁴H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : L'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.621, H.Eldibe, L'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p66.

réunies, le juge à la possibilité de réviser l'obligation contractuelle dans une mesure raisonnable si son exécution est onéreuse, sans procéder à la résiliation du contrat. Le Droit polonais prévoit dans les articles 269 et 1467 respectivement que le juge peut décider la résiliation du contrat dans l'intérêt du débiteur lésé. Le Droit italien donne au juge le pouvoir de résilier le contrat dans l'intérêt du débiteur, l'autre contractant disposant du droit de contourner la demande de résiliation en offrant une modification des clauses contractuelles.

Cependant, tous les droits des pays arabes interdisent au juge de décider la résiliation du contrat, il faut procéder à des solutions alternatives⁴⁷⁵. Or, dans la théorie de l'exploitation, le juge peut décider soit la résiliation du contrat soit la réduction des obligations excessives. En effet, selon l'article 90 du Code civil algérien, « Si les obligations de l'une des parties sont disproportionnées par rapport au profit tirée du contrat ou avec les obligations de l'autre partie, la partie lésée peut demander la résiliation du contrat ou la réduction des obligations de ce contrat ».

Les Droits des pays arabes prévoient que l'intervention du juge doit se limiter à la modification du contrat sans procéder à sa résiliation. En effet, selon un arrêt rendu par la Cour de Cassation⁴⁷⁶, l'article 147 alinéa 2 du Code civil confère au juge une licence si certaines conditions sont présentes. Sa mission doit se limiter à la révision du contrat dans la limite du raisonnable sans qu'il lui soit conféré le pouvoir de résilier le contrat ni d'exonérer le débiteur de ses obligations ou de lui imposer de restituer ce que le créancier a exécuté. La reconnaissance de la résiliation du contrat en cas d'événements imprévisibles vaut support par le créancier des conséquences de l'imprévision ce qui est contraire au principe de la justice.⁴⁷⁷ L'intérêt de la théorie de l'imprévision est la survivance du contrat en remédiant au caractère onéreux de l'obligation. Selon Abdel hakam Fouda, « c'est à bon droit que le législateur a limité l'intervention du juge à la révision de l'obligation dans la limite du raisonnable »⁴⁷⁸.

Le tribunal ne peut pas décider de résilier le contrat car le créancier sera lésé par la résiliation, supportant seul toutes les conséquences de l'imprévision comme dans le cadre de la

⁴⁷⁵Anonyme, L'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils : étude analytique dans la loi. Disponible sur : [attachedfile <w.w.alazhar. Edu.ps>](http://attachedfile.w.w.alazhar.Edu.ps).

⁴⁷⁶Pourvoi N 166, année judiciaire 37, session 20/12/1973, p.1320

⁴⁷⁷E.Riad, théorie de l'imprévision dans les droits soudanais et égyptien, revue des jugements du gouvernement, 1980, p.177.

⁴⁷⁸A.Fouda, op.cit , p.92.

force majeure⁴⁷⁹. En effet, le juge doit viser à rétablir l'équilibre économique du contrat en équilibrant les intérêts des parties sans exonérer une partie de ses obligations. C'est donc sur le fondement de l'équité que le juge agit face à l'imprévision sans recourir à la résiliation du contrat. Certains auteurs considèrent que le législateur a raison de ne pas conférer ce pouvoir de résiliation au juge car, contre la sécurité juridique des transactions, le juge doit au contraire garantir l'exécution stable du contrat. Pourtant, d'autres comme Abdegawad el Sadda réclament la modification de l'article 147/2 pour permettre au juge de résilier le contrat car la résiliation du contrat sera beaucoup plus avantageuse pour le débiteur que de voir ses obligations augmentées. Par conséquent, conférer au juge la faculté de résilier le contrat lui permettrait de réaliser le plus degré d'équité que possible selon les circonstances et pour l'intérêt des parties.⁴⁸⁰

Dans les cas où le juge décide la modification des obligations, le créancier a le choix soit d'accepter la modification du contrat par le juge par la réduction de l'obligation onéreuse ou l'augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse soit d'accepter la suspension de l'exécution du contrat, soit de choisir la résiliation du contrat sans dommages et intérêts. Le juge doit répondre à la demande du créancier de résilier le contrat si la modification des obligations va à l'encontre de son intérêt, notamment si la résiliation du contrat ne porte pas atteinte au débiteur mais est dans son intérêt à lui aussi dans la mesure où il sera exonéré complètement des pertes résultant de l'événement imprévisible.⁴⁸¹ Le professeur El Sanhuri a confirmé cette faculté pour le créancier. En effet, ni la loi ni le juge ne peuvent imposer au créancier d'accepter la réduction des obligations excessives mais ils donnent au créancier la faculté de choisir entre l'acceptation de l'exécution des obligations excessives après leur réduction ou la résiliation du contrat, et ce serait avantageux pour le débiteur si le créancier choisit la résiliation du contrat car il serait exonérée des pertes résultant des circonstances imprévisibles.⁴⁸²

⁴⁷⁹I. Elemary, La théorie de l'imprévision en droit privé et ses applications judiciaires, maison des livres pour la publication et la distribution, 1974, p.54

⁴⁸⁰A. Alouba, Théorie de l'imprévision, éd. revue pour les avocats, année 40, 1^{ère} publication, 1960, p.253.

⁴⁸¹Gamil El Charkawy, théorie générale des obligations, tome I, source des obligations, maison de publication El Nahda Arabe, Le Caire, 1995, p.361, marge N1, AbelHakam Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.92.

⁴⁸²A.Sanhouri, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, partie I, théorie générale des obligations, sources d'obligation, p.538.

La reconnaissance du principe de la résiliation du contrat sur la demande du créancier par certains auteurs a été critiquée. En effet, s'il est interdit au juge de résilier le contrat comment conférer ce droit au créancier ? ⁴⁸³

Quant au débiteur, il n'a pas le droit de demander la résiliation du contrat mais, il doit exécuter ses obligations conformément à la modification décidée par le juge. Il ne peut que demander au juge de réviser l'obligation onéreuse dans la limite du raisonnable car l'intérêt de la théorie de l'imprévision est de maintenir la force contractuelle après avoir écarté l'élément onéreux de l'obligation, non pas de mettre fin à la vie contractuelle. Il s'agit de procéder à une révision du contrat. ⁴⁸⁴ Parler de la révision du contrat c'est parler de la modification du contrat soit par la réduction de l'obligation onéreuse, soit par l'augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse soit par la suspension de l'exécution du contrat.

Le critère de l'équilibre entre les intérêts des parties est un mécanisme de restriction de l'intervention judiciaire de façon à ne pas faire peser la totalité des charges des pertes sur le seul débiteur de manière arbitraire. Malgré l'importance de cette nuance, le législateur palestinien ne l'a pas introduite dans l'article 151 du projet du Code civil palestinien, Nous nous attendions à l'introduction de ce mécanisme dans cet article de façon à ce que sa rédaction soit la suivante : « Si des circonstances exceptionnelles, générales et imprévisibles sont survenues rendant l'exécution des obligations contractuelles onéreuses pour le débiteur, le menaçant par une perte exorbitante, le juge peut selon les circonstances (et après avoir équilibré les intérêts des parties) réviser l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable, toute convention contraire étant nulle ».

Si le législateur algérien comme égyptien ou d'autres n'ont pas énuméré des événements pouvant être qualifiés d'exceptionnels, ils ont déterminé des critères objectifs pour apprécier l'application de la théorie. ⁴⁸⁵

En Droit égyptien, le législateur confère à cette théorie un critère objectif ⁴⁸⁶ pour limiter l'intervention du juge à la révision de l'obligation dans la limite du raisonnable. De plus, le juge doit apprécier objectivement les pertes en fonction de la transaction et non pas par rapport

⁴⁸³A.Abdelrehim, Le précis dans la théorie de l'imprévision, maison Zahran, Egypte, 1987, p.138

⁴⁸⁴A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.92.

⁴⁸⁵H.Abdelrahman, op.cit , 2005-2006, p.50

⁴⁸⁶R. Moftah, Ensemble des actes préparatoires du Code civil, maison El Wafaa, 2015, p.280-281.

au critère subjectif de la situation financière du débiteur. Le législateur a ajouté une empreinte matérielle⁴⁸⁷ à cette théorie et indépendamment de la situation financière du débiteur, le juge détermine l'événement imprévisible pour décider s'il relève de la force majeure ou de l'imprévision donc, si nous sommes face à une impossibilité d'exécution ou une exécution onéreuse de l'obligation.

La réunion des conditions de la théorie de l'imprévision ne donne pas carte blanche au juge pour modifier largement en fonction de l'équité l'équilibre initial du contrat auquel les parties se sont engagées avant la survenance des circonstances imprévues. Mais, elle lui permet de rétablir l'équilibre contractuel en fonction des circonstances économiques.

De plus, la Cour de Cassation⁴⁸⁸ a décidé que l'appréciation des circonstances imprévues relève d'un critère objectif dans la mesure où l'événement imprévisible pendant la conclusion du contrat est apprécié selon la possibilité ou pas du débiteur de prévoir cet événement et également sa possibilité de l'éviter.

SECTION IV : Le caractère impératif de la théorie de l'imprévision

§ 1 : Le caractère d'ordre public

La question qui se pose est : les contractants peuvent-ils consentir dans le contrat sur une exclusion de la théorie de l'imprévision lorsque ses conditions d'application sont réunies ou bien cet accord est contraire à l'ordre public ?

L'ordre public dispose d'un critère flexible et objectif déterminé en fonction de l'intérêt général et des principes sociaux. Il ne peut pas être cantonné ou limité dans une sphère spécifique mais concerne le droit administratif aussi bien que le droit privé.

La nullité comme sanction est absolue car d'ordre public « Toute convention contraire est nulle ». Cette sanction est prévue dans tous les articles des Codes civils des pays arabes sur

⁴⁸⁷Cour de Cassation, Pourvoi N 580, année judiciaire 43, session 1/3/1977, p.600 auquel s'est référé A.Fouda, l'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.96, marge n 1, A.Sanhouri, *op.cit*, p.529, marge no. 1.

⁴⁸⁸Cour de Cassation, pourvoi N 1297, année judiciaire 56, session 29/11/1990, p833 et pourvoi N 448, année judiciaire 43, session 11/1/1978, p.152.

l'imprévision sauf le droit yéménite qui ne mentionne pas la phrase « toute convention contraire est nulle ».

Sans cette dernière stipulation, le contractant fort pourrait abuser du contractant faible en lui imposant d'exécuter ses obligations bien qu'elles soient devenues plus onéreuses. Si les parties dans un contrat d'importation ont consenti une l'exclusion de l'intervention judiciaire si un événement imprévu survient et si toutes les conditions d'application de la théorie de l'imprévision sont réunies et qu'après la survenance de cet événement, l'exécution des obligations par le débiteur est plus onéreuse et que le débiteur invoque la théorie de l'imprévision et que d'autre part le créancier se prévaut de la clause contenue dans le contrat stipulant la mise à l'écart de l'intervention judiciaire, cette clause est nulle et le contrat reste valable.⁴⁸⁹ Cependant, le législateur n'a pas complètement exonéré le débiteur de toute participation aux pertes, il doit y contribuer mais dans la limite du raisonnable et ce n'est pas une contrainte pour le débiteur car il a intérêt à obtenir le droit dont il est créancier.

Quelle est donc la raison pour laquelle un caractère d'ordre public a été conféré à la théorie de l'imprévision ? Abdel Razik El Sanhoury fournit une réponse à cette question en déclarant que : « la sanction sera fictive, sans aucune valeur s'il a été permis aux contractants de consentir préalablement sur sa violation et donc, le contractant fort aurait pu imposer au contractant faible ; c'est un cas de l'adhésion que la loi a évité par cet article ».⁴⁹⁰ L'intérêt du caractère d'ordre public de la théorie est de protéger la partie faible au contrat.

Si le législateur a considéré la théorie de l'imprévision comme d'ordre public, il ne l'a pas fait pour la force majeure rendant l'exécution de l'obligation impossible comme stipulé par l'article 181 du projet du Code civil palestinien édictant que : « Si la personne prouve que le préjudice résulte d'une force majeure qui lui est imputable comme la force majeure, faute de la victime ou la faute du tiers, elle sera exonérée de compenser ce préjudice sauf une clause ou convention stipulant autrement ». Cela signifie que les parties peuvent prévoir que le débiteur supportera les conséquences de la force majeure. Quel est donc l'intérêt de mettre à la charge du débiteur les conséquences de la force majeure et à l'inverse l'interdiction de toute convention stipulant le support du débiteur de toutes les pertes résultant de l'événement imprévu, écartant l'intervention du juge et par conséquent l'application de la théorie de l'imprévision ? Alors que la

⁴⁸⁹Y.Elgabouri ; le précis dans l'interprétation du Droit Civil Jordanien, édition 2008, Partie I, p.303.

⁴⁹⁰A.Sanhoury, op.cit, p.531, marge N2.

théorie la force majeure rend l'exécution des obligations impossible, la théorie de l'imprévision rend l'exécution plus onéreuse et fait donc peser moins de risque sur le débiteur.⁴⁹¹

Abdel Razik El Sanhoury a justifié cette différenciation entre la force majeure et la théorie de l'imprévision déclarant que : « si le nouveau droit a autorisé le consentement sur le support du débiteur des conséquences de la force majeure et a interdit le consentement sur la charge du débiteur des conséquences de l'imprévision alors qu'il a moins de risque ou charge qu'en cas de force majeure, cela est dû au fait que le consentement sur la surcharge du débiteur des conséquences de la force majeure est une sorte d'assurance dont le débiteur n'est pas obligé alors que le support par le débiteur des conséquences de l'imprévision est une aventure. Le consentement sur la surcharge du débiteur des conséquences de la théorie de l'imprévision relève d'une contrainte sur le débiteur pour consentir ». ⁴⁹² Le comité de révision du projet du Code civil a introduit cette phrase « toute convention contraire est nulle » pour éviter que le débiteur faible soit obligé par le créancier fort d'accepter les risques, tel étant le cas dans le contrat d'adhésion.

D'autres comme Seliman Morcos justifie cette différenciation entre deux théories par le fait que le traitement de la force majeure est traditionnel et applicable depuis longtemps et les parties peuvent décider une stipulation contraire, alors que le traitement de l'imprévision est nouveau en droit. De plus, le caractère d'ordre public de l'imprévision permet de protéger le débiteur, surtout que l'imprévision est plus applicable en pratique et le débiteur faible sera soumis à la volonté de la partie forte. ⁴⁹³ De plus, Seliman El Tamawy voit que la théorie de l'imprévision ne consiste pas à l'obtention par le contractant d'une compensation financière mais vise à garantir l'exécution du contrat dans l'intérêt de la communauté : pour cela elle a un caractère d'ordre public. De plus, l'article 147 du Code civil a prévu expressément la nullité de ces stipulations contraires. ⁴⁹⁴ Le débiteur lésé peut après la survenance de l'imprévision consentir avec son créancier à supporter les pertes : dans ce cas, il ne s'agit pas d'une suspicion de contrainte sur le débiteur qui peut renoncer à son droit d'invoquer l'imprévision et s'engager à remplir toutes ses obligations. ⁴⁹⁵ Cette renonciation à se prévaloir de l'imprévision peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsque le débiteur par écrit déclare son consentement à l'exécution de ses obligations malgré la survenance des circonstances imprévisibles rendant

⁴⁹¹H.Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p.72

⁴⁹²A.Sanhouri, El Wasit pour l'interprétation du Droit Civil, Partie I, page, p.513, marge No. 2.

⁴⁹³S.Morcos, Théorie du contrat, 1956, p.345.

⁴⁹⁴S.El Tamawy, Les fondements généraux des contrats administratifs, édition 1958, p.585.

⁴⁹⁵A.Sanhouri, El Wassit, partie 1, 2eme édition, 1964, marge 728-729.

l'exécution de ses obligations onéreuse. Elle est tacite lorsqu'il exécute effectivement ses obligations sans se prévaloir de l'imprévision malgré la survenance de tels événements n'intentant aucune action en justice.

Des auteurs prévoient que rien ne peut justifier cette distinction parce que les événements imprévus ont moins d'impact sur le débiteur que la force majeure, parce qu'elles rendent l'exécution des obligations par le débiteur simplement onéreuse, et que ce qui est applicable en raison de l'une de ces théories doit être applicable sur l'autre. En effet, l'équité incitant la surcharge par le débiteur des conséquences de la théorie de l'imprévision est la même que pour la force majeure, le support des conséquences de la force majeure est beaucoup plus important que celui de la théorie de l'imprévision.⁴⁹⁶

Monsieur Ismail El Emary déclare que l'intérêt général requiert la considération de la force majeure et de la théorie de l'imprévision comme d'ordre public, et c'est dans le sens de l'équité que les conséquences de la force majeure doivent être partagées entre les parties comme en cas d'imprévision pour l'ébranlement de l'équilibre contractuel.⁴⁹⁷

D'autres auteurs comme, Soliman Morcos et Hassab El Rassoul Elkazazy souhaitent que les parties puissent consentir sur une stipulation conventionnelle contraire dans l'intérêt du créancier, comme pour la force majeure.⁴⁹⁸ Ces auteurs réfutent le caractère d'ordre public de la théorie de l'imprévision : elle doit recevoir la même solution que la théorie de la force majeure dans le but de ne pas nuire à l'autonomie de la volonté des contractants. Il faut donc prévoir que la théorie de l'imprévision ne doit s'appliquer que si les contractants n'ont pas écarté son application.

Nous voyons que les parties doivent pouvoir contourner la disposition sur la théorie de l'imprévision sur le fondement des conventions de responsabilité.⁴⁹⁹ Il ne faut pas que la théorie de l'imprévision soit d'ordre public comme la théorie de la force majeure qui n'est pas d'ordre public car il s'agit d'une restriction sur la volonté des parties sauf s'il s'agit d'un contrat d'adhésion, dans ce cas la clause d'assomption des risques mise à la charge d'un contractant est abusive.

⁴⁹⁶A.Elshawarby : la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'édition Maaref, Alexandrie, 3eme édition, 1997 p299.

⁴⁹⁷I.Elemary, Théorie de l'imprévision en droit privé et ses applications jurisprudentielles, maison des livres pour la publication et la distribution, 1974, p.65.

⁴⁹⁸Auquel s'est référé A.Elshawarby : la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'édition Maaref, Alexandrie, 3eme édition, 1997, p. 298.

⁴⁹⁹Pour plus de précision sur les conventions de responsabilité, cf M.Zaki : les problèmes de la responsabilité civile, Tome 2, imprimerie Université du Caire, 1990.

L'expression des conventions de responsabilité renvoie à « tout accord sur la modification des législations issues du contrat ou la modification des législations qui s'appliquent sur les actions néfastes et la modification s'opère par l'exemption de la responsabilité, sa réduction ou son augmentation ». ⁵⁰⁰

Les conventions de responsabilité sont celles qui constituent un système sur les impacts de la responsabilité différent de celui prévu par la loi. ⁵⁰¹ En effet, le contrat est la loi des parties, la responsabilité contractuelle doit émaner de la volonté contractuelle. Les parties sont libres de modifier les règles de la responsabilité contractuelles soit par sa réduction, exemption ou augmentation dans la limite de la loi, l'ordre public et la morale. ⁵⁰²

Comme illustration de la convention de responsabilité, l'article 238 du projet du Code civil palestinien édicte que :

«1- Il est possible de stipuler sur l'exemption du débiteur de la compensation du préjudice résultant du défaut d'exécution de son obligation contractuelle totalement ou partiellement ou pour sa faute ou son retard dans l'exécution à moins que cela soit le résultat d'une fraude ou d'une faute grave, et malgré cela, le débiteur peut prévoir comme condition qu'il ne sera pas responsable en cas de fraude ou de faute grave commise par des personnes qu'il habilite pour l'exécution de ses obligations.2-Il est possible de stipuler sur la charge du débiteur des conséquences de la force majeure ».

Donc, les parties peuvent consentir sur l'exemption de la responsabilité du débiteur ou sa réduction si l'inexécution, la faute dans l'exécution ou le retard dans l'exécution résulte d'une fraude ou d'une faute grave des personnes habilitées par le débiteur et ayant comme mission l'exécution de ses obligations contractuelles. L'alinéa 2 de cet article prévoit l'augmentation de la responsabilité contractuelle, les parties peuvent stipuler sur la responsabilité du débiteur même en cas de force majeure. ⁵⁰³

⁵⁰⁰M.Aboumlouh : l'interprétation des règlements du droit des obligations dans les textes proposés dans le projet du droit civil palestinien, bibliothèque et imprimerie Manara, 2eme édition, 2011, p.339, M. Zaki, *op.cit* ,p.10.

⁵⁰¹M.Zaki, *op.cit*, p.11

⁵⁰²A.Sanhouri, *op.cit*, p.550.

⁵⁰³Notes explicatives du projet du Civil Palestinien, p.285, H.Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p.81.

Les Codes civils des pays arabes prévoient que les parties peuvent déroger aux dispositions sur la force majeure alors qu'a fortiori, il devrait faire pareil pour les circonstances imprévues qui rendent l'exécution des obligations onéreuses sans être impossibles, et permettre aux parties de convenir une stipulation contractuelle augmentant les obligations contractuelles du débiteur même en cas de circonstances imprévisibles, en application de la théorie de l'autonomie de la volonté du contrat et du respect de la volonté des parties.

Dans un souci de respect de la volonté des parties, nous proposons que les articles des Codes civils arabes soient modifiés et rédigés comme suit : « Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, générales et imprévisibles, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, sauf stipulation contraire ».

Certes, la théorie de l'imprévision relève du caractère d'ordre public mais, des règles d'ordre public empêchent l'application de la théorie de l'imprévision dans ce cas. L'article 134 du Code civil dispose que :

« Si l'objet de l'obligation était une somme d'argent, le débiteur est tenu de rendre la somme au même montant stipulé dans le contrat sans que son augmentation ou sa diminution ait un impact au moment de l'exécution de l'obligation ». Cet article ressemble à l'article 1895 du Code civil Français selon lequel :

« L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ». Cet article 134 s'applique au contrat de prêt et aussi au contrat d'assurance.

Dans le cadre du contrat d'assurance-vie, les versements sont payés par l'assuré périodiquement et le prix d'assurance est payé par la société d'assurance à l'assuré à la fin de la durée du contrat d'assurance ou en cas de décès. Si la valeur des versements ou le prix de l'assurance devient dérisoire par rapport à l'obligation réciproque, la société d'assurance ou l'assuré ou ses héritiers peuvent-ils invoquer l'imprévision ? Ce n'est pas possible tant que des règles d'ordre public empêchent l'application de la théorie de l'imprévision même si elle est aussi

d'ordre public. Donc le juge ne peut pas intervenir dans ces cas pour modifier les prix par augmentation ni diminution,⁵⁰⁴ outre le caractère aléatoire du contrat.

§ 2 : Les limites de l'impact du caractère impératif sur la clause d'exclusion de l'application de la théorie de l'imprévision.

A) Les limites temporelles

La question qui se pose est celle de l'étendue de l'impact de la disposition impérative sur la stipulation contractuelle relative à la mise à l'écart de l'application de la théorie de l'imprévision. Est-ce que l'interdiction concerne le moment de la conclusion du contrat ou s'étend-elle après sa conclusion ? Et si l'interdiction s'étend après la conclusion du contrat sera-t-elle limitée par la période antérieure à l'exécution du contrat ou bien pourrait-elle la dépasser ? Si l'interdiction de stipuler une telle clause dans le contrat s'étend après l'exécution du contrat, est-ce qu'elle concerne uniquement cette période ou bien sera-t-il interdit aux contractants de consentir sur l'abandon de l'invocation de la théorie de l'imprévision ou de l'exécution du jugement rendu à cet égard ? D'autre part, l'interdiction de consentir une stipulation contractuelle contraire à la législation sur l'imprévision concerne-t-elle les cas où le contenu de cette convention est fondé sur le choix d'un ou plusieurs moyens de révision de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable ou bien cette interdiction concerne la liberté des parties dans le choix de toute décision sur l'application de la théorie et quel que soit le moyen ?⁵⁰⁵

Afin de répondre à ces questions, il convient d'aborder les limites temporelles et objectives de l'interdiction d'ordre public de la clause.

Concernant les limites temporelles sur l'interdiction d'une clause en violation de la théorie, la majorité des auteurs arabes⁵⁰⁶ sont d'accord sur l'interdiction faite aux contractants de consentir une stipulation contractuelle violant la disposition impérative sur la théorie de l'imprévision. L'interdiction, conformément à cet avis, est déterminée par le moment de la

⁵⁰⁴A.Fouda L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'édition Al Maaref, Alexandrie, première édition, 1999, p.143-144.

⁵⁰⁵H. El Rassoul- Sheikh Kazazy : op.cit, p.284, H.Eldibe, *op.cit*, p.76.

⁵⁰⁶Parmi eux, G.El Charkawy, théorie générale des obligations, tome I, source des obligations, maison de publication El Nahda Arabe, Le Caire, 1995, p.361, marge N1, H. El Ahwany : théorie générale des obligations, Tome I, Sources des obligations, 2eme édition, 1995, p.325.

conclusion du contrat, et pour cela il n'est pas interdit de priver le contractant de sa demande en application de la théorie si ses conditions sont réunies, même s'il renonce dans le contrat à son droit de l'invoquer. Comme le prévoit Monsieur Sanhoury : « la sanction sera fictive s'il a été permis aux contractants de préalablement consentir sur sa violation ». ⁵⁰⁷

Pourtant, « Il sera possible pour le débiteur lésé, après la survenance des circonstances imprévues, de consentir avec son créancier sur la violation de cette sanction, le consentement en effet sera dépourvu de suspicion d'une contrainte sur le débiteur. Par conséquent, le débiteur peut renoncer à son droit d'invoquer la théorie de l'imprévision et il exécutera toutes ses obligations comme telles » ⁵⁰⁸

Par conséquent, tant que l'interdiction de la stipulation contractuelle sur la violation de la sanction relative à cette théorie a été déterminée conformément à cette opinion, au moment où le contrat a été conclu, rien n'interdit le consentement des parties contractantes sur le non-respect de cette législation après la survenance de la circonstance imprévue. ⁵⁰⁹ Ce renoncement du débiteur de se prévaloir de la théorie de l'imprévision et d'exécuter ses obligations peut se manifester explicitement par écrit ou implicitement lorsque le débiteur exécute ses obligations malgré la survenance des circonstances exceptionnelles sans aucune contestation de sa part et n'intente aucune action en justice. Il ne suffit pas pour déterminer si le débiteur a renoncé implicitement à se prévaloir de la théorie de l'imprévision de constater que le débiteur a continué à exécuter ses obligations car la loi l'oblige à continuer à les exécuter malgré l'imprévision.

Pourtant, d'autres auteurs comme Ahmed Abdelbaky prévoient que ce consentement entre les parties après la survenance des circonstances imprévisibles sur l'exclusion de la théorie de l'imprévision est aussi nul de nullité absolue.

L'admission par la doctrine d'une stipulation des parties dérogeant à la théorie de l'imprévision après la survenance des circonstances imprévisibles donne le droit aux parties contractantes de consentir sur la renonciation à l'appel en justice concernant l'application de la théorie de l'imprévision ou le consentement sur la suspension des procédures d'exécution du jugement rendu à cet égard. Tant que la suspicion d'une contrainte sur le débiteur ne peut pas exister au moment de la survenance de la circonstance imprévue, il n'y aura point une telle

⁵⁰⁷A.Sanhoury, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, partie I, théorie générale des obligations, sources d'obligation, maison Maaref, Alexandrie, P.531, marge N2.

⁵⁰⁸V.supra.

⁵⁰⁹H.Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012, p76.

suspicion si le débiteur renonce à sa demande sur la théorie de l'imprévision ou lorsque l'exécution du jugement rendu à cet égard a été suspendue. ⁵¹⁰

Mais, est ce que le tribunal peut soulever d'office la question de la renonciation au droit d'application de la théorie ou bien n'a-t-il pas cette autorité tant que l'intimé n'a pas prétendu que l'appelant n'a pas renoncé à ce droit ? ⁵¹¹

La prétention sur la renonciation au droit d'invoquer la théorie de l'imprévision est une prétention matérielle, c'est ce que l'intimé demande pour confirmer l'existence d'un fait préventif face à la demande du débiteur afin que sa demande soit rejetée. ⁵¹².

La règle est que le juge civil ne peut pas soulever la prétention matérielle d'office sans que l'intimé l'invoque, à moins qu'elle dispose d'un caractère d'ordre public. ⁵¹³ La prétention objective que nous abordons n'est pas sans doute d'ordre public et par conséquent, le tribunal ne peut pas soulever d'office la renonciation au droit d'invoquer la théorie de l'imprévision mais l'intimé doit lui-même présenter cette prétention. ⁵¹⁴

B) Les limites objectives

Si le législateur a adopté une législation impérative sur la théorie de l'imprévision de manière à ce qu'il soit interdit de consentir une stipulation violant la législation relative à cette théorie, est-ce que cela aura comme conséquence l'interdiction pour les contractants de consentir à une clause écartant l'application de la théorie ? ⁵¹⁵ Par exemple renoncer seulement à l'intervention judiciaire pour réduire les obligations onéreuses pour imprévision.

Nous avons démontré que l'équilibrage contractuel remédiant aux conséquences de la survenance de l'événement imprévu se manifeste par trois facultés qui sont : la réduction de l'obligation onéreuse, l'augmentation de la contrepartie de l'obligation onéreuse ou la

⁵¹⁰H. El Rassoul- Sheikh Kazazy :*op.cit*, p.286.

⁵¹¹H.Eldib, *op.cit*, p.77.

⁵¹²Definition de Fathy Waly au quel s'est référé M. Ayad : El Wasit dans l'interprétation du du droit des principes du jugement civil et commercial N.2 pour l'année 2001, Tome I, première édition 2003, p.492.

⁵¹³M.Ayad, *op.cit*, p.496.

⁵¹⁴H. Eldib, *op.cit*, p.78.

⁵¹⁵V.supra.

suspension de l'exécution du contrat jusqu' à l'effacement des conséquences de la circonstance imprévisible. Est-ce que les parties peuvent consentir sur l'un de ces mécanismes sans les autres pour réviser l'obligation onéreuse dans la limite du raisonnable si l'événement imprévisible survient ?

La réponse est négative. En effet, les articles des Codes civils arabes sur la théorie de l'imprévision utilisent les termes « le juge peut » pour insister sur la compétence du juge sans rival pour l'équilibrage du contrat. Ainsi, les parties ne peuvent pas écarter certains mécanismes de rééquilibrage et consentir sur d'autres ou contrôler l'intervention judiciaire.

De plus, le législateur lorsqu'il a habilité le juge du fond à intervenir dans le contrat qui est la loi des parties, a limité cette intervention par de nombreuses garanties pour empêcher toute intervention arbitraire ou aléatoire du juge. Il s'agit alors de considérations objectives et s'il a été permis aux parties de réviser par eux même le contrat, il sera porté atteinte à la disposition impérative sur laquelle est fondée la théorie de l'imprévision.⁵¹⁶ C'est la conception du droit de tous les pays arabes en matière d'imprévision. Seul le juge révisé le contrat et seul le juge choisit les modalités de révision du contrat pour imprévision.

Le consentement des parties sur des conditions spéciales dans leur contrat pour remédier aux conséquences de la théorie de l'imprévision est contraire à la théorie de l'imprévision fondée sur une disposition impérative à laquelle les parties ne peuvent pas déroger.

Nous voyons que l'avantage de consacrer une théorie de l'imprévision contractuelle est de préserver la liberté contractuelle entre les parties en prévoyant les modalités du rééquilibrage ou même d'écarter son application. Pourtant, cela peut contribuer à la conclusion de contrats d'adhésion dans lesquels la partie faible étant sous contrainte n'a qu'à adhérer aux conditions de la partie contractante forte. C'est pour cela que l'intervention judiciaire est nécessaire pour certains auteurs et le caractère impératif de la théorie de l'imprévision permet la protection de la partie faible.

SECTION IV : Les applications législatives spéciales

Bien que les Droits des pays arabes aient appliqué la condition de généralité des circonstances imprévues, les droits étrangers comme le droit Polonais ou le droit italien « n'ont

⁵¹⁶H. El Rassoul- Sheikh Kazazy , *op.cit*, p.289, H.Eldib, *op.cit*, p.79.

pas appliqué cette condition contraire au principe de la justice en vertu duquel le juge intervient pour remédier à l'éviction du débiteur lésé.⁵¹⁷

Les nouveaux droits des pays arabes ne se limitent pas à évoquer un texte général sur la théorie de l'imprévision mais, ils abordent d'autres textes spéciaux appliquant le caractère exceptionnel de cette théorie à des cas particuliers, bien que les circonstances exceptionnelles aient un caractère général. Parmi ces textes, il y en a deux qui avaient été évoqués par le droit ancien. Ce sont le délai de grâce et la réduction de la rémunération du mandataire.

Concernant le délai de grâce, l'article 157 alinéa 2 du Code civil égyptien dispose que:

« Le juge peut conférer au débiteur un délai pour exécuter ses obligations selon les circonstances, il peut aussi refuser la résiliation du contrat si l'obligation inexécutée par le débiteur est peu importante dans la globalité du contrat ».

C'est le même principe que celui prévu par l'article 346 alinéa 2 du Code civil égyptien (et son équivalent l'article 376 alinéa 2 du Code civil palestinien) édictant que :

« Le juge peut dans des circonstances exceptionnelles, si un article de loi ne le lui empêche pas, conférer au débiteur un ou plusieurs délais raisonnables pour exécuter ses obligations si cela est nécessaire et sans que le créancier subisse un préjudice grave pour ce retard d'exécution ».

C'est le cas lorsque des circonstances imprévues apparaissent et que le débiteur ne peut pas les éviter de manière à ce que le paiement du loyer à la date d'échéance soit onéreux pour le débiteur sans que l'exécution de l'obligation soit impossible. La Cour de Cassation a statué que c'est à bon droit que les juges du fond ont conféré un délai de grâce au bailleur pour lui permettre d'exécuter ses obligations.⁵¹⁸

Le délai de grâce est une période accordée au débiteur pour faire face à des défis postérieurs à l'exécution du contrat que Georges Ripert considère « au même degré de

⁵¹⁷K.Fadel, La modification du contrat pendant son exécution, mémoire, Faculté de Droit, Université d'Algérie, 2001-2002, p78-79.

⁵¹⁸Pourvoi no. 6698, année judiciaire 63, session 22-12-1997, p.1502

dangereuse que la modification du contrat » De plus, il ajoute qu'« il s'agit de tuer le contrat en libérant le débiteur à chaque fois qu'il rencontre des difficultés dans l'exécution du contrat ». ⁵¹⁹

Pendant que certains auteurs nient toute similitude entre le délai de grâce et la modification du contrat, la majorité des auteurs prévoient que la fixation par le juge d'un délai de grâce correspond à une atteinte à la force obligatoire du contrat car, il s'agit d'une véritable modification d'une condition d'exécution du contrat, à savoir le délai de grâce. ⁵²⁰

Les législateurs arabes ont considéré le délai de grâce comme une des applications de modification du contrat sauf qu'ils ont conféré au débiteur le délai de grâce sous certaines conditions à savoir : l'absence de texte législatif le prohibant, la nécessité d'une telle garantie. En outre, il ne faut pas que le créancier soit affecté par un préjudice grave et comme dernière condition, il faut que le délai accordé par le juge soit raisonnable.

Les législateurs ont appliqué la condition de généralité et prévoient comme conséquence de la survenance de circonstances imprévues rendant l'exécution des obligations onéreuses par le débiteur, l'attribution au débiteur d'un ou plusieurs délais pour exécuter ses obligations.

Le délai de grâce diffère de la suspension du contrat, l'un des mécanismes susmentionnés de la révision du contrat. En effet, le contrat reste en vigueur mais il s'agit de conférer au débiteur un ou plusieurs délais afin d'exécuter ses obligations.

Concernant le second exemple, celui de la rémunération du mandataire, selon l'article 709 alinéa 2 du Code civil égyptien :

« Si les parties ont convenu sur le coût du mandat, ce prix sera déterminé souverainement par le juge ».

La théorie de l'imprévision s'y applique parce que la survenance d'un événement imprévu peut ouvrir le droit pour le juge de décider la réduction ou à l'augmentation de la rémunération du mandataire.

Le nouveau droit a prévu de nouveaux articles s'imprégnant de la théorie de l'imprévision. Tout d'abord, dans le contrat de bail, l'article 608 du Code civil égyptien édicte que :

« Si le contrat de bail est à durée déterminée, chacun des deux contractants peut demander la résiliation du contrat avant la fin de sa durée si des circonstances imprévues sont apparues, rendant l'exécution

⁵¹⁹S.Tango, *op.cit*, p.482

⁵²⁰V.*supra*

du contrat de bail onéreuse pendant ou après sa conclusion. Celui qui demande la résiliation doit notifier l'autre partie, respectant le délai de préavis en application de l'article 563 du Code civil et indemniser l'autre partie équitablement ».

L'article 575 du Code civil syrien contient les mêmes dispositions que l'article 608 du Code civil égyptien, sauf que c'est l'article 761 de ce Code qui détermine le délai de préavis. De même, l'article 496 du Code civil soudanais contient des dispositions similaires à celles des articles précédents, comme l'article 792 du Code civil irakien et l'article 794 du Code civil émirati. La Jurisprudence Irakienne a rendu plusieurs arrêts⁵²¹ en application de cet article.

Nous remarquons que par exception à cette troisième condition de la théorie de l'imprévision, la généralité des circonstances exceptionnelles, toutes les circonstances exceptionnelles mentionnés dans les cas précédents sont personnelles et pas générales, en application de ces textes spéciaux. En outre, au niveau de la sanction, chacune des parties peut demander la résiliation du contrat avec une compensation de l'autre partie. Pourtant, la résiliation n'est pas accompagnée par une compensation dans certains articles comme par exemple l'article 609 du Code civil égyptien (et son équivalent l'article 664 du Code civil palestinien) :

« Si le travail requiert de l'employé ou du fonctionnaire d'Etat de changer son domicile, il peut demander la résiliation du contrat de bail si ce contrat est à durée déterminée et le notifier le bailleur en application de l'article 563 du Code civil, toute convention contraire est nulle ».

C'est exactement le même article que l'article 567 du Code civil syrien sauf que c'est l'article 761 de ce Code qui détermine le délai de préavis.

De plus, l'article 601 du Code civil égyptien (et son équivalent l'Article 657 alinéa 2 en droit palestinien) édicte que :

« Si le locataire décède, ses héritiers peuvent demander la résiliation du contrat s'ils prouvent qu'en raison de son décès, les charges financières dépassent leurs capacités de paiement. Dans ce cas ils doivent respecter la durée de notification en l'application de l'article 563 du Code civil et il

⁵²¹Décision du Tribunal Tamiz No.748/Hokoukeya/959 et décision 1055/Hokoukeya/960.

faut que la demande de résiliation soit effectuée dans une durée maximale de 6 mois à compter du décès du locataire ».

Pourtant, d'autres articles, même s'ils écartent la condition de généralité des circonstances exceptionnelles comme les articles susmentionnés, se contentent de la révision du contrat sans prévoir sa résiliation comme sanction, C'est le cas par exemple de l'article 675 alinéa 2 du Code civil palestinien qui édicte que :

« Si une partie des cultures ont été détruites et que cette destruction conduit à la baisse importante du montant de la rente foncière, le locataire aura le droit de demander la réduction du loyer ».

Concernant le contrat de sous-traitance, l'article 658 alinéa 4 du Code civil égyptien édicte que :

« Si un déséquilibre économique entre les obligations de l'employeur et du contractant survient, en raison de circonstances exceptionnelles générales que les parties ne pouvaient pas prévoir depuis la conclusion du contrat, le juge peut augmenter la rémunération ou résilier le contrat ».

Cet article a été repris par plusieurs articles des Codes civils arabes parmi lesquels, l'article 753 du Code civil palestinien, l'article 878 du Code civil Irakien. Les circonstances exceptionnelles dans ces cas de figure sont générales, sauf que le juge dispose de la faculté de résilier le contrat ou d'augmenter la rémunération.

En Droit algérien, l'article 561 sur les contrats de sous-traitance édicte que :

« Lorsque, le contrat est conclu à prix forfaitaire d'après un plan convenu avec le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur ne peut réclamer aucune augmentation de prix alors même que des modifications ou des ajouts auraient été apportées au plan à moins que ces modifications ou ajout ne soient dues à une faute du maître de l'ouvrage ou qu'elles n'aient été

autorisées par lui et le prix convenu par le maître d'ouvrage. Cet accord doit être constaté par écrit à moins que le contrat lui-même n'ait été conclu verbalement. Lorsque, par suite d'événements exceptionnels, qui ont un caractère général et qui étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat, l'équilibre économique entre les obligations respectives du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur est rompu et que la base financière du contrat d'entreprise disparaît en conséquence, le juge peut décider une augmentation de la rémunération ou prononcer la résiliation du contrat ».

Si ces législations prévoient l'augmentation de la rémunération de l'employeur, l'article 893 du Code des Opérations Civiles Emiratie prévoit uniquement le cas de résiliation du contrat en cas de survenance de telles circonstances.

Concernant les servitudes de passage, l'article 1023 alinéa 2 du NCC édicte que :

« Si l'endroit des servitudes de passage pose un obstacle ou que les servitudes de passage font obstacle à la rénovation de l'immeuble sur lequel sont attachées les servitudes de passage, le propriétaire de l'immeuble peut demander le transfert de ces droits à un autre immeuble ».

De plus, l'article 1029 de ce même code édicte que :

« Le propriétaire de l'immeuble peut se libérer partiellement ou totalement des servitudes de passage s'ils ne servent plus ou servent peu l'immeuble par rapport aux charges onéreux sur l'immeuble ».

Les circonstances exceptionnelles ici sont personnelles. C'est un article similaire à l'article 881 du Code civil algérien. Par conséquent, le juge peut changer l'endroit des servitudes de passage si cela est dans l'intérêt du propriétaire de l'immeuble et si le propriétaire ne peut ne pas faire des restaurations. De plus le juge peut décider l'annulation des servitudes de passage si elles n'ont aucun intérêt.⁵²²

⁵²²A.Fouda, *op.cit*, P.83.

C'est toujours le texte spécial qui déroge au texte général lorsqu'il s'agit d'un conflit entre deux règles de droit et par conséquent, les conditions générales de la théorie de l'imprévision seront écartées ou appliquées en partie.

L'imprévision a aussi place dans les contrats de construction. Le droit syrien a été inspiré par le droit égyptien en matière de théorie de l'imprévision sauf que le législateur syrien n'a pas adopté l'intervention du juge pour réviser les contrats de construction en cas d'imprévision contrairement au droit irakien. Le tribunal Irakien a appliqué la théorie de l'imprévision dans une décision ⁵²³ déclarant que « S'il a été prouvé par les documents officiels qu'un ébranlement total a eu lieu dans les obligations des parties au litige pour la survenance de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat et minant par conséquent, l'absence de la base sur laquelle est fondée l'évaluation financière du contrat de construction, le tribunal s'est référé à des experts pour augmenter la rémunération dont l'appelant a droit du fait de ce déséquilibre en application des articles 878 du Code civil irakien et l'Article 140 du Code de la preuve. Le tribunal a suivi une autre décision de la Cour de Cassation ⁵²⁴ En effet, le tribunal Irakien El Tamiz a déclaré que si le maître d'ouvrage a conféré un délai pour que le contractant puisse exécuter ses obligations, le tribunal a décidé d'augmenter sa rémunération en application de l'article 878 du Code civil irakien en raison du déséquilibre économique entre les obligations du contractant et du maître d'ouvrage rendant plus onéreuse l'exécution du contrat par le débiteur. ⁵²⁵

Cet article du Code civil Irakien est similaire à l'article 533/2 du Code civil soudanais édictant que « si l'équilibre financier entre les obligations de l'employeur et du contractant se bouleverse pour des circonstances générales et imprévues au moment de la conclusion du contrat et par conséquent l'économie du contrat de construction est déséquilibrée, le tribunal peut décider l'augmentation de la rémunération du contractant ou la résiliation du contrat ».

⁵²³ C.Cass.Pourvoi no.22 et 23, mawsea 1 /1989, Issue le 4/4/1099

⁵²⁴ C.Cass. Pourvoi no.386/mawsea 1/1988 le 30/10/1988

⁵²⁵ C.Cass. Pourvoi no.1386, mawsea 1/1988

CHAPITRE III : L'impact des circonstances sur les personnes et les jugements

En cas de survenance de circonstances imprévues, l'exécution de l'obligation devient onéreuse, les parties peuvent réguler les conséquences amicalement sans se présenter devant les tribunaux.

Si les parties ne sont pas arrivées à des solutions à l'amiable, le débiteur intente une action en justice pour exécuter l'obligation onéreuse dans la mesure du raisonnable. Le créancier aussi peut intenter une action en justice pour obliger le débiteur à exécuter ses obligations.

Le débiteur et le créancier sont confrontés aux conséquences de cette théorie. Néanmoins, cela n'empêche pas l'extension de ces conséquences sur les tiers pour différentes raisons.

SECTION I : L'impact de la théorie sur les contractants.

Le débiteur et le créancier sont les premiers à être impacté par la survenance de telles circonstances imprévues engendrant des pertes excessives.

§ 1 : L'impact sur le débiteur

Le débiteur est confronté à une exécution plus onéreuse de l'obligation, à laquelle il ne pouvait pas s'attendre et qu'il ne pouvait éviter, ce qui le menace par une perte exorbitante portant atteinte à ses intérêts. Par conséquent, il tentera de trouver des solutions avec son créancier pour diminuer le caractère excessif des pertes en partageant les obligations onéreuses avec l'autre partie. Si les parties ne sont pas parvenues à une solution alternative à l'amiable, le débiteur aura droit d'intenter une action en justice pour éviter la lésion dont il sera victime s'il exécute les obligations onéreuses comme telles.

Ainsi, le juge intervient pour équilibrer les intérêts des parties et effacer la lésion potentielle dont souffrira le débiteur s'il supporte seul la charge de l'exécution des obligations. Le juge met en œuvre l'une de ces trois branches de l'option : la réduction des obligations du

débiteur, l'augmentation des obligations du créancier mais également, le juge peut suspendre l'exécution du contrat à condition que les circonstances soient temporaires et occasionnelles.⁵²⁶

§ 2 : L'impact sur le créancier

Le créancier est le moins influencé par la coïncidence de l'exécution du contrat avec la survenance d'événements imprévus. Il ne supporte pas l'exécution onéreuse de ses obligations, pourtant le créancier peut invoquer la perte de chance d'obtenir un profit du au fait que le débiteur refuse l'exécution du contrat.

Certains auteurs considèrent que le créancier n'est ni abusif ni de mauvaise foi lorsqu'il demande à son débiteur d'exécuter les obligations comme stipulé dans le contrat. En effet, ni le débiteur ni le créancier ne pouvaient s'attendre à la survenance de ces événements et ne pouvaient les empêcher. Par conséquent, le créancier peut intenter une action en justice pour imposer au débiteur d'exécuter ses obligations.⁵²⁷ Mais, cela est contraire au principe de la solidarité contractuelle.

Le débiteur ne peut pas pour satisfaire aux intérêts du créancier, renoncer par une clause insérée dans le contrat avant sa conclusion, à son droit d'invoquer l'imprévision si des circonstances imprévisibles surviennent car les textes législatifs sur l'imprévision dans tous les droits des pays arabes sont d'ordre public et cette clause sera considérée abusive défavorisant la partie faible au contrat sous la contrainte de la partie forte. Pourtant, le débiteur peut après la survenance des circonstances imprévisibles conclure une convention avec le créancier et déclarer son intention d'exécuter ses obligations malgré la survenance de telles circonstances ou exécuter effectivement ses obligations sans intenter une action en justice. Dans ce cas il n'y aura pas de suspicion de contrainte sur le débiteur.

Il se peut aussi que le créancier et le débiteur révoquent le contrat sans recourir au juge mais ce contrat sera un nouveau contrat à l'égard des tiers. Selon l'article 243 du Code civil jordanien no.43 pour l'année 1976, « la révocation du contrat est une résolution à l'égard des contractants mais, a comme conséquence, l'existence d'un contrat nouveau à l'égard des tiers ». Cet article a été repris par d'autres législations des pays arabes : à titre d'exemple l'article 269 du

⁵²⁶M.Selim, *op.cit*, p441, 400,446

⁵²⁷M.Selim, *op.cit*, p118, 400.

Code des Opérations Civiles Emiraties. Si par exemple X vend son appartement à Y qui le loue à Z et que X et Y décident de révoquer le contrat pour changement imprévisible de circonstances et qu'il y a eu des restitutions réciproques, alors Z est le locataire de la propriété de X et non pas de Y. La révocation produit les effets de la résolution c'est-à-dire qu'il y a rétroactivité et des restitutions réciproques. Pourtant, cette révocation ne doit pas affecter les tiers qui bénéficient du contrat.

Les contractants peuvent aussi décider la novation du contrat. La novation des obligations contractuelles est une opération juridique qui consiste à substituer les obligations anciennes par des obligations nouvelles différentes des obligations anciennes dans l'un de ses éléments comme le changement de la dette ou le changement du créancier ou du débiteur. Selon l'article 352 du Code civil égyptien, il y a novation :

Premièrement, par changement de dette, lorsque les deux parties conviennent de substituer à l'ancienne obligation une nouvelle, différente de la première quant à son objet ou à sa source ;

Le premier cas de figure de la novation est la stipulation d'une obligation nouvelle, différente de la première quant à son objet ou à sa source. Ce qui permet de rééquilibrer le contrat par exemple, un commerçant s'engage à vendre du coton au débiteur et puis le prix du coton s'élève en raison d'un événement imprévisible pour les parties. Les contractants peuvent au lieu de révoquer le contrat, changer l'objet de l'obligation et le remplacer par un autre produit moins coûteux ou un produit d'une qualité inférieure et moins cher.

Deuxièmement, par changement de débiteur :

Lorsque le créancier et un tiers conviennent que ce dernier sera substitué au débiteur primitif et que celui-ci sera libéré de la dette sans qu'il soit besoin de son consentement, ou lorsque le débiteur obtient le consentement du créancier sur un tiers pour être le nouveau débiteur.

La novation par substitution du débiteur permet de remédier aux défaillances des petites entreprises qui peuvent recourir à la demande auprès de grandes entreprises ayant le même domaine d'activité de les substituer dans l'exécution de ses obligations ou que le créancier demande à une grande entreprise de remplacer la petite entreprise si l'exécution du contrat devient onéreuse pour elle après la survenance de telles circonstances imprévisibles.

Troisièmement, par changement de créancier :

Lorsque le créancier, le débiteur et un tiers conviennent que ce dernier deviendra le nouveau créancier. L'obligation ancienne est éteinte par la substitution du créancier primitif et la création d'une nouvelle obligation entre le débiteur et le nouveau créancier afin de permettre au débiteur

de faire face aux circonstances imprévisibles. Le nouveau créancier peut proposer au débiteur des solutions lui permettant d'exécuter des obligations avec beaucoup plus de facilité.

Contrairement au législateur égyptien, certaines législations des pays arabes ne prévoient pas la révision par le système juridique de la novation. Nous pouvons citer à titre d'exemple, le droit émirati. En effet, le code des Opérations Civiles émiraties ne contient aucune disposition sur la novation mais uniquement sur la solidarité entre débiteurs dans le paiement de la dette en vertu de l'article 453 de ce même Code. Le Code des Opérations Civiles émiratie a été influencé par le système juridique Jordanien qui ne prévoit pas la novation dans le Code civil mais d'autres mécanismes juridiques comme la subrogation et la cession de dette et la cession de créance sauf que nous regrettons l'absence de la théorie de novation dans ces codes civils car c'est le seul mécanisme qui permet d'éteindre l'obligation initiale ou ancienne et de créer une nouvelle obligation différente de la première. L'extinction de l'obligation initiale par la novation rend la novation le mécanisme le plus efficace face aux circonstances imprévisibles par rapport à la subrogation ou cession de créance ou dette.

Il est ainsi recommandé d'insérer un texte législatif sur le mécanisme de la novation dans le Code civils jordanien et le Code des Opérations Civiles Emiraties pour permettre aux parties de rééquilibrer le contrat sans recourir au juge lorsque des circonstances imprévisibles pour les parties rendent l'exécution des obligations par le débiteur onéreuses.

§ 3 : L'impact sur les tiers héritiers.

L'héritier est toute personne à qui est attribué légalement les droits et les obligations du défunt.

Les héritiers auxquelles les droits sont transférés sont aussi victimes des circonstances imprévues, bien qu'ils ne soient pas des parties au contrat affectées par le déséquilibre économique. Les héritiers sont ceux qui succèdent à la personne dans la totalité ou une partie de ses droits. Ce transfert des droits s'opère par exemple par l'héritage ou le testament. En vertu de l'article 145 du Code civil égyptien, sous réserve des règles relatives à la succession, le contrat produit effet entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel, à moins qu'il ne résulte de la convention, de la nature de l'affaire) comme le droit d'usufruit qui s'éteint suite au décès du bénéficiaire ou d'une disposition légale (par exemple, lorsque les héritiers n'ont pas payé les dettes du défunt ou qu'ils ont tué intentionnellement le défunt). Cet article a été repris par d'autres notamment l'article 206 du Code civil jordanien, l'article 250 du Code des Opérations Civiles émiratie.

Les héritiers ou les légataires bénéficient des droits de la personne transférant les droits mais également dans les obligations imposées à cette personne. Par conséquent, les héritiers peuvent demander au juge la révision des obligations onéreuses dans la limite du raisonnable lorsque des circonstances imprévisibles rendent l'exécution des obligations onéreuses par les héritiers soit ils continuent l'action que leur auteur a intenté et qui a été par son décès.

§ 4 : L'impact sur les tiers successeurs dans les droits

Les successeurs sont ceux à qui l'antécédent a transféré la propriété d'un bien ou d'un droit accessoire à ce bien de même que tous ceux auxquels est transféré un droit personnel propre à l'antécédent. L'article 146 du Code civil égyptien duquel s'est inspiré l'article 207 du Code civil jordanien , l'article 251 du Code civil émirati et l'article 109 du Code civil algérien édictent que : « Les obligations et droits personnels créés par des contrats relatifs à une chose qui a été transmise ultérieurement à des ayants-cause, se transmettent à ces derniers, en même temps que la chose est transmise, s'ils constituent des éléments essentiels de la chose, et que les ayants-cause ont en eu connaissance lors de sa transmission de la chose ».

Ces articles envisagent les cas où le successeur remplace l'antécédent dans ses droits :

- Quand le contrat conclu par l'antécédent antérieurement à l'acte de disposition par lequel le droit est transféré au successeur.
- Quand les droits et les obligations résultant du contrat conclu par l'antécédent sont accessoires au bien transféré aux successeurs.
- Quand le successeur a connaissance des obligations résultant du contrat conclu par l'antécédent pendant le transfert de ces droits.
- Les successeurs succèdent l'antécédent dans la limite des droits transférés par l'antécédent et en respect des conditions de l'article susmentionné.

Les successeurs succèdent l'antécédent dans ses droits et ses obligations et par conséquent, ont droit d'invoquer la révision de l'obligation onéreuse dans la limite du raisonnable car l'exécution d'une obligation qui leur a été transférée par l'antécédent sous des conditions différentes, rend cette obligation pour les successeurs onéreuse.

Pourtant, il convient de distinguer deux situations. Premièrement, si ces circonstances imprévisibles ont eu lieu et que l'antécédent intente une action en justice pour réviser les obligations excessives et avant que le contrat a été transféré au successeur, cette action ne peut être valable et le successeur ne remplace pas son antécédent dans cette action. Par conséquent, l'antécédent doit tout d'abord renoncer à sa qualité dans le procès pour que le successeur puisse intenter l'action en justice.

Deuxième situation, il s'agit du cas où le contrat a été transféré au successeur et que le successeur exécute ses obligations contractuelles et puis des circonstances imprévisibles ont rendu l'exécution des obligations onéreuses par celui-ci. Dans ce cas, le successeur a droit à intenter une action en justice pour réviser l'obligation excessive et il remplace son antécédent dans tous ses droits et il peut même intenter une action en justice contre lui.⁵²⁸

§ 5 : L'impact sur le créancier du débiteur

L'article 235 du Code civil égyptien et son équivalent dans les autres Codes Civils des pays arabes comme l'article 366 du Code civil jordanien et l'article 392 du Code des Opérations Civiles émiraties édicte que : « 1) Tout créancier, alors même que sa créance ne serait pas exigible, peut exercer, au nom de son débiteur, tous les droits de celui-ci à l'exception de ceux qui sont inhérents à sa personne ou qui sont insaisissables.

2) L'exercice par le créancier des droits de son débiteur n'est recevable que si le créancier prouve que le débiteur s'abstient de les exercer et que cette abstention est de nature à entraîner ou aggraver l'insolvabilité du débiteur. Le créancier ne doit pas nécessairement mettre le débiteur en demeure d'agir, mais il doit toujours le mettre en cause. »

Dans le souci de la protection de ses intérêts, le droit confère au créancier la possibilité d'intenter une action indirecte au nom de son débiteur négligeant qui s'abstient d'utiliser son droit. Si les obligations que le débiteur s'engage à exécuter deviennent onéreuses après la survenance de circonstances imprévisibles et qu'il n'intente pas une action en justice pour réviser le contrat, son créancier peut intenter cette action. Il agit alors en représentation du débiteur car ce qui affecte le débiteur affecte aussi son patrimoine corrélativement. L'article 236 du Code civil égyptien édicte que : « le créancier, dans l'exercice des droits de son débiteur, est réputée être le

⁵²⁸M. Selim, *op.cit*, p.405-406.

représentant de celui-ci. Le produit résultant de cet exercice tombe dans le patrimoine du débiteur et sert de gage à tous ses créanciers. »

Pour que cette action indirecte soit intentée il faut respecter certaines conditions :

1-le débiteur a une obligation envers son créancier et que ce droit soit certain c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un droit potentiel ou objet de litige. ⁵²⁹

2-le patrimoine du débiteur ne peut pas couvrir le paiement des dettes au créancier.

3-Le débiteur doit être partie au litige, dans le procès intenté par le créancier.

4-Le créancier doit avoir un intérêt légitime justifiant son action en justice et il lui incombe de prouver la négligence du débiteur dans l'utilisation de son droit qui pourrait contribuer à sa faillite ou l'augmentation de sa faillite.

5-Le droit que le créancier utilise au nom de son débiteur ne soit pas tout simplement une Licence, qu'il ne soit pas personnel au débiteur ou insaisissable ou gagé empêchant le créancier de l'utiliser. ⁵³⁰

SECTION II : L'impact des circonstances nouvelles sur le droit des procédures civiles des pays arabes et français

Les circonstances dans lesquelles les jugements sont rendus peuvent changer, influant sur les intérêts des parties au litige pendant l'exécution de ces jugements. Il convient dans un souci d'équité de modifier ces jugements pour s'adapter aux nouvelles circonstances et ne pas nuire aux intérêts des parties. Si ces jugements sont du point de vue légal corrects, ils provoquent une iniquité s'ils s'exécutent alors que des circonstances nouvelles apparaissent après leurs issue. Il ne s'agit pas d'appliquer la théorie de l'imprévision sur les jugements mais, l'une de ses caractéristiques à savoir la survenance de circonstances nouvelles qui doivent impacter sur le jugement ayant autorité de la chose jugée, dans le souci de protection de la partie lésée. Madame Corinne Bléry se pose cette question intéressante : « pourquoi ne pas profiter de la période pour

⁵²⁹A. Sanhoury, l'impact de l'obligation en droit égyptien et en droit comparé, maison El Maaref, Egypte, 2003, p.683.

⁵³⁰A. Sanhoury, El Wasit sur l'explication du nouveau Code civil, partie 1, théorie générale du contrat, les effets de l'obligation, publications El Halabi Al Hokoukeya-Beyrouth, Liban, année 2015, p.945.

effectuer un retour sur l'autorité de la chose jugée ? ». ⁵³¹ Cette période est celle de la crise du Covid-19. La doctrine a critiqué le rattachement de l'autorité de chose jugée aux notions de présomption et de vérité ⁵³² : « présumer vrai ce qu'a décidé le juge n'est, en effet, qu'une fiction ; au contraire, parce que le juge peut se tromper, le législateur a permis à un plaideur de remettre en cause ce qui a été jugé, dans des limites raisonnables ». A fortiori, l'autorité de la chose jugée doit être remise en cause en cas de circonstances nouvelles et/ou imprévisibles qui apparaissent après le prononcé du jugement et pendant son exécution.

Nous pouvons dire que la théorie de l'imprévision influe indirectement et partiellement sur les jugements rendus lorsque des circonstances nouvelles apparaissent après le prononcé du jugement. Les jugements qui ne sont pas définitifs sont susceptibles d'être modifiés par l'interjection d'un appel ou par un pourvoi en cassation. Concernant les jugements définitifs, le demandeur ne peut faire un pourvoi pour se prévaloir du changement des circonstances. Mais, il faut prendre en compte le changement des jugements définitifs lorsque les obligations des parties sont évolutives. Certains auteurs comme M. Yasser Danoun et Mme Roaa Ibrahim font appel à la possibilité de la demande de la partie lésée par un changement de circonstances affectant gravement ses intérêts d'invoquer la modification des jugements même si ces jugements sont définitifs, alors que d'autres auteurs comme le professeur Khater prévoient que cette invocation est possible uniquement lorsque les jugements disposent d'une autorité provisoire car ouvrir la voie à la révision des jugements définitifs ayant autorité de la chose jugée pour imprévision risque de nourrir un contentieux infini. L'autorité de la chose jugée dispose d'une dimension fonctionnelle car elle empêche le renouvellement du procès. Cette notion est ancienne. Le droit Babylonien a connu l'autorité de la chose jugée dès le III^e millénaire av.J.C, de même aux XVIII^e s av.J.C au § 5 du Code Hammourabi. Mais, il faut un retour sur la notion d'autorité de la chose jugée pour prendre en compte les situations nouvelles et/ou d'imprévision.

§ 1 La reconnaissance de la révision des jugements pour imprévision en droit français et dans le droit des pays arabes.

Si le droit civil est le domaine naturel de l'application de la théorie de l'imprévision lorsque des circonstances nouvelles apparaissent pendant l'exécution du contrat, ces circonstances doivent aussi être prises en compte pour la révision des jugements disposant de

⁵³¹C. Bléry, Retour sur l'autorité de la chose jugée, Dalloz Actualité, 28 avril 2020. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/retour-sur-l-autorite-de-chose-jugee#.Xx1SJaTitPa>

⁵³²C. Bléry, Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ?, Procédures 2007. Étude 11, spéc. No. 1 ; L'efficacité substantielle des jugements civils, thèse, LGDJ, 2000, n^{os} 177 s.

l'autorité de la chose jugée. En droit de procédure civile égyptien et en droit de procédure civile français, lorsque le jugement est issu, il dispose de l'autorité de la chose jugée ⁵³³ et par conséquent, le jugement doit être respecté par les parties au litige et n'est pas susceptible de révision par les autres juridictions par les voies de recours. L'autorité de la chose jugée est un attribut du jugement qui rend les décisions de justice irrévocables et immuables, assurant leur sécurité juridique et évitant un contentieux infini. L'effet négatif de ce principe de l'autorité de la chose jugée rend irrévocable la décision judiciaire définitive lorsque trois conditions énumérées par l'article 1351 du Code civil français (aujourd'hui 1355) sont remplies. Selon cet article : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». Il s'agit alors de la triple identité de cause, d'objet et des parties. L'article 1355 du Code civil français reprend exactement les termes de l'article 1351 du Code civil français de 1804, sans rien modifier.

Malgré cette autorité dont dispose le jugement, il serait injuste que le jugement ne soit pas révisé alors que les circonstances changent et les circonstances autour de l'exécution du jugement soient différentes par rapport à celles autour du prononcé du jugement ou l'engagement de l'action en justice, impactant gravement les obligations imposées par le jugement. Ainsi, des circonstances nouvelles impactent le jugement. Il est à rappeler l'arrêt de la Cour d'appel qui a été rejeté par la Cour de Cassation française qui lui reproche de ne pas prendre en compte les faits nouveaux ouvrant droit au divorce, survenant postérieurement à la première instance en divorce. Par conséquent, la seconde demande ne peut pas être irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée du premier jugement.⁵³⁴ De plus, certains jugements sont affectés par les circonstances nouvelles car ils disposent d'une autorité provisoire de la chose jugée.⁵³⁵

Notre époque qui connaît des bouleversements majeurs incite la révision des jugements.⁵³⁶ Donc, c'est le moment de reconnaître explicitement l'impact du changement des circonstances sur les jugements disposant de l'autorité de la chose jugée.

⁵³³J.Foyer, De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition, thèse, Paris, 1954, p. 325, C.Bouty, Chose jugée, Répertoire de procédure civile mars 2018. n. 30.

⁵³⁴ Cass. Civ. 2e, 28 mars 2002, no 00-17.053

⁵³⁵X.Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, 1994, LGDJ, nos 232 s.

⁵³⁶ A.Abouelwafa, théorie des jugements en droit des procédures civiles, maison Maaref, 4ème édition, 1980, p.669.

L'article 101 du Code de la preuve égyptien édicte que les jugements disposant de l'autorité de la chose jugée sont opposable à tous, il s'agit d'une règle d'ordre public et l'article 116 du CPC égyptien édicte que le tribunal s'abstient de statuer sur litiges tranchés par les juridictions auparavant. Ce qui pose un obstacle à la modification des jugements disposant de l'autorité de la chose jugée lors de circonstances imprévisibles. Cette rigidité s'explique par la garantie de la sécurité juridique et la confiance des parties dans les jugements. La doctrine diverge. Certains auteurs s'opposent à la révision des jugements disposant autorité de la chose jugée qui sont d'ordre public. D'autres plaident pour la révision des jugements en cas de circonstances imprévisibles. Ces auteurs prévoient que la plupart des jugements en matière de procédure civile sont des jugements déclaratifs qui mettent en évidence un droit dont disposait le créancier et ne sont pas des jugements créateurs de nouveaux droits : donc si des circonstances imprévisibles rendent l'exécution des obligations contractuelles, objet du jugement onéreux pour le débiteur, le jugement serait révisable.⁵³⁷ D'autres auteurs ⁵³⁸ prévoient que le domaine de prédilection de la théorie de l'imprévision en droit de procédure civile concerne les jugements définitifs ayant autorité de la chose jugée car pour les autres jugements ne disposant pas autorité de la chose jugée, les voies de recours sont ouvertes. D'autres auteurs prévoient que tous les jugements peuvent être révisables et ils établissent une distinction entre la modification du jugement et la contestation du jugement par les moyens de pourvoi. A travers cette distinction, ils établissent que les jugements disposant de l'autorité de la chose jugée peuvent être révisés pour imprévision. Selon Bounty, "L'idée générale de la théorie du fait nouveau procède que l'on ne peut évidemment reprocher à une partie de ne pas avoir allégué un fait qui n'existait pas encore au jour du premier procès ou qui lui était inconnu. Plus techniquement, le fait nouveau modifie la cause de l'action, si bien qu'il n'y a pas d'identité entre le premier jugement et la seconde demande. L'intangibilité que procure à une décision de justice l'autorité de la chose jugée présente ainsi une certaine relativité: par le sésame de l'élément nouveau ouvrant les portes de la seconde action, il est en effet permis au plaideur de remettre en cause la première décision. Chose jugée"⁵³⁹. D'autres auteurs prévoient la possibilité de réviser les jugements ayant une autorité provisoire de la chose jugée comme les jugements portant sur les pensions alimentaires,

⁵³⁷H. El Rassoul- Sheikh Kazazy: l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979, p.90

⁵³⁸ B. Danoun et R.Khalifa, l'impact de la théorie de l'imprévision sur les jugements : une analyse normative comparée n°.57, janvier 2014, p.182 Disponible sur : <https://platform.almanhal.com/Reader/Article/58893>

⁵³⁹C.Bouty, Chose jugée, Répertoire de procédure civile mars 2018. n. 30, p.624

les jugements en référés, les jugements relatifs au préjudice évolutif qui s'aggrave pendant le temps.

Le changement des circonstances peut gravement impacter les intérêts du "débitteur" ou au contraire le protéger.

Le droit pénal de certains pays arabes et le droit français admet la possibilité de modifier le jugement définitif si des circonstances imprévisibles apparaissent avant l'exécution du jugement et après le prononcé du jugement définitif.

L'article 13 du Code pénal émiratie édicte que si après la commission d'un crime et avant le prononcé d'un jugement définitif, une loi plus favorable à l'accusé a été promulguée, cette loi sera applicable au crime et si après le prononcé d'un jugement définitif, une loi rendant l'action ou l'omission non sanctionnable, l'exécution de ce jugement se freine et ses effets a moins que la loi nouvelle stipule autrement et donc si la loi nouvelle apaise la peine seulement, le tribunal ayant prononcé le jugement définitif doit, après la demande du Ministère Public ou du condamné, réviser la peine à la lumière de la loi nouvelle. L'article 5 du Code pénal égyptien est l'identique de l'article susmentionné.

Cela nous rappelle l'article 112-4 du Code Pénal français qui édicte que : "L'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne.

Toutefois, la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale."

L'alinéa 2 de l'article susmentionné perçoit la loi nouvelle comme une circonstance imprévisible impactant le jugement prononçant une peine qui sanctionne une infraction pénale n'existant plus.

De plus, le changement de circonstances est pris en compte dans le cas de la pension alimentaire:

L'article l'alinéa 2 de l'article 191 Code de la famille marocain (Version consolidée en date du 4 février 2016) dispose que: "Le jugement ordonnant le service de la pension alimentaire demeure en vigueur jusqu'à ce qu'un autre jugement lui soit substitué ou qu'intervienne la déchéance du bénéficiaire de son droit à pension".

L'article 192 du Code de la famille marocain dispose qu'aucune demande tendant à obtenir une augmentation ou une diminution de la pension alimentaire convenue ou décidée judiciairement ne sera recevable, sauf des circonstances exceptionnelles, avant l'écoulement d'un

délai d'un an". En effet, le licenciement du débiteur de la pension alimentaire de son travail, sa maladie ou sa faillite peuvent affecter sa capacité à payer la pension alimentaire. Ces circonstances exceptionnelles sont aussi imprévisibles et le droit marocain n'a pas exigé la généralité de ces circonstances qui peuvent affecter seul le débiteur.

Peuvent aussi être évoqués l'article 28 alinéa 2 du Code des personnes irakien no.188 pour l'année 1959 qui prévoit l'augmentation ou la diminution de la prestation compensatoire en cas de circonstances nouvelles et aussi l'article 208 du Code Civil irakien no.40 pour l'année 1951 édictant qu'à défaut de détermination suffisante de la compensation, la personne lésée aura le droit dans un délai raisonnable de demander la révision du montant de la prestation compensatoire. De plus, l'article 196 du Code des procédures civil irakien permet à la partie de former un pourvoi sur le jugement définitif pour s'adapter aux nouvelles circonstances⁵⁴⁰. C'est la même portée que l'article 169 du Code des procédures civiles émiraties.

Le demandeur de révision de la pension alimentaire doit payer la pension quand même avant l'examen de sa demande.

La jurisprudence égyptienne prévoit que " l'autorité de la chose jugée des jugements prononçant la pension alimentaire est provisoire et donc la pension est révisable à la hausse et à la baisse après le prononce du jugement de même il peut s'agir de la déchéance du bénéficiaire de son droit à pension " ⁵⁴¹. Les jugements sur la pension alimentaire sont susceptibles de modification pour changement de circonstances.⁵⁴² Les circonstances imprévisibles affectent surtout les jugements portant sur des obligations à exécution étendue dans le temps comme la pension alimentaire et la rente viagère. Ces circonstances peuvent aussi impacter les jugements en référé qui ouvrent droit à la révision de ces jugements.

Le droit français a permis aussi à tout intéressé d'invoquer la révision de la pension alimentaire. ⁵⁴³ Cette faculté est justifiée par le fait que les jugements sur les pensions alimentaires disposent d'une autorité partielle de la chose jugée. ⁵⁴⁴

⁵⁴⁰B. Dandoun, R.Khalil, op.cit , p.213

⁵⁴¹Cass.Civ.24 fevrier 2007, pourvoi no.634, annee judiciaire 66, Cass.civ.27 octobre 1960, pourvoi no.21, annee judiciaire 28.

⁵⁴²Cass.Civ. pourvoi no.20, session 17-12-1991, annee judiciaire 59

⁵⁴³ Cass. Civ. 2e, 6 mai 2004, JCP 2004. IV. 2294. Cass. Civ. 1re, 18 déc. 1979, Bull. civ. I, no 324; CA Paris, 23 janv. 1984, D. 1985. IR 174.

⁵⁴⁴T. Le Bars, Autorité positive et autorité négative de chose jugée, Procédures août-sept. 2007. p. 9 s. G.Deharo, L'autorité de la chose transigée en matière civile, Gaz. Pal. 30 nov. et 1er déc. 2005, p. 2, s. S.Guinchard, L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil, in Mélanges Wiederkehr, 2009, Dalloz, p. 379.

La jurisprudence française a pris en compte l'impact de la théorie de l'imprévision sur les jugements. La Cour de Cassation⁵⁴⁵ dans plusieurs arrêts prévoit que le jugement ne dispose plus de l'autorité de la chose jugée si des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice. La Cour de cassation l'admet très explicitement: «s'il incombe aux parties de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature à fonder celle-ci, elles peuvent toutefois présenter de nouvelles demandes, au cours d'une instance ultérieure, dès lors que celles-ci sont fondées sur l'existence d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale»⁵⁴⁶. Cette conception a été critiquée par la doctrine pour violation de l'article 4 du CPC qui édicte que: "L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant" et l'article 1355 du Code civil qui prévoit que "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité". La Cour de Cassation dans un arrêt récent du 19 octobre 2017 juge qu' " Il résulte de l'article 1034, alinéa 2 du CPC, que l'irrecevabilité de la déclaration de saisine sur renvoi après cassation confère force de chose jugée au jugement de première instance, lorsque la décision cassée a été prononcée sur appel de ce jugement, rendant irrecevable toute nouvelle déclaration de saisine tendant à déférer à la cour d'appel la connaissance de ce jugement. Ne peut par conséquent être accueilli le pourvoi critiquant l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir constaté qu'une première déclaration de saisine avait été déclarée irrecevable, déclare irrecevable une seconde déclaration de saisine."⁵⁴⁷ Et par conséquent, tant que le jugement dispose de l'autorité de la chose jugée, la révision de ce jugement pour imprévision n'est pas accueillie par une nouvelle demande basée sur de nouvelles preuves. Cette conception jurisprudentielle a pour intérêt la protection du défendeur contre l'abus de l'exercice du droit

⁵⁴⁵Cass.Com. 4 déc. 2001, no 99-15.112. Civ. 1re, 22 oct. 2002, no 00-14.035. Cass. Civ. 3e, 25 avr. 2007, no 06-10.662, Procédures 2007, no 158, obs. Perrot; JCP 2008. I. 155, no 18, obs. Huyghe. Cass. Civ. 3e, 26 Nov. 2015, no 14-24.898, Cédric BOUTY, Chose jugée, Op. Cit., N° 625. Civ.1re, 16 avr.2015, no.14-13.280.

⁵⁴⁶Cass. Civ. 2e, 10 juin 2010, no 09-67.172, Procédures 2010, no 305, obs. Perrot.

⁵⁴⁷Cass. Civ. 2e, 19 oct. 2017, no 16-24.269, Procédure 2018, comm. 3, obs. Croze, Cass. Civ. 2e, 20 janv. 2010, no 08-70.206, JCP 2010. 272, note Bléry

procédural en engageant une action en justice et la garantie de la bonne foi en droit de procédure civile.⁵⁴⁸

Pourtant, à chaque règle, il existe toujours des exceptions. Une nouvelle demande est recevable si elle est nouvelle par sa cause, son objet ou la qualité des parties. Selon l'assemblée Plénière de la Cour de Cassation dans l'arrêt *Cesareo* "l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'en cas d'identité de cause, c'est-à-dire si les demandes successives sont fondées sur le même texte ou le même principe ; que la cour d'appel a constaté que la première demande de M. Gilbert X... avait été fondée sur le salaire différé défini par le code rural, tandis que la demande dont elle était saisie était fondée sur l'enrichissement sans cause ; qu'en estimant que ces deux demandes avaient une cause identique, la cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 1351 du code civil et 480 du nouveau code de procédure civile".⁵⁴⁹ Le demandeur s'est vu opposé l'identité de l'objet entre les deux demandes et la différence de fondement juridique n'a pas suffi à rendre sa demande accueillie. Pourtant, raisonnant a contrario, une nouvelle demande est recevable si elle est nouvelle par sa cause, son objet ou la qualité des parties.

Selon le principe de concentration des moyens, le demandeur doit présenter dès sa première demande tous les moyens fondant sa demande. Cette règle est devenue applicable aussi au défendeur depuis l'arrêt 20 février 2007 selon lequel il incombe « aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel ». ⁵⁵⁰

Pourtant, l'application du principe de concentration des moyens connaît une divergence jurisprudentielle importante entre les chambres de la Cour de Cassation.⁵⁵¹ Selon madame

⁵⁴⁸J. Blondel, La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude, JCP 2012. P. 464, P.Mayer, Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée. Dalloz. 29 Juillet 2020 p. 331 s. no 15

⁵⁴⁹L'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006, Just. et Cass. 2010. 366 s

⁵⁵⁰Com.20 fevr. 2007, no.05-18.322.

⁵⁵¹La concentration des demandes a été imposée par la première chambre civile en matière d'arbitrage (Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, D. 2008. 1629, obs. X. Delpech ; **ibid.** 3111, obs. T. Clay ; RTD civ. 2008. 551, obs. R. Perrot ; RTD com. 2010. 535, obs. E. Loquin ; JCP 2008. II. 10170, obs. G. Bolard) et au-delà (Civ. 1^{re}, 12 sept. 2012, n° 11-18.530, D. 2012. 2991, obs. T. Clay ; RLDC nov. 2012, p. 69, obs. C. Bléry) , mais heureusement refusée par les autres chambres (par ex. Civ. 2^e, 19 oct. 2017, n° 16-24.372 NP, AJDI 2018. 54 ; Com. 8 mars 2017, n° 15-20.392 NP ; Civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 14-14.372 P, D. 2015. 1369 ; **ibid.** 2198, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp ; RTD civ. 2015. 869, obs. H. Barbier ; JCP 2015. 788, obs. Y.-M. Serinet). Même la première chambre civile est revenue sur cette obligation (Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-16.743 P, D. 2016. 1083 ; **ibid.** 2017. 422, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2016. 923, obs. P. Théry ; Procédures 2016, comm. 223, obs. Y. Strickler, Gaz. Pal. 2016. 66, obs. H. Herman ; 30 nov. 2016, n° 15-20.043 NP, Procédures 2017. comm. 26, obs. Y. Strickler).

Corinne Bléry : « La seule soupape qui reste alors pour échapper à la concentration des moyens ou des demandes tient dans le hasard, de la chance : en effet, logiquement, l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice. La jurisprudence relative à ces faits nouveaux est heureusement maintenue ». ⁵⁵² De plus, elle a été critiquée par des auteurs qui prévoient que cette exigence n'est qu'une forclusion procédurale ⁵⁵³ avec laquelle le principe de l'autorité de la chose jugée est confondu. La thèse de madame Aurélie Marque « une étude apaisée de la relation entre le principe de concentration et le procès civil » est intéressante à ce sujet.

En outre, la nouvelle demande d'indemnisation peut être accueillie en cas d'une aggravation imprévisible du préjudice bien que le jugement dispose de l'autorité de la chose jugée. ⁵⁵⁴ Le montant de l'indemnité peut être disproportionné par rapport au préjudice.

Le préjudice peut être révisé à la hausse ⁵⁵⁵ mais non pas à la baisse. ⁵⁵⁶ La Cour de Cassation égyptienne a statué que : « la proportion entre l'indemnité et le préjudice stipulée par le législateur suppose la prise en considération - dans l'évaluation du préjudice - de l'aggravation du préjudice et la modification du pouvoir d'achat de la monnaie depuis la réalisation du préjudice jusqu'à la date du prononcé du jugement sur la compensation, le juge du fond doit donc prendre en considération ce changement qui affecte la valeur de la monnaie ou le prix du marché depuis la réalisation du préjudice jusqu'au prononcé du jugement sur la compensation ». ⁵⁵⁷ Le

⁵⁵²V. not. Civ. 1^{re}, 22 oct. 2002, n° 00-14.035 P, Rev. crit. DIP 2003. 299, note E. Pataut ; Civ. 2^e, 3 juin 2004, n° 03-14.204 P, D. 2004. 1769 ; Civ. 3^e, 25 avril 2007, n° 06-10.662 P, AJDA 2007. 1374 ; D. 2007. 1344 ; *ibid.* 2427, obs. N. Fricero ; AJDI 2007. 590 ; *ibid.* 671, obs. R. Hostiou ; *ibid.* 2013. 100, chron. S. Gilbert ; Procédures 2007. Comm. 158, obs. R. Perrot ; Civ. 2^e, 6 mai 2010, n° 09-14.737, D. 2010. 1291 ; RTD civ. 2010. 615, obs. R. Perrot ; Civ. 1^{re}, 16 avr. 2015, n° 14-13.280, Gaz. Pal. 16 juin 2015, p. 20, C. Bléry ; Com. 26 janv. 2016, n° 14-17.672 et a. P, D. 2016. 311 ; RTD com. 2016. 860, obs. J.-L. Vallens ; Civ. 1^{re}, 19 sept. 2018, n° 17-22.678, Dalloz actualité, 3 oct. 2018, obs. C. Bléry ; D. 2018. 2347, note J. Jourdan-Marques ; AJ fam. 2019. 51, obs. J. Casey ; RTD civ. 2019. 181, obs. N. Cayrol ; LEDC nov. 2018, G. Guerlin – même si, en l'espèce, il n'y avait pas de fait nouveau, mais seulement négligence des demandeurs ; Civ. 2^e, 17 janv. 2019, n° 18-10.350, Dalloz actualité, 19 févr. 2019, obs. M. Kebir ; Civ. 2^e, 11 avr. 2019, n° 17-31.785, D. 2019. 824 ; *ibid.* 1412, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; JCP 2019. 594, obs. C. Bléry : modification des faits mise en œuvre à propos d'une situation irrévocablement reconnue en justice...

⁵⁵³V.M.Bencimon, O.Bernabe, P.Hardouin, P.Naboudet-Vogel et O.Passera, Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige, *Justices* 1997.157 s.

⁵⁵⁴Cass. Civ. 2e, 7 oct. 1970, Bull. civ. II, no 259. Cass. Civ. 24 janv. 1979, JCP 1979. IV. 104. – Soc. 23 févr. 1983, Bull. civ. IV, no 107. Cass. Civ. 3e, 25 avr. 1990, JCP 1990. IV. 231. Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1999,

⁵⁵⁵Cass. Civ. 21 févr. 1933, Gaz. Pal. 1933. 1. 853. Cass. Civ. 2e, 22 avr. 1971, Bull. civ. II, no 152; RTD civ. 1972. 44, obs. Durry. Cass. 24 oct. 1984, JCP 1985. II. 20386, note Chartier

⁵⁵⁶Cass. Civ. 2e, 12 oct. 1972, D. 1974. 536; JCP 1974. II. 17609, note Brousseau; Gaz. Pal. 1973. 1. 69, note H. M.

⁵⁵⁷Cass.Civ.27-10-2010, pourvoi no.14687, année judiciaire 76.

changement du prix de la monnaie et des prix du marché pour libération de la livre égyptienne ouvrent le droit au demandeur de solliciter l'augmentation de l'indemnité du préjudice qu'il a subi. Le défendeur doit dans un souci d'équité se collaborer avec le demandeur et se partager les pertes.⁵⁵⁸

Par exception, les nouvelles demandes d'indemnisation pour le préjudice résultant des décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas admises. Selon la Cour de Cassation française, "l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement à condition, notamment, que la chose demandée soit la même ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les demandes d'indemnisation complémentaire du déficit fonctionnel temporaire et de l'aménagement du domicile et du véhicule avaient déjà été formulées dans le cadre de l'instance ayant donné lieu à l'arrêt définitif de la cour d'appel de Rouen du 26 janvier 2010 et fondée sur l'application du livre IV du code de la sécurité sociale ou si elles constituaient des demandes distinctes échappant ainsi à l'autorité de la chose jugée par ce dernier arrêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision no. 2010-8 QPC du 18 juin 2010, ensemble les articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile"⁵⁵⁹.

§ 2 : Les conditions des circonstances modifiant le jugement

Les conditions des circonstances modifiant le jugement sont différentes des circonstances générales pour l'application de la théorie de l'imprévision mais ont comme caractère commun la nouveauté des circonstances.

A) Il faut que le changement des circonstances soit fondamental.

Pour qu'une modification des jugements survienne, il faut un changement fondamental et majeur dans les circonstances, bouleversant l'équilibre pendant le prononcé du jugement. A contrario, un changement léger dans les circonstances n'influe pas sur les parties et par

⁵⁵⁸T. Khater, la théorie de l'imprévision en droit des procédures civile : une analyse normative compare, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018. Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁵⁹ Cass. Civ. 2e, 13 févr. 2014, no 13-10.548. Cass. Civ. 2e, 19 juin 2014, no 13-17.983, Resp. civ. et assurances 2014. 292, obs. Groutel.

conséquent n'aboutit pas à la modification des jugements. Un exemple de changement fondamental sera la détérioration de la situation financière du débiteur de la pension alimentaire.

B) Le changement des circonstances n'a pas à être forcément imprévisible ni exceptionnel

La modification du jugement ne requiert pas forcément la présence des circonstances imprévues comme dans la théorie de l'imprévision. Cela peut être expliqué par le fait que les parties ou le juge peuvent bien prévoir la modification des circonstances après le prononcé du jugement et plus particulièrement lorsque l'objet du litige est relatif au financement, comme la potentielle amélioration de la situation financière du débiteur de la pension ou le changement du montant de l'indemnité comme le prévoient l'article 208 du Code civil irakien, l'article 170 du Code civil égyptien et l'article 390/2 du code des procédures civiles émiratie Dans ces cas de figure, le changement des circonstances est prévisible.⁵⁶⁰ Le changement de circonstances peut être imprévisible lorsque l'épouse devient rebelle et qu'un jugement a prononcé son droit à la pension alimentaire et qu'on la prive de ce droit ou lorsque la personne disparue réapparaît et qu'un jugement a été rendu prononçant son décès et le partage de l'héritage. C'est aussi une circonstance exceptionnelle qui doit être prise en considération.

C) L'inapplication absolue de la condition de la généralité des circonstances

Les circonstances modifiant le jugement n'ont pas à être générales. Les circonstances personnelles⁵⁶¹ qui sont relatives aux parties sont susceptibles de modifier le jugement par exemple, le retour des personnes perdues ou disparues après le prononcé du jugement statuant sur leur décès et le partage de leurs propriétés entre leurs héritiers. A partir du moment où cette personne réapparaît, le jugement est annulé. Pourtant, des circonstances générales peuvent impacter les jugements comme l'inflation des prix et la dépréciation de la valeur de la monnaie qui permettent la révision du jugement issu se prononçant sur la pension alimentaire ou la rente viagère.

⁵⁶⁰B.Dandoun, R. Khalil, op.cit, p199.

⁵⁶¹Ibid

§ 3 : Les conséquences des circonstances nouvelles sur le jugement

Si des circonstances nouvelles sont apparues pendant l'exécution du jugement, bouleversant la portée de ce jugement et l'équilibre de la justice, le juge doit intervenir pour déterminer dans quelle mesure ces jugements ont été impactés par ces circonstances et s'ils nécessitent vraiment d'être modifiées.

A) La confirmation du jugement antérieur

Si les circonstances nouvelles n'influent pas fondamentalement sur la portée des jugements rendus et ne requièrent pas une modification par le fait que ces circonstances n'influent pas ou influent peu sur le jugement, le juge dans ce cas n'a qu'à confirmer le jugement antérieur sans qu'aucun changement ne puisse avoir lieu.⁵⁶²

B) La modification du jugement

Certaines circonstances exceptionnelles ont un impact sur les jugements ce qui requiert sa modification pour s'adapter aux nouvelles circonstances, protégeant les intérêts des parties, par une demande de la partie lésée. Ce changement peut prendre la forme d'une augmentation ou diminution des obligations des parties prononcées par le jugement.⁵⁶³

C) L'annulation du jugement

Les circonstances nouvelles peuvent contribuer à des changements énormes de sorte qu'il ne suffit pas de modifier le jugement, il faut l'annuler. Cette annulation est due à des circonstances changeant complètement la portée du jugement. Dans ce cas, le juge n'a qu'à annuler le

⁵⁶² B.Danoun et R.Khalifa, l'impact de la théorie de l'imprévision sur les jugements : une analyse normative comparée no.57, janvier 2014. Disponible sur <https://platform.almanhal.com/Reader/Article/58893> p.209

⁵⁶³B.Danoun et R.Khalifa, op.cit, p.210.

jugement antérieur. On peut citer comme exemple le prononcé du décès de la personne disparue et qui réapparaît : cela nécessite l'annulation du jugement antérieur qui n'a aucun effet.⁵⁶⁴ Il s'agit aussi de l'annulation du jugement prononçant la prestation compensatoire après l'amélioration de la situation financière du créancier.

§ 4 Les conditions relatives aux jugements susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision.

Il existe des conditions pour admettre l'impact des circonstances imprévisibles sur les jugements. Ces conditions ont été évoquées par le professeur Hâter qui sont notamment:

A) La décision judiciaire doit être un jugement ou une ordonnance

La décision judiciaire peut être un jugement qui tranche un litige conformément au droit de procédure civile. Si en principe le jugement ayant autorité de la chose jugée est irrévocable et opposable à tous, le juge peut le réviser pour des circonstances imprévisibles survenant après le prononcé du jugement comme les jugements rendus sur les litiges relatifs aux droits de la famille.

La décision judiciaire peut aussi constituer un acte gracieux lorsque la demande est portée devant une juridiction en absence de litige et donc d'adversaire. Selon l'article 25 du CPC "le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle".

L'ordonnance sur requête est un acte gracieux. Le juge prend trois sortes d'actes: acte judiciaire, acte administratif et acte gracieux. C'est le troisième qui est susceptible de l'application de la théorie de l'imprévision.⁵⁶⁵ En effet, les ordonnances sur requête ne disposent pas de

⁵⁶⁴B.Danoun et R.Khalifa, op.cit, p.211

⁵⁶⁵T. Khater, La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative compare, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018. Disponible sur :

l'autorité de la chose jugée. En vertu de l'article 493 du CPC français, "l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse." L'article 194 est son équivalent en droit de procédure civile égyptien. Puisque les ordonnances sur requête ne disposent pas de l'autorité de la chose jugée⁵⁶⁶, le demandeur de l'ordonnance peut demander le réexamen de la même demande qui a été refusée précédemment. Le juge peut soit réviser la même demande soit prononcer une nouvelle décision. De plus, à la différence des jugements, les ordonnances sur requête ne connaissent pas les voies de recours comme en matière de jugements.

B) L'objet du jugement doit être d'exécution étalée dans le temps

Si une minorité des auteurs confirment que la théorie de l'imprévision a comme domaine de prédilection les contrats à exécution instantané, la plupart des auteurs prévoient que le champ d'application naturel de la théorie de l'imprévision est les contrats à exécution étalée dans le temps. C'est l'application de la théorie en droit des contrats. Pourtant, cette conception est transposable sur le droit de procédure collective. En effet, pour que la théorie de l'imprévision s'applique sur les jugements, il faut que l'objet du jugement soit d'exécution étalée dans le temps. Il faut un laps de temps entre le prononcé du jugement et l'exécution du jugement et pendant cette période les circonstances changent. Lorsque le jugement est à exécution instantanée comme celui prononçant le divorce, la filiation ou le paiement par le débiteur de la dette, il est inconcevable que la théorie de l'imprévision s'applique car il n'y a pas une évolution du statut juridique des parties ni de leurs obligations. Une fois le jugement prononcé, il s'exécute immédiatement. Ce n'est pas le cas pour les jugements à exécution étalée dans le temps car ils concernent des obligations qui sont susceptibles d'évolution et le statut juridique des parties change. C'est le cas de l'aggravation du préjudice, changement de la situation financière du débiteur de la pension alimentaire. Les contrats de concession pétrolière peuvent s'échelonner jusqu'à cent ans. L'imposition au fournisseur de délivrer les produits périodiquement ou imposer à l'accusé de payer une compensation mensuelle pour le préjudice corporel qu'il a causé à la

https://idl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁶⁶Cass civ 2ème 10 décembre 1998 n°95-22146 .

victime, constituent des cas où l'objet du jugement s'échelonne dans le temps et donc l'exécution du jugement prend du temps, il s'agit aussi des contrats périodiques comme le contrat de bail. Les jugements à exécution suspendue comme ceux conférant un délai de grâce au débiteur permettent aussi l'application de la théorie de l'imprévision à condition que le report de l'exécution ne soit pas dû à la faute du défendeur.

Il est aussi intéressant de regarder la nature du jugement : déclaratif, constitutif. Le jugement déclaratif met en évidence un droit préexistant. Il déclare des droits subjectifs auxquels les parties prétendent avoir. Il se borne à reconnaître un droit qui existait déjà alors que le jugement constitutif, modifie les droits des parties ou crée un nouveau droit.⁵⁶⁷ Il existe une troisième sorte de jugement qui est le jugement contraignant qui impose à une partie de faire ou de s'abstenir de faire un acte pour le compte de l'autre partie. Les circonstances imprévisibles impactent plus ce troisième type de jugement.⁵⁶⁸ Pourtant, les autres types jugements: déclaratif ou constitutif peuvent aussi être impactés par ces circonstances. En effet, la Cour de Cassation prévoit que la demande de divorce pour circonstances imprévisibles peut être renouvelée pour des circonstances nouvelles après que le premier jugement ait décidé le refus de la demande de divorce.⁵⁶⁹ Et même si un jugement prévoyant le refus de divorce dispose de l'autorité de la chose jugée, une nouvelle demande est admise en cas de changement de circonstances. Les circonstances nouvelles peuvent constituer le refus de l'épouse de continuer sa résidence dans le logement familial avec son époux.⁵⁷⁰

C) Le jugement doit disposer d'une autorité provisoire

L'autorité de la chose jugée interdit de mettre en cause un jugement par les voies de recours. La décision rendue devient définitive une fois le jugement est prononcé. Le principe de l'autorité de la chose jugée⁵⁷¹ est justifié par la nécessité pratique d'éviter un renouvellement infini des procès. L'article 484 du CPC français est identique à l'article 110 du CPC. L'article 480, alinéa 1 du CPC français édicte que: " le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout

⁵⁶⁷H.Montagne, De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile, 1912, Limoges Imprimerie.

⁵⁶⁸T. Khater, La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative comparée, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018, p.71 Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁶⁹ Cass. Civ. 2e, 14 janv. 1998, Dr. Fam. 1998, no 64, obs. Lécuyer.

⁵⁷⁰Cass. Civ. 2e, 28 mars 2002, no 00-17.053 cité par Cédric BOUTY, Chose jugée, Op. Cit., N° 632.

⁵⁷¹C.Bouty, Chose jugée, Op. Cit., n° 2.,

autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche".

Un jugement provisoire, ne doit pas disposer de l'autorité de la chose jugée⁵⁷² car ces jugements portent sur des objets de litige qui évoluent comme l'aggravation du préjudice. La Cour de Cassation égyptienne statue que "le jugement prononçant une pension alimentaire dispose d'une autorité provisoire et par conséquent, il est susceptible de modification".⁵⁷³ De plus, dans un autre arrêt, elle statue que:"le jugement qui décidé le refus de la demande en son état actuel dispose d'une autorité provisoire qui se limite à l'état présent de la demande initiale et rien ne peut s'opposer à présenter une nouvelle demande devant le juge tant que les circonstances autour du prononcé du jugement ont changé".⁵⁷⁴ La portée de cet arrêt a été confirmée par un arrêt récent de la Cour de Cassation.⁵⁷⁵ Des auteurs français prévoient la possibilité de modifier les jugements ayant autorité provisoire de la chose jugée pour changement de circonstances.⁵⁷⁶ La Cour de Cassation française permet la révision du jugement lorsque le préjudice s'aggrave et par conséquent, influe sur le montant de la compensation ouvrant droit à la victime d'obtenir un jugement en sa faveur prononçant une nouvelle compensation à un montant plus élevé que celui prononcé par le jugement précédent.⁵⁷⁷ De plus, la Cour de Cassation française a statué que le jugement prononçant une indemnité ne peut pas disposer de l'autorité de la chose jugée. En effet, le jugement peut être modifié par l'augmentation ou la diminution en cas de survenance de circonstances nouvelles.⁵⁷⁸ Il est intéressant de rappeler les dispositions de l'article L.131-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui édicte dans son alinéa 2 que: «le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité". Ainsi, le juge d'exécution peut modifier le montant de l'astreinte à la hausse ou à la baisse si les circonstances changent permettant la modification de ce montant.

La nature de l'ordonnance de référé permet la prise en compte des circonstances imprévisibles. L'article 484 du CPC français définit l'ordonnance de référé comme "une décision

⁵⁷²Cass. Civ. 2e, 12 déc. 1973, Bull. civ. II, no 334. Cass. 10 févr. 2011, Procédures 2011, no 140, obs. Bugada

⁵⁷³Cass.Civ, 27-10-1960, pourvoi no.21, annee judiciaire 28, partie 3, p.540.

⁵⁷⁴Cass. Civ. 2e, 30 oct. 1989, Bull. civ. II, no 198. Cass. Crim. 9 juill. 1996, Bull. Crim. no 286. Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1999, Bull. civ. II, no 188. Cass.

⁵⁷⁵Cass. Civ. 20-3-2016, pourvoi no.4873, annee judiciaire 78.

⁵⁷⁶L. Bore, L'autorité provisoire de la chose jugée, in CADIET et LORIFERNE (dir.), L'autorité de la chose jugée. Op. Cit., p. 61.

⁵⁷⁷Cass. Civ. 2e, 30 oct. 1989, Bull. civ. II, no 198. Cass. Crim. 9 juill. 1996, Bull. Crim. no 286. Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1999, Bull. civ. II, no 188. Cass.

⁵⁷⁸ Cass. Civ. 2e, 29 janv. 2015, JCP 2015. 319, note Fossier; RTD civ. 2015. 458, obs. Cayrol.

provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires". L'ordonnance de référé n'est pas définitive mais provisoire et la demande de la partie peut être renouvelée en cas de circonstances imprévisibles.

§ 5- Les conditions relatives aux circonstances modifiant le jugement

A) les circonstances doivent être postérieures à l'action en justice et avant la fin du litige ou postérieures au prononcé du jugement et avant son exécution.

En droit des contrats, les circonstances imprévisibles doivent survenir après la conclusion du contrat et avant son exécution. Ce raisonnement est transposable aux jugements⁵⁷⁹ dans la mesure où les circonstances modifiant le jugement doivent survenir après l'action en justice et avant la fin du litige ou postérieurement au prononcé du jugement et avant son exécution. Pourtant, il existe des divergences doctrinales. Certains auteurs prévoient que ce qui compte est la méconnaissance par les parties ou le juge des circonstances indépendamment du moment de leur survenance. Donc, ce courant doctrinal considère que les événements imprévisibles peuvent survenir avant l'action en justice ou avant le prononcé du jugement, à condition que la méconnaissance de l'événement imprévisible par l'intéressé ne résulte pas de la faute de l'intéressé.⁵⁸⁰ Des circonstances nouvelles avant le prononcé du jugement qui sont méconnues par l'intéressé peuvent influencer sur le jugement comme si ils étaient postérieures au prononcé du jugement. Monsieur Khater⁵⁸¹ a donné l'exemple de la personne disparue qui réapparaît : cela aura comme conséquence l'annulation du jugement ayant prononcé son décès et la distribution de son patrimoine sur ses héritiers. Cette circonstance imprévisible même apparue avant le prononcé du jugement serait considérée comme postérieure au prononcé de ce jugement et bien que la personne disparue était en vie avant le prononcé du jugement, ni le juge, ni les parties connaissaient cette réalité.

⁵⁷⁹M. Rateb et M. Kamel, les ordonnances de référé, tome 1, Elm El Kotob, 1981, p.121.

⁵⁸⁰T. Khater, la théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative comparée, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018, p.81 Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁸¹T. Khater, la théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative comparée, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018, p.81 Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

B) Les circonstances imprévisibles doivent avoir comme conséquence un changement matériel ou juridique du droit ou du statut juridique.

Sont susceptibles de modification, les jugements qui portent sur des statuts juridiques et des droits qui évoluent en fonction du temps, comme les matières concernant le droit de la famille et les référés. La Cour de Cassation égyptienne a statué que: "les jugements rendus en référé disposent de l'autorité provisoire de la chose jugée, ils examinant le litige à travers les documents présents sans affecter le droit ainsi, ces jugements ne font pas un obstacle aux juges du fond...si le statut juridique des parties connaît un changement juridique ou matériel, l'autorité du jugement précédent disparaît et le juge tranche le litige en fonction des circonstances nouvelles et le jugement rendu ne serait pas considéré comme violant un jugement rendu ayant autorité de la chose jugée"⁵⁸². De plus, la Cour d'appel de Versailles a décidé que l'ordonnance de référé conformément à l'article 488 CPC ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée et son autorité est équivalente à la décision de la Cour d'appel.⁵⁸³ L'ordonnance en référé ne tranche donc pas l'entier litige mais elle est exécutoire à titre provisoire.

L'impact des circonstances sur le statut juridique et les droits des parties doit être majeur comme par exemple: l'amélioration de la situation financière du débiteur de la pension alimentaire après le prononcé du jugement ou la détérioration de sa situation financière, le retour de la personne disparue après le jugement prononçant son décès et la distribution de son patrimoine à ses héritiers ou bien lorsque l'enfant sous la garde d'un parent n'a plus intérêt d'être sous sa garde ou lorsque l'épouse à qui le jugement a déclaré son droit à la pension alimentaire devient rebelle ou encore lorsque le montant des demandes dans un procès change en raison de la libération du taux de change de la monnaie.⁵⁸⁴ Nous constatons qu'à la différence du droit des contrats, l'imprévision s'apprécie in concreto en droit de procédure collective par rapport à la situation financière l'intéressé.

⁵⁸²Cass.Civ.29-2-1996, pourvoi no.2482, année judiciaire 55.

⁵⁸³CA Versailles, 14e ch. 16-09-1998, Copyright 2018 - Dalloz

⁵⁸⁴T. Khater, La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative comparée, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018, p.84 Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

C) Il faut que les circonstances soient extérieures à la volonté des parties.

Comme en droit des contrats, la partie ne doit pas contribuer aux circonstances imprévisibles par action ou omission car nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude et si une partie s'abstient d'exécuter un jugement ou retarde son exécution et puis si des circonstances nouvelles apparaissent, elle ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'imprévision. De plus, si les circonstances pouvaient être évitées par la partie alors qu'elle s'est abstenue de le faire, elle ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'imprévision.

§6 -L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements

A) L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements rendus par les juridictions de première instance

L'article 235 du CPC édicte que les nouvelles demandes ne sont pas admises devant la Cour d'appel pourtant de nouvelles demandes relatives aux rémunérations, profits, salaires et les droits accessoires a la demande initiale peuvent s'ajouter à la demande initiale. La Cour de Cassation a fondé son jugement sur cet article pour admettre l'examen de nouvelles demandes exceptionnellement.⁵⁸⁵ L'article 233 du CPC édicte que la Cour d'appel peut examiner de nouvelles demandes. L'aggravation du préjudice est une circonstance nouvelle qui impacte jugement et ouvre droit à l'intéressé de présenter une nouvelle demande devant la Cour d'appel.

B) L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements finaux

Le jugement final est le jugement qui est irrévocable par les moyens normaux du pourvoi (l'appel ou l'opposition) mais qui peut être révocable par des moyens anormaux du pourvoi. La requête civile est un moyen de droit extraordinaire qui a pour objectif l'annulation d'une décision passée en force de chose jugée et qui ne peut plus faire l'objet d'un appel ou d'une opposition. L'article 241 du CPC égyptien énumère les cas ouvrant droit à la requête civile.

L'article 241 du CPC égyptien sur la requête civile est une application de la théorie de l'imprévision car les circonstances qui impactent le jugement apparaissent après le prononcé du jugement définitif. Il s'agit d'une voie extraordinaire de recours. Selon cet article, les jugements

⁵⁸⁵Cass.civ. session 25/11/1999, pourvoi no.4363, année judiciaire 62

rendus en dernier ressort peuvent être rétractés par la voie de requête civile pour des causes énumérées par l'article susmentionné, il s'agit de 8 cas qui sont les suivantes:

- En cas de dol qui a été inconnu en cours d'instance et qui impacte sur le jugement,
- Si l'on a jugé sur pièces ou autres preuves reconnue ou déclarées judiciairement fausses postérieurement à ce jugement.
- Si le jugement était fondé sur un faux témoignage.
- Si le demandeur de la requête a obtenu après le prononcé du jugement des documents importants affectant le jugement et que la partie adverse a omis de les présenter.
- Si le jugement a prévu une décision non fondée sur la demande des parties ou si le juge a décidé plus que les parties ont demandé
- Si le dispositif du jugement se contredit
- Si le jugement a été issu à l'encontre d'une personne physique ou morale qui n'a pas été représentée correctement sauf en cas de représentation conventionnelle.
- Si le représentant de la partie a commis du dol, était complice ou gravement négligeant.

Les juges examinant les motifs de la requête civile qui sont considérés comme une circonstance nouvelle qui apparaît après le prononcé du jugement. Par conséquent, les jugements rendus en dernier ressort sont rétractés par la voie de requête civile et le litige est réexaminé de nouveau.

C) L'impact des circonstances nouvelles sur les jugements définitifs et les jugements disposant d'une autorité provisoire

i) L'impact des circonstances sur les jugements définitifs

Les jugements définitifs sont des jugements irrévocables par tous les moyens de recours qu'ils soient ordinaires ou extraordinaires. Monsieur Khater prévoit que les jugements

définitifs ayant autorité de la chose jugée peuvent quand même être affectés par des circonstances imprévisibles.⁵⁸⁶ En effet, la plupart des jugements en matière de procédure civile sont des jugements déclaratifs qui mettent en évidence un droit dont disposait le créancier et ne sont pas des jugements créateurs de nouveaux droits et donc si des circonstances imprévisibles rendent l'exécution des obligations contractuelles, objet du jugement onéreuse pour le débiteur, le jugement serait révisable. Ainsi, l'intéressé peut de nouveau intenter une action en justice devant le juge de première instance pour prendre en considération les circonstances imprévisibles qui impacte sur le jugement portant sur des obligations contractuelles. Dans ce cas, le juge dispose de différents pouvoirs soit de réduire l'obligation du débiteur, augmenter la contrepartie de l'obligation du débiteur ou résilier le contrat.⁵⁸⁷

ii) L'impact des circonstances sur les décisions provisoires

La Cour de Cassation égyptienne a statué que "le jugement prononçant une pension alimentaire dispose d'une autorité temporaire et par conséquent, il est susceptible de modification".⁵⁸⁸ De plus, la Cour de Cassation française prévoit que le juge doit, en révisant le jugement définitif sur la pension alimentaire, prendre en considération les perspectives d'avenir. Le juge prend aussi en considération la retraite de l'époux divorcé et l'impact de la retraite sur l'obligation payer la pension⁵⁸⁹ ou le changement du montant de la pension de retraite.⁵⁹⁰ De plus l'article 209 du Code Civil français édicte que "lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou partie, la décharge ou réduction peut en être demandée". Ainsi, l'obligation de payer la pension alimentaire peut être révisée selon le changement de la situation financière.⁵⁹¹ De plus, l'article 271 du Code civil édicte que "la prestation compensatoire est fixée

⁵⁸⁶T. Khater, La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative compare, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018, p.137 Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁸⁷T. Khater, | La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative compare, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018 p.137 Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁸⁸Cass.Civ, 27-10-1960, pourvoi no.21, annee judiciaire 28, partie 3, p.540.

⁵⁸⁹ Cass. Civ. 1re, 28 juin 2005, Bull. civ. I, no 286; D. 2005. IR 2243; RTD civ. 2005. 767, obs. Hauser.

⁵⁹⁰ Cass. Civ. 1re, 6 juill. 2005, Bull. civ. I, no 309, Cass. Civ. 1re, 21 sept. 2005, Bull. civ. I, no 339; R., p. 212; D. 2006. 47, note Lefranc-Hamoniaux, Dans le même sens, appliquant le nouvel art. 271, Civ. 1re, 6 oct. 2010, no 09-10.989, D. 2010. Actu. 2431, obs. Gallmeister; Dr. Fam. 2010, no 178, obs. LarribauTerneyre; JCP 2011, no 29, obs. Bosse-Platière

⁵⁹¹Cass. Civ. 2e, 8 juin 1979, D. 1979. IR 538.

selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible". Et l'article 270 de ce même code édicte que le juge peut refuser d'accorder la prestation qui compense la disparité que la rupture du mariage crée si l'équité le commande soit selon les critères prévues à l'article 271 du Code civil par conséquent, cette compensation peut être révisée en cas d'évolution de la situation financière de chacun des époux. La loi no.596-2000 en date du 30 juin 2000 prend en compte cette modification selon les circonstances. Est aussi pris en compte par la Cour de Cassation française la situation du père est en vacances pour s'occuper de ses parents. Si sa situation financière se dégrade, il est exempt du paiement de la pension alimentaire.⁵⁹² Il se peut aussi que le fils n'ait plus besoin de la pension.⁵⁹³ Est prise aussi en compte, l'aggravation du préjudice comme une circonstance nouvelle modifiant le jugement provisoire.⁵⁹⁴

Concernant l'ordonnance de référé, l'article 488 alinéa 2 du CPC français édicte que: "L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles". L'article 194 est l'équivalent de cet article dans le CPC égyptien.

Par conséquent, si une nouvelle action en justice est intentée devant le juge de référé, il examine la demande en prenant en considération les circonstances nouvelles sans que cela soit constitutif d'une violation d'un jugement précédent rendu ayant autorité de la chose jugée selon les dispositions de l'article 249 du CPC égyptien⁵⁹⁵ et donc l'autorité du jugement rendu par le juge de référé s'efface.⁵⁹⁶ La Cour de Cassation égyptienne a statué que "si en principe les jugements rendus en réfères ne disposent pas de l'autorité de la chose jugée, cela ne signifie pas le droit d'intenter une nouvelle action en justice si le statut juridique des parties et les circonstances n'ont pas changé".⁵⁹⁷

L'article 482 du Code civil français dispose que: "le jugement qui se borne, dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal,

⁵⁹²Cass. Civ. 1re, 8 oct. 2008, Bull. civ. I, no 219; JCP 2008. IV. 2741.

⁵⁹³Cass. Civ. 2e, 17 déc. 1997, Bull. civ. II, no 320; RTD civ. 1998. 360, obs. Hauser.

⁵⁹⁴Cass. Civ. 10-10-2010, pourvoi no.4061, année judiciaire 67

⁵⁹⁵Cass.Civ.29-2-1996, pourvoi no.2482, année judiciaire 55

⁵⁹⁶T. Khater, La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative comparée, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018, p.146. Disponible sur : https://idl.journals.ekb.eg/article_29951.html

⁵⁹⁷Cass.Civ, 7 fev 1968, pourvoi no.407, année judiciaire 31.

l'autorité de la chose jugée". Et par conséquent, des décisions comme l'appel à intervention d'un expert pour évaluer le préjudice, ne lient pas le juge qui peut modifier ces décisions si des circonstances nouvelles apparaissent.

En droit de la famille, l'article 375-6 du Code civil français dispose en effet que «les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public». De plus, la Cour de Cassation a statué au visa de l'article 375-7 du Code civil français que la modification de l'exercice de droit de visite et de l'hébergement en cas de danger sur l'enfant lorsque l'un des parents est atteints de troubles graves se traduisant par une attitude pathologique constitutive d'un nouveau danger pour l'enfant.⁵⁹⁸ Cet article nous rappelle l'article 183 du Code de la famille marocain qui édicte que: "Si, à la suite de nouvelles circonstances, l'organisation de la visite décidée par accord entre le père et la mère ou par décision judiciaire devient préjudiciable à l'une des deux parties ou à l'enfant soumis à la garde, la révision de cette organisation peut être demandée afin de l'adapter aux nouvelles circonstances." En droit de la famille, le juge prend des mesures provisoires jusqu'à ce que le jugement dispose de l'autorité de la chose jugée et devient irrévocable par tous les moyens de recours. L'article 254 du Code civil français édicte que "lors de l'audience prévue à l'article 252, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée".

En vertu de l'article 493 du CPC français qui a comme équivalent l'article 194 du CPC égyptien, "l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse." Conformément aux articles 25 et 493 du CPC français, l'ordonnance sur requête pour une question gracieuse ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée par conséquent, l'ordonnance peut être modifiée ou annulée et une nouvelle demande peut être présentée. L'ordonnance sur requête peut être modifiée en cas de circonstances nouvelles.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸Cass. Civ. 1re, 10 juill. 1996, Bull. civ. I, no 313; RTD civ. 1997. 410, obs. Hauser. Cass. 14 mars 2006, Bull. civ. I, no 161; D. 2006. 1947, note Huyette; RTD civ. 2006. 299, obs. Hauser.

⁵⁹⁹Cass.civ.2e.10 dec.1998, RTD civ.1999,646,obs.Perrot.

Il est à rappeler aussi les dispositions de l'article 1118 du Code de procédure civil selon lesquelles : « En cas de survenance d'un fait nouveau, le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites. ».

§7-L'impact des circonstances nouvelles sur l'exécution des jugements

A) L'impact des circonstances nouvelles sur la suspension de l'exécution accélérée

i) Les conditions de l'exécution accélérée

Selon l'article 287 du CPC égyptien, les jugements ne doivent pas être à exécution obligatoire tant que ces jugements sont révocables par une interjection d'un appel en justice a moins que l'exécution accélérée soit stipulée par la loi.

L'exécution accélérée du jugement vise une protection accélérée des droits et le jugement à exécution accélérée dispose d'une autorité provisoire.

Il existe deux sortes d'exécution accélérée. L'exécution accélérée légale concerne :

-Les jugements issus pour des questions urgentes.

- Les ordonnances sur requête

-Les jugements issus pour des affaires commerciales,

Cependant, l'exécution accélérée judiciaire concerne :

-Les jugements confirmatifs issues qui exécutant un jugement précédent.

-Les jugements fondés sur un acte authentique qui n'a pas été révoque pour falsification

-Les jugements fondes sur un acte sous seing privé qui n'a pas été révoque par le défendeur

-Les jugements fondent sur la déclaration du défendeur de l'établissement d'une obligation

-la nécessite d'une exécution accélérée du jugement.

-les jugements dont l'exécution tardive aurait des conséquences préjudiciables.

-Les jugements sur les obligations de paiement de salaires et rémunérations.

ii) l'impact des circonstances nouvelles sur la suspension de l'exécution accélérée devant la Cour d'appel

Tant que la loi a permis au demandeur de solliciter une exécution accélérée du jugement, le défendeur peut aussi demander la suspension de cette exécution accélérée conférée par le jugement de premier degré si des circonstances nouvelles justifient cette suspension et que l'exécution accélérée apporterait des conséquences préjudiciables graves pour le défendeur, selon la disposition de l'article 292 du CPC égyptien.

Les conditions de cette suspension sont les suivantes:

-l'existence vraisemblable du droit du défendeur

Celle-ci se constate à travers les moyens avancés devant la Cour d'appel par le défendeur

-la présentation de la demande de suspension avec l'appel en justice

Soit dans le mémoire d'appel soit dans un autre mémoire subordonné à l'appel en justice

-la demande de suspension doit être présentée avant l'exécution du jugement

-l'exécution doit avoir des conséquences préjudiciables graves.

iii) l'impact des circonstances nouvelles sur la suspension de l'exécution accélérée devant le juge d'application

Des circonstances nouvelles peuvent contribuer à la suppression du jugement en appel. Le jugement à exécution accélérée dispose d'une autorité temporaire.

B) L'impact des circonstances nouvelles sur la suspension du jugement final et définitif

i) La suspension du jugement final

L'exécution du jugement final peut être suspendue lorsque l'intéressé présente une requête civile en présentant la demande de suspension de l'exécution du jugement jusqu'à l'examen de la requête civile.

Les conditions de la requête civile sont les suivantes:

-la conviction de la suppression du jugement suite à l'examen des moyens de la requête civile

-la présentation de la suspension de l'exécution du jugement avant l'exécution

-l'exécution doit avoir des conséquences préjudiciables graves.

ii) La suspension du jugement définitif

Les circonstances nouvelles peuvent avoir comme conséquence la suppression de l'exécution du jugement définitif lorsqu'il est à exécution provisoire. C'est le cas lorsque le juge décide la pension alimentaire et si pendant l'exécution du jugement, l'épouse devient rebelle en vertu de l'article 11 de la loi no.100 pour l'année 1985. Dans ce cas, le juge d'exécution peut suspendre la décision prononçant la pension alimentaire. C'est le cas aussi de la suspension des procédures de vente d'un immeuble et l'opposition à la liste des conditions de vente en cas de circonstances imprévisibles selon l'article 424 du CPC égyptien.

§8- L'impact des circonstances nouvelles sur les demandes et les délais

A) Les demandes additionnelles et les demandes reconventionnelles

Si les circonstances nouvelles apparaissent après le prononcé du jugement, elles peuvent aussi apparaître après l'action en justice et avant le prononcé du jugement, impactant sur les demandes des parties. Si une personne a intenté une action en justice et après avoir présenté ses demandes, si des circonstances nouvelles impactant ses droits ou la valeur litigieuse apparaissent, celle-ci peut invoquer la modification de ses demandes pour circonstances nouvelles. Selon l'article 72 du CPC français : « Les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause ». L'article 63 du CPC édicte que : « Les demandes incidentes sont : la demande

reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention ». L'article 64 du CPC édicte que : « Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ». L'article 124 du CPC «égyptien édicte que « le demandeur peut présenter une demande reconventionnelle comportant :

1. une modification de la demande principale ou la modification de son objet pour s'adapter aux nouvelles circonstances apparues après l'action en justice.

Le demandeur qui a sollicité obtenir un jugement prononçant l'exécution du contrat, peut demander la résiliation du contrat pour des circonstances imprévisibles apparaissant après l'action en justice.

2. un complément à la demande principale, des éléments dépendant de la demande principale ou connectés à la demande principale mais peuvent être séparés.

3. une addition ou modification dans la cause de l'action en justice en conservant l'objet de la demande principale.

4. une demande conservatoire ou provisoire comme la demande de sauvegarde de justice ou d'une compensation provisoire.

L'article 98 du CPC émiratie édicte que: «le demandeur présente avec les demandes reconventionnelles: 1-une correction de la demande initiale ou une modification de son objet pour faire face aux circonstances nouvelles apparaissant après l'engagement de l'action en justice..” Ainsi, le demandeur peut si certaines circonstances apparaissent, modifier ces demandes pour faire face à ses circonstances et à condition que ces demandes nouvelles soient en relation avec la demande principale ». Cet article est identique à l'article 124 du Code de procédure civile égyptien.

Concernant la demande additionnelle, l'article 65 du CPC français édicte que « Constitue une demande additionnelle la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures ».

B) Les délais

Les circonstances imprévisibles ou simplement nouvelles impactent sur les délais en droit des procédures civiles des pays arabes et français.

L'article 66 du CPC égyptien édicte qu'en cas de nécessité résultant d'un changement imprévisible de circonstances, le délai pour comparaître devant le tribunal ou la cour d'appel peut être réduit à 3 jours au lieu de 15 jours et ce délai est réduit à 24 heures au lieu de 8 jours en cas de comparution devant le tribunal partiel et il serait réduit à une heure au lieu de 24 heures pour les demandes urgentes.

Le CPC français prévoit aussi la modification des délais qui peut s'expliquer par des circonstances nouvelles comme suivant :

-Article 532 alinéa 1 du CPC français : « le délai est interrompu par le décès de la partie à laquelle le jugement a été notifié. »

- Article 1009 du CPC français édicte que Le premier président ou son délégué, peut réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces.

-Article 764 CPC français : « Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige ».

-Article 917 du CPC français : « Si les droits d'une partie sont en péril, le premier président peut, sur requête, fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité. Il désigne la chambre à laquelle l'affaire est distribuée.”.

-Article 839 du CPC français : « Lorsqu'il est prévu par la loi ou le règlement qu'il est statué selon la procédure accélérée au fond, le président du tribunal judiciaire connaît de l'affaire dans les conditions de l'article 481-1.

-Article 858 CPC français : « En cas d'urgence, les délais de comparution et de remise de l'assignation peuvent être réduits par autorisation du président du tribunal.

Dans les affaires maritimes et aériennes, l'assignation peut être donnée, même d'heure à heure, sans autorisation du président, lorsqu'il existe des parties non domiciliées ou s'il s'agit de matières urgentes et provisoires ».

-Article 646 du CPC français : « Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au pouvoir des juges, en cas d'urgence, d'abréger les délais de comparution ou de permettre de citer à jour fixe ».

-Article 612 du CPC français : « Le délai de pourvoi en cassation est de deux mois, sauf disposition contraire ».

Si les principes de la théorie de l'imprévision en droit privé des pays arabes ont été inspirés par ceux du droit administratif français, le droit privé français a pris du temps pour intégrer la théorie de l'imprévision dans le Code civil français avec quelques différences de traitement de l'imprévision par rapport au droit privé des pays arabes.

Partie II- La consécration de la théorie de l'imprévision en droit privé français

Titre I : La progressive acclimatation de l'imprévision par la jurisprudence et la doctrine

Aucun texte législatif consacrait la révision judiciaire pour imprévision dans le Code civil de 1804. Ce sont la doctrine moderne et la pratique jurisprudentielle « autorités de facto » selon le doyen Carbonnier qui ont permis sa progressive acclimatation en droit français, d'abord par un léger infléchissement de la jurisprudence (CHAPITRE I) puis par l'intégration de l'imprévision dans les projets de réforme (CHAPITRE II).

L'une des premières divergences entre le droit français et le droit des pays arabes est que le droit des pays arabes reconnaît la théorie de l'imprévision dans les Codes Civils expressément et depuis longtemps tandis que sa reconnaissance en droit français fut plus brouillonne le droit français ayant pris du temps pour intégrer la théorie de l'imprévision expressément dans le Code civil. Il s'agit donc d'un processus assez long.

CHAPITRE I : Un léger infléchissement de la jurisprudence

Nous avons montré dans notre première partie la position jurisprudentielle offensive à l'égard de la théorie de l'imprévision qui se manifeste par le célèbre Arrêt Canal de Craponne brandissant avec force le principe de l'intangibilité du contrat. Ainsi, « elle se conforme avec la pensée d'Ulpien qui autrefois observait qu'il faut respecter dans le contrat ce qui a été initialement convenu parce que le contrat donne une loi sure aux parties. Autrement dit, rien ne saurait déroger à la loi contractuelle qui apporte aux parties ce dont elles ont le plus besoin : prévisibilité et sécurité ». ⁶⁰⁰ Se rattachant au principe de la force obligatoire du contrat, la Cour de Cassation rejetait catégoriquement la théorie de l'imprévision. A défaut d'un texte légal sur la l'intervention judiciaire en cas d'imprévision, son intervention était considérée en contradiction avec l'article 5 du Code civil qui dispose qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». La jurisprudence a considérablement évolué dans les années 1990, en plusieurs étapes que nous étudierons dans des sections successives, permettant d'admettre la révision pour imprévision par le juge, c'est à dire le pouvoir des tribunaux de réviser les contrats déséquilibrés suite à la survenance d'évènements imprévisibles. Des arrêts rendus par la Cour de Cassation ont été interprétés par la doctrine comme une porte ouverte à l'admission de la théorie de l'imprévision. Pourtant, « la doctrine reproche parfois à la jurisprudence sa volatilité ». ⁶⁰¹

SECTION I : Première étape : Arrêt Canal de Craponne 6 mars 1876 et décisions suivantes.

La position de la Cour de Cassation sur la théorie de l'imprévision était ambiguë avant l'Arrêt Canal de Craponne, des jurisprudences confirment le principe de révision pour imprévision alors que d'autres adoptent une position ambiguë. De ces décisions, il serait difficile

⁶⁰⁰A.Bamdé, même référence, p.4.

⁶⁰¹G.Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, les 30 jours de la RDO, Dalloz, 8 septembre 2016, p.1. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>

de déduire ou de dégager la position de la Cour de cassation sur le refus de la révision du contrat pour imprévision, ou la consécration de cette théorie de manière implicite par un raisonnement a contrario des solutions.

Tout d'abord dans un arrêt du 11 avril 1821, la Cour de Cassation a refusé fermement d'appliquer la théorie de l'imprévision à un contrat dont l'exécution n'était pas successive, ne s'échelonnant pas dans le temps. Une interprétation a contrario de la solution aurait pu être pertinente sauf que la Cour de Cassation n'a pas été claire sur ce point.

De plus, dans un autre arrêt rendu en date du 20 août 1838, la chambre des Requêtes (ancienne division de la Cour de Cassation) a confirmé la décision de la Cour d'appel qui a statué la résiliation du contrat de livraison de marchandises en raison du décès d'un contractant mais, rien n'indique que la Cour de Cassation s'est fondée sur l'imprévision pour décider la résiliation du contrat, il s'agit de la considération intuitu personae du contrat.

La Cour de Rouen a décidé sur le fondement de la force majeure que « le chemin de fer de Paris à Rouen constituant un cas de force majeure qui s'oppose à l'exécution des conventions verbales arrêtées entre les parties, il y a lieu à en prononcer la résiliation »⁶⁰² Dans d'autres arrêts, les juges avaient également accepté de réviser les contrats du fait des circonstances imprévisibles.⁶⁰³

Un arrêt rendu par la Cour de Cassation en date du 9 janvier 1856 affirme expressément le refus de révision du contrat pour l'augmentation du prix des contrats conclus avec des remplaçants suite au déclenchement de la guerre de Crimée.

La jurisprudence « a d'ailleurs eu l'occasion au cours du XIX^{ème} siècle de corroborer la lecture volontariste de l'article 1134 via la consécration du contrôle de dénaturation par la Cour

⁶⁰²Rouen, 9 février 1844, D 1845.2.4.

⁶⁰³Par exemple : CA Douai, 3 mai 1851, DP18 54.2.130 ; pour une liste exhaustive de cette jurisprudence, voir « Imprévision » dans *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, par Jean-Louis Mouralis à jour au 1er janvier 2012 au para 25.

de cassation⁶⁰⁴ et l'affirmation explicite de la prohibition de la révision judiciaire pour imprévision ». ⁶⁰⁵ Il fallait attendre l'Arrêt Canal de Craponne analysé dans notre première partie de thèse pour que la Cour de Cassation brandisse avec le principe de l'intangibilité de contrats, statuant avec constance et précision que : « Dans aucun cas, il n'appartient pas 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 ». Cet arrêt rejette la théorie de l'imprévision en droit privé sans aucune ambiguïté.

Les juges ont voulu faire un obstacle aux contractants de mauvaise foi qui ont pour intention d'échapper à l'exécution de leurs obligations contractuelles ou de les diminuer en demandant la révision du contrat. Ils ont également craint que « la révision appelle la révision ». ⁶⁰⁶ En effet, « le contractant qui voit sa dette augmentée à la suite de la révision risque de demander une révision à son profit dans les contrats où il est créancier d'une obligation de somme d'argent ». ⁶⁰⁷

La Cour de Cassation dans d'autres arrêts a suivi la jurisprudence Canal de Craponne à plusieurs reprises, refusant d'étendre la consécration de l'imprévision sur les contrats de droit privé contrairement à son adoption dans les contrats administratifs. Selon Thomas Génicon « Contrairement à ce que considère une doctrine désormais majoritaire, il ne nous semble guère que la jurisprudence Craponne soit une vieillerie dont il faut se débarrasser absolument. On osera même admirer ce juge qui sait rester à sa place en refusant de jouer au justicier et qui[...] maintient [...] l'intransigeance d'un principe qu'il sait bon à l'échelle du système juridique tout entier ».

Suivant la solution de l'Arrêt Canal de Craponne, la Cour de Cassation dans l'Arrêt 6 Juin 1921⁶⁰⁸, est restée ferme et rigide quant à l'adoption de la théorie de l'imprévision et par

⁶⁰⁴Cass. civ., 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*, *DP* 1872, 1, p. 176 ; Cass. civ. 1ère, 11 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, p. 612 note F. Chabas ; Cass. Com., 5 juillet 1984, *JCP G* 1985, II, 20409, note E.-M. Bey.

⁶⁰⁵Bee Receveur, *La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise. 10

⁶⁰⁶Flour, Aubert et Savaux *Les obligations*, Sirey, coll. « Université », t. 1, L'acte juridique, 16e éd., 2014, no. 410

⁶⁰⁷R. Cabrillac, *droit des obligations*, Dalloz, 13ème édition, 2018, p.125.

⁶⁰⁸Cour de Cassation, Chambre civile, du 6 juin 1921, *Bull.* N° 95

conséquent a refusé toute intervention judiciaire quelle qu'elle soit, pour modifier les clauses voulues par les parties et restaurer l'équilibre contractuel.

En effet, les parties avaient inséré dans le contrat de louage à cheptel de fer la clause suivante : « Le pied du capital qui a été pris en charge par le fermier s'élève à la somme de 3000 francs pour le bétail et de 2245 francs pour le troupeau, et c'est de cette valeur, en espèces ou en nature, au choix du propriétaire, qu'il rendra compte à sa sortie ». Cependant, des circonstances accidentelles se sont apparues qui ont rendu la plus-value apportée au cheptel en discordance importante avec celle stipulée dans le contrat. Les parties n'avaient pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat l'augmentation extraordinaire du prix des bestiaux. La Cour d'appel avait pour intention de partager entre le fermier et le propriétaire du cheptel la plus-value acquise par le bétail et par le troupeau et a décidé que « les parties, en contractant, n'avaient pu prévoir l'augmentation extraordinaire du prix des bestiaux résultant de la guerre de 1914, mais seulement une hausse normale « dont le maximum correspondait évidemment au prix le plus fort du bétail pendant la période des dernières années antérieures à la conclusion du contrat ». La Cour de Cassation refuse de décider le partage de la plus-value entre le fermier et le propriétaire du cheptel et statue que « Les articles 1821 et 1826 du Code civil, qui imposent au fermier l'obligation de laisser, à l'expiration du bail à cheptel de fer, des bestiaux d'une valeur égale à l'estimation de ceux qu'il a reçus, visent la valeur vénale du cheptel et non sa puissance comme instrument d'exploitation. L'article 1826 du Code civil, d'après lequel l'excédent appartient au fermier, ne fait aucune distinction entre la plus-value apportée au cheptel par les soins ou améliorations du fermier et celle qui provient de circonstances accidentelles »⁶⁰⁹. Par suite, lorsqu'il est stipulé au contrat que "le pied ...sortie", cette clause, confère au fermier toute la plus-value acquise.

La Cour de Cassation casse et annule l'arrêt attaqué et décide que la Cour d'appel a substitué une « convention supposée » à la convention exprimée par les contractants et a violé l'article 1134 du Code civil sur la force obligatoire irriguant le droit français des contrats « en s'astreignant à supporter le risque d'une élévation future des cours des bestiaux et du troupeau, contrepartie des risques pouvant résulter, soit de l'abaissement des mêmes cours, soit de la perte fortuite des animaux et mis à la charge du fermier, Y...s'était fait à lui-même une loi dont il ne

⁶⁰⁹Cass.civ, 6 Juin 1921, Publié au bulletin

pouvait s'affranchir en alléguant que ses prévisions avaient été trompées, qu'il lui aurait appartenu de restreindre son engagement à un taux déterminé, mais qu'en induisant cette restriction de circonstances sur lesquelles le bail ne s'était pas expliqué ».

La Cour de Cassation a statué au visa de l'article 1134 que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'aucune considération d'équité n'autorise le juge, lorsque ces conventions sont claires et précises, à modifier sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment ». La Chambre Civile de la Cour de Cassation a refusé d'admettre la décision de la Cour d'appel selon laquelle : « les parties, en contractant, n'avaient pu prévoir l'augmentation extraordinaire du prix des bestiaux résultant de la guerre de 1914, mais seulement une hausse normale « dont le maximum correspondait évidemment au prix le plus fort du bétail pendant la période des dernières années antérieures à la conclusion du contrat ». La Cour de Cassation a donc cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel en vertu duquel le fermier devrait partager la plus-value avec le propriétaire.

La solution de la Cour de Cassation s'est développée dans d'autres arrêts. En effet, la Cour de Cassation a démontré comment l'article 1134 alinéa 1 du Code civil constitue un obstacle à toute révision judiciaire. Dans un arrêt ⁶¹⁰rendu par la Cour de Cassation en 1933, la chambre civile a statué que : « La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques ».

Dans une autre affaire, une société chargée une autre par des marchés à forfait. Cette dernière invoque une indemnité d'imprévision pour bouleversement du marché pour plusieurs facteurs : la modification de la prime du transport, les grèves. Visant l'article 1793 du Code civil sur l'intangibilité du prix du marché à forfait, la Cour de Cassation a refusé la révision du contrat pour imprévision. En vertu de cet article « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur

⁶¹⁰Cass.civ, 15 nov. 1933, S.1934.1.13

ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ».

Plus récemment, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a statué que : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération les circonstances postérieures à la conclusion de l'accord pour modifier les conventions légalement formées par les parties ; qu'en dehors des cas où la loi déroge à ce principe, le juge du fond n'a aucun pouvoir pour déclarer l'accord caduc au motif qu'un événement extérieur à l'accord en aurait bouleversé l'économie ». ⁶¹¹

Après l'affaire du Canal de Craponne et les décisions allant dans le même sens, l'intervention judiciaire dans le contrat a augmenté comme par exemple en matière de clauses pénale (Article.1231-5 du Code civil) ou on reconnaît la faculté aux juges du fond de réputer non écrites les clauses abusives dans les rapports entre consommateur et professionnel à une époque où la loi ne leur habilitait pas un tel pouvoir.

SECTION II : Deuxième étape : l'Arrêt Huard du 3 novembre 1992 et l'Arrêt Chevassus Marche du 24 Novembre 1998 ⁶¹²

La Cour de Cassation a utilisé la notion de bonne foi pour établir une obligation de renégociation par parties lorsque l'économie du contrat devient bouleversée pour changement imprévisible des circonstances, afin de préserver la pérennité du contrat

La Cour de Cassation dans l'Arrêt dit Huard⁶¹³ et dans l'Arrêt Chevassus a commencé à changer légèrement sa conception et a consacré l'intervention judiciaire, non pas directement en matière d'imprévision mais sur le fondement de la bonne foi. Cet arrêt marque les prémices de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit privé français par le biais de la bonne foi. En effet, le contractant tirant profit des circonstances imprévisibles est considéré de mauvaise foi

⁶¹¹Cass.1ere civ. 1^{er} juillet 2010, n 09-15677, non publié au Bulletin

⁶¹²Cour de Cassation, Chambre commerciale du 24 novembre 1998, 96-18357, Bull. N° 277

⁶¹³Chambre Commerciale, Cour de Cassation, 3 nov 1992, n 90-18.547, Bull.civ.IV, n338

lorsqu'il refuse de procéder à une renégociation du contrat avec la partie lésée. En effet, les articles 1142 et 1134 alinéa 3 du Code civil renvoient à l'obligation de faire qui se manifeste par le devoir de loyauté. la loyauté doit exister à tous les stades du contrat et durant la période d'exécution elle « impose au créancier comme au débiteur de faire ce qui est en leur pouvoir pour parer aux difficultés imprévues, faire produire au contrat son effet utile et ne pas s'arc-bouter sur leurs droits et obligations ; mais au contraire échanger des informations et même collaborer, en vue de procurer à chacun le résultat escompté »⁶¹⁴Cet interventionnisme justifié se manifeste aussi par la modification des clauses d'indexation, la révision judiciaire des clauses pénale...

Les faits de l'espèce de l'Arrêt Huard remontent à la conclusion d'un contrat de distribution entre une société pétrolière (la société française de pétroles BP) et un distributeur de carburants. Le contrat a été conclu en 1970 pour une durée de 15 années. La société BP s'est engagée à intégrer le contractant dans son réseau. Puis, le prix de vente des produits pétroliers au détail a fait l'objet d'une déréglementation. En effet, « un arrêté du 29 avril 1982 a fixé le régime des barèmes d'écart, puis un autre arrêté du 9 novembre 1983 relatif aux prix de vente au détail, qui imposèrent aux compagnies pétrolières d'appliquer le même tarif de vente à leurs détaillants, choisirent de libérer les prix de vente détail et autorisèrent les distributeurs à consentir, par rapport au prix plancher fixé par les pouvoirs publics, un rabais à la pompe de 16 centimes par litre d'essence et de 17 centimes par litre de super carburant ». ⁶¹⁵ La société BP a imposé au distributeur un prix qu'il n'a pas accepté.

La Cour d'appel de Paris a fait droit à la demande du distributeur en dommages et intérêts. En effet, la société BP a fait un obstacle au distributeur de pratiquer les prix concurrentiels « le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires ». La société BP formant un pourvoi en cassation a avancé ces motifs : nul ne peut se voir imputer une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité sans que soit établie l'existence d'une inexécution des obligations contenues dans le contrat et la Cour d'Appel n'a relevé à son encontre aucune violation de ses obligations contractuelles et nul ne peut être tenu pour responsable du préjudice subi par son contractant lorsque ce préjudice trouve sa source dans une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Pourtant, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi et confirmé l'arrêt de la Cour d'appel.

⁶¹⁴L. Aynès, « A propos de la force obligatoire », *RDC* 2003, p. 200-201.

⁶¹⁵A. Bamde, *op.cit*, p.7.

En effet, si l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M.X...dans son réseau « en lui assurant une rentabilité acceptable », il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant « dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises » En effet, « la cour d'appel a pu décider qu'en privant M.X des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ; d'où il suit que le moyen, qui manque en fait dans sa première branche, est mal fondée pour le surplus ».

Le principe de la bonne foi a été consacré par des Principes Unidroit et les Principes du droit européen des contrats et par le droit américain.⁶¹⁶

La question qui se pose par rapport à l'arrêt Huard est de savoir si la Cour de Cassation a ainsi consacré implicitement la révision pour imprévision du contrat par le juge. Peut-on considérer la prise en compte par la Cour de Cassation de la révision pour l'imprévision par l'entremise de l'obligation de renégociation ?

Nous répondons par la négative dans la mesure où, la Cour de Cassation n'a pas donné la faculté au juge de réviser le contrat. Il s'agit d'une obligation de renégociation du contrat imposée par le juge donc ce sont les parties qui doivent négocier les clauses contractuelles et par conséquent, ce sont les parties qui adaptent le contrat et prévoient les modalités et les mécanismes d'adaptation. Le juge ne fait qu'imposer la renégociation entre les parties sur le fondement de la bonne foi, mais ne modifie pas le contrat et de même, il n'a pas le droit de réviser le contrat en cas d'échec ou de refus de négociation par les parties. De plus, il convient de vérifier et constater le fait générateur des circonstances imprévisibles. En l'espèce, il s'agit de la mauvaise foi de la société pétrolière qui profite des circonstances et qui n'a pas pris en considération la situation difficile de son contractant.

Pourtant, même s'il s'agit d'un arrêt de rejet, rien n'indique dans cet arrêt que la Cour de Cassation n'a pas voulu établir la théorie de l'imprévision. Il est vrai que l'arrêt « ne reconnaît pas expressément au juge un pouvoir de révision, se bornant, sur la base du principe d'exécution de bonne foi des conventions, à sanctionner une faute contractuelle ».⁶¹⁷

⁶¹⁶« Good Faith » in art. 1.203 du Uniform Commercial Code et § 205 du Restatement 2nd Contracts. Cf. D. Tallon, op. cit. [1997], p. 416. Cf. aussi H. Beale, op. cit., p. 125.

⁶¹⁷R. Cabrillac, droit des obligations, Dalloz, 13^{ème} édition, 2018, p.127

Néanmoins, cet arrêt a été considéré par d'autres auteurs comme un signal d'une « avancée prétorienne allant dans le sens de l'admission de la théorie de l'imprévision »⁶¹⁸ qui renvoie à l'obligation d'adapter et équilibrer le contrat en faveur de la partie lésée, comme le prévoyait le professeur Stoffel Munck.

Mais, il n'est pas certain que ce fondement soit le plus pertinent pour justifier l'admission de la théorie de l'imprévision en droit français, même si cet arrêt pourrait être considéré comme un premier pas vers l'adoption de ce principe ou au moins une atténuation au principe de la force obligatoire du contrat par le biais de la bonne foi, comme le prévoyait le professeur Christophe Jamin en évoquant « une tentative de renversement du centre de gravité de l'article 1134, qui le ferait passer de l'alinéa 1er à l'alinéa 3 ». ⁶¹⁹ En effet, « marquant un pivot majeur dans le droit des obligations français, à une déconstruction érudite de l'article 1134 aliéna 1 répond une mise en avant de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ».⁶²⁰

En effet, pour certains auteurs si la bonne foi permet d'offrir un remède à la partie lésée, elle ne permet pas de justifier la révision judiciaire pour imprévision. ⁶²¹ D'après Monsieur Thibierge : « Il semble vain et contre-productif de vouloir opposer les alinéas 1 et 3 de l'article 1134. Vain, car de cette victoire à la Pyrrhus, ni la force obligatoire des conventions, ni la bonne foi ne sortiraient grandies. Contre-productif, car la bonne foi ne trouve sa pleine efficacité que lorsqu'elle est cantonnée à son domaine propre. Comprise comme le prolongement de la force obligatoire des conventions, la bonne foi se montre bien plus respectueuse de la volonté des parties, qu'elle n'a pas pour vocation de la limiter ». ⁶²²

Le principe d'exécution de bonne foi est redouté en effet, « si l'on fait de la bonne foi un principe d'équité, contrepoids de la force obligatoire, expression d'un utile et d'un juste, qui seront finalement abandonnés au sentiment du juge ou de l'arbitre ou d'un prétendu "solidarisme" contractuel, on ignore cette fondamentale réalité du monde des affaires, que les contrats commerciaux ne sont pas œuvres de charité. Il serait plus opportun de faire de la bonne foi le

⁶¹⁸Ph. Stoffel-Munck, op. cit., pp. 84 s.

⁶¹⁹Ch.Jamin, "Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil", p.49.

⁶²⁰H. Bouthinon- Dumas, op. cit, p.361. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁶²¹J.Ghestin J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin & M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1994, n 314-315.

⁶²²L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, Paris, 2011, préf. L. Aynès, n° 328, p. 208

prolongement et non la limite de la force obligatoire, un devoir de cohérence dans la durée, destiné à donner au contrat sa pleine efficacité ». ⁶²³« L'opposition entre bonne foi et force obligatoire des conventions s'avère aussi fausse que stérile... En définitive la bonne foi s'inscrit dans le prolongement de la force obligatoire. Elle n'a qu'une utilité : donner au contrat son entière efficacité... ». ⁶²⁴

La solution de la Cour de Cassation dans l'arrêt Huard a été confirmée par des arrêts rendus par l'Assemblée Plénière favorable à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ⁶²⁵.

Six années plus tard, la chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu un autre arrêt dit Chevassus entérinant définitivement l'Arrêt Huard, confirmant la portée de l'arrêt Huard sur l'obligation de loyauté dans les relations contractuelles. La loyauté doit exister à tous les stades du contrat et durant la période d'exécution elle « impose au créancier comme au débiteur de faire ce qui est leur en pouvoir pour parer aux difficultés imprévues, faire produire au contrat son effet utile et ne pas s'arc-bouter sur leurs droits et obligations ; mais au contraire échanger des informations et même collaborer, en vue de procurer à chacun le résultat escompté ». ⁶²⁶

En l'espèce, un contrat a été conclu entre un agent commercial et un mandant qui n'a pas pris les mesures concrètes pour que son contractant puisse pratiquer des prix concurrentiels. En effet, l'agent éprouve des difficultés à exécuter ses obligations en raison de ventes parallèles effectuées par des centrales d'achat qui s'approvisionnaient en métropole. En effet, plusieurs grandes distribution avaient confié à M.Chevassus la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs.

La Cour d'appel a décidé que « les sociétés n'avaient pas à intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la

⁶²³Aynès, « Le devoir de renégocier », *Revue de jurisprudence commerciale* (Journal des Agréés), novembre 1999, p. 19.

⁶²⁴L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, Paris, 2011, préf. L. Aynès, n° 713 et 714, p. 398-399

⁶²⁵Assemblée Plénière, 1er décembre 1995, 152-155, Cass. soc. 25 février 1992, Bull. V, n° 121.

⁶²⁶L. Aynès, *A propos de la force obligatoire*, RDC 2003, p. 200-201

métropole, qu'elles devaient respecter le principe de la libre concurrence et qu'il n'est pas établi qu'elles aient mis des « obstacles » à la représentation de leur mandataire ».

La Cour de Cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel décidant que le mandant qui connaît les difficultés de son mandataire, manque à son obligation de loyauté le mandant « lorsqu'il n'a pas pris les mesures concrètes pour permettre à son agent commercial de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de vente parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ». La Cour de Cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel ne faisant pas droit à la demande en résiliation du contrat fondée sur l'article 1184 du Code civil et sa demande en paiement de dommages et intérêts.

La Cour de Cassation a censuré les juges du fond qui ont refusé la révision du contrat a un agent commercial se plaignant de la concurrence à laquelle il se trouvait confronté de la part de centrales d'achat qui se fournissaient auprès de ses mandants. La Cour de cassation a alors censuré la décision des juges du fond pour n'avoir pas recherché « si, informées des difficultés du mandataire en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achat qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à Leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre des ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat »⁶²⁷

Dans d'autres décisions postérieures, la Cour d'appel a invité les parties à renégocier leur contrat de bonne foi.⁶²⁸

Peut-on alors estimer que la Cour de Cassation a admis la théorie de l'imprévision ? Certes, le différent en question ne portait pas sur l'imprévision parce que les événements n'étaient pas imprévisibles et que l'aménagement du prix a été dû à l'attitude de l'une des parties, le comportement du créancier qui est restée insensible à la situation de son contractant, il n'en reste pas moins que ces décisions « ouvrent directement sur une exigence de renégociation du prix ». Il est en effet, entendu qu'« une telle révision, lorsqu'elle est admise, suppose que le déséquilibre contractuel soit le fruit d'un changement de circonstances imprévisible et, par conséquent, indépendant de la volonté ou du comportement des contractants. D'où la tentation d'envisager la

⁶²⁷N.Molfessis, « les exigences relatives au prix en droit des contrats », LPA, 5 mai 2000, n 90. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA200009005>

⁶²⁸ Paris, 28 Sept.1976, JCP 1976.II.18810, note J. Robert,Rev.arb.1977.341.et chron.B. Oppetit,p.315 ;Nancy,26 sept.2007,D.2008.1120,note.M. Boutonnet,JCP 2008.II.10091,note M.Lamoureux.

jurisprudence de la Chambre commerciale, moins comme un remède de substitution à l'intangibilité des contrats devenus, en raison d'un changement de circonstances extérieur aux contractants, profondément déséquilibrés lors de leur exécution, que comme la sanction de la mauvaise foi d'un contractant qui refuse obstinément d'aider son cocontractant à sortir de l'impasse économique qu'il a largement contribué à provoquer ». ⁶²⁹

De plus, Il en résulte que « l'évolution jurisprudentielle se situe sans doute moins dans un pouvoir de révision du contrat que le juge s'accorderait, contre tous les principes du droit privé des contrats, que dans la sanction, au nom de la bonne foi contractuelle, d'une obligation de renégocier inhérente au contrat en cas de déséquilibre économique trop important ». ⁶³⁰

La Cour de Cassation a à maintes reprises contesté l'admission d'une obligation de renégociation pour imprévision. La Cour Haute juridiction a considéré qu'en cas de krach du marché immobilier «le crédit-bailleur, qui n'était pas responsable des difficultés du marché locatif de bureaux à l'époque et qui n'avait fait qu'appliquer les termes du contrat, n'avait pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial et n'avait commis aucune faute ». ⁶³¹ Certains auteurs prévoient que les contrats de distribution requérant un degré important de coopération entre les parties aux contrats et par conséquent, il sera difficile d'étendre la solution de la Cour de Cassation dans les arrêts intervenus à tous les contrats ⁶³². En effet, « la règle de bonne foi revêt, sous l'effet de la norme de coopération, une portée normative positive. Elle signifie que les parties doivent, non seulement exécuter leurs prestations, mais coopérer afin d'assurer la complémentarité dans la perspective du projet commun. L'exigence de coopération impose alors, en toute logique, aux parties d'adapter le contenu du contrat de telle sorte qu'il puisse servir utilement les intérêts économiques des partenaires » ⁶³³. Cantonner l'obligation de renégociation aux contrats de distribution suscite le doute de certains auteurs sur la généralité de cette obligation.

⁶²⁹D. Mazeaud, « La révision du contrat : rapport français » dans les Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat : journées brésiliennes, t 55, Paris, Société de législation comparée, 2008, 553 aux pp 581-582, [Mazeaud, « Révision »] ; voir aussi L. Thibierge, Le contrat face à l'imprévu, Paris, Economica, 2011 au para 347-351 aux pp 219-221.

⁶³⁰ D.Mainguay, droit des obligations (contrat,responsabilite, regime de l'obligation, p.199.

⁶³¹Cass. civ. 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14990, V.aussi Cass. civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21260, RTD civ. 2009, p. 528, obs. B. Fages.

⁶³²L. Thibierge, th. préc., n° 347, p. 219 ; C. Witz, art. préc., spéc. p. 180 » ; M. Malaurie-Vignal, « Solidarisme, distribution et concurrence », in Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ? sous la dir. De L. Grynbaum, Economica, 2004, p. 95, spéc. p. 104 : « le contrat de distribution est un instrument privilégié de coopération. Chacun agit dans son intérêt et dans celui de l'autre ».

⁶³³S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica,

Certains auteurs⁶³⁴ prévoient qu'il n'est pas certain que l'obligation de renégociation ait vocation à s'appliquer à tous les contrats. En effet, « les particularités des contrats en cause liées au caractère exclusif de l'approvisionnement, à la durée de la relation contractuelle ou encore à l'importance des investissements réalisés par le créancier ont pu influencer la Cour de cassation ». ⁶³⁵

Aussi l'idée a-t-elle pu être défendue d'une dichotomie entre « l'obligation de prise en considération des intérêts de l'autre (aspect minimaliste de l'obligation de coopération) et l'obligation de prise en charge (aspect maximaliste de l'obligation de coopération) ». ⁶³⁶ Pour cette raison, il existerait une différence « entre l'obligation de coopération et l'obligation de renégociation, « la première n'impliquant du cocontractant en principe aucune concession particulière, contrairement à la seconde, L'obligation de négocier apparaît comme le prolongement d'une obligation de coopérer en vue d'aplanir les difficultés ou les obstacles à l'exécution du contrat ». ⁶³⁷

Or, nous voyons que cette obligation de renégociation comme intensification de la coopération doit être étendue à tous les contrats quel que soit son type et même s'il ne s'agit pas d'un contrat relationnel, l'idée d'imposer aux créanciers une obligation de renégociation peut s'analyser comme une conséquence logique de l'obligation de coopération. ⁶³⁸. Une telle coopération ou collaboration contractuelle peut être envisagée de manière beaucoup plus dynamique par exemple pour imposer de prendre en compte les intérêts de son partenaire contractuel, en une forme de fraternité contractuelle. ⁶³⁹D'ailleurs, l'article L.6321-1 du Code de travail édicte

2012, préf. C. Brenner, n° 453, p. 366-367 : dans le contrat d'intérêt commun (qualifié par l'auteur de contrat coopération), V. aussi F. Descorps-Declère, *Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération, contribution à l'étude du contrat évolutif*, thèse Paris I, 2000.

⁶³⁴C. Jamin, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit. et patr.* mai 1998, p. 46 : « La solution n'est peut-être pas extensible pour servir de modèle à tous les contrats ».

⁶³⁵B. Receveur, *La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 372.

⁶³⁶Bee Receveur, *op.cit.*, p. 374.

⁶³⁷Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, 3318, n° 2 ; en ce sens, v.D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél.M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165, spéc. p. 183.

⁶³⁸P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé*, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 245, p. 135

⁶³⁹Cf. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », art. cit. ; « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », art. cit. ; C. Guelfucci-Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

que « l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail ». Il s'agit d'une consécration prétorienne de la Cour de Cassation⁶⁴⁰ qui se manifeste dans l'article L.932-2 du Code du travail, actuellement l'article L.6321-1. De plus, « Plus que l'exécution du contrat de bonne foi, il s'agit au travers de l'imposition de ce devoir, d'une manifestation supplémentaire du fondement des règles légales de l'imputation des risques. L'employeur, désigné par la loi en tant que destinataire de l'imputation des risques de l'entreprise, doit, parce qu'il recueille le profit, supporter tous les risques ». ⁶⁴¹

SECTION III : troisième étape : Arrêt⁶⁴² société Les Repas Parisiens du 16 mars 2004

Une convention tripartite avait été signée entre la commune de Cluses, l'Association Foyer des jeunes travailleurs (AFJT) et la société Les Repas Parisiens (LRP) pour l'exploitation d'un restaurant. L'AFJT a concédé l'exploitation à la LRP en vertu de cette convention. La LRP a résilié unilatéralement le contrat pour son incapacité économique à continuer à exploiter ce fonds de commerce et le bouleversement de l'équilibre contractuel, des contraintes économiques particulières ont résulté de la détermination des conditions d'exploitation de la concession et notamment la fixation des prix des repas par la collectivité publique. La commune et l'AFJT ont saisi la société LRP en paiement de dommages et intérêts.

La Cour d'appel de Chambéry a par un arrêt rendu le 5 juin 2001, fait droit aux demandes de l'Association et de la Commune et a condamné la LRP au paiement des loyers et redevances et de l'indemnité de résiliation unilatérale du contrat. La LRP a formé un pourvoi en cassation qui semble critiquer un raisonnement que les juges de fonds n'ont pas retenu et reproche à la Cour d'appel de ne pas rechercher si les personnes morales concédantes n'avaient

⁶⁴⁰Cass. soc., 25 février 1992, Bull. civ. V, n° 122 ; D. 1992, p. 390, note F. Défossez ; RTD civ. 1992, p. 760, obs.J. Mestre ; Cass. soc., 13 juillet 2010, Bull. civ. V, n° 172.

⁶⁴¹A.-C. Martin, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, préf. D. Ferrier, n° 172, p. 99

⁶⁴²Cour de Cassation 1ere Chambre civile du 16 mars 2004, 01-15804, Bull. 2004 I N° 86.

pas le devoir de mettre la société prestataire de services en mesure d'exécuter son contrat dans des conditions qui ne soient pas manifestement excessives.

La Cour de Cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel et rejette le pourvoi car la société exploitante « mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de (l'association) de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi » et ajoutait que le concessionnaire « ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, il n'avait pas su apprécier ». De plus, le déséquilibre structurel ne doit faire droit à une résiliation unilatérale puisque le déséquilibre économique est né au moment de la formation du contrat « et non le refus injustifié de la commune et de l'AFJT de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traitant au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ». Admettre une résiliation pour un déséquilibre structurel présent pendant la formation du contrat serait contraire au droit français qui ne considère pas la lésion comme une cause de nullité du contrat.

Il semble intéressant « d'opérer une dichotomie entre le déséquilibre contemporain de la formation du contrat, pour lequel la coopération ne permettrait pas de faire fléchir le principe d'immutabilité par les parties, et le déséquilibre contemporain de l'exécution du contrat, pour lequel la flexibilité pourrait autoriser une renégociation du contrat »⁶⁴³. La question qui se pose est de savoir si la Cour de Cassation a consacré à contrario la théorie de l'imprévision dans cet arrêt, à la lecture a contrario de la motivation de la Cour de Cassation « et non le refus injustifié... d'exécution de bonne foi ». Par une interprétation a contrario de cet arrêt, l'obligation de renégociation ne serait mise en œuvre que lorsque le déséquilibre serait concomitant à l'exécution du contrat et « Si la Cour de cassation a en effet refusé l'existence d'une obligation de renégociation, c'est en raison du déséquilibre structurel invoqué. Or, le déséquilibre structurel sort du cadre de l'imprévision pour intégrer celui de la lésion ».⁶⁴⁴ Une analyse a contrario de la décision de la Cour de Cassation laisse penser que si la société demanderesse a invoqué le bouleversement des circonstances économiques et non le déséquilibre structurel, la Cour de Cassation aurait imposé la renégociation et aurait pris en compte la modification imprévue des circonstances. Selon

⁶⁴³B.Receveur, La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, thèse de doctorat, HAL, 12 décembre 2013, p.375.

⁶⁴⁴B.Receveur, La Force obligatoire du contrat de société : *op.cit*, p.375

monsieur Denis Mazeaud « la Cour concède, c'est bien le moins, que lorsqu'un profond déséquilibre économique survient pendant l'exécution du contrat et qu'il procède un changement imprévisible et brutal des circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat, le devoir de bonne foi prend alors le relais et contraint les contractants à faire preuve d'un minimum de solidarité ».

645

D'autres auteurs ont critiqué cette fausse interprétation *a contrario* du dispositif de la Haute juridiction. En effet la Cour de Cassation n'a pas consacré l'obligation de renégociation du contrat en cas de changement imprévisible des circonstances. La Cour de Cassation ne fait que reprendre l'inadéquation entre le moyen et la motivation de la Cour d'appel ; « Alors que l'auteur du pourvoi se situe sur le terrain de l'exécution du contrat, la Cour d'appel se situe sur le terrain de la formation du contrat. ⁶⁴⁶

D'après Monsieur Eric Borysewicz, « Remettant en cause l'un des fondements les mieux établis du droit privé français, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 mars 2004, pose le principe d'une obligation générale de renégociation des contrats en cours en cas de modification imprévue des circonstances économiques »⁶⁴⁷. Selon le professeur Denis Mazeaud⁶⁴⁸ « *sans forcer exagérément le trait, ni solliciter excessivement cet arrêt, il semble bien que c'est cette stimulante leçon de politique contractuelle que la première Chambre civile a entendu donner, à cette occasion, en réaffirmant, fort opportunément, le principe de l'obligation de renégocier (I) et en en déterminant, avec précision, le domaine (II) ».*

Dans un article intitulé « *De l'interprétation d'un arrêt de la Cour de Cassation* », ⁶⁴⁹ le professeur Jacques Ghestin a sévèrement critiqué l'interprétation de l'arrêt du 16 mars 2004 de Denis Mazeaud : « *cela conduit à se demander s'il ne serait pas opportun d'introduire dans les conditions d'accès à la magistrature, au barreau ou au notariat, voire aux divers postes d'enseignants à l'université, tout spécialement pour les responsables, à tous les niveaux, des travaux dirigés, une épreuve obligatoire d'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, comprenant son analyse logique détaillée, dont l'apprentissage deviendrait ainsi un point de passage obligé. On me dira qu'il s'agit d'un exercice bien difficile et trop « scolaire ». Cependant, savoir rédiger une note de synthèse est très utile pour de futurs grands commis de l'Etat. Mais*

⁶⁴⁵D.Mazeaud, Du nouveau sur l'obligation de renégocier, D.2004,p.1754

⁶⁴⁶A. Bamdè, op.cit, p.12.

⁶⁴⁷É. Borysewicz, Renégociation des contrats en cours : la révolution annoncée, 16/4/2004, les échos.

⁶⁴⁸D. Mazeaud, Du nouveau sur l'obligation de renégocier, Recueil Dalloz,2004.

⁶⁴⁹J.Ghestin « l'interprétation d'un arrêt de la Cour de Cassation »,D.2004.2239.

savoir lire et comprendre un arrêt de la Cour de cassation est un préalable indispensable à la connaissance du droit positif, qu'il faut bien connaître pour l'appliquer et en informer les assujettis, et aussi pour le critiquer ».

D'autres magistrats⁶⁵⁰ ont dénoncé l'interprétation erronée adoptée par le professeur Denis Mazeaud qui considère cet arrêt comme un signal déclencheur de l'évolution en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision.

Par un arrêt du 26 septembre 2007, la Cour d'appel de Nancy a rendu un arrêt en faveur de l'obligation de renégociation d'un contrat déséquilibré pour changement imprévisible des circonstances. En l'espèce, l'exécution du contrat de fourniture de vapeur devient défavorable pour une partie et plus avantageuse pour l'autre pour changement de réglementation sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre. La Cour d'appel de Nancy a fait droit à la demande du contractant lésée pour renégocier le contrat et prévoit que si la négociation échoue, il convient « d'apprécier la responsabilité des parties dans le rejet des propositions adverses et de sanctionner un abus éventuel par des dommages-intérêts ». ⁶⁵¹Il s'agit alors de favoriser la prise en considération des situations d'imprévision et d'encourager les parties à procéder à la renégociation dans un esprit de solidarité.

SECTION IV : quatrième étape : Arrêt du 29 Juin 2010

« La cause est un instrument à géométrie variable dotée d'un fort potentiel et susceptible d'influencer la pratique contractuelle comme contentieuse ». ⁶⁵²

Les faits de l'espèce font penser à ceux qui avaient donné lieu au célèbre arrêt « Canal de Craponne »⁶⁵³ mais, dans cet arrêt la Cour de Cassation admet implicitement la théorie de l'imprévision en prononçant la caducité du contrat à exécution successive pour imprévision. À

⁶⁵⁰R. Payen, note JCP e 2004.737 et A.Benabent, « Doctrine ou Dallas ? », D.2005.852.

⁶⁵¹CA Nancy, 26 septembre 2007, Société Novacarb, D.2008, p.1120

⁶⁵²J. Dubarry, L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause – Cour de cassation, com. 18 mars 2014 – AJCA 2014, p.78. Disponible sur : <https://scanr.enseignementsup-recherche.gouv.fr/publication/halshs-02216923>

⁶⁵³Civ.6 mars 1876, GAJC, Dalloz, 2008, n 165, obs.Y.Lequette.

l'encontre des arrêts rendus par la Cour de Cassation comme l'Arrêt Huard et Chevassus où la Cour de Cassation s'est fondée sur l'obligation de loyauté, dans cet arrêt, la Cour de Cassation a utilisé la cause comme support de l'imprévision. En tout état de cause, la Cour de Cassation n'a pas encore consacré pleinement et expressément en vertu de ces arrêts la théorie de l'imprévision ni consacré la révision judiciaire pour imprévision.

En l'espèce, Un contrat de maintenance portant sur deux moteurs d'une centrale de production de cogénération a été conclu en 1998 pour une durée de 12 ans moyennant un prix forfaitaire annuel entre la société SEC, la société cliente et la société Soffimat d'exploitation de chauffage qui est la société prestataire. La société prestataire n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations : la visite des 30 000 moteurs en raison du changement de ses circonstances économiques pour l'augmentation sensible du coût des matières premières et des métaux ayant un impact sur le prix des pièces de rechange qui augmente lui aussi. La société SEC a exigé l'exécution complète des engagements contractuels.

Par conséquent, la société cliente a assigné la société prestataire en référé sous astreinte afin de réaliser les travaux de maintenance stipulée contractuellement.

La Cour d'appel de Paris a par un arrêt rendu le 27 mars 2009 a fait droit à la société cliente obligeant la société prestataire à exécuter son obligation contractuelle de révision des moteurs et soutenant que « *l'obligation de révision des moteurs n'était sérieusement contestable* ».

Par un arrêt rendu le 29 juin 2010, la Cour de Cassation casse et annule la décision de la Cour d'appel qui « *a privé sa décision de base légale* » au visa des articles 1131 du Code civil et 873, aliéna 2 du code de procédure civile et reproche aux juges de fonds de n'avoir pas cherché « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

En effet, d'après la haute juridiction, le changement des circonstances entraîne la caducité du contrat pour absence de cause. Donc, « En clair et en bref, la Cour de Cassation admet

implicitement et potentiellement avec cet arrêt la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause, en rupture avec sa doctrine adoptée dans le fameux arrêt *Canal de Craponne* ». ⁶⁵⁴

L'arrêt de la Cour d'appel a été cassé au visa de l'Article 873 ⁶⁵⁵alinéa 2 du code des procédures civiles et l'ancien Article 1131 du Code civil édictait que « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.* » Avec « l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières première et des métaux », la contrepartie que reçoit la société prestataire Soffimat en échange du service qu'elle devrait rendre à savoir la révision des moteurs pour la société cliente et par conséquent, l'obligation est dépourvue de cause.

S'agissant du déséquilibre contractuel, ce n'est pas le simple déséquilibre des obligations des parties mais, il s'agit d'un bouleversement important et structurel rendant la contrepartie de l'exécution de l'obligation dérisoire par rapport à celle-ci comme en ce cas d'espèce ou bien l'absence d'une contrepartie.

La Cour de Cassation « réussit le remarquable tour de force d'esquisser une mutation fondamentale de notre modèle contractuel en exploitant une notion traditionnelle de notre patrimoine contractuel, propre à canaliser la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision qui acquerrait ainsi droit de cité dans le système juridique français ». ⁶⁵⁶Aynès et Stoffel-Munk qualifient cet arrêt de « pas de géant ve

rs la consécration d'une théorie de l'imprévision ». ⁶⁵⁷La solution est pour le moins audacieuse et innovante. ⁶⁵⁸ Elle marque un glissement vers l'admission de l'imprévision. Il semble étonnant de voir la Cour de Cassation admettre de manière implicite la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause. Alors que les circonstances imprévues apparaissent

⁶⁵⁴D. Mazeaud, l'arrêt Canal "moins"?, Recueil Dalloz2010,p1

⁶⁵⁵Art 873 du Code de procédure civile français : « Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

⁶⁵⁶D. Mazeaud, l'arret Canal "moins" ? Recueil Dalloz 2010, p.2481

⁶⁵⁷ L. Aynès et Ph.Stoffel-Munk, « Mai-novembre 2010 : Des revirements qui se précisent, par réalisme et logique » 200 Dr & Patr 64 ,2011, p. 68.

⁶⁵⁸Elle avait été suggérée par M^eJ-D Breznerin Brèves réflexions sur un outil alternatif en temps de crise : La caducité (ou comment faire de neuf avec du vieux ?), RDC 2010.487S:

pendant l'exécution du contrat et font obstacle à l'exécution de celui-ci, la cause est l'une des conditions de formation du contrat. Cet arrêt a fait l'objet d'une bataille d'experts en technique de cassation.⁶⁵⁹ Des arrêts de la Cour de Cassation,⁶⁶⁰ « avaient déjà admis que la cause pouvait constituer autre chose qu'un instrument de contrôle objectif de la rationalité du consentement, cantonnée alors au stade de la rencontre des volontés. La première chambre l'a aussi appréhendée comme une technique de contrôle de l'équilibre structurel du contrat tout au long de son exécution et l'a par conséquent érigée en conditions de pérennité d'un contrat à exécution successive, sa disparition emportant alors la caducité de celui-ci ».⁶⁶¹

D'après le professeur Denis Mazeaud, « dans cette perspective, on ne se situe plus au stade du juge provisoire, mais dans l'hypothèse où un juge statuant fond serait saisi sur du litige ». Il n'est pas de la compétence du juge des référés de prononcer la caducité du contrat.

« La généralité comme l'élégance de la formule pourrait indiquer un arrêt de principe ouvrant la voie à l'abandon de la jurisprudence Canal de Craponne mais, la non-publication de cet arrêt rendu en formation restreinte, tranchant une question de procédure civile concernant la compétence du juge des référés incite à plus de prudence ».⁶⁶²

Des arrêts ont été rendus par la Cour de Cassation⁶⁶³ pour révéler l'autre fonction de la cause qui ne s'apprécie pas seulement pendant l'échange de consentement entre les parties, mais elle « pouvait constituer autre chose qu'un instrument de contrôle objectif de rationalité du consentement ». ⁶⁶⁴ Il serait en effet opportun de conférer à la cause du contrat une fonctionnalité plus large au-delà de son rôle de faire partie des conditions formelles de validité du contrat, pour lutter contre le déséquilibre contractuel qui apparaît pendant l'exécution du contrat et qui était imprévisible pour les parties pendant sa conclusion, en se prévalant de son absence pendant cette phase. Par conséquent, « érigée en condition de pérennité d'un contrat à exécution successive, sa disparition emportant alors la caducité de celui-ci ».⁶⁶⁵ Pourtant dans

⁶⁵⁹E. Savaux, l'introduction de la révision jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision-Rapport français, RDC 2010.1057, SPEC.1066.

⁶⁶⁰Civ.1re,12 juill.2006, no.04-13.204, RTD civ,2007.105, obs.J. Mestre et B Fages.

⁶⁶¹D. Mazeaud, l'arrêt Canal "moins"?

⁶⁶²Com. 29 juin 2010, D. 2010. 2481, note T. Génicon, RDC 2011. 34, obs.

⁶⁶³Civ.1re,12 juill.2006, n04-13.204, RTDciv.2007.105, obs.J.Mestre et B.Fages ;RDC2007.253.Y-m Laithier ;30 oct 2008,n 07-17.646,D.2008.2937,et2009.747,chron.P.Chauvin et C.Creton ;RTD civ.2009.111,obs.J.Hauser,et118,obs.B.Fages ;JCP 2009.II.10000,OBS.d.Houtcieff ;RDC 2009.29,obs.D.Mazeaud ;RLDC 2008,3283,OBS.A.Cermolacce.

⁶⁶⁴D. Mazeaud, l'arrêt Canal "moins" ? Recueil Dalloz2010, p2

⁶⁶⁵V.supra

d'autres arrêts la Cour de Cassation était toutefois réticente à constater la caducité d'un contrat au seul motif que la disparition de la cause résiderait dans une modification importante des circonstances économique du contrat.⁶⁶⁶

« Autant dire qu'on peut, dans une perspective de justice contractuelle, se réjouir de cet arrêt, même si, en toute objectivité, le pas qu'il constitue vers l'admission de la théorie de l'imprévision se révèle plutôt du domaine de l'infiniment petit ». ⁶⁶⁷ Cet arrêt marque un grand changement dans le régime français des obligations, une mutation du modèle contractuel bien que cet arrêt n'ait pas eu la chance d'être publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Reprenant les propos du président Weber, ces arrêts « n'apportent rien à la doctrine de la Cour de Cassation ». La question que se posait la doctrine en faveur de l'évolution du droit français des obligations est de savoir s'il fallait attendre des jurisprudences qui consacrent expressément la théorie de l'imprévision comme une progression de la jurisprudence du 29 Juin 2010. D'après le professeur Denis Mazeaud, « la réponse à cette question quasi-existentielle nous sera probablement donnée, à l'avenir, non par la Cour de Cassation mais par le législateur, si tant est que celui-ci n'attende pas encore une décennie pour opérer la réforme du droit des contrats »⁶⁶⁸ Nous verrons que c'est effectivement ce qui est advenu.

SECTION V : Cinquième étape : arrêt du 18 mars 2014

Dans cet arrêt la Cour de Cassation a rendu une solution radicalement inverse de celle adoptée dans l'arrêt du 29 Juin 2010 en déclarant expressément que la cause constitue une condition de formation de contrat. « Au fond, le moyen invitant la cour régulatrice à se prononcer sur une question qu'elle avait déjà effleurée sans y répondre dans un précédent arrêt Com. 29 juin 2010, n 09-67.369) ». ⁶⁶⁹ Certes, la Cour de Cassation admet implicitement dans l'arrêt

⁶⁶⁶Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, JCP G 2014, 1116, note J. Ghestin.

⁶⁶⁷D. Mazeaud, l'arrêt Canal "moins" ? Recueil Dalloz2010, p3

⁶⁶⁸V.supra, p4.

⁶⁶⁹ J. Dubarry, op.cit, p.78.Disponible sur : <https://scanr.enseignementsup-recherche.gouv.fr/publication/halshs-02216923>

précèdent la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause mais il s'agit d'un arrêt inédit source de controverses doctrinales et dont la portée est limitée. En l'espèce, un contrat a été conclu entre la société Les Complices (société concédant) et la société Yang (société concessionnaire) par lequel a été concédé une licence d'exploitation de la marque « Les Complices » en contrepartie d'une redevance annuelle égale à 10% du chiffre d'affaires. Il s'est avéré que ce minimum de redevance est supérieur à 10% du chiffre d'affaires. La société concessionnaire s'est trouvée dans la difficulté d'exécuter ses obligations et ne pouvait pas payer ses redevances en raison de la crise du marché du textile. En conséquence, la société concédante obtenait une ordonnance d'injonction de payer à laquelle le concessionnaire a fait opposition.

La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt le 28 septembre 2012 ne faisant pas droit à la demande du concessionnaire et le condamnant aux paiements des redevances avec intérêts. La Cour d'appel a décidé qu'« *une clause prévoyant la rémunération attendue d'une des parties au contrat n'est pas dépourvue de cause dès lors qu'elle trouve sa contrepartie dans son propre engagement, en l'espèce la concession de sa marque* » et que « *la rentabilité du contrat ne participe pas davantage à la définition de la cause dont l'existence s'apprécie au moment de sa conclusion* ». Les juges de fond refusent de décider la caducité du contrat pour défaut de cause.

Insatisfait, le concessionnaire a formé un pourvoi en Cassation prétendant que l'évolution des circonstances déséquilibrent le contrat et le rendent caduc « *l'évolution du marché de textile et la chute des ventes dans la grande distribution ont entraîné un déséquilibre du contrat le rendant non viable pour elle et privant de cause son obligation au titre des minimas garantis* ».

Par un arrêt de rejet rendu le 18 mars 2014, la Cour de Cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel en effet, « *la cause de l'obligation constitue une condition de la formation du contrat* » de sorte que « *la cause de l'engagement du concessionnaire réside, non dans la rentabilité du contrat, mais dans la mise à disposition de la marque* ».

Malgré les évolutions jurisprudentielles, « il est nécessaire qu'une réforme du droit des obligations aille jusqu'à la consécration d'une authentique théorie de l'imprévision susceptible de jouer dans des circonstances caractérisées avec précision ». ⁶⁷⁰ Ces évolutions

⁶⁷⁰Rapport du groupe de travail de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007. Disponible sur : www.courdecassation.fr

jurisprudentielles ont connu leur prolongement dans les avants projets de réforme du droit des obligations.

CHAPITRE II : L'intégration de l'imprévision dans les avants projets de réforme et la doctrine française

Les avant-projets apparus à partir de 2004 ont intégré la théorie de l'imprévision grâce à d'importantes réflexions préalables de la doctrine et à des consécutions législatives ponctuelles.

SECTION I : Les préalables doctrinaux

Cette question de l'admission de la révision judiciaire pour imprévision a fait l'objet d'un vif débat doctrinal qui s'est surtout manifesté dans la période de l'entre-deux-guerres, caractérisée par une grande instabilité ayant pour conséquence le bouleversement de l'équilibre contractuel. « Ajouté à cela l'érosion monétaire, le risque pour les parties de voir à moyen terme, voire à court terme, l'équilibre contractuel rompu en raison d'un bouleversement des circonstances économiques était pour le moins élevé ». ⁶⁷¹

La majorité des auteurs français, s'opposaient à l'intervention judiciaire de toute sorte dans le contrat conclu par les parties au nom de la force obligatoire du contrat. Le juge lorsqu'il modifie les termes du contrat viole le principe de l'autonomie de la volonté. Et puis, la doctrine s'est orientée vers l'admission de l'intervention du juge sur les fondements de l'équité et la bonne foi et sur le fondement de la théorie de la cause. Pourtant, aucun texte législatif n'a été adopté par le législateur sur l'imprévision dans le Code civil français jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2016 surtout que l'imprévision résulte de circonstances extérieures aux parties. Ni

⁶⁷¹A. Bamde, La théorie de l'imprévision : régime juridique et réforme des obligations, 13juillet2017. P.1.

le créancier ni un tiers ont contribué à la création de telles circonstances pour profiter de la situation du débiteur. C'est pour cette raison que la jurisprudence privilégiait le principe de la force obligatoire du contrat sur n'importe quelle autre considération. Il s'agit d'un processus long et compliqué pour la reconnaissance de la révision pour imprévision en droit français.

La doctrine moderne a pour objectif principal de « dépasser les apories de la théorie classique de « l'autonomie de la volonté » (la volonté, toute puissante, peut se donner elle-même sa propre loi) ou de l'exécution positive (la seule et la simple conformité du contrat à la loi) ». ⁶⁷²

La question qui s'est posée était de savoir si le juge dispose de la faculté d'intervenir lorsque des circonstances ont rompu l'équilibre contractuel. La réponse à cette problématique paraît être compliquée car admettre l'intervention judiciaire dans les contrats pour imprévision correspondait à sacrifier la force obligatoire du contrat sur l'autel de l'équité. Le rôle du juge doit se limiter à vérifier la bonne exécution du contrat et le remplissage de ses conditions de validité et l'intervention judiciaire dans d'autres cas que ceux-ci, contribue à l'insécurité juridique du contrat. Autre argument, « il est de l'essence des contrats à exécution successive d'être soumis à un aléa ». ⁶⁷³

Certains auteurs faisant appel à l'intervention du juge en cas d'imprévision et partant de la logique de l'abus de faiblesse, se posent la question de savoir pourquoi le juge dispose-t-il de la faculté de modifier le déséquilibre en cas d'abus de dépendance économique alors qu'il ne peut pas réviser le contrat bouleversé par la survenance de circonstances imprévisibles ?

Les opposants à l'application de la théorie de l'imprévision se prévalaient de la faute du contractant fort qui de mauvaise foi fixe un prix abusif imposé à l'autre contractant qui ne dispose pas de l'autorité de négociation contractuelle. Pourtant se référer à la faute du contractant pour accepter l'intervention du juge dans un cas et non pas dans l'autre est dépourvue de pertinence car, le refus ou l'échec de négociation peut aussi renvoyer à la mauvaise foi du contractant bénéficiaire des circonstances, insensible à la situation de son contractant et qui veut faire

⁶⁷²M.Verger, l'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision, 19 juillet 2016, p.3 Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

⁶⁷³A. Bamde, La théorie de l'imprévision : régime juridique et réforme des obligations, 13 juillet 2017. P.2

obstacle à la révision du contrat et profiter des circonstances aux dépens de la victime. Pourtant, il sera compliqué d'aller dans ce sens surtout que n'est pas forcément fautif le simple fait de refuser les suggestions de l'autre partie. Et par conséquent, Il fallait s'intéresser à la portée de l'intervention judiciaire, à savoir la préservation de la sécurité des transactions commerciales et le sauvetage des relations contractuelles et non pas à sa cause.⁶⁷⁴

Un autre argument en faveur de la reconnaissance de la révision pour imprévision repose sur le concept du droit privé médiéval « *Conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus* », défendu par Saint-Thomas d'Aquin et plus tard par Larombière qui a affirmé que « les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues ».⁶⁷⁵ La clause *rebus sic stantibus* désigne une clause tacite dans le contrat conclu entre les parties qui subordonne l'exécution du contrat au maintien des circonstances économiques au jour de la conclusion du contrat. Une convention ne peut rester valable que si les choses demeurent en l'état, cette conception fut sacrifiée lors de l'élaboration du Code civil et à l'occasion des grandes codifications européennes du XIX^{ème} siècle⁶⁷⁶.

Reconnaître la clause *rebus sic stantibus* dans les contrats relationnels convient de « prévaloir une clause d'équilibre intemporel du rapport contractuel sur les clauses organisant concrètement l'échange des biens ou des services entre les parties ». ⁶⁷⁷ Cette clause a été critiquée car elle est implicite et on ne peut pas déduire la véritable intention des parties. Pour le professeur Jacques Ghestin, il y avait une opposition entre l'art. 1134 al.1 et la théorie de l'imprévision sur le plan des principes : opposition entre *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus*.⁶⁷⁸ La révision du contrat pouvait selon Grotius mettre en danger la stabilité de l'ordre contractuel.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Études de droit privé, L.G.D.J., 1960, p. 193 et Ph. Stoffel-Munck, Regard sur la théorie de l'imprévision, mémoire avec préf. A. Sériaux, Aix, P.U.A.M., 1994, pp. 43 s.

⁶⁷⁵Larombière M.L., Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire aux titres III et IV du Code Napoleon, art.1101 a1386, T. III, Ed.1., Paris,1858, art.1234, n4.

⁶⁷⁶D. PLANUTIS, « Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes », Mémoire de recherche, Université Panthéon-Assas, 2012.

⁶⁷⁷H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.369. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁶⁷⁸J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin & M. Billiau, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 269).

⁶⁷⁹H.Grotius, le droit de la guerre et de la paix, II.16, §§ . 22-27

Selon Bee Receveur, « si la flexibilité du principe d'immutabilité contractuelle est traditionnellement condamnée par les volontaristes, elle est, en revanche, promue par les solidaristes comme sanction de l'obligation de coopération »⁶⁸⁰. Un courant doctrinal soutenant le principe de solidarisme contractuel s'est manifesté en faveur de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. D'après Demogue « *le contrat est une petite société ou chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme (ou d'avantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale* »⁶⁸¹. Cette position a été reprise par le professeur Denis Mazeaud qui a défendu le rééquilibrage contractuel et a fait l'objet de sévères contestations.⁶⁸² De plus, « *La satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre. Telle est la solidarité humaine. Si bien que le contrat, loin d'être un lieu d'affrontement ou de concorde, est un point de rencontre entre deux intérêts, qui demeurent distincts, mais qui ont besoin de s'associer... L'homme ne peut s'accomplir qu'en s'alliant* »⁶⁸³. La coopération entre les parties va au-delà du respect de l'obligation de bonne foi « *qu'est-ce que coopérer ?... Ce n'est pas comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore, s'obliger à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement* ». ⁶⁸⁴ Ainsi, les parties « doivent conjuguer leurs efforts pour se procurer mutuellement la satisfaction escomptée ». ⁶⁸⁵

Des auteurs font appel à l'adaptation du contrat pour garantir sa stabilité. Ainsi D'après le professeur Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire « ce que l'on assure en prohibant toute adaptation du contrat c'est la protection d'une stabilité formelle, pure façade qui masque une altération profonde et injuste de la convention ; au-delà de cette stabilité formelle doit être recherchée une stabilité réelle qui, elle, postule un réaménagement du rapport contractuel destiné à compenser les effets perturbateurs de la conjoncture économique »⁶⁸⁶

⁶⁸⁰B. Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 385.

⁶⁸¹D. Mazeaud, « loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » Mélanges François Terré, p.603

⁶⁸²Y. Lequette « Bilan des solidarismes contractuels », Mélanges Paul Didier, 2008.

⁶⁸³ L. Aynès, « A propos de la force obligatoire », RDC 2003, p. 323

⁶⁸⁴B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », DPCI 1984, p.331.

F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Archives de Philosophie ⁶⁸⁵ du Droit, 1999, p. 259, spéc. p. 266. Disponible sur : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf>

⁶⁸⁶D.Saint-Hilaire (Jean-Pierre), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, dir. P. Durant, JGDJ, 1960

Enfin, d'autres auteurs ont avancé que si la théorie de l'imprévision a été consacrée par de nombreux droits étrangers comme le droit égyptien, algérien, italien, allemand, portugais et suisse, on pouvait l'admettre en droit français qui n'est pas moins évolutif que ces droits. Le juge français serait-il moins à même de rééquilibrer le contrat que les juges étrangers habilités à y procéder ? Il faudrait une normalisation de la situation en France comme dans les autres pays européens reconnaissant l'imprévision. Le courant de la doctrine française⁶⁸⁷ a changé le regard porté sur l'application rigoureuse du principe de la force obligatoire du contrat. En effet, « la volonté de reconnaître la théorie de l'imprévision s'est manifestée dans le besoin d'harmonisation des systèmes de droit privé européens dans la perspective de la construction européenne ». ⁶⁸⁸. En effet, « l'aiguillon de la concurrence qui s'exerce entre systèmes juridiques impose de ne pas laisser subsister une règle désavantageant les sujets de droit nationaux qui y sont soumis ». ⁶⁸⁹

Enfin, des regards croisés⁶⁹⁰ entre les droits public et privé suscitent l'harmonisation entre ces droits par la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit privé. En réalité, « partis de points de départ radicalement opposés, les chemins se rejoignent : d'un côté, le droit administratif enferme la théorie de l'imprévision dans des conditions très strictes ; de l'autre, le droit civil multiplie les exceptions et tempéraments au principe de l'interdiction de la révision pour imprévision. Il est donc particulièrement regrettable que cette opposition, toujours mise en exergue, contribue à donner du droit français l'image d'un droit peu cohérent, d'un droit "boiteux" ». ⁶⁹¹ L'idée que la théorie de l'imprévision se justifie seulement par le principe de continuité du service public a été critiquée. ⁶⁹²

⁶⁸⁷D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. A Sayag, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 403 ; R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mél. A. Jauffret*, 1974, PUAM, p. 211 ; B. Fauvarque-Cosson, « La réforme du droit français des contrats, perspective comparative », *RDC* 2006, n° 1, p. 147.

⁶⁸⁸Cf. D. Tallon, op. cit.

⁶⁸⁹H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.343. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>, D. Tallon, op. cit., p. 410 et J. Ghestin, op. cit.

⁶⁹⁰« Regards croisés droit public / droit privé : théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », Frédéric Buy, Charles-André Dubreuil, *JCP A*, 27 oct. 2014, n°43, pp.22-26.

⁶⁹¹Fauvarque-Cosson, « Changement », *Bénédicte Fauvarque-Cosson*, « Le changement de circonstances » (2004) *RDC* 67, note 55 au par 12.

⁶⁹²Fauvarque-Cosson, « Changement », supra note 55 au para 11 :« L'explication ne convainc pas. D'abord, parce que, le 12 mars 1976, le Conseil d'État a admis que le concessionnaire pouvait faire jouer à son profit la théorie de l'imprévision comme élément de règlement de la situation définitive, alors même que le

L'ensemble de ces réflexions ont nourri les projets de réforme.

SECTION II : Les consécutions législatives ponctuelles

Avant la consécution par le législateur d'un texte spécial sur l'imprévision dans le Code civil français, le législateur permettait la révision judiciaire. Comme a pu l'annoncer Monsieur Cadet « le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fut-ce pour rétablir entre les parties un équilibre injustement rompu ». ⁶⁹³

Cette intervention du juge dans le contrat s'effectue dans des domaines restreints : ⁶⁹⁴il en va de la loi du 3 juillet 1971 sur le droit des successions et des libéralités et qui prévoit dans l'Article 833-1 du Code civil la réévaluation de la soulte lorsque « *par suite des circonstances économiques, la valeur du bien mis dans son lot a augmenté ou diminué d'un quart depuis le partage* » ou la loi du 4 juillet 1984 « *permettant la révision des charges et conditions apposées à certaines libéralités* ».

De même, l'article L.131-5 du code de la propriété intellectuelle crée par la loi no.92-597 du 1^{er} juillet 1992 admet l'imprévision en cas de cession de droit d'auteur pour prévision

contrat de concession avait pris fin. Cela montre que, loin de reposer sur "la seule idée de continuité de service public, la théorie de l'imprévision se justifie également par le droit du contractant à un certain équilibre financier". En outre, et surtout, l'opposition entre intérêt général et intérêt privé est moins tranchée qu'il n'y paraît. Même pour les contrats entre particuliers, l'intérêt général est toujours mêlé à l'intérêt privé, comme en attestent les règles d'ordre public économique de direction et de protection, ou encore, de manière plus spécifique à notre question, les interventions législatives ponctuelles en faveur de la révision. Par ailleurs, certains contrats, de droit privé, sont indispensables au bon fonctionnement de véritables services publics, tels ceux passés par les grandes entreprises industrielles pour la fourniture de leurs matières premières ; quant aux contrats administratifs, ils font l'objet d'une privatisation croissante.

».

⁶⁹³ Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, L.G.D.J.,2001. p.181.

⁶⁹⁴ Anonyme, *op.cit.* Disponible sur : <https://cours-de-droit.net/cours-de-droit-de-la-proprieté-intellectuelle-c27647036/14/>

insuffisante des produits de l'œuvre pendant l'exécution du contrat édictant qu'« *En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat.*

Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire ».

Le Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal prévoyait la révision judiciaire du loyer du bail commercial tous les trois ans.

En outre, une loi du 28 novembre 1949 édicte dans son article 1675 que « pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation ». Il s'agit alors selon le professeur François Terré de « *jouer sous le couvert de la lésion la théorie de l'imprévision* ». ⁶⁹⁵

L'article 504 de la loi du 3 janvier 1968 fait jouer l'imprévision sous le couvert de la cause et dispose que « Le testament antérieurement fait avant l'ouverture de la tutelle restera valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui a déterminé le testateur à disposer. Dans ce cas le testament sera annulé ». Ce texte prévoit donc « une caducité pour changement imprévu des circonstances » ⁶⁹⁶

La loi n°84-562 du 4 juillet 1984 permet dans son article 900-2 la révision des conditions et charges apposées à certaines libéralités. En vertu de cet Article « *Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable* ».

⁶⁹⁵ Terre, Simler et Lequette, Droit civil, Les obligations. Dalloz précis, 11ème édition, 2012, no.467

⁶⁹⁶ J. Carbonnier, t. 4, no 151, p. 288.

La loi Hamon n° 2014-344 en date du 17 mars 2014 relative à la consommation consacre aussi l'imprévision en matière agroalimentaire dans les relations fournisseur/distributeur. Issu de la Loi Hamon, l'article L.441-8 du Code de commerce prévoit que prenant en considération les fluctuations des prix, les parties doivent prévoir une clause de renégociation de prix dans les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits agricoles et alimentaires figurant sur une liste fixée par décret, dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires et des produits agricoles et alimentaires et, le cas échéant, des coûts de l'énergie. Le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation est sanctionnée par une demande administrative. C'est une façon originale de traiter la révision du contrat pour imprévision refusée en droit privé depuis l'arrêt Canal de Craponne de 1876. Moins protecteur que le nouvel article 1195 du Code civil, l'article L.441-8 du c.com ne doit pas constituer un obstacle à son application.⁶⁹⁷

D'autres tempéraments ont été apportés. Dans la loi, d'abord. En effet, « à la suite des grandes guerres, le législateur était intervenu à plusieurs reprises pour proroger des baux, ou faire obstacle à la résiliation de contrats ou, dans le cadre de la législation économique, via une technique de blocage des prix (jusqu'en 1986 tout de même), soit dans le cadre de protection de certains contractants, comme les salariés et le mécanisme de hausse annuelle du salaire minimum, ou comme les débiteurs en difficultés ou encore dans le cadre du traitement du surendettement, soit des consommateurs (règles sur le surendettement) soit des entreprises ».⁶⁹⁸

De plus, il existe dans le Code civil français des exceptions au principe de l'intangibilité du contrat. Il est prévu, aux articles 1769 à 1771 C.c.fr.⁶⁹⁹ par exemple, que le fermier puisse, à

⁶⁹⁷H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTD Civ.206 p.247

⁶⁹⁸D.Mainguy, Droit des obligations (contrat, responsabilité, régime de l'obligation),p.198

⁶⁹⁹Art 1769 C.c.fr. : « Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes. S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance. Et, cependant, le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte. » ; Art 1770 C.c.fr. : « Si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits, ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix de la location. Il ne pourra prétendre aucune remise si la perte est moindre de moitié. » ; Art 1771 C.c.fr. : « Le fermier ne peut obtenir de remise lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature, auquel cas le propriétaire doit supporter sa part de la perte, pourvu que le preneur ne fût pas en

certaines conditions, obtenir la remise du prix de location lorsqu'il y a destruction de la totalité ou de la moitié d'une récolte. Une multitude d'exceptions ont également été édictées avec le temps par l'entremise de lois particulières.⁷⁰⁰ Si la révision de la rente viagère existe en droit administratif notamment par la promulgation de la loi no.48-777 du 4 mai 1948 portant majoration des rentes viagères de l'Etat et la loi no.49-420 du 9 juin 1948 portant majoration des rentes viagères constituées au profit des anciens combattants auprès des caisses autonomes mutualistes, elle existe en droit privé comme l'indique la loi no.49-420 du 25 mars 1949 révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers« autorise la révision périodique des rentes viagères afin de conserver aux arrérages perçus par le créancier leur pouvoir d'achat originel qui sans cela aurait été grignoté par la dépréciation monétaire. Cette loi est équitable car au moment de la rente, le débiteur reçoit un capital qu'il peut faire fructifier ou un immeuble dont la valeur augmente ».⁷⁰¹

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

L'article 1675 alinéa 2 du Code civil « (fait) jouer, sous le couvert de la lésion, la théorie de l'imprévision » en prenant en compte l'augmentation de la valeur mobilière entre le jour ou la promesse a été faite et le jour de la levée d'option.

Les articles L. 145-33 et L.145-34 du Code de commerce permettent au juge de réviser le montant du loyer dans contrat de bail à usage commercial ou industriel.

Le Code civil dans son article 1244-1 et le Code de consommation dans divers articles permettent au juge de réduire les dettes lorsque le débiteur se trouve gravement endetté pour événements imprévisibles influant négativement sur leurs revenus.

Le rôle de la correction jouée par le mécanisme de l'adaptation du contrat pour imprévision explique pourquoi les théoriciens de droit considèrent l'importance de l'adoption d'une théorie qui n'existe pas en droit privé pour être prise en considération en pratique par les parties

demeure de lui délivrer sa portion de récolte. Le fermier ne peut également demander une remise lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé. »

⁷⁰⁰Pour une liste des lois permanentes édictées par le législateur français, voir Ghestin, Jamin et Billiau, Traité de droit civil : Les effets du contrat, 3e éd, Paris, LGDJ, 2001 note 45 aux para 302-304 aux pp 365-367

⁷⁰¹ Anonyme, *op.cit.* Disponible sur : <https://cours-de-droit.net/cours-de-droit-de-la-proprieete-intellectuelle-c27647036/14/>

dans la rédaction de leur contrat. Comme nous l'avons vu, plusieurs efforts doctrinaux ont été déployés pour remettre en cause le principe rigide de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil et déroger à la règle imposée par l'arrêt Canal de Craponne. Adoptant une interprétation restrictive de l'alinéa 1er de l'Article 1134 du Code civil sur la force obligatoire (confondue avec l'intangibilité inconditionnelle), le professeur Jacques Ghestin prévoit que : « la règle *pacta sunt servanda* n'est pas d'ordre public ». ⁷⁰²

Comme nous venons de le voir, « l'admission ou le refus de la révision judiciaire pour imprévision est un choix de philosophie contractuelle. Ce choix permet de connaître la position du législateur quant à la place qu'il accorde au juge ». ⁷⁰³Le droit français s'est longtemps reposé sur le principe de la force obligatoire des contrats et son corollaire le principe l'intangibilité du contrat pour empêcher l'immixtion du juge dans le contrat considéré comme « l'ennemi contractuel numéro 1 » (l'expression est du professeur Denis Mazeaud) et écarter le juge de la sphère contractuelle. La Cour de Cassation était arqueboutée sur le principe de l'immutabilité du contrat en rappelant à maintes reprises l'absence de l'impact de l'imprévision sur l'exécution du contrat. Malgré le déséquilibre économique, les parties doivent continuer à exécuter leurs obligations contractuelles et l'imprévision ne pourra pas constituer une source d'adaptation judiciaire ou arbitrale du contrat, le juge ne pourrait pas être saisi pour réviser le contrat.

SECTION III : Les projets de réforme législative

Des auteurs ont combattu pour que le droit français change sa conception ferme et rigide en matière de la théorie de l'imprévision.

Le projet Catala ne se référait pas à « l'imprévision » mais aux cas où « par l'effet de circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques [est] perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre [les parties] ». ⁷⁰⁴

⁷⁰²cf. J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin & M. Billiau, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 285

M. Latina, l'imprévision, blog des reformes du droit des obligations, 23 mars 2015, édition Dalloz ⁷⁰³ / 2015. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/l'imprévision>

⁷⁰⁴Article 1135-1 du Code civil

Il « consiste à codifier des constructions prétoriennes (exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire, opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers) ainsi que des notions et théories imaginées par la doctrine (telle la distinction des obligations de moyens et de résultat), l'objectif étant de réactiver le droit français face aux systèmes concurrents en y intégrant les avancées spectaculaires de la jurisprudence en la matière. »⁷⁰⁵

L'« avant-projet Catala »⁷⁰⁶, accorde une place importante à la volonté des parties, les parties contractantes sont les maîtres de leur relation contractuelle. Cet avant-projet prévoit que « À ceux qui ne lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négocié par les parties concernées elles-mêmes. Aussi n'est-il pas fait allusion délibérément à l'imprévision ».⁷⁰⁷

Cet avant-projet présenté au Ministre de la Justice français en septembre 2005 n'admettait que prudemment la révision judiciaire du contrat pour imprévision. En effet, en vertu de l'article 1135-1 du Code civil, dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent convenir sur des clauses de renégociation à l'occasion de changement de circonstances. Cet article prévoit que « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ». Cet article pourrait même avoir un effet pervers s'il est interprété restrictivement, celui de limiter le domaine de la clause de renégociation au contrat de longue durée.⁷⁰⁸ Nous remarquons que l'expression « par l'effet des circonstances » est générale et permet de couvrir les cas d'imprévision. Si les parties n'ont pas stipulé une telle clause dans leur contrat, le président du tribunal de grande instance peut dans ce cas prononcer une nouvelle négociation à la suite de la demande de la partie lésée (Article 1135-2). « L'application l'article 1135-2 pourrait s'avérer difficile en pratique, et pourrait donc être une source d'incertitude, notamment en ce qui concerne la condition de la perte

⁷⁰⁵Y. Picod, « Les projets français sur la réforme du droit des obligations » (2009), p.3 . Disponible sur : www.indret.com/pdf/677_fr.pdf.

⁷⁰⁶Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Doc.fr.,2006. Sur cet avant-projet,V.,entre autres,RC 2006/1

⁷⁰⁷P. Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, « Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) »- 22 Septembre 2005. Disponible sur : www.justice.gouv.fr

⁷⁰⁸ R.Uribe, The Effect of a Change of Circumstances on Binding Force of Contracts: Comparative Perspectives, Cambridge, Intersentia, 2011. à la p 63.

d'intérêt ». ⁷⁰⁹Chacune des parties peut demander la résiliation du contrat en cas d'échec de négociation sauf mauvaise foi. Chaque contractant peut résilier unilatéralement sans frais ni dommage (Article 1135-3). Cet article dispose que « exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ». Selon Alain Parent, trois principaux reproches ont été faits à l'article 1135-3 : « 1) le risque qu'une partie abuse de son droit de résilier le contrat; 2) le droit pour chacune des parties de résilier unilatéralement le contrat a été jugé comme inadéquat dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il est préférable pour les parties ou pour la société entière de préserver la relation contractuelle; 3) l'absence de pouvoir au juge de réviser le contrat, ce qui est contraire à la tendance actuelle en droit comparé ». ⁷¹⁰

Selon le Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription (15 juin 2007) :

« À l'unanimité le groupe estime donc, pour reprendre les termes des observations d'une organisation professionnelle consultée, qu'il est nécessaire qu'une réforme du droit des obligations aille jusqu'à « la consécration d'une authentique théorie de l'imprévision susceptible de jouer dans des circonstances caractérisées avec précision ».

S'en remettre à la simple application du principe de bonne foi ne serait pas suffisant car il est nécessaire que soit organisé par la loi le champ de l'imprévision de façon à mieux assurer la sécurité juridique.

Il ne saurait être question de remettre en cause le principe de l'obligation d'exécution, même si elle est plus difficile, des contrats librement conclus, mais des bouleversements majeurs doivent imposer aux parties de renégocier, le tribunal pouvant en cas d'échec rompre ou adapter le contrat.

Bien entendu le concept d'imprévision exclurait les contrats aléatoires et le juge saisi devrait d'abord tenter d'imposer aux parties une renégociation ».

Cet Avant-projet a cependant été contesté, « notamment en raison de son conservatisme (le projet visait à moderniser le droit commun actuel, et non pas à le

⁷⁰⁹É. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français » (2010) RDC 1047 à la p 2/8.

⁷¹⁰A. Parent, L'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de droit Université McGill, Montreal, 2014, p.41.

révolutionner) et pour avoir manqué de prendre en considération les développements du droit comparé ». ⁷¹¹

L'« avant-projet Terré » ⁷¹² sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques qui a été remis au ministre de la Justice en décembre 2008 opérait une révolution contractuelle en prévoyant dans son Article 92 que :

« Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celle-ci est devenue plus onéreuse.

Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat.

En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Ce texte est « À la fois plus audacieux et plus imprécis que les précédents. Plus audacieux, parce qu'il admet, à juste titre, la révision judiciaire pour imprévision. Plus imprécis, parce qu'il reste coi sur le support conceptuel du pouvoir du juge et sur son régime quand il décide de mettre fin au contrat victime des meurtrissures du temps ». ⁷¹³ L'avant-projet Terré est inspiré par les codifications européennes (Principes Lando : art.6111, principes Unidroit : art.6.2.3. V. cep. Projet Gandofli : art.1135). Par rapport aux autres projets, ce projet a reçu moins d'attention.

La proposition no. 3563 de loi du 22 juin 2011 vise à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution. Cette proposition s'inscrit dans un contexte économique dans l'objectif de limiter le montant des défaillances des entreprises en France et par conséquent lutter contre l'augmentation du

⁷¹¹R. Uribe, *The Effect of a Change of Circumstances on Binding Force of Contracts: Comparative Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2011 à la p 61.

⁷¹²Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Coll.Themes et commentaires, 2009.Sur cet avant-projet,V.D.Maeaud,Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats,D.2009,1364

⁷¹³D.Mazeaud, l'arrêt Canal "moins" ? Recueil Dalloz2010, p5

chômage. Le texte du nouvel alinéa de l'article 1134 du Code civil résultant de la proposition de loi du 22 juin 2011 est le suivant :

" Si un changement de circonstances imprévisibles, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe".

Le Ministre de la justice a présenté son propre Projet de réforme du droit des contrats (Projet de la Chancellerie) après la réforme en date de 17 juin 2008 concernant le droit de la prescription. L'« Avant-projet gouvernemental »⁷¹⁴ dans sa version de travail du 23 octobre 2013 tendant à harmoniser le droit français avec les autres droits européens, prévoyait la dépendance de la révision judiciaire pour imprévision du consentement des parties. Il permet de concilier « le respect des valeurs fondamentales, sur lesquelles reposent traditionnellement le modèle contractuel français, et un esprit d'ouverture sur d'autres idées, notions et horizons contractuels ». ⁷¹⁵ Le projet de la chancellerie édicte dans son Article 104 que « *Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son contractant, mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) a affirmé dans son rapport sur l'avant-projet gouvernemental, que « la réelle innovation serait de prévoir que les parties ont une obligation légale de renégocier lorsque survient un changement de circonstances reposant à certaines conditions ». ⁷¹⁶

⁷¹⁴Sur lequel, V., entre autres, RDC 2009/1

⁷¹⁵D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet! » (2008) D 2675 au para 5.

D. Kling, « Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires »-Réaction de la ⁷¹⁶ CCIP à la consultation de la Chancellerie de juillet 2008-Rapport présentée au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2008, p.24. Disponible sur :

<https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/wysiwyg/PDF/reforme-droit-des-contrats-kli0810.pdf>

Et le second alinéa dispose qu'« *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe.* »

Pourtant, « donner la faculté au juge de mettre fin au contrat « à la date et aux conditions qu'il fixe » sans fixer les modalités de l'intervention judiciaire pouvait contribuer à l'arbitraire du juge au détriment de la volonté des parties. Le juge peut donc prononcer la résiliation ou la résolution du contrat, ou constater sa caducité, retenir un anéantissement total ou partiel, avec ou sans indemnité ». ⁷¹⁷ La CCIP prévoit que « pour éviter que l'une des parties ne se voie imposer un contrat qu'elle n'aurait jamais conclu à l'origine et, d'autre part, pour « canaliser » le pouvoir du juge, ce dernier devrait se fonder [...] sur le standard des attentes légitimes des parties ». ⁷¹⁸

CHAPITRE III : L'intégration de l'imprévision dans le droit international

Les transactions internationales sont bouleversées par plusieurs événements. Prenant en compte le changement de circonstances affectant la stabilité des contrats internationaux, des solutions internationales ont été rendues par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises qui dispose bien évidemment d'une valeur législative, les principes d'Unidroit et la Chambre de commerce internationale et les Principes du droit européen des contrats (PEDC) qui n'ont pas de valeur législative. Nous songeons au Projet de cadre commun de référence (DCFR) et également au Projet de règlement sur le droit commun européen de la vente (Projet Règlement vente) ⁷¹⁹ déposé par la Commission européenne le 11 octobre 2011 réglant les ventes transfrontalières.

⁷¹⁷E. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français » (2010) RDC 1047 à la p 5/8.

D. Kling, « Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires »-Réaction de la ⁷¹⁸ CCIP a la consultation de la Chancellerie de juillet 2008-Rapport présentée au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2008, p.25. Disponible sur : <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/wysiwyg/PDF/reforme-droit-des-contrats-kli0810.pdf>

⁷¹⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, Bruxelles, le 11.10.2011, COM(2011) 635 final. Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:FR:PDF>

Les praticiens ont élaboré des techniques d'adaptation du contrat soucieux de garantir la stabilité des contrats internationaux. Il s'agit notamment des clauses d'imprévision dites aussi clauses de hardship qui sont des clauses d'adaptation non-automatique différente des clauses d'adaptation automatiques dites aussi clauses de force majeure. Les clauses d'imprévision « permettent de régler les conséquences de modifications fondamentales et profondes des conditions économiques qui se traduisent par un bouleversement de l'équilibre du contrat ». ⁷²⁰ Ces clauses visent donc à régler les conséquences de l'imprévision.

SECTION 1 : La convention de Vienne

La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), en date du 11 avril 1980 dite aussi Convention de Vienne vise à uniformiser les règles et harmoniser les différents droits nationaux. Le problème est que la Convention de Vienne ne règle pas la situation d'imprévision mais de la force majeure lorsqu'une partie ne peut pas exécuter ses obligations pour un empêchement impossible à surmonter, L'article 79 de la Convention de Vienne édicte que :

« EXONÉRATION »

- 1) Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.
- 2) Si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas :
 - a) où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent ; et
 - b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées.
- 3) L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement.
- 4) La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à

⁷²⁰P. Ommeslaghe, « les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », 1980, Revue de droit international et de droit comparé 7,10.

partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception.

5) Les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention.

Bien que l'Article 79 de la Convention de Vienne ne traite pas sur l'imprévision, la Cour de Cassation belge a rendu un arrêt en 2009 où elle interprète extensivement l'article 79 de cette convention permettant au débiteur de demander une renégociation du contrat en cas d'imprévision. En effet, la Cour n'a pas considéré le terme empêchement utilisée dans l'article susmentionné comme renvoyant à une impossibilité d'exécution seulement le terme renvoi aussi à une difficulté d'exécution ouvrant droit au débiteur de demander la renégociation du contrat susceptible d'être exécuté. Cette interprétation évolutive et extensive de la notion « empêchement » est adoptée par le Comité consultatif de la CVIM dans son septième avis.⁷²¹ Le septième avis consultatif de la Convention de Vienne, du 12 octobre 2007 énonce :

« 3.1 un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fut pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse (hard hip) peut être qualifié d'"empêchement" au sens de l'article 79.1.

Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme « empêchement » à un élément qui rend l'exécution absolument impossible.

Dès lors, une partie qui se trouve dans une situation de « hardship » peut l'invoquer comme cause d'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 »

Les faits de l'espèce sont les suivants. Des contrats de vente de tuyaux en acier ont été conclus entre un acquéreur néerlandais et un vendeur français. Les prix de l'acier augmentent brusquement de 70% par conséquent, le vendeur a intérêt à augmenter les prix stipulés en fonction de l'augmentation des prix de l'acier. Le juge de première instance a refusé l'exonération du vendeur de son obligation de livrer les tuyaux d'acier mais prévoit un supplément de prix. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel d'Anvers qui prévoit l'exonération du vendeur de son obligation de livraison en raison du manquement de l'acheteur à son obligation de

⁷²¹Cf. CISG Advisory Council Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, §§ 3.1 et 3.2, avis disponible sur: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

renégocier le contrat de bonne foi et confère au vendeur un supplément de prix sous le fondement de la responsabilité contractuelle. Le vendeur a été contraint de livrer à l'acquéreur par le juge de première instance.

La Cour de Cassation belge édicte dans son arrêt à caractère novateur, dit *Scafom International*, rendu en date du 19 juin 2009 que « En matière de contrats de vente internationale de marchandises, des circonstances modifiées qui 'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations » Et ajoute que « la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlent fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat ».

La Cour de Cassation belge se fonde sur les principes du commerce international consacrés par les Principes Unidroit. Il est à rappeler que l'article 7.2 de la Convention susmentionnée prévoit que les questions qui ne sont pas régies par la Convention de Vienne, seront réglées selon les principes généraux sinon, selon la loi applicable selon les règles du droit international privé.

La Cour a ainsi jugé :

« L'article 7.1 dispose que pour l'interprétation de cette convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

L'article 7.2 dispose que les questions concernant les matières régies par la convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elles seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Afin de compléter les lacunes de manière uniforme il y a lieu de puiser dans les principes généraux régissant le droit du commerce international. En vertu de ces principes, tels que consacrés notamment par « Unidroit Principles of International Commercial Contracts », la partie contractante qui fait appel aux circonstances modifiées perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel comme visé au numéro 1, a le droit de réclamer la renégociation du contrat. »

La Cour de Cassation belge s'est alors référée à l'article 6.2 des principes de l'UNIDROIT sur la demande du débiteur de l'obligation qui présente un hardship c'est-à-dire

l'obligation onéreuse, de demander à l'autre partie la renégociation du contrat pourtant, la haute juridiction belge ne s'est pas prononcée dans cet arrêt sur l'adaptation du contrat par le juge pour imprévision, à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable.

L'arrêt ne s'est prononcé que sur l'obligation de renégociation entre les parties au contrat en cas d'imprévision et pas sur la révision judiciaire du contrat pour imprévision. Il ne faut pas exagérer la portée de cet arrêt.

La haute juridiction belge a accepté implicitement que le manquement de l'acheteur à son obligation de renégocier ouvre droit au vendeur de se prévaloir de l'exception d'inexécution et d'obtenir des dommages et intérêts sous le fondement de la responsabilité contractuelle pour des livraisons d'acier à l'acquéreur, dont il était contraint d'exécuter par le jugement du tribunal de premier degré.

La haute juridiction belge est alors allée plus loin lorsqu'elle prévoit que l'imprévision a pour conséquence l'inexécution des obligations ce qui porte atteinte aux parties alors que les principes Unidroit prévoient que la renégociation « ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations ».

L'arrêt Scafom International de la Cour de Cassation belge nous rappelle la portée de l'arrêt Behr⁷²² de la Cour de Cassation française, rendu en date du 30 juin 2004. Selon cet arrêt, la société n'a pas pu prouver que la baisse de plus de 50% du prix de revente de ses produits était imprévisible pour elle « alors que, professionnelle rompue à la pratique des marchés internationaux, il lui appartenait de prévoir des mécanismes contractuels de garantie ou de révision » et « il appartenait à la société « d'assumer le risque d'inexécution sans pouvoir se prévaloir des dispositions de l'article 79CVIM ». Nous pouvons penser par une interprétation a contrario de l'arrêt Behr, que la preuve de l'imprévision peut ouvrir droit à la société de se prévaloir des dispositions de l'article 79CVIM. C'est parce que la condition d'imprévision est absente que l'article 79 CVIM ne trouve pas application. Certains y voient un arrêt de principe rendant un principe d'application générale en matière d'imprévision et d'autres le perçoivent comme un cas d'espèce surtout que le droit interne français comme le droit belge rejetait la théorie de l'imprévision.

⁷²²Cass. civ. fr., 30 juin 2004, arrêt Behr, Bull. civ., 2004, I, 159, no 192 ; Dalloz, 2005, somm., 2289, obs. C. WITZ ; JCP, 2005, I, 110, p. 208, obs. I. RUEDA ; rendu sur appel de Colmar, 12 juin 2001, Dalloz, 2003, somm., 2367, obs. W.-T. SCHNEIDER.

Concernant la considération des fluctuations des prix comme cas d'imprévision, plusieurs auteurs⁷²³ ont critiqué le fait de considérer les fluctuations des prix comme des circonstances imprévisibles. Les professionnels auraient dû connaître que le prix des matières premières par exemple est soumis à des variations importantes et qu'il fallait prévoir une clause d'adaptation du prix dans le contrat à défaut de laquelle, l'imprévision ne trouve pas application car les vendeurs et acquéreurs seront censés assumer les risques. Mais nous voyons que cette question doit être appréciée au cas par cas. Si la baisse de plus de 50% du prix de revente de produits de la société dans l'arrêt Behr n'a pas été traitée comme situation d'imprévision et si l'augmentation à 70 % du prix de l'acier dans les faits de l'espèce de l'arrêt Scafom n'a pas été considérée comme brutale ni imprévisible par certains auteurs, il se peut que dans d'autres cas, les fluctuations des prix dépassent de beaucoup les prévisions des parties même professionnels parfois, le prix évolue de manière fulgurante et incontrôlable, il convient alors de se référer aux normes du marché et à bien constater le cours de l'évolution des prix pendant une décennie au moins avant l'évolution du prix pour déterminer si l'évolution est manifeste ou pas.

SECTION 2 : les principes de l'UNIDROIT

Il est prévu dans les principes de l'Institut international pour l'unification du droit privé, (dits Principes d'UNIDROIT) relatifs aux contrats du commerce international que ces principes :

« énoncent les règles générales propres à régir les contrats du commerce international. Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat.

Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « Principes généraux du droit », la « lex mercatoria » ou autre formule similaire. Ils peuvent être utilisées afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit uniforme. Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux ».

⁷²³R.Uribe, « The Duty to Renegotiate an International Sales Contract in Case of Hardship – International Case Note », ERPL, 2011, p. 130; J.MALFLIET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », Rev. Dr. Comm., 2010/9, p. 887, no 2.1.1

Ces principes inspirés par les pratiques et les usages du commerce international, constituent une base de référence en droit du commerce international.

Les principes Unidroit édictent le principe du Pacta Sunt Servanda en leur article 1.3 :

Article 1.3 « Force obligatoire du contrat : « Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes ».

Cependant le juge peut en vertu de ces principes agir pour adapter le contrat en cas de hardship à la lumière de l'article 6, section 2 des Principes Unidroit.

Ces principes adoptés en 1994 puis modifiés en 2004 abordent la notion de hardship qui est équivalente à d'autres notions utilisées dans différents systèmes juridiques comme "eccessiva onerosità sopravvenuta" en droit Italien, "Wegfall der Geschäftsgrundlage" en droit Allemand, "imprévision" en droit français, "frustration of purpose" en droit américain et « erreur sur les circonstances futures » en droit Suisse, dans les articles suivants :

Tout d'abord, l'article 6.2.1 (Respect du Contrat) qui édicte que : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship ». À la lumière de cet article, la force obligatoire du contrat peut être altérée en cas de circonstances exceptionnelles en cas de « hardship » mais, cet article respecte la force obligatoire du contrat dans la mesure où même si l'exécution du contrat devient onéreuse par le fait du changement des circonstances et que la partie subie de grosses pertes, le contractant est tenu d'exécuter ses obligations. Mais, le Hardship n'est retenu que si la prestation n'a pas encore été exécutée. La demande de la partie lésée par ces circonstances de se prévaloir de l'imprévision ne sera pas accueillie si elle a effectivement exécuté ses obligations. En cas d'exécution partielle, le hardship ne sera retenu que pour les obligations qui n'ont pas encore été exécutées.

L'Article 6.2.2 consacre la définition de hardship et ses quatre conditions. En vertu de cet Article : « Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »

Le hardship défini par l'Article 6.2.2 des Principes Unidroit est une situation dans laquelle des événements bouleversent l'équilibre contractuel. L'Article précise que ce changement doit être « fondamental ». Le changement fondamental est apprécié au cas par cas selon les circonstances. « Si toutefois les obligations peuvent faire l'objet d'un calcul précis en termes monétaires, une altération équivalant à 50% ou d'avantage du coût ou de la valeur de l'obligation équivaldra probablement à une altération « fondamentale ». ⁷²⁴

Ce changement fondamental se manifeste comme l'explique l'article soit par l'augmentation du coût de l'exécution des obligations soit par la diminution de la valeur de la contre-prestation. Une augmentation du coût de l'exécution des obligations se manifeste par une augmentation d'une obligation non-pécuniaire. Dans le second cas d'hardship, la contre-prestation peut être pécuniaire ou non-pécuniaire.

L'Article susmentionné ajoute d'autres conditions pour caractériser un hardship, premièrement les événements ont survenus ou ont été connus après la conclusion du contrat. A contrario, la partie lésée ne peut pas se prévaloir de l'application de la théorie de l'imprévision si elle connaît pendant la conclusion du contrat le potentiel déclenchement de l'événement. Deuxièmement, la partie lésée ne pouvait raisonnablement prendre ces événements en considération ces événements lors de la conclusion du contrat. Afin de déterminer si la partie lésée aurait pu prendre ses événements en considération, il convient d'opérer une analyse in

⁷²⁴Ph.Tu ,Unidroit Principes des Contrats Commerciaux Internationaux , Disponible sur : http://cdvf.free.fr/phantu/study/master/data/unidroit_fr.pdf, p.82

abstracto pour déterminer si cet événement est prévisible et il convient aussi de constater si le changement est progressif. Il est progressif lorsque le débiteur s'attendait avant la conclusion du contrat à la maison une crise politique entre le pays exportateur et le pays importateur mais, une véritable guerre se déclenche après la conclusion du contrat. Troisièmement, un cas de hardship ne peut pas être caractérisé si la partie lésée maintient un contrôle sur ces événements ou aurait pu les éviter. Quatrièmement, il faut que le risque de ces événements ne soit pas assumé par la partie lésée. On pense aux opérations spéculatives dans lesquelles la partie lésée est censée assumer.

Concernant le champ d'application de l'imprévision, l'article susmentionné ne spécifie pas un type de contrat pour lequel s'applique l'imprévision quand bien même le Hardship affecte les contrats à exécution échelonnée qui s'opposent aux contrats à exécution instantanée. Ce texte est général et il convient aux parties dans les contrats du commerce international d'insérer dans leur contrat les spécifications particulières concernant l'imprévision pour chaque opération.

Le troisième Article Traitant sur le hardship est l'Article 6.2.3 sur les effets du hardship. En vertu de cet Article : « 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:

a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou

b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »

Le paragraphe 1 de cet Article prévoit premièrement la possibilité pour la partie lésée de demander à l'autre partie de négocier le contrat. Il faut que les parties au contrat négocient de bonne foi pour arriver à un résultat gagnant-gagnant et se coopérer avec l'autre partie. Si les

parties ont inséré dans leur contrat une clause d'adaptation automatique du contrat, la demande de renégociation du contrat pour imprévision ne sera pas acceptée. « Toutefois, une renégociation pour cause de hardship ne serait interdite si la clause d'adaptation figurant au contrat n'envisageait pas les événements ayant entraîné le hardship ». ⁷²⁵ Cette demande de renégociation doit respecter deux conditions. La partie lésée doit agir immédiatement sans retard pour demander la renégociation. Le délai pour demander la renégociation n'a pas été déterminé par l'article car il dépend des circonstances dont le changement est progressif. ⁷²⁶ Elle doit aussi motiver sa demande de renégociation pour permettre à l'autre partie de préparer ses contre arguments et se défendre.

Le paragraphe 2 du présent article prévoit que la demande de renégociation ne donne pas le droit à la partie lésée de suspendre le contrat. Celle-ci doit continuer à exécuter ses obligations malgré le caractère onéreux de l'exécution des obligations, il s'agit d'une manière de lutter contre la mauvaise foi du débiteur qui souhaite suspendre le contrat. Néanmoins, la suspension de l'exécution du contrat est possible mais dans des circonstances extraordinaires par exemple : « A conclut un contrat avec B pour la construction d'une usine. Celle-ci doit être construite dans le pays X qui adopte de nouvelles règles de sécurité après la conclusion du contrat. Les nouvelles règles exigent un équipement supplémentaire et altèrent ainsi de façon fondamentale l'équilibre des prestations du contrat en rendant la prestation d'A beaucoup plus onéreuse. A peut demander l'ouverture de négociations et suspendre l'exécution de ses obligations en raison du temps dont il a besoin pour mettre en œuvre les nouvelles règles de sécurité, mais il peut également suspendre la livraison de l'équipement supplémentaire aussi longtemps que l'adaptation correspondante du prix n'a pas été décidée ». ⁷²⁷

Comme l'indique le paragraphe 3, à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une des parties peut saisir le juge. Ce délai dépend des circonstances. Mais

⁷²⁵ Ph. Tu, *op.cit.* Disponible sur : http://cdvf.free.fr/phantu/study/master/data/unidroit_fr.pdf, p.84

⁷²⁶ Unidroit. Disponible sur: <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-dunidroit-2010-fr/430-chapitre-6-execution-section-2-hardship/1198-article-6-2-3-effets>

⁷²⁷ Ibid

comment les parties peuvent connaître s'ils ont dépassé ou pas ce délai ? Cette question relève d'une ambiguïté. Le retard est apprécié au cas par cas par les juges.

En vertu du paragraphe 4, lorsque le juge constate l'existence de hardship, il a deux options : soit il met fin au contrat « à date et aux conditions qu'il fixe ». Les règles régissant la résolution en cas d'imprévision diffèrent de celles gouvernant généralement la résolution (voir les articles 7.3.1 et suiv.) Le juge peut aussi adapter le contrat pour équilibrer le contrat. Mais, « l'adaptation ne reflétera pas nécessairement la totalité de la perte entraînée par le changement de circonstances, car le tribunal devra par exemple prendre en considération dans quelle mesure une partie a pris un risque et dans quelle mesure la partie bénéficiaire de la prestation peut encore en bénéficier ». ⁷²⁸ Le juge procède à la répartition de perte entre le créancier et le débiteur. Il est important de nuancer que ce paragraphe 4 prévoit que le juge ne décide l'ajustement du contrat ou sa résolution que « s'il l'estime raisonnable ». A contrario, s'il ne l'estime pas raisonnable, soit il oblige les parties « de reprendre la renégociation pour parvenir à une solution positive ou qu'il confirme les clauses du contrat dans leur version existante ». ⁷²⁹

SECTION 3 : la Chambre de commerce internationale (CCI)

Les documents de la CCI permettent d'aider les parties dans la rédaction de la clause d'imprévision.

La chambre de la CCI prévoit 4 solutions ⁷³⁰ à défaut d'accord entre les parties sur la révision dans un délai de 90 jours :

- 1) Le contrat s'exécute selon les stipulations initiales sans aucune modification.
- 2) Un ou plusieurs tiers nommés par le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la CCI est saisi pour déterminer si les conditions de révision sont réunies

⁷²⁸ibid

⁷²⁹ibid

⁷³⁰P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux, volume 34, No.2, 1994, les Cahiers de droit, faculté de droit de L'université Laval, p.306.

et demander de proposer un mode de révision du contrat. Son avis n'est pas obligatoire mais facultatif et les parties peuvent appliquer les stipulations initiales du contrat sans considérer le mode de révision proposé par ce ou ces tiers.

- 3) Toute partie peut saisir la juridiction arbitrale citée dans le contrat ou les juridictions pour réviser le contrat.
- 4) Un tiers nommé par le Comité permanent pour la régulation des relations contractuelles de la CCI révisé le contrat et sa décision est opposable aux parties au contrat.

SECTION 4 : les Principes PDEC

Les Principes du droit européen des contrats, dites (PDEC) ont été adoptés en 1997 par la Commission Lando. L'article 6.111 de ces Principes intitulé « Changement de circonstances » prévoit que : « (1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances

(a) qui est survenu après la conclusion du contrat,

(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,

(c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,

(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. »

L'article 7 : 101 du projet de révision des PDEC modifie l'article 6 :111 des PDEC comme suit :

« (1) Si le contrat devient profondément déséquilibré, au cours de son exécution, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible, les parties doivent le renégocier afin de réviser ou de le résilier.

(2) Si, en dépit de la bonne foi des contractants, les négociations n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ceux-ci peuvent le résilier d'un commun accord ; à défaut, le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir ».

SECTION 5 : Le Code européen des contrats

Le Code européen des contrats édicte dans son article 97 que l'obligation n'est pas considérée comme inexécutée si des événements imprévisibles ont rendu l'exécution des obligations par le débiteur onéreuse. En cas de survenance de tels événements, le débiteur a le droit de solliciter une renégociation du contrat. Le débiteur doit communiquer au créancier son intention de renégocier les termes du contrat et à défaut d'accord, le débiteur est privé de son droit s'il ne recourt pas au juge dans les trente jours qui suivent cette communication.

Et l'article 157 alinéa 5 dudit code prévoit que : « Le juge, après avoir évalué les circonstances et compte tenu des intérêts et des requêtes des parties, peut, en faisant éventuellement recours à une expertise, modifier ou résilier le contrat dans son ensemble ou dans sa partie inexécutée, et, s'il y a lieu et que cela soit requis, ordonner les restitutions et condamner à la réparation du dommage ».

SECTION 6 : la variété des instruments eu égard au traitement de l'imprévision

Le rôle du juge dans l'adaptation du contrat pour imprévision est différent selon chaque instrument. Il s'agit tantôt de « distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances » (PEDC), tantôt de « rétablir l'équilibre des prestations » (Unidroit) comme nous venons d'étudier. Il s'agit aussi pour le juge de mettre le contrat « en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances » (Projet Règlement Vente), tantôt de rendre « raisonnable et équitable dans les circonstances nouvelles » l'obligation devenue onéreuse (DCFR).

Concernant l'obligation de renégociation, elle est différente selon chaque instrument parfois on impose une renégociation entre les parties, parfois on ne l'impose pas. La CVIM ne prévoit pas une obligation de renégociation dans son article 79 de plus, le projet DCFR n'impose pas une obligation de renégociation, en effet, ce n'est qu'une condition de recevabilité de la demande d'adaptation du contrat par la partie lésée. Pourtant, d'autres instruments comme les PEDC et le Projet Règlement Vente prévoient une obligation de renégociation à défaut de laquelle, une sanction sera imposée. L'article 6.2.3 des Principes Unidroit prévoit que la partie lésée « peut

demander l'ouverture de négociations » et la Cour de Cassation Scafom International a prévu à la lumière de cet article, l'obligation des parties de négocier le contrat en cas d'imprévision.

SECTION 7 : les clauses d'adaptation non automatique

Afin d'assurer le rééquilibrage du contrat sans recourir au juge, les parties peuvent recourir à insérer dans leur contrat des modes d'équilibrages du contrat. Les parties peuvent insérer une clause d'adaptation dite automatique ainsi, le contrat s'adapte automatiquement aux circonstances sans aucun nouvel accord nécessaire contrairement à la clause d'adaptation non automatique qui requiert l'intervention des deux parties. La clause d'adaptation peut être semi-automatique lorsqu'elle implique la volonté d'une des parties contractantes. Les clauses d'imprévision sont des clauses d'adaptation non-automatique.

Afin de se prémunir contre la crise du système économique et monétaire dans les années 1970, les clauses d'imprévision ont été adoptées et ces clauses permettent de réviser la prestation déséquilibrée et adapter le contrat. « Le fait même que l'on stipule une clause de hardship implique évidemment que les parties sont conscientes de la possibilité d'un bouleversement futur des circonstances ; mais elles ne sont pas en mesure d'en prévoir ni la nature, ni la portée, ni le moment ». ⁷³¹

Les circonstances concernant plus souvent des risques économiques, commerciaux ou monétaires. ⁷³² Les parties utilisent généralement ces formulations « en cas de crise économique », « par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial ». ⁷³³

Les parties utilisent souvent ces termes pour qualifier le préjudice : « préjudice matériel exagéré », « substantiel economic hardship ». ⁷³⁴

⁷³¹M. Fonatine, « Les clauses de Hardship Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », Dr.Prat.Comm.int, 1976.

⁷³²M. Fontaine, Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses, Paris, Forum européen de la communication, 1989, p.259

⁷³³ M. Fontaine, précitée, p.259

⁷³⁴M. Fontaine, précitée, p.268

L'obligation de renégociation permet aux parties de discuter le contrat de bonne foi pour rééquilibrer le contrat. Le processus de négociation doit être encadré dans un délai déterminé par les parties et il faut porter grand soin à la rédaction des critères de renégociation.

A défaut d'accord des parties dans un délai raisonnable, ils peuvent décider de mettre fin au contrat, de suspendre l'exécution du contrat ou se référer à un tiers comme suivant :

« À défaut d'accord des parties dans un délai de ___jours à compter de la demande d'adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant un préavis de ___jours à notifier par lettre recommandée. Pendant ce préavis, les fournitures se poursuivront sans modification des conditions contractuelles ». ⁷³⁵

Les parties peuvent également décider de suspendre l'exécution du contrat. « If [...] the parties fail to agree within a reasonable time not to exceed ___days, this agreement shall be suspended for a maximum of ___ months on the written request of either party. Should the cause of such unfairness or undue hardship remain unchanged after this period of suspension, then either party shall be entitled to cancel this agreement forthwith on written notice without liability for damages». ⁷³⁶

Les parties peuvent recourir à l'intervention d'un tiers à défaut d'accord entre eux. En effet, l'article 6.2.2. 4) des principes UNIDROIT édicte que «Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable, soit a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, soit, b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. » De même, les PDEC prévoient à l'article 6 :111 3) a) et b) cette intervention. Certains préféreront adopter une procédure spéciale: « three referee who shall be persons fitted by the possession of expert knowledge for such decision. Each of the parties hereto shall be entitled to appoint one referee and the third one shall be nominated by mutual agreement between the parties or failing such agreement by the President for the time being of the International Chamber of commerce». ⁷³⁷

Si le tiers saisi est un médiateur son avis n'est pas obligatoire car ce n'est qu'une proposition alors que si le tiers saisi est un arbitre, sa décision engage les contractants qui doivent l'appliquer. Selon le professeur Prujiner, il faut se demander si « le fait de ne pas s'entendre lors

⁷³⁵Clause M.Fontaine, précitée,p.272

⁷³⁶Id.,p.273

⁷³⁷Clause M. Fontaine, précitée, p. 274.

de négociations sur la modification d'un contrat constitue un litige » ou s'il s'agit plutôt « d'un simple désaccord qui ne saurait permettre le recours à l'arbitrage ». ⁷³⁸ Selon Monsieur Jarrosson, « il y a litige, contestation [...] dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer, et qui diffère du sien ». ⁷³⁹

« À partir du moment où l'obligation contractuelle à faire respecter est bien une obligation de modification du contrat (obligation de résultat) et non une simple obligation de négociation (obligation de moyens), l'arbitre doit pouvoir aboutir au résultat recherché et ne saurait se limiter à demander aux parties de négocier de bonne foi et mettre fin au contrat en cas d'échec ». ⁷⁴⁰

Les rédacteurs de la clause de hardship doivent faire preuve de vigilance et de méticulosité dans sa rédaction. Voici quelques conseils pour mieux rédiger la clause de hardship :

-Utiliser des termes généraux

-Déterminer les conditions d'application du hardship notamment le caractère imprévisible des circonstances.

-Nuancer dans la clause que la partie lésée doit continuer à exécuter ses obligations malgré sa demande.

-Prévoir les effets de ces circonstances selon qu'il s'agit d'une adaptation ou d'une résiliation mutuelle du contrat.

-Prévoir le délai pendant lequel la demande d'adaptation sera communiquée à la partie non lésée par les circonstances imprévisibles et mentionner l'obligation de motiver cette demande de réadaptation ou résiliation même du contrat.

⁷³⁸L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », (1992) 37 R.D. McGill, p. 432

⁷³⁹C. Jarrosson, La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 254-255.

⁷⁴⁰A. Prujiner « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », (1992) 37 R.D. McGill, 437-438

SECTION 8 : la position de la jurisprudence arbitrale

Les arbitres du commerce international sont saisis de questions relatives à la difficulté d'exécution des obligations devenue onéreuse par la suite de la survenance de circonstances imprévisibles.

Les parties confèrent aux arbitres les pouvoirs d'arbitres amiables compositeurs et le droit applicable impacte les décisions rendues par les arbitres. Dans une affaire CCI 2216, dont la sentence a été rendue en 1974, la clause contenue dans un contrat de fourniture de pétrole conférait une compétence au droit du pays producteur et aussi aux arbitres pour statuer en amiable compositeur. Les auteurs analysant la sentence rapportent à ce sujet la motivation du tribunal :

« Attendu qu'aux termes de l'article 19 du contrat du ... il est stipulé d'une part, que le droit en vigueur en (pays producteur) est applicable pour le règlement de tout différend et, d'autre part, que les arbitres auront pouvoir d'arbitres amiables compositeurs ;

Attendu que le droit (du pays producteur), n'exclut pas l'arbitrage amiable ;

Que dès lors le recours à l'arbitrage amiable dans la mesure où les arbitres ne passent pas outre aux règles impératives du droit (du pays producteur) laisse la faculté d'écarter les règles dites supplétives et de statuer en équité ».

Dans une autre affaire CCI 4761 dont la sentence a été rendue en 1987, les parties avaient prévu que le droit applicable serait le droit libyen. Le tribunal a rendu sa décision en respect du droit libyen. « Le Tribunal Arbitral rappellera également la disposition du droit libyen qui oblige le créancier à prendre toutes les mesures en son pouvoir pour réduire l'ampleur de son préjudice ».

Concernant les solutions rendues par les arbitres et par rapport au droit applicable, certaines solutions relèvent d'une rigidité dans l'application du principe de la révision pour imprévision s'attachant au fameux principe du

Pacta Sunt Servanda ». Dans l'affaire CCI 2708 dont la sentence a été rendue en 1977 à une époque où le droit français n'admettait pas la théorie de l'imprévision en droit privé, les arbitres rejettent la révision du contrat pour imprévision car les parties n'ont pas prévu dans leur contrat la révision du contrat pour imprévision ce qui manifeste leur volonté délibérée de ne pas réviser le contrat.

« Le Tribunal Arbitral a examiné tout d'abord l'argument selon lequel les contrats de vente contenaient implicitement une référence au principe « Rebus sic stantibus » ».

« Il est apparu que ce principe est inconnu de la théorie française des contrats qui, au contraire, souligne fortement la force obligatoire des accords contractuels.

« Dans le domaine commercial tout particulièrement, les circonstances fluctuantes constituent une incitation des plus grandes à la conclusion des contrats, chaque partie escomptant un bénéfice des changements de cours, tout en acceptant implicitement le risque qu'un tel changement lui soit favorable.

« Afin de limiter ce risque, les parties sont libres d'inclure dans leurs accords des clauses telles que les clauses d'échelle mobile ou les clauses prévoyant la résiliation automatique du contrat au cas où il deviendrait par trop ruineux pour l'un des cocontractants.

« Aucune clause de ce type n'a été insérée dans les contrats de vente conclus par les parties dans la présente affaire. Il en découle que les conditions de ces contrats doivent être considérées comme obligatoires, quelles que soient les circonstances économiques et leur évolution. »

Cette approche consiste à penser que les arbitres s'attachent au principe la force obligatoire du contrat et considèrent les parties comme les maîtres de leur propre contrat. Il faut noter l'importance des clauses de renégociation dont la forme par excellence est les clauses de hardship, ces clauses constituent un vecteur de sécurité juridique dans les contrats internationaux. Cette affaire va dans le même sens de l'affaire CCI 2216-1974.

Cependant des sentences font preuve de la reconnaissance du principe de la révision du contrat pour imprévision se fondant sur la bonne foi contractuelle. Dans l'affaire CCI 4761-1961, le tribunal arbitral affirme que la *lex mercatoria* « donne effet à la théorie de l'imprévision, qui procède du principe que la règle *Pacta sunt servanda* trouve sa limite dans le principe

supérieur de la bonne foi ». Et ajoute qu' « il est manifestement contraire à la bonne foi et, partant, abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversée ».

Dans une autre affaire (CCI 2508-1976) les arbitres ont jugé l'obligation des parties de renégocier leur contrat de bonne foi lorsque l'équilibre du contrat se bouleverse et que les parties n'ont pas stipulé dans leur contrat une clause de révision, d'où la créativité des tribunaux arbitraux.

« La demande de Y... devait d'ailleurs, conformément à la bonne foi, se limiter non seulement à ce qui était raisonnable, mais encore, à ce qui était strictement nécessaire pour que l'exécution du contrat ne devienne pas manifestement inéquitable ». Ainsi, le principe de Pacta Sunt Servanda trouve sa limite dans le respect du principe de la bonne foi. Cette approche consiste à intervenir pour sauver le contrat en invitant les parties à négocier le contrat.

Titre II : La Consécration de la théorie de l'imprévision en droit français par l'ordonnance du 10 février 2016

« Présupposés libres et égaux par les tenants de l'autonomie de la volonté, les contractants sont seuls capables d'apprécier leur intérêt de façonner l'équilibre de leur relation ». ⁷⁴¹ En effet, « Le contrat ayant été voulu par ses auteurs, il est difficilement concevable qu'il puisse être préjudiciable pour l'un des contractants ». Dès lors que l'on prend conscience de l'existence des rapports inégalitaires et de l'inaptitude des parties à défendre leurs intérêts, le principe doit évidemment être inversé : le contrat est soumis à un risque de déséquilibre⁷⁴². La rigueur du principe de la force obligatoire du contrat était atténuée en droit administratif sous le couvert de deux théories : la théorie de l'imprévision et la théorie des sujétions imprévues. La jurisprudence administrative, « s'est montrée, pendant tout le XIX^e siècle et encore de nos jours, résolument hostile à la

⁷⁴¹G. Piette, La correction du contrat, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 15, p. 31.

⁷⁴²B.Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 386

notion d'imprévision et particulièrement respectueuse de la règle de force obligatoire du contrat ». ⁷⁴³ Pour Hauriou « *c'est à l'intérieur de la situation contractuelle que l'institution exerce sa domination et que s'opère, sous son influence la répartition distributive des conséquences du risque imprévisible* ». ⁷⁴⁴ Pourtant, la conception du contrat-institution n'est pas spécifique aux contrats administratifs « *Ce qui justifie la théorie de l'imprévision dans les relations du droit administratif doit la justifier aussi dans celles du droit privé. Cela seul et rien d'autre, car il y a unité des principes du droit* » ⁷⁴⁵. En droit français, les icônes du droit civil des obligations, l'ancien article 1134 et l'arrêt Canal de Craponne, constituaient un obstacle à la révision judiciaire pour imprévision en cas de changement des circonstances auquel les parties étaient imprévoyantes lors de la conclusion du contrat. « *Ministre de la volonté des parties* », le Juge doit être le serviteur respectueux du contrat. Puis, finalement la théorie de l'imprévision en faveur de laquelle combattait plusieurs auteurs a été reconnue par le droit civil français. « La perception renouvelée du temps et la prise en compte des contrats durables devraient permettre de revenir sur le refus de la Cour de cassation de prendre en compte l'imprévision contractuelle ». ⁷⁴⁶ Surtout que « le juge a toujours fait preuve de modération dans l'exercice de son pouvoir de correction que ce soit en matière de clause abusive, de fixation abusive du prix, de réduction de clause pénale, le juge a su montrer son sens de la mesure ». ⁷⁴⁷ De plus, le juge peut modifier les clauses de non-concurrence et aussi réécrire ces clauses dans le contrat du travail et de même, le juge dispose de la faculté de résilier le contrat pour disparition de la cause objective de l'obligation en cas de circonstances imprévues comme dans l'arrêt du 3 novembre 1992 de la chambre commerciale. Avec le temps, le principe de la force obligatoire du contrat s'est assoupli ce qui laisse dire à Madame Fauvarque-Cosson qu'il s'agit là d'un « particularisme de façade ». ⁷⁴⁸

⁷⁴³B. Lacantinerie, *precis, suppl, III, page 620, 1926.*

⁷⁴⁴Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986 (1926), pp. 136.

⁷⁴⁵ Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1986 (1926), pp. 138.

⁷⁴⁶Civ., 6 mars 1876, DP 1876, 1, p. 195, note A. Giboulot, S. 1876, 1, p. 161, Grands arrêts, T. 2, n° 165

⁷⁴⁷D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n° 1, p. 295.

⁷⁴⁸B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances » (2004) RDC 67 au para 1 [Fauvarque-Cosson, « Changement »]

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, applicable aux contrats conclus depuis 1^{er} octobre 2016, a adopté un texte sur la théorie de l'imprévision conférant au juge une place prépondérante en matière de révision du contrat bouleversé par le déséquilibre économique résultant de circonstances imprévisibles par les parties au moment de sa conclusion.

La nouvelle ordonnance met fin aux hésitations jurisprudentielles et infirme la jurisprudence Canal de Craponne. Cent quarante ans après l'Arrêt Canal de Craponne, le droit français des contrats admet la théorie de l'imprévision. Par le biais de l'article 1195 du Code civil, les parties peuvent invoquer la l'adaptation judiciaire du contrat pour imprévision.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a dû être ratifiée, conformément à la Constitution.

Un projet de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 prévoyait une modification de la seconde phrase du second alinéa de l'article 1195 du Code civil :

Les sénateurs ont voulu insérer les mots : « au contrat » après « mettre fin » et ont voulu supprimer la possibilité pour le juge de réviser le contrat en effet, selon M. Pillet, rapporteur au Sénat « suivant l'analyse de son rapporteur, présentant l'article 1195 du Code civil comme presque superfétatoire, en raison de son caractère supplétif, voir dissuasif, dans la mesure où il devrait inciter les parties à négocier en amont toute saisine du juge. S'il s'agit d'éviter de recourir à la révision judiciaire du contrat, pourquoi alors l'inscrire dans la loi ? ». Pourtant, les députés de l'Assemblée nationale ont préféré restaurer la révision judiciaire pour imprévision et c'est ce qui a été finalement retenu.

L'alinéa 2 de l'Article 1195 aurait ainsi suite à la loi de ratification rédigé comme suivant :

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

La menace de révision judiciaire du contrat dont l'équilibre est bouleversé, est un levier qui incite les parties à réviser amicalement les dispositions contractuelles en ajustant l'équilibre du contrat. Néanmoins, cette faculté a été supprimée. L'une des parties peut saisir le juge pour seulement mettre fin au contrat sans pouvoir lui demander sa révision. L'article 8 restreint le champ d'application de la théorie de l'imprévision en limitant l'intervention du juge à la résiliation du contrat et en soustrayant le pouvoir de révision judiciaire du contrat considéré par le gouvernement comme contraire au principe de sécurité juridique et augmente la possibilité du débiteur de mauvaise foi de se prévaloir de la révision pour imprévision.

Il est à rappeler la critique du professeur Savaux sur l'article 92 de l'Avant-projet Terré, source d'inspiration de l'Article 1195 du Code civil en vertu de laquelle : « Une telle orientation est peut-être admissible lorsqu'il s'agit de lutter contre des manœuvres qui contredisent l'objectif défini en commun, au détriment de l'une des parties. Mais il n'y a rien de tel en cas de bouleversement imprévisible de l'équilibre des prestations. Le créancier réclame simplement l'exécution des obligations qui ont été convenues. Si la situation devient intolérable au débiteur, la modification du contrat ou sa rupture doivent rester de la responsabilité des parties. En l'absence de clause de renégociation, les obliger à se rapprocher en vue d'adapter le contrat ou de le résilier est la contrainte maximale qu'on peut leur imposer. L'échec des négociations ne devrait pas conférer au juge le pouvoir d'adapter le contrat. Pour éviter la poursuite d'une relation ruineuse, on peut à la rigueur lui accorder le droit de résilier le contrat. Encore faut-il que les effets de la résiliation soient fixés de manière à préserver les intérêts du créancier qui ne doit pas subir prioritairement les effets du changement de circonstances ».⁷⁴⁹

La révision est vue comme une cause d'inflation, on peut craindre que « *la révision [n'] appelle la révision* »⁷⁵⁰. En effet, Monsieur Rémy Cabrillac explique que le contractant qui voit sa dette augmentée à la suite de la révision risque de demander une révision à son profit dans d'autres contrats dans lesquels il est créancier.⁷⁵¹ L'ordre public monétaire s'oppose à la révision du contrat.⁷⁵² Par une correction ponctuelle d'un déséquilibre contractuel, on n'ouvre la porte à un déséquilibre macroéconomique.⁷⁵³

⁷⁴⁹E. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français » (2010) RDC 1047 à la p 5/8.

⁷⁵⁰J. Flour & J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, Paris, Colin U, 8e éd., 1998, n° 418.

⁷⁵¹R. Cabrillac, la réforme du droit français des contrats, 26 fév. 2018, Comitas Gentium, Disponible sur : http://comitasgentium.com/fr/la-reforme-du-droit-francais-des-contrats/?fbclid=IwAR0aZNBmbUfsLD4yiXtvr3WAB1wPq2fPkIGh5uUihzNzbZOZCeLaL9pQNFw#_ftn3

⁷⁵²Cf. Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁵³H. Bouthinon- Dumas, *op. cit.*, p. 342. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de->

Autre argument justifiant la limitation de l'intervention du juge en matière d'imprévision est le défaut d'expérience du juge des aspects financiers et économiques des circonstances et leurs conséquences sur le bouleversement de l'équilibre contractuel et la mutation des obligations. En effet, « Le juge ne dispose ni des pouvoirs ni de la compétence nécessaire pour opérer de tels choix (adapter le contrat par exemple aux circonstances économiques), et les procédés d'économie dirigée semblent beaucoup plus aptes à réaliser une justice contractuelle de masse que la voie judiciaire ». ⁷⁵⁴ Afin d'adapter le contrat ayant subi un bouleversement, sa maîtrise en droit et du droit ne suffiront plus au juge et « pour trancher en parfaite connaissance de cause, notamment au visa de l'article 1195 nouveau, il lui faut désormais un doctorat en économie, un master de fiscalité, un diplôme d'expert-comptable, sans oublier la théologie et la noétique, pour lire dans les consciences et analyser les causes efficientes et utiles ». ⁷⁵⁵

Le rapporteur de la commission des Lois du Sénat a présenté les arguments allant dans le sens de la suppression du pouvoir de révision judiciaire du contrat par le juge à la suite de la demande d'une partie contractante : ⁷⁵⁶

– cette disposition serait contraire à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sur le principe de la liberté contractuelle sacralisée par le conseil constitutionnel. En droit administratif français, la révision judiciaire pour imprévision est justifiée par le motif de l'intérêt général et la continuité du service public.

[droit-economique-2001-3-page-339.htm](#)

⁷⁵⁴Cf. J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 418 et B. Oppetit *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XXII, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, 1970, p. 190

⁷⁵⁵ A. Adeline, « L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision », *La revue*, 19 juillet 2016, p.6. Disponible sur https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

⁷⁵⁶S.Houlié Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi adoptée par le Sénat ratifiant l'ordonnance no.2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (no.315) Disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r0429.asp#P204_46254

-L'Article 8 de la loi n 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, prévoyait pour le gouvernement de « 6 préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances » et ne prévoit pas la possibilité de révision judiciaire sur la demande d'une seule partie comme aux termes de l'Article 1105 du Code civil .

– les pouvoirs dont dispose le juge en matière d'imprévision sur le fondement de l'article 1195 pourrait être contraire à l'article 5 du Code civil qui dispose qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». La responsabilité de l'État pourrait même être engagée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire.⁷⁵⁷

Mais en définitive, la loi de ratification du 20 avril 2018 n'a pas modifié le texte initial de l'ordonnance en la matière.

La consécration de la théorie de l'imprévision fait partie des belles avancées de l'avant-projet d'ordonnance. Une « correction »⁷⁵⁸ du contrat serait utile, aussi bien d'un point de vue économique car elle permet de sauver le contrat que d'un point de vue strictement juridique puisqu'elle autorise la restauration de la justice contractuelle.⁷⁵⁹ L'article 1101 nouveau du Code civil adopté par la réforme propose une nouvelle approche de l'exécution des contrats⁷⁶⁰ étendant le champ contractuel et conférant la faculté aux contractants de demander au juge

⁷⁵⁷« Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° S'il y a déni de justice. Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. L'État est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers. »

⁷⁵⁸La correction du contrat, notion utilisée par G. Piette, Tome 1, presses universitaires d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires.

⁷⁵⁹G.Lacroix, l'adaptation du contrat aux changements de circonstances, mémoire, université de Reims Champagne Ardenne, année universitaire 2014/2015, p.8

⁷⁶⁰Nouvelle définition du contrat, article 1101 du Code civil : « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

l'adaptation du contrat en contrepoids avec la force obligatoire du contrat.⁷⁶¹ En effet, « les effets du respect par les parties de la conciliation des intérêts rendent compte de la tendance récente du droit positif à préserver l'équilibre contractuel et à sauver le contrat »⁷⁶² au détriment donc de la force obligatoire du contrat.

Il a fallu attendre l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations adoptée par le conseil des ministres et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 pour transposer l'imprévision dans le Code civil français en rupture avec le principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire l'intangibilité des contrats. L'échange de consentement n'a plus de sens lorsqu'une partie se voit privée du gain qu'elle attendait. Cette réforme en droit civil français a été inspiré par les principes des droits étrangers et notamment par les codifications privées européennes et les projets d'harmonisation européens qui constituent le socle de la théorie de l'imprévision en droit français qui n'a pas été adopté par les premiers rédacteurs du Code civil .

L'ordonnance du 16 février 2016 a introduit un article 1195 du Code civil consacrant la théorie de l'imprévision comme l'une des causes que la loi autorise pour la modification du contrat en fonction de l'équité. Cet Article se trouve dans le chapitre IV « les effets du contrat », section 1 « les effets du contrat entre les parties », sous-section 1 « force obligatoire » du Code civil modifié. Aux termes de cet article :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut

⁷⁶¹C. civ., art. 1193 : « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Pour un développement, v° « Le charme discret de l'imprévision à la française », Yves Picod, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, n°11, nov. 2015, p.441.

⁷⁶²A.Cuisinier, Le solidarisme contractuel, Litec Lexis-Nexis, Paris, 2006.

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. A 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 mise en place de la théorie de l'imprévision par ce texte connaît un processus de révision affiné (CHAPITRE I) et dispose de conditions d'application plus nébuleuses (CHAPITRE II), qui seront envisagées avant l'étude de l'interaction du nouveau texte avec son contexte (CHAPITRE III).

CHAPITRE I : Un processus de révision affiné

« Le rôle naturel du juge n'est décidément pas de créer le droit, au moins lorsqu'il s'agit de règles cruciales »⁷⁶³. Il est vrai que « la jurisprudence est la source principale du droit des obligations mais, l'ampleur d'un mal n'a jamais été un argument très convaincant pour en prôner la persistance et même l'aggravation ».⁷⁶⁴ Et « ce d'autant que, sur ce point sérieux, appelant un règlement très maîtrisé, la jurisprudence, même si elle constitue une source d'inspiration, n'aura jamais la finesse d'approche ni la précision technique que peut avoir la loi ». ⁷⁶⁵ Il est ainsi opportun de rappeler les dispositions de l'article 34 de la constitution qui donne exclusivement compétence à la loi pour « *détermin[er] les principes fondamentaux (...) des obligations civiles et commerciales* ».

Le principe de l'intangibilité du contrat met en cause la théorie de l'imprévision et une disposition législative fixant le régime général de la théorie de l'imprévision contribue à une

⁷⁶³En ce sens à propos de la consécration jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision, V.E.Savaux, l'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision-Rapport français, RDC 2010.1057,spec.1066.

⁷⁶⁴T.Genicon, Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?, D.2010, p.2485. Disponible sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2010/D2010-2485.pdf

⁷⁶⁵T.Genicon, Ibid. Disponible sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2010/D2010-2485.pdf

grande mutation du droit français des obligations, en rupture avec le principe sacralisé de la force obligatoire du contrat.

Ces dispositions sonnent le glas de la jurisprudence de la Cour de Cassation selon laquelle « *dans aucun cas, il n'appartient pas 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* ». ⁷⁶⁶ C'est « ce refus de réviser le contrat ou de prononcer sa résiliation que le nouvel article 1195 du Code civil possède en ligne de mire ». ⁷⁶⁷

« La modération de la force obligatoire du contrat est directement inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens ». ⁷⁶⁸ L'Article 1195 du Code civil a été inspiré par l'Article 6.1.1.1 des « Principes du droit européens des contrats », qui a lui-même pour source d'inspiration fondamentale les Principes Unidroit (articles 6.2.2 et 6.3.3 de la version 2010). Les clauses hardship sont rédigées à la lumière de ces textes. La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises n'a en revanche pas prévu la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision.

Dans l'esprit de l'ordonnance, cette clause introduisant l'imprévision dans le droit civil des obligations vise à tempérer le principe de la force obligatoire du contrat mais pourtant, elle encadre strictement le processus de la révision du contrat s'attachant quand même au caractère sacré de ce principe invitant d'abord les parties à renégocier le contrat. Pourtant, les parties peuvent déroger à cette disposition qui n'est plus impérative insérant dans le contrat une clause d'acceptation des risques et par conséquent, le débiteur accepte les risques liés aux prestations

⁷⁶⁶Cass.Civ.6mars1876, aff.dite du Canal de Craponne,D.1876,1p.193,note Giboulot ;GACIV/12/2008/0018

⁷⁶⁷ J.Tixier et S. Estival, l'imprévision en droit immobilier après la réforme du droit des obligations, 6 Février 2017, option finance. Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-de-limmobilier-avec-cms-francis-lefebvre-avocats/la-reforme-du-droit-des-contrats/limprevision-en-droit-immobilier-apres-la-reforme-du-droit-des-obligations.html>

⁷⁶⁸D. Mazeaud, Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs : RTDE 2008, p. 723.

contractuelles et les conséquences de l'imprévision qui pourront survenir pendant l'exécution du contrat.

Le processus de révision du contrat comporte trois étapes : la formulation d'une demande de renégociation par la partie lésée (SECTION I) En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent d'un commun accord peuvent décider la résolution du contrat ou demander au juge de réviser le contrat (SECTION II). Si les parties ne sont pas parvenues à un accord, chacun d'eux peut saisir unilatéralement saisir le juge pour procéder à la révision ou résolution du contrat (SECTION III)

SECTION I : La formulation d'une demande de renégociation par la partie lésée

Le débiteur dont l'exécution de l'obligation est devenue onéreuse bénéficie de deux options : il peut d'une part, « tenter d'user le mécanisme de l'article 1195 pour obtenir la correction du déséquilibre ou la résiliation du contrat mais, il peut aussi d'autre part, attendre que le créancier agisse contre lui en exécution forcée et lui opposer « la disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » au sens de l'article 1221 du Code civil ». ⁷⁶⁹La partie souffrant de l'exécution onéreuse de ses obligations du fait du changement des circonstances auquel les parties étaient imprévoyantes au moment de la conclusion du contrat aura intérêt à solliciter une renégociation de la part de son contractant afin d'aboutir à des solutions fertiles. Il se peut que cette partie soit un garant ou un tiers remplaçant le débiteur. S'attachant au principe de l'autonomie de la volonté, le droit français privilégie le dialogue entre les contractants pour limiter l'immixtion du juge dans le contrat, contrairement aux textes des pays arabes sur l'imprévision qui ouvrent directement la porte à la partie lésée de saisir le juge pour réviser le contrat. La renégociation « qui n'emporte pas celle de réviser le contrat, est remarquable car elle illustre la face la plus dynamique de la bonne foi qui se traduit par un devoir de coopération entre les contractants ». ⁷⁷⁰ Les parties ont parfaitement conscience, en concluant un contrat de longue durée, que l'état contractuel, figé par le consentement, est mouvant, évolutif, ce qui pose la question de savoir si les parties ne doivent pas prendre en compte cette évolutivité du

⁷⁶⁹ G. Chantepie et M. Latina, *op.cit.* Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

⁷⁷⁰D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47, spéc. p. 53

contrat : une obligation de renégociation serait ainsi latente, inhérente, au contrat de longue durée.⁷⁷¹ La Cour de Cassation n'a pas déterminé les modalités et les mécanismes de renégociation. Mais, il est déduit aux termes de l'Article sur l'imprévision que le législateur consacre une invitation à la renégociation du contrat par les parties pour des circonstances que les parties n'ont pas pu prévoir au moment de la conclusion du contrat et qui apparaissent pendant son exécution, bouleversant l'équilibre contractuel et dont la partie lésée n'avait pas accepté le risque « comme s'il fallait une loi pour autoriser une partie à adresser à l'autre une invitation... à discuter ».⁷⁷²

« Si la reconnaissance de l'imprévision peut rassurer certains, l'anéantissement ou la révision judiciaire du contrat suppose que les parties anticipent cette éventuelle intrusion du juge. Dans ces conditions, une négociation sur cet aspect du contrat est essentielle ».⁷⁷³ Il s'agit bien d'une invitation ou incitation des parties à la négociation en amont et non pas d'une obligation de renégociation qui pourrait bien être refusée par le bénéficiaire du contrat qui n'entend pas revoir avec l'autre partie les termes du contrat suite au bouleversement de l'équilibre contractuel. En effet, « L'article n'ouvre pas les vannes de la renégociation trop largement ».⁷⁷⁴ La victime ne sera pas exposée à une fin de non-recevoir à défaut d'une telle demande de renégociation. Il semble raisonnable de penser que le créancier n'est tenu qu'à une obligation de moyens⁷⁷⁵ « il ne s'agit pas de requalifier l'obligation de renégociation en une obligation de résultat, mais de faire en sorte qu'elle soit traitée, à l'égard de celui qui bénéficie du déséquilibre, comme une véritable obligation de moyens plutôt que comme un engagement potestatif ».⁷⁷⁶ Il existe une divergence doctrinale en effet, certains auteurs⁷⁷⁷ considèrent que l'obligation du créancier de renégocier le contrat est une obligation de résultat et que le refus du créancier de renégocier

⁷⁷¹ D. Mainguy, *Droit des obligations (contrat, responsabilité, régime de l'obligation)*, p.199

⁷⁷² A. Confino, l'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? *AJDI* 2016 P.345

⁷⁷³ Th. Massarat et co-auteurs, *Réforme du droit des contrats - Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats - Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147*, Lexis Nexis Mai 2016, dossier 3, p.25. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

⁷⁷⁴ N. Molfessis, le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, la semaine du droit libres propos, 21 Décembre 2015, édition générale, No.52, p.2931. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

⁷⁷⁵ L'obligation de coopération est elle-même présentée comme une obligation de moyens. V. Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318, n° 20.

⁷⁷⁶ V. Y. Lequette, « De l'efficacité des clauses de Hardship », in *Mél. C. Larroumet*, Economica, 2010, p. 267, spéc. p. 277

⁷⁷⁷ P-T. Marie-Eve, la protection judiciaire du lien contractuel, Presse Universitaire d'Aix Marseille, Marseille, 1996, p.371, L.Thieberge, le contrat face à l'imprevu, Economica, Paris, 2011, p.450.

peut ouvrir la responsabilité civile à l'égard du créancier dans le cas où le créancier est de mauvaise foi. Cela implique du créancier « des actes et une attitude. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord ». ⁷⁷⁸ Est considérée comme non effectuée l'obligation de renégociation « lorsque le créancier propose des prix bien supérieurs à ceux du marché » ⁷⁷⁹, ou « lorsque celui-ci refuse une proposition raisonnable du débiteur ». ⁷⁸⁰ Mais, tous refus du créancier de renégocier le contrat n'est pas forcément constitutif de mauvaise foi de sa part en effet, ce refus peut être le résultat d'un désaccord avec le débiteur sur les conditions d'application de la théorie de l'imprévision.

Nous remarquons une différence entre l'invitation des parties à la négociation aux termes de l'article 1195 du Code civil et l'article 92 de l'Avant-projet Terré imposant les parties de négocier ensemble. De plus, l'article 6.1.1.1 des Principes de droit européen des contrats prévoit l'obligation des parties à renégocier et le possible paiement de dommages et intérêts en cas de refus du créancier de se conformer à cette exigence.

Le but de l'ordonnance du 10 février 2016 est d'inciter les parties à trouver un accord sans saisir le juge. Autrement dit, « l'intervention du juge est prévue mais d'une manière telle qu'il s'agit d'en dissuader les parties d'y avoir recours, il faut dire que la perspective d'une révision judiciaire d'un contrat a de quoi convaincre les plus récalcitrants à négocier, quitte à accepter des conditions défavorables ou à rompre le contrat, quitte à assumer les pertes certaines ». ⁷⁸¹ Le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 indique à ce titre que l'imprévision a « *vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier* ».

⁷⁷⁸L. Aynès, « L'obligation de renégocier », *RJC* 1999, n° 23 et 24, p. 18.

⁷⁷⁹Y. Lequette, art. préc., spéc. p. 278.

⁷⁸⁰Y. Lequette, art. préc., spéc. p. 278 ; B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794, spéc. p. 807.

⁷⁸¹V. Reynès, La théorie de l'imprévision : la révolution n'aura (peut-être) pas lieu, blog des juristes, 9 juin 2016, p.1. Disponible sur : <https://droit-des-affaires.efc.fr/2016/06/09/la-theorie-de-limprevision-la-revolution-naura-peut-etre-pas-lieu/>

Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends stipule une obligation de « tentative de règlement amiable des litiges » avant la saisine du juge. En effet, les articles 56 et 58 du Code de procédure civile imposent la justification dans l'assignation ou la requête (l'acte introductif d'instance) d'une tentative de résolution amiable des litiges et par conséquent, le demandeur doit indiquer dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches démontrant des tentatives de résolution amiable des litiges qui ont été effectuées avant la saisine du juge. Pourtant, le refus de renégociation ne constitue pas une faute. « Les maladresses de rédaction de l'article 1195 nouveau ne manqueront pas de favoriser les manœuvres dilatoires et de nourrir des contentieux de clarification textuelle ». ⁷⁸²

Contrairement à ce que la Cour de Cassation a prévu avant la réforme sur l'obligation de renégociation ⁷⁸³, l'article 1195 du Code civil constitue une originalité incontestable n'imposant pas aux parties de renégocier le contrat mais utilise un mode incitatif. En effet, si la victime peut demander une renégociation du contrat, l'autre partie peut contester cette renégociation comme prévu dans l'Article. Selon certains auteurs, Il serait contre-productif d'imposer aux parties de renégocier alors qu'ils n'en veulent pas. « Forcer des parties à renégocier n'a de toute façon pas grand sens dès lors que l'on se désintéresse du sort des négociations ou, plus précisément que l'on n'impose pas l'aboutissement de la renégociation ». ⁷⁸⁴

Pourtant, le texte n'est pas si clair, il y a sans doute une maladresse de rédaction. En effet, le texte prévoit que ce n'est qu'à défaut d'accord dans un délai raisonnable que le juge peut, à la demande d'une partie, réviser ou mettre fin au contrat. « Si aucune des négociations n'est obligatoire, le texte est alors maladroit car ce n'est pas simplement à défaut d'accord dans un délai raisonnable qu'une des parties doit pouvoir saisir le juge, mais également en cas d'absence de négociation ! Tous ces atermoiements démontrent que le législateur ne s'est résolu que du

⁷⁸² A. Adeline, *op.cit*, p.6 .Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevison-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

⁷⁸³ Com. 3 nov. 1992, Huard, no 90-18.547, Bull. civ. IV, no 338 ; Defrénois 1993. 1337, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; RTD civ. 1993, obs. J. Mestre ; Com. 24 nov. 1998, Chevassus-Marche, no 96-18.357, Bull. civ. IV, no 277, CCC 1999, comm. no 56, M. Malaurie-Vignal ; Defrénois 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre ; RTD civ. 1999. 646, obs. P.-Y. Gautier.

⁷⁸⁴ G. Chantepie et M. Latina, *op.cit*, p.4. Disponible sur : <http://reform-obligations.dalloz.fr>.

bout des lèvres à briser la vénérable jurisprudence Canal de Craponne en autorisant, et la résiliation judiciaire, et la révision judiciaire ». ⁷⁸⁵

Nous attendons à plus de précisions jurisprudentielles sur le processus et les mécanismes de ces négociations et sur la référence à la bonne foi afin d'éviter que le débiteur contribue à l'échec de la négociation pour demander par la suite la résiliation du contrat et échapper à ses obligations.

D'ailleurs, la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques favorise le règlement des litiges sans recourir au juge, étendant les pouvoirs du bureau de conciliation qui devient le « bureau de conciliation et d'orientation » et prévoit aussi le recours à la procédure participative mais encore à la médiation conventionnelle.

De plus, la loi du 20 novembre 2016 intitulée « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » visant à appliquer une justice « *plus efficace* » et « plus accessible » ⁷⁸⁶ rend obligatoire la conciliation pour les litiges d'un montant inférieur à 4.000 euros portés par déclaration au greffe devant les tribunaux d'instance.

Dans les jurisprudences Huard et Chevassus Marche de la Cour de Cassation où la chambre commerciale sur le fondement de la bonne foi contractuelle ou le fondement de la cause, avait estimé que les parties étaient tenues, de se collaborer en cas de changement des circonstances économiques. De plus, la Cour d'appel de Paris a imposé une renégociation au contractant en le menaçant de fixer le mode de détermination du prix en cause. ⁷⁸⁷ L'adoption du mécanisme législatif de révision judiciaire pour imprévision rend caduque ces arrêts pour s'adapter avec ce nouveau principe, la reconnaissance explicite de la révision judiciaire du contrat pour imprévision.

L'exécution du débiteur de ses obligations n'est pas suspendue lorsqu'il demande la renégociation du contrat sinon sa responsabilité contractuelle serait engagée. En effet, il doit continuer à exécuter ses obligations jusqu'au prononcé de la décision judiciaire. Le montant de la perte ne peut pas être exactement déterminé qu'après l'exécution du débiteur de ses obligations ou des travaux. Mais, « était-il nécessaire de préciser une telle évidence (dès lors que le législateur

⁷⁸⁵G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.4. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

⁷⁸⁶Communiqué de presse du Conseil des ministres du 31 juillet 2015 ; Etude d'impact – projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle

⁷⁸⁷Arrêt EDF c.Shell Française,Paris, 20 septembre 1976.

n'a pas fait le choix d'autoriser le juge à adapter ces obligations à titre provisoire pendant la durée de l'instance ? ». ⁷⁸⁸Certains interprètes prévoient que « cette obligation de continuer à exécuter le contrat s'applique uniquement pendant la période de renégociation et que pris *a contrario*, cet article signifie que la victime pourra légitimement cesser d'exécuter ses obligations dès le refus de renégocier signifié par l'autre partie, ou à partir de l'échec consommé des renégociations »⁷⁸⁹. « Il s'agit en tout cas d'une précaution qui a pour objectif d'éviter les contestations dilatoires d'un contractant de mauvaise foi souhaitant profiter de la théorie de l'imprévision pour suspendre l'exécution du contrat ». ⁷⁹⁰ Le contractant qui suspend l'exécution de ses obligations sera inévitablement présumé de mauvaise foi et sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée sur le fondement du nouvel article 1104 du Code civil en vertu duquel « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition étant d'ordre public.* ». D'ailleurs, l'Article 6.111 des principes du droit européen des contrats dans son alinéa 1^{er} édicte que : « une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse ».

Cette solution est équivalente à celle du droit administratif où il est vrai que le Conseil d'Etat a parfois prononcé l'indemnité d'imprévision alors que le contrat avait déjà pris fin, le contractant ayant poursuivi le contrat malgré le déséquilibre, ce qui justifiait de le récompenser même rétrospectivement.⁷⁹¹

Si l'exécution du contrat par le débiteur pendant la période de renégociation constitue un mécanisme de prévention du créancier contre la mauvaise foi du débiteur souhaitant décaler l'exécution du contrat, imposer au débiteur d'exécuter son contrat pendant la période de renégociation pourrait faire profiter le créancier de mauvaise foi qui accepte la renégociation pour bénéficier de l'exécution du contrat le plus longtemps que possible. Par conséquent, sa responsabilité est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'Article 1104 du Code civil, « sans préjudice d'une éventuelle révision judiciaire du contrat demandée par la partie lésée en cas de dépassement du délai raisonnable » ⁷⁹²

⁷⁸⁸A. Confino, l'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprecision ? », AJDI 2016, p.345

⁷⁸⁹G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.4. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

⁷⁹⁰H. Marin-Sisteron, « Le spectre du gouvernement des juges », LesEchos.fr, 5 avril 2016.

⁷⁹¹V. not. C.-E. Bucher, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne, Dalloz, 2011, n° 229, p. 193.

⁷⁹²G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.4. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

De plus, si le contrat doit être exécuté jusqu'à la décision du juge, le temps du procès risque d'être incompatible avec la vie des affaires. En cas d'urgence, le président du tribunal peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite, comme le prévoient les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 873 du Code de procédure civile. Les intérêts du contractant qu'on lui impose de continuer à exécuter ses obligations onéreuses jusqu'au prononcé du jugement peuvent être gravement affectés si les circonstances imprévisibles ont ses répercussions majeures de sorte qu'elle paralyse son économie en attendant le prononcé du jugement. Ainsi, il convient au juge de référé d'accorder au contractant le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

SECTION II : Résolution ou révision amiable

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, « ce refus peut aussi tenir au fait que les parties seraient tout simplement en désaccord sur le point de savoir s'il y a lieu ou non à renégociation », ⁷⁹³les parties disposent d'un contrôle sur leur contrat et ont une option à deux branches en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1195 du Code civil .

Le législateur a pensé pertinent, avant de prononcer la révision et la résiliation judiciaire à la demande d'une partie au contrat, de permettre les contractants, « en cas de refus ou d'échec de la renégociation », à « convenir de la résolution du contrat » ou à « demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ». Cette précision n'a pourtant qu'un intérêt pédagogique, et non normatif. ⁷⁹⁴ « Quant à imaginer qu'une partie qui a refusé de renégocier un contrat préférera peut-être donner son accord pour le mettre à néant, un tel réalisme » du législateur prête à sourire... ». ⁷⁹⁵ de plus « ce n'est pas faire injure aux magistrats que de penser que les contractants qui seraient d'accord pour renégocier leur contrat mais en désaccord sur les termes de renégociation n'auront pas pour premier réflexe de s'adresser au juge, alors qu'ils seront assistés de conseils qui sauront eux même organiser le cadre de leurs discussions ou mettre en

⁷⁹³N. Molfessis, op.cit, p.2931. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprévision -dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

⁷⁹⁴G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.5. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

⁷⁹⁵A. Confino, l'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprecision ? », AJDI 2016, p.345

œuvre des modes alternatifs de règlement des conflits mieux adaptés à la recherche d'un consensus ». ⁷⁹⁶

Première branche de l'option : ils peuvent décider de résoudre le contrat « à la date et aux conditions qu'elles déterminent » il s'agit d'une résolution du contrat par un mutus dissensus. Néanmoins, cette résolution du contrat par les parties a toujours existé et a été envisagée par l'article 1193 du Code civil en vertu duquel : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Au demeurant, le recours à la notion de « résolution » étonne, sachant qu'il n'y a pas nécessairement eu d'inexécution et que les articles 1217 et suivants ne mentionnent pas l'existence de cette résolution amiable⁷⁹⁷. Mais, l'attitude des contractants peut révéler une coopération future impossible. En effet, « si l'attitude du débiteur n'est pas coopérative, il ne sert à rien de vouloir à tout prix maintenir la convention, même modifiée, car l'affectio contractus a disparu et c'est vers un échec annoncé que l'on se dirige si l'on poursuit les négociations ». ⁷⁹⁸

Seconde branche de l'option, les parties peuvent « d'un commun accord » demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances. Nous voyons surprenant les parties qui n'ont pas réussi à trouver un accord à l'amiable confier par un mutus dissensus les clés de leur contrat au juge. En se référant d'accord commun vers le juge pour adapter le contrat, « les parties doivent donc renoncer à débattre de la légitimité de la demande initiale de renégociation. Mieux, le juge lui-même, dans cette hypothèse où son office devient amiable, n'aura pas à vérifier, pour réviser le contrat, si les conditions initiales de l'article étaient réunies. Il tire son pouvoir d'adaptation de la demande que lui expriment les parties et non de la réunion des conditions de la renégociation. »⁷⁹⁹Le Professeur Nicolas Molfessis se demande alors : « En quoi serait-il contraint, à l'aveugle en quelque sorte, d'accepter que le juge adapte l'accord alors même qu'aucune décision n'a établi que les circonstances étaient effectivement imprévues, ou que l'exécution est devenue excessivement onéreuse au détriment de son contractant, etc. ? »⁸⁰⁰

⁷⁹⁶A. Confino, l'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprecision ? », AJDI 2016, p.345

⁷⁹⁷G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.5. Disponible sur : <http://reform-obligations.dalloz.fr>.

⁷⁹⁸P. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 267, p. 143

⁷⁹⁹N. Molfessis, op.cit, p.2932. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

⁸⁰⁰Ibid

En cas de refus de renégociation du contrat déséquilibré, par l'une des parties, il est fort probable qu'elle refuse de s'adhérer à l'autre partie pour demander au juge l'adaptation du contrat ou résoudre le contrat aux conditions que les parties déterminent. La réforme du droit des contrats déplace l'intervention du juge vers un contrôle a posteriori après le refus de négocier ou d'aboutir à la résolution amiable du contrat. Il se peut que le débiteur ne veuille pas que le contrat soit ajusté par le juge mais vouloir terminer le contrat « manière d'obtenir une indemnisation pour le passé ». ⁸⁰¹ Pourtant, sur ce point, l'Article n'est pas si clair, car il indique que 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. Cette date et même ces conditions sont ambiguës. Le juge décidera-t-il d'accorder une indemnité avec la résiliation du contrat au débiteur ? Enfin, le débiteur peut voir sa volonté de recevoir une indemnisation vouée à l'échec lorsque le juge décide l'adoption de la première option à savoir la révision du contrat. À notre avis, le législateur a conféré au juge deux options comme conséquence de l'imprévision pour écarter l'une et opter pour l'autre lorsqu'il constate la mauvaise foi du débiteur qui souhaite résilier le contrat pour juste échapper à ses obligations et obtenir en plus une indemnité mais cette solution serait injuste pour le créancier qui souhaite continuer le contrat.

Les parties préféreront le plus souvent de recourir à un expert qui dispose de compétences requises et pas au juge.

Les pouvoirs du juge sont strictement encadrés par les principes de procédure civile : il ne peut procéder d'office à la révision du contrat. ⁸⁰²

Que les parties optent pour la première solution ou la seconde, cet accord doit intervenir « dans un délai raisonnable ».

« On voit mal en pratique la partie bénéficiaire du déséquilibre accepter une résolution du contrat ou demander son adaptation qui ne pourrait intervenir qu'à son détriment ». ⁸⁰³ Le créancier n'envisagera pas volontiers d'engager un processus au terme duquel il devra

⁸⁰¹ibid

⁸⁰²S. Houé, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), 29 novembre 2017 Disponible sur : www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b0429_rapport-fond#P787_203661

⁸⁰³R. Cabrillac, droit des obligations, Dalloz, 13 eme édition, 2018, p.129.

abandonner un avantage et contestera donc très probablement que l'obligation est excessivement onéreuse ou imprévisible.⁸⁰⁴

Certains auteurs prévoient que dans un souci de protection contre la mauvaise foi du contractant, la partie lésée, victime des circonstances imprévisibles doit démontrer au juge que l'autre partie a refusé de renégocier. (Notamment courriers, courriels et comptes rendus de réunions). En cas de refus de négocier ou d'échec de négociation, « ces preuves permettront de saisir le juge et d'éviter que ce dernier n'oppose une fin de non-recevoir à sa saisine ».⁸⁰⁵ La demande de renégociation semble être un préalable nécessaire à l'intervention du juge. L'article ne prévoit pas la sanction du non-respect par le demandeur de l'obligation de tenter une renégociation amiable. Mais, il s'expose à une fin de non-recevoir qui est aussi la sanction pour le non-respect d'une clause de conciliation⁸⁰⁶ ou de médiation préalables.⁸⁰⁷ « C'est à ce niveau que le juge semble avoir la plus grande latitude. Le texte ne précise pas que le juge peut fixer des indemnités (par exemple en cas de refus de négociation ou en cas de rupture de négociation de mauvaise foi, comme c'est le cas dans le texte européen ou implicitement dans le rapport Catala) mais ne l'exclut pas non plus (à l'inverse du projet de la Chancellerie). Il se pourrait donc que si les parties ne sont pas forcées d'aboutir à un accord, elles seront tout le moins obligée de négocier de bonne foi ! ».⁸⁰⁸

Mais nous voyons que l'utilisation du verbe « pouvoir » dans « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant » donne la faculté à la partie lésée de saisir directement le juge. Il n'y a pas une obligation de renégociation de la part de la partie lésée. Mais si le bénéficiaire de l'imprévision refuse ou fait obstacle à la renégociation, le juge est saisi. Le juge se réfère aux preuves présentes par la partie lésée sur le refus du bénéficiaire de renégocierla Cour de cassation a statué que sous réserve de l'existence d'un comportement abusif d'une des parties

⁸⁰⁴ A.Chatin et J.P ERB, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », 15 mai 2017. Disponible sur : www.chatainassocies.com/actualites/chatain-erb-consequences-reforme-droit-contrat-intervention-juge/

⁸⁰⁵L. Etienne, Théorie de l'imprévision : de sa réception par le Code Civil à son incidence en matière d'ingénierie contractuelle, village de la justice, 10 mars 2017. Disponible sur : https://www.village-justice.com/articles/Théorie_imprévision_reception-par-Code-civil-son-incidence-matiere-ingenierie,24463.html

⁸⁰⁶Voir Cass.3^e civ., 19 mai 2016, no.15-14.464 ; Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n^o 00-19.424

⁸⁰⁷Cass.3^e.,6 oct.2016, no.15-17.989.

⁸⁰⁸S. Patton-Boggs, Vers la prise en compte de l'imprévision dans les contrats de droit privé ?, 3 octobre 2011, La Revue. Disponible sur: https://larevue.squirepattonboggs.com/vers-la-prise-en-compte-de-l-imprévision-dans-les-contrats-de-droit-prive_a1528.html

dans la négociation, si la négociation a échoué, la responsabilité civile ne pourrait pas être engagée.⁸⁰⁹

Mais, il se peut que le bénéficiaire ait raison de ne pas négocier et donc la négociation échoue car le débiteur refuse de négocier de bonne foi et se révéler inflexible. « Ne faudrait-il pas, au contraire, sanctionner le refus de négocier de bonne foi ? Le texte n'en dit rien, et l'on peut en éprouver quelque regret, quand bien même l'article 1104 sur la bonne foi a une portée générale. »⁸¹⁰

Selon le professeur Barthélémy Mercadal, cette demande d'adaptation du contrat par le juge pourra prendre la forme d'une requête conjointe telle que visée à l'article 57-1 du Code de procédure civile, qui dispose que les parties peuvent soit : « *conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur* », soit « *le lier par les qualifications et points de droits auxquelles elles entendent le limiter* ». ⁸¹¹ L'amiable compositeur est investi d'un pouvoir de révision du contrat. ⁸¹² Pourtant, ce procédé encadre strictement les pouvoirs du juge dans la limite des demandes des parties.

« Aussi peut-on regretter que ce pouvoir d'adaptation conféré au juge ne soit pas encadré, soit par un standard objectif comme l'équité ou le raisonnable, soit par une référence à la volonté des parties ». ⁸¹³

SECTION III : Résolution ou révision judiciaire

Le juge devient omniprésent au stade de l'exécution contractuelle. La théorie de l'imprévision vise à « *permettre au juge la modification ou la suppression du contrat lorsque des événements imprévisibles bouleversent gravement les conditions de son exécution* ». ⁸¹⁴ Le professeur Philippe Rémy suggérait deux orientations : « la révision judiciaire en cas de survenance de circonstances imprévisibles, et un principe général accordant au juge le pouvoir d'annuler ou

⁸⁰⁹Com.3oct.2006,no.04-13.214,D.2007.765,note D.Mazeaud;RTDciv.2007.340,obs.J.Mestre et B.Fages.

⁸¹⁰Louis Thibierge, les effets du contrat, AJ contrat 2018, p.266

⁸¹¹B.Mercadal, op. cit., p. 175.

⁸¹²A.Kassis, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, L.G.D.J.,1987,P.322.N 434.

⁸¹³R. Cabrillac, droit des obligations, Dalloz, 13 eme édition, 2018, p.130.

⁸¹⁴D.M. PHILIPPE, « Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle », thèse de doctorat, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1986, p. 54.

de modérer les clauses abusives »⁸¹⁵. Le juge, par le biais de l'article 1195 du Code civil, a été doté d'un pouvoir exceptionnel pour défendre et maintenir les intérêts légitimes du débiteur victime du changement des circonstances. Mais, cette saisine du juge peut être à la demande du créancier qui a refusé de négocier. A 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. C'est ce que l'on peut effectivement considérer comme la véritable innovation apportée par la nouvelle réforme.

Si au terme d'un délai raisonnable, le contrat n'a pas pu être adapté d'un commun accord par les parties ou par le juge saisi conjointement par les parties, la résiliation judiciaire du contrat peut être prononcée par le juge ou l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles peut être effectuée suite à la demande d'une partie « *à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Le juge « pourra évidemment apprécier la bonne foi des parties sur le fondement de l'article 1103 du Code civil. Un contractant peut provoquer l'échec de négociation pour saisir le juge. Le contractant qui n'est lésé par le changement des circonstances « n'a pas intérêt majeur à la poursuite du contrat, il laissera probablement son partenaire en demandant la résolution alors que dans le cas contraire, il aura évidemment tout intérêt à renégocier son contrat ». ⁸¹⁶

Si le juge est doté du pouvoir de résilier le contrat suite à la demande d'une partie, quelles sont les modalités de la rupture ? Tout d'abord, dans le temps : « en énonçant que le juge est libre de fixer la date de l'extinction du contrat, l'article 1195 laisse entendre qu'elle peut rétroagir. Cela confirme que la résolution est accessible au juge. Elle peut opérer dans le futur, ce qui permettra de ménager un préavis utile pour celui que le sort avait épargné mais que le juge a rattrapé. Au demeurant, l'octroi d'un délai peut dépasser l'ambition d'un préavis. Rien n'est dit sur les paramètres qui déterminent le pouvoir du juge. L'équipe peut donc trouver sa place et celle-ci peut commander de simplement réduire la durée d'exécution qui restait à courir. La rupture du contrat prendrait alors une simple allure de raccourcissement. On pense aux aspects financiers : le juge pourrait-il ordonner des indemnités de fin de contrat, au bénéfice de celui qui se voit imposer la rupture du contrat sans faute de sa part ? On pense ensuite aux aspects matériels : dépose d'une enseigne, restitutions de matériel, reprise de stock, etc... Enfin, se trouvent les aspects juridiques de l'après contrat, tels que la question de la non-concurrence ». ⁸¹⁷

⁸¹⁵Ph. Rémy, *op. cit.* [1987], p. 280, qui a été suivi dans ses intuitions en ce qui concerne le second point.

⁸¹⁶H. Périnet-Marquet, *l'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction*, RDI 2015, p.251.

⁸¹⁷Ph. Stoffel-Munck, *La résiliation pour imprévision*, AJ contrats d'affaires-Concurrence-Distribution 2015, p.262.

« La demande unilatérale de révision judiciaire du contrat ne doit être valable que dans l'objectif de sauvegarder l'intérêt contractuel commun ». ⁸¹⁸ En définitive, la modification unilatérale du contrat n'est hérésie que dans une conception anachronique du contrat. En effet, dès lors que l'on privilégie une conception renouvelée du contrat placée sous le sceau de la coopération, la modification unilatérale du contrat n'apparaît plus comme un procédé anti-contractuel. ⁸¹⁹ De plus, d'après le professeur D.Mazeaud, « on ne peut toutefois nier que l'immutabilité du contrat fait désormais partie de notre mythologie contractuelle et que la volonté unilatérale est parfois dotée d'une influence sur la vitalité et la pérennité du lien contractuel ». ⁸²⁰

Pourtant, la notion de révision judiciaire est vague et nécessite de précisions jurisprudentielles. En effet, « la révision du contrat pour imprévision attire irrésistiblement vers des standards, des concepts flous, du droit mou...Il n'est pas sûr que la ligne adoptée par le projet de l'Académie des sciences morales et politiques permette au juge de statuer au plus près de la volonté des parties qui, de toute manière, n'ont rien prévu pour l'hypothèse considérée ». ⁸²¹

Faisant une analyse parallèle de l'Article 92 de l'avant-projet Terré qui prévoit que l'adaptation du contrat devrait être menée (...) en considération des attentes légitimes des parties » et proposant une meilleure rédaction de l'Article 1195 du Code civil, nous reposant sur les propos de Monsieur Savaux qui prévoit que « [P]lutôt que de rétablir l'équilibre des prestations ou de distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances (révision judiciaire subjective), le projet enjoint au juge d'adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties (révision judiciaire objective). Ce critère a été préféré afin d'éviter que l'adaptation n'aboutisse à une solution très éloignée des prévisions des parties ». ⁸²² De plus, la précision dans l'article 6 : 111 des Principes du droit européen des contrats prévoyant une adaptation du contrat « (...) de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances » est pertinente.

⁸¹⁸En ce sens, v. Y. Picod, art. préc., spéc. p. 73 : « Le changement des circonstances doit avoir provoqué un véritable bouleversement de l'économie du contrat ».

⁸¹⁹B. Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 382.

⁸²⁰D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », LPA, 6 mai 1998, n° 54, p. 8, spéc. p. 9

⁸²¹É. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français » (2010) RDC 1047 à la p 5/8.

⁸²² É.Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français » (2010) RDC 1047 à la p 5.

L'utilisation de l'expression « *mettre fin* » n'est pas juridique et dépourvue de précision à l'opposé de l'expression « *résilier le contrat* » qui relève d'un caractère beaucoup plus technique. De plus, « la formule n'est pas de la plus grande clarté, car on ne sait si le juge doit mettre fin au contrat ou s'il peut rejeter cette demande ». ⁸²³

C'est la véritable portée de l'article 1195 du Code civil qui incite les parties à trouver un accord amiable et à renégocier le contrat, sous peine d'invocation, par la partie insatisfaite par le refus de négociation, de la résiliation du contrat par le juge.

Le processus de la révision judiciaire est long car le législateur a voulu conserver un rôle prépondérant à la volonté des parties et imposer des restrictions à l'intervention judiciaire. En effet, la résiliation judiciaire du contrat constitue une étape ultime. Le rôle du juge se ramène à un *ultimum subsidium* en cas d'absence d'accord entre les parties dans un délai raisonnable. C'est seulement en cas d'échec des renégociations, absence d'accord des parties sur une résolution amiable et refuser de demander conjointement au juge l'adaptation du contrat, que le juge pourrait utiliser de son pouvoir de révision. « La révision judiciaire ne doit intervenir que lorsque la modification des circonstances a affecté l'objectif ou l'intérêt commun, c'est-à-dire lorsque l'une des parties a perdu tout intérêt au contrat »⁸²⁴. En fonction des principes du droit administratif et des principes européens,⁸²⁵ le juge ne doit s'intervenir que de manière subsidiaire en *ultim subsidium* pour la révision du contrat comme l'équité le recommande. De plus, « La révision du contrat par le juge doit être considérée comme l'ultime étape du processus de révision du contrat »⁸²⁶

Le contractant qui bénéficie du déséquilibre du contrat sera contraint, sous la menace d'une résiliation judiciaire du contrat, de négocier avec son contractant sous peine d'être affecté

⁸²³M. Latina, *op.cit*,p2 .Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprévision/>

⁸²⁴B. Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 491.

⁸²⁵P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 263, spéc. p. 273.

⁸²⁶H. Bouthinon- Dumas,*op.cit*,p.372. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

par la résiliation du contrat. La menace d'un anéantissement du contrat est peut-être la voie la plus efficace car le message incitatif adressée au créancier est le suivant : « *ou vous renégociez, ou vous perdez tout le contrat* » et vous trouvez contraint de vous remplacer au coût exorbitant du marché, Il vaut mieux garder un contrat toujours avantageux plutôt que de le perdre entièrement ». ⁸²⁷ Le législateur a ainsi tenu à donner à l'imprévision un rôle préventif. En effet, les parties souhaitant éviter une révision du contrat ou un anéantissement de celui-ci par le juge seront incitées à négocier entre elles. ⁸²⁸ Néanmoins, « si l'on conçoit aisément que le refus de la renégociation puisse être injustifié, il faut aussi tenir compte du fait que la demande de renégociation peut également l'être. Or, on ne pourra savoir si la demande était ou non justifiée que lorsque le juge statuera et donc risquera de prononcer la fin du contrat. Ex post facto ». ⁸²⁹

Le professeur Ghestin prévoit que le rôle du juge dans l'article 136 du projet gouvernemental (l'ancêtre de l'Article 1195 du Code civil) est limité en effet, « L'article 136 du projet comporte toutefois une différence pratiquement très importante par rapport aux textes européens et internationaux. En effet, le juge ne peut choisir l'adaptation du contrat qu'avec l'accord des parties. Cette solution a le mérite incontestable de subordonner à l'accord des parties la réfection du contrat par le juge conformément à la tradition française qui répugne à donner au juge le pouvoir de refaire le contrat. Il faut bien voir toutefois qu'elle vide en fait l'article 136 de l'essentiel de sa portée pratique. Dans les circonstances visées par ce texte c'est tout naturellement que les parties se rapprocheront pour tenter une renégociation du contrat. À défaut d'accord c'est tout aussi naturellement que la partie lésée cessera d'exécuter ses obligations. Elle mettra ainsi fin au contrat et le juge sera saisi pour en déduire les conséquences. L'article 136 améliore quelque peu la situation de la partie victime de circonstances exceptionnelles en imposant une négociation dont le juge pourra tenir compte lorsqu'il mettra fin au contrat ; mais il n'autorise pas le juge à procéder à l'adaptation du contrat à ces circonstances, ce qui est économiquement essentiel. Son rôle est enfermé dans cette faculté : mettre fin ou ne pas mettre fin au contrat. Il ne peut donc pas en vertu de cet Article procéder à la révision du contrat en cas de désaccord ou de mésentente entre les parties. Quant à la possibilité d'un accord des parties qui donnerait au juge ce pouvoir, elle semble peu réaliste après

⁸²⁷T.Genicon, op.cit Disponible sur : [https://actu.dalloz-
etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2010/D2010-2485.pdf](https://actu.dalloz-
etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2010/D2010-2485.pdf)

⁸²⁸Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°25, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>

⁸²⁹ N. Molfessis, op.cit, p.2931. Disponible sur : [https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-
juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk](https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-
juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk)

l'échec des négociations sur la révision demandée »⁸³⁰. La mise en œuvre du pouvoir de révision s'avère donc en pratique illusoire.⁸³¹

De plus, se rattachant au même Article Rouette prévoit que : « [L]incertitude entourant l'intensité de l'intervention judiciaire qu'engendre l'imprécision de l'article 136 peut également dissuader le créancier de s'en remettre à la discrétion du juge [...]. Les parties seraient ainsi incitées à la renégociation. On pourrait considérer que l'article a moins vocation à s'appliquer qu'à inciter les parties à corriger par elles-mêmes (sinon d'elles-mêmes) l'excessive onérosité. La seule existence de l'article 136 permettrait d'assurer la justice en rétablissant l'équilibre des prestations. »⁸³²

Aux termes de l'article 1195 dans son dernier alinéa, le juge peut : « réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe » face à l'ambiguïté de cette phrase, se posent ces questions : quel est le juge compétent ? Le pouvoir du juge est-il lié par la demande qui le saisit ?⁸³³ Quels sont les mécanismes d'intervention judiciaire pour la révision du contrat ?

Certains auteurs hostiles à l'intervention judiciaire prévoient qu'une telle compétence ne manque pas seulement de fondement juridique, mais aussi d'une légitimation et ajoutent que les risques associés à une intervention du juge qui essaye de réécrire le contrat en tenant compte du changement de circonstances, ne sont pas à sous-estimer.⁸³⁴ Pour Monsieur Niboyet, « le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom et, c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge ». La crainte d'un trop grand interventionnisme judiciaire justifie que le contrat demeure soustrait à la plume du juge. Il ne relèverait en effet ni de sa fonction juridictionnelle ni de sa compétence technique de procéder à la révision du contrat.⁸³⁵ Comme l'a souligné le Professeur Philippe Stoffel-Munck, « *il n'y a sans doute pas plus de juges arbitraires dans*

⁸³⁰A. Parent, *l'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique*, thèse, Faculté de droit Université McGill, Montreal, 2014, p. 43

⁸³¹ A. Parent, *l'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique*, Faculté de droit Université McGill, Montreal, octobre 2004, p.44.

⁸³²G. Rouhette, « Préface » (2009) RDC 265.

⁸³³ A. Adeline, *op.cit.* Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

⁸³⁴ M. De Potter De Ten Broeck, *Changement de circonstances en droit des contrats*, Rechtsleer-Doctrine, revue internationale du droit des affaires-Wolters Kluwer, D.A.O.R. 2016/4 - n° 120, p.55

⁸³⁵L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011, préf. L. Aynès, n° 788 et s., p. 443 et s. ; B. Oppetit, « Rapport sur le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in

nos Palais qu'il n'y a de délinquants dans les trains de banlieue ». ⁸³⁶ De plus, « Les juges ne semblent pas très désireux d'être chargés de refaire les contrats. [...] Retailer un contrat vif ferait peser sur les magistrats une responsabilité qu'ils ne sont guère formés pour assumer ». ⁸³⁷

D'ailleurs, Il y a eu une opposition entre les sénateurs et les députés. Les sénateurs ont désiré changer les termes de l'article 1195 du Code civil pour ne conférer au juge que le pouvoir de résilier le contrat et lui retrancher le pouvoir de le réviser (Projet de loi Sénat n° 5 et Projet de loi Sénat n° 54, 2017-2018). Les députés quant à eux s'opposent à cette modification. La commission mixte paritaire s'est finalement réunie et a refusé de revenir sur les dispositions du nouveau texte en faisant droit à la demande des députés de maintenir le pouvoir de révision judiciaire pour imprévision (Projet de loi AN n° 766 et Projet de loi Sénat n° 353, 2017-2018). Plusieurs motifs ont été avancés par les députés pour maintenir ce pouvoir parmi lesquels : l'Article 1195 du Code civil ne relève pas d'un caractère d'ordre public mais, il est supplétif de volonté. Les parties peuvent dans leur contrat exclure l'intervention judiciaire en cas d'imprévision, ce qui bloque toute interventionnisme judiciaire et rend cette intervention inapplicable dans la pratique contractuelle. Mais, les parties les plus sophistiquées écarteront ce texte alors que les parties profanes, les moins expérimentées qui n'ont pas exclus l'intervention du juge, verront ce texte s'appliquer contre leur gré.

De plus, il existe des cas où l'Article 1195 est inapplicable. En effet, le nouvel article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier, prévoit que « L'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ». Donc, en pratique « le juge n'utiliserait quasiment jamais le pouvoir conféré par l'article 1195. Curieuse conception du rôle du législateur que de consacrer un texte en espérant qu'il ne s'applique jamais ! ». ⁸³⁸

Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Travaux de l'Association Henri Capitant 1970, T. XXII, p. 185, spéc. p. 187 ;

Y.-M. Laithier, « L'analyse économique du droit par le droit civil », *Gaz. Pal.* 2005, n° 68, p. 14 ; Bee Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 489

⁸³⁶P. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 245, p. 140

⁸³⁷Ph. Stoffel-Munck, La résiliation pour imprévision : AJCA, 2015, p. 262

⁸³⁸L.Thibierge Les effets du contrat, AJ contrat 2018, p.266

Des professeurs de droit comme Monsieur Nicolas Molfessis supportaient la volonté des sénateurs et se demandent : « En matière d'imprévision, la réforme du droit des contrats peut-elle n'accorder au juge que le seul pouvoir de mettre fin au contrat sans lui donner la possibilité de le réviser ? Une telle option pourrait conduire à des solutions parfaitement injustifiées, au détriment des parties et du contrat lui-même »⁸³⁹. Monsieur Philippe Stoffel Munck prévoit que « les seules sanctions adéquates à un refus de renégocier semblent tournées vers la liquidation de la relation. [...] C'est non seulement sage mais également habile car cette perspective crée une incitation à la renégociation chez la partie qui n'en avait pas. L'échec de la renégociation même sans mauvaise foi permet au juge de résilier le contrat. L'imprévision est, en effet, généralement asymétrique : le bouleversement de contexte rend la poursuite du contrat excessivement onéreuse pour l'un sans nécessairement affecter l'autre. Dans cette hypothèse, la partie épargnée peut préférer poursuivre le contrat à l'identique plutôt qu'accepter une quelconque concession. En revanche, si l'échec de la renégociation l'expose à perdre le bénéfice du contrat pour le temps restant à courir, elle est invitée à faire des sacrifices à proportion de son intérêt à la conservation de la relation ». ⁸⁴⁰

Les termes de l'article 1195 du Code civil « réviser le contrat » sont larges et ne donnent aucune indication au juge quant à la manière d'agir, ce qui confère aux juges une large marge d'interprétation. L'existence d'un guide de critères de révision par le juge est très importante car ils permettent de contrôler le juge et ainsi éviter tout interventionnisme de manière arbitraire ou bien aléatoire dans le contrat. Pour certains auteurs, le juge est devenu « la troisième partie au contrat ». ⁸⁴¹ Souhaitant limiter les pouvoirs du juge en matière d'imprévision, certains auteurs prévoyait que plutôt que d'envisager une véritable correction du contrat, l'intervention du juge pourrait se limiter comme en matière administrative, à l'octroi d'une indemnité d'imprévision. ⁸⁴²

Quant aux conséquences de la saisine unilatérale du juge, « La juridiction peut-elle discrétionnairement choisir le remède (résolution ou modification du contrat), même si ce

⁸³⁹N. Molfessis, op.cit, p.2930. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

⁸⁴⁰Ph. Stoffel-Munck, La résiliation pour imprévision : AJCA , 2015, p. 262

⁸⁴¹J. Vogel, « Réforme du droit des contrats : Le juge devient une troisième partie au contrat », Actuel, Direction Juridique, Éditions Législatives, février 2016. Disponible sur : <https://www.editions-legislatives.fr/>

⁸⁴²Sur la distinction entre correction judiciaire et octroi d'une indemnité d'imprévision, v. G. Piette, La correction du contrat, PUAM, 2004, préf. M. Menjucq, n° 52, p. 55.

dernier est contraire à celui souhaité par la partie demanderesse ? ». ⁸⁴³ Dans ce cas-là une partie qui conteste le choix du juge de résilier le contrat peut-elle saisir un autre juge pour appliquer l'autre remède c'est-à-dire de procéder à sa révision ? Selon l'article 5 du Code de procédure civile, « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. » Par conséquent, le juge ne dispose pas d'un libre choix du remède. Mais, la partie défenderesse peut contester le remède confirmé par le juge sur la demande d'une partie s'agissant de la révision du contrat pour demander l'autre remède qui est la résiliation du contrat. Se pose la question de savoir si la partie demanderesse peut saisir un autre juge pour réviser un contrat déjà révisé si elle conteste sa révision. Se pose la question de savoir « comment peut-on attendre du juge qu'il révisé efficacement les conventions complexes ? Fera-t-il appel à des tiers sachant pour l'épauler dans cette tâche difficile ? Comment pourrait-il mener à bien sa quête dans un contexte de saturation des juridictions ? Autant d'éléments qui pourraient faire craindre des procédures particulièrement longues ». ⁸⁴⁴

« Les illusions affichées de la Chancellerie qui prétend que la réforme de 2016 va donner un nouveau dynamisme et une attractivité internationale au droit français, apparaissent particulièrement naïves ». ⁸⁴⁵

Cette théorie a fait l'objet d'autres critiques :

Tout d'abord, il s'agit de la survie du contrat tout au long de la négociation jusqu'à une éventuelle procédure judiciaire. Le contrat continue donc à produire ses effets. Cela est positif dans le sens où la tentative de suspension du contrat par le contractant de mauvaise foi sera échouée. Néanmoins, imposer au débiteur d'exécuter ses obligations onéreuses est reprochable.

⁸⁴³ L. Etienne, *op.cit.* Disponible sur : https://www.village-justice.com/articles/Théorie_imprévision_reception-par-Code-civil-son-incidence-matiere-ingenierie,24463.html

⁸⁴⁴ L. Etienne, *op.cit.* Disponible sur : https://www.village-justice.com/articles/Théorie_imprévision_reception-par-Code-civil-son-incidence-matiere-ingenierie,24463.html

⁸⁴⁵ A. Adeline, *op.cit.*, p.5. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprévision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

De plus, la modification du contrat par le juge n'est pas une nouveauté consacrée par l'article 1195 du Code civil parce que les parties peuvent déjà conformément à l'article 12, aliéna 4 du Code de procédure Civile « *conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* » et donc le juge peut à la demande des parties contractantes modifier le contrat.

L'adoption de l'article 1143 de l'ordonnance sur l'abus de faiblesse et de l'article 1169 de l'ordonnance sur les clauses abusives, font preuve de la prise en considération en droit français des situations du déséquilibre contractuel. En droit positif, le juge, en cas de fixation abusive du prix, indemnise la partie lésée par ce déséquilibre, mais le projet de réforme a conféré au juge le pouvoir de procéder à la modification et la révision du prix fixé abusivement comme prévu dans l'article 1163 alinéa 2 du projet. La pluralité des exceptions ne fait pas un principe d'interventionnisme judiciaire en cas de déséquilibre contractuel, il fallait aussi en parallèle, un texte général qui consacre la révision judiciaire pour imprévision longtemps contestée par la doctrine et la jurisprudence française. L'article 1195 constitue incontestablement l'une des innovations les plus importantes de l'ordonnance puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit français des obligations, notion inspirée par la jurisprudence administrative.

Certains auteurs pensent que ce pouvoir d'intervention judiciaire au nom de l'équité a été déjà garanti par d'autres articles et que ce n'est pas la première fois que le législateur octroie au juge ce pouvoir d'intervention sur le fondement de certains principes comme l'équité, la bonne foi et la théorie de la cause. Pourtant, la consécration de la théorie de l'imprévision par le Code civil français constitue une nouveauté et vient trancher un débat vif entre la doctrine et les tribunaux. En effet, il fallait un texte qui détermine le régime général de l'imprévision et son processus d'adoption. Le juge révisé ou décide la résiliation du contrat à la demande d'une partie si les parties ne sont pas parvenues à un accord. De plus, il fallait un texte pour déterminer ses conditions d'application même si ces conditions soient floues et requière plus de précision par la jurisprudence comme nous verrons ci-après.

La révision judiciaire pour imprévision, constitue « *une véritable révolution contractuelle, en ce qu'elle porte une atteinte frontale au principe cardinal de non-ingérence du juge dans le contrat, au nom d'un impératif de justice* ». ⁸⁴⁶ L'article 1195 est en conformité avec

⁸⁴⁶D. Mazeaud, Présentation de la réforme du droit des contrats, La gazette du Palais, 23 février 2016, n° 8, page 15.

le 6° de la loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « *la possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances* ».

D'ailleurs, certains auteurs considèrent que l'article 1195 du Code civil constituerait une mauvaise traduction de la pratique en droit positif. En effet, une obligation de faire est déduite des dispositions des articles 12 aliéna 4 du Code de procédure civile et de l'ancien article 1134 du Code civil. Pourtant, l'adoption de la théorie de l'imprévision à la lumière de l'article 1169 du Code civil est d'une importance majeure, tranchant le débat doctrinal en faveur de son application et permettant d'encadrer juridiquement le régime de la théorie de l'imprévision. Pourtant, le législateur n'a pas imposé aux parties une obligation de renégociation. Les parties sont libres de négocier ou de ne pas négocier et peuvent résoudre le contrat.

De plus, les arrêts susmentionnés Huard et Chevassus ont été rendu dans le domaine de la distribution, il fallait un texte clair et précis en droit positif sur cette nouvelle adoption qui ne contente pas de se reposer sur le fondement de la bonne foi établi entre les contractants mais sur un texte consacrant l'imprévision en général afin de sauver la relation contractuelle.

En outre, nous attendons une précision sur la durée de la renégociation amiable et sur le délai raisonnable à partir duquel, le juge à la demande d'une partie procède à la révision ou la résolution du contrat à défaut d'accord entre les parties.

On voit mal les circonstances dans lesquelles les parties demandent au juge de modifier le contrat à leur place. Si le contrat n'a pas été modifié c'est soit la renégociation a connu un échec, soit parce les parties n'ont pas voulu renégocier. En cas d'échec de renégociation ou de refus de négociation de la part du bénéficiaire des circonstances, dans ces circonstances « pourquoi les contractants et notamment celui qui bénéficie des circonstances, prendraient-ils le risque de se soumettre à la révision judiciaire ? Si la menace d'une résiliation par le juge n'a pas poussé le bénéficiaire des circonstances à accepter de renégocier, ou à trouver un compromis, rien ne lui fera opter pour la révision judiciaire ». ⁸⁴⁷ Autrement dit, pourquoi saisir le juge pour réviser un contrat que les parties pourraient d'un commun accord modifier elles-mêmes ? De plus, comment imaginer que si les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord pour renégocier, elles vont aller demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat ? « Le législateur a poussé

⁸⁴⁷M. Latina, *op.cit*, p2 .Disponible sur : <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevision/>

jusqu'à l'absurde la logique de l'accord amiable, sans doute pour mieux montrer que l'intervention du juge, à la demande d'une seule partie, n'était qu'un dernier recours ». ⁸⁴⁸

La deuxième et La troisième étape d'application de l'article 1195 semblent paradoxales. En effet, « si les négociations échouent, les parties peuvent d'un commun accord, demander au juge de réviser le contrat. Il semble absurde de faire intervenir le juge dans un domaine où les parties peuvent se mettre d'accord entre elles ». ⁸⁴⁹ On ne connaît pas s'il s'agit « d'un mandat en blanc donné au juge de modifier le contrat, ou si les parties peuvent lui donner des indications précises ou des fourchettes. Il faut penser que les parties n'ont pas pu renégocier leur contrat, donc le juge qui intervient va trancher des points de désaccord ». ⁸⁵⁰ En outre, « n'est-il pas illusoire de croire que les parties qui n'ont pas négocié ou en vain vont se mettre d'accord pour sortir du contrat, en ce compris les conséquences pécuniaires de la résolution ? » ⁸⁵¹. Et « Faut-il comprendre que la saisine appartient aussi bien à la partie victime de l'événement imprévisible qu'à son cocontractant ? Ainsi, lorsque mon débiteur me demandera de renégocier le contrat, je pourrais refuser et saisir directement le juge pour qu'il résolve le contrat ? Cela semble surprenant ». ⁸⁵²

De plus, le texte relève une ambiguïté et une maladresse de rédaction. En effet, l'article 1195, alinéa 2, n'envisage le recours unilatéral au juge qu'« à défaut d'accord dans un délai raisonnable ». Mais, « quel accord vise-t-il ? Celui relatif au rééquilibrage du contenu du contrat que peut demander la partie victime ou celui ayant trait à la résolution amiable ou à la demande amiable de révisions judiciaire qui peut intervenir « en cas de refus ou d'échec de renégociation » ? ⁸⁵³ « D'aucuns pourraient soutenir que l'accord en question a trait à la résolution ou à la révision amiable, de sorte que deux négociations distinctes devraient avoir été tentées, dans un premier temps sur le contenu du contrat, dans un second temps sur la résolution ou la révision judiciaire amiable, avant qu'une des parties ne puisse recourir unilatéralement au

⁸⁴⁸G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.5. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

H. Lankar, L'impact du changement de circonstances sur le contrat : la théorie de l'imprévision en ⁸⁴⁹ droit français et son équivalent américain, 13 janvier 2018, linked in. Disponible sur : <https://fr.linkedin.com/pulse/limpact-du-changement-de-circonstances-sur-le-contrat-hanna-lankar>

⁸⁵⁰B. Dondero, les entreprises doivent-elles anticiper la théorie de l'imprévision en droit français ? 10 juillet 2015, p.2. Disponible sur : <https://www.affiches-parisiennes.com/les-entreprises-doivent-elles-anticiper-la-theorie-de-l-imprevision-en-droit-francais-5421.html>

⁸⁵¹G. Cattalano-Cloarec, réforme de la réforme du droit des contrats, juin 2018, AJ contrats,p.258

⁸⁵²G.Cattalano-Cloarec, réforme de la réforme du droit des contrats, juin 2018, AJ contrats,p.258

⁸⁵³ G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.5. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

juge ». ⁸⁵⁴ « L'exégèse du texte ne permet pas de débusquer l'intention du législateur, même s'il est peu probable que l'absence de tentative de renégociation vaille « fin de non-recevoir » de la demande de révision judiciaire ». ⁸⁵⁵

Cette ambiguïté se manifeste également dans l'étendue du pouvoir d'intervention judiciaire. Est-ce que le juge saisi d'une demande de révision judiciaire du contrat pourrait-il décider la résiliation du contrat et refuser de procéder à sa révision ? Le rapport du président de la république sur le projet de l'ordonnance n'est pas si clair sur ce point

Nous suggérons la substitution de « l'adaptation du contrat » par « la révision du contrat qui est plus adapté à l'imprévision. En effet, le juge lorsqu'il intervient pour remédier aux conséquences de la survenance des circonstances imprévisibles ne devrait pas se contenter d'une simple adaptation du contrat comme en matière de fixation abusive du prix pour réduire le prix par rapport à ce qui a été convenu préalablement par les parties. Il procède à une révision technique et rigoureuse du contrat pour ajuster les obligations contractuelles bouleversées par les circonstances imprévisibles.

Pourtant, le législateur n'a pas déterminé les conditions et les modalités de cette révision, l'article 1195 du Code civil est silencieux sur les modalités de révision judiciaire du contrat contrairement aux textes européens qui prévoient que le juge intervient « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement de circonstances » ou tout simplement « en vue de rétablir l'équilibre des prestations ». Des questions se posent donc sur les procédés et la manière par laquelle le juge procédera à la révision du contrat. En cas de désaccord entre les parties pour refus ou échec de renégociation, le juge est saisi unilatéralement par une partie et il tranchera le litige soit en procédant à la révision du contrat ou en prononçant sa résolution. Il s'agit d'une intervention excessive où le juge revient sur la volonté des parties. Car, la résolution du contrat par le juge est porteuse d'une grande insécurité juridique. Cependant, nous comprenons que l'intervention du juge pour réviser le contrat au nom de l'équité et la bonne foi doivent primer sur la volonté des parties. Le juge doit intervenir pour la survie du contrat et la sauvegarde des relations contractuelles dans les

⁸⁵⁴G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.4. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>.

⁸⁵⁵G. Chantepie et M. Latina, op.cit,p.4. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr> , Fedou Jean-François, « le juge et la révision du contrat », RDC, no.2, 2016, p.382

meilleures conditions, comme les textes des codes civils des pays Arabes qui ont écarté la résiliation du contrat pour imprévision et adopté la révision judiciaire du contrat.

Plusieurs questions se posent sur l'étendue de la révision, le juge compétent (le président ou tribunal ou le tribunal ?), le type de procédure (gracieuse ou contentieuse), le délai raisonnable, la durée de la révision, les conditions de la révision et sur la latitude pour le juge entre la résiliation et la résolution et aussi « la prise en compte par le juge des impacts juridiques et fiscaux de ce qui constituera un « avenant judiciaire ». ⁸⁵⁶ A défaut de paramètres de l'intervention judiciaire, des risques évidents d'arbitraire judiciaire émergent et si le juge se fonde sur le principe flou de la justice contractuelle, il n'est pas un économiste ou un homme d'affaire pour évaluer les prestations contractuelles et procéder à l'équilibre du contrat. Le juge « fut-ce-il consulaire et connaissant le monde des affaires, a des compétences et un temps limité. Aurait-il la volonté de se prolonger dans les conclusions échangées par les parties à l'instance pour réviser le contrat ? Désignera-t-il un sapiteur pour faire ce travail qui se rapproche terriblement, d'un travail d'expertise ? ». ⁸⁵⁷ Se pose aussi la question de savoir si « le juge a la culture de métier lui permettant d'apprécier l'opportunité de ce qui ressemblera à une décision de gestion ? ». ⁸⁵⁸ Les auteurs des *Leçons de droit civil* prévoient que « il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge ; intervenant dans l'exécution de la convention avec son sentiment personnel de l'équité et de l'intérêt général, il ruinerait le contrat, et mettrait en péril l'économie tout entière, en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels ». ⁸⁵⁹

Certains prévoient que la soustraction de l'intervention judiciaire pour réviser le contrat pour imprévision de l'article 1195 du Code civil fait preuve de la défense aveugle par le droit civil français du principe d'intangibilité du contrat. En effet, « Lorsque le juge se voit accorder un pouvoir de révision qui vise à restaurer l'équilibre voulu par les parties, que des circonstances extérieures ont remis en cause, il contribue à servir le contrat. Il en assure également la pérennité, là où la résiliation n'a assurément pas d'intérêt économique. » ⁸⁶⁰ Compte tenu du but de

⁸⁵⁶A. Confino, l'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprecision ? AJDI 2016 p.345

F. Patrizio, Théorie de l'imprévision : A quoi sert le nouvel article 1195 du Code Civil ?, linked in, 19 ⁸⁵⁷ septembre 2016. Disponible sur : <https://www.linkedin.com/pulse/théorie-de-limprévision-quoi-sert-le-nouvel-article-1195-patrizio>

⁸⁵⁸ Ph.Stoffel-munck, l'imprévision et la réforme des effets des contrats, in la réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 fevr.2016), ed.Lextenso. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDC112z5>

⁸⁵⁹H.,L.,J.Mazeaud et F.Chabas, Leçons de droit civil, Obligations, Montchretien, 1998, sp.n 730.

⁸⁶⁰N. Molfessis, op.cit, p.2933. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprévision -dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

l'institution, [le juge] doit d'abord chercher à sauver le contrat »⁸⁶¹ La révision judiciaire permet d'assurer la pérennité du contrat et la sécurité des relations commerciales. De plus, la révision judiciaire du contrat se révèle moins radicale que la résiliation judiciaire parce que la première option permet de maintenir l'exécution du contrat en fonction de l'intention des parties constatée par le juge avant le déséquilibre. Certains mettent la révision comme solution préférable à la résiliation.⁸⁶² Cette deuxième option a beaucoup plus d'effets pervers contestables.⁸⁶³

Tout anéantissement du contrat n'est pas une solution efficace face à l'imprévision. Il se peut que le débiteur soit de mauvaise foi en demandant au juge de résilier le contrat pour échapper à ses obligations ou que le créancier soit de mauvaise foi en refusant d'adapter le contrat, insensible à la situation difficile de son débiteur. Le créancier aurait intérêt à demander au juge la résiliation du contrat pour se contracter avec un autre débiteur dans des situations plus favorables et en maximisant son profit par rapport à celui résultant de la révision du contrat. Faisant obstacle à l'adaptation du contrat, il se peut que le créancier profite de la modification des circonstances pour imposer à l'autre partie des conditions difficiles lui portant atteinte pour profiter de la résolution du contrat. En effet, « *la révision devrait pouvoir être admise et imposée à celles des parties qui en a les moyens, dès lors que l'autre est susceptible d'être exclue du rapport contractuel* ». ⁸⁶⁴ Ce qui peut donner une effectivité à la renégociation, c'est en réalité la perspective d'une révision judiciaire en cas d'échec imputable à la partie qui ne souhaite plus maintenir la relation. ⁸⁶⁵ Le professeur Nicolas Molfessis se demande : « Comment alors penser qu'imposer un terme à un contrat qui reste à exécuter puisse être la solution la plus justifiée ? Parce qu'il faudrait privilégier la négociation et que l'épouvantail de la fin du contrat est la meilleure manière d'y inciter ? C'est l'argument avancé. Il est tout simplement inadmissible. ». ⁸⁶⁶ Et « En quoi la prévisibilité serait-elle mieux servie par la fin anticipée voire rétroactive du contrat

⁸⁶¹ P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Force obligatoire et durée du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, dir. : Dalloz, 2003, p. 175, spéc. p. 183

⁸⁶² D. Planutis, Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes. Étude de droit comparé : Espagne – Pologne – France, Mémoire Université Panthéon-Assas, 2013, p. 73

⁸⁶³ M. Almeida Prado, Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe : RIDC, avril 2010, p. 863 et p. 887.

⁸⁶⁴ Ch. Jamin, op.cit..p.56

⁸⁶⁵ L. Aynès, « Le devoir de renégocier », Revue de jurisprudence commerciale (Journal des Agréés), novembre 1999, p. 18.

⁸⁶⁶ N. Molfessis, op.cit, p.2932. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

que par son adaptation ? Par hypothèse, cette fin anticipée, que l'imprévision justifierait, n'aura pas été prévue. À l'inverse, la restauration de l'équilibre initial n'a rien de troublant par rapport à ce qui avait été anticipé ». ⁸⁶⁷De plus d'après Monsieur Picod « On regrettera, a-t-on justement écrit, que le projet d'ordonnance n'ait pas franchi le pas d'une véritable révision judiciaire pour imprévision en ne conférant au juge que le pouvoir d'éteindre le lien contractuel, sans lui donner l'alternative de réviser le contrat en cas d'échec des négociations, comme dans les systèmes les plus avancés ou dans les travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. Celle-ci aurait permis de déjouer des stratégies consistant pour une partie à ne pas jouer le jeu de la renégociation pour favoriser la fin de la relation contractuelle, unique perspective offerte au juge ». ⁸⁶⁸

Tallon prévoyait une fonction préventive de la révision du contrat qui incite les parties à négocier leur contrat. D'après lui « la révision du contrat [...] remplit une fonction préventive. La perspective d'une révision judiciaire incite les parties à négocier leur contrat ». ⁸⁶⁹ et Selon Bouthinin-Dumas « À côté des solutions déjà admises consistant pour le juge à recourir à la responsabilité civile et à la théorie de l'abus de droit pour prévenir une attitude malveillante d'une partie formellement obligée de renégocier un contrat, la perspective d'un développement judiciaire du litige avec l'horizon d'une révision décidée finalement par le juge est la plus puissante incitation concevable pour que les parties trouvent par elles-mêmes, ou avec l'aide d'un tiers médiateur, une solution satisfaisante et conforme au but poursuivi par le contrat relationnel ». ⁸⁷⁰

Tant que le contrat est la loi des parties, le juge ne peut intervenir qu'en dernière étape pour sauver la relation contractuelle à la lumière des mécanismes d'intervention pour éviter tout arbitraire ou intervention aléatoire du juge dans le contrat. Il est opportun et plus préférable que les parties révisent eux même le contrat avec l'aide d'un tiers. Il existe des situations où les différends entre les parties sont d'une importance considérable et requièrent l'intervention judiciaire

⁸⁶⁷N. Molfessis, *op.cit*, p.2933. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

⁸⁶⁸Y.Picod, 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. 165, spéc. p. 177

⁸⁶⁹D. Tallon (*op. cit.*, p. 411).

⁸⁷⁰H. Bouthinin- Dumas,*op.cit*,p.371. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

pour sauver la relation contractuelle et garantir sa pérennité, notamment dans les contrats relationnels ⁸⁷¹concept inventé par un analyste économique du droit. ⁸⁷²C'est dans ces types de contrats que les parties ont pour objectif d'entretenir des relations de longue durée. Au modèle du contrat fugitif s'est substitué celui du contrat durable. Il s'en est suivi une nouvelle aspiration dans la théorie générale du contrat : la pérennité contractuelle. ⁸⁷³D'après le professeur Aynés, c'est une question de préserver « une valeur essentielle : la pérennité du contrat ». Les principes qui irriguent la conception traditionnelle de la force obligatoire doivent en tout état de cause être appréciés avec moins de rigueur.⁸⁷⁴

De plus, « il serait plus favorable d'adopter une application distributive de la règle de révision pour imprévision, sans qu'elle soit contradictoire avec le principe de la force obligatoire du contrat » ⁸⁷⁵. Imposer à une partie la résiliation du contrat méconnaît plus la volonté des parties que de réviser le contrat et trouver une solution gagnant-gagnant. Devant le rétablissement de l'équilibre contractuel pour sauver la relation contractuelle telle que voulue par les parties au moment de la conclusion du contrat, la force obligatoire doit s'incliner.

En outre, il serait opportun d'appliquer le mécanisme de révision judiciaire pour imprévision en adoptant des critères de révision pour éviter l'arbitraire du juge et lui offrir les axes d'orientation nécessaires dans l'appréciation du déséquilibre que de retrancher ce pouvoir au juge et faire perdre la chance de réviser le contrat. Le contrat a vocation à être révisé objectivement en cas de déséquilibre. ⁸⁷⁶Résilier le contrat pourrait être en cas d'imprévision constitutif d'un abus tant qu'il y a encore une possibilité d'exécuter le contrat après la révision du contrat et satisfaire aux besoins des deux parties de vouloir contracter comme avant la survenance de ces circonstances.

⁸⁷¹Cf. C. Boismain, *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005. Mais Y.-M. Laithier, « A propos de la réception des contrats relationnels en droit français », *D.* 2006, Chr., p. 1003 ; H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 ; H. Muir Watt, « Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2000, p. 169 ; J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.

⁸⁷²I. Macneil, Relational « Contract Theory : Challenges and Queries », (2000) 94 Nw. U. L. Rev. 877 et comp. G. Rouhette, « Compte-rendu de Ian R. Macneil, *The New Social Contract* », *JDI* 1983, p. 960.

⁸⁷³B.Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 500

⁸⁷⁴Ibid.

⁸⁷⁵H. Bouthinon- Dumas, *op.cit.*, p.344. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁸⁷⁶J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1994, (n° 263 s), p.314-317.

D'après Monsieur Hugues, « reconnaître les contrats relationnels comme des contrats relativement incomplets, ouverts sur l'avenir de la relation contractuelle est une expression de la liberté des contractants ». ⁸⁷⁷ De plus, « un régime libéral de contrats économiques doit donner effectivement aux opérateurs les moyens ⁸⁷⁸ de s'organiser selon des systèmes permettant la collaboration durable des agents économiques souhaitant donner un cadre juridique pérenne à leur activité, il apparaît que l'admission de la révision pour imprévision serait non seulement conforme au principe de liberté contractuelle, mais aussi une occasion d'en étendre le domaine ». ⁸⁷⁹ Plus le degré d'incertitude de la transaction entre les parties est élevé, plus grand est le risque que les termes d'un accord initial choisis par celles-ci soient inadaptés, notamment dans les hypothèses de contrat de long terme. ⁸⁸⁰ Il en résulte en conséquence que ces contrats sont « inéluctablement incomplets ». ⁸⁸¹ Comme les contrats relationnels sont par nature incomplets, le juge peut compléter le contrat à la lumière de l'intention commune des parties. Dans la logique de poursuite le but recherché par les parties en contractant que le juge révisé le contrat. C'est le principe adopté aussi par l'article 150 du Code civil égyptien. La Cour de Cassation a statué que c'est à bon droit que les juges du fonds en raison des circonstances remplacé un bail à nourriture en une obligation de financer la pension du bénéficiaire dans une maison de retraite. Les juges de fonds prévoient que cela est plus approprié pour la réalisation du but contractuel en cherchant la commune intention des parties. ⁸⁸²

Le juge peut procéder à la révision du contrat par une interprétation téléologique. Dans les contrats relationnels, « en cas de contradiction entre les clauses notamment la clause relationnelle (qui définit ce que cherchent à faire les parties par le contrat qu'elles concluent et qui affirme la primauté de cet objectif sur le détail des obligations particulières qui doivent

⁸⁷⁷H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.366 Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁸⁷⁸Clause d'indexation automatique, clauses de renégociation, clauses de détermination des éléments du contrat par un tiers.

⁸⁷⁹H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.366. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁸⁸⁰S. Saussier, « La durée des contrats interentreprises : une analyse empirique » in *Economie et prévision*, n° 135, 1998-4, p. 138. Disponible sur : https://www.researchgate.net/publication/254446091_La_duree_des_contrats_interentreprises_une_a_nalyse_empirique

⁸⁸¹E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Les éditions Thémis, 2ème éd., 2008, p. 376.

⁸⁸²Chambre civile, 1.18 mai 1978, Bull.I, n 194, H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.369. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

permettre d'atteindre cet objectif) et les clauses instrumentales, le juge peut donner cohérence au contrat ». ⁸⁸³

Alors que les Conseil d'Etat français et ceux des pays arabes fixent seulement l'indemnité d'imprévision, les Cours de Cassation des pays arabes et la Cour de Cassation française révisent le contrat en le modifiant en cas d'imprévision. Nous voyons que le juge administratif doit aussi avoir cette possibilité de modifier le contrat, une prolongation du délai d'exécution du contrat pour imprévision peut correspondre à une modification des conditions d'exécution du contrat pour imprévision. L'équilibrage du contrat peut aussi requérir une diminution quantitative ou qualitative des obligations ou une augmentation qualitative ou quantitative de la contrepartie de ces obligations.

Alors que les juges des pays arabes ne sont pas habilités à résilier le contrat pour imprévision, les juges français le peuvent. Nous pensons qu'il convient de maintenir cette option de résiliation judiciaire du contrat pour imprévision au seul cas de force majeure et non pas en cas d'imprévision car en effet, le but est de maintenir la relation contractuelle par tous moyens. Des contrats portant sur des grands projets et dimension économique épouvantables doivent être maintenus dans l'intérêt des contractants et de la société aussi et ne se voir résilier qu'en cas de force majeure uniquement lorsque l'exécution du contrat devient impossible ainsi l'imprévision se convertit en une force majeure. C'est aussi la conception du Conseil d'Etat français qui ne résilie le contrat pour imprévision que lorsque la situation devient une force majeure. À partir du moment où il apparaît que la situation ne peut être redressée, chaque partie peut demander au juge de prononcer la résiliation du contrat. Résilier le contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil alors que le contrat pourrait bien se redresser et être sauvé est critiquable et constituer un abus du juge. Rien n'est plus facile que de résilier le contrat pour imprévision au lieu de procéder à sa révision efficacement. À partir du moment où il apparaît que la situation ne peut être redressée, chaque partie peut demander au juge de prononcer la résiliation du contrat. ⁸⁸⁴Cela doit être bien éclairci dans l'article 1195 du Code civil. Ce n'est pas aussi l'absence de renégociation par les parties ou son échec qui justifie la résiliation du contrat pour imprévision mais, lorsque la situation devient irrémédiablement compromise, lorsque le débiteur est de manière irréversible, dans l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat après la survenance d'un évènement drastique extérieur a sa volonté.

⁸⁸³H. Bouthinon- Dumas, *op.cit.*, p.369. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁸⁸⁴ Conseil d'État 19 décembre 1931 *Compagnie des tramways de Cherbourg* : Sirey 1933 III p. 9

CHAPITRE II : Les conditions d'application nébuleuses de la théorie de l'imprévision

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, une partie peut demander la révision du contrat bouleversé par des circonstances imprévisibles sous réserve de l'application des conditions de la théorie de l'imprévision qui sont au nombre de trois : deux positives, un changement des circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat. (SECTION I) ; et un changement des circonstances qui rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat (SECTION II) et une condition négative, à savoir l'absence d'acceptation par le débiteur d'assumer les conséquences de l'imprévision (SECTION III). Ces conditions d'application du régime de l'imprévision sont plus ou moins floues et nécessitent une délimitation juridique.

La réforme sur l'imprévision « a introduit de nouveaux standards, principes et normes, dont certains sont obscurs, ils vont devoir être « testés » et interprétés par les juges du fond, et *in fine* par la Cour de Cassation. Nous y verrons sans doute plus clair dans une dizaine d'années ». ⁸⁸⁵ En effet, les conditions d'application de la théorie de l'imprévision et ses conséquences sont méconnues par rapport au droit administratif.

Il faut noter que la difficulté qu'a éprouvée le législateur français pour reconnaître la théorie de l'imprévision depuis longtemps et l'intégrer dans son droit se reflète sur la manière de façonner les conditions d'application de cette théorie alors que les législateurs des pays arabes reconnaissent extensivement la théorie de l'imprévision qui n'est pas supplétive de volonté en effet, la révision du contrat pour imprévision est d'ordre public.

SECTION I : Un changement imprévisible des circonstances lors de la conclusion du contrat.

A défaut de jurisprudence, il est impossible de bien saisir le système légal de l'imprévision. Si l'imprévision s'apprécie à la date de la conclusion du contrat, l'article 1195 ne prévoit pas s'il faut prendre en considération la date de la signature du contrat principal ou si on

⁸⁸⁵A. Adeline, *op.cit*, p.5 Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

peut considérer que tout renouvellement tacite du contrat est une nouvelle conclusion du contrat.

Le « *changement des circonstances* » étant un terme générique imprécis et neutre, il convient de déterminer le degré et la manière de ce changement. L'article 1195 du Code Civil ne prévoit pas le critère de soudaineté du changement. Le changement implique l'apparition d'un évènement nouveau et exclut tout déséquilibre structurel. Il faut en effet un bouleversement important de l'équilibre contractuel dû au changement radical des circonstances et non pas un simple changement de circonstances. Il y a bouleversement des circonstances lorsque les termes de l'échange se trouvent substantiellement affectés.⁸⁸⁶ « Le texte utilise l'expression « changement des circonstances », à l'image des projets de codifications européennes qui traitent du « bouleversement des circonstances ». Le choix du terme « imprévision », largement utilisé en doctrine, n'est pas anodin, qui témoigne d'une conception du contrat tourné vers la volonté des parties, plus que sur l'effet produit sur l'économie de l'opération contractuelle ». ⁸⁸⁷Il convient de caractériser ce changement de circonstance extérieur aux contractants. D'ailleurs, le droit administratif subordonne la révision à l'existence d'une situation extracontractuelle qui implique un véritable bouleversement du contrat.⁸⁸⁸

Quid de la nature de ces circonstances ? S'agit-il de circonstances politiques (embargo international, conflits armés, guerre etc.), économique ⁸⁸⁹ ou technologique ? Le professeur Jacques Ghestin a proposé de restreindre le champ d'application de l'imprévision aux seuls déséquilibres monétaires modifiant la valeur réelle de l'équilibre des prestations. ⁸⁹⁰ Limiter l'application du texte aux fluctuations monétaires aurait été trop réducteur. ⁸⁹¹ Le spectre est large, les circonstances peuvent être de tous ordre : commerciales et financières par exemple l'augmentation du coût des matières premières, naturels comme les inondations, sécheresse,

⁸⁸⁶C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 661, spéc. p. 670 : « L'importance du déséquilibre se mesure donc non pas à ses causes, mais par ses effets sur l'équilibre du contrat » ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, *RJC* 2005, p. 397, spéc. p. 401-402.

⁸⁸⁷G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, les 30 jours de la RDO, Dalloz, 8 septembre 2016, <http://reform-obligations.dalloz.fr> p.1

⁸⁸⁸V. I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. Tallon et D. Harris, 1987, p. 217, spéc. p. 225.

⁸⁸⁹Cf. Ph. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in Paul Durand (dir.).

⁸⁹⁰J. Ghestin, « l'imprévision est liée à la monnaie », op. cit., n° 264

⁸⁹¹R. Cabrillac, droit des obligations, Dalloz, 13 eme édition, 2018, p.128.

l'incendie ou l'épidémie , macroéconomique (dévaluation monétaire, etc.), microéconomique (modification structurelle du marché, changement des modes de distribution du commerce et des services etc.), sociale comme la grève et les mouvements sociaux ,ou juridique, comme par exemple une nouvelle législation qui fait augmenter le montant de la taxe ou impose des frais de transport élevés qui s'ajoutent au prix des marchandises et rendent l'exécution du contrat onéreuse, des législations du le blocage des prix ou limitation des loyers, interdiction d'importation ou d'exportation, imposition de tarifs douaniers et interdiction de transfert de devises.

De plus, si « les circonstances économiques qui secouent le mode contemporain ne peuvent rester sans incidence sur le(s) contrat(s) », ⁸⁹² elles auront un impact sur les produits financiers. ⁸⁹³ Enfin, ces circonstances peuvent aussi être de nature scientifique ou technologique comme l'obsolescence technique, la découverte de produits ou sources d'énergie substituables. Et pensant plus loin, l'apparition de nouveaux moyens de commercialisation de produits pourrait inciter le fabricant désirant augmenter son pouvoir d'achat à invoquer les termes du contrat le contraignant à adopter des techniques de commercialisation anciennes.

« Quel que soit sa nature, le changement de circonstances devra être extérieur à la partie qui l'invoque (ce qui ne sera pas le cas du départ d'un homme clé de l'entreprise ou d'une panne dans la chaîne de fabrication par exemple) et avoir un impact direct et important sur l'exécution du contrat ». ⁸⁹⁴

Certes le critère du changement imprévisible des circonstances est large eu égard à la diversité des circonstances qui peuvent avoir lieu mais il est en même temps étroit car il ne s'agit pas de caractériser un événement simplement imprévu par les parties mais un événement imprévisible eu égard à l'économie du contrat ce qui rend la mise en œuvre de l'article 1195 compliquée.

⁸⁹²« Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision », R. Cabrillac, *RIDC*, avr. 2014, n°2, pp.337-344. - V° également « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », Mustapha Mekki, *RDC*, janv. 2010, n°1, pp.383-407.

⁸⁹³Sur la notion de « produits financiers », v° « Qu'est-ce qu'un produit financier ? », France Drummond, *Bulletin Joly bourse et produits financiers*, sept. 2015, n°9, p.353.

⁸⁹⁴P. Fernandez, *Changement de circonstances imprévisible et révision du contrat*, 18 mai 2016.

Ce changement de circonstances est imprévisible lors de la conclusion du contrat. Mais quand est-il en cas de reconduction tacite ou renouvellement du contrat ?

« Si les parties avaient prévu ce changement des circonstances économiques, il est probable qu'elles n'auraient pas conclu le contrat ou l'auraient conclu à des conditions différentes : appliquer le contrat tel qu'il avait été conclu à l'origine ne respecte pas la volonté des parties ». ⁸⁹⁵ Donc, reconnaître l'imprévision ne pourrait pas être considéré comme une atteinte à la force obligatoire du contrat ni une exception au principe de la force obligatoire du contrat car les deux notions se rencontrent et sont complémentaires. L'admission de l'imprévision constitue un remède au déséquilibre du contrat qui n'est pas contraire à la force obligatoire du contrat, il s'agit de rétablir l'équilibre tel que voulu par les parties. Par ce détour de l'acceptation implicite de l'institution incorporée au contrat avec ses nécessités naturelles, on peut dire que l'imprévisible elle-même se trouve prévue et réglée par le contrat. Sauf si une partie assume l'acceptation des risques qui peuvent survenir après la conclusion du contrat et pendant son exécution, il est présumé que le contrat prévoit la volonté des parties d'ajuster le contrat en cas de déséquilibre économique pour l'intérêt des deux parties. Pourtant, cette interprétation a été critiquée parce que les parties ont toujours des intérêts antagoniques sauf dans les contrats relationnels dans lesquels les parties ont presque le même but à atteindre.

Le contrat est considéré comme une valeur économique évolutive par le biais du changement des circonstances. En effet, « chaque contrat représente une valeur économique, dont il faut à l'occasion modifier le contenu pour assurer le maintien de ses utilités essentielles ; que le contrat, comme tous les biens, est transférable et qu'il n'y a pas là atteinte à la force obligatoire du contrat ni à sa relativité, mais l'occasion de constater que ces vieux principes sont toujours souples, donc toujours vivants ». ⁸⁹⁶ Il ne faut pas donc percevoir le contrat comme un instrument ou une relation entre deux ou plusieurs personnes mais, une valeur économique créatrice de richesses futures.

Selon Fouillée, tout ce qui contractuel est juste, le contrat est regardé comme un acte de volonté mais des lors que les prévisions sont perturbées et l'équilibre du contrat est bouleversé, le contrat est plutôt perçu comme un acte de prévision. Est contestée la réduction du contrat à une source d'obligations ou échanges d'obligations, il convient de percevoir le contrat comme un « acte de prévision » et instrument de gestion des risques. D'après le doyen

⁸⁹⁵Rémy Cabrillac, *op.cit*, 2018, p.124

⁸⁹⁶Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain du contrat*, préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 277.

Hauriou : « le contrat est l'entreprise 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 ». ⁸⁹⁷ Mais cette conception connaît des limites. En effet, l'imprévu n'est pas toujours facile... à prévoir ! Il se peut que les événements soient prévisibles mais que leurs conséquences soient imprévisibles. Le législateur n'a pas fourni une définition du caractère imprévisible ni des critères permettant de déceler une circonstance imprévisible, laissant cette mission à la doctrine et à la jurisprudence qui devraient fournir des solutions pratiques et donner les critères permettant d'établir l'imprévision. Bruno Oppetit définissait l'événement imprévisible comme « *échappant au contrôle raisonnable des parties et que l'on ne pouvait raisonnablement demander à ces derniers de prendre en compte au moment où elles ont conclu leur contrat* ». ⁸⁹⁸

Madame Thiberge, distingue trois types d'imprévus : « l'imprévu indifférent, qui n'appelle aucune sanction juridique, l'imprévu menaçant, qui nécessite une réponse juridique imminente, et enfin l'imprévu dirimant, celui contre lequel on ne peut plus rien ». ⁸⁹⁹ L'imprévision au sens de l'Article 1195 du Code civil renvoie à tous événement radical faisant obstacle à l'exécution du contrat par le débiteur. Deux approches sont envisageables pour déterminer si l'événement est imprévisible ou pas.

D'une part, il s'agit de l'approche objective en vertu de laquelle, le juge doit se référer à la personne raisonnable placée dans la même situation que les parties et se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir ces circonstances ou pas. Il s'agit donc d'une appréciation in abstracto des circonstances. Selon CORNU, « l'imprévisibilité est le « caractère de ce qui ne pouvait être prévu par un individu raisonnable et compte tenu des circonstances lors de la conclusion d'un contrat ou de la réalisation d'un fait dommageable ». ⁹⁰⁰

D'autre part, il s'agit de l'approche subjective dans laquelle on se demande si les parties ont prévu ces circonstances. Pour se faire, le juge se réfère à la commune intention des parties. Mais, « Il est bien plus objectif de sonder le contrat pour vérifier si l'événement a été

⁸⁹⁷M. Hauriou, principes de droit public, 1912, p.199. Cf aussi Lécuyer, « le contrat, acte de prévision ».in Mélanges François Terré. L'avenir du droit, PUF-Dalloz-JC,1999, PP.643 S.

⁸⁹⁸B. Oppetit, « L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances : La Clause de Hardship », Clunet 101 : 794, at 800 et seq.

⁸⁹⁹L. Thibierge, Le contrat face à l'imprévu, Economica, 2011, n° 769 et s., p. 426 et s.

⁹⁰⁰G. Cornu (s. la dir), Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, 11e éd., coll. Quadriga, PUF, 2016, V° imprévisible.

envisagé par les parties que de sonder des années plus tard l'esprit et les reins du débiteur pour déterminer s'il aurait pu y penser ». ⁹⁰¹Le juge peut aussi vérifier si les parties n'ont pas inséré une clause en vertu de laquelle, le débiteur continuera à supporter les risques même en la survenance de circonstances bouleversant l'équilibre contractuel. Il s'agit alors d'un aléa. « On aurait mieux donc fait de lui préférer le critère de la prévision, de substituer l'imprévu à l'imprévisible ». ⁹⁰²Si nous optons pour l'approche subjective, la théorie de l'imprévision aurait un champ d'application beaucoup plus large que si on applique l'approche objective. Il faut des solutions jurisprudentielles qui permettent de déterminer exactement les critères de l'imprévision.

Comme un autre mécanisme de détermination, le juge pourrait se référer à l'article 1218 du Code civil sur la force majeure édictant qu'il y aurait force majeure :

« Lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

Certains auteurs⁹⁰³ proposent l'application de cet article à l'imprévision. Appliquer cette analyse au cas de l'imprévision serait pertinent dans la mesure où l'article combine les deux approches subjective et objective. Vérifier la faculté de contrôle du débiteur relève de l'appréciation subjective alors que le terme « raisonnablement » dans le texte de l'article renvoie à une appréciation objective en se référant à une personne raisonnablement prudente placée dans la même situation que les contractants pour déterminer ce qui est imprévisible de ce qui ne l'est pas. D'après André Tunc « rien n'est totalement imprévisible ». ⁹⁰⁴Toutefois, nous préférons attendre que la Cour de Cassation définisse clairement ce qu'on entend par événement imprévisible car l'article 1195 ne prévoit pas le critère pour déterminer ce qu'est événement imprévisible.

Conçu comme une dérogation à la force obligatoire du contrat, le mécanisme de traitement de l'imprévision ne pourrait être mis en branle que si la circonstance était

⁹⁰¹ L. Thibierge Les effets du contrat, AJ contrat 2018, p.266

⁹⁰²L. Thibierge, Le contrat face à l'imprévu, préf. L. Aynès, Economica, Paris, 2011, spéc. p. 238 s.

⁹⁰³A. Bamde, *op.cit* , P.19

⁹⁰⁴A. Tunc, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », RTD Civ., 1946, p. 187.

radicalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et non pas seulement raisonnablement imprévisible... Autrement dit, les parties pourraient être tenues de supporter la survenance d'un événement dès lors que celui-ci aurait pu être prévu, fut-ce en envisageant le pire. Cette conception a été combattue.⁹⁰⁵ Pourtant, L'Article 1195 doit être éclairé par celui de l'article 1218 qui se contente d'un événement raisonnablement imprévisible⁹⁰⁶. D'ailleurs les principes Lando ont utilisé la même formule : raisonnablement imprévisible pour l'imprévision que pour la force majeure.⁹⁰⁷ Le critère est étroit car « il ne considère pas la survenance d'un fait simplement « imprévu » il faut que la nouveauté ait été « imprévisible » dans sa nature ou dans son ampleur, pour jouer ». ⁹⁰⁸

Certains auteurs prévoient que l'imprévisibilité est une exigence d'irrésistibilité, monsieur Oppetit définit l'évènement imprévisible comme : « échappant au contrôle raisonnable des parties et que l'on ne pouvait raisonnablement demander à ces derniers de prendre en compte au moment où elles ont conclu leur contrat »⁹⁰⁹. On adopte une appréciation in abstracto.

L'imprévision renvoi à la notion d'incomplétude contractuelle traitée par Rhower et Skroki dans leur œuvre Contrats publié en 2000. Un contrat est dit incomplet lorsque les obligations des parties ne sont pas parfaitement décrites ou spécifiées, c'est-à-dire lorsque les parties n'envisagent pas toutes les solutions permettant de faire face à toutes les éventualités d'accidents de parcours susceptibles de les priver du résultat désiré.⁹¹⁰ L'incomplétude renvoi à la notion d'incertitude. C'est parce que le futur est incertain et ambigu que la notion d'incomplétude contractuelle paraît pertinente, car tout n'est pas prévisible même ce que l'on croit prévisible ne l'est pas effectivement notamment pour l'impact des circonstances sur l'équilibre du contrat. La nature humaine est une limite et la quête d'une prévisibilité absolue est une utopie. En effet,

⁹⁰⁵G.Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, les 30 jours de la RDO, Dalloz, 8 septembre 2016, <http://réforme-obligations.dalloz.fr> p.3

⁹⁰⁶G.Chantepie, M. Latina, *op.cit*, p.3

⁹⁰⁷Comp.art.8.108 : « (...) empêchement (...) que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il prenne de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat » et art.6.111 « un changement des circonstances (...) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat ».

⁹⁰⁸Ph. Stoffel-Munck, la réforme en pratique, la résiliation pour imprévision, AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution 2015, p.262.

⁹⁰⁹ B. Oppetit, l'adaptation du contrat aux changements de circonstances : la clause de « hardship ». Disponible sur : <https://www.trans-lex.org/127600>

⁹¹⁰R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005, p. 190.

« l'homme demeure un demiurge limité par sa nature propre qui porte en elle une impuissance radicale et essentielle liée à la dimension temporelle de l'être : l'avenir reste le domaine de l'incertain, et toute volonté de domination des faits se heurte dès lors à l'immense champ des éventualités pouvant venir contrarier toute velléité d'organisation, ou plus simplement de connaissance ». ⁹¹¹ Il s'agit de l'impuissance irréductible de l'intelligence humaine.

L'avenir est composé à la fois de l'imprévu et de l'incertain, « l'incertain désigne l'événement envisagé par les parties, mais dont la survenance est aléatoire. L'imprévu qualifie l'événement auquel les parties n'ont pas songé. Ces deux substantifs s'inscrivent dans l'avenir. Celui-ci recèle à la fois des événements dont la survenance a été envisagée, et de véritables surprises. De fait l'avenir est constitué de l'imprévu et de l'incertain »⁹¹².

Si l'événement imprévisible est toujours incertain, l'événement incertain n'est pas toujours imprévisible. Les parties peuvent toujours anticiper un événement dont la réalisation est incertaine. Même si la notion d'imprévu pourrait renvoyer à l'incertitude, des auteurs établissent une distinction entre l'événement incertain et l'événement imprévu. En effet, « dire qu'un événement est imprévu signifie que l'on n'a pas envisagé la possibilité qu'il survienne. Qualifier un événement d'incertain implique que l'on y ait songé, mais qu'un aléa existe quant à sa survenance ». ⁹¹³ Cela veut dire que les contractants ne savent pas si cet événement se réalisera et quand est ce que cet événement se réalisera. Le droit a plutôt pour objectif de permettre la prévision des risques que de diminuer l'incertitude, « c'est à-dire à supprimer tout aléa pouvant intervenir dans leur détermination future ». ⁹¹⁴

Un événement peut être prévisible mais ses conséquences et son étendue ne le sont pas. Le contrat imparfait s'oppose au contrat parfait. Dans ce dernier, les parties prévoient une solution pour toute éventualité susceptible de se produire en cours d'exécution. ⁹¹⁵ Les situations d'incertitude radicale constituent l'imprévision. En effet, « pour le juriste des contrats, l'incertitude a

⁹¹¹M. Ludovic, la prévisibilité en droit des contrats, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse Capitole, 11 décembre 2017, p.15

⁹¹²L. Thieberge, Le contrat face à l'imprévu, préf. L. Aynes, Paris I, Economica, 2010, n°34.

⁹¹³L. Thieberge, Le contrat face à l'imprévu, préf. L. Aynes, Paris I, Economica, 2010, n°25.

⁹¹⁴Marignol Ludovic, la prévisibilité en droit des contrats, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse Capitole, 11 décembre 2017, p.199

⁹¹⁵E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 377

pour nom 'imprévision' ». ⁹¹⁶ Mais, « L'incomplétude n'est pas un vice car la convention revêt nécessairement une texture ouverte, le 'vécu' de cette relation dans le temps étant de nature à conférer un caractère évolutif à sa teneur » ⁹¹⁷

La notion d'incomplétude contractuelle appréhendée par le Courant doctrinal américain « Economic analysis of law) ou « law and economics » est une source d'inspiration du droit français en matière d'imprévision. L'incomplétude contractuelle selon Juliet Kotritsky pourrait résulter de plusieurs hypothèses : ⁹¹⁸

- (i) d'une volonté délibérée des parties qui s'abstiennent de prévoir une solution pour chaque éventualité susceptible de se produire pendant l'exécution du contrat – elles peuvent alors se fier à des (re)négociations futures ou à des normes ou usages sociaux pour régler toute difficulté qui surviendrait ;
- (ii) de l'ignorance des parties due par exemple au fait que celles-ci ont dédié peu d'attention ou de ressources aux négociations ;
- (iii) du fait que les termes du contrat ne sont pas toujours exempts d'ambiguïté.

Selon le Professeur Craswell l'incomplétude peut dépendre des règles d'interprétation qui sont appliquées. ⁹¹⁹

⁹¹⁶C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXIème siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), Paris, LGDJ, 2001, p. 669

⁹¹⁷H. Muir Watt, « Du contrat 'relationnel' – Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, Tome IV/Nantes-1999, Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, Paris, LGDJ, 2000, p. 174.

⁹¹⁸P. Kostritsky, "Taxonomy for justifying legal intervention in an imperfect world: what to do when parties have not achieved bargains or have drafted incomplete contracts", 2004 *Wis. Law Rev.* 323 (2004) citée par R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, 2005, p. 154 préc. note 9.

⁹¹⁹R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, 2005, pp. 154-155; *adde* sur la question de l'imperfection du juge: B. Deffains et S. Ferey, *Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit*, op. cit., pp. 105-110 et pour un cas concret où le juge a été considéré comme un « élément central de l'extorsion de la rente » : B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », op. cit., pp. 724-725.

Afin de se prémunir contre l'incomplétude contractuelle, il est conseillé aux parties d'insérer des clauses comme les clauses de hardship imposant aux parties de renégocier le contenu du contrat en cas d'imprévision et les clauses contractuelles de révision.

L'imprévision s'avère n'être qu'une manifestation de la notion –économique – d'incomplétude contractuelle, c'est-à-dire l'impossibilité pour les parties à un contrat de prévoir tous les futurs pertinents possibles⁹²⁰ ou encore, comme l'a affirmé un auteur, « l'expression d'une texture ouverte des contrats, du fait du temps et de l'imprévisibilité du futur ».⁹²¹ La notion d'incomplétude contractuelle ouvre la voie à l'application des clauses de renégociation en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel.

Très justement, « le dialogue entre droit et économie est désormais une nécessité pour qui veut comprendre le fonctionnement des économies contemporaines »⁹²² et ce, notamment, dans la mesure où « le raisonnement économique peut venir enrichir les méthodes traditionnelles d'interprétation juridique ».⁹²³ En effet, sont pris en compte, particulièrement dans le contexte des contrats, un certain nombre de variables économiques pertinents.⁹²⁴

La notion de contrat incomplet en économie n'a pas exactement le même sens en droit. Mais en appréhendons la notion d'incomplétude contractuelle en droit, « la théorie des

⁹²⁰ R. Tafotie, *op.cit* ,p.6. Disponible sur : <https://docplayer.fr/28211377-Document-de-travail-4-l-incomplétude-contractuelle-comme-imprévision-endogene-ou-structurelle-du-contrat-par-roger-tafotie.html>

⁹²¹Th. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », coll. Repères, Paris, 1999. P.21. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-11.htm>

⁹²²B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats »,RTDCiv, octobre/décembre 2010, pp. 719;adde : J-Fr. Gaudreault-Desbiens, « La critique économique de la tradition romano-germanique », RTDCiv., octobre/décembre 2010, p. 701 où l'auteur affirme que : « [...] cette ouverture aux rapports qu'entretient le droit avec d'autres sous-systèmes sociaux, que ce soit l'économie ou le politique, ainsi qu'aux savoirs externes nous paraît aussi nécessaire qu'inévitable ».

⁹²³B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *op. cit.*, p. 719.

⁹²⁴Ch. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? » in Droit et économie des contrats (dir. Ch. Jamin), Paris, LGDJ, 2008, p. 18 où l'auteur affirme que : « Les études économiques éclairent utilement les modalités de prise de décision contractuelle. Ces informations font défaut au raisonnement juridique qui simplifie à outrance la motivation contractuelle ».

contrats en économie jette un premier pont vers des considérations juridiques ». ⁹²⁵ La notion d'incomplétude contractuelle quant à elle est au départ une notion économique et relève précisément de la branche des organisations industrielles. ⁹²⁶ Les économistes semblent sortir le contrat incomplet du monde du droit pour le placer dans celui des régulations privées faisant appel à des procédés non juridiques d'ajustement des prestations telle la réputation des parties ou encore les usages professionnels ⁹²⁷. « Les contrats empiriquement pratiqués seraient forcément incomplets du fait que le monde réel n'est pas walrasien » ⁹²⁸. Dans le modèle walrasien, les ajustements de l'offre et de la demande au prix d'équilibre sont instantanés. ⁹²⁹ Or, on relève que le problème de la coordination des agents est central lorsqu'on abandonne l'hypothèse d'un commissaire-priseur centralisant les offres et les demandes et assurant la compatibilité des plans des agents en annonçant les prix d'équilibre. ⁹³⁰

L'article 1195 nouveau ne précise rien s'agissant du caractère « durable » du coût « excessivement onéreux », cela rendra la mise en œuvre de la révision pour imprévision compliquée (et parfois injuste) pour certains marchés cycliques, volatils, coutumiers de « trous d'air ». ⁹³¹

Même si l'article 1195 ne le mentionne pas, le changement des circonstances a comme terrain fertile les contrats synallagmatiques. « L'idée d'équilibre dans le contrat, l'expression de justice, n'a de sens que dans les contrats synallagmatiques commutatifs à titre onéreux car eux seuls sous-tendent la réciprocité des prestations ». ⁹³² Cette dernière affirmation est cependant

⁹²⁵ B. Deffains et S. Ferey, Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit, RTDCiv, octobre/décembre 2010, p. 16.

⁹²⁶ A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" in The Yale Law Journal, vol. 112, 2003, p. 859

⁹²⁷ Th. Kirat, *op.cit*, p.16. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-11.htm>

⁹²⁸ Th. Kirat, *op.cit*, p.16. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-11.htm>

⁹²⁹ S. Saussier, *op. cit*, p. 137. Disponible sur : https://www.researchgate.net/publication/254446091_La_duree_des_contrats_interentreprises_une_analyse_empirique

⁹³⁰ R. Tafotie, *op.cit*, p. 10. Disponible sur : <https://www.analyseeconomiquedudroit.com/Documents-de-recherche.html>.

⁹³¹ A. Adeline, *op.cit*, p.4. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

⁹³² J.-M. Guéguen, « Le renouvellement de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 352, spéc. p. 352.

partiellement exacte. En témoigne le contrat de société qui n'est pas un contrat synallagmatique.⁹³³

La théorie de l'imprévision a aussi comme terrain pertinent les contrats à long terme⁹³⁴ et les contrats à exécution successive. Empruntant l'expression de Monsieur Bouthinon-Dumas, Les contrats de long terme contiennent « structurellement de l'imprévision ». Ce sont des moyens institutionnels pour protéger les investissements spécifiques à la transaction.⁹³⁵ C'est-à-dire des investissements réalisés dans un contexte dans lequel les ressources qu'apportent chacune des parties à une transaction créant une valeur supérieure pour ladite transaction et sont difficilement redéployables ailleurs.⁹³⁶ La théorie de l'imprévision est considérée à juste titre comme n'intéressant pas que l'équilibre des obligations, mais aussi et surtout le développement du contrat lui-même.⁹³⁷ D'après Monsieur Stoffel-Munck, « seuls les quelques types de contrats durables où les rapports humains sont limités et la coopération très accessoire (bail), pourraient survivre à l'administration d'un tel remède ». ⁹³⁸C'est pourquoi, poursuit-il, « la réforme serait vraisemblablement peu utile ».

⁹³³B.Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise, p. 386

⁹³⁴Les droits nationaux méconnaissent la notion de contrat à long terme et ne connaissent que les contrats à exécution instantanée ou successive, à durée déterminée ou indéterminée : M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in Problèmes d'actualité posés par les entreprises, Etudes offertes à R. Houin, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 263-264 ; adde dans le même sens : A. Cermolacce et V. Perruchot-Triboulet, Jurisclasseur Contrats – Distribution, Fasc. 70 : « Durée dans les contrats », oct.2006., n° 2 à 11. Pour une étude générale des contrats de long terme : Cf. C. Delforge, « La spécificité des contrats à long terme entre firmes », thèse UCL, (dir. M. Fontaine et P. Wéry), 2006

⁹³⁵B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », op. cit., p. 720

⁹³⁶Cf. R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005, p. 189.

⁹³⁷ H. Bouthinon-Dumas, *op.cit.*, p.343. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm> ; D. Philippe, « L'imprévision », JT (bel.), 2007, p. 741 où l'auteur précise que l'admission du bouleversement de l'économie contractuelle contribue à la stabilité du contrat ainsi qu'à la justice sociale.

⁹³⁸P. Stoffel-Munck, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 140.

Les contrats à exécution successive s'opposent à ceux à exécution instantanée. L'article 1111-1 du Code civil définit chacun de ces contrats en édictant que : « Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.

Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps ».

Par exemple constitue un contrat à exécution instantanée : le contrat de vente d'un bien payé comptant et remis à l'acheteur au même moment, contrats de cession de titres sociaux. A l'inverse, constitue un contrat à exécution successive : Le contrat de prêt d'argent, le contrat de cession des droits sociaux, les contrats de louage.

En effet, « le domaine de prédilection du mécanisme (s'avère être) le contrat à exécution successive ».⁹³⁹ L'imprévision aurait pour objectif « de lutter contre le coût d'exécution devenu excessivement lourd d'une obligation qui se renouvelle ».⁹⁴⁰ De plus, « l'imprévision se manifeste au moment de l'exécution, elle se traduit par une inadéquation entre les clauses consenties ex ante et les circonstances de leur mise en œuvre. Elle n'a donc pas de pertinence pour le contrat spot, là où formation et exécution coïncident ».⁹⁴¹ D'après le doyen Carbonnier « le contrat successif prête le flanc à cette instabilité : mais il est aussi un refuge contre elle »⁹⁴²: l'instabilité économique déséquilibre ce type de contrat et en même temps ces contrats, lorsqu'ils sont équilibrés dans le temps, font obstacle aux conséquences indésirables du déséquilibre. Il revient alors au marché (par le biais des marchés à terme, des marchés de couverture contre les risques, etc.) et à la capacité de prévision des parties de gérer l'incertitude et le besoin de flexibilité⁹⁴³.

L'imprévision a touché en droit administratif les contrats à exécution successive comme les contrats de bail et les contrats de louage d'ouvrage.

Les contrats à exécution instantanée sont des contrats ponctuels et discrets⁹⁴⁴ dans lesquels tout aspect relationnel (obligation de garantie de vendeur) est écarté. En effet, « il est

⁹³⁹J.Moury, B. François « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux », Recueil Dalloz, 10 nov. 2016, n°38, pp.2225-2236.

⁹⁴⁰*Ibid*

⁹⁴¹C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, p. 661, spéc. p. 669

⁹⁴²J.Carbonnier, *op.cit.*, [1998], p 64, n 141.

⁹⁴³H. Bouthinon- Dumas, *op.cit.*, p.354. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁹⁴⁴*Ibid*

des contrats-les plus nombreux, si l'on songe à la multitude des ventes au détail-qui ne laissent aucune trace à la surface du temps parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie ». ⁹⁴⁵

« La théorie de l'imprévision n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats typiques d'un pur marché libéral, c'est-à-dire aux contrats discrets, on en déduit qu'il serait opportun de réserver la révision pour imprévision aux seuls contrats relationnels ». ⁹⁴⁶ Cette conception doit être étendue pour tous les contrats à exécution successive sans être forcément qualifiés de relationnels comme en dispose l'article 1195 du Code civil.

En pratique, l'écoulement de temps change énormément les circonstances et les parties sont exposés à un aléa : le changement du contexte économique, politique ou législatif. Le facteur temporel du changement des circonstances se manifeste en principe dans les types de contrats de long terme. Les contrats de licence sont les premiers concernés car ce sont des contrats conclus pour une longue durée. Les clauses de hardship sont prévues dans les contrats à long terme où le préjudice excessif est de longue durée. La période des "Trente Glorieuses" connaît une augmentation spectaculaire des contrats qui s'exécutent pour une longue durée, notamment en raison du développement de secteur de la distribution.

Nous nous posons la question de savoir si un contrat de cession est susceptible de l'application de la révision pour imprévision. Certains s'y opposent, admettant que bien que les obligations des parties dans un contrat de cession s'étalent dans le temps et sont donc à exécution successive, les parties peuvent toujours les exécuter en une prestation unique. ⁹⁴⁷ D'autres l'admettent lorsque l'exécution de l'obligation est différée dans le temps. ⁹⁴⁸

Cependant, le champ d'application de l'article 1195 du Code civil n'est pas cantonné aux contrats à exécution successive régis par l'article 1111-1 du Code civil qui exige pour leur exécution un certain laps de temps, mais concerne également tous les contrats de droit commun. L'article 136 de l'avant-projet-gouvernemental sur l'imprévision n'a pas réduit l'application de la

⁹⁴⁵J.Carbonnier.op.cit[1998],p.261 n 138

⁹⁴⁶H. Bouthinon- Dumas,*op.cit*,p.355. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁹⁴⁷Moury, La délimitation du champ de l'article 1195 du Code civil , notamment en matière de cessions de droits des contrats » Dossier, Bull.Joly 2016.

H.Le Nabasque, l'imprévision et les cessions de droits sociaux, « le droit des sociétés et la réforme du ⁹⁴⁸ droit des contrats ». Dossier, Bull.Joly 2016 Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/BJs115m4>

théorie de l'imprévision sur les contrats à exécution successive ou échelonnée. En effet, « ces derniers n'ont pas l'exclusivité des problèmes que peut engendrer l'étalement d'un contrat dans le temps ». ⁹⁴⁹ « Que l'on songe par exemple à une vente dont les effets seraient affectés par un terme suspensif ou par une condition suspensive, le lien contractuel peut en effet perdurer dans le temps, indépendamment de la durée d'exécution des obligations qu'il engendre ». ⁹⁵⁰ En revanche, l'avant-projet Catala a restreint le domaine de l'imprévision aux contrats à exécution successive. Nous voyons que la distinction entre contrats à exécution successive ou contrat à exécution instantanée est indifférente pour délimiter le champ d'application de la théorie de l'imprévision. En effet, « La seule question qui se pose est de savoir si le contrat est en cours d'exécution lorsque survient l'évènement imprévisible. Ainsi pourraient être concernés par le nouvel article tant une vente d'immeuble où l'acquéreur ne paie pas le prix en une seule fois qu'un contrat d'entreprise où l'entrepreneur réalise son ouvrage dans un délai déterminée ». ⁹⁵¹

Le rapport de la Commission des lois a précisé que cet article sur l'imprévision s'applique aussi aux promesses unilatérales et aux pactes de préférences dont le régime est déterminé par les articles 1123 et 1124 suivants du Code civil . La promesse unilatérale est définie par le Vocabulaire juridique dirigé par Gérard Cornu comme étant « un accord de volontés par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement -investi d'un droit d'option pendant un délai donné-restant libre ne peut pas conclure le contrat envisagé(en laissant passer le délai) ou de le conclure en « levant »l'option dans le délai ». ⁹⁵² Nous pensons que l'article 1195 du Code civil peut s'appliquer en dehors du champ d'application de l'article 1675, alinéa 2 du Code civil français qui prévoit que : « En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation ». Si le promettant s'engage à vendre une chose et qu'entre-temps le prix a subi une baisse, l'acquéreur peut-il se prévaloir de la théorie de l'imprévision ? Si l'article 1675 du Code civil ne s'applique qu'en matière de promesse unilatérale de vente d'immeuble, l'article 1195 du Code civil peut bien s'appliquer selon certains auteurs pour les

⁹⁴⁹J.Rochfeld, « les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, n 1, p.47, spéc, n 12.

⁹⁵⁰S.Pellet, L'avenant au contrat, IRJS éditions, 2010, n 5

⁹⁵¹ V.Zalewski-Sicard, l'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction, éditions Francis Lefebvre, 15/2/2017. Disponible sur :

<https://www.efl.fr/actualites/immobilier/contrats-immobiliers-speciaux/details.html?ref=ui-323aca7d-ac10-4e29-ae70-a0e4aa37e6bb>

⁹⁵²G.Cornu, le vocabulaire juridique, 5emeEt PUF,1996, Association de H.Capitant.

autres cas de promesse tel la vente de chose meuble ou encore le changement de circonstances affectant l'acquéreur. Selon Ancel Pascal « on doit sans doute considérer que, dans le domaine qui est le sien (la lésion subie par le vendeur d'immeuble), ce texte spécial exclut l'application du mécanisme général de l'article 1195 : on n'imagine guère qu'un vendeur, lésé par l'effet d'une soudaine augmentation de la valeur de l'immeuble entre la promesse et la levée d'option, puisse recourir à l'article 1195 pour échapper au seuil des sept douzièmes ou aux contraintes procédurales de la rescision pour lésion des articles 1674 et suivants. **L'article 1195 semble en revanche pouvoir s'appliquer en dehors du champ d'application de l'article 1675, aliéna 2 : différence de valeur au détriment de l'acheteur, différence de valeur dans une promesse ne portant pas sur un immeuble ou dans une promesse synallagmatique... dès lors que ces déséquilibres seraient le résultat d'une évolution économique inattendue entre la signature de la promesse et sa réalisation** ». ⁹⁵³

Les contrats unilatéraux et les actes unilatéraux sont aussi susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision. Certains auteurs⁹⁵⁴ pensent que les contrats unilatéraux ne sont pas susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision car, il n'y a qu'un seul débiteur alors que la théorie de l'imprévision suppose le déséquilibre des prestations des parties. Mais nous voyons qu'à la lumière des termes de l'article 1195 du Code civil, sans que l'obligation du créancier soit l'unité de mesure du caractère excessivement onéreux, la révision pour imprévision peut bien jouer en faveur du débiteur dont l'exécution des obligations est devenue imprévisible par le fait du changement imprévisible des circonstances.

Les contrats relationnels, élaborés par la doctrine américaine, constituent un champ d'application pertinent de la théorie de l'imprévision. Dans ces contrats « le concours actif et durable de chacune des parties est nécessaire si l'on veut que le contrat accouche de toute sa richesse ». ⁹⁵⁵ Bien que ces contrats n'apparaissent pas dans le Code civil français, ils ont été élaborés par des économistes. On trouve un reflet de l'analyse de cette conception de la doctrine en droit américain sur les contrats relationnels dans des comptes rendus de droit français ⁹⁵⁶ dans

⁹⁵³A.Pascal, « Imprévision », Rep.Civ., Mai 2017, p.19

⁹⁵⁴J.Ghestin, Ch.Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil, 3eme éd., LGDJ, 2001, p.363.

⁹⁵⁵P. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé, PUAM, 1994, préf. A. Sériaux, n° 159, p. 98

⁹⁵⁶G. Rouette, Compte rendu de *The New Social Contract* de I. Macneil, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, 1983

des articles ⁹⁵⁷ ou dans des ouvrages de droit ⁹⁵⁸. Pourtant, il faut déterminer un régime pour les contrats relationnels propre au droit français.

Les contrats de longue durée, dont l'exécution s'échelonne dans le temps constituent le terrain pertinent de l'application de la théorie de l'imprévision. C'est ainsi le cas des contrats relatifs aux matières premières et sources d'énergie comme le gaz et le pétrole. Ces contrats s'insèrent dans un environnement en mutation constante soit dans le domaine de l'économie ou bien la politique dont l'équilibre se bouleverse mais les parties souhaitent sa continuation. Les contrats relationnels font partie des contrats de longue durée et qui organisent une relation déterminée par l'objectif atteint par les parties par exemple la mise en place d'un réseau de distribution. Ces contrats sont susceptibles de beaucoup de changements pendant leur exécution. La théorie de l'imprévision fait appel à un nouveau « regard » d'après le professeur Philippe Stoffel-Munck⁹⁵⁹. Le nouveau regard sur le contrat suppose la rupture avec la conception traditionnelle de percevoir le contrat comme un organisme mort qui n'évolue pas et par conséquent aurait besoin de rééquilibrage.

La conception moderne du contrat repose sur l'idée que le contrat n'est pas simplement un « bloc contractuel » mais il doit être perçu comme, un « lien ». Il ne faut pas voir une vision restreinte du contrat à un échange mais relire la théorie des contrats c'est-à-dire de tous les contrats à la lumière de cette nouvelle génération de contrats et à vouloir faire d'une particularité certes essentielle, une nouvelle généralité. ⁹⁶⁰

Ces contrats sont susceptibles de révision car les contractants entretiennent des relations durables de partenariat économique (réseau, consortium, etc.). Dans son article sur la révision et l'intangibilité, le professeur Christophe Jamin s'est référé au juriste américain Macneil qui a développé la théorie des contrats relationnels, prévoyant que « les contrats de longue durée commencent à constituer un objet d'étude spécifique, au point que l'on peut aujourd'hui se demander s'ils ne forment pas une catégorie juridique originale, et Ian Macneil nous a appris que les contrats pouvaient avoir plusieurs futurs ».

⁹⁵⁷D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTDCiv., 1994, pp. 223 s.)

⁹⁵⁸Ph. Malaurie & L. Aynès, Cours de droit civil. Les obligations, Paris, Cujas, 10^e éd., 1999-2000, voir aussi D.Tallon, *op.cit*, [1994], pp.234-235, sur l'intérêt des contrats relationnels pour l'élaboration d'une théorie des remèdes contractuels.

⁹⁵⁹Stoffel-Munck, *op.cit*.

⁹⁶⁰H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.357. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

« Il n'y a peut-être pas de raisons de limiter la « théorie de l'imprévision » à l'imprévision résultant de circonstances extérieures aux parties, le contrat relationnel est une source endogène d'imprévision, contenant structurellement de l'imprévision ». ⁹⁶¹

Les contrats relationnels sont des contrats à exécution successive. Pourtant, des contrats à exécution successive ne sont pas considérés comme des contrats relationnels comme les contrats de vente échelonnée, les contrats de bail et les contrats de crédit-bail.

Même s'il n'utilise pas expressément le terme « contrats relationnels », le doyen Carbonnier prévoit la nécessité d'établir un droit sur les contrats relationnels. En effet le contrat à exécution successive a été défini par Carbonnier comme « un contrat-organisme où les deux intéressées coopèrent à des fins sociales (la coopération traduisant notamment un devoir permanent de transparence) ». ⁹⁶² De plus d'après le professeur Christophe Jamin, « c'est une petite société ou chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun. [...] il peut y avoir un devoir de coopération [entre le créancier et le débiteur] ». ⁹⁶³

Macneil utilise le terme une « constitution » ⁹⁶⁴ de la relation pour désigner les règles destinées à adapter, compléter ou réformer le contrat. Le contrat relationnel est un contrat en relief ⁹⁶⁵ contenant une clause prévoyant des règles sur l'organisation des obligations des parties. Les devoirs découlant de la « relation contractuelle » priment sur les obligations du « bloc contractuel ». ⁹⁶⁶ « D'ailleurs, l'inspiration réaliste (sociologique et économique) de cette théorie est à l'opposé de l'ambition kelsénienne de construction d'une théorie « pure » du droit ». ⁹⁶⁷ Le but de conclure un contrat relationnel est d'assurer la pérennité des relations contractuelles au-delà de la satisfaction des intérêts individuels de chaque contractant. Les contractants doivent se collaborer ensemble pour maintenir l'exécution durable du contrat relationnel et atteindre le maximum du profit qu'ils peuvent réaliser ensemble. On peut citer comme exemple de contrats

⁹⁶¹H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.343. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁹⁶²J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, 21^e PUF, 1998, P.264, N 141

⁹⁶³Ch. Jamin, *op.cit.*, p.56

⁹⁶⁴Cf. I. Macneil, *op. cit.* [1978], pp. 889-895.

⁹⁶⁵H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.358. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁹⁶⁶Cf. C. Thibierge-Guelfucci, *op. cit.*, 360 s.

⁹⁶⁷H. Bouthinon- Dumas, *op.cit*, p.359. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

relationnels : les contrats-cadres⁹⁶⁸, les contrats de société, les contrats de distribution et les contrats individuels et collectifs de travail.

Les contrats relationnels représentent la forme juridique d'une organisation de l'activité économique ne reposant pas purement et simplement sur des transactions de marché⁹⁶⁹. Il s'agit d'établir un cadre pour les relations entre les agents commerciaux afin de mieux assurer une relation de longue durée nécessaire à la réalisation de leurs projets. Pour cela, ces types de contrats de nature assez particulière ont besoin d'être révisés en cas d'imprévision. Les contrats relationnels jouent un rôle primordial dans l'organisation de l'activité économique. « La nature des contrats relationnels permet et exige de concilier force obligatoire du contrat et révision, qui ne sont pas contradictoires. Les parties au contrat relationnel veulent la résurrection du contrat pour faire durer la relation contractuelle, se méfiant de son euthanasie ». ⁹⁷⁰

« Reconnaître la spécificité des contrats relationnels en leur appliquant le régime général des contrats (le régime des contrats de marché) revient à confondre la liberté économique et l'économie entendue de la manière la plus restrictive, et à confondre la spéculation avec la prévision ». ⁹⁷¹

Toutefois, certains contrats, bien qu'à exécution instantanée, peuvent être frappés d'imprévision dans le cas où l'exécution des obligations à terme ou bien lorsqu'il s'agit d'une prestation fractionnée dont l'exécution se trouve différée ou étalée dans le temps. Certains auteurs comme les professeurs Jacques Moury et Bénédicte Francois, considèrent que le contrat de vente donne naissance à « *deux obligations uniques* » et le terme stipulé n'est « qu'une modalité de leur exécution ». ⁹⁷²

⁹⁶⁸Cf. J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, thèse avec préf. de M. Béhar-Touchais, L.G.D.J., 1996 et L. Aynès, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁶⁹H. Bouthinon- Dumas, *op. cit.*, p.363. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

⁹⁷⁰ H. Bouthinon-Dumas, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, *revue internationale de droit économique* 2001/2 (t.xv,3), p.368

⁹⁷¹H. Bouthinon-Dumas, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, *revue internationale de droit économique* 2001/2 (t.xv,3), p.373

⁹⁷²J. Moury, B. François « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux *op. cit.* - Jacques Moury « La délimitation du champ de l'article 1195 du Code civil , notamment en matière de cessions de droits sociaux », , *Revue des sociétés*, sept. 2017, n°9,p.472-476.

« Symétriquement, pour les contrats à exécution instantanée, ne doit-on pas considérer que la « valeur de l'objet » correspond à son prix ? Et ce prix n'est-il pas susceptible de subir de brusques changements lorsque l'exécution de l'obligation unique s'inscrit dans la durée en effet, ce parallèle permet de se demander si dans le mécanisme de l'imprévision, « valeur de l'objet » et « montant des prestations » ne sont pas qu'une seule et même condition des conventions ». ⁹⁷³. « L'imprévision serait moins une altération des conditions d'exécution de l'accord, que plus largement, une atteinte substantielle à l'objet de l'obligation, intégré depuis la réforme dans le concept plus vaste de contenu du contrat ». ⁹⁷⁴ La notion de « contenu du contrat », plus large, introduite par la réforme, englobe désormais celle d'objet : articles. 1162 à 1171 du Code civil. Le concept d'« objet de l'obligation » demeure quant à lui et continue à faire référence à la prestation ⁹⁷⁵.

De plus, quelle que soit la nature du contrat et la ou les prestations affectées, « la théorie de l'imprévision doit avoir pour objectif de rétablir l'équilibre contractuel des prestations. La théorie de l'imprévision est fondée sur un postulat inexact. Elle met l'accent sur la cause d'un phénomène, alors que c'est l'effet produit sur l'équilibre du contrat qui est essentiellement pris en considération. [...] C'est le déséquilibre objectif des prestations, apparu après coup, qui pose la question du maintien intégral ou de la révision du contrat et non la survenance d'une circonstance nouvelle et imprévisible ». ⁹⁷⁶

Le projet de loi du Sénat ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations proposait l'introduction dans le Code monétaire et financier un nouvel article L.211-40-1 écartant l'application de l'Article 1195 du Code civil sur les contrats portant sur des instruments financiers et les contrats financiers. Cette proposition a été adoptée par la loi de ratification du 20 avril 2018.

⁹⁷³V. Catillon, *op.cit.*, p.10. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

⁹⁷⁴Ibid.

⁹⁷⁵Ibid.

⁹⁷⁶J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 1994, n°298

Dès lors, en vertu de cette loi de ratification, le paragraphe 3 de la section 4 du chapitre 1er du titre 1er du livre II du code monétaire et financier est complété par un article L. 211-40-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 211-40-1. - Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de titres et contrats financiers ou d'opérations sur des titres et contrats financiers, se prévaloir de l'article 1195 du Code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »

Ainsi le changement des circonstances justifiant l'application de la théorie de l'imprévision ne peut pas avoir comme champ d'application les contrats relatifs aux instruments financiers. Cette modification a pour conséquence, selon le professeur Bruno Dondero, d'éviter notamment, dans les opérations de capital-risque, que l'exécution des promesses de rachat d'actions soit gênée par le jeu de l'article 1195.⁹⁷⁷

De plus, selon le professeur Jacques Ghestin, l'imprévision n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats spéculatifs. Les transactions boursières relèvent de cette logique mais, ou s'arrête la frontière des contrats spéculatifs ? (Immobiliers, collections de timbres, voitures...) ?⁹⁷⁸. Certains auteurs prévoient que tous les contrats de marché doivent être exclus du champ d'application de la théorie de l'imprévision. En effet, les parties sont placées sous l'empire de la loi du marché à laquelle ne peut pas se substituer l'intervention judiciaire.

L'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers codifiée à l'article L.211-1 du Code monétaire et financier⁹⁷⁹ a régularisé le régime des titres et des contrats financiers. Les titres financiers comprennent les titres de capital émis par les sociétés par actions notamment à l'occasion de certaines cessions de droits spéciaux, les titres de créance et les parts ou actions d'organismes de placement collectif, CMF, art. L.211-1 II. Ils sont émis en exécution d'un contrat, matérialisés par une inscription en compte, négociables et transmissibles par virement de compte à compte.⁹⁸⁰ Pour certains auteurs, les warrants sont des dérivés, car outre leur

⁹⁷⁷B. Dondero, La réforme de la réforme du droit des contrats ?, 11 octobre 2017, Le blog du professeur Bruno Dondero. Disponible sur : <https://brunodondero.com/2017/10/11/la-reforme-de-la-reforme-du-droit-des-contrats/>

⁹⁷⁸« L'imprévision est une théorie qui s'attache à l'exécution de l'obligation », J. Ghestin, op. cit., n° 265.

⁹⁷⁹V° « La réforme des instruments financiers », Bruno Dondero, Paul Le Cannu, RTD Com, avr. 2009, pp.380-381.

⁹⁸⁰Th. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, op. cit., p.89, n°81-1.

livraison, ils peuvent également être réglés par différence ⁹⁸¹. D'autre part, les contrats financiers sont des contrats élaborés par une entreprise de marché ou un établissement financier. Ils ne sont pas inscrits en compte et ne circulent pas par virement.⁹⁸²

En vertu de l'article L.211-1 III du Code monétaire et financier « Les contrats financiers, également dénommés " instruments financiers à terme ", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret ». Le Code monétaire et financier a énuméré une liste des contrats qui sont considérés comme contrats financiers dans l'Article D.211-1 A. Pourtant cette liste n'est pas exhaustive fait preuve de l'incapacité du législateur à proposer une définition « conceptuelle, générale et abstraite » de ces Instruments. ⁹⁸³

L'ensemble des contrats financiers⁹⁸⁴ dits « instruments financiers à terme » auxquels sont attachés certains titres constituent des dérivés⁹⁸⁵. Si la notion d'instruments financiers à terme correspond à l'ensemble des contrats financiers, les « titres dérivés n'en sont pas moins des instruments financiers à terme. [...] Les titres dérivés sont des instruments financiers à terme titrisés ». ⁹⁸⁶

La finance a modelé le contrat pour en faire un produit des marchés financiers⁹⁸⁷. Ils « ne sont pas des contrats ordinaires, et la loi, en les nommant, consacre leur spécificité ». ⁹⁸⁸D'après le professeur France Drummond, le contrat est l'instrument juridique de réalisation du marché financier » même si « en retour, plus qu'une autre, la matière paraît avoir altéré le contrat »⁹⁸⁹. En effet, le particularisme « de la nature financière des choses [...] et le caractère

⁹⁸¹A. Gaudemet, Les dérivés, op. cit., n°108 et s.

⁹⁸²Th.Bonneau, F. Drummond, *ibid.*, p.89, n°81-1

⁹⁸³*Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op.cit.*, n°4

⁹⁸⁴« Instruments dérivés » qualification effectuée par le législateur européen, Droit des marchés financiers, Thierry Bonneau, France Drummond, op. cit., p.222, n°148.

⁹⁸⁵V. Catillon, *op.cit*, p.7. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

⁹⁸⁶T. Bonneau, France Drummond, Instruments dérivés » qualification effectuée par le législateur européen, Droit des marchés financiers, op. cit., n°139.

⁹⁸⁷V. Catillon, *op.cit*, p.8. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

⁹⁸⁸ F. Castres S.-M.-Drummond « Le contrat comme instrument financier », in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Presse universitaire de France, Dalloz, Éditions du Juris-classeur, Paris, 1999, p.664.

⁹⁸⁹« Le contrat comme instrument financier », *Ibid*, p.662.

inédit des finalités des opérations ont bouleversé les qualifications traditionnelles et semblent avoir affecté le concept lui-même en faisant du contrat un simple instrument négocié sur les marchés ». ⁹⁹⁰

Les dérivés font l'objet de controverse d'après le professeur Herve Le Nabasque. ⁹⁹¹ En effet « *L'instrument dérivé n'est pas forcément un instrument financier à terme : si tous les dérivés se construisent à partir d'un sous-jacent et sont donc des dérivés, tous les dérivés ne sont pas des instruments financiers à terme. L'opposition titres et contrats se retrouvent aussi chez les dérivés* ». ⁹⁹²

L'article 1105 alinéa 3 du Code civil édictant que « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières » renvoie à l'adage latin « *specialia generalibus derogant* ». Il convient dès lors de vérifier si des mesures spécifiques du Code monétaire et financier ou du Code de Commerce pourraient évincer les produits dérivés du jeu de l'imprévision ⁹⁹³. En effet Monsieur Lasserre Capdeville prévoit, que « toutes les dispositions du Code monétaire et financier ou du Code de la consommation s'appliquant à différents contrats passés par le banquier (convention de compte, contrat de crédit, cession par bordereau Dailly, etc.) continueront à s'imposer ». ⁹⁹⁴

Des instruments de produits dérivés d'un sous-jacent comme les indices boursiers, marchandises, devises, créances ... et qui s'inscrivent dans des opérations de couverture de risque n'autorisent pas le jeu de l'imprévision. Des interrogations apparaissent avec encore plus d'acuité à l'égard des produits dérivés. ⁹⁹⁵ L'article 1195 ne s'applique pas à ces instruments en effet, « leur double fonction couvrir et spéculer, leur absence de rôle de financement contrairement

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ Pour une synthèse, voir notamment *Droit financier*, A. Couret, H. Le Nabasque, M-L. Coquelet, Th. Granier, D. Poracchia, A. Raynaud, A. Reygrobellet, D. Robine, 2ième édition, Précis Dalloz, Paris, 2012, pp.668 et s., n°932 et s.

⁹⁹² *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, P. Pailler *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, IRJS édition, Paris, 2011., n°6. - V° également *Droit des marchés financiers*, Th. Bonneau, F. Castres S.-M.-Drummond, *op. cit.*, pp.213 et s., n°139 et s

⁹⁹³ V. Catillon, *op. cit.*, p.8. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

⁹⁹⁴ J. Capdeville, Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCPE*, 21 juill. 2016, n°29, pp.40-46.

⁹⁹⁵ V. Catillon, *op. cit.*, p.6. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

aux actions et aux obligations, l'objet même, support du dérivé, qui n'a quasiment plus vocation à être livré et qui n'est même plus identifié ou individualisé⁹⁹⁶ et leur modalité de dénouement par simple versement d'une différence⁹⁹⁷ en font des instruments particuliers⁹⁹⁸ qui trouvent difficilement place dans la taxinomie financière.⁹⁹⁹ ». ¹⁰⁰⁰Se rapprochant des contrats financiers, les titres financiers qui se transmettent par inscription en compte et sont négociables par virement¹⁰⁰¹ peuvent aussi réglés par différence.

Les produits dérivés constituent un jeu à somme nulle. ¹⁰⁰²Le gain de l'un correspond à la perte de l'autre, ces contrats ne peuvent être équilibrés¹⁰⁰³. Ces contrats ne peuvent être équilibrés, d'où la contestation de l'application de la théorie de l'imprévision aux instruments dérivés.¹⁰⁰⁴ De plus, il s'agit de contrats standardisés. En effet, « Les contrats financiers sont conclus à partir de contrats types [...] créés par les entreprises de marché ». ¹⁰⁰⁵ Ces contrats conclus par informatique sont dépersonnalisés. Les « *souscripteurs s'obligent, mais ne s'obligent pas l'un envers l'autre. [...] Le contrat cesse de lier les contractants initiaux l'un envers l'autre pour rayonner à l'intérieur d'un cercle autonome composé des acheteurs et vendeurs du même produit. L'interdépendance des obligations est brisée* ». ¹⁰⁰⁶ Il apparaît nettement que la disparition de l'interrelation entre les parties n'autorise plus l'un des contractants à actionner sa contrepartie lors d'un bouleversement de l'équilibre contractuel. ¹⁰⁰⁷

⁹⁹⁶ *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, P. Pailler, IRJS édition, Paris, 2011, p.11.

⁹⁹⁷ *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, Paul Le Cannu, Thierry Granier, Richard Routier, Michel Jeantin, 9^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 2016, p.620, n°816.

⁹⁹⁸ V. Catillon, *op.cit.*, p.6. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

⁹⁹⁹ *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, Economica, Paris, 2010, n°4 et s. ; *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, *op. cit.*, p.28 ; *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, Paul Le Cannu, Thierry Granier, Richard Routier, Michel Jeantin, *op. cit.*, p.620, n°815.

¹⁰⁰⁰ V. Catillon, *op.cit.*, p.249. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

¹⁰⁰¹ Th. Bonneau, F. Castres S.-M.-Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} édition, Economica, Paris, 2010, n°139.

¹⁰⁰² P. Pailler, *ibid.*, p.275.

¹⁰⁰³ V. Catillon, *op.cit.*, p.14. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

¹⁰⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁰⁵ F. Castres S.-M.-Drummond, « le contrat comme instrument financier, p.667, n°8.

¹⁰⁰⁶ *Ibid*.

¹⁰⁰⁷ V. Catillon, *op.cit.*, p.14. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

De plus, « *L'histoire des contrats financiers est celle d'une abstraction progressive des objets des obligations que l'on appelle en droit financier les sous-jacents du contrat* ». ¹⁰⁰⁸ Le contrat financier se dénoue la plupart du temps à l'échéance par le paiement d'une somme d'argent et non par la livraison du sous-jacent. ¹⁰⁰⁹ Cette « *technique d'abstraction* » autorise les parties à extraire la valeur du sous-jacent « *pour y exposer ensuite leurs espérances et leurs craintes* » ¹⁰¹⁰ Ce qui écarte les produits dérivés dont la première forme est les contrats à terme, du jeu de l'imprévision.

En outre, ces contrats sont catégorisés comme des contrats aléatoires où les parties sont censés accepter le risque. L'article 1108 alinéa 2 nouveau du Code civil définit les contrats « aléatoires » comme des conventions où « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». Certes, la consécration de l'imprévision en droit français a pour objectif de lutter contre les conséquences de la survenance d'un aléa. Mais cet aléa doit être « extracontractuel », c'est-à-dire qui soit resté extérieur aux cocontractants. ¹⁰¹¹ Seul peut être aménagé, évincé ou consenti, l'« aléa contractuel » qui a intégré dans les prévisions des parties. ¹⁰¹² Le contrat d'assurance exclut *de facto* le jeu de la théorie de l'imprévision parce que c'est un exemple typique de contrat aléatoire où les gains et les pertes dépendent d'un événement incertain. De plus, il s'agit d'aborder l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar en date du 8 mars 2017. En l'espèce, « La Caisse du Crédit Mutuel SAINT LOUIS REGIO (CCM) a le 26 août 2011 consenti à Monsieur A B un prêt immobiliers d'un montant de 364.000 CHF, au taux variable de 1,700 % par an, indexé sur la base de l'index Libor 3 mois dont la valeur était en août 2011 de 0,00833 % ». ¹⁰¹³ Il s'agit alors d'un taux variable pas de prix plafond ou planché. Au début de l'année 2015, l'index Libor passa en dessous de 0 %. La banque refuse d'appliquer le nouvel taux d'intérêt et donc refuse « d'appliquer l'index variable Libor au calcul du taux d'intérêts, tel que prévu au contrat la liant à l'emprunteur ». L'emprunteur souhaite établir « le strict respect de l'évolution du Libor pour le calcul du taux d'intérêt et qu'il apparaît que le strict respect de l'évolution du Libor, peut pour une certaine période aboutir à un taux

¹⁰⁰⁸F. Castres S.-M.-Drummond « Le contrat comme instrument financier », p.664, n°7. - V° aussi, Le contrat financier, un instrument financier à terme, Pauline Pailler, op. cit., p.42.

¹⁰⁰⁹V. Catillon, *op.cit*, p.13. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

¹⁰¹⁰A. Gaudemet, les dérivés n°214 et s.

¹⁰¹¹A. Gaudemet, Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », BMIS, déc. 2016, n°12, p.685. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/BJS115u9>

¹⁰¹²Ibid

¹⁰¹³CA Colmar, ch. 1 a, 8 mars 2017, n° 16/00310. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2017/CC2A941E86E0F7DCC57F4>

d'intérêt négatif ». Par conséquent, l'emprunteur a saisi le juge des référés du Tribunal de grande instance de Strasbourg qui a fait droit à sa demande en application de l'indice négatif par conséquent, la banque a saisi la Cour d'appel de Colmar qui a statué que :« la marge invoquée par la Caisse de Crédit Mutuel n'a pas été contractualisée » et « aucune disposition contractuelle ne prévoit que l'index Libor ne peut être inférieur à zéro » de plus la Cour d'appel a décidé que « c'est par de justes motifs que le juge des référés a analysé qu'en refusant d'appliquer l'index contractuel, et en y substituant un autre index qu'elle fixe unilatéralement en fonction de ses considérations, et intérêts propres, la banque modifie unilatéralement les clauses du contrat ; ce qui est légalement impossible ». Ce contrat de prêt est un contrat teinté d'aléa car son économie est soumise à des indices variables. ¹⁰¹⁴

Même si les parties aux contrats financiers n'ont pas assumé les risques qui peuvent survenir, ils ne peuvent pas se prévaloir de l'imprévision au motif que, les contrats financiers sont par nature aléatoires. Les parties ont accepté le risque qu'un événement ultérieur modifie l'équilibre initial de la prestation, l'aléa chasse l'imprévision. ¹⁰¹⁵Le risque est bien la source de l'économie de l'opération¹⁰¹⁶. Pourtant, Monsieur Louis Thibierge nuance la nécessité d'établir toujours une distinction entre l'aléa accepté et l'aléa non accepté et encore l'acceptation partielle des risques. Par exemple dans le cadre du contrat d'entreprise à forfait : « l'entrepreneur fait le pari que les coûts d'exécution seront inférieurs au prix forfaitaire. Accepte-t-il pour autant tous les risques ? Si demain, la loi change et lui impose un surcoût majeur pour retraiter ses déchets, dira-t-on que l'aléa chasse l'imprévision ? Je ne le crois pas. »¹⁰¹⁷

Les instruments dérivés excluent le jeu de l'imprévision. « *Les dérivés sont des contrats aléatoires et on ne saurait le contester au motif que ces contrats peuvent permettre à une partie, voire aux deux, d'acquérir une certitude sur l'avenir en se couvrant, car même dans ce cas, les parties restent exposées au risque que leurs anticipations soient déjouées, c'est-à-dire que le risque redouté ne se réalise pas et qu'un gain leur échappe* » ¹⁰¹⁸ Les produits dérivés sont des

¹⁰¹⁴Selon les mots de P.-Y. Gautier, RTD civ. 1998. 925

¹⁰¹⁵P. Stoffel-Munck, op. cit., n° 78, p. 57 ; L. Aynès, L'imprévision en droit privé, RJC 2005, p. 397, spéc. p. 402.

¹⁰¹⁶P. Pailler, *ibid.*, n°400. - D'aucuns ont qualifié les instruments dérivés de contrats d'assurance ou de pari. La doctrine considère qu'ils n'en possèdent pas les caractères. V° principalement, *Les dérivés*, A. Gaudemet, op. cit., n°175 et s. ; *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, op. cit., n°307 et s.

¹⁰¹⁷L. Thibierge, les effets du contrat, AJ contrat 2018, p.266

¹⁰¹⁸A.Gaudemet *Les dérivés*, Economica, Paris, 2010, n°152.

contrats organisant un transfert de risque¹⁰¹⁹, attaché à la valeur du sous-jacent. Le transfert de risque suppose une acceptation d'assumer le risque de l'évolution « erratique »¹⁰²⁰ des cours il s'agit bien d'une opération de la couverture du risque. Ces risques sont d'une particulière intensité.¹⁰²¹ Les écarts de valeur résultent de la manière dont sont utilisés ces produits. Leur manie- ment au moyen de puissants effets de levier permet de décupler les gains, mais aussi les pertes.¹⁰²² Les produits dérivés ont pour objectif « *soit pour limiter les risques tenant à cette fluctuation (couverture), soit pour profiter des écarts de cours (spéculation)* ». ¹⁰²³ L'usage des dérivés s'est di- rigé vers des actifs immatériels, abstraits (devises, taux, indices, créances...) pour désormais cou- vrir toute valeur d'une chose susceptible de variation dans le temps.¹⁰²⁴

C'est à tort que le Code monétaire et financier a exclu les obligations découlant d'in- struments financiers du champ d'application de l'Article 1195 du Code civil, En effet « s'il y a spé- culation, ce n'est pas pour autant que les parties acceptent par avance tout imprévu, comme une taxe nouvelle confiscatoire ». ¹⁰²⁵

Quand est-il des opérations nouvelles qui ne sont pas soumises aux règles tradition- nelles du droit financier ? Les ICO ("Initial Coin Offering"), est « une forme de crowdfunding grâce auquel les investisseurs reçoivent des crypto-actifs au lieu d'actions ». ¹⁰²⁶ Il s'agit d'une technique de financement nouvelle. Les ICO financement des projets technologiques reposant sur la block- chain. Par définition, la blockchain est « une technologie de stockage et de transmission d'infor- mations, transparente, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle (définition de Blockchain France). Par extension, une blockchain constitue une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création ». ¹⁰²⁷

¹⁰¹⁹« Les dérivés, instruments de transfert de risque », titre de la première partie, Antoine Gaudemet, *Les dérivés, ibid.*, p.11.

¹⁰²⁰F. Castres S.-M.-Drummond, *op.cit.*, p674, n°18.

¹⁰²¹V. Catillon, *op.cit.*, p.8. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

¹⁰²²A. Gaudemet, *Les dérivés, op. cit.*, n°268.

¹⁰²³Th. Bonneau, F. Castres S.-M.-Drummond, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, p.225 et s., n°150 et s.

¹⁰²⁴A. Gaudemet *Les dérivés, op. cit.*, n°131.

¹⁰²⁵L. Thibierge, *les effets du contrat, AJ contrat 2018*, p.266

¹⁰²⁶G. Raymond, ICO : la France veut attirer les crypto-entrepreneurs du monde entier, 16 mars 2018. Disponible sur : <https://www.capital.fr/entreprises-marches/ico-la-france-veut-attirer-les-crypto-entrepreneurs-du-monde-entier-1277886>

¹⁰²⁷Blockchain Partner, *op.cit.*, Disponible sur : <https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>

Le mécanisme d'une opération d'ICO est le suivant « le porteur du projet finance le lancement de son activité en créant et en cédant des tokens (à des investisseurs). Les tokens (sont des jetons conférant un droit d'utilisation sur des biens ou des services qui n'existent pas encore¹⁰²⁸ et qui font l'objet du projet), moyennant versement de monnaie « classique » (monnaie ayant cours légal dans un État) ou de crypto-actifs (Bitcoins ou Ethers...). »¹⁰²⁹ Certaines ICO accordent des jetons un droit de vote aux acheteurs. Les tokens confèrent des droits similaires à ceux conférés par les titres financiers : le droit aux dividendes, boni-liquidation et droit de vote. L'Autorité des marchés financiers (AMF) a fait une distinction entre les tokens dits d'usage qui « octroient un droit d'usage à leur détenteur en leur permettant d'utiliser la technologie et/ou les services distribués par le promoteur d'ICO » et, d'autre part, les security tokens qui « ont pour objet d'octroyer à leur détenteur des droits financiers ou des droits de vote ».

Quand est-il si les projets technologiques connaissant un échec ? Comme certains auteurs¹⁰³⁰ le prévoient, l'article 1195 ne s'applique pas car il s'agit d'un contrat aléatoire et les parties sont censées assumer les risques.

Le droit des pays arabes adopte la condition d'exceptionnalité de l'évènement or, un évènement peut être imprévisible sans être exceptionnel. Nous nous demandons si la condition d'exceptionnalité serait une condition jurisprudentielle ou si la condition d'imprévision suppose aussi l'exceptionnalité de l'évènement ? Nous pensons que la condition d'imprévision contient la caractère exceptionnel de l'évènement de plus, la condition d'exceptionnalité a été adoptée par le Conseil d'Etat français dans l'arrêt Gaz de Bordeaux statuant 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 ». Mais nous pouvons se demander si dans

¹⁰²⁸Par exemple, le contrat de vente d'un immeuble à construire.

¹⁰²⁹A.Grimaldi, les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO – D. 2018. 1171. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/contraintes-du-droit-des-obligations-sur-operations-d-ico-20180611#.Xvx0pG5FxpY>

¹⁰³⁰F. Grua, La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, RTD civ. 1983. 263 ; J. Mestre, L'article 1104 et l'hétérogénéité des contrats aléatoires, RTD civ. 1990. 67 ; M. Latina, Contrat : généralités, Rép. dr. civ., mai 2017, spéc. pt 222.

certains cas le Conseil d'Etat admet la prise en compte d'un évènement qui n'est pas exceptionnel mais imprévisible quant à sa date de survenance.

SECTION II : Le changement des circonstances rendant excessivement onéreuse l'exécution du contrat.

Au visa de l'article 1195 du Code civil, « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». En effet, pour établir la théorie de l'imprévision, il faut un bouleversement du contrat par le changement des circonstances prévues au moment de la conclusion du contrat, rendant l'exécution du contrat excessive pour la partie lésée. Cette phrase « excessivement onéreuse » a été empruntée au droit italien via les Principes Lando de la notion « *excessiva onerosità* ». Il s'agit bien d'une difficulté dans l'exécution du contrat que rencontre le débiteur et non pas d'une impossibilité d'exécution du contrat comme dans le cas de la force majeure. L'obligation onéreuse peut également affecter le créancier pour la réduction de sa contrepartie de l'obligation du débiteur, sa dépréciation ou bien son obsolescence par exemple par l'effet de la technologie.

L'imprévision peut ressembler à la force majeure en ce qu'elle comporte un caractère d'imprévisibilité.¹⁰³¹ Michael De Potter hostile à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit civil français prévoit n'est plus nécessaire de militer en faveur d'une théorie de l'imprévision séparée de la force majeure, et de se tourner vers le législateur ou la Cour de cassation à cette fin.¹⁰³² La force majeure suffit selon cet auteur parce que les situations qui sont traditionnellement réservées à la théorie de l'imprévision tombent sous le champ d'application de la force majeure.

La distinction avec la force majeure sera délicate. La force majeure et imprévision sont des notions proches mais qui connaissent un traitement différencié. D'une part, la force majeure (et accessoirement le cas fortuit) est une cause exonératoire d'obligation de réparer

¹⁰³¹J. Bédard, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois » (1997) 42 R D McGill note 7 à la p 773

¹⁰³²M. De Potter De Ten Broeck, Changement de circonstances en droit des contrats, Rechtsleer-Doctrine, revue internationale du droit des affaires-Wolters Kluwer, D.A.O.R. 2016/4 - n° 120 ,p.55.

qui entraîne la résolution du contrat, rappelant l'adage romain¹⁰³³ selon lequel « *à l'impossible nul n'est tenu* ». D'autre part, alors que le changement de circonstances pour une force majeure rend impossible l'exécution de l'obligation pour le débiteur, l'imprévision a comme conséquence d'éventuelles difficultés substantielles dans l'exécution des obligations par le débiteur sans rendre l'exécution des obligations impossible. Le rééquilibrage du contrat constitue un remède pour le maintien de l'exécution des obligations contractuelles en cas d'imprévision.

Grosso modo les conséquences juridiques de la théorie de l'imprévision différaient sur deux points de celles de la force majeure : une renégociation par les parties contractantes après le changement de circonstances et la compétence du juge d'adapter le contenu du contrat au changement de circonstances.¹⁰³⁴

L'article 136 du Projet gouvernemental sur la théorie de l'imprévision a été critiqué pour avoir assimilé l'imprévision à la force majeure en citant la condition du caractère « insurmontable » de l'exécution du contrat.

L'article 1195 du Code civil sanctionne seulement l'exécution d'une obligation excessivement onéreuse et circonscrit le changement de circonstances au seul coût de prestation, ce qui exclut le cas où la contre-prestation qu'un contractant reçoit perd de la valeur en cours d'exécution.¹⁰³⁵ Cependant, l'article 6.2.2 des principes UNI-DROIT vise à la fois comme conséquence de l'imprévision l'augmentation du coût d'exécution de l'obligation ou la diminution de la valeur de la contre-prestation.

L'adjectif onéreux renvoie au fardeau qui se manifeste par l'augmentation des coûts mais aussi la dégradation du rapport coût/avantage. L'exécution du contrat doit être « excessivement onéreuse » et non pas simplement onéreuse et donc une simple augmentation du coût des matières premières n'ouvre pas le droit au débiteur à se prévaloir de l'imprévision.

¹⁰³³Ulpian (Digest) : Force majeure (vis major) : « *omnem vim cui resisti non potest* » (« toute force à laquelle on ne peut résister »). *Cas fortuit* : « *casus fortuitus nullum humanum consilium proevidere potest* » (« tout événement qu'aucune prudence ne peut prévoir »).

¹⁰³⁴M. DePotter De Ten Broeck, changement de circonstances en droit des contrats, *Rechtsleer-Doctrine*, revue internationale du droit des affaires Wolters Kluwer, D.A.O.R. 2016/4 - n° 120, p.54

¹⁰³⁵P.Rosher et E. Robert, les contrats de construction, ce qu'il faut retenir après la réforme du droit des obligations, *Revue Lamy Droit des Affaires*, RLDA 6005, N 118 Septembre 2016, p. 63.

Le caractère « excessivement onéreux » ne doit pas résulter d'une faute ou du fait de la victime. En effet selon l'adage latin « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans », nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Il faut que l'imprévision résulte d'une impossibilité tenant aux caractéristiques de l'évènement lui-même.

Il faut aussi que le débiteur rapporte les éléments de preuve nécessaires à établir devant le juge ou l'arbitre le lien de causalité entre le changement de circonstances et l'exécution « excessivement onéreuse » et prouver un bouleversement grave de l'équilibre contractuel, sinon il ne peut pas invoquer la révision pour imprévision. En effet, selon l'adage « De minimis non curat praetor », le préteur (le magistrat romain) ne s'occupe pas des petites affaires. De plus, il existe des pertes qui sont admises dans les pratiques commerciales qui ne peuvent pas être considérées comme excessive par le débiteur. Cela ne fait pas obstacle à l'exécution par le débiteur de ses obligations.

En présence d'enjeux financiers majeurs concernant des marchés complexes, il sera indispensable de produire des rapports détaillées, rédigées par des experts spécialisés ; qu'ils soient économistes (pour prouver le bouleversement ou le retournement d'un marché), comptables ou financiers (pour prouver le caractère excessivement onéreux).¹⁰³⁶

Dans un récent arrêt en date du 12 février 2015 (n°12-29.550), la Cour de cassation a considéré qu'une société n'avait pas apporté la preuve d'une situation ayant altéré « fondamentalement » l'équilibre des prestations et justifiant l'activation d'une clause de hardship, quand bien même ladite société avait produit des lettres de ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4% à 16%, entraînant une diminution de 58% de sa marge brute.¹⁰³⁷ Cette jurisprudence démontre la subjectivité de la notion d'onérosité laissée à l'arbitraire du juge.

Ce déséquilibre doit être suffisamment grave pour que l'exécution de l'obligation contractuelle soit excessive pour le débiteur. D'après Josserand, « *le changement même des conditions économiques ne devrait pas, **en thèse générale**, justifier le manquement à la parole donnée (..) ; la destruction du contrat est aussi celle de la confiance et de la sécurité juridique ; si elle se généralisait, si sous le complaisant prétexte d'ouvrir des soupapes de sûreté*

¹⁰³⁶A. Adeline, *op.cit*, p.4 Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

¹⁰³⁷B. Mercadal, « Réforme du droit des contrats », Éditions Francis Lefebvre, 2016, p. 172.

afin de sauvegarder la paix sociale, on la faisait entrer dans nos mœurs, elle entraînerait le retour à un régime non-contractuel qui (...) était celui des sociétés primitives (...) ;à quoi bon contracter lorsque l'on sait que les changements pris n'engagent pas ?Organisation et socialisation du contrat, oui ;désorganisation et anarchie contractuelle, non » ¹⁰³⁸

Le simple changement de la valeur de prestation ne permet pas au créancier d'invoquer l'article 1195 du Code civil mais « un contractant qui s'est engagé à s'approvisionner pour dix ans en un produit qu'une révolution technique rend obsolète entretemps n'a aucun intérêt à la poursuite de ce contrat ». ¹⁰³⁹

L'article 1195 du Code civil est assez flou sur la détermination du caractère onéreux de l'obligation. A partir de quand décider qu'une obligation devient onéreuse ? Est-ce lorsque la situation financière du débiteur est difficile ou bien il convient de se référer à la nature de la transaction in abstracto pour déterminer si les pertes dépassent les limites normales ? et si on se réfère à la situation financière du débiteur fallait-il s'attendre à une difficulté d'exécution ou une véritable perte financière ? L'article n'est pas clair sur ce point. La doctrine recommande de se référer à un critère objectif. Il conviendra de ne pas prendre en compte les circonstances intrinsèques ou personnelles du débiteur par exemple sa faible situation financière ou sa maladie mais dans le bon sens, il conviendra de se référer à la nature de la transaction et aux pratiques commerciales. Le juge se référera à l'économie générale du contrat et examinera le pourcentage de rentabilité pour chaque partie, le rapport coût/avantage, il s'agit alors d'une interprétation objective. ¹⁰⁴⁰ Une grande entreprise comme Total peut se prévaloir de la révision pour imprévision au terme de l'article 1195 du Code civil indépendamment de sa situation financière. D'autres auteurs se réfèrent au critère subjectif. ¹⁰⁴¹

La notion excessivement onéreuse « aura à décomposer avec celle de « cout manifestement déraisonnable » en vertu de laquelle un juge pourrait, aux termes de l'article 1224 du projet d'ordonnance écarter une demande d'exécution en nature ». ¹⁰⁴²

¹⁰³⁸ Josserand, cours de droit civil positif français, Sirey, 1939, n 405 bis, p.228

¹⁰³⁹ Ph. Stoffel-Munck, la réforme en pratique : la résiliation pour imprévision, AJCA 2015, p.262

¹⁰⁴⁰ Ph.Stoffel-Munck, « l'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC, No.Hors-serie, 01/4/2016,p.33

¹⁰⁴¹ A. Pascal, « Imprévision », Resp.Civ.,Mai 2017,p.23

¹⁰⁴² Ph.Stoffel-Munck, la réforme en pratique, la résiliation pour imprévision – AJCA 2015, p.262

Il semble que le législateur français comme les législateurs des pays arabes adoptent une vision économique¹⁰⁴³ de la théorie de l'imprévision. Mais, quand est-il lorsque la difficulté n'est pas pécuniaire mais, d'ordre matériel comme par exemple la survenance de problèmes techniques pour les machines d'une usine de production qui rend l'exécution des obligations sur le terrain assez difficile pour le ralentissement de la production. L'usine aurait intérêt à invoquer la théorie de l'imprévision pour un problème d'ordre matériel. Des zones d'ombre restent à éclaircir.

Certes, le caractère excessivement onéreux résulte de l'augmentation des coûts supportés par le contractant mais ce n'est que ça, la prestation peut perdre de valeur par exemple des mesures de restriction rendent le produit absent sur le marché ou la chute du cours d'une composante pour une crise politique.

Outre que la variation de la valeur d'une prestation est ce que la perte de l'intérêt économique du contrat caractérise une exécution excessivement onéreuse du contrat ? La réponse est négative car, la perte de l'intérêt économique ne suffit pas à caractériser un déséquilibre considérable de l'économie du contrat. Tel est le cas de l'inexploitation de prestations en raison d'une crise. Cependant, le débiteur peut invoquer la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel sous le fondement de l'article 1186 du Code Civil quand bien même cette notion est assez floue.

Le caractère excessivement onéreux susceptible de l'application de la théorie de l'imprévision ne peut pas se révéler en cas d'imprévision positive et en cas de prestation moins profitable. L'imprévision positive est exclue du champ d'application de l'article 1195 du Code civil lorsque le contrat produit un bénéfice pour une partie et que les parties ne s'attendent pas à ce bénéfice de plus, la prestation moins profitable est exclue du champ d'application de l'article 1195 du Code civil car elle ne correspond pas à une exécution onéreuse de la prestation.

¹⁰⁴³D. Bruno et F. Samuel, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD Ci., no.4, 2010.

Se pose aussi la question suivante : lorsque le juge examine l'existence d'une obligation onéreuse, faut-il apprécier le profit subsistant, le bénéfice perdu, envisager la durée restant à courir du contrat, prendre en compte les projections qui pourraient corriger la situation, etc. ?¹⁰⁴⁴

Afin de se protéger contre l'arbitraire du juge dans la détermination du caractère onéreux des obligations, les parties pourront toutefois se prémunir en définissant elles-mêmes, dans leur contrat, les exécutions considérées comme trop coûteuses.¹⁰⁴⁵

Cette seconde condition sur l'exécution onéreuse du contrat démontre le déplacement de l'intéressement à la formation du contrat vers son exécution « pour en finir avec la formation du contrat ! ». ¹⁰⁴⁶ Considérer la formation du contrat comme un centre d'intérêt tient à l'esprit libéral et individualiste qui animait les rédacteurs du Code civil aussi bien que leur défiance à l'égard du juge. ¹⁰⁴⁷

Une question importante se pose concernant les bénéficiaires de la théorie de l'imprévision. L'exécution devient-elle excessivement onéreuse en cas de diminution de la valeur de la contre-prestation ou en cas d'augmentation du coût de l'exécution ? ou dans les deux situations ? En vertu de l'article 6.2.2 des principes UNIDROIT « il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué » à la différence de l'article 6.2.2 des principes UNIDROIT, l'article 1195 est silencieux et ne mentionne pas si la forte baisse de la valeur de la contre-prestation peut être considérée comme une exécution excessivement onéreuse. Pourtant on peut déduire que, l'article 1195 du Code civil ne favorise pas un contractant par rapport à l'autre le cédant et le cessionnaire peuvent se prévaloir de l'article 1195 du Code civil mais, il faut que le tribunal tranche ce point sur la considération de la forte baisse de la valeur de la contre-prestation comme une exécution

¹⁰⁴⁴N. Molfessis, *op.cit.*, p.2931. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

¹⁰⁴⁵L.Etienne, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/Theorie-imprevision-reception-par-Code-civil-son-incidence-matiere-ingenierie,24463.html>

¹⁰⁴⁶« Pour en finir avec la formation du contrat ! », in numéro spécial *Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique*, *Petites Affiches*, n° 54, 1998.

¹⁰⁴⁷C.Champalaune, « Pour une consécration raisonnée de l'imprévision dans le Code civil », *Bulletin juridique des contrats publics* 102, sept, 2015, pp.334-339.

excessivement onéreuse comme par exemple la forte baisse de la valeur de l'entreprise qui est onéreuse pour le cédent. Mais, le cessionnaire peut profiter de cette baisse de valeur pour montrer qu'il a moins d'intérêt à acheter une entreprise qui lui apporte moins de profit en raison de la baisse de son capital social, pour que son faible prix contesté par le créancier ne soit pas révisé à une importante hausse disproportionnée avec la nouvelle valeur de l'entreprise et alourdir significativement sa dette pour augmenter la créance. Il peut s'agir aussi de la diminution importante de la valeur de la marchandise reçue après des difficultés pour commercialiser la production. Le contrat peut perdre une grande partie de son intérêt pour le créancier. L'article 1135-2 du projet-Catala prévoyait qu'"à défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation". Le critère de l'onérosité excessive s'apprécierait alors davantage au regard de l'économie du contrat plutôt que dans les capacités contributives du débiteur. Dans le secteur de la distribution, les prestations d'impression de prospectus publicitaires peuvent ne plus avoir d'intérêt s'ils ne peuvent plus être distribués à temps. « Le distributeur peut-il arguer de la baisse de la contre valeur de la prestation dont il bénéficie, pour renégocier avec son agence de production publicitaire sur le fondement de l'article 1195 du Code civil non seulement les programmations à venir mais également celles arrêtées depuis plusieurs mois ? ». ¹⁰⁴⁸

Le professeur Stoffel Munck prévoit la divergence de l'interprétation du terme onéreux. Selon lui, « Au sens large, l'onérosité couvre aussi le cas où, les coûts exposés restant inchangés, l'intérêt du contrat s'amointrit car la valeur de ce que l'on reçoit diminue, comme il en est pour le créancier d'un prix subissant une dépréciation monétaire. Cette dernière hypothèse était celle du Canal de Craponne. Elle est si rattachée à la question de l'imprévision qu'on peut imaginer qu'elle fait partie de celles envisagées par le législateur. Au demeurant, si l'on interprète l'article 1195 à la lumière des projets européens, le DCFR rapport l'onérosité à la dévalorisation de la créance comme à celui de l'alourdissement de la dette. Les principes Unidroit ne disaient pas autre chose à propos du « Hardship ». Par suite, il faut vraisemblablement comprendre « l'onérosité » comme un rapport coût/avantage négatif. Elle serait caractérisée par la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Par suite, l'exécution du contrat deviendrait « onéreuse » au sens de l'article 1195 aussitôt qu'elle coûterait plus qu'elle ne rapporte ». ¹⁰⁴⁹ La doctrine souhaite inclure le cas de la baisse de la valeur de la

¹⁰⁴⁸ Anonyme, L'imprévision et la notion d'onérosité excessive : alourdissement de la dette et dépréciation de la créance, Francis Lefebvre Avocats, 5/5/2020. Disponible sur : <https://cms.law/fr/fra/news-information/l-imprevision-et-la-notion-d-onerosite-excessive>.

¹⁰⁴⁹ Ph.Stoffel-Munck, "l'imprévision et la réforme des effets du contrat », RDC, No.Hors-Serie, 01/04/2016,p.32.

contre-prestation : "la diminution de la contrepartie, un rapport coût/ avantage devenu négatif"¹⁰⁵⁰ ou "la dévalorisation du prix que peut recevoir le créancier".¹⁰⁵¹

Un arrêt assez remarquable a été rendu par la Cour de Cassation en date du 25 novembre 2020. En l'espèce, « M. B... a été victime d'un problème de santé imprévisible et irrésistible et que Mme B... a dû l'accompagner en raison de son transfert à plus de cent trente kilomètres de l'établissement de la société, rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat d'hébergement ». La Cour de cassation¹⁰⁵² statue que le créancier qui n'a pas pu profiter de la prestation à laquelle il a droit, ne peut pas se prévaloir de la force majeure pour invoquer la résolution du contrat. Nous pensons si ce raisonnement pourrait être transposable à l'imprévision. Adoptant une lecture littérale de l'article 1218 du Code civil, La haute juridiction statue que « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure ». On pourrait penser que cette solution présente des conséquences importantes sur les litiges relatifs au Covid-19. Est-ce que le montant des demandes des créanciers dans cette période d'épidémie peut faire évoluer la situation ? M. Grimaldi¹⁰⁵³ plaide pour l'invocation de la force majeure par le créancier et a fortiori la théorie de l'imprévision. On pourrait critiquer la rigueur de la solution de la Cour de Cassation. La théorie de l'imprévision ou de la force majeure doivent être bilatérales c'est-à-dire qui peuvent être invoquées par le débiteur et le créancier aussi. Nous éprouvons notre hostilité à l'égard d'une interprétation littérale et stricte de l'article 1218 du Code civil. Dans les contrats synallagmatiques le créancier d'une prestation est le débiteur d'une autre. Le contrat doit être rééquilibré pour le changement de circonstances affectant soit l'un soit l'autre.

¹⁰⁵⁰ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ, 2018

¹⁰⁵¹ B. Fages, Droit des Obligations, LGDJ, 08/2019

¹⁰⁵² Civ. 1re, 25 nov. 2020, FS-P+B+I, n° 19-21.060

¹⁰⁵³ C. Grimaldi, La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit, D. 2009. 1298, spéc. n° 17

SECTION III : L'absence d'acceptation par le débiteur d'assumer les conséquences de l'imprévision.

Le législateur français adopte une position contraire à celle adoptée par les législateurs arabes dans les articles des codes civils des pays arabes sur la théorie de l'imprévision en vertu desquelles, « *Toute convention contraire est nulle* ». La nullité est absolue car d'ordre public. Comme le prévoit le professeur H. Périnet-Marquet : « le texte fournit son propre antidote puisqu' il suffira qu'une partie accepte d'assumer le risque de changement de circonstances imprévisibles et onéreuses pour que cette nouvelle disposition soit écartée ».

Il se révèle à travers les termes de l'article 1195 du Code civil que la théorie de l'imprévision n'est pas d'ordre public. En effet, aucune disposition n'indique que cet article est d'ordre public : si le législateur a voulu lui conférer un caractère d'ordre public il aurait indiqué cela dans l'article comme il l'a fait pour l'obligation de bonne foi prévue par l'article 1104 du Code civil adoptée par l'ordonnance du 10 février 2016 ou la prohibition des parties de limiter ou exclure l'obligation générale d'information stipulée dans l'article 1112-1) « ni limiter, ni exclure » De plus, l'article 1171 du Code civil édicte dans son aliéna 1^{er} que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » . Le sénateur monsieur François Pillet dans son rapport considère que doivent être considérées comme « impératives les seules dispositions expressément mentionnées comme telles dans le texte de l'ordonnance ou celles dont la rédaction indique sans ambiguïté le caractère impératif »¹⁰⁵⁴

Selon le rapport du président de la République le caractère supplétif des dispositions : « s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ». ¹⁰⁵⁵Pourtant cette présomption n'est pas évidente dans tous les cas en effet, Monsieur Hugo Barbier, « A l' opposé du socle minimal de règles pour la plupart impératives posées par le Code civil de 1804 (comme l'exigence de bonne foi et le devoir

¹⁰⁵⁴Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,Rapp. Sénat (2017-2018) n° 22, 11 oct. 2017. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-022.html>

¹⁰⁵⁵Rapport préc.,p.9

d'information), le foisonnement des nouvelles dispositions ne peut manquer de poser la question de leur caractère supplétif ou impératif ». ¹⁰⁵⁶

En effet « On voit mal certaines dispositions, pourtant non expressément affirmées comme d'ordre public, être purement supplétives. Ainsi de la soumission de la prise d'effet des conditions générales à leur acceptation, du jeu des vices du consentement, etc. ». ¹⁰⁵⁷ Parfois, certains articles du Code civil sont d'ordre public sans qu'ils mentionnent expressément qu'ils le sont comme par exemple les règles relatives à l'opposabilité au cédé des opérations translatives de créance, dette ou contrat. Le ministère de la Justice a déclaré qu' « Il est vrai néanmoins que nonobstant les termes du rapport (du président de la république), la jurisprudence pourra dans le cadre de sa mission d'interprétation de la loi, qualifier d'impératifs certains textes (ordre public virtuel) ». ¹⁰⁵⁸ Le Professeur Barthélémy Mercadal a affirmé le caractère d'ordre public de l'article 1195 du Code civil : selon lui, « si ce texte n'était pas d'ordre public, certains articles de la réforme ainsi que les grands effets d'annonce sur la protection de la partie faible et la lutte contre le déséquilibre contractuel, perdraient tout leur sens ». ¹⁰⁵⁹ Ainsi, selon ce professeur, admettre que ce texte est supplétif de volonté irait à l'encontre de l'esprit de la réforme consistant à combattre le déséquilibre. Selon ce professeur « aucune clause ne pourrait supprimer le droit de la partie lésée de demander la renégociation du contrat sous les conditions édictées par l'article 1195 ». ¹⁰⁶⁰

Mais, les juges adoptent une interprétation théologique du texte en déduisant la finalité recherchée par le législateur pour savoir si l'article est d'ordre public ou supplétif à la volonté des parties. Le législateur n'a pas mentionné dans l'article 1195 du Code civil que la théorie de l'imprévision est d'ordre public où la violation des provisions de cet article est sanctionnée par la nullité absolue, De plus, l'article 1195 du Code civil est supplétif de volonté en vertu de l'alinéa 1 de cet Article « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse[pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque], celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Tout comme les articles 1225 et 1352-3 du

¹⁰⁵⁶H.Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats apres l'ordonnance du 10 fevrier 2016, RTD Civ.206 p.247

¹⁰⁵⁷H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats apres l'ordonnance du 10 fevrier 2016, RTD Civ.206 p.247

¹⁰⁵⁸Annexe au rapport du Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats. Disponible sur : https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_08_f.pdf

¹⁰⁵⁹B.Mercadal, réforme du droit des contrats, édition Francis Lefebvre, p.169.

¹⁰⁶⁰B.Mercadal, Réforme du droit des contrats, Dossier pratique F. Lefebvre, 2016, n° 606.

Code civil, l'article 1195 du Code civil mentionne expressément qu'il est supplétif de volonté. L'article 1225 du Code civil dans son alinéa 2 édicte que : « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire » et l'article 1352-3 alinéa 3 du Code civil édicte que : « Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation ». De plus, la question qui se pose est de savoir si la résolution judiciaire est d'ordre public. L'article 1227 du Code civil édicte que : « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice » pourtant les parties peuvent stipuler dans leur contrat des clauses écartant la résolution judiciaire : « l'article 1185 du Code civil n'est pas d'ordre public ». ¹⁰⁶¹

Selon le professeur Mercadal, même si l'article 1195 du Code civil est supplétif de volonté et que les parties puissent aménager contractuellement les conséquences de l'imprévision par des clauses comme les clauses de de révision, clauses de hardship ou des clauses MAC, il faut que leur accord « n'aboutisse pas à priver la partie se prétendant lésée d'obtenir un réexamen de l'équilibre du contrat et à lui ôter ainsi la protection que l'article 1195 a pour but de lui apporter ». ¹⁰⁶²

L'Association Française des Juristes d'Entreprise l'(AFJE) a demandé que l'Article 1195 ne soit pas d'ordre public, les parties peuvent alors y déroger par des stipulations contractuelles. ¹⁰⁶³ et donc « comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ». ¹⁰⁶⁴ « une prise de position forte en vue de réitérer la nature profonde de ce texte, susceptible d'être conventionnellement écartée ou aménagée, devrait suffire à apaiser les esprit ».

¹⁰⁶¹Civ.3^e,3 nov.2011, no. 10-26.203,D.2011.2795

¹⁰⁶²B.Mercadal, Réforme du droit des contrats, Dossier pratique F. Lefebvre, 2016, n° 606.

¹⁰⁶³Note de l'AFJE après examen du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié le 17 février 2015 (article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures), p.3. Disponible sur : <https://www.afje.org/medias/actualite/NoteAFJE.pdf>

¹⁰⁶⁴Ph. Stoffel-Munck,l'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC 2016. 30-38 (n° H.-S.).

¹⁰⁶⁵Contrairement au projet Terré, l'article 1195 écarte l'imprévision lorsqu'une partie accepte d'assumer les risques du changement des circonstances. C'est un hommage rendu à la liberté de prendre des risques.¹⁰⁶⁶

D'après le professeur Thierry Revet, l'article 1195 du Code civil est donc supplétif de volonté du moins dans les contrats de gré à gré car dans les contrats d'adhésion, l'insertion dans le contrat d'une clause d'acceptation du risque de l'imprévision mise à la charge de l'adhérent qui ne négocie pas le contrat, serait abusive et en conséquence serait réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. L'article 1171 dispose que « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Et l'article 1110 définit les contrats d'adhésion et de gré à gré comme suit : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». De plus, l'article 1170 édicte que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Les clauses encadrant ou écartant l'évolution imprévisible des circonstances devraient se généraliser, sous réserve toutefois de ne pas tomber sous le coup du déséquilibre significatif (un piège peut en cacher un autre !).¹⁰⁶⁷ Une centrale d'achat qui impose au fournisseur ses conditions générales de vente lui imposant de renoncer au droit de renégociation ou de sa demande auprès du juge pour réviser le contrat pour imprévision. De plus, l'article L. 442-1, I, 2^o, du Code de commerce sanctionne aussi les déséquilibres significatifs mais dans les relations entre professionnels, et dans les contrats de consommation, soumis à l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Comme la clause de du croire qui prévoit une contrepartie financière pour la partie qui assume le risque de l'imprévision, stipuler dans la clause une contrepartie financière pour la partie qui assume le risque de l'imprévision semble faire évincer la sanction du déséquilibre significatif.

Il est possible de se soustraire à l'empire de l'article 1195 du Code civil, soit directement grâce à une clause contractuelle excluant la révision pour imprévision et donc « courir les risques

¹⁰⁶⁵Le Haut comité juridique de la place financière de Paris (HCJP), propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, rapport du 10 mai 2017. Disponible sur : <http://www.eifr.eu/uploads/eventdocs/595b5dbc10ebf.pdf>

¹⁰⁶⁶Sur laquelle, H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, préf. J. Mestre, PUAM, 2011. V. Reynès, *op.cit.*, p.2. Disponible sur : <https://droit-des-affaires.effe.fr/2016/06/09/la-theorie-de-limprevision-la-revolution-naura-peut-etre-pas-lieu>¹⁰⁶⁷

favorables ou défavorables, des variations économiques ou non » (professeur Denis Mazeaud), soit en prévoyant une clause de révision « cousue main », dérogoire au texte légal.¹⁰⁶⁸

Malgré l'absence de disposition claire, le caractère supplétif de l'article est annoncé dans le rapport au Président de la République¹⁰⁶⁹ concernant l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, il prévoit que « ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ». L'article 1105 du Code civil prévoit la liberté contractuelle en favorisant l'éclosion de clauses ayant pour objet l'adaptation du contrat au changement de circonstances.¹⁰⁷⁰ En effet, « *pour que l'onérosité excessive joue un rôle, encore faut-il ne pas en avoir assumé le risque. Cette précision est importante. [...] L'aléa assumé chasse donc la lésion et, dans sa foulée, l'imprévision tout autant* ». ¹⁰⁷¹Plusieurs auteurs confirment cette disposition supplétive : « *supporter le risque en vertu du contrat* », ¹⁰⁷²« *accepter de supporter les conséquences d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et empêcher ainsi l'application de l'article précité* » ¹⁰⁷³ou « *exclut l'imprévision lorsqu'une partie a accepté d'assumer le risque du changement de circonstances. C'est la liberté de prendre des risques qui est ici consacrée* ». ¹⁰⁷⁴Le plus souvent en effet, un contractant va accepter de prendre un risque dans l'espoir d'obtenir un gain ou plutôt, en la matière, de conserver le gain qu'il aura obtenu de l'autre en contrepartie du risque qu'il aura accepté d'assumer seul.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁶⁸A. Adeline, *op.cit*, p.5 Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html,p.2

¹⁰⁶⁹ Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n 201-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations, JO 11 février 2016. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539&categorieLien=id>

¹⁰⁷⁰En ce sens, Y.Lequette, *op.cit.*,spec. Paragraphe 5.

¹⁰⁷¹P. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », RDC, avr. 2016, n°2016/HS, pp.30-38.

¹⁰⁷²Ph. Stoffel-Munck, *ibid*, pp.30-38.

¹⁰⁷³J.Lasserre- Capdeville « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », JCP E, 21 juill. 2016, pp.40-46.

¹⁰⁷⁴Y. Picod « Le charme discret de l'imprévision à la française », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, n°11, nov. 2015, p.441.

¹⁰⁷⁵G.Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, les 30 jours de la RDO, Dalloz, 8 septembre 2016, <http://reforme-obligations.dalloz.fr> p.3

Le tribunal administratif a refusé la demande d'une entreprise en révision du contrat car elle a assumé le risque « de la poursuite de la hausse ». ¹⁰⁷⁶

Dans cette perspective, il appartient au juge judiciaire de rechercher aussi si le changement de circonstances n'était pas entré dans le champ contractuel. Sinon, le raisonnement des juges du fond sera exposé à la censure par la Cour de Cassation. ¹⁰⁷⁷

Les parties peuvent en application de l'article 1195 du Code civil insérer une clause dans le contrat pour gérer contractuellement le risque lié au changement de circonstances en excluant ou aménageant la théorie de l'imprévision, cette disposition étant supplétive de volonté. En effet, si les parties avaient inséré dans leur contrat une clause qui prévoit l'acceptation des risques liés à la survenance de circonstances exceptionnelles qui peut survenir pendant l'exécution du contrat, le débiteur ne peut pas après la survenance de cet événement invoquer la théorie de l'imprévision. Il s'agit alors d'un aléa dans le contrat qui fait obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision par la renonciation expresse des parties aux droits garantis par l'article 1195 relatif à l'imprévision. D'où l'impact restreint de l'article 1195 du Code civil en pratique. Cette clause pourra être rédigée comme suivant :

« Les parties, pleinement informées des droits que leur octroie l'article 1195 du Code civil, acceptent le risque lié à un changement du contexte dans lequel s'inscrit le présent contrat, et le renoncent à l'entièreté des droits découlant dudit article ». ¹⁰⁷⁸

La Cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt en date du 5 mai 1994 déboutant le locataire de sa demande en exemption du paiement d'une taxe nouvelle sur les bureaux, inexistante pendant la conclusion de son engagement. Le refus de la Cour d'appel d'exonérer le locataire de la taxe ne peut pas s'expliquer par le refus de l'admission de la théorie de l'imprévision car même si la théorie de l'imprévision a été connue à cette époque comme cause de révision du contrat, il y aurait une forte chance que le locataire soit aussi débouté de sa demande car les parties se sont convenues sur une clause relative aux charges rédigée généralement comme suivant « Le loyer étant pour le bailleur considéré comme net de charges,

¹⁰⁷⁶CAA Marseille 3.4.2008, n°06MA01355, Sté Braja Vesigne, « Nouvel article 1195 du Code civil : peut-on l'interpréter à la lumière de l'imprévision dans les contrats administratifs », R. Vandermeeren, RJDA, fév. 2017, n°2, pp.83-85.

¹⁰⁷⁷A. Bamde, *op.cit*, P.19

¹⁰⁷⁸S. Martin, à propos de l'article 1195 du Code civil tel que rédigé par l'ordonnance du 10 février 2016, village de la justice. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/propos-article-1195-code-civil-tel,21536.html>

le locataire supportera toutes les charges, prestations, fournitures, taxes et dépenses afférentes aux locaux loués, y compris l'impôt foncier et les primes d'assurance de l'immeuble à l'exclusion, toutefois, des grosses réparations définies par l'art. 606 c. civ. Au cas, néanmoins, où le bailleur aurait à payer des sommes quelconques du fait du locataire, celui-ci serait tenu de les lui rembourser sans délai à première demande ». La clause rédigée de manière générale en vertu de laquelle le loyer est considéré comme net de charge fait peser sur le teneur l'obligation de payer la nouvelle taxe sur les bureaux incluse dans les charges incombant au preneur du bail commercial. Donc, il faut faire une très grande attention à la rédaction des clauses contractuelles. Cette clause est regardée comme une assomption et donc un support des risques liée au changement de circonstances par le locataire. De plus, le risque de la généralité des termes de la clause fait peser sur le locataire l'obligation de supporter tous type taxes qu'elles soient présentes ou futures. Les taxes ou les charges futurs peuvent être assumées pour le débiteur à la lumière de cette clause et donc prévisibles pour lui. Il est à noter que le critère du changement des circonstances est étroit dans la mesure où en ce « qu'il ne considère pas la survenance d'un fait simplement « imprévu ». Il faut que la nouveauté ait été « imprévisible » dans sa nature ou dans son ampleur, pour jouer ». ¹⁰⁷⁹

Souhaitant consacrer la révision judiciaire comme un principe d'ordre public, Les professeurs Terré et Lequette se sont posé cette question intéressante : « Plutôt que d'inviter les parties à insérer elles-mêmes dans leur contrat des clauses destinées à répudier les solutions actuelles de notre droit, ne serait-il pas préférable de renverser le principe et d'admettre la révision pour imprévision ? Qu'en est-il, en effet, du bien-fondé d'une règle supplétive que les particuliers sont encouragés à écarter dans tous les cas ? » ¹⁰⁸⁰ Certains souhaitent rendre la révision judiciaire du contrat pour imprévision, comme un principe d'ordre public pour appliquer la théorie de l'imprévision sur les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 dans un souci d'équité.

On voit mal comment l'une des parties aurait pu accepter le risque du déséquilibre susceptible d'en résulter. Mais, il est vrai que les contractants ont pu prévoir de manière générale, sans même se référer à un éventuel changement des circonstances, de se répartir conventionnellement les risques liés à l'exécution du contrat devenu déséquilibré. ¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁹Ph.Stoffel-Munck, La réforme en pratique : La résiliation pour imprévision, AJ Contrats d'affaires, concurrence, distribution 2015, p.262.

¹⁰⁸⁰Terré et Y. Lequette (eds), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 2000, p130

¹⁰⁸¹R. Cabrillac, droit des obligations, Dalloz, 13 eme édition, 2018, p.129

Selon Monsieur Aurélien Bamdé, « il ne faut pas que cette clause soit trop large, sous peine d'encourir une requalification en clause abusive ».¹⁰⁸² Le juge ne pourrait-il pas imposer des exigences rédactionnelles spécifiques ? Une telle stipulation doit être entourée de précautions.¹⁰⁸³ Alors que le créancier souhaite délimiter les événements imprévisibles dans le contrat, le débiteur tente de conserver une rédaction la plus large possible de la notion d'événement imprévisible et ne pas définir son montant.¹⁰⁸⁴

Accepter ce risque suppose donc d'en mesurer toutes les conséquences, notamment dans l'hypothèse où une dégradation de la situation financière du contractant est toujours envisageable, cela ne revient-il pas à se priver d'une chance de faire face à des difficultés ponctuelles ? Quel intérêt peut-il exister à renoncer à une renégociation du contrat ? Une telle clause ne démontre-t-elle pas la dépendance économique du contractant ?¹⁰⁸⁵

L'article 1195 n'a pas précisé si l'acceptation du risque de l'imprévision doit être expresse ou peut être tacite. Faut-il mentionner dans le contrat expressément une clause d'assomption des risques ? De prime abord, les parties peuvent prévoir de manière implicite que l'article 1195 du Code civil ne s'applique pas au contrat. Mais, il se peut que l'article soit plus exigeant et requière la mention « accepter d'assumer le risque » dans le contrat. Dans ce cas, il s'agit d'une mention générale sur toute sorte de risque imprévisible. « Comment toutefois l'envisager puisque, par construction, le changement de circonstances est « imprévisible », les « circonstances » elles-mêmes sont en nombre infini, de sorte qu'on ne voit pas comment elles pourraient être « identifiées ? ».¹⁰⁸⁶ Mais, l'article n'exige pas de déterminer ces événements pour rendre efficace cette clause. Il semble qu'il suffit de mentionner une telle assomption. Il est conseillé aux parties d'inclure dans le contrat une mention expresse au contrat sur l'assomption des risques s'ils veulent exclure le mécanisme de l'article 1195 du Code civil.

¹⁰⁸²A. Bamde, *op.cit*, P.19

¹⁰⁸³Th. Massarat et co-auteurs, *op.cit*, p.25. Disponible sur :

https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

¹⁰⁸⁴Ph.Malikan et C. Mandon, Réforme du Droit des contrats et opérations M&A (2^e partie) : du signing au closing, *Revue Lamy Droit des Affaires*, N 118 Septembre 2016, p.46 Disponible sur : <http://doczz.fr/doc/3856282/dossier---pinsent-masons>.

¹⁰⁸⁵Th. Massarat et co-auteurs, *op.cit*, p.25. Disponible sur :

https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

¹⁰⁸⁶H. Le Nabasque, *op.cit*, p.538. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/BJ5115m4>

« Reconnaître une acceptation tacite du risque revient à nier la volonté du législateur de protéger la victime de l'imprévision, comme certains auteurs nient cette hypothèse ». ¹⁰⁸⁷ « Si une clause ambiguë peut servir de support à cette allégation, la preuve pourra alors être rapportée par tous moyens puisqu'il s'agira d'interpréter un écrit mais, si l'instrumentum du contrat ne contient rien à ce sujet, la preuve ne pourra être administrée que par écrit puisqu'il s'agira de prouver « outre » un autre écrit ». ¹⁰⁸⁸

Cette troisième condition est très importante car l'article 1195 n'est pas une disposition impérative mais dépend de la volonté des parties. En effet, les parties peuvent insérer lors de la formation du contrat une « clause d'acceptation du risque d'imprévision » pour écarter son application en cas de survenance de circonstances imprévisibles et exceptionnelles pour les parties ou même aménager la nature des circonstances en délimitant celles qui peuvent faire l'objet de l'application de la théorie de l'imprévision, et d'aménager même les conséquences de l'imprévision à savoir le partage des pertes et la décision d'aller ou pas au judiciaire en effectuant un bilan coûts/avantages et examiner ainsi l'opportunité de la saisine du juge qui peut être écartée par les parties. En effet, d'après le rapport du Président de la République sur l'ordonnance de 2016, « ...Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution... ». « Au royaume des idées les faits n'ont pas d'importance » disait Paul Valéry.

Alors que les textes des pays arabes en matière d'imprévision sont d'ordre publics, l'article 1195 du Code civil n'est pas impératif ce qui éprouve un respect à l'égard de la volonté des parties sauf si l'assomption des risques liés à l'imprévision par les parties peut relever d'un déséquilibre significatif au détriment de la partie faible. Dans les contrats administratifs, les

¹⁰⁸⁷ A. Baudoin, l'imprévision dans les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, le village de la justice, 12 Avril 2018. Disponible sur : [https://www.village-justice.com/articles/imprévision - dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html](https://www.village-justice.com/articles/imprévision-dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html)

¹⁰⁸⁸ G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, les 30 jours de la RDO, Dalloz, 8 septembre 2016, <http://réforme-obligations.dalloz.fr> p.3.

parties peuvent envisager des modalités de révision du contrat en cas d'imprévision mais dans les contrats administratifs, l'indemnisation du contractant est nécessaire pour la continuité du service public et par conséquent, l'assomption des risques liés à l'imprévision par le contractant de l'Etat peut relever une contrainte sur le débiteur qui est assurée la continuité du service public. Pour cela nous voyons que la révision du contrat pour imprévision doit toujours être d'ordre public en droit administratif. Sauf que cette conception peut être contestable car tous les contrats administratifs n'ont pas pour objet le service public, certains ont simplement un objectif industriel et commercial ou tout simplement en dehors du service public.¹⁰⁸⁹

Des auteurs prévoient que la théorie de l'imprévision a perdu de l'influence, comme le prévoit Madame Ludivine Clouzot « la théorie de l'imprévision est peu à peu apparue comme un instrument désuet » En effet, les contractants peuvent prévoir des clauses de variation de prix aménageant les conséquences de l'imprévision.

Les parties doivent profiter du caractère supplétif de volonté de l'article 1195 en aménageant les conditions d'application de la théorie de l'imprévision. Il s'agit de déterminer les modalités et la durée de cette période de renégociation, déterminer ce que nous entendons par caractère onéreux de l'exécution du contrat s'agit-il d'une approche subjective en fonction de la situation financière du débiteur ou d'une approche objective ou on se réfère à la nature de la transaction, les parties décident contractuellement si c'est l'exécution onéreuse ou la perte de la valeur de prestation qui est constitutive d'imprévision et ils peuvent déterminer les événements à l'occasion desquels la théorie de l'imprévision pourrait être invoquée, il s'agit alors d'une délimitation de la clause sur l'acceptation des pertes résultant de la survenance de circonstances imprévisibles pendant l'exécution du contrat. De plus, les parties peuvent déterminer la faculté dont dispose le juge en cas de défaut d'accord : il s'agit d'écarter la révision pour imprévision et opter pour la résolution ou l'inverse. Certains prévoient que ce soit du côté du débiteur ou du créancier, « les conséquences de l'événement imprévisible devront être expressément limitées à la résolution pure et simple du contrat et ainsi écarter les mécanismes de sortie juridique du blocage prévus à l'article 1195 nouveau du Code civil qui permettraient au juge de réviser le contrat sans pour autant y mettre fin » et « en somme, mieux vaut une bonne résolution prévue contractuellement qu'une renégociation menée par le juge et dont l'issue peut échapper aux parties ». ¹⁰⁹⁰ Le manque de visibilité sur l'application du critère « excessivement onéreux »

¹⁰⁸⁹ CE, 8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy, RDP 1918.244, concl. L-F. Corneille, cité in Traité des contrats administratifs, op. cit. p. 566

¹⁰⁹⁰ Ph.Malikan et C. Mandon, op.cit, p.46 Disponible sur : <http://doczz.fr/doc/3856282/dossier---pinsent-masons>

et sur la nature des « circonstances exceptionnelles » requière que les parties les encadrent méticuleusement dans leur contrat afin d'éviter un interventionnisme arbitraire du juge dans le contrat. Il est conseillé aux parties de déterminer le type de ces circonstances qui peuvent rendre l'exécution des obligations onéreuses et le seuil est parti duquel l'exécution des obligations devient onéreuse.

Nous conseillons aux contractants d'insérer une clause dans le contrat pour aménager le risque du changement des circonstances. Les parties peuvent choisir d'insérer une clause de hardship. En effet « ceci permettra de limiter (et donc de prévoir) très précisément les cas de recours au juge. Elles prévoiront un nombre de renégociations du contrat préalables à la saisine d juge. Elles prévoiront un nombre de renégociations du contrat préalables à la saisine du juge. Elles exigeront l'avis d'experts indépendants quant à l'évolution du coût du contrat. Enfin, elles fixeront l'avis d'experts indépendants quant à l'évolution du coût du contrat. Enfin, elles fixeront une procédure et des délais stricts à respecter ». ¹⁰⁹¹Le contrat est avant tout perçu comme acte de prévision. Les parties essayent dans leur contrat d'exercer leur domination sur l'avenir. La faculté octroyée au juge de résilier ou réviser le contrat pour imprévision révèle qu'il sera opportun pour les parties contractantes de prévoir eux même les remèdes des conséquences de l'imprévision à savoir la responsabilité des pertes et les procédés de révision du contrat par les parties dans le cas où les deux parties décident de partager les risques. Ce mécanisme adopté en respect de la volonté des parties sert à éviter l'intervention judiciaire dans le contrat.

Les parties doivent être vigilantes dans la rédaction des clauses d'imprévision. Il est recommandé de faire appel à un expert ou un conseiller juridique pour orienter les parties dans la rédaction des clauses en fonction de leur contrat.

Enfin, il est conseillé aux parties de recourir en amont des différends aux « Comités d'examen des différends » (« Disputes Review Boards ») notamment dans les grands projets de construction pour limiter les risques de problèmes dans l'exécution du contrat. Les parties peuvent également insérer dans leur contrat une clause pour recourir aux modes amiables de règlement des différends en cas de différent et limiter les situations de blocage. Le décret

¹⁰⁹¹S. Martin, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/propos-article-1195-code-civil-tel,21536.html>

no.2015-282 du 11 mars publié le 14 mars 2015 au Journal Officiel favorise le recours aux modes amiables de résolution des différends. Sans recourir au juge, les parties peuvent convenir sur des clauses de règlement amiable ou des clauses prévoyant le recours à un expert ou à un arbitre. Au-delà du fait que les coûts sont limités par rapport au recours au tribunal par voie judiciaire, les médiateurs cherchent toujours des solutions « gagnant-gagnant » dans l'intérêt des deux parties au contrat.

Cependant, « ce n'est pas parce que les parties ont prévu dans leur contrat une clause de révision du prix, de renégociation, de hardship, d'indexation, d'*earn out* ou encore une clause de *material adverse change*, par exemple dans une cession de droits sociaux, que le juge en déduira nécessairement qu'elles ont renoncé à invoquer l'article 1195, les faits ne sont pas les mêmes, les effets non plus ». ¹⁰⁹²

Etude de cas :

*Après avoir examiné les conditions d'application de la théorie de l'imprévision, **La question d'actualité qui se pose est de savoir si Coronavirus est un cas de force majeure ou situation d'imprévision ? Est-ce une exécution excessivement onéreuse ou une exécution impossible des obligations ?** Le président de la république a décidé le 16 mars 2020 l'obligation de confinement de la population et l'adoption du télétravail, le ministre de l'économie a déclaré le 28 février 2020 que coronavirus relève d'un cas de force majeure exonérant les entreprises des pénalités de retards. En application du principe de séparation des pouvoirs, cette qualification de Coronavirus comme force majeure par le Ministre de l'économie n'est pas imposée au juge. En date du 19 mars 2020, le ministre du travail a menacé les entreprises du bâtiment d'arrêter les chantiers en les obligeant de continuer à exécuter leurs obligations. Selon Pascal Jacquot « Il est compliqué d'envisager une résiliation pour les prêts car on ne peut pas dire qu'on a une impossibilité totale d'exécuter le contrat, même si les difficultés sont réelles pendant le confinement. L'idée étant donc de plutôt suspendre le contrat, de le mettre en pause ». Face à ces contradictions, il est important de caractériser l'événement que constitue la Coronavirus.*

¹⁰⁹²B. Fages et co-auteurs, Une exécution devenue excessivement onéreuse, Lamy droit du contrat, 2016

Diverses mesures ont été prises par les autorités publiques comme à titre d'exemple :

-Arrêté du 4 mars 2020 interdisant « tout rassemblement mettant en présence de manière simultanée plus de 5000 personnes en milieu clos [...] sur le territoire national jusqu'au 31 mai ».

-Arrêté du 13 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19

-Arrêté du 14 mars 2020 qui ordonne la clôture non indispensable de tous les commerces non indispensables et lieux d'échange jusqu'au 15 avril 2020.

-Décret no.2020-260,16 mars 2020 portant la réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

Il faut attendre le projet de « loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ».

Il est possible que les parties aient aménagé contractuellement l'imprévision ou la force majeure en incluant dans leur contrat une clause de force majeure ou clause d'imprévision en prévoyant un formalisme pour la notification, une sanction pour violation de cette obligation et l'obligation d'information.

Il convient de constater la manière dont les entreprises ont rédigé les clauses de force majeure dans leurs contrats. L'article 1351 du Code civil « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure ». Les parties peuvent décider la continuation de l'exécution du contrat malgré la force majeure. De plus, si la situation relevait d'une imprévision, le débiteur peut s'en charger des conséquences de l'imprévision.

L'article 1218 du Code civil définit la force majeure comme « un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, [empêchant] l'exécution de son obligation par le débiteur ».

La force majeure répond cumulativement à plusieurs critères.

Il doit s'agir d'un événement :

-échappant au contrôle du débiteur ;

*-qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ;
-dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ;
Et qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

Ce texte reprend dans les grandes lignes les conditions de la force majeure stipulées par l'ancien article 1148 du Code civil sauf que la condition d'extériorité n'est plus exigée depuis l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation.¹⁰⁹³

L'obligation de confinement et les décisions administratives contraignantes rendent difficile l'exécution des contrats et parfois impossible impactant gravement le secteur de l'économie. De plus, la saturation des hôpitaux rend le traitement de cette pandémie limitée et du coup elle devient irrésistible pour certaines personnes qui n'ont pas pu bénéficier de la chance du traitement médical.

La qualification de force majeure a été rejetée systématiquement par les juges pour des épidémies comme, la brucellose bovine, le SRAS, La grippe aviaire, H1N1, l'épidémie de Dengue, le virus d'Ebola et le virus chikungunya. La coronavirus ne permettra pas nécessairement l'exonération des débiteurs de leur responsabilité contractuelle. Ce qui explique la complexité de la mise en œuvre de la force majeure en matière d'épidémies.

La Cour d'appel d'Agen a considéré que l'épidémie de brucellose bovine « se caractérisant par une période de latence indécélable et imprévisible » est une force majeure.¹⁰⁹⁴

Pour le SRAS : « le risque sanitaire n'était pas majeur en Thaïlande et il ne peut être admis que le voyage vers ce pays était impossible en raison du SRAS ».¹⁰⁹⁵

Pour la grippe H1N1 : lorsque ce virus avait été largement annoncé même avant la mise en place de réglementations sanitaires.¹⁰⁹⁶

Une épidémie d'encéphalite japonaise au Népal n'est ni imprévisible ni irrésistible. Cette maladie était fréquente en période de mousson en Népal et il n'avait pour conséquence que 43 décès.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³Cass., ass. plen., 14 avr. 2006, no. 02-11.168

¹⁰⁹⁴CA Agen, 21 janvier 1993, JurisData n° 1993-040559

¹⁰⁹⁵TI Paris, 4 mai 2004, n° 11-03-000869

¹⁰⁹⁶CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229

¹⁰⁹⁷Tribunal de grande instance de Paris, 5e chambre 1re section, 12 décembre 2006, n° 05/03905

*La Cour d'Appel de Nancy, a jugé que les caractéristiques de la force majeure n'étaient pas réunies. L'épidémie de Dengue n'avait pas un caractère imprévisible en raison du caractère endémo-épidémique de cette maladie en Martinique, ni irrésistible en raison de la mise en œuvre de moyens de protection en Martinique.*¹⁰⁹⁸

*La Cour d'appel de Paris a considéré que le virus Ebola n'est pas constitutif de force majeure n'ayant pas rendu l'exécution des obligations par les parties impossible.*¹⁰⁹⁹

*La Cour d'appel Basse-Terre a jugé que « s'agissant de la présence du virus chikungunya, en dépit de ses caractéristiques [...] et de sa prévalence dans l'arc antillais [...], cet événement ne comporte pas les caractères de la force majeure au sens des dispositions de l'article 1148 du Code civil. En effet, cette épidémie ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période ».*¹¹⁰⁰

Pourtant, la qualification de force majeure a été retenue d'autre part dans les arrêts suivants :

*La Cour d'appel d'Agen a retenu qu'« une épidémie de brucellose bovine affectant un troupeau à l'origine de la contamination d'un cheptel voisin doit être considérée comme présentant tous les caractères de la force majeure exonératoire de responsabilité pour le gardien des animaux ayant causé le dommage. Cette maladie, qui déborde facilement les mesures prévues par la loi, d'une très grande virulence et d'une contagiosité redoutable, peut en effet être transmise par n'importe quel vecteur tel piqûres d'insectes ou corps humain, et se caractérise par une période de latence indécélable et imprévisible ».*¹¹⁰¹

*Considérant la gastro-entérite comme un cas de force majeure, la CA d'Aix en Provence a jugé que cette épidémie justifie l'exonération de l'hôtelier et d'une agence de voyage ayant fermé un baby-club et l'infection de deux clients par cette épidémie.*¹¹⁰²

¹⁰⁹⁸ CA de Nancy, 22 novembre 2010, RG n°09/00003

¹⁰⁹⁹ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 3, Arrêt du 29 mars 2016, Répertoire général n° 15/05607

¹¹⁰⁰ CA de Basse-Terre, 17 décembre 2018, RG n°17/00739.

¹¹⁰¹ CA Agen, 21 janvier 1993, JurisData n°1993-040559.

¹¹⁰² CA Aix-en-Provence, 3 mai 2006, Juris Data n°2006-306944.

La gravité de la pandémie actuelle, Coronavirus pourrait justifier la caractérisation d'un cas de force majeure.

*La Cour d'appel de Colmar dans son arrêt en date du 12 mars 2020 a jugé que « l'absence du demandeur d'asile à l'audience était justifiée » en raison des circonstances exceptionnelles et insurmontables, revêtant le caractère de la force majeure, liées à l'épidémie en cours de Covid-19 ». « Ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience. De plus, le CRA de Geispolheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visio-conférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience ».*¹¹⁰³

*Le demandeur était en contact avec une personne affectée par cette épidémie. L'insuffisance de motivation dans cet arrêt ne nous permet pas de dégager la solution retenue par les tribunaux, applicable au Coronavirus. De plus, cet arrêt a été rendu le 12 mars 2020 soit dans la première phase de l'épidémie. Les décisions des juges du fond « ne sont pas forcément transposables à l'épidémie de Covid-19 même si elles peuvent permettre d'avoir une première idée des arrêts qui pourraient être rendus ».*¹¹⁰⁴

*Il ne suffit pas pour caractériser la force majeure de constater l'existence d'une pandémie car un lien de causalité doit être établi entre pandémie et le préjudice résultant de l'inexécution impossible de la prestation. De plus, il faut aussi que le contractant souhaitant bénéficier de la force majeure démontre qu'il a essayé de remplir les diligences nécessaires pour surmonter les conséquences de cette pandémie pour exécuter ses obligations contractuelles. **Il convient de procéder à une analyse in concreto qui consiste à vérifier au cas par cas en fonction de l'activité de l'entreprise et l'impact de Coronavirus si la situation relève d'une force majeure ou d'une situation d'imprévision.** « Il appartiendra donc aux juges saisis*

¹¹⁰³CA Colmar, 12 mars 2020, RG n°20/01098

¹¹⁰⁴R. Bruillard, Force majeure et épidémie, que dit la jurisprudence ?, 25 mars 2020, la Rédaction, in Disponible sur : <https://www.argusdelassurance.com/juriscopes/force-majeure-et-epidemie-que-dit-la-jurisprudence-analyse.162496>

de différends d'apprécier si les effets du Covid-19 aurait pu, ou non, être évité par la mise en place de mesures appropriées (ie : sources d'approvisionnement alternatives, appel à des intérimaires pour remplacer temporairement des salariés malades, mesures de police administrative prises par le gouvernement, ...) ». De plus, l'Ordonnance n° 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure ce qui démontre que les effets de Coronavirus ne sont pas forcément constitutifs de force majeure pour tous les contrats. Les décrets n° 2020-260 du 16 mars 2020 et n° 2020-279 du 19 mars 2020 remplacés par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 mettent en place des mesures limitant les déplacements. Ce décret prévoit que « I. les établissements relevant des catégories mentionnées par le règlement pris en application de l'article R.123-12 du Code de la construction et de l'habitation figurant ci-après ne peuvent plus accueillir du public jusqu'au 15 avril 2020 ». Le Président de la République Emmanuel Macron a décidé de « renforcer encore les mesures pour réduire nos déplacements et nos contacts au strict nécessaire » cependant, des exceptions sont autorisés les « trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés » et les déplacements sont permis s'ils sont nécessaires pour l'exercice du travail en disposant des moyens d'éviter la contagion. Le télétravail permet aussi l'exécution du travail mais à distance ce qui permet de fournir une solution face à l'impossibilité d'exécution dans telles circonstances dangereuses. Dans certains secteurs les mesures prises par les autorités face à cette pandémie actuelle peuvent entraîner une désorganisation de l'activité des entreprises rendant l'exercice de leurs activités impossibles par exemple s'agissant de la production. Et « lorsque seule une partie des obligations a été exécutée, la question d'une éventuelle restitution des sommes déjà versées et libération des obligations réciproques restant à exécution, devra être analysée minutieusement et une réponse spécifique devra être apportée à chaque situation ». ¹¹⁰⁵ Il faut rappeler que l'article 1229 alinéas 3 et 4 du Code civil dispose que « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant

¹¹⁰⁵A. Idjeri, Coronavirus Covid-19 et contrats commerciaux : quelle stratégie adopter ?, 7 avril 2020. Disponible sur : <https://www.soulier-avocats.com/coronavirus-et-contrats-commerciaux-quelle-strategie-adopter/>.

pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

La pandémie de Corona n'entraîne pas forcément la résolution du contrat pour force majeure et l'exonération du débiteur de toutes ses responsabilités. En effet, Le second alinéa de l'article 1218 du Code civil établit une distinction entre un empêchement temporaire et un empêchement définitif : « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. Si les conditions de la force majeure ne sont pas réunies, le contractant peut demander le bénéfice du fait de prince qui produit les mêmes effets que la force majeure s'agissant de la résolution du contrat en démontrant que des mesures autoritaires prises par le gouvernement entraînent l'arrêt de la production, la fermeture des frontières et donc l'impossibilité d'exécuter leurs obligations.

On peut aussi penser que la théorie de l'imprévision peut être retenue si l'exécution des obligations devient onéreuse pour le débiteur et non pas impossible. « En effet, si on pense que les moyens mis en œuvre vont coûter beaucoup plus cher que dans une situation normale, l'imprévision semble être l'outil adéquat ». Autrement dit, les moyens mis en œuvre par les parties dites « les mesures appropriées » permettent l'exécution du contrat, écartant ainsi la qualification de la force majeure et justifient l'invocation par le débiteur de la théorie de l'imprévision si ces mesures appropriées sont particulièrement onéreuses. L'article 1195 du Code civil dispose que « Si un changement de circonstances (2) imprévisible lors de la conclusion du contrat (3) rend l'exécution excessivement onéreuse (4) pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, (5) celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. (6) Elle continue à exécuter ses obligations durant la négociation ». En outre, la Cour de Cassation¹¹⁰⁶ précise que la force majeure ne peut pas être caractérisée si la créance constituait une somme d'argent « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut pas s'exonérer en invoquant un cas de force majeure ». Dans ce cas, le contractant peut invoquer la théorie de l'imprévision afin de solliciter une renégociation avec son contractant.

¹¹⁰⁶Cass. com., 16 sept. 2014, no 13-20306, PB

Coronavirus est imprévisible si le contrat a été conclu avant l'apparition de cette pandémie. Pourtant, à quel moment les parties pouvaient-elles (raisonnablement) s'attendre à ce qu'une épidémie apparaisse ? Lorsque cette pandémie est apparue en Chine (entre le 31 décembre 2019 et le 7 janvier 2020) ? à la date de détection du premier cas d'infection en Europe (le 24 janvier 2020) ? À la date à laquelle l'OMS a qualifié l'épidémie d' « urgence de santé publique de portée internationale » (le 30 janvier 2020) ou encore de la date à laquelle l'OMS a qualifié la Coronavirus de « pandémie » (le 11 mars 2020) ? ». On pense aussi à la date du 14 mars 2020 ou des mesures ont été prises comme la fermeture des lieux publics.

L'article 1195 du Code civil ne s'applique pas pour les contrats conclus avant le 1er octobre 2016. Par un arrêt rendu le 19 septembre 2018, la Cour de Cassation a censuré la décision d'une juridiction de proximité au visa de l'article 9 de l'ordonnance no.2016-131 du 10 février 2016 rappelant que « les dispositions de cette ordonnance sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ». La juridiction de proximité s'est fondée sur l'article 1186 du Code civil pour décider que le contrat est caduc pour changement imprévisible de circonstance alors que ce contrat a été conclu avant le 1^{er} octobre 2016.

S'agissant des contrats conclus après cette date, il convient de vérifier si le contrat contient une clause d'imprévision ou pas et si le contrat contient une clause de non-imprévision, excluant expressément l'imprévision dans ce cas la révision pour imprévision est impossible sauf qu'on peut prévoir qu'un contractant peut établir que cette clause crée un déséquilibre significatif (article 1171 du Code civil) et article L.442-1 du code de commerce.

C'est à tort que monsieur Bruno le maire a qualifié la coronavirus comme une situation relevant de la force majeure. Il se peut que l'exécution de certains contrats soit devenue onéreuse sans être impossible pour les débiteurs. La pandémie actuelle a engendré une réelle crise économique mais qui impacte différemment les acteurs économiques et donc elle aboutit à des conséquences différentes selon le secteur d'activité impacté, le volume de l'activité de l'entreprises et les plans adoptés par les entreprises pour se redresser et continuer à exécuter leurs obligations envers leurs contractants. Certaines entreprises connaissent une cessation d'activité pour la crise économique engendrée par cette pandémie constitutive dans ce cas d'une force majeure. D'autres grandes entreprises comme Renault adoptent des plans pour relancer son économie malgré les pertes.

CHAPITRE III L'interaction de l'article 1195 nouveau avec son contexte

SECTION I : L'interaction de l'article 1195 C. civ. Avec d'autres articles de la réforme

Le droit français a octroyé la faculté au juge d'intervenir pour la révision du contrat. Si ce n'est pas sur le fondement de la théorie de l'imprévision, il pouvait intervenir par une habilitation législative et sur des fondements légaux. En effet, le juge est investi par la loi du pouvoir de réviser le contrat. De nombreux textes juridiques ont donné au juge la faculté d'intervenir dans le contrat conclu entre les parties.

Il s'agit tout d'abord de l'article 1194, anciennement 1135 du Code civil prévoit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, cet article a été modifié par l'Ordonnance du 10 février 2016 selon le quel :

« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que donnent l'équité, l'usage et la loi » (art. 1103 C. civ.).

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016, amplifie le mouvement du renforcement de la présence de la notion de bonne foi dans le champ contractuel et précontractuel en disposant en son article 1104 que :¹¹⁰⁷

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition étant d'ordre public. »

¹¹⁰⁷J. Mestre, Pour un principe de bonne foi mieux précisé, RLDC, mars 2009, n°58, p. 9

De plus, l'article 1231-5 du Code civil créé par cette même ordonnance confère ce pouvoir de révision au juge de la clause pénale lors qu'il constate son caractère excessif. En effet, en vertu de cet article :

« Le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ».

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut-être diminuée par le juge, même d'office a proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. »

L'article 1231-5 rassemble les dispositions des anciens articles du Code civil 1151,1230, et 1231. En effet, si le montant de la clause pénale est soit excessif soit dérisoire, le juge a été autorisé par le législateur à réviser la clause pénale à la hausse ou à la baisse (alinea2). Lorsque l'inexécution est partielle, le montant de la clause pénale est révisé dans la proportion de l'exécution partielle (aliena3). Ces alinéa 2 et 3 sont d'ordre public (alinea4) la mise en demeure préalable du débiteur est requis, sauf inexécution définitive (alina5).

La définition de la clause pénale dans les anciens articles 1226 et 1229 du Code civil, n'a pas été conservée par le législateur dans le nouvel article de l'ordonnance et qui permettait d'établir une distinction entre la clause pénale d'une part et la clause limitative de réparation de l'autre part.

De plus, l'ordonnance a consacré la reconnaissance des clauses abusives en droit commun des contrats. En effet avant cette ordonnance, les fondements du régime des clauses abusives ont été prévues dans l'ancien article L.132-1 du Code de la consommation qui a été remplacé par l'article L.212-1du même Code qui est strictement cantonne aux relations entre les professionnels et les consommateurs ou non-professionnels. Cet article est le résultat de la transposition de l'Article 3 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 qui prévoit dans son article 3 que :

« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre

significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat ».

Désormais, L'ordonnance du 10 février 2016 a établi dans le Code civil, le nouvel article 1171 qui reprend la même définition de l'article L.121-1 du Code de la Consommation mais en droit commun des contrats et s'articule avec les dispositions du Code de la consommation édictée que :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, unilatéralement déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

Cet article renvoie à la lutte contre les clauses abusives, notion qui bien qu'elle n'existe pas de manière expresse dans cet Article, a été nuancée dans le rapport délivré au président de la république antérieur à l'adoption de la réforme du régime des obligations contractuelles. En effet, « le Gouvernement est autorisé, selon les termes de l'habilitation, à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour [notamment] simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, [...] en consacrant en particulier [...] la notion de la clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ».

Pourtant, le champ d'application de l'article 1171 est restreint car cantonné aux contrats d'adhésion, celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties » en application de l'article 1110 alinéa 2 du Code civil. Dans les contrats d'adhésion, la partie faible se trouve dans l'impossibilité de négocier le contrat de gré à gré créant ainsi un déséquilibre du rapport contractuel en faveur de la partie forte.

En limitant le champ d'application de la clause abusive aux seuls contrats d'adhésion, le juge a voulu limiter le principe de l'article 1168 du Code civil en vertu duquel : « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat ». Ainsi, la simple non équivalence contractuelle n'est pas susceptible de donner le pouvoir au juge de prononcer la nullité du contrat.

En droit français la lésion n'est pas une cause de nullité du contrat. Le juge ne peut pas réviser le contrat sur le fondement de la lésion pour établir et remédier au déséquilibre significatif. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil prévoit que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

« Reste la possibilité pour la victime d'établir le déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article 1169 du Code civil , c'est à dire sur l'absence de contrepartie, l'atteinte à une obligation essentielle (article 1170 du Code civil) ou l'erreur sur la valeur provoquée par un dol (article 1139 du Code civil). En dehors de ces trois fondements juridiques, il n'y a pas d'autre moyen de rétablir l'équivalence des prestations ». ¹¹⁰⁸

A la différence du texte du Code civil, celui du code de la consommation prévoit la possibilité d'une action regroupée de la collectivité des consommateurs pour engager une action collective. Et prévoit une liste des clauses présumées abusives (grise ou noire).

En cas de conflit entre le texte du Code de la consommation et celui dans le Code civil sur les clauses abusives, il convient de se référer à l'article 1105 alinéa 3 du Code civil qui prévoit que « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières ». En effet, le droit de la consommation doit primer sur le droit commun en application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Par conséquent, le juge, lorsqu'il intervient pour lutter contre les clauses abusives, adopte les mécanismes de révision comme prévues dans le code de la consommation.

Tout d'abord, il s'agit de la considération des circonstances autour de la conclusion du contrat. En effet selon l'alinéa 2 de l'article L.212-1 du Code de la Consommation, « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du Code civil , le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les clauses du

¹¹⁰⁸A. Bamdé, La reconnaissance des clauses abusives en droit commun des contrats réforme des obligations, 24 mai 2017. Disponible sur : <https://aurelienbamde.com/2017/05/24/>.

contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution ».

De plus, le déséquilibre significatif s'apprécie en fonction de l'économie globale ou générale du contrat. En effet, l'article L. 212-1 du Code de la consommation prévoit que le caractère abusif s'apprécie au regard de « toutes les clauses du contrat » ainsi que « celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution ». En effet, une clause peut paraître excessive alors que d'autres ne le sont pas.

Dans un souci d'efficacité du rôle du juge, la jurisprudence a posé plusieurs critères d'appréciation du déséquilibre significatif par le juge qui adopte dans son interventionnisme un faisceau d'indices.

Parmi ces critères, on peut surtout noter : « l'existence d'un avantage manifestement excessif en faveur de la partie forte au contrat ou l'octroi d'un avantage non assorti d'une contrepartie, l'absence de réciprocité des droits et des obligations des parties ou l'octroi à la partie forte du contrat d'un pouvoir unilatéral. Ces critères renvoient à la caractérisation d'un contrat d'adhésion dans lequel la partie forte crée un déséquilibre en sa faveur ». ¹¹⁰⁹

Le critère jurisprudentiel avancé en droit de la consommation pourrait être transposée en droit commun du fait de l'adoption de l'ordonnance 2016. En effet selon la décision du 16 janvier 2014, la Cour de justice de l'union européenne a précisé que « l'existence d'un déséquilibre significatif [...] peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat est place ».

Quant à la sanction de la clause abusive, l'article 1171 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 prévoit la même sanction que celle adoptée par le Code de la consommation : « la clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Cette sanction a comme conséquence la suppression de la clause abusive du contrat sans contribuer pour autant à l'anéantissement du contrat. En effet, en application de l'article 1184 alinéa 2 du Code civil, « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

¹¹⁰⁹A. Bamde, *op.cit.* Disponible sur : <https://aurelienbamde.com/2017/05/24/>.

L'interaction de la théorie de l'imprévision avec les clauses abusives ne réside pas uniquement dans l'accroissement des procédés de l'interventionnisme judiciaire dans le contrat conclu entre les parties pour sauver l'équilibre contractuel et l'atténuation du principe de l'intangibilité du contrat, mais elle se manifeste aussi par une réflexion sur la clause insérée par les parties par anticipation dans le contrat pour assumer la responsabilité des conséquences liées à l'imprévision et écarter ainsi l'application de la théorie ou aménager ses effets. Cette clause peut constituer un déséquilibre significatif.¹¹¹⁰ Certains auteurs émettent du doute sur la légalité de l'article 1195 du Code civil qui prévoit que les parties peuvent exclure totalement l'article 1195 du Code civil et cela peut paraître contraire à l'article 1171 du Code civil sur la lutte contre les clauses abusives.

Pourtant, la liste n'est pas exhaustive et d'autres textes sont en interaction avec l'article 1195 du nouveau Code civil. On peut ainsi citer en particulier : l'article 1218 nouveau sur la force majeure qui rend l'exécution des obligations sans être onéreuses, impossible ; l'article 1121 sur l'exécution forcée en nature en vertu duquel « le créancier peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » ; l'article 1170 nouveau sur la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

De plus, les articles 1217 à 1226 nouveaux consacrant certains pouvoirs aux créanciers lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations (exception d'inexécution par anticipation, exception de l'obligation par un tiers, réduction proportionnelle du prix...). Il convient alors pour le juge d'examiner le contenu du contrat et tous les éléments de preuve nécessaires. Dans le domaine du bail commercial par exemple, le créancier peut préférer au chemin escarpé de l'article 1195 du Code civil, la voie la plus facile offerte par l'article 1219 du Code civil (« Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. ») ou l'article 1220 du Code civil (« Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences

¹¹¹⁰Muriel Fabre Magnan "Droit des obligations", T1, Thémis, PUF,2016 p.560

de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »).

L'article 1195 du Code civil n'est pas sans interactions avec des articles du Code civil antérieurs à la réforme. Il s'agit par exemple de la révision judiciaire du contrat qui se déduit de l'article 1244-1 du Code civil où le juge accorde des délais de grâce édictant dans son 1^{er} alinea que : « Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ».

Conformément à l'adage *speciala generalibus derogant*, des dispositions spéciales priment sur les dispositions du droit commun sur l'imprévision Nous pouvons citer à titre d'exemple : l'article L. 441-8 du code de commerce qui diminue le seuil de révision ; l'article 900-2 du Code civil qui consacre la révision des « conditions et charges » des libéralités ; l'article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle qui chiffre le déséquilibre économique entre les parties (7/12e).

SECTION II : L'interaction de l'article 1195 avec des droits spéciaux

§ 1 les contrats authentiquement aléatoires et les contrats fictivement aléatoires

L'aléa est une incertitude. « L'aléa, dit un auteur, c'est toute cette incertitude qui plane autour d'un événement et qui empêche les hommes de pouvoir maîtriser l'avenir. D'un mot, l'aléa, c'est ce qu'une autre main que celle de l'homme détient ».¹¹¹¹

L'aléa chasse la lésion. En effet, selon les termes de l'article 891 du Code civil « L'action en complément de part n'est pas admise contre une vente de droits indivis faite sans fraude à un indivisaire par ses co-indivisaires ou par l'un d'eux, lorsque la cession comporte un aléa défini dans l'acte et expressément accepté par le cessionnaire ». Le contrat aléatoire « ne peut être ni annulé ni réduit au motif que le perdant aura fourni une prestation sans contrepartie, précisément parce que chacune des parties a accepté de perdre afin d'obtenir la chance de

¹¹¹¹B. Beignier, « Les arrêts de règlement », Droits, n°123, 1989, p.45.

gagner ». ¹¹¹² Selon François Terré, « chacune des parties ayant accepté de courir une chance, aucune d'elles ne peut prétendre être lésée quoi qu'il advienne ». ¹¹¹³ Pourtant, exceptionnellement la lésion est caractérisée dans un contrat aléatoire comme le démontre l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoyant qu' « en cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat ». De plus, la Cour de Cassation confirme dans différents arrêts que malgré la nature aléatoire du contrat, l'action en rescision est possible. Selon la haute juridiction « la rescision reste possible lorsque les circonstances donnent au juge le moyen de déterminer la valeur des obligations soumises à l'aléa ». ¹¹¹⁴

Concernant l'imprévision est ce que ce raisonnement est transposable à l'imprévision ? Selon monsieur Philippe Stoffel Munck, si l'aléa chasse la lésion, il « chasse sans doute aussi ses succédanés » ¹¹¹⁵ Il existe une ambiguïté dans le champ d'application de la théorie de l'imprévision. La question qui se pose est de savoir si l'imprévision s'applique pour les contrats aléatoires. Est-ce que le fait que l'article 1195 du Code civil ne mentionne pas une liste limitative de contrats auxquels s'applique l'imprévision et donc s'applique à tous type de contrat et l'absence d'exclusion des contrats aléatoires dans le rapport du président de la république suffit-il à écarter les contrats aléatoires du champ d'application de l'imprévision ? Se pose aussi la question de savoir si l'imprévision a comme champ d'application les contrats aléatoires, ne faut-il pas insérer une clause d'exclusion expresse de l'article 1195 du Code civil surtout que cet article n'est pas d'ordre public ? Ou bien en concluant le contrat aléatoire les parties sont censées inscrire une clause tacite rejetant l'imprévision ? Ne faut-il pas établir une distinction entre les contrats authentiquement aléatoires et les faux contrats aléatoires ?

En principe, imprévision et aléa sont des notions antinomiques adverses et l'aléa doit chasser l'imprévision. En effet, les parties sont censées assumer les risques résultant de l'exécution du contrat en concluant un contrat aléatoire et il existe une incertitude quant à l'équilibre final de l'opération. Il s'agit alors d'un pari sur l'avenir en effet, selon les termes du second alinéa de l'article 1108 du Code civil, le contrat « est aléatoire lorsque les parties

¹¹¹²Ph.Malaurie ., L. Aynes et Ph.Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ-Lextenso, 8eme ed. 2016, no.415,p.213

¹¹¹³F.Terre et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, précité, no.69, p.82

¹¹¹⁴Cass.civ., 28 févr.1951,D.1951,jur.p.309.

¹¹¹⁵ Ph.Stoffel-Munck, la notion de contrat aleatoire Resp.civ. et ass.2014, dossier 3, no.6.

acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Et donc « le droit doit se faire discret lorsque deux personnes ont accepté de faire dépendre leur action du hasard ».¹¹¹⁶ L'article L.632-1, I, 2, du Code de commerce rend nul tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie. À la lecture de cet article et par un raisonnement a contrario, la nullité ne peut pas constituer une sanction des contrats aléatoires déséquilibrés. La Cour de Cassation a considéré que tant que les parties ont conclu un contrat aléatoire, ils sont censés assumer toutes ses conséquences et ainsi le juge ne peut pas intervenir pour rétablir l'équilibre contractuel.¹¹¹⁷ La nature spéculative des contrats financiers conclus par les investisseurs à capital-risque et l'assomption des risques par les parties excluent le mécanisme de l'imprévision. De plus, selon les termes de l'article 1965 du Code civil, « la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari ».

Pourtant, admettre que tous les contrats aléatoires excluent le mécanisme de l'imprévision est naïf car il existe des exceptions. Comment alors savoir si les contrats aléatoires sont susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision ou non ? Il convient de suivre deux critères cumulatifs dont le premier consiste à mesurer l'ampleur de l'aléa. En effet, plus l'aléa est large, plus les parties assument les conséquences : bénéfiques et risques liés à l'exécution du contrat aléatoire et la théorie de l'imprévision trouve peu de place à s'appliquer. Selon le professeur Akram El Mejri « si l'aléa accepté est aussi vaste que la situation d'imprévision décrite par la loi, ou davantage, il ne devrait pas y avoir place pour la théorie de l'imprévision. À l'inverse, si cet aléa est plus circonscrit, le dispositif devrait trouver à s'appliquer, dans les situations qui se trouvent hors champ de l'aléa ».¹¹¹⁸ Le second critère consiste à regarder la nature du contrat. Certains contrats aléatoires sont unilatéraux et donc ouvrent droit à l'application de l'imprévision d'autres sont authentiquement aléatoires, certains semblent être aléatoires alors qu'ils ne le sont plus ou sont caractérisés par des aléas assez délimités. Ces critères sont cumulatifs car la nature du contrat reflète le plus souvent l'intensité de l'aléa.

En premier lieu, il existe des contrats qui sont authentiquement aléatoire ou des contrats qui sont aléatoires par essence et sont exclus du champ d'application de l'article 1195 du Code civil. Le régime de révision pour imprévision n'est pas applicable aux instruments

¹¹¹⁶A. Elmejri, la théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, revue Lamy droit civil, no.149, 1er juin 2017

¹¹¹⁷Cass.1re civ.,5 mai 1998,no.96-14,328,Bull.civ.I,no.168

¹¹¹⁸A. Elmejri, la théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, Revue Lamy droit civil, no.149, 1er juin 2017

financiers définis à l'article L211-1 Code monétaire et financier qu'il s'agit de titres ou contrats financiers. Les titres financiers énumérés par l'article susmentionné sont les suivants : (les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créance, les parts ou actions d'organismes de placement collectif. Pourtant, les parts de SARL, de SCI ou de SNC sont susceptibles de l'application de l'article 1195 du Code civil). Il n'est plus applicable aux contrats financiers nommés aussi " instruments financiers à terme" par exemple les contrats d'échange, contrats d'option contrats à terme et accords portant sur des taux intérêts, devises, extra. L'article D. 211-1 A du Code monétaire et financier énumère les contrats financiers dans une liste non-exhaustive. Ces contrats ont une nature spéculative. L'opération économique assume un aléa intense de variation du prix ou d'un sous-jacent qui peut être un indice, un taux ou autre. L'incertitude résulte « de l'évolution imprévisible de la valeur du sous-jacent, qui détermine pour l'une comme pour l'autre des parties la répartition des gains et des pertes se trouve placée au cœur du contrat ; elle relève de l'économie de la convention ». ¹¹¹⁹ L'article L.211-40-1 du Code monétaire et financier dispose que « L'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L.211-1 du présent code. » Néanmoins, les dispositions de cet article ne sont pas d'ordre public, les parties peuvent soumettre l'opération à l'imprévision. Sans se référer à l'article 1195, les parties peuvent mentionner dans leurs contrats qu'ils se réfèrent partiellement à la théorie de l'imprévision pour renégocier le contrat uniquement sans intervention judiciaire. « Cette pratique semble d'ailleurs commencer à émerger concernant par exemple le service financier des émissions obligataires ». ¹¹²⁰

De plus, les contrats de Swap sont par essence aléatoire et l'application de l'article 1195 du Code civil est exclue dans ces types de contrats. Les swaps sont des produits financiers dérivés, dont la valeur dépend de celle des sous-jacents. Les deux parties assument un risque réciproquement en échangeant une valeur contre une autre. Il existe plusieurs types de swap :

¹¹¹⁹ A. Couret, H. Le Nabasque, Droit Financier, Dalloz, 2008, no.979, p.589.

¹¹²⁰ A. De-Sevin, exclusion des opérations sur instruments financiers du champ application de l'article 1195 du Code civil, 11 janvier 2019, Fidal. Disponible sur : <https://www.fidal.com/fr/actualites/exclusion-des-operations-sur-instruments-financiers-du-champ-de-larticle-1195-du-code>

- Les swaps de taux où « contrat d'échange de taux d'intérêts » : Les entreprises endettées à taux fixe ont recours à ce type de swap, les taux sont susceptibles de baisse. Ces entreprises ont intérêt à échanger les taux fixe contre un taux variable pour bénéficier de la baisse.
- Les swaps de devise où la valeur d'un sous-jacent dans une devise est échangée contre sa valeur dans une autre devise
- Les swaps de matières premières où une partie achète ou vend une matière première à prix fixe et l'autre s'engage à acheter ou à vendre la même matière première à un prix variable.
- Le crédit default swap ressemble à un contrat d'assurance. Par ce contrat, Le vendeur de protection s'engage à dédommager l'acheteur en cas d'événement de crédit contre une prime.

Les contrats à forfait sont authentiquement aléatoires car les prestations peuvent être disproportionnées. Par ce contrat, l'entrepreneur s'engage à fournir un ouvrage pour un prix fixe. L'article 1793 du Code civil prévoit que l'entrepreneur « ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations (des prestations), si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisées par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ». La Cour de Cassation a jugé que : « les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat ». ¹¹²¹ Pourtant, « le nouvel article 1195 pourrait à l'avenir servir, non pas à obtenir un complément de prix de la part de l'entrepreneur, mais un moyen de défense de la part du maître de l'ouvrage pour renégocier voire faire annuler le contrat ». ¹¹²²

Outre les contrats authentiquement aléatoires qui excluent le mécanisme de l'imprévision, il existe des contrats dont la nature aléatoire n'a pas d'influence sur l'exclusion de l'imprévision car il se peut que l'imprévision soit caractérisée en cas de contrat d'assurance. En principe le contrat d'assurance, par sa nature aléatoire chasse la lésion et l'imprévision. Mais, cette exclusion ne concerne que l'aléa contractuel et non pas l'aléa extracontractuel dépassant

¹¹²¹Cass. 3eme civ., 20 nov.2002, no.00-14,423, Bull.civ.III, no.230,JCP E 2004,31, note Guiderdoni B H. De La Forge H. et S. Salem, Réforme du droit des contrats en France : aspects pratiques dans les ¹¹²²projets de construction, Constr.-urb.2016, étude 13, no.11. Disponible sur : <https://www.hfw.com/L-impact-de-la-reforme-du-droit-des-contrats-en-France-en-matiere-de-construction-Mai-2016>

le cadre des risques normaux. Il faut noter que tous les risques assumés par l'assureur ne sont pas souscrits dans le contrat.

Il se peut aussi que l'aléa est délimité comme en cas de vente moyennant rente viagère car « le caractère alimentaire de l'opération pour le crédientier conduit à constater que l'esprit de la spéculation n'est pas la principale motivation des parties ». ¹¹²³ Dernier exemple est les contrats de prêts « le dispositif ne s'appliquera qu'au regard des situations qui excèdent les risques liés à l'aléa des affaires, inhérents à l'opération ». ¹¹²⁴

Si dans les contrats aléatoires dont les risques sont assumés par les deux parties, la révision du contrat est interdite, la Cour de Cassation dans son arrêt¹¹²⁵ rendu en date du 23 novembre 2011 admet la révision judiciaire du contrat si le contrat aléatoire est unilatéral, ce qui peut être transposable à la révision judiciaire pour imprévision. Surtout que l'article 1964 du Code civil édictant que « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain » a été supprimée par l'ordonnance no.2016-131 du 10 février 2016 ce qui laisse penser le contrat aléatoire peut être unilatéral.

Selon le professeur Akram El Mejri, il existe de « faux contrats aléatoires »¹¹²⁶, le premier exemple de ces contrats est le contrat de forage. Comme indiqué par la Cour de Cassation¹¹²⁷, en l'absence de faute de l'entrepreneur s'il n'a pas détecté de source d'eau en quantité suffisante, il a toujours droit au paiement. Selon la Cour de Cassation « la société qui était exclusivement chargée de travaux de forage, ne garantissait pas la présence d'eau dans le sous-sol du terrain de sorte qu'il ne pouvait lui être fait reproche d'avoir manqué à une obligation qui ne lui incombait pas ». Donc ce n'est pas à vrai dire un contrat aléatoire ce qui laisse penser que le maître d'ouvrage peut invoquer la théorie de l'imprévision si jamais une circonstance imprévisible a rendu les travaux de forage onéreux. Deuxièmement, il s'agit des contrats à prix variable comme les contrats de prêt indexés sur l'Euribor ou sur le cours d'une devise étrangère. Les parties assument une simple fluctuation des prix mais jamais un taux négatif. De plus, « le dérèglement

¹¹²³A. El Mejri, la théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, revue lamy droit civil, no.149, 1er juin 2017

¹¹²⁴A. El Mejri, la théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, revue lamy droit civil, no.149, 1er juin 2017

¹¹²⁵Cass.1^{re} civ., 23 nov.2011, no.10-16.770, Bull.civ.I, no.206, RDC2012, p.396, obs. Y.-M Laithier

¹¹²⁶A. El Mejri, la théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, revue lamy droit civil, no.149, 1er juin 2017

¹¹²⁷Cass.1^{re} civ., 3 mars 2011, no.09-70, 754, Bull.civ.I, no.43.

international des monnaies pourrait favoriser l'invocation (du nouvel article 1195 du Code civil). Les circonstances peuvent en effet faire évoluer des taux variables ou indexés dans des proportions difficilement prévisibles pour les parties, dans le sens ou dans l'autre ». ¹¹²⁸ Troisièmement, dans le cadre de la cession de contrôle, la clause d'earn-out permettant l'octroi d'un complément de prix selon la performance de l'acquéreur. « Malgré l'incertitude portant sur le prix final qui sera versé au cédent, l'opération demeure commutative puisque les prestations échangées sont regardées par les parties comme équivalentes. Les parties ne cherchent pas à faire dépendre l'économie du hasard ». ¹¹²⁹ L'article 1195 du Code civil peut s'appliquer « en cas de décès ou (de) retrait brutal d'un actionnaire ou d'un manager de référence de la société ». ¹¹³⁰

§ 2 L'imprévision et le droit des entreprises en difficulté

L'adoption de la théorie de l'imprévision par l'ordonnance du 10 février 2016 n'est pas dépourvue d'interactions avec le droit des entreprises en difficulté. Même si les entreprises bénéficient d'autres dispositifs spécifiques, l'article 1195 du Code civil est perçu par certains auteurs comme un instrument de traitement pertinent des entreprises en difficultés. Ainsi, la théorie de l'imprévision consacrée par la nouvelle réforme du droit des contrats dispose de conséquences sur le droit des entreprises en difficultés. Dans un éditorial, le professeur Jacques Mestre souligne l'interaction dont on peut percevoir entre l'article 1195 du Code civil et le droit des entreprises en difficultés selon lui, « qu'observe-t-on en ce domaine ? Que la renégociation des accords privés est devenue le pain quotidien d'administrateurs judiciaires ou de mandataires nommés à cette fin, usant de tout leur pouvoir de persuasion aux fins – osons les mots – de prendre équitablement en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties (...). Bref, que la jurisprudence Canal de Craonne cède tout naturellement le pas à l'attitude que connaît l'immense majorité des droits étrangers ». ¹¹³¹

La procédure de sauvegarde, a été introduite par la réforme de la réglementation des procédures collectives en juillet 2005, atténuée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui prévoit

¹¹²⁸D.Legeais, Portée de la réforme du droit des obligations pour le droit du crédit, RTD com.2016, p.527, spec.p.528.

¹¹²⁹A.El Mejri, la théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, revue lamy droit civil, no.149, 1er juin 2017

¹¹³⁰A.Gaudement, Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ?, Bull. Joly Sociétés 2016, p.685).

¹¹³¹J. Mestre, « Au coeur de la défense... de la révision des contrats ! », RLDC 2011/81, p. 3.

des voies de recours plus larges. Désormais elle peut être demandée par un débiteur qui « sans être en cessation de paiement » justifie de « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». En vertu de l'article L.620-1 du Code de Commerce, « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Cette procédure étant « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Dans l'arrêt *Cœur Défense*¹¹³², la SAS Heart of La Défense, une société holding d'un montage de Leverage Buy-Out (« LBO ») détenue par une société holding luxembourgeoise (Dame Luxembourg) a acheté un ensemble immobilier financé par des prêts. La société holding a été engagée à souscrire à un contrat de couverture du risque de variation du taux d'intérêt des prêts. La crise financière en 2008 a affecté la société holding et le créancier de la société holding a sollicité la conclusion d'un nouveau contrat de couverture du risque de variation du taux d'intérêt des prêts que la société débitrice n'est plus en mesure de conclure. Par conséquent, la société holding et la société Dame Luxembourg ont invoqué l'ouverture de deux procédures de sauvegarde.

La Cour de Cassation reproche à la Cour d'appel de dénaturer l'objet du litige au visa de l'Article 4 du Code de procédure civile en vertu duquel :« *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense* ». La Cour d'appel considérait que le renchérissement du coût de la couverture du risque de variation du taux d'intérêt des prêts est surmontable.

La Cour de cassation se prononce sur la notion de « difficultés insurmontables » dans cet arrêt de principe (trois chefs de cassation sont fondés sur la violation de la loi) et censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (arrêt du 25 février 2010) qui avait décidé que le débiteur éprouvant des difficultés à exécuter un pacte comissoire pour la crise financière de 2008, ne faisait état que de circonstances imprévues, rendant onéreuses l'exécution des contrats de couverture du risque de variation des taux d'intérêts et qu'elle n'a pas prouvé des difficultés à poursuivre son activité et que son activité de bailleur de bureaux n'est pas remise en question. La Cour d'appel de Paris rejette l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à la société débitrice car la société débitrice « n'a pas invoqué l'existence de la moindre difficulté ayant pu antérieurement affecter son activité, et qu'elle n'a pas allégué que la souscription de nouveaux

¹¹³²Cass Com, 8 mars 2011, pourvois n° 10-13988 10-13989 10-13990

contrats de couverture de risque de variation des taux d'intérêts (imposée par les contrats de prêt finançant son acquisition) lui était impossible, mais seulement qu'elle estimait que le coût en était devenu, selon elle prohibitif par rapport à l'équilibre global de l'opération ». La Cour de Cassation juge dans un attendu de principe que « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements».

Doit-on déduire de cette décision que la Cour de Cassation reconnaît implicitement la révision du contrat pour imprévision ? Certains commentateurs franchissent presque le pas (voir récemment cass. com. 29 juin 2010), mais ce serait selon nous aller trop vite en besogne.^{1133..} Selon Monsieur François-Xavier Lucas, l'affirmation contenue dans l'arrêt Cœur Défense « pour incontestable qu'elle soit, n'est pas moins impressionnante ». En effet, « elle aboutit à consacrer en droit français une possibilité de révision des contrats ». ¹¹³⁴ Avant même l'adoption de l'article 1195 du Code civil par le législateur français, l'arrêt Cœur défense traite l'imprévision par le biais de l'ouverture de la procédure de sauvegarde au débiteur. La crise financière de 2008 correspond bien à « un changement de circonstances imprévisible » au moment de la conclusion du contrat et l'augmentation excessive du coût de la couverture de risque correspond bien à une exécution excessivement onéreuse du contrat constituant une difficulté insurmontable. La société débitrice éprouve aussi des difficultés à trouver un nouveau garant dans cette période de crise.

La question qui se pose est de savoir comment s'articulent la révision judiciaire pour imprévision du contrat dont l'équilibre est bouleversé par des circonstances imprévisibles par les parties au moment de la conclusion du contrat qui est une procédure de droit commun, et la procédure de sauvegarde invoquée par le débiteur lorsqu'il rencontre des difficultés insurmontables ? Les situations « mixtes » présentant le caractère du droit commun et du droit

¹¹³³A. Adeline, L'arrêt « Cœur Défense » : procédure de sauvegarde et force obligatoire des contrats, la revue, 8 septembre 2011. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-arret-coeur-defense-procedure-de-sauvegarde-et-force-obligatoire-des-contrats_a1507.html

¹¹³⁴F-X.Lucas, bulletin. Joly Societes 2011.Editorial. 281.

des procédures collectives peuvent-elle être traitées par ces deux procédures ou bien l'une doit-elle exclure l'autre ?

Conformément à l'adage *Specialia generalibus derogant*, la procédure de sauvegarde doit primer sur la révision judiciaire pour imprévision, la nouvelle procédure de droit commun. En rappel du nouvel article 1105 du Code civil, « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Selon le rapport du Président de la République « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation ». Mais comment peuvent se concilier ces procédures différentes en cas de possible articulation fructueuse ? Le débiteur peut-il mener simultanément les deux procédures : l'ouverture de la procédure de sauvegarde et la fixation de nouveaux termes au contrat en application du second alinéa de l'article 1195 du Code civil ?

La réforme du droit des procédures collectives effectuée la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises marque le recul des principes du droit commun. En effet, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire affecte la liberté contractuelle lorsqu'elle rend certaines clauses non-écrites. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises prévoit aussi des dérogations au droit commun des contrats. Pourtant, le droit des procédures collectives utilise des mécanismes du droit des obligations comme par exemple la compensation entre créances et dettes connexes. S'interroger sur la complémentarité entre le droit commun et le droit des procédures collectives est « (...) l'occasion d'un retour sur les principes fondateurs du droit des obligations qui pourrait se trouver revivifié par le contact avec des institutions ou des besoins nouveaux ». ¹¹³⁵ Madame Marie-Hélène Monsérié-Bon qualifie un mouvement de « balancier » entre le droit commun et le droit des procédures collectives. ¹¹³⁶

Des outils offerts par le droit des entreprises en difficultés sont proches de ceux offerts par le droit commun des contrats, manière de voir les deux procédures en concurrence.

¹¹³⁵ M. Jeantin, « Rapport de synthèse », in « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *RJC*, numéro spécial 1992, 170

¹¹³⁶ M-H. Monserie-Bon, « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », *Mélanges Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 429

En premier lieu, commentant l'arrêt *Cœur Défense*, le professeur Pierre-Michel Le Corre prévoit que : « [l]es créanciers doivent comprendre quel est leur intérêt à négocier, en amont de la procédure collective. S'ils ne sont pas suffisamment empreints d'une volonté de conciliation, alors ils seront confrontés à une sauvegarde. Les débiteurs doivent voir dans la sauvegarde ce que le chef des armées voit dans la bombe atomique : une arme de dissuasion, à n'utiliser que pour exploser les créanciers rebelles. »¹¹³⁷ La procédure de conciliation permet aux contractants d'éviter une procédure de sauvegarde. Comme l'article 1195 du Code civil prévoit une renégociation du contrat, l'article L.611-4 du Code de commerce prévoit une procédure de conciliation pour « (...) les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ». Pourtant, une difficulté « avérée ou prévisible » est suffisante au regard de la procédure de conciliation contrairement à la procédure de droit commun qui traite la situation d'imprévision. De plus, l'article L. 621-1 du Code de commerce prévoit dans son troisième alinéa que « [l]orsque la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal. Il statue ensuite sur la seule demande de sauvegarde ». Ce recours à la procédure de conciliation n'est pas obligatoire, et concernant l'obligation de renégociation sous le fondement de l'article 1195 du Code civil, le débiteur ne peut pas saisir directement le juge pour adapter ou résilier le contrat mais doit respecter les étapes de la procédure en commençant par inviter le créancier à négocier amicalement pour rééquilibrer le contrat, le texte prévoyant le potentiel refus du créancier de renégocier le contrat. Le créancier refusant la renégociation est menacé par la résiliation judiciaire du contrat. En outre, le Code de commerce prévoit qu'il est possible de recourir au mandat *ad hoc*. « Le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission. (...) » Si la durée de la procédure de conciliation est de cinq mois maximum, le mandat *ad hoc* ne connaît pas de limitation temporelle. L'avantage de ces deux procédures est leur caractère confidentiel. En effet, l'article L.611-15 du Code de commerce précise désormais que « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la

¹¹³⁷ P-M. Le Corre, "Eclairage - L'objectivation des conditions d'ouverture de la sauvegarde", *BJE*, mai 2012, n°3, p. 142

confidentialité ». Cette obligation permet de garder les difficultés secrètes pour empêcher la détérioration de la situation de l'entreprise.

En second lieu, comme la procédure relative à l'imprévision, la procédure relative aux entreprises en difficultés permet la résiliation du contrat avant son terme. L'article L.622-13 du Code de Commerce qui prévoit qu'en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le contrat en cours est résilié de plein droit :

- En cas de silence de plus d'un mois après une mise en demeure par le contractant de l'administrateur judiciaire de prendre une décision sur la continuation d'un contrat en cours vaut résiliation de plein droit.
- A défaut de paiement de la prestation promise au contractant du débiteur et d'accord du contractant pour poursuivre les relations contractuelles.

De plus, La résiliation est prononcée par le juge-commissaire à la demande de l'administrateur si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du contractant.

En cas de liquidation judiciaire, l'article L.641-11-1 III du Code de Commerce prévoit trois hypothèses de résiliation de plein droit du contrat :

- Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant au liquidateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir au liquidateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ;
- A défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles ;
- Lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent, au jour où le cocontractant est informé de la décision du liquidateur de ne pas poursuivre le contrat.

De plus, à la demande du liquidateur, lorsque la prestation du débiteur ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est

nécessaire aux opérations de liquidation et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

En troisième lieu, si l'administrateur judiciaire décide la continuation du contrat, il doit être continué selon les stipulations contractuelles au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Comme dans le cadre de la procédure de droit commun, le juge peut réviser le contrat dans le cadre de la procédure collective. L'article 626-18, alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit en ce sens que le tribunal « donne acte » des délais et remises acceptés par les créanciers. Ces délais et remises peuvent être réduits par le tribunal. Et l'alinéa 4 de cet article prévoit un pouvoir de révision judiciaire en prévoyant que le tribunal impose des délais uniformes de paiement mais ce pouvoir est limité par deux conditions : le premier paiement ne peut s'effectuer au-delà d'un délai d'un an et le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises, sauf dans le cas d'une exploitation agricole.

En quatrième lieu, les contrats susceptibles de révision pour imprévision sont les contrats à exécution successive et à exécution instantanée mais différée, c'est-à-dire reportée dans le temps. Ces contrats correspondent à des contrats « en cours » en vertu de l'article L.622-13 du Code de commerce. Ces contrats dits « en cours » sont des contrats en cours d'existence et en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture.

En l'absence de conflit entre ces deux types de procédures, nous pouvons les percevoir comme des mécanismes qui se complètent et s'articulent. Ces procédures se complètent dans la mesure où « le nouveau texte n'appréhende pas l'entreprise dans sa globalité pour en opérer le redressement, mais s'intéresse à tel contrat particulier, dont les conditions seront revues par le juge pour le rendre plus supportable ». ¹¹³⁸ Si l'article 1195 du Code civil a pour but de rétablir l'équilibre contractuel, la procédure de sauvegarde vise à protéger l'activité du débiteur et éviter un état de cessation des paiements. Il s'agit d'une procédure collective qui s'intéresse au patrimoine du débiteur et ses relations contractuelles. Selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « Cette consécration (...) permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. » et

¹¹³⁸B. Dondero, Révision pour imprévision : les contrats concernés – Analyse juridique parue dans le magazine Option Finance le 27 août 2018. Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/droit-affaires/entreprise-expertise/juridique/les-contrats-concernes.html>.

selon l'exposé des motifs de la loi du 26 juillet 2005 « L'objectif de la sauvegarde de l'entreprise est crucial. (...). Pour ce faire, la loi doit permettre d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie. Visant des situations différentes, plus ou moins graves, elle doit comporter des procédures adaptées à ces différences et aux conditions d'ouverture élargies. ». De plus, marquant la spécificité de la procédure de sauvegarde, monsieur Philippe Delebecque prévoit qu'il faut « conserver à (la) procédure (de sauvegarde) son caractère économique et d'éviter par-là même son instrumentalisation en présence de difficultés purement financières ». ¹¹³⁹ Mais, si ces deux procédures susmentionnées ont des finalités différentes, elles ont pour objectif commun de protéger et sauver l'entreprise, victime du changement des circonstances et le contrat qui est un actif du débiteur. L'article 1195 du Code civil peut constituer un outil d'enrichissement de la procédure de sauvegarde.

L'article 1195 est un instrument pertinent pour traiter ces difficultés. L'invocation par le débiteur en difficulté de l'article 1195 du Code civil peut « constituer une opportunité intéressante dans certains cas, voire un nouvel outil aux mains des praticiens de l'insolvabilité pour solliciter une renégociation d'un contrat devenu excessivement onéreux pour l'entreprise en difficulté et essentiel à la poursuite de son activité ». ¹¹⁴⁰ Si la procédure de conciliation et le mandat *ad hoc* ne sont pas obligatoires, l'invocation de l'article 1195 du Code civil pour renégocier les termes du contrat rend les renégociations entamées par le conciliateur ou le mandataire *ad hoc* condition préalable à la révision judiciaire du contrat. Après l'échec ou le refus de renégociation, le débiteur peut invoquer la procédure de sauvegarde en raison du caractère insurmontable des difficultés, ce qui peut inciter le cocontractant à considérer sérieusement la renégociation et rééquilibrer amicalement le contrat sans recourir au juge. Donc soit vous négociez, soit la procédure de sauvegarde serait ouverte et aussi la révision judiciaire du contrat. Puisque la durée de la période d'observation est limitée dans le temps, il serait avantageux de renégocier le contrat avant l'ouverture de la procédure collective. L'article L. 611-7, alinéa 5, du Code de commerce prévoit que si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier,

¹¹³⁹Ph. Delebecque, le risque de détournement de la procédure de sauvegarde-l'incidence de la réforme de l'imprévision sur l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, Bulletin Joly Entreprises en difficulté-BJE mai 2016, p.209. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113j7>

¹¹⁴⁰Ph.Dupichot et co-auteurs, Réforme des contrats et difficultés des entreprises, BJE sept. 2016, n° 113u8, p. 352. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113u8>

il peut demander du juge qui a ouvert la conciliation de lui octroyer des délais de grâce sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil qui prévoit dans son alinéa 1 que « le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considérations des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues » s'articulant mal avec l'article 1195, alinéa 1er, du Code civil qui prévoit que la partie qui sollicite la renégociation « continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ». Cette difficulté d'articulation impose un choix au débiteur : « soit exécuter le contrat et entamer le processus de renégociation ; soit solliciter des délais de grâce et renoncer à obtenir un rééquilibrage de la relation contractuelle »¹¹⁴¹ Pourtant, il est possible en cas de refus ou d'échec de renégociation que le débiteur obtienne des délais de grâce et bénéficie de la révision judiciaire du contrat car l'obligation de continuer à exécuter ses obligations n'est imposable que « durant la renégociation ». Une autre difficulté d'articulation est que « la saisine du juge par le seul débiteur risque de contrarier la confidentialité inhérente aux procédures amiables ».¹¹⁴² De plus, la durée maximale de la conciliation entamée par le conciliateur est de 5 ans, période longue par rapport à celle déterminée par les parties pour renégocier leur contrat. Nous voyons donc que rendre les renégociations entamées par le conciliateur ou le mandataire *ad hoc* qui sont déjà optionnelles, condition nécessaire à la révision judiciaire du contrat n'est pas efficace et complique l'articulation des différentes mesures. Il suffit de rendre la renégociation entre le débiteur et son ou ses créanciers une condition préalable à la procédure de sauvegarde parallèlement avec la révision judiciaire pour une meilleure articulation.

Même si ces deux procédures ont des champs d'application différents, ils peuvent se recouper. Comme démontré, l'article 1195 requiert des conditions strictes pour l'application de l'imprévision : il faut un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et qui doit rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie au contrat qui n'avait pas accepté de supporter ce risque. Ces conditions différentes s'il s'agit de l'application de l'article L620-1 du Code de commerce qui prévoit la possibilité pour un débiteur qui n'est pas en cessation de paiement d'invoquer la procédure de sauvegarde s'il rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. L'existence de difficultés graves permet à elle seule d'ouvrir au débiteur la procédure de sauvegarde, ce qui évoque la souplesse de la condition d'ouverture de cette procédure¹¹⁴³ Rien n'empêche la combinaison ou le recoupement entre les

¹¹⁴¹N. Borga, l'entreprise en difficulté et la révision du contrat pour imprévision, p.141. Disponible sur : <https://www.fiducial-legal.com/wp-content/uploads/2019/08/article-nborga-082019.pdf>

¹¹⁴²Ibid.

¹¹⁴³G. Bernard, « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt Coeur Défense », Revue des sociétés 2011, p. 404

conditions d'applications de ces procédures lorsque la situation est de nature « mixte » c'est-à-dire qu'elle relève à la fois d'une situation d'imprévision au sens de l'article 1195 du Code civil et d'entreprise en difficulté requérant l'application de la procédure de sauvegarde au sens de l'article L.620-1 du Code de commerce. L'exécution excessivement onéreuse est alors appréciée sous l'angle d'une difficulté insurmontable, une difficulté que le débiteur ne peut pas surmonter seul sans recourir au juge, lorsque la renégociation du contrat a été refusée ou connaît un échec et non pas une difficulté qu'il est impossible à surmonter surtout que l'article 620-1 du Code de commerce prévoit que le débiteur en difficulté ne doit pas être en état de cessation de paiement pour pouvoir bénéficier de la procédure de sauvegarde. Il s'agit alors d'une interprétation subjective du caractère « insurmontable ». La Cour de Cassation considère alors que l'ouverture de la procédure de sauvegarde est invoquée lorsque le débiteur n'est pas en mesure de la surmonter seul, à défaut de recourir au juge.¹¹⁴⁴ et qu'elle n'est pas insurmontable dans l'absolu. Nous pouvons penser ainsi au traitement des difficultés insurmontables de l'entreprise par le biais de l'article 1195 du Code civil. Mais, la renégociation au sens de l'article 1195 du Code civil peut constituer un obstacle à l'application de la procédure de sauvegarde si la renégociation connaît un succès et donc la difficulté devient surmontable. « il apparaît que les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde ne sont plus réunies, si les difficultés pouvant conduire à en demander le bénéfice sont d'ordre contractuel et peuvent être surmontées par la renégociation. La faculté de renégociation du contrat devient ainsi clairement un obstacle à l'ouverture de la sauvegarde ».¹¹⁴⁵ En ce sens, la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil est un préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, autrement dit afin de pouvoir bénéficier de la procédure de sauvegarde, le débiteur doit d'abord démontrer qu'il a tenté la renégociation avec ses créanciers et que cette renégociation a échoué. Le débiteur peut aussi démontrer que les difficultés sont surmontables par le biais de la révision du contrat. Il faut aussi noter aussi que les parties peuvent exclure conventionnellement le bénéfice du mécanisme de l'article 1195 du Code civil.

Il convient pour le débiteur en difficulté souhaitant bénéficier des dispositions de l'article 1195 du Code civil de démontrer que toutes les conditions d'application de l'article 1195 du Code civil sont réunies à savoir– un changement de circonstances imprévisible rendant

¹¹⁴⁴Cass. com. 26 juin 2007, n°06-20.820, D. 2007 p. 1864, obs. Lienhard.

¹¹⁴⁵P-M. Le Corre, L'imprévision versus ordonnance du 10 février 2016 et droit des entreprises en difficulté, la lettre juridique no.666 du 1^{er} Septembre 2016. Disponible sur :

<http://www.lexbase.fr/revues-juridiques/34164926-doctrine-l-imprevision-iversus-i-ordonnance-du-10-fevrier-2016-et-droit-des-entreprises-en-difficultes>.

l'exécution du contrat « excessivement onéreuse » et le défaut d'assomption des risques liés à l'imprévision. Selon le professeur Pierre-Michel : « Le caractère trop onéreux de l'exécution ne peut résulter du seul fait d'être placé en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire. Ce qui rend trop onéreux le contrat n'est pas la situation économique du débiteur de l'obligation, mais les circonstances économiques nouvelles extérieures à la personne du débiteur, par exemple le nouveau coût des matières premières ou un changement brutal du cours du change ». ¹¹⁴⁶ La seule ouverture d'une procédure de sauvegarde ne justifie pas en elle-même la révision judiciaire du contrat pour imprévision.

L'avantage de l'application de l'article 1195 du Code civil est qu'il offre une voie intermédiaire au débiteur entre la résiliation du contrat et la continuation du contrat aux mêmes stipulations contractuelles. Il s'agit de l'adaptation du contrat aux changements de circonstances. Une exécution d'un contrat selon les mêmes stipulations contractuelles pendant l'ouverture de la procédure serait dommageable pour le débiteur en difficulté qui doit bénéficier de conditions meilleures pour l'exécution du contrat qui requiert un rééquilibrage. Le débiteur peut recourir à l'imprévision pour réviser le contrat après la décision de l'administrateur judiciaire sur la continuation du contrat, le juge pouvant être saisi par le débiteur pour la révision du contrat pour imprévision. La mise en œuvre de la révision judiciaire du contrat pour imprévision pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde est possible. Notons que l'administrateur judiciaire peut revenir sur sa décision et décider de ne pas poursuivre le contrat s'il est révélé que le débiteur ne dispose pas de moyens nécessaires pour exécuter le contrat et que l'adaptation du contrat connaît un échec. ¹¹⁴⁷ Une question se pose est de savoir si la saisine du juge pour la révision du contrat est possible durant le délai de rendre la décision sur la poursuite du contrat par l'administrateur judiciaire. Le problème c'est que l'administrateur judiciaire dispose de deux mois au plus pour rendre sa décision, il s'agit alors d'une période relativement courte pour que le juge du droit commun puisse réviser le contrat. Il y a peu de chance que la décision du juge du contrat qui se prononce sur la révision des termes du contrat intervienne durant ce laps de temps. Il faut donc respecter un ordre chronologique, il s'agit d'abord de la prononciation par

¹¹⁴⁶P-M. Le Corre, *op.cit.* Disponible sur : <http://www.lexbase.fr/revues-juridiques/34164926-doctrine-l-imprevision-iversus-i-ordonnance-du-10-fevrier-2016-et-droit-des-entreprises-en-difficultes>.

¹¹⁴⁷Conclusions du Comité Permanent des Diligences de l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives (IFPPC), exposées par M. Latina et P-M. Le Corre, L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce, IFPPC, 2016, livre II, chapitre 1, p. 68 Disponible sur : <https://www.la-base-lextenso.fr/lessentiel-droit-des-contrats/DCO110b7>

l'administrateur judiciaire sur la poursuite du contrat puis, le juge naturel est saisi pour réviser le contrat pour imprévision.

Une question se pose est de savoir si le créancier peut invoquer les dispositions de l'article 1195 du Code civil. L'ouverture d'une procédure collective par un débiteur qui affronte des difficultés insurmontables à exécuter son contrat et qui n'est pas en état de cessation de paiement ne peut-elle pas être considérée comme un changement de circonstances imprévisible pour le cocontractant ? Si le cocontractant du débiteur souhaite bénéficier des dispositions de l'article 1195 du Code civil, il devrait démontrer que toutes ses conditions d'application sont réunies. L'ouverture de la procédure de sauvegarde ne semble pas constituer pour le cocontractant une circonstance imprévisible car normalement le cocontractant devrait s'attendre à la dégradation de la situation économique de son débiteur à tout moment « ce d'autant que les conditions d'imprévisibilité, d'onérosité excessive, de refus de risque, posées par l'article 1195 du Code civil, ne pourront être démontrées par le cocontractant ». ¹¹⁴⁸ Mais, qu'en est-il lorsque cette dégradation résulte d'un fait extérieur au débiteur, par exemple de l'augmentation imprévisible et exceptionnelle du coût des matières premières lui permettant l'ouverture d'une procédure collective ? Dans ce cas, même si on peut penser à la possible invocation par le cocontractant de l'imprévision pour réunion des conditions d'application de l'article 1195 du Code civil, l'invocation par le cocontractant de la situation de l'imprévision se heurte aux dispositions protectrices de la loi de sauvegarde. En effet, « Du point de vue du cocontractant du débiteur en difficulté, cela paraît improbable : le droit spécial des procédures collectives est naturellement rétif à ce que le droit commun puisse neutraliser son empire impératif ; l'article L. 622-13, I, le démontre déjà amplement », ¹¹⁴⁹ De plus, « admettre que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre d'un débiteur puisse constituer une source d'imprévision pour ses cocontractants remettrait en cause la visée attractrice et protectrice de la procédure de sauvegarde à son égard ». ¹¹⁵⁰ Si l'administrateur judiciaire décide la poursuite du contrat et que le cocontractant bénéficie de la résiliation pour imprévision cela heurte les règles protectrices de la procédure de sauvegarde. Une autre question se pose est de savoir si le cocontractant peut invoquer la révision du contrat pour imprévision ? C'est peu probable mais possible sous réserve du respect de l'article L.622-21, I du Code de commerce qui prévoit que : « [l]e jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la

¹¹⁴⁸ Ph.Dupichot et co-auteurs, *op.cit*, p. 352. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113u8>

¹¹⁴⁹ Ibid

¹¹⁵⁰Ch. Dorine, l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017, p.55

créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° À la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. » de plus, cette révision ne doit pas porter atteinte aux intérêts du débiteur en procédure de sauvegarde. « Il s'agirait donc de ne pas mettre en danger la possibilité d'une issue favorable de la procédure de sauvegarde, sous prétexte de rétablir l'équilibre dans un seul contrat ». ¹¹⁵¹

Des difficultés d'articulation peuvent se poser.

En premier lieu, si l'exécution excessivement onéreuse pouvait être regardée comme une difficulté insurmontable par l'articulation souple entre ces deux mécanismes, le risque serait une interprétation stricte du caractère insurmontable des difficultés à la lumière de l'article 1195 du Code civil qui pourrait être interprété comme ne considérant pas l'exécution excessivement onéreuse comme « insurmontable ». Ce qui pourrait constituer une entrave à l'ouverture de la procédure de sauvegarde car la difficulté est objectivement surmontable et donc si l'ouverture de la procédure de droit commun sur la renégociation du contrat pour imprévision est regardée comme une condition préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde et par conséquent regarder cette dernière comme une solution subsidiaire à la première, cette considération ne peut pas être prise en compte car en cas d'opposition farouche entre ces deux procédures, la procédure collective écarte celle du droit commun, elle s'intéresse plus particulièrement au sauvetage de l'entreprise et donc doit primer sur la procédure du droit commun.

En second lieu, si le débiteur en difficulté formule les deux demandes en justice, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et la révision du contrat pour imprévision, il faut envisager une incompatibilité temporelle. La demande du débiteur se heurte à une contrainte temporelle. La procédure de sauvegarde est beaucoup plus rapide pour le débiteur que la révision judiciaire pour imprévision. Le délai raisonnable pour que le juge puisse rendre sa décision est le plus souvent long par rapport à l'autre procédure. Ce délai imprécis peut prendre plusieurs mois ou plusieurs années. Donc, il serait impossible de combiner ces deux demandes. En vertu de l'article L.622-13 du Code de commerce, l'administrateur judiciaire dispose de deux mois au plus pour rendre sa décision quant à la poursuite du contrat. Il convient d'attendre la décision de l'administrateur judiciaire sur la poursuite du contrat puis, invoquer la révision judiciaire du

¹¹⁵¹ Ch. Dorine, l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017, p.57

contrat pour imprévision. De plus, il y a une incompatibilité entre les calendriers de révision. L'article L 621-3 du Code de commerce précise que « le jugement ouvre une période d'observation renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par décret en Conseil d'Etat ». Cette période d'observation de 6 mois qui peut être exceptionnellement renouvelée, est courte par rapport au calendrier long de la révision judiciaire du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil. Il se peut que la période d'observation prenne fin avant que le juge rende sa décision sur la révision du contrat.

En troisième lieu, lorsque la renégociation stipulée dans l'article 1195 est un préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, l'invocation de l'article 1195 ferait échec à la procédure collective de sauvegarde tant que cet article impose au demandeur de la renégociation à continuer à exécuter ses obligations. Selon monsieur Pierre-Michel Lecorre, imposer au débiteur de continuer à exécuter ses obligations alors qu'il éprouve des difficultés qu'il n'est pas en mesure de les surmonter peut lui conduire à une cessation du paiement qui lui empêche de se prévaloir de la procédure de sauvegarde ce qui est contradictoire avec l'objectif de la procédure de sauvegarde qui vise à éviter que l'entreprise connaisse un état de cessation de paiement. Dans ce cas la mise en œuvre de la procédure de droit commun fait échec à l'invocation par le débiteur de la mise en œuvre de la procédure collective de sauvegarde, seules les procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire seront ouvertes au débiteur. L'article L622-13 du Code de commerce prévoit que l'obligation de remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieures au jugement d'ouverture incombe au contractant du débiteur et non pas au débiteur.

En quatrième lieu, si l'articulation entre ces deux procédures est difficile au stade de l'ouverture de la procédure collective, une difficulté demeure pendant le déroulement de la procédure collective, comme l'explique le professeur Pierre-Michel Le Corre, du fait de l'opposition entre l'article 1195 du Code civil et les articles L.622-13 et L.642-22-2 du Code de Commerce, opposition qui serait seulement « apparente ». Il explique que la résiliation du contrat sous le fondement de l'article 1195 du Code civil rend inapplicable l'ouverture de la procédure collective. « La procédure collective ne produit pas d'effet au contrat ». En outre, si le débiteur devait attendre la décision du tribunal statuant sur la révision judiciaire pour imprévision du contrat « Il apparaîtrait contre-productif d'un point de vue économique d'attendre une décision, nécessairement aléatoire, qui statuerait sur le fondement de l'article 1195 du Code civil s'agissant

du contrat considéré, avant de permettre à un autre juge de se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés ». ¹¹⁵² Mais, en tous cas, la procédure collective doit primer sur la procédure du droit commun, cette dernière ne peut constituer un obstacle à la première mais seulement s'imbriquer s'il y a lieu avec cette procédure, donc la résiliation du contrat sous le fondement de l'article 1195 du Code civil ne peut pas rendre inapplicable l'ouverture de la procédure collective. La résiliation judiciaire du contrat pour imprévision sous le fondement de l'article 1195 du Code civil se heurte avec l'article L.622-13 du Code de commerce qui prévoit que l'administrateur judiciaire est le seul qui décide la continuation ou pas du contrat en cours de plus, la résiliation judiciaire qui est de droit commun n'est pas soumise au régime de la résiliation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Lorsqu'on dit que le juge peut se prononcer sur la résiliation du contrat conclu par un débiteur placé en sauvegarde avant que l'administrateur judiciaire décide de poursuivre le contrat ou après qu'il décide sa poursuite, cette intervention n'est pas utile du point de vue pratique. Si le juge décide la résiliation du contrat avant que l'administrateur judiciaire ne se prononce sur la poursuite du contrat, ce dernier peut déjà décider la non poursuite du contrat et demander auprès du juge-commissaire la résiliation judiciaire du contrat selon les dispositions de l'article L.622-13, IV du Code de commerce. De plus, si l'administrateur judiciaire décide la poursuite du contrat et que le juge du droit commun est saisi pour résilier le contrat pour imprévision, l'administrateur judiciaire peut décider de ne pas poursuivre le contrat si le débiteur ne dispose pas de fonds nécessaires à son exécution. En outre, en l'absence de décision du juge-commissaire sur la résiliation du contrat, la résiliation judiciaire du contrat pour imprévision n'est pas possible car la règle spéciale déroge à la règle générale, le droit commun sera évincé par le droit des procédures collectives et la décision du juge-commissaire est opposable au juge du droit commun, il n'y a pas lieu de résilier le contrat dans ce cas. Dans tous les cas, la résiliation judiciaire du contrat pour imprévision se heurte aux règles spéciales du droit des procédures collectives. Le droit des procédures collectives confère à l'administrateur judiciaire seul la mission de décider la poursuite ou pas du contrat, quand bien même des auteurs prévoient la possible opposabilité de la résiliation judiciaire du contrat pour imprévision à la procédure collective. La résiliation judiciaire, sur le fondement de l'article 1195, alinéa 2, « peut parfaitement intervenir pendant la procédure collective. Il y aura lieu, le cas échéant, de respecter les règles de représentation, règles de l'administration contrôlée en sauvegarde ou en redressement judiciaire, règles du

¹¹⁵² Ph.Dupichot et co-auteurs, *op.cit*, p. 352. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113u8>

dessaisissement en liquidation judiciaire ». Et « On considérera que, par principe, la résiliation d'un contrat par la voie de l'article 1195, alinéa 2, du Code civil n'est pas un acte de gestion courante et supposerait, pour son opposabilité à la procédure collective, l'intervention de l'administrateur aux côtés du débiteur, si le premier a une mission d'assistance, son intervention, seul, s'il a, en redressement judiciaire, une mission de représentation. »

Concernant la révision judiciaire du contrat, si l'administrateur judiciaire décide la continuation du contrat, et que le juge du droit commun souhaite réviser le contrat, le contrat sera poursuivi aux conditions contractuelles existant au jour de l'ouverture de la procédure collective. « il s'agit d'exécuter le contrat comme si la procédure collective n'avait pas été ouverte »¹¹⁵³ et cela heurtera la faculté de renégocier le contrat sur le fondement de l'article 1195 lorsque son exécution devient onéreuse. Le caractère d'ordre public du régime des contrats en cours rend l'application des règles du droit commun impossible. Il existe une opposition entre la règle posée par l'article L.622-13 du Code de Commerce relative à la continuation des contrats en cours pendant la période d'observation et donc l'obligation de ne pas modifier les stipulations du contrat au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, et l'article 1195 qui prévoit la modification du contrat. L'article L.622-13, I du Code de Commerce édicte que « [n]onobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ». La jurisprudence¹¹⁵⁴ a rajouté qu'est réputée non-écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite du contrat en cours de façon à réduire les droits du débiteur ou affecter négativement ses obligations par le fait de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Néanmoins, cette opposition entre règles de continuation de contrat en cours selon les mêmes stipulations au jour du jugement d'ouverture et règles de droit commun n'est qu'apparente, explique le professeur Pierre-Michel Le Corre qui adopte un raisonnement contraire à monsieur Philippe Roussel Galle¹¹⁵⁵, en raison du « principe de neutralité du droit des entreprises en difficultés par rapport au contrat continué ». En effet, « le contrat continué après l'ouverture de la procédure collective peut se voir appliquer les dispositions de l'article 1195 du Code civil lorsque des circonstances imprévisibles lors de sa conclusion rendent son exécution

¹¹⁵³ P-M. Le Corre, op.cit. Disponible sur : <http://www.lexbase.fr/revues-juridiques/34164926-doctrine-l-imprévision-iversus-i-ordonnance-du-10-fevrier-2016-et-droit-des-entreprises-en-difficultes>

¹¹⁵⁴ Cass. com. 14 janvier 2014, n°12-22.909

¹¹⁵⁵ Ph. Roussel-Galle, « Brèves observations sur la réforme du droit des contrats et les procédures collectives », Dict. Permanent, Difficultés des entreprises, mars 2016, n° 379, p. 2.

trop onéreuse ». ¹¹⁵⁶ Le principe de continuation du contrat aux conditions existant le jour de l'ouverture de la procédure collective n'est que « le respect du droit commun des obligations ». Autrement dit, les règles relatives à la continuation du contrat en cours ne sont pas déroatoires au droit commun des contrats et respecte la force obligatoire des conventions. Ces règles « en affirmant la « stabilité contractuelle », elles affirment l'indifférence de la procédure collective à l'égard du contrat en cours, avant que l'administrateur judiciaire ne se prononce et après qu'il se soit prononcé en faveur de sa poursuite ». ¹¹⁵⁷ « Si l'article L. 622-13 du Code de commerce affirme en réalité l'application du droit commun des contrats aux contrats en cours poursuivis, celui-ci s'applique dans toutes ses dispositions, et donc comprenant pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 l'article 1195 du Code civil. ». ¹¹⁵⁸ La mise à l'écart de l'application de l'article 1195 du Code civil pour les règles de continuation des contrats en cours serait illogique car ces règles ont pour but le sauvetage des contrats. Les règles de continuation des contrats en cours ne sont pas inconciliables avec le droit commun qui a pour objectif d'assurer la continuation des contrats mais dans des conditions plus favorables et donc il serait largement porté atteinte au débiteur si on lui impose les mêmes stipulations contractuelles au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. La meilleure interaction entre le droit commun des contrats et le droit des procédures collectives pour une question relevant de la situation de l'imprévision est que suite à la décision de l'administrateur judiciaire sur la poursuite du contrat, le débiteur puisse se prévaloir de la révision du contrat pour imprévision afin d'adapter les contrats aux nouvelles circonstances. Mais, comment s'exerce ce pouvoir de révision judiciaire du contrat pour imprévision dans le cadre de la procédure collective ? Serait-il efficace ? Est-ce que la procédure de droit commun fondée sur la révision du contrat peut se concilier avec les règles spécifiques de la procédure collective ? il s'agit aussi de se demander si les mécanismes offerts par le droit des procédures collectives permettant le traitement des entreprises en difficultés évincent la procédure de droit commun sur la révision du contrat pour imprévision.

L'intervention du juge du droit commun saisi par le débiteur en procédure collective permet de sauver le débiteur et donc la révision judiciaire pour imprévision du contrat peut être considérée comme un outil de traitement des difficultés du débiteur placé en procédure

¹¹⁵⁶ P-M. Le Corre, op.cit. Disponible sur : <http://www.lexbase.fr/revues-juridiques/34164926-doctrine-l-imprévision-iversus-i-ordonnance-du-10-fevrier-2016-et-droit-des-entreprises-en-difficultés>

¹¹⁵⁷ Ch. Dorine, l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017, p.49.

¹¹⁵⁸ Ch. Dorine, l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017, p.49.

collective. Le juge se focalise sur la restauration de l'équilibre contractuel, il s'intéresse au contrat en particulier et pas à l'entreprise en général qui intéresse particulièrement le droit des entreprises en difficultés. La révision du contrat pour imprévision paraît un outil de la sauvegarde. Mais est-ce un outil que l'on peut remplacer par l'adoption de la procédure de sauvegarde ?

Admettons que ces deux procédures soient conciliables, le juge-commissaire peut-il répondre à la demande de révision du contrat pour imprévision dans le cadre de la procédure de sauvegarde ? Le juge-commissaire est un magistrat du Tribunal de Commerce qui intervient dès l'ouverture d'une procédure collective aux entreprises en difficulté. L'article 621-4 du Code de commerce prévoit que le tribunal désigne le juge-commissaire. Le premier alinéa de l'article L.621-9 du Code de commerce dispose que « [l]e juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence ». C'est le chef d'orchestre de la procédure collective. En vertu de l'article 622-13 du Code de commerce, Le juge-commissaire décide la résiliation du contrat à la demande de l'administrateur, il peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer, avant l'expiration du délai. Il s'agit du délai de plus d'un mois à l'expiration duquel le silence de l'administrateur judiciaire mis en demeure par le contractant de prendre parti sur la poursuite du contrat justifie la résiliation du contrat de plein droit. Il est doté du pouvoir de résiliation du contrat de plein droit en vertu des articles L.622-13 du Code de commerce s'agissant de la procédure de sauvegarde ou de l'article L.641-11-1 du Code de commerce sur la liquidation judiciaire. Le Juge-Commissaire a le pouvoir d'autoriser les opérations suivantes comme le paiement d'une ou plusieurs créance(s) antérieure(s) au jugement d'ouverture il peut aussi ordonner des expertises. Pourtant, son pouvoir décisionnel a été réduit par la Cour de cassation¹¹⁵⁹. En effet, lorsque le juge commissaire, statuant en matière de vérification des créances, constate qu'il n'est pas en son pouvoir juridictionnel de statuer sur une contestation et sursoit à statuer, il invite les parties à saisir le juge compétent. De plus, « alors même que le contrat dont on sollicite la révision peut être qualifié de contrat en cours, cela ne suffit pas à justifier la compétence du juge-commissaire qui, en réalité, se limite au domaine de la résiliation des contrats en cours »¹¹⁶⁰. En révisant le contrat, le juge-commissaire dépasse son pouvoir juridictionnel. Lorsque le juge-commissaire exerce ses missions, il applique le droit des procédures collectives. Les missions du Juge-Commissaire sont encadrées par des règles dérogatoires au droit commun différentes donc de la révision judiciaire du contrat pour imprévision. On peut donc douter que « l'article L. 622-13 du Code de commerce rayonne au-

¹¹⁵⁹Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-21405.

¹¹⁶⁰ N. Borga, op.cit, p.147. Disponible sur : <https://www.fiducial-legal.com/wp-content/uploads/2019/08/article-nborga-082019.pdf>

delà de la procédure collective pour s'imposer à un juge qui ne serait pas chargé d'en faire application ». ¹¹⁶¹ et « il serait heureux qu'à l'occasion d'une prochaine réforme du droit des entreprises en difficulté, la possibilité de solliciter la révision d'un contrat poursuivi soit expressément consacrée afin de dissiper toute incertitude ». ¹¹⁶²

La procédure de sauvegarde dispose normalement de mécanismes larges pour traiter les difficultés des entreprises devrait évincer la procédure de droit commun sur la révision du contrat qui ne s'intéresse qu'au contrat en particulier. L'article R 662-3 du Code de commerce prévoit que : « Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance. » La compétence du tribunal chargé de la procédure collective est donc large et dépasse celle du juge naturel du contrat. L'article 626-18, alinéa 1er du Code de commerce prévoit que le tribunal « donne acte » des délais et remises acceptés par les créanciers et l'alinéa 4 de cet article prévoit implicitement un pouvoir de révision judiciaire en prévoyant que le tribunal impose des délais uniformes de paiement. C'est une forme de révision du contrat. De plus, le plan de sauvegarde arrêté par le tribunal pourrait être regardé comme une forme de révision du contrat qui évince la procédure de droit commun en la matière. Le jugement qui arrête le plan de sauvegarde dispose de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée « exprime l'impossibilité de soumettre à nouveau à un juge des prétentions qui ont déjà été tranchées à l'occasion d'une précédente instance » ¹¹⁶³ L'article L.626-11 du Code de commerce prévoit que « L. 626-11 « le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous ». Donc opposable aussi au juge du droit commun ! Selon monsieur Philippe Delebecque « dans la mesure où le plan est opposable à tous, on imagine mal que le débiteur puisse ultérieurement demander la révision du contrat le liant à l'un de ses créanciers ». ¹¹⁶⁴ De plus, il est à rappeler les dispositions de L'article L. 626-26 du Code de

¹¹⁶¹ N. Borga, *op.cit*, p.142. Disponible sur : <https://www.fiducial-legal.com/wp-content/uploads/2019/08/article-nborga-082019.pdf>

¹¹⁶² *Ibid*, p.143

¹¹⁶³ Définition extraite de la fiche d'orientation « Autorité de la chose jugée (procédure civile) », Dalloz, juil. 2012

¹¹⁶⁴ Ph. Delebecque, *op.cit*, p.209. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113j7>

commerce qui prévoit qu'« [u]ne modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. Lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers, la saisine du tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan ». L'intervention du juge du droit commun pour réviser le contrat est contrariée par les règles d'ordre public du droit des entreprises en difficultés. Le seul cas où le juge du droit commun peut être saisi pour réviser le contrat dans le cadre de la procédure de sauvegarde est « la demande d'intervention du juge concernant un contrat déjà modifié par le plan de sauvegarde, mais dont la révision n'emporterait pas une « modification substantielle » du plan, au sens de l'article L. 626-26 du Code de commerce (par exemple pour un contrat d'importance moyenne pour l'activité du débiteur). »¹¹⁶⁵

Pourtant, certains auteurs prévoient que même si le tribunal chargé de de la procédure collective dispose de pouvoirs larges, il ne peut pas remplacer le juge naturel du contrat pour réviser le contrat. L'action ne relève pas de la compétence du tribunal de la procédure que si la procédure exerce sur cette action une influence juridique.¹¹⁶⁶ « Dans une situation d'imprévision, les circonstances susceptibles de justifier une révision du contrat sont sans rapport avec la procédure elle-même, aucune règle propre à la procédure collective n'est ici en jeu, et la procédure n'exerce pas de véritable influence juridique sur l'action »¹¹⁶⁷. Dans un arrêt récent rendu après la réforme en date du 5 septembre 2018, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers rendu en date du 25 novembre 2016 qui a statué la compétence exclusive du tribunal ayant ouvert la procédure de se prononcer sur la contestation de résiliation unilatérale d'un contrat d'affacturage à durée indéterminée poursuivi pendant la période d'observation, « la contestation, au seul motif qu'elle serait susceptible de constituer un dommage imminent, de la résiliation unilatérale par le cocontractant du débiteur d'un contrat à durée indéterminée régulièrement poursuivi après le jugement d'ouverture d'une procédure collective ne subit pas l'influence juridique de cette procédure, dès lors que ne sont pas en cause les règles propres à la résiliation des contrats en cours continués »¹¹⁶⁸. La chambre commerciale fait ainsi droit à la demande de l'affactureur qui se prévalait de l'incompétence territoriale du tribunal au profit de celui de Bobigny en application des articles 42 et 46 du code

¹¹⁶⁵ Ch. Dorine, L'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017, p.62.

¹¹⁶⁶ Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-16884.

¹¹⁶⁷ N. Borga, op.cit, p.145. Disponible sur : <https://www.fiducial-legal.com/wp-content/uploads/2019/08/article-nborga-082019.pdf>

¹¹⁶⁸ Cass. com., 5 sept. 2018, n° 17-10975

de commerce. Par un raisonnement analogue, l'incompétence du tribunal ayant ouvert la procédure pour réviser le contrat à travers l'établissement d'un plan de sauvegarde peut être soulevée. Ce n'est pas parce que le tribunal a ouvert la procédure qu'il est exclusivement compétent pour réviser le contrat certes, il dispose de pouvoirs larges au sens de l'article R.662-3 du Code de commerce mais, le juge naturel du contrat est le juge compétent pour réviser le contrat. La procédure collective n'a pas d'influence juridique sur l'action en révision du contrat pour imprévision et il ne semble pas que l'action en révision du contrat pour imprévision qui est une procédure individuelle, naisse de la procédure collective, c'est une action à part.

Une autre question se pose : pour que l'action de révision judiciaire du contrat conclu par un débiteur placé en procédure collective connaisse le succès, le débiteur doit-il être assisté par l'administrateur judiciaire ? Pendant la période d'observation, le débiteur est sous administration contrôlée. L'administrateur judiciaire est doté en vertu de l'article L.621-4 du Code de commerce de deux missions, la mission de surveillance et la mission d'assistance. L'article L. 621-4, II du Code de commerce prévoit que « Lorsque le tribunal, en application des dispositions de l'article L. 621-4, désigne un ou plusieurs administrateurs, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux ». Dans sa mission de surveillance, l'administrateur judiciaire surveille le comportement du débiteur qui peut affecter la procédure de sauvegarde sans qu'il soit tenu d'assister le débiteur dans son action en révision du contrat. En second lieu, l'administrateur judiciaire est doté en vertu de l'article L.621-4 du Code de commerce de la mission d'assistance, il assiste le débiteur dans la gestion des actes de gestion prévus par le tribunal sauf certaines actions non comprises dans la mission d'assistance et les actes de gestion courante. L'article L. 622-3 du Code de commerce énonce la règle selon laquelle « [l]e débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. » et l'alinéa 2 précise que « les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi ». Certains auteurs prévoient qu'il semble que « La saisine du juge aux fins de réviser le contrat ne répond pas totalement à la définition d'un acte de gestion : il est donc logique qu'elle ne soit pas précisée dans la décision du tribunal comme un acte nécessitant l'intervention de l'administrateur ». ¹¹⁶⁹Cependant, d'autres auteurs prévoient que le débiteur qui souhaite la révision judiciaire du contrat ne peut pas agir seul et doit être assisté par un administrateur judiciaire car, « les questions contractuelles relèvent de l'administrateur judiciaire

¹¹⁶⁹ Ch.Dorine, l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017, p.62.

et non pas du seul débiteur ». ¹¹⁷⁰Il faut donc trancher ce débat et de savoir si l'action de révision du contrat est comprise dans les actions qui requièrent l'assistance de l'administrateur judiciaire, a priori aucun texte n'exclut l'assistance de l'administrateur judiciaire dans l'action d'adaptation du contrat intentée par le débiteur.

A défaut d'interprétation stricte et donc de conflit entre ces deux procédures, le débiteur doit avoir la possibilité de choisir entre ces procédures, celle qui lui semble favorable. Le professeur Philippe Delbecque favorise alors le « pluralisme »¹¹⁷¹ qui permet au débiteur de choisir entre la révision judiciaire ou la procédure de sauvegarde en l'absence d'interdiction par la loi et il a donné l'exemple parmi d'autres, du créancier disposant du droit de choisir entre le gage de droit commun et le gage sur stocks. Selon le professeur Delbecque, le choix entre les deux procédures est opportun pour le débiteur surtout qu'en vertu de l'article 626-21 du Code de commerce, la procédure de sauvegarde ne peut pas imposer aux créanciers des remises et ne permet pas la révision des contrats. Cette conception a été soutenue par Hugo Barbier selon lui, « Le plaideur ne devra pas d'abord, comme on l'enseigne habituellement, consulter le droit spécial et à défaut de disposition se plonger dans le droit commun, mais comparer les deux systèmes de protection pour déterminer lequel sert au mieux ses intérêts ». ¹¹⁷²

§ 3 L'imprévision et le régime des baux commerciaux et des baux d'habitation.

La réforme du droit des obligations en matière de théorie de l'imprévision impacte le régime des baux commerciaux réformé par la loi Pinel du 18 Juin 2014. Les règles des baux commerciaux sont spéciales d'où l'interaction difficile avec l'article 1195 du Code civil sur la révision pour imprévision. Il serait interdit au juge d'appliquer les dispositions de l'article 1195 du Code civil au mépris des dispositions des articles L.145-37 et suivants du Code de commerce qui prévoient un système spécial de révision des baux commerciaux.

¹¹⁷⁰ Ph. Delebecque, op.cit, p.209. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113j7>

¹¹⁷¹ Interprétation soulevée notamment par Ph.Delebecque, « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », *BJE*, mai 2016, n°3, p.209.

¹¹⁷² H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, 20 juin 2016, *RTD civ.* 2016. 247.

L'Article L.145-37 édicte que : « Les loyers des baux d'immeubles ou de locaux régis par les dispositions du présent chapitre, renouvelés ou non, peuvent être révisés à la demande de l'une ou de l'autre des parties sous les réserves prévues aux articles L. 145-38 et L. 145-39 et dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

L'Article 145-38 édicte que « La demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé. La révision du loyer prend effet à compter de la date de la demande en révision.

De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable

Par dérogation aux dispositions de l'Article L. 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer. Dans le cas où cette preuve est rapportée, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente.

En aucun cas il n'est tenu compte, pour le calcul de la valeur locative, des investissements du preneur ni des plus ou moins-values résultant de sa gestion pendant la durée du bail en cours ».

Et l'article L.145-39 édicte que : « En outre, et par dérogation à l'article L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire. La variation de loyer qui découle de cette révision ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente ».

Ces textes spécifiques permettant une révision du loyer, excluent le recours à l'article 1195 nouveau du Code civil.¹¹⁷³ Ces dispositions impératives font un obstacle à l'application de cet article. Les outils offerts par ce droit spécial sur la révision du loyer, l'indexation d'indices et la réduction de la durée du bail...ect, s'avèrent plus pertinents que l'article 1195 du Code Civil.

Néanmoins, ces dispositions du Code civil et du Code de commerce en matière d'imprévision peuvent se voir comme des mécanismes d'équilibrage contractuel qui se complètent les uns les autres. « A une adaptation « ordinaire » par la révision triennale du loyer répond une adaptation à un événement extraordinaire par le mécanisme de l'imprévision ; l'imprévision devrait donc se présenter en cette matière comme un recours ultime et tout à fait exceptionnel ». ¹¹⁷⁴ Ainsi selon monsieur Boffa, « la révision triennale obéit à un mécanisme normal, ordinaire, d'adéquation du loyer avec le marché. (...) La révision pour imprévision correspond à une situation exceptionnelle : il doit tout d'abord y avoir un changement de circonstances imprévisible, et d'autre part l'exécution du contrat doit être excessivement onéreuse pour l'une des parties. On est donc très loin d'un ajustement du montant du loyer. On est en présence d'une rigueur injuste, infligée à un contractant par l'effet d'un changement de contexte économique qu'il ne pouvait pas prévoir »¹¹⁷⁵

Par conséquent, il est possible que ces deux mécanismes se complètent. La révision « ordinaire » est gouvernée par les articles L.145-37 et suivants du code de commerce lorsque le contrat de bail commercial est dans une situation d'équilibre économique et la révision « extraordinaire » est régie par l'article 1195 du Code civil lorsqu'il s'agit d'une situation qui relève de l'imprévision. De plus, nous pouvons aussi penser que l'article 1195 serait applicable si les conditions d'application des articles L.145-37 et suivants du Code de commerce ne sont pas réunies. Par exemple, l'article L.145-39 du Code civil prévoit une révision du bail s'il est assorti d'une clause d'échelle mobile et que le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire. Si ces conditions ne sont pas réunies, l'application de l'article 1195 du Code civil serait une opportunité. Et donc, un locataire dont le loyer a augmenté par l'effet de l'indexation à 25% peut invoquer la révision du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil quand l'article L.145-39 du

¹¹⁷³ CA de versailles, 12dec 2019, no.18/07183

¹¹⁷⁴J-L.Tixier et S. Estival, *op.cit*, p1.Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-de-limmobilier-avec-cms-francis-lefebvre-avocats/la-reforme-du-droit-des-contracts/limprevision-en-droit-immobilier-apres-la-reforme-du-droit-des-obligations.html>

¹¹⁷⁵R. Boffa, « La révision et la résiliation pour imprévision », *Loyers et copr.*, n° 10, oct. 2016, dossier 12, spéc. n° 20-21

Code de commerce ne lui permet pas une telle révision. A côté de la logique formaliste du principe qui prévoit que la loi spéciale sur la loi générale, les deux mécanismes de révision du loyer peuvent bien coexister ensemble. L'article 1195 du Code civil a une fonction de « bouée de sauvetage ».

Se pose la question de prendre en compte la situation financière du locataire lorsqu'il connaît des dettes locatives en raison de la perte imprévisible de ses clients spéciaux ou lorsque son exploitation subi des bouleversements imprévisibles en raison par exemple de l'arrivée inopinée de nouveaux concurrents sur le marché.

Se pose aussi la question de savoir jusqu'où reconnaître la présence de l'aléa accepté ? « n'est-ce pas par avance accepter un risque que de s'engager expressément à assumer la charge des travaux dont la réalisation n'est qu'éventuelle lors de la conclusion du bail ? »¹¹⁷⁶

Concernant les baux d'habitation, les lois particulières laissent peu de place à la révision pour imprévision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil.

Il s'agit notamment de la loi du 1er septembre 1948 (loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement) qui fixe les modalités de la révision du loyer et aucune stipulation ne peut y déroger. Il s'agit aussi de la loi du 6 juillet 1989 qui énonce les modalités de révision du loyer, notamment dans ses articles 17-1 et 17-2. Mais, " seul un bail soumis au Code civil, dépourvu de clause d'indexation, ou dont l'indice de référence n'évoluerait qu'insuffisamment, pourrait se voir appliquer ce nouvel article 1195. On peut également envisager que le locataire puisse demander l'application de ce nouveau texte par exemple si le loyer du fait de l'indexation (voir d'une réévaluation), a considérablement augmenté depuis la conclusion initiale, ce qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour lui ".¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁶ A.Confino, l'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? AJDI 2016 P.350

¹¹⁷⁷ N.Damas, réforme du droit des contrats et baux d'habitation, AJDI 2016, p.338

§ 4 : L'imprévision en droit immobilier

Le droit immobilier se caractérise par des règles spéciales d'ordre public en matière de révision du prix. Le prix doit être déterminé et non pas déterminable et doit faire l'objet de révision pour équilibrer le contrat immobilier. La jurisprudence¹¹⁷⁸ retient à propos de l'effondrement de l'immeuble en construction à la suite de la manifestation d'un vice du sol que les risques pèsent sur le vendeur en l'état futur d'achèvement (VEFA)¹¹⁷⁹. Des dispositions du Code de la construction et de l'habitation régissent cette révision du prix dans des conditions très étroitement définies. En effet, l'Article L.261-11-1 du Code de la construction et de l'habilitation prévoit un indice en fonction duquel, la révision du prix est effectuée édictant que :

« Au cas où le contrat défini à l'article L. 261-11 prévoit la révision du prix, celle-ci ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment et publié par l'autorité administrative.

La révision ne peut être faite sur chaque paiement ou dépôt que dans une limite exprimée en pourcentage de la variation de cet indice.

L'indice et la limite prévus ci-dessus sont définis par décret en Conseil d'Etat. Cette limite, destinée à tenir compte des frais fixes, de la valeur du terrain et des améliorations de productivité, doit être comprise entre 60 p. 100 et 80 p. 100 de la variation de l'indice. »

L'indice servant de base pour le calcul de la révision est le dernier indice publié au jour de la signature du contrat. La variation prise en compte résulte de la comparaison de cet indice avec le dernier indice publié avant la date de chaque paiement ou dépôt. »

¹¹⁷⁸ Cass.Civ.3e,11oct.2000,Bull.civ,Bull.civ.,III,n 163.

¹¹⁷⁹V.supra,p.2

De plus, l'Article R.261-15 de ce même code édicte que :

L'indice mentionné à l'article L. 261-11-1 est l'index national du bâtiment tous corps d'état dénommé BT 01, créé par le ministre chargé de l'économie et des finances et utilisé pour la révision du prix des marchés de construction de bâtiment. Il traduit la variation des coûts salariaux, y compris les charges annexes, des coûts des matériaux et de leur transport, des coûts d'utilisation, amortissements compris, des matériels mis en œuvre ainsi que des coûts des produits et services divers nécessaires à la gestion des entreprises définis par décision du ministre chargé de l'économie et des finances et publiés au Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation.

L'index BT 01 est publié mensuellement au Journal officiel par le ministre chargé de l'économie et des finances.

La limite mentionnée à l'article L. 261-11-1 est fixée à 70%.

La complémentarité entre l'article du droit commun sur l'imprévision et les articles du Code de la construction et d'habitation est rigide dans la mesure où en vertu de l'article 1105 alinéa 3 du Code civil « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières », cet aliéna s'inspire de l'adage latin « Specialia generalibus derogant » en vertu duquel, la règle spéciale déroge à la règle générale et par conséquent, le régime des contrats immobiliers doit primer sur l'article 1195 du droit commun des contrats en matière d'imprévision.

« La préconisation de clauses écartant le jeu de l'article 1195 peut relever du devoir de conseil (un notaire d'un acquéreur qui accepterait qu'une VEFA du secteur protégé ne déroge pas à l'article 1195 pourrait voir sa responsabilité engagée) ». ¹¹⁸⁰

¹¹⁸⁰J-L Tixier et S.Estival, *op.cit*, p.3. Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-de-limmobilier-avec-cms-francis-lefebvre-avocats/la-reforme-du-droit-des-contracts/limprévision-en-droit-immobilier-apres-la-reforme-du-droit-des-obligations.html>

Le régime des baux commerciaux et celui des contrats immobiliers relève de matières d'ordre public et sont régis par des dispositions spéciales. L'article 1195 du Code civil et les normes spéciales dans le Code de la construction et de l'habitation sont en principe différents et inconciliables dans la mesure où le régime des contrats immobiliers vise à mettre le risque du bouleversement de l'équilibre contractuel sur le promoteur en matière de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). Cette solution a été notamment retenue à propos de l'effondrement de l'immeuble en construction après la manifestation d'un vice du sol.¹¹⁸¹

En vertu de l'Article L261-1 du Code de la construction et de l'habitation " La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat .Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement. " Rien ne s'oppose à la modification des prix en matière de vente d'immeuble à construire mais « une telle solution s'inscrit à contre-courant de l'évolution protectrice de l'acquéreur que connaissent ces contrats ».¹¹⁸² Comme par exemple la disparition de la garantie intrinsèque.¹¹⁸³ Ainsi, en matière de vente d'immeuble à construire, le prix est seulement révisable dans des conditions très étroitement définies sans que le jeu de la révision puisse être adapté (art. L. 261-11-1 et R. 261-15 C. constr. hab.).

Concernant, le contrat de promotion immobilière, L'article L.1831 -1 du Code civil stipule dans son alinéa 1 que « le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite « promoteur immobilier » s'oblige envers le maître d'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, a tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet » ainsi le promoteur doit réaliser le programme pour un « prix convenu », ce qui implique que « tout dépassement du prix »¹¹⁸⁴ naissant d'une circonstance imprévisible soit supporté par le promoteur. Admettre l'imprévision sur les contrats de promotion immobilière, remet en cause une obligation caractéristique de ces contrats à savoir la prise en charge par le promoteur des dépassements du prix convenu.

¹¹⁸¹ Cass. civ. 3e, 11 oct. 2000, Bull. civ., III n° 163

¹¹⁸²Ch. Coutant-Lapalus, L'impact des règles relatives à l'effet du contrat, RDI, éd. Dalloz, 2016, p.348

¹¹⁸³ G. Durant-Pasquier, la disparition de la garantie intrinsèque, RDI 2014.260.

¹¹⁸⁴Ch. Coutant-Lapalus, L'impact des règles relatives à l'effet du contrat, RDI, éd. Dalloz, 2016, p.348

Selon Madame Christelle « l'impact de cette évolution en droit de la construction et de l'immobilier sera inégal selon les contrats concernés et fortement dépendant des stipulations contractuelles que retiendront les parties ». ¹¹⁸⁵

§ 5 : L'imprévision et les contrats portant sur les droits de la propriété intellectuelle et sur les droits de la propriété industrielle.

Le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la propriété industrielle intègrent l'imprévision.

A) Relation de l'imprévision avec le droit de la propriété intellectuelle

Visant à la fois la lésion et l'imprévision, le Code de propriété intellectuelle prévoit un mécanisme hybride et original de protection de l'auteur.

Sauf si les obligations s'exécutent en une prestation unique, les contrats de cession de droit d'auteur sont susceptibles de se voir appliquer la théorie de l'imprévision. Ces types de contrats sont assimilés à des contrats de licence ¹¹⁸⁶ qui sont des contrats de longue durée. Les contrats portant sur la cession de droit d'auteur qui sont des contrats d'exploitation sont susceptibles de se voir appliquer l'imprévision.

L'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle édicte que « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat.

Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire.

¹¹⁸⁵ Ch. Coutant-Lapalus, L'impact des règles relatives à l'effet du contrat, RDI, éd. Dalloz, 2016, p.348

¹¹⁸⁶ André et H. Jacques-Lucs, A. Lucas-Schloetter, Traite de la propriété littéraire et artistique, 4eme edition, 2012, LGDJ, §630 ; Andree R. Bertrand, transmission, cession et contrats relatifs aux droits d'auteur, Dalloz action droit d'auteur, 2010, §112.21.

La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé».

Cet article qui reprend mot à mot les dispositions de l'article 37 de la loi de 1957, abrogée, sur la propriété littéraire et artistique précise dans son troisième alinéa que pour valider la révision du contrat de cession du droit d'exploitation convenu avec l'auteur il faut que l'œuvre soit cédée à prix forfaitaire.

Il faut faire attention car en principe la rémunération est proportionnelle. La rémunération forfaitaire peut aussi s'appliquer mais que dans certains cas prévus par l'article L.131-4 du Code de la Propriété Intellectuelle comme suivant :

- « 1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;
- 2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;
- 3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;
- 4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'oeuvre, soit que l'utilisation de l'oeuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;
- 5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;
- 6° Dans les autres cas prévus au présent code. »

L'article 132-6 prévoit exceptionnellement la rémunération forfaitaire stipulant que :
« En ce qui concerne l'édition de librairie, la rémunération de l'auteur peut faire l'objet d'une rémunération forfaitaire pour la première édition, avec l'accord formellement exprimé de l'auteur, dans les cas suivants :

- 1° Ouvrages scientifiques ou techniques ;
- 2° Anthologies et encyclopédies ;
- 3° Préfaces, annotations, introductions, présentations ;
- 4° Illustrations d'un ouvrage ;
- 5° Editions de luxe à tirage limité ;
- 6° Livres de prières ;

7° A la demande du traducteur pour les traductions ;

8° Editions populaires à bon marché ;

9° Albums bon marché pour enfants.

Peuvent également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire les cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger.

En ce qui concerne les oeuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse, la rémunération de l'auteur, lié à l'entreprise d'information par un contrat de louage d'ouvrage ou de services, peut également être fixée forfaitairement. »

La lésion s'apprécie en fonction de l'exploitation dans sa globalité. L'auteur de l'œuvre qui se prétend lésé a le droit d'invoquer l'imprévision en cas de « prévision insuffisante de l'œuvre ». La « lésion-imprévision » est « une situation de déséquilibre que l'on doit apprécier objectivement et a posteriori au regard des produits de l'exploitation, sans que l'état d'esprit initial des parties ou leurs qualités aient à interférer ». ¹¹⁸⁷ Revenons sur la proposition de Desbois: « (il convient de) rechercher quel aurait été normalement le montant du forfait, si les parties avaient connu à l'avance, lors de la conclusion du contrat, le chiffre des recettes (...) » ¹¹⁸⁸, bref, il s'agit de chercher « le « juste prix » compte tenu des produits de l'exploitation effective, y compris celle de l'ensemble des œuvres de l'auteur par le même partenaire (art. L. 131-5, al. 3) ». ¹¹⁸⁹ La révision du contrat et non son anéantissement constitue la sanction posée par cet article du Code de la Propriété intellectuelle. En effet, l'auteur réclame l'équilibre du contrat dont l'économie se trouve bouleversée sans résilier le contrat et éteindre ses effets. La mise en œuvre de l'article L. 131-5 n'étant assujettie à aucun délai spécifique, les règles de droit commun doivent recevoir application. Selon l'article 2224 du Code civil « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » et sans que cela ait pour « effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit » comme le précise l'article 2232 du même code.

¹¹⁸⁷F. Pollaud-Dulian, Révision pour lésion ou imprévision. Prescription. Méthode d'appréciation, RTD com. 2007. 366

¹¹⁸⁸H. Desbois, Le droit d'auteur en France, Dalloz 3e éd. 1978 : H. DESBOIS, Traité.

¹¹⁸⁹F. Pollaud-Dulian, Révision pour lésion ou imprévision. Prescription. Méthode d'appréciation — RTD com. 2007. 366

La première chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁹⁰ rejette la révision du contrat dans lequel une œuvre musicale constituant l'accessoire d'un réseau de téléphonie mobile qui a été commandé par la société Bouygues à des auteurs, pour le non-remplissage des conditions d'application de l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle. La Cour d'appel rejetant la demande en révision du contrat pour imprévision, prévoit que « la rémunération forfaitaire de la cession des droits sur l'œuvre musicale Bouygues-télécom ne pouvait être révisée au motif qu'étant publicitaire, elle ne rapportait aucun produit » et qu'« un défaut de produits nés de l'œuvre musicale composée par (l'auteur) faisait obstacle à la révision des conditions de prix du contrat conclu par celui-ci avec la société Bouygues-télécom ». Les droits d'auteur cédés n'ont pas abouti à des recettes d'exploitation. Il convient de démontrer qu'il s'agit d'une utilisation directe du produit de l'œuvre par le cessionnaire.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel statuant que « Après avoir constaté que l'œuvre musicale, d'une durée de quelques secondes, n'était utilisée que de façon accessoire par la société Bouygues-télécom comme identifiant sonore pour son réseau de téléphonie mobile, la cour d'appel a exactement retenu qu'une telle utilisation n'engendrait aucun produit au profit de la société et en a déduit à bon droit que le forfait en contrepartie duquel l'œuvre avait été cédée n'était pas soumis à révision à défaut de remplir les conditions requises par l'article L. 131-5 précité ; que le moyen n'est pas fondé ». Tant que les auteurs échouent à démontrer l'existence d'un « Produit de l'œuvre » réalisé par le cessionnaire du droit comme exigé par le Code de la propriété intellectuelle, le contrat d'exploitation n'est pas susceptible de révision pour imprévision.

Si l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit des conditions d'application de la théorie de l'imprévision, c'est uniquement l'auteur de l'œuvre qui pourrait se prévaloir de l'imprévision à l'encontre du cessionnaire du droit. La jurisprudence retient que « l'action en révision pour lésion est ouverte à l'auteur à l'encontre de son propre cessionnaire, mais non à l'encontre du sous-cessionnaire ». ¹¹⁹¹ Et suivant cette logique le cessionnaire ne peut pas l'invoquer à l'encontre de ses sous-cessionnaires. De plus, l'article 15 de la directive européenne sur le droit de l'auteur dans le marché numérique limite cette action envers le contractant de l'auteur limitant la révision pour imprévision avec : « la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits ».

¹¹⁹⁰Cass.Civ.1, 14-06-2007, n06-15.863. Voir également une illustration : TGI PARIS, 24 septembre 2015, RG n 14/04932.

¹¹⁹¹TGI PARIS, 4 décembre 2009, RG 09/10292 ; CA PARIS, 5, 1, 07 décembre 2011, n°09/28227.

Néanmoins, les cas de concession en chaîne n'étant pas rares, il serait intéressant pour l'auteur ou le titulaire du droit de pouvoir agir directement contre le sous-cessionnaire.¹¹⁹²

B) Le conflit de normes entre l'article 1195 du Code civil et l'article L.131-5 du Code de propriété intellectuelle en matière du traitement de l'imprévision.

En la matière, comme pour l'article 1195 du Code civil, la prescription est celle du droit commun, écoulement d'un délai de 5 ans.¹¹⁹³ Mais, le texte de droit commun est moins restrictif que le texte spécial en matière d'imprévision.

L'avantage de l'article 1195 du Code civil par rapport à l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle est que l'article 1195 dispose d'une portée générale¹¹⁹⁴, édictant dans son premier alinéa que : « *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...* ». En général, toute partie peut être victime des circonstances imprévisibles et invoquer l'adaptation du contrat auprès du juge par un commun accord avec l'autre partie contractante. Et l'alinéa 2 de cet article prévoit que « *A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande [d'une partie] mettre fin au contrat, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Cette partie pourrait bien être l'auteur ou son contractant. L'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle se caractérise par son côté restrictif par ce qu'il ne protège que l'auteur, il s'interprète *in favorem actoris*, édictant que la révision pour imprévision en matière de contrats portant sur le droit d'exploitation est possible « lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû [...] à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre ».

¹¹⁹²A. Baudoin, *op.cit*, p.6. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprevision-dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-proprieete-intellectuelle,28228.html>

¹¹⁹³CA PARIS, ch 4ème A, 9 décembre 1992, n°90/023931 ; André et Henri-Jacques Lucas, Agnès Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4ème édition, 2012, LGDJ, §6397.

¹¹⁹⁴ V. Serfaty, « La protection de l'auteur par le droit commun réformé des contrats, entre complémentarité et conflit avec le droit spécial », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Varenne, 2017, p149 et suivantes.

De plus, alors que l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle ne concerne que les cessions de droit d'auteur, le texte de droit commun concerne tous les contrats sauf les contrats relatifs aux instruments financiers. En outre, le texte de droit commun s'applique au changement de tous types de circonstances et non seulement les circonstances financières et donc son application est beaucoup plus large.

Si l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle permet la révision du contrat pour prévision insuffisante, le texte de droit commun traitant l'imprévision permet aux parties de renégocier le contrat, cette renégociation constitue un préalable à la saisine du juge même si les contractants peuvent toujours renégocier le contrat de cession de droit d'auteur avant de se référer au juge. Le texte de droit commun est incitatif et invite les contractants et les rappelle de renégocier le contrat.

Autre avantage, l'article L.131-5 aliéna 2 du Code de la propriété intellectuelle édicte que « cette demande (de révision du contrat) ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire ». Pourtant, le champ d'application de l'article 1195 du Code civil est plus large et s'applique sans distinction des modalités financières du contrat que la rémunération soit forfaitaire ou proportionnelle. Donc, en matière des contrats portant sur les droits de propriété intellectuelle, l'article 1195 s'appliquera dans les cas où la rémunération du contrat d'exploitation est proportionnelle. Par conséquent, l'article 1195 du Code civil en matière d'imprévision est perçu comme un complément ou un remède aux imperfections de l'article du Code de la propriété intellectuelle.

« Si le législateur avait jusqu'alors limité la possibilité de réviser un contrat de cession de droit d'auteur au cas du forfait, c'est certainement parce que ce mode de rémunération ne permet pas de faire participer l'auteur au succès de son œuvre ». ¹¹⁹⁵C'est la raison pour laquelle la Cour d'appel de Versailles a pu énoncer : « l'action en révision permet à l'auteur d'obtenir une rémunération de l'exploitation de ses droits plus juste et plus équitable que celle obtenue par une cession à forfait non suffisamment prévoyante en prenant en référence ce que l'auteur aurait été en droit d'attendre si une rémunération proportionnelle avait été prévue et calculée de manière sérieuse et crédible ». ¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁵A. Baudoin, l'imprévision dans les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle.

¹¹⁹⁶C. Maréchal, La lésion et l'imprévision en droit d'auteur, RIDA, juill. 2008. 49 : CA VERSAILLES, 23 mai 1996, Gaz. Pal., 1998, 1, somm. 81, E DREYER.

Rappelons que la proposition de directive européenne sur le droit d'auteur dans le marché numérique du 14 septembre 2016¹¹⁹⁷ souhaitant l'extension du champ d'application de l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle à tous les types de rémunération et pas seulement la rémunération forfaitaire comme l'article 1195 du Code civil qui n'est pas exclusif sur un certain type de rémunération. La directive prévoit dans son article 15 que : « Les États membres veillent à ce que les auteurs, interprètes et exécutants aient le droit de demander, à la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits, une rémunération supplémentaire appropriée lorsque la rémunération initialement convenue est exagérément faible par rapport aux recettes et bénéfices ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou interprétations ». Dans l'attente d'une réforme du Code de la propriété intellectuelle, la proposition de directive vise à remédier à un problème sur la renégociation des contrats d'exploitation : « les contrats d'exploitation de droits harmonisés au niveau de l'Union sont de longue durée et offrent peu de possibilités aux auteurs, interprètes et exécutants de les renégocier avec leurs partenaires contractuels ou leurs ayants droits ».

En outre, selon le considérant 42 de la directive européenne, il convient de noter que la rémunération de l'auteur est susceptible de révision lorsque celle « initialement convenue dans le cadre d'une licence ou d'une cession de droits est exagérément faible par rapport aux recettes et bénéfices tirés de l'exploitation de l'œuvre ou de l'interprétation ». Il convient d'ajouter que « lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'adaptation des rémunérations, l'auteur ou l'artiste, interprète ou exécutant doit avoir le droit d'introduire un recours devant un tribunal ou une autre autorité compétente ». L'avantage de l'article 1195 est qu'il prévoit une phase de révision du contrat à l'amiable qui constitue un préalable à la saisine du juge afin d'adapter le contrat pour ne pas saisir directement le juge comme en matière des droits sur la propriété intellectuelle. Cette renégociation est en lien avec le principe de l'autonomie de la volonté des parties qui peut aboutir à réviser le contrat sans recourir au juge. De plus, il s'agit de diminuer les hypothèses de saisine du juge pour une question que les parties peuvent tenter résoudre eux même sans l'intervention d'une partie tierce au contrat.

¹¹⁹⁷ Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM 2016/0593 - 2016/0280 (COD). Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>

Pourtant, l'article L131-5 est précis quant au quantum du préjudice subi par l'auteur victime de l'imprévision (préjudice de plus des 7/12èmes) on parle d'un quantum important « *laesio enormis* » alors que l'article 1195 a laissé la mission d'appréciation du degré de l'exécution excessivement onéreuse au juge. Il incombe aux juges du fond de déterminer si l'exécution des obligations par le débiteur est devenue onéreuse sans préciser un seuil d'onérosité à partir duquel l'exécution du contrat est excessive pour le débiteur. Cet indice permet d'orienter le juge et d'éviter toute appréciation subjective du caractère onéreux de l'exécution des obligations qui pourrait révéler un arbitraire du juge. De plus, cet indice de détermination du préjudice permet de remédier au défaut d'expérimentation du juge qui n'est pas un économiste ou un homme d'affaires conscient de tous les éléments de la pratique commerciale. En effet, « il n'est pas du ressort du juge, dont le champ d'intervention est limité à des litiges individuels, de contenir ces inégalités en s'immisçant dans le contrat. En effet, « cette mission incombe à des institutions capables de saisir la réalité économique qui est plus large qu'un rapport contractuel. En somme, c'est aux autorités nationales et européenne de la concurrence à qui il convient de demander cela ». ¹¹⁹⁸ Mais, nous pouvons également dire que le rapport de préjudice de plus de 7/12 èmes est stricte s'il s'applique à toutes les opérations commerciales, il se peut que l'exécution excessivement onéreuse de l'obligation soit caractérisée à un montant inférieur à 7/12 èmes pour certaines opérations commerciales très sensibles. De plus, la lésion est appréciée strictement, comme le prévoit le dernier alinéa de l'article 131-5 du Code de propriété intellectuelle « en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé ». La preuve d'un préjudice de plus de 7/12 èmes est difficile à établir car « la cession de droits d'auteur est souvent complétée par d'autres sources de revenus, liées par exemple à la cession du support de l'œuvre, spécialement pour les œuvres d'art graphique ou plastique, ou encore à la rémunération d'une prestation de services en sus de la cession de droits d'exploitation, ou enfin au salaire versé à l'auteur qui réalise l'œuvre dans le cadre d'un lien de subordination ». ¹¹⁹⁹

Concernant le marché numérique, le numérique connaît des évolutions rapides et ses évolutions se manifestent par le remplacement des supports de produits culturels par des versions dématérialisées et numériques. Le numérique concerne, la distribution des produits, le secteur de l'économie collaborative, le domaine boursier, le développement du Cloud et les

¹¹⁹⁸ S. Martin, *op.cit.* Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/propos-article-1195-code-civil-tel,21536.html>

¹¹⁹⁹X. Près, L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives, AJ contrat 2018, p.112

systèmes de Blockchain qui sont en train de se développer sans précédent. Ces systèmes sont fondés sur des « registres décentralisés de transactions ». ¹²⁰⁰ La Blockchain « ETHERUM » propose les « smart contracts » qui sont des programmes pour entre en application lorsque les conditions préalablement définies sont remplies. Le numérique concerne aussi le secteur de la réservation des hébergements comme le site « Booking » et la consultation du site « Trip advisors » pour consulter les avis laissés sur les établissements. Le numérique a permis la dématérialisation des photographies, de la musique et des livres et publications. Il est à rappeler que l'article L.131-17-7 du Code de propriété intellectuelle créé par l'ordonnance n°2014-1348 du 12 novembre 2014 (JO 13 nov.) édicte que « le contrat d'édition comporte une clause de réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'exploitation du livre sous une forme numérique ». Si l'article 1195 du Code civil est supplétif de volonté, les parties peuvent décider d'aménager ou pas conventionnellement le contrat par des clauses de hardship, la clause de réexamen est obligatoire en vertu de l'article L.131-17-7 du Code de propriété intellectuelle sinon, le contrat serait nul. Le contrat d'édition est un contrat à exécution successive, un changement de circonstances lié aux nouveaux modes de commercialisation sur internet suscite une révision du contrat d'édition. L'arrêté en date du 10 décembre 2014 NOR : MCCE1427727A (JO 28 déc.) Etendant l'accord du 1er décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, a rendu obligatoire cet accord.

L'accord du 1er décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'Édition prévoit les critères de ces demandes de réexamen. L'article 6 de l'accord interprofessionnel prévoit que « L'auteur ou l'éditeur peut demander un réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'exploitation numérique dans un délai de 4 ans à compter de la signature du contrat et pour une durée de deux ans ». (Accord interprofessionnel, 1er déc. 2014, art. 6, al. 2). Ensuite, « passé ce délai de six ans et pour une durée de neuf ans, l'auteur et l'éditeur peuvent chacun introduire deux demandes de réexamen ». (Accord interprofessionnel, 1er déc. 2014, art. 6, al. 4). Enfin, « au-delà de cette période de quinze ans, la demande de réexamen a lieu uniquement en cas de modification substantielle de l'économie du secteur entraînant un déséquilibre du contrat depuis sa signature ou sa dernière modification » (Accord interprofessionnel, 1er déc. 2014, art. 6, al. 5). Avant cette période de quinze ans, il n'y a pas besoin de caractériser un excès ou une modification substantielle de l'économie du secteur pour demander le réexamen du contrat contrairement à l'article 1195 qui impose comme condition d'application la caractérisation du caractère excessivement onéreux de l'exécution de

¹²⁰⁰ Y. Moreau et C. Bornbierer, « Enjeux de la technologie de blockchain », D.2016, p.1856.

l'obligation. Contrairement à l'article 1195 qui concerne généralement tout type d'événements pouvant être constitutif d'imprévision, l'article L.132-17-7 du Code de la propriété intellectuelle concerne l'évolution économique du secteur numérique lui-même.

La révision porte sur tout type de rémunérations qu'elle soit forfaitaire ou proportionnelle. « Le réexamen des conditions économiques du contrat doit porter notamment sur l'adéquation de la rémunération de l'auteur, qu'elle soit proportionnelle ou forfaitaire, à l'évolution des modèles économiques de diffusion numérique de l'éditeur ou du secteur. L'auteur et l'éditeur négocient de bonne foi les conditions de rémunération de l'auteur ». (Accord interprofessionnel, 1er déc. 2014, art. 6, al. 8 et 9). Il s'agit en réalité, selon le professeur Jean-Michel Bruguière, de faire face à l'inconnu d'un marché numérique en plein développement, raison pour laquelle il n'est imposé aucune condition relative au caractère excessivement onéreux de l'exécution du contrat pour solliciter sa révision ¹²⁰¹, comme dans le régime fixé par l'article 1195 du Code civil en matière d'imprévision.

Selon les termes de cet accord, l'auteur et l'éditeur sont tenus de négocier de bonne foi les conditions de rémunération de l'auteur. Si la renégociation est un préalable à la saisine du juge sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, cet article ne sanctionne pas de façon expresse le refus de renégocier et n'impose pas expressément l'obligation de renégocier de bonne foi comme le prévoit les termes de cet accord.

En cas de refus de réexamen ou de désaccord, l'une ou l'autre des parties peut saisir une commission de conciliation paritaire, elle est composée à nombre égal de représentants des auteurs et des éditeurs, dont l'avis est rendu dans les quatre mois suivant la saisine. La commission rend un avis qui ne lie pas les parties. « La consultation de la commission n'est pas un préalable obligatoire à la saisine d'un juge ». (Accord interprofessionnel, 1er déc. 2014, art. 6, al. 11). Mais, le rôle du juge n'est pas identifié comme reposant sur le fondement de l'article 1195 qui prévoit que le juge peut adapter le contrat lorsqu'il est saisi par les deux parties au contrat ou à défaut résilier le contrat à la demande d'une partie. Comme s'interroge le professeur Jean-Michel Bruguière : « le juge pourrait-il renégocier le contrat, voire y mettre un terme ou se

¹²⁰¹ J.L Bruguière, Imprévision et édition de livres numériques : le droit commun a-t-il rattrapé le droit spécial ? LDC, n°141, 1er octobre 2016.

cantonner-t-il à condamner la partie qui refuse le réexamen au paiement de dommages et intérêts ? » ¹²⁰²

L'auteur ou l'éditeur peuvent-ils invoquer librement l'une de ces dispositions qui leur semble favorable : l'article 1195 du Code civil et l'article L.132-17-7 du Code de la propriété intellectuelle ? Il semble que la règle prévoyant que la loi spéciale déroge à la loi générale posera un obstacle.

Entre les dispositions de l'article 1195 du Code civil et les dispositions des articles relatifs aux droits sur la propriété intellectuelle, se révèle un conflit de normes¹²⁰³. Tout en prenant en considération la dérogation de la loi spéciale à la loi générale, il semble que l'article 1195 du Code civil protège plus l'auteur que les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et semble moins strict. Il convient d'attendre des solutions jurisprudentielles permettant d'éclaircir de point. Certains auteurs favorisent le libre choix de l'auteur entre les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et le Code civil en matière d'imprévision. Il convient de se reposer sur une interprétation *ratio legis* que sur une interprétation à la lettre d'un texte particulier. Monsieur Frédéric Pollaud-Dulian offre trois propositions ¹²⁰⁴ face au conflit de normes entre les dispositions du Code de propriété intellectuelle et le Code civil en matière du traitement de la situation de l'imprévision : la première consiste à réformer les dispositions de l'article 131-5 du Code de propriété intellectuelle, la deuxième consiste à se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du Code civil lorsque les conditions d'application de l'article 131-5 du Code de propriété intellectuelle ne sont pas réunies. La troisième consiste à abroger implicitement les dispositions de l'article 131-5 du Code de propriété intellectuelle ou l'écarter par le texte de droit commun comme des auteurs pensent que « la partie du contrat d'édition consacrée à l'imprimé pourrait être révisée dans des conditions de forme plus souples que celle relative au livre numérique, enfermée dans une série de délais ». ¹²⁰⁵ Mais, « écarter l'ensemble des conditions plus

¹²⁰²J.L Bruguère, Imprévision et édition de livres numériques : le droit commun a-t-il rattrapé le droit spécial ? LDC, n°141, 1er octobre 2016.

¹²⁰³A. Baudoin, *op.cit*, p.4 . Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprevision-dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-proprietie-intellectuelle,28228.html>

¹²⁰⁴ F. Pollaud-Dulian, Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, RTD com. 2016. 503

¹²⁰⁵J.-M. Bruguère et co-auteurs, Actualité du droit de l'internet, Revue Lamy Droit civil, N° 141, 1er octobre 2016

restrictives du texte spécial, conduirait à le vider de sa substance pour le rendre en définitive inutile ». ¹²⁰⁶

Certains auteurs prévoient qu'appliquer les deux textes de façon simultanée aboutit à une discrimination. En effet « l'auteur pourrait ainsi solliciter la révision pour imprévision sur le fondement de l'article L. 131-5 CPI, le cas échéant complété des dispositions non contradictoires de l'article 1195 du Code civil, alors que son cocontractant ne pourrait le faire que sur le seul fondement du texte de droit commun ». ¹²⁰⁷

Pourtant, nous pensons que la modification ou l'abrogation d'un texte spécial posera un problème eu égard à la règle en vertu de laquelle la loi générale ne peut pas déroger à la loi spéciale et de l'importance de la règle spéciale qui offre un traitement particulier d'une situation particulière. Il semble opportun que les deux processus de révision s'articulent en se complétant. C'est-à-dire que l'article 1195 du Code civil s'applique dans le domaine de droit de propriété intellectuelle si les conditions d'application de l'article du Code de propriété intellectuelle en matière d'imprévision ne sont pas réunies. Ce sera le cas lorsque la rémunération est proportionnelle ou en cas de rémunération forfaitaire sans produit d'exploitation.

L'application concomitante de ces deux textes posera des problèmes lorsque l'auteur doit établir un préjudice de plus de sept douzièmes pour réviser le contrat en cas de rémunération forfaitaire, il n'est pas tenu de démontrer ce quantum de préjudice lorsqu'il s'agit de l'application du texte de droit commun en cas de rémunération proportionnelle. Il s'agit alors de « distinctions difficilement justifiables ». ¹²⁰⁸ Nous nous attendons à la réforme du Code de la propriété intellectuelle transposant la directive européenne et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché numérique qui adopte une approche extensive en matière de la rémunération qui peut être forfaitaire ou proportionnelle, se rapprochant aux termes généraux de l'article 1195 du Code civil qui ne spécifie pas un type de rémunération.

¹²⁰⁶ X.Près, l'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives, AJ contrat 2018, p.112

¹²⁰⁷ X. Près, l'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives, AJ contrat 2018, p.112

¹²⁰⁸ Xavier Près, L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives, AJ contrat 2018, p.112

C) Relation avec l'imprévision en droit de la propriété industrielle

L'auteur souhaitant se protéger contre les conséquences de l'imprévision pourrait se prévaloir des dispositions de l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle. Les titulaires des droits de propriété industrielle n'ont pas un texte équivalent en matière de propriété intellectuelle, qu'ils pourraient invoquer face à l'imprévision. Les solutions rendues en matière d'imprévision en droit de la propriété industrielle sont inspirées par les jurisprudences prévoyant la révision du contrat de cession en cas de prévision insuffisante des produits de l'exploitation. La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt¹²⁰⁹ à cet égard statuant que « l'intensité de l'exploitation du logiciel cédé comparée au prix de cession dérisoire suffit à établir que les parties ont fait une prévision insuffisante des produits de cette exploitation ; que s'agissant d'une nouvelle version du logiciel déjà exploité par les établissements SETBON, il ne saurait être reproché à SAMUEL SETBON de n'avoir pas envisagé lors de la conclusion du contrat les profits d'exploitation possibles ».

Il est envisageable comme solution que les parties insèrent dans leur contrat une clause *hardship* pour réviser le contrat en cas de changement inattendu des circonstances. Une clause de *hardship* ou clause de sauvegarde, insérée dans un contrat, a pour objet la détermination des « modalités particulières tendant à l'adaptation de celui-ci en cas de modification des circonstances entraînant un bouleversement de l'équilibre contractuel ».¹²¹⁰

De plus, les parties peuvent insérer dans leur contrat une clause dite d'actualisation ou clause d'indexation. « On appelle clauses d'indexation les clauses faisant varier l'objet de l'obligation - notamment le montant de l'obligation de somme d'argent - en fonction de l'évolution d'indices mesurant le prix d'un produit ou d'un service déterminé ou le niveau général des prix. »¹²¹¹

Les parties peuvent adopter des mécanismes permettant l'adaptation du contrat par une décision unilatérale d'un tiers comme par exemple les clauses d'objectifs.

Les parties doivent toutefois prêter une grande attention à la rédaction de ces clauses sous peine d'encourir une sanction sur le fondement de l'article 1171 du Code civil sur les clauses abusives en vertu duquel : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

¹²⁰⁹CA Paris, 26 sept. 2001 : Propr. industr. 2002, comm. 39, obs. J. Dragne.

¹²¹⁰A.Pascal, Répertoire de droit civil DALLOZ, Imprévision, mai 2017.

¹²¹¹A.Pascal, Répertoire de droit civil DALLOZ, *op.cit.*

« S'il est vrai que la majorité des principes consacrés dans l'ordonnance du 10 février 2016 existaient déjà en jurisprudence, leur codification est de nature à influencer la pratique des juristes sur certains aspects relatifs aux contrats portant sur des droits de propriété industrielle ». ¹²¹²

La question de la révision du contrat pourra se poser dans les contrats de licence qui sont des contrats à exécution successive. « La marge sur la fabrication et commercialisation d'un produit mettant en œuvre un brevet sous licence peut fortement diminuer en raison d'une augmentation consécutive du prix des matières premières rendant onéreux le coût de la licence ». ¹²¹³

Il est déjà fréquent d'anticiper de tels bouleversements en rédigeant des clauses d'imprévision, pourtant l'apport nouveau de l'article 1195 du Code civil réside dans la possibilité de mettre fin au contrat ¹²¹⁴ dès lors qu'un « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ».

- **Le succès ou l'échec commercial**

Si le contrat de licence a été conclu à prix faible et que l'invention connaît postérieurement un succès important en matière commerciale après avoir été cédée au cessionnaire, est-ce que ce succès peut-il être considéré comme une imprévision dont pourrait se prévaloir l'auteur en comparant la différence entre le prix et les recettes du contractant ?

Le succès ou l'échec commercial est par principe aléatoire et donc l'aléa chasse l'imprévision mais, « S'il est difficile de reconnaître que le succès est en soi imprévisible, la jurisprudence pourrait néanmoins admettre que l'ampleur du succès (et dont le prix tiré de

¹²¹²E.Cougé et V. De Feritas, Quelle incidence l'ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? RLDA 603, Revue Lamy Droit des Affaires, N 118 Septembre 2016, p.49

¹²¹³E.Cougé et V. De Feritas, Quelle incidence l'ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? RLDA 603, Revue Lamy Droit des Affaires, N 118 Septembre 2016, p.52

¹²¹⁴E.Cougé et V. De Feritas, Quelle incidence l'ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? RLDA 603, Revue Lamy Droit des Affaires, N 118 Septembre 2016, p.52

l'exploitation de l'œuvre, du brevet, de la marque...) ne puisse être déterminé à l'avance ». ¹²¹⁵
Reste à espérer des solutions jurisprudentielles raisonnables. Le succès commercial important et imprévisible doit donner le droit à l'auteur d'agir pour imprévision contre son cessionnaire.

Inversement, se pose aussi la question de savoir si la valeur de l'œuvre ou de l'invention diminue significativement par désuétude de l'invention, le cessionnaire ou le licencié pourront se prévaloir de l'imprévision. Des solutions jurisprudentielles sont également à espérer dans un souci de précision et à défaut un texte législatif sur les cas d'imprévision.

- **Apparition d'une nouvelle marque, d'une technologie ou de nouveaux modes d'exploitation d'une œuvre.**

Un contrat signé à une certaine époque ne contient pas les modes d'exploitation qui existeront des années plus tard. L'auteur peut-il invoquer la révision pour imprévision du contrat lorsque le cessionnaire exploite l'œuvre selon un mode d'exploitation différent de celui pour lequel l'auteur a cédé son droit ?

En effet, l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle édicte que :

« La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »

De plus, si les parties souhaitent ajouter dans le contrat de nouveaux modes d'exploitation imprévisibles au moment de sa conclusion, elles doivent le prévoir de manière expresse. L'article L.131-6 dudit Code édicte que :

« La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être

¹²¹⁵A. Baudoin, *op.cit*, p.6. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprévision-dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-proprieete-intellectuelle,28228.html>

expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation. ».

« L'article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un mécanisme d'anticipation. Par le biais de ce texte, des modes d'exploitation inconnus par les parties lors de la conclusion du contrat (« forme non prévisible ») ainsi que ceux qui existaient à cette époque mais dont les parties n'avaient pas connaissance (« forme non prévue ») intègrent le champ de la cession ». ¹²¹⁶ Si les parties au contrat d'édition musicale n'ont pas prévu l'exploitation sous forme de streaming légal, l'œuvre ne peut pas être exploitée sur cette forme car, les parties n'ont pas stipulé la possibilité de l'exploitation de modes imprévisibles ayant recours au principe de l'article L.131-6. A défaut d'une mention conventionnelle conférant le droit au cessionnaire d'exploiter l'œuvre qu'elle que soit sa forme, le cessionnaire ne peut pas exploiter l'œuvre sous ce mode différent à une époque différente du moment de la conclusion du contrat. Autre exemple, « un contrat a été conclu en 1980 entre un musicien et contractant : internet n'existait pas encore, la téléphonie mobile aussi. Si l'éditeur n'a pas reçu les droits en 1980, ces droits sont encore dans le patrimoine de l'auteur ou des héritiers, l'enjeu est considérable. Pour trouver la parade, les contractants devraient insérer une clause selon laquelle l'auteur cède ses droits sur tous modes d'exploitation future, les modes imprévisibles d'exploitation de l'œuvre ». ¹²¹⁷

Cette clause est avantageuse pour le cessionnaire car elle lui permet aisément d'exploiter l'œuvre sur tous les autres formes ou modes d'exploitation imprévisibles qui peuvent apparaître pendant la conclusion du contrat. « Il s'agit bien ici d'une exception au formalisme de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle puisque l'œuvre pourra être exploitée selon des modes qui n'auront pas fait l'objet de longues clauses précises ». ¹²¹⁸ Cette disposition consacre une simplification des modes d'exploitation car le cessionnaire ne sera pas contraint de signer avec l'auteur un nouveau contrat ou de modifier avec le consentement de l'auteur les dispositions du contrat existant en incluant d'autres modes d'exploitation qui apparaissent grâce aux inventions technologiques et que le cessionnaire pense profitable pour lui dans la commercialisation de l'œuvre.

¹²¹⁶ S.Noel, les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur), thèse de doctorat, 29 Novembre 2012, p.244.

¹²¹⁷ Anonyme, *op.cit.* Disponible sur : <https://cours-de-droit.net/cours-de-droit-de-la-propriete-intellectuelle-c27647036/14/>

¹²¹⁸ S.Noel, V.supra,p.244

Il se peut que même si les parties n'ont pas prévu dans le contrat le recours à l'article L.131-6, le cessionnaire puisse commercialiser un nouveau mode d'exploitation sans être contraint de conclure un nouveau contrat avec l'auteur si ce nouveau mode d'exploitation s'inscrit dans la continuité de celui ou ceux cédés lors de la conclusion du contrat, ils permettent d'adapter les premiers modes d'exploitation. On peut signaler comme exemples le passage de la musique analogique à la musique numérique ou encore le passage du livre papier au livre numérique.¹²¹⁹ Il incombe aux juges du fond de déterminer s'il s'agit d'un véritable nouveau mode d'exploitation ou d'une simple adaptation. Les nouveaux modes d'exploitation peuvent être considérés comme les accessoires des premiers.¹²²⁰ Néanmoins, les modes d'exploitations avancés grâce aux inventions technologiques comme la représentation des jeux ou les bandes dessinées en une vidéo requièrent un avenant ou une annexe modifiant le contrat si les parties n'ont pas prévu dans le contrat le recours à l'article L.131-6 en stipulant une clause expresse permettant au cessionnaire d'exploiter l'œuvre sous toutes les formes imprévues ou inconnues par les parties au moment de la conclusion du contrat de cession.

Cette clause pourrait être souvent rédigée dans les contrats de cession du droit d'auteur comme suivant :

« L'auteur cède irrévocablement au Producteur (...) le droit de reproduction [qui comprend] le droit d'exploiter le Film par tous procédés audiovisuels, connus ou encore inconnus à ce jour, conformément à l'article L. 131-6 du CPI ». ¹²²¹

« Le principe posé par l'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle apparaît donc comme une bizarrerie dans un droit qui lutte de toute ses forces pour que l'auteur s'engage systématiquement en toute connaissance de cause, en ayant pleinement connaissance de la portée de son engagement ». ¹²²² Apparemment ce principe se révèle peu sécurisant pour l'auteur qui ignore les modes d'exploitation dont peut profiter le cessionnaire. Mais cette insécurité pourrait être évitée lorsque l'auteur peut faire obstacle au cessionnaire d'exploiter l'œuvre selon des modes non prévus pendant la conclusion du contrat, en refusant d'insérer une telle clause

¹²¹⁹ S. Noel, les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur), thèse de doctorat, 29 Novembre 2012, p.251.

¹²²⁰ Arrêt « Halévy », Civ. 10 novembre 1930, S., 1931. 1. 161, note G. Lagarde ; DP, 1932. 1. 29, note M. Nast).

¹²²¹ S. Noel, les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur), thèse de doctorat, 29 Novembre 2012, p.245

¹²²² Clause issue du contrat de production audiovisuelle concernant le film « Intouchables ».

dans le contrat ou en énumérant limitativement dans les contrats les modes d'exploitations dont peut profiter le cessionnaire. Aucune clause de cession conférant le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat ne peut être tacite dans un souci de protection de l'auteur.

Un autre mécanisme de protection de l'auteur est que l'exploitation par le cessionnaire de l'œuvre selon des modes imprévus ne sera valable que si les parties stipulent dans le contrat « *une participation corrélative aux profits d'exploitation* ». Il s'agit alors d'insérer dans le contrat une clause de rémunération proportionnelle en fonction de chaque mode d'exploitation future.

L'article L. 131-4 alinéa 2 édicte que : « la base de calcul de la rémunération proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée » car soit la base n'existe pas (pas de prix), soit elle est trop générale (prix global pour l'accès au catalogue). En droit français, l'assiette de la rémunération proportionnelle réside dans le prix payé par le public pour avoir accès à l'œuvre.¹²²³ Or, l'application en pratique de ce prix proportionnel est délicate en raison d'une difficulté à déterminer les règles de calcul des redevances de l'auteur. Madame Sophie Noel^{1224a} donné un exemple relatif à l'industrie du streaming légal, sur des plates-formes. Le site propose deux offres : la première propose un accès gratuit aux œuvres dans la limite de cinq heures d'écoute par mois ; la seconde propose aux membres de payer un abonnement pour accès illimité aux œuvres. Dans le premier cas, il n'y a aucun prix payé par le public. Dans le second cas, il y a bien un prix payé par le public, mais c'est un prix global, qui ne vise pas l'accès à une œuvre en particulier. Dans les deux hypothèses présentées, on ne retrouve pas la notion de prix public telle qu'envisagée par notre législation, le recours au forfait semble être privilégié.¹²²⁵

Mais, il faut reconnaître que les modes imprévisibles d'exploitation qui apparaissent aujourd'hui permettent d'éloigner cette inquiétude. Les exploitations numériques permettent aisément l'identification des œuvres « consommées » par le public.

En droit de la propriété industrielle, le licencié peut-il se prévaloir de l'imprévision pour l'obsolescence du brevet en raison du développement de la technologie ?

¹²²³M. Gautier, s'interroge à ce propos : « il reste à savoir si cette rémunération doit être conforme à l'art. L. 131-4, tel que l'interprète la jurisprudence ou si un simple partage des recettes suffira ». Cf., P.-Y. Gautier, op. cit., n° 183.

¹²²⁴S. Noel, les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur), thèse de doctorat, 29 Novembre 2012, p.248.

¹²²⁵ S. Noel, V.supra ,p.248.

L'évolution n'est pas en soi imprévisible, c'est la date de survenance d'une nouvelle invention qui n'est pas a priori pas connue des parties. ¹²²⁶

Les juges prennent en considération la connaissance des parties¹²²⁷ de la technologie pour révéler si la survenance d'une nouvelle technologie était prévisible ou pas pour les parties.

Il s'agit de se référer à l'« homme de métier » défini par la Cour de cassation¹²²⁸ comme « *celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles, de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention* ».

« L'article 1195 du Code civil évoque un simple « changement » de circonstances. Il n'impose nullement de caractériser l'importance de ce changement. Certains estiment même qu'il puisse être caractérisé dans la continuité »¹²²⁹.

« On peut encore s'interroger sur la possibilité de réviser un contrat de licence dans le cas où, cette fois-ci, une marque contrefaisante apparaîtrait sur le marché ». ¹²³⁰ Comme l'invention technologique pourrait a priori constituer une cause de révision pour imprévision pour le titulaire du droit, la contrefaçon de la marque concurrençant celle du licencié diminue le caractère distinctif de la marque et donc diminue le profit que tire l'exploitant ou le licencié de la commercialisation de la marque, lui portant ainsi préjudice.

« Si le licencié exclusif puisse agir seul en opposition ou contrefaçon, le licencié simple participe à l'action intentée par le titulaire du droit. L'appréciation du caractère onéreux de l'exécution dépendra-t-elle de la situation du licencié ? » ¹²³¹

¹²²⁶ A. Baudoin, *op.cit*, p.7 . Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprévision -dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html>

¹²²⁷ Ph.Stoffel-munck,*op.cit*,p.30. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDC112z5>

¹²²⁸Cass, com, 17 octobre 1995, n°94-10433

¹²²⁹ Ph.Stoffel-munck,*op.cit*,p.30. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDC112z5>

¹²³⁰A. Baudoin, *op.cit*, p.7 . Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprévision -dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html>

¹²³¹A. Baudoin, *op.cit*, p.7 . Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprévision -dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html>

- **Le changement administratif ou juridique**

Dans le domaine de la santé, l'alinéa 1 de l'article Art. R. 5139-1 du Code de la santé publique édicte que :

« Toute opération de production, de fabrication, de transport, d'importation, d'exportation, de détention, d'offre, de cession, d'acquisition et d'emploi portant sur les micro-organismes et toxines inscrits sur la liste fixée en application de l'article L. 5139-1 et sur les produits en contenant est soumise à une autorisation délivrée par le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.. »

Et son aliéna 3 édicte que :

« Lorsque la nature des opérations envisagées l'exige, le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé peut subordonner la délivrance de l'autorisation à des conditions particulières qu'il notifie au demandeur dans sa décision d'autorisation ».

Le licencié doit obtenir l'autorisation du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Néanmoins, cette autorisation peut être réitérée ou suspendue.

L'article R.5139-8 du Code de la santé publique édicte que :

« II. — L'autorisation est suspendue ou retirée par le directeur général de l'agence dans les cas suivants :

1° Lorsque l'usage des micro-organismes et toxines ou des produits en contenant mentionnés dans cette autorisation ne respecte plus les

dispositions du présent chapitre ou les conditions qui ont été notifiées au demandeur de l'autorisation.

2° Lorsqu'il apparaît que les opérations portant sur les micro-organismes et toxines mentionnés dans cette autorisation sont susceptibles de présenter un risque pour la santé publique ».

Les conditions d'octroi de l'autorisation de mise sur le marché peuvent ne plus être réunies et « la décision radicale et brutale de l'agence peut être considérée comme imprévisible ». ¹²³² La Cour de Cassation a rendu un arrêt confirmatif de la Cour d'appel lorsqu'elle prévoit « un revirement de l'autorité administratif imprévisible lors de la formation du contrat et dans le cours de son exécution tel le fait du prince ». ¹²³³

§6 L'imprévision et les contrats technologiques

Formidable levier de croissance, les nouvelles technologies catalysent bien souvent la modification des normes juridiques. L'économie numérique et les innovations constantes conduisent nécessairement les législateurs à considérer la potentielle obsolescence des règles en vigueur, leur décalage avec la pratique. ¹²³⁴ Pour être en conformité avec la pratique, les dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 constitue une belle création qui s'applique sur les contrats technologiques en constante évolution. Le développement technologique fait évoluer les circonstances qui peuvent impacter l'exécution des obligations contractuelles. Certains auteurs prévoient que ce sont les arrêts de la Cour de Cassation dans le contexte de contrats technologiques qui ont inspiré le législateur a consacré cette théorie de l'imprévision dans un texte spécifique du Code civil. ¹²³⁵

L'Article du Code civil sur l'imprévision a une influence majeure sur les contrats technologiques. Une nouvelle réglementation peut constituer une circonstance imprévisible pour le

¹²³²A. Baudoin, *op.cit*, p.7. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprevision-dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html>

¹²³³Civ. 3e, 1er juin 2011, no 09-70.502.

¹²³⁴ A. Ricard et F. Lallemand, les contrats technologiques à l'épreuve du nouveau Code civil, RLDA 2004, Revue Lamy Droit des Affaires, N 118 septembre 2016 p. 54.

¹²³⁵ A. Ricard et F. Lallemand, les contrats technologiques à l'épreuve du nouveau Code civil, RLDA 2004, Revue Lamy Droit des Affaires, N 118 septembre 2016, p. 54.

prestataire qui s'engage à fournir des services technologiques à des entreprises de secteurs réglementés.

L'équilibre des contrats de maintenance des sites et de TMA (Tierce maintenance applicative) peut être bouleversé pour imprévision, lorsque le coût de la maintenance subit une hausse imprévisible et importante.¹²³⁶

§7 La théorie de l'imprévision en droit des sociétés

L'exécution de bonne foi du contrat de société suppose que les parties mettent tout en oeuvre pour atteindre les buts recherchés par le contrat. Ainsi, les associés doivent prendre en considération les intérêts des autres associés et pas seulement leurs propres intérêts. L'affectio societatis est nécessaire à la formation du contrat de société. L'affectio societatis est mentionné indirectement à l'article 1832 du Code civil. D'après les termes de cet article, "la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...). Les associés s'engagent à contribuer aux pertes". Le cinquièmement de l'article 1844-7 du Code civil prévoit la dissolution de la société en raison de l'absence d'affectio societatis. A défaut de collaboration entre les parties le contrat est nul. Il est dans l'intérêt des associés de renégocier leur contrat en cas de survenance de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat et de se collaborer pour partager les risques.

L'adoption de la théorie de l'imprévision dans le droit civil français a des conséquences indéniables sur le rétablissement de l'équilibre contractuel en droit des sociétés. Le changement imprévu des circonstances économiques permet aux contractants d'un pacte d'actionnaire d'invoquer l'imprévision.

Un pacte d'actionnaire peut contenir une clause de rachat d'actions à prix plancher. L'article 1844-1 du Code civil prévoit que " la stipulation attribuant à un associé la totalité

¹²³⁶A. Ricard et F. Lallemand, les contrats technologiques à l'épreuve du nouveau Code civil, RLDA 2004, Revue Lamy Droit des Affaires, N 118 septembre 2016, p. 56.

du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites." La promesse de rachat d'actions à prix plancher n'est pas une clause léonine si la promesse de rachat d'actions à prix plancher n'a pas d'autre objet que la transmission de droits sociaux entre associés, sans influencer la participation aux bénéfices et aux pertes. Et donc cette clause est valable et n'est pas léonine dès lors que le bénéficiaire participe aux pertes et bénéfices. Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation¹²³⁷ rendu en date du 22 février 2005, la Cour de cassation valide une promesse de rachat à prix plancher et relève le cas où elle ne peut pas être considérée comme léonine. La chambre commerciale censure l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir invalidé une promesse de rachat à prix plancher conclue dans le cadre d'une opération de capital-investissement « alors qu'elle constatait que M. Z... ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité, ce dont il résulte qu'il restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

Cette clause validée par la loi, fixant un prix minimum de cession peut devenir au cours du temps disproportionnée avec la valeur des actions. Une baisse catastrophique de la valeur des actions pour des circonstances imprévisibles conduirait à une perte plus importante que celle initialement prévue. D'où la nécessité de rééquilibrer le contrat.

Il convient de se demander si « L'instauration d'une forme de justice contractuelle, par la théorie de l'imprévision, ne va-t-elle pas conduire à une sophistication des pactes d'actionnaires et, par voie de conséquence, développer le contentieux ? ». ¹²³⁸

Par la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit des sociétés l'adaptation du pacte d'actionnaires pour imprévision pourrait se subroger aux conditions résolutoires insérées dans ce pacte si un événement imprévu au moment de la conclusion du pacte d'actionnaires constitue un obstacle à son exécution. « Adapter le contrat en cours d'exécution pourrait permettre à une partie de faire face à ses obligations, plutôt que d'envisager une inexécution préjudiciable à tous ». ¹²³⁹

¹²³⁷Cass. com., 22 févr. 2005

¹²³⁸Th. Massarat et co-auteurs, op.cit, p.22. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

¹²³⁹Th. Massarat et co-auteurs, op.cit,p.25. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

« Les nouvelles dispositions sont de nature à simplifier sur cet aspect les contenus des pactes d'actionnaires. Cet effet, très positif, mérite d'être approuvé dans la mesure où il participe à la simplification du droit »¹²⁴⁰, cela permet aussi la sauvegarder des relations contractuelles.

Les promesses unilatérales conclues pour une période longue peuvent faire l'objet de l'application de la théorie de l'imprévision lorsqu'un événement imprévu change la valeur de la société. La théorie de l'imprévision engendre des conséquences indéniables en matière de promesse de cession ou d'achat des droits sociaux qui sont des contrats à exécution successive où l'exécution s'échelonne dans le temps. Ainsi, la partie lésée peut sur le fondement de l'article 1195 du Code civil inviter l'autre partie contractante à la négociation ; en cas d'échec ou de refus de négociation, les parties peuvent conjointement décider la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent soit saisir le juge d'un commun accord pour procéder à l'adaptation du contrat. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut résoudre le contrat à la demande d'une partie, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Pourtant, la mise en œuvre de l'imprévision est écartée dans le cadre de l'exécution des promesses de rachat d'actions d'opérations de capital-risque. Les opérations sur instruments financiers, que sont notamment les actions et les obligations, sont exclues de la sphère de l'article 1195 du Code civil. Rappelant que l'article L211-40-1 du Code monétaire et financier introduit par la loi du 20 avril 2018 prévoit que : « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'Opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I au III de l'article L211-1 du présent Code ».

Les contrats financiers sont énumérés sur une liste fixée à l'article D. 211-1, A, du Code monétaire et financier et les titres financiers sont définis à l'article L211-1 du Code monétaire et financier comme :

- les titres de capital émis par les sociétés par actions ;
- les titres de créance ;
- les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

¹²⁴⁰Th. Massarat et co-auteurs, op.cit,p.25. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

Si l'aléa justifie la mise à l'écart de l'article 1195 du Code civil, « de nombreuses cessions d'actions ne se réalisent pas dans un contexte de pari sur un avenir économique incertain, qui justifierait que l'article 1195 du Code civil soit, par principe, tenu à l'écart ». ¹²⁴¹

Concernant l'application dans le temps de l'article L211-40-1, il est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2018 cela dit que le cessionnaire peut invoquer l'article 1195 du Code civil entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 Septembre 2018 si la cession porte sur des actions. A partir du 1^{er} octobre 2018, les sociétés par actions n'ont pas besoin d'exclure expressément la révision judiciaire pour imprévision dans leur contrat car, cette exclusion du juge est déjà prévue par la loi. La situation est différente pour les sociétés à responsabilité limitée, sociétés civile ou sociétés en noms collectifs émettant des parts sociales.

Un contrat est à exécution successive lorsque la chose vendue est délivrée successivement, par fractions par exemple, le prix payé en plusieurs termes, ou lorsqu'elle impose aux parties, ou à l'une d'entre elles seulement, des prestations échelonnées dans le temps entre la date à laquelle le contrat est formé et celle à laquelle il produit ses effets » ¹²⁴². Concernant les contrats à exécution successive de cession de droits sociaux, la période entre le signing (signature du contrat) et le closing (réalisation de la transaction) est parfois longue et pendant de cette période longue des événements à circonstances imprévisibles peuvent bouleverser l'économie du contrat.

Une cession de droits sociaux devient un contrat à exécution instantanée « si les obligations essentielles sont exécutées d'un seul trait, au moment du closing. En cas de contrat de cession de droits sociaux à exécution immédiate ou instantanée, la signature de la convention de cession dite le *signing* est concomitante au transfert de propriété des actions appelé le *closing* manifestant l'exécution concrète de la convention. L'article 1195 du Code civil par principe ne s'applique pas dans ce cas. Nous ne voyons pas qu'un « changement de circonstances imprévisible » puisse survenir.

L'article 1195 du Code civil s'applique en cas d'exécution successive ou exécution instantanée mais différée dans le temps (*signing* puis *closing*). Ces contrats sont à exécution différée

¹²⁴¹B. Saintourens, Les incidences sur les cessions de droits sociaux de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, Defrénois 11 oct. 2018, n° 140w8, p. 24 Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/defrenois/DEF140w8>

¹²⁴²Ibid, Pour une interprétation extensive de la notion de contrats à exécution successive aux produits dérivés, v° Lés dérivés, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°157 et s.

c'est-à-dire des contrats instantanés assortis d'un terme. Un changement de circonstances imprévisible peut toujours survenir entre la date de la conclusion du contrat et celle de son exécution. Sans distinguer les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée assortie d'un terme, les cessions de droits sociaux sont inclus dans le champ d'application de l'article 1195 du Code civil. Même si certains auteurs peuvent prévoir que selon le rapport du président de la République, l'article 1195 du Code civil a pour objet de lutter « contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent *en cours d'exécution*, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance » et que l'article 1195 prévoit que la partie victime des circonstances imprévisibles doit « continuer à exécuter ses obligations » pour montrer que l'article 1195 du Code civil ne vise que seuls les contrats à exécution successive rentrent dans son champ d'application, l'article n'exclut pas de son champ d'application les contrats à exécution différée. « Peu importe, au demeurant. Lorsque la vente ne produit pas son effet translatif immédiat, ou si, le produisant, elle comporte une clause d'exécution différée et d'association des risques à la livraison de la chose ». ¹²⁴³

« La réforme du droit des contrats introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, sans révolutionner la négociation et l'exécution des opérations de fusions-acquisitions, a le mérite de leur donner un socle juridique plus sécurisé, par la consécration de certaines pratiques, mais aussi par quelques nouveautés ». ¹²⁴⁴L'apport du nouvel Article réside dans la possibilité de révision judiciaire du contrat de cession pour imprévision.

Le nouvel article sur l'imprévision n'est pas clair sur la nature des circonstances dont le changement bouleverse l'économie du contrat. Faut-il entendre l'appréciation subjective du changement des circonstances par rapport à la situation financière du débiteur ou bien la nature de la transaction et la contrepartie réelle perçue par le débiteur ? Des précisions jurisprudentielles permettant de répondre à cette question sont à espérer. En outre, il est question de savoir quand est-ce que les juges caractérisent le caractère onéreux de l'exécution des obligations ? Quels sont les critères permettant de déterminer ce caractère ? y-a-t-il un seuil d'onérosité ? Il s'agit de se demander par exemple, si « les changements des circonstances affectant la société cible sont-ils susceptibles de l'application de la théorie de l'imprévision ? Pourrait-on en particulier invoquer l'imprévision lorsque des circonstances imprévisibles font perdre une grande partie

H.Le Nabasque, « l'imprévision et les cessions de droits sociaux », Dossier, Bull.July 2016, p.253. ¹²⁴³

Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-july-societes/BJS115m4>

¹²⁴⁴ Ph.Malikan et C. Mandon, *op.cit*, p.44. Disponible sur : <http://doczz.fr/doc/3856282/dossier---pinsent-masons>

de sa valeur à la société, et donc aux titres acquis » ?¹²⁴⁵ . « Il faudrait considérer que la théorie de l'imprévision s'applique non seulement lorsque le coût de l'exécution par le débiteur de sa propre prestation devient excessivement onéreux, mais également lorsque l'exécution de la prestation du débiteur devient excessivement onéreuse au regard de la contrepartie réellement perçue ».¹²⁴⁶

Il est à redouter que cette interprétation soit prise en compte par la jurisprudence. On serait d'ailleurs très proche d'une prise en compte de la lésion, le cocontractant pouvant remettre en cause un contrat qui se révèle défavorable à son égard, Il est vrai que la lésion s'apprécie à la date de la formation du contrat, et non au moment de son exécution, si bien que l'on ne peut pas vraiment parler de lésion dans l'hypothèse évoquée.¹²⁴⁷

Selon les termes de l'article 1195 du Code civil, il faut que la victime du changement de circonstances n'ait pas assumé le risque dans le contrat. Comme l'aléa chasse la lésion elle chasse aussi l'imprévision. « Les garanties de passif pourraient avoir un rôle à jouer sur la mise en œuvre de cas d'imprévision lorsqu'elles contiennent des garanties spécifiques sur des risques déterminés et que ces risques sont acceptés par l'une ou l'autre des parties ».¹²⁴⁸

Afin que l'acheteur se prémunisse contre le déséquilibre contractuel dans la phase entre le *signing* et le *closing*, il a souvent recours à des clauses MAC (matériel adverse change) traduite par « changement significatif défavorable », prenant en compte le changement significatif de circonstances dans la période entre le *signing* et le *closing*. Cette clause se rapproche à une condition suspensive.

Si les clauses MAC ont pour fonction la protection de l'acquéreur, l'article 1195 s'applique aux deux contractants, à l'avantage du cédant et du cessionnaire. Si cette clause a pour objet de mettre fin au contrat et de permettre à l'acquéreur de se rétracter en cas de survenance d'événement défavorable, la clause de hardship a pour objet d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances et d'imposer la renégociation entre les parties si un événement impacte la situation de la société cible. Cette disposition n'a pas le même champ d'application de la clause MAC ni ses

¹²⁴⁵F. Giancarli, L'affaiblissement de la force obligatoire du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats : BRDA 1/2016.

¹²⁴⁶Th. Massarat et co-auteurs, *op.cit*, p.86. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

¹²⁴⁷V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 470.

¹²⁴⁸Ph. Malikan et C.Mandon, *op.cit*, p.46. Disponible sur : <http://doczz.fr/doc/3856282/dossier---pinsent-masons>.

effets. Pour autant, « Il est cependant plus prudent de préciser explicitement si les parties entendent conserver en parallèle de la stipulation de la MAC clause la possibilité d'invoquer l'article 1195, dans la mesure où ses conditions d'application seraient remplies ». ¹²⁴⁹En outre, la clause MAC peut bien co-exister avec la clause d'imprévision. En effet, « la stipulation d'une MAC clause est tout à fait compatible avec une clause d'imprévision qui n'exclurait pas totalement mais qui aménagerait simplement le contenu de l'article 1195 du Code civil, pour autant que leurs domaines et effets respectifs soient précisément délimités ». ¹²⁵⁰

Les parties peuvent aussi insérer dans leur contrat de cession des clauses earn-out dites clauses de supplément de prix payé par l'acquéreur en fonction des performances opérationnelles futures de la société cédée ou une clause de garantie de passif ou d'actif. Ces clauses devront faire échec à l'article 1195 du Code civil. La clause d'earn-out comporte un aléa accepté par les parties dans la variation de la valeur des droits sociaux ou dans la détermination du prix. Mais quand est-il si le complément de prix est devenu insuffisant ou que l'indemnité de garantie devient insuffisante pour le cessionnaire pour des circonstances économiques imprévisibles par exemple ? L'imprévisible n'est pas toujours facile à prévoir, il semble que dans ce cas l'article 1195 pourrait s'appliquer pour réviser le montant du complément de prix ou l'indemnité de garantie en cas d'imprévision. « Malgré l'incertitude portant sur le prix final qui sera versé au cédant, l'opération demeure commutative puisque les prestations échangées sont regardées par les parties comme équivalentes. Les parties ne cherchent pas à faire dépendre l'économie de l'opération du hasard ». ¹²⁵¹ L'article 1195 du Code civil pourrait donc trouver à s'y appliquer en cas de « décès ou (de) retrait brutal d'un actionnaire ou d'un manager de référence de la société ». ¹²⁵² L'aléa extracontractuel comme le décès de l'actionnaire ou son retrait brutal permet l'application de l'article 1195 du Code civil. Une distinction entre aléa contractuel et aléa extracontractuel est importante. « Le fait de réaliser une opération sur les marchés réglementés implique une acceptation des risques de variation de valeur des titres » ¹²⁵³, il s'agit dans ce cas d'un aléa contractuel qui renvoie à une renonciation implicite à l'article 1195 du Code civil et une acceptation des risques.

¹²⁴⁹B. Fages et co-auteurs, Articulation avec l'article 1195 du Code civil, *Lamy droit du Contrat*, 6/2019

¹²⁵⁰Ibid

¹²⁵¹A. El mejri La théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, *Revue Lamy Droit civil*, N° 149

¹²⁵²A. Gaudemet, Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », *BMIS*, déc. 2016, n°12, p.685. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/BJS115u9>

¹²⁵³J.-S Borghetti., Fixation et révision du prix, *RDC* 2018, hors-série, p. 25, spéc. note 98

En outre, dans les opérations de private equity, les pactes d'actionnaires peuvent aménager le prix par avance.

L'article 1195 n'est pas d'ordre public et tant que la partie victime des circonstances imprévisibles peut assumer les risques liés à l'imprévision, les parties peuvent à fortiori aménager les conséquences de l'imprévision.

En premier lieu, « ils pourront chercher à prévoir précisément les biens sur lesquels l'événement imprévisible peut jouer (par exemple, dans le cadre de la cession du capital d'une société dont le bien indispensable à l'exercice de son activité est une unité de production : la destruction de l'outil spécifique de production) ou encore la liste des contrats considérés comme importants pour le potentiel acquéreur (par exemple, les contrats avec les dix principaux clients et fournisseurs) ». ¹²⁵⁴

En outre, « ils devront chercher à quantifier l'effet que la survenance de l'événement imprévisible devra avoir sur le prix global des actions (par exemple, une influence de plus de dix pour cent sur le prix) toujours afin d'objectiver au maximum l'exécution excessivement onéreuse ». ¹²⁵⁵

Il convient aussi pour les parties de déterminer la zone grise (la révision du contrat) ou la zone noire (la résiliation du contrat), les parties peuvent écarter toute intervention judiciaire et décider uniquement de négocier les termes du contrat. Selon Monsieur Hervé Le Nabasque, plus la clause est précise plus il y aura de chance d'évincer l'article 1195 du Code civil et moins la clause est précise, plus elle sera de faible portée. Le professeur Mercadal prévoit comme exemple de clause MAC imprécise en matière de fusion de sociétés « L'acquéreur se réserve la possibilité de ne pas achever la fusion ou l'acquisition convenue, ou d'en renégocier les conditions, si, avant la date de clôture définitive de l'opération ("prior closing the deal"), toutes les opérations que celle-ci suppose étant accomplies, surviennent des circonstances qui en bouleversent l'économie aux yeux de l'acquéreur ». ¹²⁵⁶

Mais, « ce n'est pas parce que les parties ont prévu dans leur contrat une clause de révision du prix, de renégociation, de hardship, d'indexation, d'earn out ou encore une clause de material

¹²⁵⁴Ibid

¹²⁵⁵Ibid

¹²⁵⁶B.Mercadal, « À propos de la clause "Material adverse Change" en matière de fusion de sociétés », RJDA 2/2003, P. 83, cité par Buchberger M. *in* Actes prat. ing. sociétaire 2016, n° 147, dossier, n° 272).

adverse change, par exemple dans une cession de droits sociaux, que le juge en déduira nécessairement qu'elles ont renoncé à invoquer l'article 1195 ». ¹²⁵⁷ Et donc la stipulation de telles clauses ne veut pas forcément signifier l'intention des parties à écarter l'intervention du juge. De plus, il se peut que le juge interprète de façon stricte ces clauses en estimant qu'un risque qui n'a pas été mentionné dans la clause par les parties en concluant leur contrat, ne sera pas assumé. Mais, d'autres auteurs prévoient que l'insertion de clauses contractuelles aménageant les conséquences de l'imprévision est suffisante pour écarter le mécanisme de révision judiciaire pour imprévision. En effet, si le mécanisme de révision judiciaire du contrat « déroge au principe de l'intangibilité du contrat, on pourrait considérer qu'il doit être interprété restrictivement, et que les restrictions qui lui sont apportées par les parties doivent être au contraire entendues largement. Il sera peut-être plaidé aussi que certains contrats, par leur fonction de garantie ou par la grande confiance faite à une partie par l'autre, excluent par nature une intervention du juge ». ¹²⁵⁸

§8 L'imprévision et les contrats de consortium

Le contrat de consortium, aussi connu comme accord consortial ou contrat de groupement momentané d'entreprises (GME), dépourvu de personnalité morale est un accord entre plusieurs entreprises qui décident de mettre en commun leurs apports, capacité financière, compétences techniques afin de réaliser un grand projet, notamment dans le secteur des infrastructures et de l'énergie. Ces projets peuvent être issus des pôles de compétitivité (FUI, PSPC), de programmes européens (label Eureka, PCRD, ERA-NETS, Eurostars), ou de projets d'innovation financés par OSEO (ISI, dispositif Passerelle) ou l'ANR (Partenariats Public Privé). ¹²⁵⁹ Ce type de contrat non-immatriculé ne constitue pas une forme de société et les parties doivent mentionner ne pas établir une société. Les membres du consortium partagent les risques et les profits.

¹²⁵⁷B. Fages et co-auteurs, Une exécution devenue excessivement onéreuse, Lamy droit du contrat, 2016.

¹²⁵⁸B. Dondero, *op. cit.* Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/droit-affaires/entreprise-expertise/juridique/les-contrats-concernes.html>.

¹²⁵⁹M. Heguy associées, les points clefs du contrat de consortium. Disponible sur : http://www.jurisprudences.org/htm/fr/conseils/conseil_contrat_consortium.html

L'ordonnance du 10 février 2016, ne mentionne pas expressément les contrats de consortium. Pour autant, elle a un impact non négligeable sur ces types de contrats. La vie d'un contrat de consortium est impactée par ces circonstances imprévisibles.

Le contrat de consortium, vu son importance qui se manifeste par la réalisation de grands projets et la multitude des parties signataires du contrat qui disposent d'intérêts différents parfois contradictoires, il serait opportun pour le mandataire solidaire de se prévaloir de l'article 1195 du Code civil pour demander la renégociation du contrat de consortium avec ses partenaires en cas de survenance de circonstances imprévisibles par les parties au moment de la conclusion du contrat. Et en cas d'échec de négociations ou de refus de négociation par un ou des membres du contrat, ils puissent saisir le juge pour qu'il adapte ou résilie le contrat. Mais, les membres du consortium peuvent insérer des clauses d'imprévision dans le contrat aménageant les conséquences de l'imprévision, ce qu'ils n'entendent pas exécution onéreuse des obligations et les événements susceptibles d'affecter leur contrat sans recourir au juge.

§9 L'imprévision et les contrats de construction

Les principes UNIDROIT et les Principes Européens des Contrats prévoient qu'une partie peut demander la renégociation du contrat lorsque des circonstances imprévisibles surviennent et bouleversent l'équilibre du contrat et en cas d'échec de négociations, le juge peut être saisi par l'une des parties et peut décider de mettre fin au contrat ou de l'ajuster.¹²⁶⁰ Ces principes ont été appliqués sur les contrats de construction qui sont des contrats à long terme.

Les contrats FIDIC ne prévoient pas de clause d'imprévision en tant que telle. Néanmoins, la clause 13.8 des « **Conditions générales des contrats FIDIC** » prévoit la possibilité d'inclure dans un contrat FIDIC une clause d'ajustement des coûts qui s'applique à la hausse et aussi à la baisse. L'ajustement concerne donc le changement de la valeur de la prestation et de la contre-prestation. Cette clause peut être stipulée en faveur de l'entrepreneur mais aussi en faveur du maître d'ouvrage. En effet, l'alinéa 2 de cette clause édicte que : « les montants payables à l'Entrepreneur doivent être ajustés pour des hausses et des baisses des coûts de la main d'œuvre, des

¹²⁶⁰Clause de force majeure ICC 2003. Disponible sur : <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/force-majeure/> ; Article 6.2.3 des Principes UNIDROIT ; Article 6 :111 des Principes Européens des Contrats.

Marchandises, et autres facteurs de production relatifs aux travaux, par addition ou déduction des montants constatés par application des formules prescrites dans cette Sous-clause ».

Pour cela, nous constatons que la clause d'ajustement des coûts se rapproche de la nouvelle disposition de l'article 1223 du Code civil en vertu duquel :

« Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ».

L'ajustement des coûts des contrats FIDIC se fait par une modification contractuelle. Les fluctuations des prix des marchés ne sont pas considérées comme une circonstance imprévisible lorsqu'ils sont prévus dans le contrat. De plus, les parties peuvent décider d'assumer contractuellement les risques liés au marché comme l'a décidé la Chambre Commerciale Internationale (« CCI »).¹²⁶¹

Dans ces contrats de construction, la résiliation (judiciaire) de ces contrats pour imprévision n'est souvent pas recommandée car elle affecte la réputation des entrepreneurs, fait échec à leur projet et affecte leur patrimoine. Donc « il est fort probable que les contrats de constructions voient fleurir des clauses en vertu desquelles les contractants ou l'un d'entre eux acceptent d'assumer tel ou tel risque, voire tout changement imprévisible, à moins que l'on assiste à une recrudescence des clauses de révision qui viendront préciser et encadrer les conditions de modification et d'extinction du contrat ». ¹²⁶²

Qu'en est-il de l'articulation entre l'article 1195 du Code civil et l'article 1793 du Code civil ? L'article 1105 alinéa 3 du Code civil édicte que : « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». L'article 1793 est relatif aux marchés à forfait. Les contrats de construction font partie des contrats forfaitaires.

La question se pose de l'articulation de l'article 1195 du Code civil avec l'Article 1793 du Code civil qui édicte que : « Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne

¹²⁶¹ICC awards n° 8486 and n° 1996.

¹²⁶²Ch. Coutant-Lapalus, l'impact des règles relatives à l'effet du contrat, RDI 2016, p.349

peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ».

La question qui se pose précisément est de savoir si l'architecte ou l'entrepreneur qui s'engage dans le marché à forfait, par un contrat de construction, peut demander au juge la modification du prix au sens de l'article 1195 du Code civil. La Cour de Cassation rejette la révision pour imprévision à l'occasion d'un marché forfaitaire¹²⁶³ c'est un marché aléatoire dont la charge du risque est supportée par l'entrepreneur. Tous les travaux supplémentaires non autorisés par écrit par le maître de l'ouvrage sont supportés par l'entreprise. A cet égard, il est donc impossible d'obtenir un supplément de prix de la part de l'entrepreneur et la circonstance imprévisible ne peut pas changer le caractère forfaitaire du contrat.

L'article 1793 du Code civil prévoit que tout complément de rémunération doit avoir été autorisé préalablement par écrit par le maître d'ouvrage et de même l'article 46 du code des devoirs professionnels des architectes confirme ce principe et prévoit que la rémunération : « peut aussi faire l'objet d'un forfait si les parties contractantes en conviennent : dans ce cas elle est déterminée avant le début de la mission fixée en valeur absolue. Cette valeur ne peut alors être reconsidérée que d'un commun accord entre les parties lorsqu'il y a modification du programme initial ou de l'importance de la mission ».

De plus, dans un arrêt très récent rendu en date du 21 mars 2019, la 2eme chambre civile de la Cour de Cassation¹²⁶⁴ a considéré que dans un marché privé à forfait, la norme NF P 03-001 (CCAG des marchés privés de travaux de bâtiment) dans sa version de l'année 2000 ne peut pas prévaloir sur les dispositions du contrat. La Cour d'appel de Toulouse retient que « la norme NF P03-001 mentionne que les prix rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles ». La Cour de Cassation censure cet arrêt au visa de l'article 1793 rappelant ses dispositions. En effet, les changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit. Selon la Cour de Cassation « Qu'en statuant ainsi, alors que la norme NF P 03-001 ne

¹²⁶³Civ, 3e, 20 nov.2002, n 00-14.423, Bull.civ.III, n 230 ; RDI 2003.60, OBS.b. Boubli ; Defrénois 2003/318, obs.H. Perinet-Marquet ; JCP E 2004.31, obs.B. Guiderdoni-V.egal.Civ.3 e,27 sept.2006, n 05-13.808, Bull.civ.III, n 189 ; D.2006.2461 ; Defrénois 2008. 66, OBS.h. Perinet-Marquet, L'art.9-1-2 de la norme Afnor NF P 03001 qui prévoit une norme sur la possibilité de demander des paiements en plus en cas d'imprévision mais, cette norme ne doit pas dépasser la loi (en ce sens, v.Civ. 3e, 8 oct.2013, n 12-26.140, NP).

¹²⁶⁴C.Cass., Civ.2eme, 21 mars 2019, no.17-31.540.

peut prévaloir sur les dispositions du contrat, que les travaux de minage et de modification du canal de dévalaison n'avaient été ni autorisés par écrit, ni ratifiés de manière non équivoque par le maître d'ouvrage et que l'augmentation du coût des matières premières, qui n'avait pas fait l'objet d'un accord entre les parties, ne constituait pas une circonstance imprévisible pour l'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». La norme NF P03-001 appelée Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) a été révisée et publiée sur le site de l'AFNOR le 20 octobre 2017, remplaçant la norme qui s'applique aux marchés privés de travaux de bâtiment de décembre 2000. Elle prévoit dans son article 9.1.2 que « si un changement de circonstances, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas acceptée d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son contractant. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties conviennent de recourir à une conciliation ou à une médiation conformément au 21.2 préalablement à toute action en justice ou procédure d'arbitrage ». L'application de la norme AFNOR NF 03-001 dans sa version nouvelle se heurtera à l'interprétation stricte par la Cour de Cassation de l'article 1793 du Code civil. Pourtant, l'article 1793 du Code civil concerne uniquement les travaux de bâtiment et ne s'applique pas aux sous-traités. De plus, cette norme ne sera pas écartée si elle a été contractuellement saisie par les parties. Si l'article 1793 du Code civil, prohibe le supplément de prix dans le cas d'un marché à forfait, la Cour de Cassation a statué sur le deuxième moyen de Cassation que : les dispositions de l'article 1793 du Code civil n'ont pas un caractère impératif de sorte que les parties sont libres d'y déroger en se référant aux dispositions de la norme AFNOR NF P 03-001 ; qu'en jugeant le contraire, la Cour viole le texte précité ensemble l'article 1134 du Code civil ». ¹²⁶⁵

La 3eme chambre civile de la Cour de Cassation ¹²⁶⁶ dans son arrêt rendu en date du 8 juin 2005, a censuré l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon en statuant que : « les garde-corps indispensables à la sécurité de l'immeuble devait être intégrés dans le marché forfaitaire initial ». Dans une autre affaire, la Cour de Cassation ¹²⁶⁷ s'attache aux dispositions de l'article 1793 du Code civil. En l'espèce, Un maître de l'ouvrage (la Caisse d'Épargne de Bretagne - Pays de la Loire) avait chargé un entrepreneur (M. B) de rénover une agence, il s'est révélé après démolition de la dalle en béton, que celle-ci reposait sur une assise granitique rocheuse qui rend indispensable de travaux supplémentaires de déroctage. L'entrepreneur ne pouvait pas prévoir que la dalle en béton reposait sur une assise granitique au moment de la conclusion du contrat, il l'a découvert au cours de l'exécution du contrat. La cour d'appel de Rennes a condamné le

¹²⁶⁵ C.Cass., Civ.3eme, 8 octobre 2013, no. 12-26.140.

¹²⁶⁶ C.Cass. 3e civ, 8 juin 2005, no.04-15.046.

¹²⁶⁷ Cass.3e civ., 18 avr.2019, no.18-18.801

maître de l'ouvrage à payer les travaux supplémentaires à l'entrepreneur. Cet arrêt a été censuré par la Cour de Cassation : l'entrepreneur doit prendre en charge les circonstances nouvelles ou imprévisibles survenant lors de l'exécution contractuelle. La 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation a dans son arrêt rendu le 18 avril 2019 statué que : « en cas de marché à forfait, les travaux supplémentaires relèvent du forfait s'ils sont nécessaires à la réalisation de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». L'article 1195 du Code civil ne pouvait être d'aucun bénéfice à l'entrepreneur, car les contractants d'un marché à forfait sont censés assumer le risque d'une exécution excessivement onéreuse et que ce contrat est aléatoire.¹²⁶⁸

Pourtant, si une obligation de prévision incombe à l'entrepreneur qui doit connaître les travaux nécessaires à réaliser en fonction desquels sa rémunération est versée et que les travaux supplémentaires nécessaires relèvent du forfait, cette obligation de prévision a néanmoins des limites. Nous pensons que l'entrepreneur peut dans un souci d'équité demander une augmentation de la rémunération en cas de prévision insuffisante des travaux à effectuer car, il y a des aléas d'une telle ampleur que l'architecte ne peut raisonnablement les prévoir et qu'il serait injuste que l'architecte les supporte, il se peut aussi qu'il rencontre des difficultés techniques et des défis dans la réalisation du projet aggravant les charges de l'entrepreneur et qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir. Il se peut que l'augmentation du coût des matières premières ou celui des outils de construction affecte gravement l'entrepreneur. L'entrepreneur doit prouver que des circonstances imprévisibles augmentent les travaux réalisés et leurs coûts. Il incombe au maître d'ouvrage dans ce cas d'accepter un réaménagement du contrat sous le fondement de la bonne foi, sauf si l'entrepreneur était imprudent et qu'il devrait prendre en compte des travaux essentiels supplémentaires car « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

La récente réforme du droit des obligations permet de protéger l'entrepreneur et la Cour de Cassation accepte les recours de l'entrepreneur pour ajuster la rémunération, prenant en considération la sous-évaluation de la rémunération de l'entrepreneur. En effet, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation¹²⁶⁹ statuant dans son arrêt rendu en date du 19 janvier 2017 dispose que : « le caractère forfaitaire d'un marché ne peut exonérer de son obligation de réparer le préjudice le tiers au contrat d'entreprise dont l'erreur commise dans son étude a conduit l'entrepre-

¹²⁶⁸Sur l'explication plus détaillée, V. M. Lagelée-Heymann, op. cit., n° 80 s. Dans le même sens, V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ, 10^e éd., 2018, n° 414, et n° 764, Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 10^e éd., 2018, n° 767, et F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, Les obligations, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 641.

¹²⁶⁹Cass.3^e civ., 19 janv.2017, no.15-20.846, Publiq1é au bulletin.

neur à établir un devis sous-évalué, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». De plus, l'entrepreneur peut se retourner contre le maître d'ouvrage qui ne lui a pas fourni une information déterminante, nécessaire à l'exécution de ses travaux. En vertu de l'article 1112-1 du Code civil « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer des lors que légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son contractant ». Si la Cour de Cassation prend en compte la réévaluation de la rémunération de l'entrepreneur dans certains cas, pourquoi ne pas admettre la possibilité pour l'entreprise de se prévaloir de l'article 1195 du Code civil si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution du contrat de construction excessivement onéreuse et demander une renégociation du contrat ?

D'après madame Christelle Coutant-Lapalus, « admettre l'imprévision dans le cadre de ces contrats constitue une négation des spécificités des marchés à forfait (pourtant) certains pourront arguer que cette innovation (l'introduction de l'article 1195 du Code civil) conduit à une nouvelle lecture de l'article 1793 du Code civil. »¹²⁷⁰ En effet, cet article « ne rejetait pas formellement la théorie de la révision pour imprévision »¹²⁷¹ et avait pour finalité principale de protéger le maître d'ouvrage contre les vicissitudes de certaines pratiques d'architectes ou d'entrepreneurs.¹²⁷²

Alors que certains avocats prévoient qu'admettre l'imprévision dans le cadre des contrats de construction constitue une véritable négation des spécificités des marchés à forfait, monsieur Vivien Zalewski-Sicard observe qu'il n'est pas certain que les dispositions de l'article 1793 font obstacle à l'application de l'article 1195 du Code civil sur les contrats de construction conclus dans le cadre du marché forfaitaire car « nous avons affaire à un aléa extracontractuel qui pourrait donner lieu à application de l'article 1195 du Code civil »,¹²⁷³ quand bien même la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil dans cette situation est un peu complexe. Nous partageons cette opinion. De plus, l'annexe D de la norme NFP03-001 prévoit les clauses qui doivent être adaptées lorsqu'un marché est à prix global et forfaitaire.

¹²⁷⁰Ch.Coutant-Lapalus, op.cit, RDI 2016 p.348.

¹²⁷¹V.D Berthieu, le principe d'égalité et le droit civil des contrats, pref.J.-L. Sourieux, LGDJ 1999, n 429.

¹²⁷²Ch. Coutant-Lapalus, op.cit, RDI 2016 p.348.

¹²⁷³ V. Zalewski-Sicard, l'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction, 15 février 2017, éditions Francis Lefebvre, <https://www.eff.fr/actualites/immobilier/contrats-immobiliers-speciaux/details.html?ref=ui-323aca7d-ac10-4e29-ae70-a0e4aa37e6bb>

Les contrats types de l'ordre des architectes prévoient à l'article G.5-7 les situations de réévaluation de la rémunération des architectes. L'alinéa 1 prévoit que « Toute augmentation de la mission, toute remise en cause du programme ou du calendrier de réalisation, toute modification des documents approuvés, toute modification du mode de dévolution des marchés de travaux, demandée par le maître d'ouvrage ou imposée par un tiers, entraînée par un changement de réglementation ou rendue nécessaire par des **aléas administratifs, juridiques, techniques ou commerciaux**, toute prestation supplémentaire consécutive à la défaillance d'une entreprise, donne lieu à l'établissement d'un avenant et emporte une augmentation des honoraires à proportion des études ou autres prestations supplémentaires indispensables à sa satisfaction ».

L'Association Henri Capitant a remis à la chancellerie le 26 juin 2017, l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. L'article 86 alinéa 1^{er} de l'avant-projet prévoit que : « le constructeur qui s'est chargé de la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'un ouvrage d'après un plan arrêté et convenu avec le client et moyennant un prix forfaitaire doit, nonobstant les termes des articles 1195 et 1221 du présent code, réaliser l'ouvrage ou la partie d'ouvrage prévu au prix convenu, quels que soient les aléas ou difficultés rencontrés ». C'est un article hostile à la révision pour imprévision du contrat forfaitaire et l'article 1195 ne s'applique pas au marché à forfait. Néanmoins, les rédacteurs de l'avant-projet dans l'exposé de motifs prévoient que les textes proposés « sont supplétifs, sauf mention contraire ». L'article 86 ne prévoyant pas une disposition contraire est supplétif de volonté.

Pourtant, l'interprétation restrictive de l'article 1793 du Code civil par la Cour de Cassation et le caractère aléatoire du marché forfaitaire semblent ne pas donner l'espoir de prendre en compte l'imprévision au sens de l'article 1195 du Code civil dans ces types de contrats bien que les aléas peuvent dépasser de beaucoup les prévisions de l'entreprise. Nous faisons appel au possible prise en compte de l'imprévision, même dans les contrats forfaitaires. Nous nous attendons à des solutions jurisprudentielles qui témoignent une évolution en matière d'imprévision dans les contrats forfaitaires. Notons bien que, l'article 1105 dans sa rédaction issue de l'Ordonnance du 10 février 2016 dispose que « les contrats qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générale, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

L'alinéa 3 de cet article susmentionné prévoit que sous réserve des règles particulières, les règles générales s'appliquent et ne dit pas tout simplement que les règles générales s'appliquent à défaut de règles particulières ce qui prévoit une possible application conjointe du droit commun et du droit spécial sauf en cas de conflit manifeste entre les deux types de règles. En cas de circonstances imprévisibles qu'une personne raisonnable ne pouvait pas prévoir et sans faute de la part de l'architecte par intention ou négligence, celui-ci peut invoquer l'imprévision au sens de l'article 1195 du Code civil. En effet, l'imprévu n'est pas toujours facile à prévoir.

Puisque les contrats type de l'Ordre des Architectes prévoient expressément à l'article G.5-7 les situations de réévaluation de la rémunération, cet article 1793 du Code civil n'est pas d'ordre public et les parties peuvent contractuellement aménager cette réévaluation par des clauses de révision.

§10 L'imprévision et les libéralités

Le gratifié peut en vertu de la loi n° 84-562 du 4 juillet 1984, codifiée aux articles 900-2 à 900-8 du Code civil, demander la révision judiciaire des conditions et des charges grevant la donation ou le legs lorsqu'en raison de la survenance des circonstances imprévisibles, l'exécution devient lourde pour lui.

Selon l'Article 900-2 du Code civil « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ». Nous notons que les conditions d'application de la révision judiciaire sont différentes de celles de l'article 1195 du Code civil. En effet si l'article 1195 du Code civil prévoit comme condition d'application de la révision judiciaire que l'exécution de l'obligation soit « excessivement onéreuse » par le débiteur, l'article 900-2 du Code civil prévoit que l'exécution devienne pour le gratifié « extrêmement difficile » soit « sérieusement dommageable ». Mais, en tout cas c'est le juge qui détermine la difficulté, le dommage ou le caractère excessivement onéreux de l'exécution des obligations. Il semble qu'établir que l'exécution des obligations soit onéreuse pour le débiteur est plus exigeant et strict car cela requiert la preuve d'un plus haut degré de difficulté d'exécution.

L'article 900-3 du Code civil prévoit que la demande en révision est formée à la fois contre les héritiers et le ministère public. En cas de doute sur l'identité des héritiers, la demande est formée contre le ministère public seul. Cette demande peut être formée soit par voie principale soit reconventionnellement. L'article 900-4 du Code civil évoque les modalités d'intervention du juge qui peut : réduire les prestations grevant la libéralité, modifier l'objet, regrouper les prestations avec d'autres similaires et qui résultent d'autres libéralités, décider la vente de tout ou partie des biens faisant l'objet de libéralités.

L'article 900-5 du Code civil fixe le délai pour la réception de la demande de révision judiciaire. Selon cet article : « La demande (de révision judiciaire) n'est recevable que dix années après la mort du disposant ou, en cas de demandes successives, dix années après le jugement qui a ordonné la précédente révision.

La personne gratifiée doit justifier des diligences qu'elle a faites, dans l'intervalle, pour exécuter ses obligations. »

La question qui se pose est de savoir si lorsque dix ans ne sont pas écoulés depuis le décès du testateur ou 10 ans ne sont pas écoulés après le jugement qui a ordonné la précédente révision selon les cas, est ce que la personne gratifiée peut invoquer les dispositions de l'article 1195 du Code civil ?

L'article 1105 du Code civil inspiré par l'adage *specialia generalibus derogant* constitue une réponse à cette question. En effet, les articles 900-2 et suivants du Code civil sont spéciaux et donc dérogent à l'article 1195 du Code civil.

En effet « une révision judiciaire pour imprévision alternative selon qu'il s'agit de réviser les obligations d'un contrat ou la charge d'une libéralité nous semble inopportune, en particulier au regard de la protection du gratifié si ses conditions sont strictes et ses effets plus limités, et contestables lorsqu'elle postule une force obligatoire à géométrie variable des contrats et des libéralités. Il est somme toute « paradoxal qu'il soit aujourd'hui plus facile de réviser un contrat qu'une libéralité avec charge ». ¹²⁷⁴

La réponse à la question de savoir si l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 prévoyant un texte de droit commun sur le régime juridique de la révision judiciaire impactera le

¹²⁷⁴F. Sauvage, principales incidences de l'ordonnance du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités, AJ famille 2016, p.475. Disponible sur : <https://scanr.enseignementsup-recherche.gouv.fr/publication/halshs-02263000>.

système juridique des libéralités est négative au motif que la loi spéciale sur les libéralités prime sur le droit commun et que le droit des libéralités a déjà connu une réforme qui lui est propre dix ans avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Cette loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et qui a été adoptée par l'assemblée nationale facilite le règlement des libéralités (testaments et donations) et prévoit la protection du gratifié. En application de l'adage « *generalia specialibus non derogant* » inspirant l'article 1105 du Code civil, les règles générales annoncées par la réforme du droit des obligations ne peut pas déroger aux règles spéciales préexistantes à cette réforme sur les libéralités. Selon les propos du président de la République dans le rapport sur la nouvelle ordonnance, « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation ».

De plus, les objectifs déclarés par le gouvernement relatifs à l'ordonnance du 10 février 2016 sont différents « des préoccupations habituelles de politique législative concernant les libéralités, qui balancent entre défiance et encouragement » ¹²⁷⁵

§11 L'imprévision et le droit des assurances

L'imprévision affecte en pratique les contrats d'assurance dans la mesure où le risque assuré change suite à la survenance de circonstances imprévisibles. Mais, cette question est très largement débattue.

Il convient tout d'abord de déterminer la nature du contrat aléatoire. D'après le professeur Alain Bénabent « C'est encore la nécessité d'une incertitude pour les deux parties qui impose que l'événement incertain dont dépend le contrat aléatoire ne soit pas à la disposition de l'une d'elles ». ¹²⁷⁶ Le risque en matière de contrat d'assurance est incertain. Le nouvel article 1108 aliéna 2 du Code civil qui était l'ancien article 1964 du Code civil prévoit la binarité ou la singularité de l'aléa qui peut affecter soit l'assuré soit l'assureur, en vertu de cet article « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement

¹²⁷⁵ V. not. M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1019 s., p. 34 s.

¹²⁷⁶ A. Bénabent, "Contrats aléatoires, Généralités", art, *Jurisclasseur*, n°. 41 Civ. Art. n°.6, 1964.

incertain » alors que l'article 1104 abrogé par l'ordonnance du 10 février prévoyait que : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». Cet article abrogé requérait une binarité de l'aléa influant sur les deux parties au contrat sans prendre en compte le caractère unilatéral de l'aléa dans le contrat d'assurance, l'assureur gagne ou perd sans chance de gain par l'assuré qui ne souhaite qu'éviter le risque. Pour cela l'article 1964 du Code civil est préférable par rapport à l'article 1104 du Code civil.

Si la Cour de Cassation qualifie le contrat d'assurance comme aléatoire, statuant que le contrat d'assurance est « par sa nature aléatoire »¹²⁷⁷, le nouvel article 1108 alinéa 2 du Code civil modifié par l'ordonnance no.2016-131 du 10 février 2016 prévoit que « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain », re-tranchant ainsi les contrats d'assurance cités comme exemple type de contrat aléatoire par rapport à l'ancien article 1964 du Code civil abrogé par cette ordonnance. L'ordonnance fait des « ajouts » mais également des « suppressions ». Ce qui nous amène à nous interroger pour savoir si le contrat d'assurance est ou n'est plus un contrat aléatoire. Est-il commutatif et/ ou aléatoire en même temps ?¹²⁷⁸ D'après le professeur Jérôme Kullman « nous disons tous [la doctrine actuelle] que le contrat d'assurance n'a jamais été aléatoire au sens du code civil ». En effet, la garantie correspond bien à la contrepartie que reçoit l'assuré ayant payé sa prime d'assurance à l'assureur. Ce sont les effets du contrat qui sont donc aléatoires. Le contrat d'assurance peut se baser alors sur l'article nouveau 1108 du code civil sur le contrat commutatif. De plus, Le Professeur Kullmann poursuit : « avec le 1er octobre, on a un contrat commutatif. A la conclusion, il y a un engagement de garantie de l'assureur et malgré tout, les effets du contrat dépendent d'un élément incertain ».

La question de la nature aléatoire du contrat d'assurance engendre des débats. Dans un contrat d'assurance rien n'empêche que ce qui est procuré à l'un est regardé comme l'équivalent à ce qu'il reçoit de l'autre. « Si ce n'était pas le cas on se demande pourquoi les parties consentiraient au contrat puisque celui-ci leur apparaîtrait subjectivement comme étant dénué d'intérêt. ».¹²⁷⁹ Marignol propose la modification de l'article 1108 du Code civil comme suit : « Il est

¹²⁷⁷Civ.2e,11 sept.2015,no. 13-17.236 ;civ.1re,nov.2003, no.01-14.942,D.2003.2867

¹²⁷⁸ J. Kullman, Le contrat d'assurance et le nouvel article 1108 du Code civil : commutatif et/ou aléatoire ?, RGDA janv. 2018, n° 115f8, p. 64.

¹²⁷⁹M.Ludovic, la prévisibilité en droit des contrats, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse Capitole, 11 décembre 2017, p.479

commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage certain qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Il est aléatoire lorsque l'équivalent prévisible, pour chacune des parties ou pour l'une d'entre elles, consiste dans une chance de gain ou de perte d'après un événement incertain ». Donc, on peut défendre l'idée, s'il n'y a plus d'aléa et si l'événement est certain, le contrat d'assurance est commutatif.

L'aléa est une notion inhérente aux contrats d'assurance. La Cour de Cassation répète même de manière constante que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire. Le contrat d'assurance reste avant tout un contrat aléatoire, il est par nature aléatoire même s'il n'est pas évoqué dans le nouvel article 1108 du Code civil. C'est ce que la décision du 11 mai 2017 de la chambre commerciale de la Cour de cassation ¹²⁸⁰ prévoit. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation rejette le pourvoi d'un propriétaire contestant l'arrêt de la Cour d'appel qui n'a pas fait droit à sa demande d'obtention de garantie parce que le propriétaire qui est l'assuré, n'a pas fait les réparations nécessaires de l'immeuble dont le défaut d'entretien a été connu par lui, avant la survenance du sinistre. Le propriétaire de l'immeuble savait devoir faire réaliser antérieurement à ce sinistre. La Cour de Cassation confirme dans son arrêt rendu post-réforme, l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de première instance. La clause d'exclusion de garantie est valide en cas d'obligation de l'assuré de procéder à des réparations de l'immeuble. Le contrat d'assurance est nul pour défaut d'aléa lors de la souscription : vétusté du bâtiment, manque d'entretien et qualité médiocre des travaux réalisés par les bailleurs.

Faute d'aléa, le contrat d'assurance n'a pas d'objet. Rappelant aussi les dispositions de l'article L.121-15 du Code des assurances :

« L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques.

Les primes payées doivent être restituées à l'assuré, sous déduction des frais exposés par l'assureur, autres que ceux de commissions, lorsque ces derniers ont été récupérés contre l'agent ou le courtier.

Dans le cas mentionné au premier alinéa du présent article, la partie dont la mauvaise foi est prouvée doit à l'autre une somme double de la prime d'une année. »

La nullité n'est pas absolue mais relative ; seul l'assureur qui peut invoquer cette nullité et doit prouver la réalisation du risque au moment de la souscription du contrat d'assurance. ¹²⁸¹

¹²⁸⁰Com, mai 2017, no.15-29065

¹²⁸¹C.Cass.Civ, 1ere, 9 Novembre 1999, pourvoi no.97-16306.

La 3eme chambre civile de la Cour de Cassation¹²⁸² dans un arrêt rendu en date du 20 Juin 2019 a confirmé l'arrêt rendu en date du 27 Avril 2017 par la Cour d'appel d'Aix en Provence statuant la nullité du contrat d'assurance pour absence d'aléa pendant la souscription du contrat d'assurance en raison de l'absence d'entretien du bâtiment par les bailleurs et la médiocrité des travaux réalisés. Les bailleurs connaissent l'existence d'un risque comme le prouvent les déclarations de sinistre du locataire. En effet aux termes de l'article 1964 du Code civil, le contrat d'assurance est par sa nature aléatoire. La Cour de Cassation annonce que : « Mais attendu qu'ayant souverainement relevé que les désordres consécutifs à la vétusté du bâtiment, à son manque d'entretien et à la qualité médiocre des travaux réalisés par les bailleurs en 2005 étaient apparus dès 2003, de sorte que, lors de la souscription du contrat, le 26 mai 2008, les bailleurs avaient conscience de la réalisation du risque, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandé, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

La disparition des contrats d'assurance de la définition des contrats aléatoires dans le nouvel article 1108 du Code civil peut s'expliquer par l'intention du législateur de généraliser et d'uniformiser la définition de contrats aléatoires dans le Code civil sans citer d'exemples de contrats spéciaux qualifiés d'aléatoires et sans vouloir exclure intentionnellement les contrats d'assurance du régime des contrats aléatoires, surtout que le Code des assurances prévoit un système juridique spécifique pour les contrats d'assurance. Nous notons également que cette généralisation se manifeste par la suppression du contrat de rente viagère, le jeu et le pari qui ont été prévus dans l'article 1964 afin de généraliser la notion d'aléa qu'elle soit inhérente au contrat d'assurance, au jeu et au pari, à la rente viagère ou autres contrats dépendant d'un événement incertain.

D'autres auteurs expliquent cette suppression par le fait que « l'aléa n'est plus une caractéristique **fondamentale** du contrat d'assurance ». ¹²⁸³ En effet, « si le contrat d'assurance en général est aléatoire, certains contrats d'assurance pourraient ne point l'être, sans pour autant

¹²⁸²Cass.,Civ.3eme, 20 Juin 2019, no.17-26383

P. Arroyo, « Réforme du droit des contrats : de nouvelles perspectives en matière d'assurance ? », in ¹²⁸³ HFW Assurance/Réassurance, septembre 2016. Disponible sur : <http://www.hfw.com/downloads/HFW-Reforme-du-droit-des-contrats-Septembre-2016.pdf>

que leur validité ou leur qualification soit remise en cause ».¹²⁸⁴ et « si l'aléa est en effet de l'absence du contrat d'assurance, il n'en résulte pas nécessairement que le contrat d'assurance est aléatoire ».¹²⁸⁵ Ce qui est aléatoire c'est l'événement incertain et non pas le contrat d'assurance. La Cour de Cassation dans ses arrêts du 23 novembre 2004¹²⁸⁶ prévoit que le contrat d'assurance contient un aléa et ne dit pas que c'est un contrat aléatoire. « Ainsi bien d'avantage que la chance de gain ou de perte, c'est l'incertitude qui affecte l'événement défini au contrat d'assurance qui est essentielle ».¹²⁸⁷ « Le contrat d'assurance n'est pas aléatoire au sens littéral de l'ancien article 1964 du Code civil et désormais au sens de l'article 1108, alinéa 2, du même code : il est bien davantage commutatif. Le seul aléa qui tienne est celui qui affecte l'événement, qui doit être futur et incertain, quant à sa survenance même ou quant à la date de celle-ci, voire quant à ses effets. »¹²⁸⁸ Les thèses sur le sujet de contrats d'assurances commutatif est très minoritaire. Elle repose sur une analyse sociologique consistant à considérer que l'assureur, sur le nombre des contrats d'assurances, établit une moyenne des risques et donc des primes qu'il devra verser.

Allant plus loin, un contrat comportant un aléa peut être commutatif. Par exemple, lorsque le contrat commutatif contient une clause qui prévoit que l'acquéreur achète le bien « à ses risques et périls ». Pour qu'il soit aléatoire, il faut qu'à l'incertitude factuelle s'ajoute une incertitude économique.¹²⁸⁹

En principe le contrat d'assurance, par sa nature aléatoire chasse la lésion et l'imprévision. Mais, cette exclusion ne concerne que pour l'aléa contractuel et non pas l'aléa extracontractuel dépassant le cadre des risques normaux.¹²⁹⁰ En effet, « L'aléa accepté n'est qu'un aléa normal, lié à une incertitude, alors que le changement de circonstances issu de l'imprévision est,

¹²⁸⁴M. Robineau, le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil. Disponible sur : <https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr,p.6>

¹²⁸⁵Ibid, p.9

¹²⁸⁶Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, nos 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 02-13.673

¹²⁸⁷ M. Robineau, Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil, Bulletin Juridique Des Assurances, PJ Ventures, 2017, dossiers. Hal-01778607f, p.9. Disponible sur: <https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr/hal-01778607/document>

¹²⁸⁸ Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil, Bulletin Juridique Des Assurances, PJ Ventures, 2017, dossiers. Hal-01778607f. p.11. Disponible sur: <https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr/hal-01778607/document>

¹²⁸⁹ M. Robineau, Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil, Bulletin Juridique Des Assurances, PJ Ventures, 2017, dossiers. Hal-01778607f, p.11. Disponible sur: <https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr/hal-01778607/document>

¹²⁹⁰O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Lauthier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis. oct. 2016, p.402.

lui, un aléa exceptionnel, puisqu'il est imprévisible ». ¹²⁹¹Malgré le caractère aléatoire du contrat d'assurance, l'article 1195 du Code civil n'est pas sans interaction avec les articles du Code des assurances lorsque des circonstances imprévisibles modifient le risque assuré et donc, le risque souscrit ne correspond pas au risque nouveau qui s'est réalisé. En effet, même dans les contrats aléatoires, tous les risques ne sont pas souscrits dans le contrat et donc prévus par l'assuré en matière de contrats d'assurance. Ces risques nouveaux dépassent de beaucoup les prévisions des parties. D'où la nécessité d'examiner l'interdépendance entre le Code civil et le Code des assurances sur la question du traitement de l'imprévision.

L'article L.113-2, 3° du Code des assurances édicte que parmi les obligations de l'assuré, il doit « déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur ». Et l'assuré « doit, par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, déclarer ces circonstances à l'assureur dans un délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance ».

Et l'article L.113-2, 4° du Code des assurances édicte que l'assuré est tenu « De donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés ».

Par exception, l'article L.113-2 du Code des assurances édicte que ces délais peuvent être étalés par accord mutuel des parties mais « la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et au 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. Elle ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure ».

Concernant les sanctions applicables, en premier lieu si l'assuré est de mauvaise foi et qu'il fait une fausse déclaration changeant l'objet du risque ou lorsque l'objet du risque est changé par une omission de sa part, le contrat d'assurance est nul. C'est l'article L.113-8 du Code des assurances qui prévoit que le contrat d'assurance est nul « alors même que le risque omis ou

¹²⁹¹ B.Fages (dir.), « la MAC clause (matériel adverse change) », Lamy droit du contrat, nos 2837-1 et s., 2019.

dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre » et pour sanctionner l'assuré, l'article L.113-8 alinéa 2 du Code des assurances édictant que l'assureur a droit à des dommages et intérêts en effet, l'assureur a droit au paiement de toutes les primes échues.

En second lieu, il s'agit de l'application de la règle proportionnelle de primes après sinistre. L'article L.113-9 du Code des assurances édicte que si la mauvaise foi de l'assuré est constatée après un sinistre, « l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ».

La sanction de nullité du contrat à l'occasion de la réticence ou déclaration inexacte dépend de la preuve de la mauvaise foi de l'assuré qui contribue à l'aggravation de risques et ou la création de nouveaux. A contrario, sans établir cette preuve, le contrat ne peut pas être frappé de nullité. Les sanctions applicables sont donc la nullité (art.L.113-8) ou l'application des règles proportionnelle de primes après sinistre (art.L.113-9).

Mais est ce que l'article 1195 peut être invoqué par l'assureur à l'encontre de l'assuré lorsque les dispositions de l'article L.113-8 ne sont pas applicables ? En l'absence de contradiction entre le Code civil et le code des assurances sur une même question, le texte de droit commun peut-il s'appliquer ?

La sanction de l'imprévision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil « est très complexe et pourrait dissuader un assuré de recourir à cette nouvelle règle »¹²⁹² mais nous pouvons imaginer des situations où les dispositions de l'article 1195 du Code civil sont applicables, lorsque par exemple l'assuré par un raisonnement a contrario, était de bonne foi et n'a pas fait ni une fausse déclaration ni sa réticence était dolosive, il ignorait qu'un événement imprévisible aggravait le risque ou créait un nouveau risque. Nous remarquons aussi que l'article 1195 du Code civil peut se superposer à l'article L.172-19 du Code des assurances qui prévoit l'obligation de l'assuré de « 4° Déclarer à l'assureur, dans la mesure où il les connaît, les aggravations de risques survenues au cours du contrat. » et donc puisse le compléter. En effet, par un raisonnement a contrario de ce dernier article, des aggravations de risques survenues au cours du contrat peuvent être méconnues par l'assuré. Les dispositions de l'article 1195 du Code civil puissent également s'appliquer lorsque par exemple « la clause de déchéance n'est pas opposable pour

¹²⁹² P. Bertrand, Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? Recueil Dalloz 2016, p.1156.

des raisons de formalisme par exemple »¹²⁹³ ou qu'elle relève d'une clause abusive. L'article du Code civil sur l'imprévision permet à l'assuré de renégocier le contrat avec son assureur en cas de circonstances imprévisibles aggravant le risque et changeant sa nature et saisir le juge pour imprévision pour prendre en compte les nouveaux risques.

Bien que nous voyons une connexité entre le Code civil et le Code des assurances en matière d'imprévision, d'autres auteurs voient au contraire la possibilité que la jurisprudence refuse l'application de l'article 1195 du Code civil en droit des assurances. En effet, « Quel serait le sens d'un contrat d'assurance qui vise justement à parer contre un risque, contre l'imprévu, si ce dernier venait à pouvoir être remis en cause dès que les circonstances de son exécution seraient modifiées ? ». ¹²⁹⁴ Ces auteurs considèrent que le changement de circonstances n'est pas imprévisible car le changement de ces circonstances « apparaissait au cœur de l'instrumentum du contrat ». S'opposant à l'application de l'article 1195 du Code civil en droit des assurances. De plus, les conditions d'application de l'article 1195 du Code civil d'une part et les articles L.113-2 et L.113-4 du Code des assurances sont différentes. En effet, « les droits octroyés à l'assureur par le Code des assurances en cas d'aggravation du risque, ou à l'assuré en cas de diminution du risque, ne requièrent pas que l'exécution de leurs obligations respectives soit devenue excessivement onéreuse, même si l'aggravation conduit à appliquer une augmentation de prime de 1 %, les articles L. 113-2 et L. 113-4 peuvent trouver application ». ¹²⁹⁵ En outre, ces auteurs prévoient que le champ d'application de l'article 1195 du Code civil est différent par rapport à celui de l'article L.113-2 du Code des assurances. Si l'article 1195 du Code civil vise toutes les circonstances en général, l'article L. 113-2 du Code des assurances vise les circonstances indiquées dans le cadre de la déclaration du risque. Mais, nous pouvons répondre à cet argument et dire que l'aggravation ou la diminution du risque peut résulter d'événements qui n'avaient pas été imaginés par les parties.

¹²⁹³ P. Bertrand, Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? Recueil Dalloz 2016, p.1156.

¹²⁹⁴ N. Crozier, l'impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat d'assurance en général et sur le contrat d'assurance maritime en particulier, 14 janvier 2019, publiée sur le site du Village de la justice. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/impact-reforme-droit-des-contrats-sur-contrat-assurance-general-sur-contrat,30409.html>

¹²⁹⁵ J. Kullman, imprévision et contrat d'assurance, revue générale du droit des assurances, RGDA janv. 2018, n° 115g9, p. 67

CONCLUSION

Paradoxalement, **l'intangibilité du contrat peut être constitutive d'une source d'insécurité juridique**, autrement dit, la sécurité juridique n'est pas assurée par l'intangibilité absolue du contrat. Plus le temps passe, moins le contrat incarne sa fonction d'outil de prévision économique. Monsieur Prado affirme que « *l'intangibilité crée une dissociation radicale entre le texte contractuel et l'équilibre économique à la base du contrat* ». ¹²⁹⁶ La révision du contrat pour imprévision par le juge saisi par une partie lésée après échec ou refus de la renégociation, devient économiquement indispensable pour assurer la pérennité du contrat en l'absence de clause excluant l'intervention judiciaire dans le contrat. A notre époque qui connaît des mutations importantes dont la dernière est la crise actuelle de Coronavirus, l'adaptation du contrat est primordiale et permet la pérennité des contrats de longue durée dont certains disposent d'une dimension économique assez importante. La révision du contrat « *se présente comme l'instrument de la pérennité contractuelle, le remède contre la précarité économique et même, parfois, comme la garantie de la paix sociale* ». ¹²⁹⁷

En droit administratif, le prix contractualisé est intangible ainsi que les conditions de son évolution prévues à la signature du contrat, mais un avenant peut modifier une formule de variation, lorsqu'une erreur matérielle évidente rend inapplicable cette formule selon le ministre de l'économie. Mais nous voyons qu'une imprécision ou insuffisance dans la clause portant sur le prix ou sur les risques assumés peut correspondre à un réel obstacle au traitement de l'imprévision. De plus, il se peut que les parties ne soient pas en accord sur les modalités de modification ou d'adaptation du prix contractualisé par un avenant en cas de circonstances imprévisibles. Que faire dans ces situations de blocage ? Il convient de permettre l'intervention du juge assisté d'un expert et cette solution est transposable en droit privé. Lorsque l'imprécision ou l'insuffisance des clauses comme les clauses de hardship, clause d'échelle mobile, clauses de variation de prix fait obstacle au traitement d'une situation d'imprévision et que les parties ne s'entendent pas sur les modalités d'adaptation de ces clauses pour faire face à telles circonstances, l'intervention judiciaire est opportune pour adapter le contrat et il faut noter que « *ce n'est pas parce que les parties ont prévu dans leur contrat une clause de révision du prix, de renégociation, de hardship, d'indexation, d'earn out ou encore une clause de material adverse*

¹²⁹⁶Prado, Maurice Almeida. Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe, Revue Internationale du droit compare, vol 62 no.4, 2010,p.863-894

¹²⁹⁷D.Mazeaud, La révision du contrat, Rapport français aux travaux de l'association Henri Capitant, p.582.

change, par exemple dans une cession de droits sociaux, que le juge en déduira nécessairement qu'elles ont renoncé à invoquer l'article 1195 ». ¹²⁹⁸ Le juge peut intervenir pour corriger ou compléter les clauses nécessaires à la révision du contrat pour imprévision. Il se peut aussi que l'ampleur des conséquences des événements imprévisibles rende inefficace ces clauses, lorsque la clause n'a pas pu jouer dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties. On ne peut pas présumer l'exclusion du juge par l'insertion de ces clauses contractuelles. Une clause de révision de prix couvre le plus souvent les possibilités de variation prévisibles par les parties et lorsque la hausse des prix est imprévisible, l'application de l'article 1195 du Code civil est opportune. Si les parties souhaitent exclure l'intervention du juge, il faut que son intervention soit exclue expressément dans le contrat, surtout que l'article 1195 du Code civil conditionne la mise à l'écart de l'intervention judiciaire à la seule assumption par une partie des conséquences de l'imprévision. Les clauses « d'assumption des risques » quant à elles, ne permettent pas forcément l'éviction du dispositif légal sur l'imprévision. L'aléa accepté n'est qu'un aléa normal alors que le changement de circonstances en cas d'imprévision est un aléa exceptionnel. De plus, une imprécision dans ces clauses permet l'intervention du juge pour les risques non-assumés ou en cas d'erreurs ou imprécisions dans les formules de variation du prix en cas d'imprévision. Selon le ministre de l'économie, l'absence d'index ou d'indices susceptibles de représenter à eux seuls une solution par défaut à l'oubli de la formule d'indexation, mais aussi en raison des difficultés que rencontreraient les parties pour se mettre d'accord sur les éléments de substitution, rend impossible toute signature d'avenant. La clause d'assumption des risques doit être rédigée de la manière la plus explicite possible, manifestant clairement la volonté non équivoque des parties. Plus la clause est précise mais pas circonscrite plus il y aura de chance d'évincer l'article 1195 du Code civil, par exemple lorsque les parties précisent dans la clause que tous les risques imprévisibles sont assumés, ils bloquent l'intervention judiciaire. Corrélativement, moins la clause est précise ou plus circonscrite, plus elle sera de faible portée. Pour ne pas tomber dans ce piège d'imprécision, nous conseillons aux parties de prévoir explicitement dans leur contrat l'exclusion de l'intervention du juge en cas d'imprévision. Dans ce cas les parties en cas de désaccord sur la renégociation ou mésentente, résilient leur contrat d'un commun accord pour imprévision, ce qui impacte la pérennité des contrats de longue durée et ce qui est dommageable pour eux et donc c'est aux parties « maîtres du contrat » de décider la solution qu'ils préfèrent : écarter ou pas l'intervention du juge. La clause d'assumption des risques peut provoquer un déséquilibre significatif et être entachée de nullité. La clause d'assumption peut être qualifiée d'abusive dans les contrats d'adhésion et on n'imagine pas les situations où le contractant assume

¹²⁹⁸B.Fages (dir.), « la MAC clause (matériel adverse change) », Lamy droit du contrat, nos 2837-1 et s., 2019.

seul les pertes dans les contrats de gré à gré. Les parties doivent déterminer les proportions de la participation de chacun aux pertes. On voit mal comment l'une des parties aurait pu accepter le risque du déséquilibre susceptible d'en résulter. Mais, il est vrai que les contractants ont pu prévoir de manière générale, sans même se référer à un éventuel changement des circonstances, de se répartir conventionnellement les risques liés à l'exécution du contrat devenu déséquilibré.

Le Conseil d'Etat français inspirant ceux des pays arabes adopte des solutions pertinentes et prend en considération différents facteurs pour calculer la perte effective encourue par le débiteur et l'indemnité d'imprévision. Le principe de l'imprévision doit être bilatéral et ne pas servir le concessionnaire seulement. Le juge après avoir déterminé la charge extracontractuelle, prend en compte dans le calcul de l'indemnité, des bénéfices réalisés par le contractant. Le Conseil d'Etat dans son arrêt Gaz de Nice prévoit la compensation à l'intérieur de la période extracontractuelle entre les pertes sur le gaz et les gains sur l'électricité pour la période extracontractuelle. L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 30 décembre 1921, Société Suburaine du gaz et de l'électricité, élargit la période de prise en compte de l'indemnité d'imprévision dont le calcul n'est plus limité à la période extracontractuelle mais s'étend aussi à la période contractuelle pendant laquelle ont été réalisés les bénéfices passés et prend aussi en compte les bénéfices futurs afin de jouer sur tous les mécanismes de l'équilibre financier contractuel.

Si le droit administratif français a inspiré celui des pays arabes, le droit administratif des pays arabes a ajouté la généralité de l'événement constitutif de circonstances imprévisibles comme condition d'application de la théorie de l'imprévision. Nous voyons que cette condition de généralité est assez restrictive et rend plus difficile l'application de la théorie de l'imprévision. Cette condition n'est plus exigée par le droit administratif français.

La France était l'un des derniers pays de l'Europe à refuser fermement la reconnaissance de la théorie de l'imprévision dans le droit des contrats. Contrairement aux droits des pays arabes, le droit français a pris beaucoup de temps à intégrer la théorie de l'imprévision dans le Code civil alors que celle-ci a été bien reconnue par le droit administratif.

Tous les droits des pays arabes ont adopté la théorie de l'imprévision dans leurs droits privé sauf le droit marocain et le droit libanais qui s'attachent toujours aveuglement au principe de la force obligatoire du contrat. Les droits des pays arabes connaissent quelques différences de traitement de l'imprévision. L'article 117 du Code Civil Soudanais édicte que : « l'obligation n'est pas considérée comme onéreuse que si la perte dépasse le tiers de l'obligation ». L'appréciation du montant de la perte doit être casuistique et examinée par les juges du fonds par rapport à la

nature de la transaction et sa dimension économique. Concernant l'article 198 du Code Civil koweïtien, nous reprochons à cet article de limiter l'apparition de telles circonstances à la période après la conclusion du contrat et avant la date de son exécution. Il se peut que telles circonstances, qui peuvent se manifester dans des difficultés techniques ou technologiques imprévisibles, apparaissent aussi au cours de son exécution. De plus, nous reprochons la limitation des procédés de révision de l'obligation onéreuse à deux cas : la diminution de l'obligation excessive et l'augmentation de la contrepartie de cette obligation excessive, alors que le juge peut également suspendre l'exécution des obligations lorsque l'exécution des obligations par le débiteur en présence de ces circonstances nuirait fortement à l'intérêt du débiteur ou créerait par exemple l'échec d'un projet. Conférer au juge différentes modalités d'intervention favorise un meilleur traitement de l'imprévision sans que cela encourage l'arbitraire du juge, qui doit toujours être guidé par la justice contractuelle. Il est reproché au législateur Irakien d'avoir limité dans l'article 146 du Code civil l'intervention du juge en matière d'imprévision à la seule réduction de l'obligation excessive dans la limite du raisonnable. L'utilisation de la phrase « si l'équité le recommande » dans l'article 205 du Code civil jordanien est une incitation à la révision judiciaire du contrat pour un impératif d'équité et qui doit être ajouté dans tous les textes des Code civils des pays arabes sur l'imprévision. Le Code civil yéménite dans son article 211 a énuméré des exemples de circonstances qui sont susceptibles de permettre l'application de la théorie de l'imprévision. Pourtant, cette liste n'est pas exhaustive. Nous préférons garder la généralité de la notion « circonstances » qui peuvent être de tout ordre. L'article susmentionné ne considère pas l'inflation des prix ou leur diminution comme circonstance imprévisible. Pourtant le changement des prix peut être constitutif de circonstance imprévisible lorsqu'il est drastique et que ses conséquences brutales dépassent de beaucoup les prévisions des parties. Nous voyons qu'il serait plus équitable de prendre en compte la situation financière du débiteur dans la remise de l'obligation onéreuse à la limite du raisonnable, comme l'a fait le législateur yéménite. Le législateur jordanien a utilisé dans l'article 205 du Code civil le terme imprévisible pour qualifier ces circonstances sans utiliser le terme exceptionnel. Ce qui est exceptionnel est extraordinaire. Un événement peut être ordinaire mais en même temps imprévisible concernant la date de sa survenance. La destruction des récoltes est un événement ordinaire dans la pratique mais, imprévisible quant à sa date de survenance. La condition d'exceptionnalité de l'événement restreint considérablement le champ d'application de la théorie de l'imprévision. Il est à noter que pratiquement, la théorie de l'imprévision trouve application seulement dans deux cas, le premier est lorsque l'événement et ses effets ou résultats sont imprévisibles, le second cas étant celui où seules les conséquences de l'événement sont imprévisibles bien que l'événement soit lui-même prévisible. Est-ce qu'il s'agit du caractère imprévisible de la pandémie de Coronavirus qui a été rejeté à propos d'autres pandémies, ou plutôt des effets drastiques qu'elle a engendrés ?

Concernant le droit privé français, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 applicable aux contrats conclus depuis le 1er octobre 2016 mettant fin à une jurisprudence de 140 ans, ^{1299a} adopté un nouvel article 1195 du Code civil français sur l'imprévision. Par rapport au droit français, le droit des pays arabes traite l'imprévision avec certaines conditions différentes. Tous les articles des codes civils des pays arabes sur l'imprévision prévoient la condition de généralité des circonstances imprévisibles. Nous voyons que ce caractère de généralité est insignifiant et il est injustifiable pour que la théorie de l'imprévision puisse jouer son rôle, cette condition doit être abrogée parce qu'elle ne réalise pas la justice contractuelle. Il est illogique et injuste de refuser au débiteur victime des circonstances imprévues de se prévaloir de la théorie de l'imprévision en raison du caractère personnel de l'événement. L'exigence de généralité des circonstances restreint considérablement le champ d'application de la théorie de l'imprévision. Un débiteur malade ne peut pas se prévaloir de sa maladie pour appliquer la théorie de l'imprévision. Il serait donc opportun que les législateurs des pays arabes revoient leur position à ce sujet. De plus, la doctrine musulmane qui a connu cette théorie à travers les juristes « Fokahas » n'a pas imposé cette condition de généralité dans la théorie de l'excuse ou celle des pandémies. Les nouveaux droits des pays arabes ne se limitent pas à évoquer un texte général sur la théorie de l'imprévision mais, ils abordent d'autres textes spéciaux empiétés par le texte général sur l'imprévision mais qui s'appliquent à des cas particuliers comme en matière de contrat de bail et n'exigent pas la condition de généralité des circonstances imprévisibles. La majorité des articles des codes civils des pays arabes sur l'imprévision prévoient la condition d'exceptionnalité des événements cumulativement avec la condition d'imprévision alors que l'article 1195 du Code civil français n'a pas exigé cette condition d'exceptionnalité pour élargir le champ d'application de la théorie de l'imprévision comme en droit jordanien. En outre, nous critiquons le caractère d'ordre public de la théorie de l'imprévision dans presque tous les droits des pays arabes sauf le droit yéménite qui ne mentionne pas la phrase « toute convention contraire est nulle » car il s'agit d'une atteinte injustifiée à la force obligatoire du contrat et à la volonté des parties. En droit français, il est possible d'y déroger si une partie accepte d'assumer le risque. Pourtant, l'insertion dans le contrat d'une clause d'acceptation du risque de l'imprévision mise à la charge de l'adhérent qui ne négocie pas le contrat, pourrait être abusive et en conséquence serait réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171 du Code civil pour les contrats conclus à compter du 1er octobre 2016. Cette clause peut également être contestée sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. Ces fondements peuvent être combinés ensemble. Nous voyons donc que la manière la plus efficace pour écarter l'intervention du juge est d'écarter explicitement

¹²⁹⁹Cass. Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne.

l'intervention du juge dans le contrat et les clauses stratégiques doivent être rédigées avec beaucoup de doigté en évitant la copié collé des clauses standardisées de façon automatique. Nous reprochons au législateur français de prévoir la possibilité du juge de résilier le contrat pour imprévision. Cette faculté n'est à notre avis admissible qu'en cas de force majeure. La résiliation du contrat pour imprévision est injuste pour le créancier qui n'est pas responsable de ces circonstances imprévisibles. Si le maintien des obligations excessivement onéreuses est préjudiciable pour le débiteur, l'anéantissement du contrat peut avoir des effets excessifs, voire dévastateurs pour son co-contractant. Le professeur Nicolas Molfessis se demande en ce sens: « Comment alors penser qu'imposer un terme à un contrat qui reste à exécuter puisse être la solution la plus justifiée ? Parce qu'il faudrait privilégier la négociation et que l'épouvantail de la fin du contrat est la meilleure manière d'y inciter ? C'est l'argument avancé. Il est tout simplement inadmissible. ». ¹³⁰⁰ Enfin, il fallait ajouter dans l'article 1195 du Code civil français que la révision du contrat par le juge doit être faite équitablement et que la jurisprudence détermine ses modalités d'intervention. La jurisprudence en droit des pays arabe établi un partage des pertes résultant de la situation de l'imprévision entre les contractants comme en droit administratif. Nous nous attendons à des jurisprudences en droit privé français qui déterminent ce point.

Le régime légal de l'imprévision présente des zones d'ombres et donc des insécurités pour les contractants, et l'intervention judiciaire peut être défavorable aux parties. Selon le rapport remis au Président de la République, l'imprévision a : vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier ». Paradoxalement, la réforme du droit des contrats sur l'imprévision confère au juge une emprise assez importante sur le contrat. L'intervention du juge doit dépendre des critères qui seront précisés par la Cour de Cassation. L'absence de jurisprudence fait un obstacle à la délimitation du régime légal de l'imprévision et son périmètre. Quand est-ce qu'il y a un véritable changement de circonstances ? Le changement de circonstances est un terme générique, neutre et imprécis et le Code civil ne prévoit pas le critère de soudaineté et il faut que le changement soit significatif et affecte brutalement l'équilibre du contrat. L'article 6.2.2 des principes Unidroit prévoit une altération fondamentale de l'équilibre des prestations. Comme l'indique cet article, l'impact des événements qui changent les circonstances peut être soit une augmentation du coût de l'exécution des obligations soit une diminution de la valeur de la contre-prestation comme par

¹³⁰⁰N. Molfessis, op.cit, p.2932. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

exemple l'effondrement d'une entreprise entre-temps qui implique la révision du prix payé à des échéances par le cessionnaire. Quand est-ce qu'une obligation devient excessivement onéreuse ? L'article 1195 nouveau ne précise rien s'agissant du caractère « durable » du coût « excessivement onéreux ». Si l'imprévision s'apprécie à la date de la conclusion du contrat, l'article 1195 ne prévoit pas s'il faut prendre en considération la date de la signature du contrat principal ou si on peut considérer que tout renouvellement tacite du contrat est une nouvelle conclusion du contrat. C'est pourquoi l'article 1195 du Code civil se conformant à l'article 6.2.3 des principes Unidroit prévoit que le débiteur doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. Mais, il est dans l'intérêt du débiteur de suspendre l'exécution de ses obligations en raison par exemple du temps dont il a besoin pour mettre en œuvre les nouvelles règles de sécurité ou suspendre la livraison de l'équipement supplémentaire aussi longtemps que l'adaptation correspondante du prix n'a pas été décidée. Il se peut que le contractant connaisse un dommage imminent, voir sa ruine si on lui impose de continuer à exécuter ses obligations. En cas d'urgence, le président du tribunal peut prescrire en référé les mesures conservatoires pour suspendre l'exécution du contrat à titre provisoire. D'autres interrogations surgissent : qu'est-ce que le délai raisonnable ? Quel juge compétent (le président du tribunal, le tribunal) ? Quel type de procédure va prévaloir ? (gracieuse, contentieuse) ? Comment le juge révisé le contrat ? Le critère de justice contractuelle même s'il est important, est flou. S'agit-il de la justice commutative ou distributive ? Comment peut-on attendre du juge qu'il révisé efficacement les conventions complexes ? Quand est ce que le juge résilie le contrat pour imprévision ? Le paragraphe 4 de l'article 6.2.3 des principes Unidroit prévoit que le juge ne décide l'ajustement du contrat ou sa résolution que « s'il l'estime raisonnable ». ¹³⁰¹ C'est intéressant car s'il ne l'estime pas raisonnable, soit il oblige les parties « de reprendre la renégociation pour parvenir à une solution positive soit il confirme les clauses du contrat dans leur version existante ». L'article 6 :111 des PDEC prévoit l'adaptation du contrat de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances. Ainsi, le juge ne doit pas rebasculer toute la charge du changement de circonstances sur le débiteur mais la répartir entre les contractants comme en droit administratif. Il s'agit par exemple de dispenser le bailleur de réaliser les réparations imprévisibles lors de la conclusion du contrat et d'une part réduire le loyer dû par le preneur et aboutir à des solutions gagnant-gagnant. On pense à l'article 1223 nouveau du Code civil aux termes duquel « le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ». L'article 157 alinéas 5 du Code européen des contrats prévoit que le juge, après avoir évalué les circonstances en faisant éventuellement

¹³⁰¹Unidroit. Disponible sur : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-dunidroit-2010-fr/430-chapitre-6-execution-section-2-hardship/1198-article-6-2-3-effets>

recours à une expertise, modifie ou résilie le contrat. L'assistance du juge par un expert est importante et permet de combler son manque de d'expérience des questions complexes et techniques en droit des affaires. Il convient de pas consacrer un « droit à » résiliation unilatérale pour imprévision sur le modèle de l'exception d'inexécution au risque d'aboutir à une sorte de prime au mauvais joueur.¹³⁰² Si on critique l'intervention du juge qui n'est pas un fiscaliste ou un homme d'affaires, l'intervention de l'expert comble cette lacune. Comment imaginer que si les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord pour renégocier, elles vont aller demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat ? La partie qui accepte de renégocier peut-elle après contester la situation d'imprévision si la renégociation connaît un échec ? L'article 1195 du Code civil crée une insécurité juridique, beaucoup de normes et notions sont obscures et ont besoins d'être testées par la jurisprudence. Le juge devient omniprésent dans la phase d'exécution du contrat et des risques d'arbitraire sont présents. Le nouvel article n'a conféré au juge aucune directive concernant son pouvoir de révision. Si l'imprévision est reconnue en matière de droit personnel, ne devrait-elle pas être a fortiori admise dans le domaine des droits réels perpétuels pour y appliquer l'article 1195 du Code civil , lorsqu'après un changement de circonstances, le démembrement d'un bien conduit à la perte catastrophique de sa valeur économique ? Ainsi ce n'est pas l'exécution excessivement onéreuse qui doit être prise en considération dans l'appréciation de le l'impact de l'imprévision mais aussi la perte de la valeur économique de la prestation ou du bien. Se pose aussi la question de savoir si les contrats aléatoires sont exclus du champ d'application de l'article 1195 du Code civil. Tous les contrats aléatoires n'excluent pas le mécanisme de l'imprévision Il convient de suivre deux critères cumulatifs dont le premier consiste à mesurer l'ampleur de l'aléa. En effet, plus l'aléa est large, plus les parties assument les conséquences et plus la théorie de l'imprévision trouve peu de place à s'appliquer. A l'inverse, si cet aléa est plus circonscrit, l'article 1195 du Code civil devrait s'appliquer, dans les situations hors champ de l'aléa. Le second critère consiste à regarder la nature du contrat ? Est-ce un contrat unilatéral ? Est-ce un contrat authentiquement aléatoire ou fictivement aléatoire ?

Notre proposition de révision de l'article 1195 du Code civil français est la suivante :

*« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse, **soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué**, une partie peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la*

¹³⁰² Th.Génicon, « théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ? », D.2010, p.2485

renégociation, sauf stipulation contraire. Le juge peut ordonner en cas d'urgence, des mesures conservatoires pour suspendre l'exécution du contrat, ruineuse pour le contractant.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge prenant en compte l'intensité de l'aléa peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances aux conditions qu'il fixe, sous réserve d'une exclusion expresse de l'intervention judiciaire par les parties.

Le Juge peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.»¹³⁰³.

Notre proposition de révision de l'article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien, transposable aux articles des Codes civils des pays arabes sur l'imprévision est la suivante :

« Lorsque, par suite de circonstances imprévisibles, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, une partie peut demander une

¹³⁰³ «La version originale est la suivante : 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. A 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.».

renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation, sauf stipulation contraire. Le juge peut ordonner en cas d'urgence, des mesures conservatoires pour suspendre l'exécution du contrat, ruineuse pour le contractant.

Le Juge peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge prenant en compte l'intensité de l'aléa peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances aux conditions qu'il fixe, sous réserve d'une exclusion expresse de l'intervention judiciaire par les parties. »¹³⁰⁴.

Concernant la relation entre le droit commun sur l'imprévision et les droits spéciaux, elle est intéressante en droit français car l'article 1195 du Code civil français n'est pas d'ordre public et peut être évincé par d'autres textes spéciaux pourtant, toute articulation est possible entre le texte général et les textes spéciaux sur l'imprévision.

En droit des entreprises en difficultés, nous pouvons considérer que l'arrêt Cœur défense traite l'imprévision par le biais de l'ouverture de la procédure de sauvegarde au débiteur. Les situations « mixtes » présentant le caractère du droit commun et du droit des procédures collectives peuvent être traitées par ces deux procédures. Des outils offerts par le droit des entreprises en difficultés sont proches de ceux offerts par le droit commun des contrats, manière de voir les deux procédures en concurrence. Même si ces deux procédures ont des champs d'application différents, ils peuvent se recouper. L'avantage de l'application de l'article 1195 du Code civil est qu'il

¹³⁰⁴« La version originale est la suivante : « Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, générales et imprévisibles, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, selon les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réviser l'obligation excessive dans une mesure raisonnable, toute convention contraire étant nulle ».

offre une voie intermédiaire au débiteur entre la résiliation du contrat et la continuation du contrat aux mêmes stipulations contractuelles. Il s'agit de l'adaptation du contrat aux changements de circonstances pourtant, des difficultés d'articulation peuvent se poser car les règles de droit spécial évincent les règles de droit commun. Concernant le régime des baux commerciaux, les dispositions du Code civil et du Code de commerce en matière d'imprévision peuvent se voir comme des mécanismes d'équilibrage contractuel qui se complètent les uns les autres. « A une adaptation « ordinaire » par la révision triennale du loyer répond une adaptation à un événement extraordinaire par le mécanisme de l'imprévision ; l'imprévision devrait donc se présenter en cette matière comme un recours ultime et tout à fait exceptionnel ». ¹³⁰⁵ En droit immobilier, des dispositions du Code de la construction et de l'habitation régissent cette révision du prix dans des conditions très étroitement définies pourtant, l'impact de l'article 1195 du Code civil en droit de la construction et de l'immobilier sera inégal selon les contrats concernés. La généralité de l'article L.261-1 du code de la construction et de l'habitation fait penser que l'acquéreur peut se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du Code Civil. Dans les contrats de promotion immobilière, admettre l'imprévision sur ces contrats, remet en cause une obligation caractéristique de ces contrats à savoir la prise en charge par le promoteur des dépassements du prix convenu. Le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la propriété industrielle intègrent l'imprévision. Visant à la fois la lésion et l'imprévision, le Code de propriété intellectuelle prévoit un mécanisme original de protection de l'auteur. L'avantage de l'article 1195 du Code civil par rapport à l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle est que l'article 1195 dispose d'une portée générale et son champ d'application s'applique sans distinction selon que la rémunération soit forfaitaire ou proportionnelle. L'article 1195 s'appliquera dans les cas où la rémunération du contrat d'exploitation est proportionnelle. Par conséquent, l'article 1195 du Code civil en matière d'imprévision est perçu comme un complément ou un remède aux imperfections de l'article du Code de la propriété intellectuelle qui ne s'applique qu'en cas de rémunération forfaitaire. Nous nous attendons à la réforme du Code de la propriété intellectuelle transposant la directive européenne et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché numérique qui adopte une approche extensive en matière de la rémunération qui peut être forfaitaire ou proportionnelle, se rapprochant des termes généraux de l'article 1195 du Code civil. De plus, il existe des interactions entre l'imprévision et le droit de la propriété industrielle en cas d'apparition d'une nouvelle marque, technologie ou de nouveaux modes d'exploitation d'une œuvre. De plus, si le succès ou de l'échec commercial ne sont pas imprévisibles, leur ampleur peut l'être. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 constitue une belle création qui s'applique aux contrats technologiques en constante évolution.

J-L.Tixier et S. Estival, *op.cit*, p1.Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-de-limmobilier-avec-cms-francis-lefebvre-avocats/la-reforme-du-droit-des-contrats/limprevision-en-droit-immobilier-apres-la-reforme-du-droit-des-obligations.html>¹³⁰⁵

Une nouvelle réglementation peut constituer une circonstance imprévisible pour le prestataire qui s'engage à fournir des services technologiques. En droit des sociétés, l'instauration d'une forme de justice contractuelle, par la théorie de l'imprévision, peut conduire à une sophistication des pactes d'actionnaires. Les promesses unilatérales conclues pour une période longue peuvent faire l'objet de l'application de la théorie de l'imprévision lorsqu'un événement imprévu change la valeur de la société. Dans le cadre de contrats de cession, l'article 1195 du Code civil s'applique en cas d'exécution successive ou exécution instantanée mais différée dans le temps (*signing* puis *closing*). Des précisions jurisprudentielles doivent être apportées sur le champ d'application de la théorie de l'imprévision. « Il faudrait considérer que la théorie de l'imprévision s'applique non seulement lorsque le coût de l'exécution par le débiteur de sa propre prestation devient excessivement onéreux, mais également lorsque l'exécution de la prestation du débiteur devient excessivement onéreuse au regard de la contrepartie réellement perçue ». ¹³⁰⁶ La clause d'earn-out comporte un aléa accepté par les parties dans la variation de la valeur des droits sociaux ou dans la détermination du prix. Mais l'application de l'article 1195 du Code civil est pertinente si le complément de prix est devenu insuffisant ou que l'indemnité de garantie devient insuffisante pour le cessionnaire en raison de circonstances économiques imprévisibles. De plus, L'article 1195 du Code civil pourrait donc trouver à s'y appliquer en cas d'un aléa extracontractuel en cas de « décès ou (de) retrait brutal d'un actionnaire ou d'un manager de référence de la société ». ¹³⁰⁷

Il serait aussi opportun pour le mandataire solidaire de se prévaloir de l'article 1195 du Code civil pour demander la renégociation du contrat de consortium avec ses partenaires en cas de survenance de circonstances imprévisibles par les parties au moment de la conclusion du contrat. L'article 1195 du Code civil ne pouvait être d'aucun bénéfice à l'entrepreneur, car les contractants d'un marché à forfait sont censés assumer le risque d'une exécution excessivement onéreuse. Concernant les contrats de construction, l'application de l'article 1195 du Code Civil se heurte à l'application de l'article 1793 du Code civil. Pourtant, l'entrepreneur peut dans un souci d'équité demander une augmentation de la rémunération en cas de prévision insuffisante des travaux à effectuer car, il y a des aléas d'une telle ampleur que l'architecte ne peut raisonnablement les prévoir lui causant des difficultés techniques. Selon Madame Christelle Coutant-Laplus, l'introduction de l'article 1195 du Code civil) conduit à une nouvelle lecture de l'article 1793 du Code

¹³⁰⁶Th. Massarat et co-auteurs, *op.cit*, p.86. Disponible sur :

https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

¹³⁰⁷A. Gaudemet, Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », BMIS, déc. 2016, n°12, p.685. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/BJ5115u9>

civil. ». En effet, cet article « ne rejetait pas formellement la théorie de la révision pour imprévision. Nous partageons l'opinion de monsieur Vivien Zalewski-Sicard selon lui, « nous avons affaire à un aléa extracontractuel qui pourrait donner lieu à application de l'article 1195 du Code civil », De plus, l'annexe D de la norme NFP03-001 prévoit les clauses qui doivent être adaptées lorsqu'un marché est à prix global et forfaitaire. Puisque les contrats type de l'Ordre des Architectes prévoient expressément à l'article G.5-7 les situations de réévaluation de la rémunération, cet article 1793 du Code civil n'est pas d'ordre public et les parties peuvent contractuellement aménager cette réévaluation par des clauses de révision. Concernant le droit des libéralités, le droit des libéralités a déjà connu une réforme qui lui est propre dix ans avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. La révision judiciaire des conditions et des charges grevant la donation ou le legs lorsqu'en raison de la survenance des circonstances imprévisibles, l'exécution devient lourde pour lui selon l'Article 900-2 du Code civil qui est assez restrictif. En droit des assurances, l'article 1195 du Code civil n'est pas sans interaction avec les articles du Code des assurances lorsque des circonstances imprévisibles modifient le risque assuré et donc, le risque souscrit ne correspond pas au risque nouveau qui s'est réalisé. Nous pouvons imaginer des situations où les dispositions de l'article 1195 du Code civil sont applicables, lorsque par exemple l'assuré par un raisonnement a contrario, était de bonne foi et n'a pas fait ni une fausse déclaration ni sa réticence était dolosive, il ignorait qu'un événement imprévisible aggravait le risque ou créait un nouveau risque.

Nous constatons qu'il n'y a pas de réponse uniforme à la question sur la relation entre les droits spéciaux et le droit commun des contrats sur l'imprévision. Il n'y a ni exclusion absolue ni enrichissement parfait.

Les circonstances dans lesquelles les jugements sont rendus peuvent changer, influant sur les intérêts des parties au litige pendant l'exécution de ces jugements. Il convient dans un souci d'équité de modifier ces jugements pour s'adapter aux nouvelles circonstances et ne pas nuire aux intérêts des parties. Madame Corinne Bléry se pose cette question intéressante : « pourquoi ne pas profiter de la période pour effectuer un retour sur l'autorité de la chose jugée ? ».¹³⁰⁸ Cette période est celle de la crise du Covid-19. La théorie de l'imprévision influence indirectement et partiellement sur les jugements définitifs rendus lorsque des circonstances nouvelles apparaissent après le prononcé du jugement. Il faut admettre la révision des jugements définitifs dans certains cas comme l'aggravation du préjudice ou encore les jugements portant sur des droits évolutifs et ceux ayant une autorité provisoire de la chose jugée c'est le cas des jugements sur la prestation alimentaire. Ces circonstances peuvent aussi impacter les jugements en référé

¹³⁰⁸C. Bléry, Retour sur l'autorité de la chose jugée, Dalloz Actualité, 28 avril 2020. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/retour-sur-l-autorite-de-chose-jugee#.Xx1SJatitPa>

et ouvrent droit à la leur révision. Ni le droit français ni le droit des pays arabes n'ont consacré directement la théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles, la consécration est indirecte dans certains articles du Code civil. Pourtant, les faits nouveaux en droit des procédures collectives constituent une création jurisprudentielle, il convient de prendre en compte directement et expressément l'impact des faits nouveaux sur les jugements définitifs dans un article du Code civil.

BIBLIOGRAPHIE

I- **Livres**

a) **Livres sur le droit français**

- A. Couret et co-auteurs, Droit financier, 2ème éd., Précis Dalloz, Paris, 2012.
- A. Fillali, Les obligations, théorie générale du contrat, éd. ENAG, 2010.
- A. Gaudemet, Les dérivés, Economica, Paris, 2010
- A. Laubadère, F. Modere et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, 2^{ème} éd., t 2, Paris, LGDJ, 1984.
- A. Martin, L'imputation des risques entre contractants, LGDJ, 2009, préf. D. Ferrier.
- A. Pascal, « Imprévision », Rep. Civ., Mai 2017.
- B. Deffains et S. Ferey, Agir et juger : Comment les économistes pensent le droit, Éd.s Panthéon, Assas, 2010.
- B. Fages, Droit des Obligations, LGDJ, 08/2019
- B. Lacantinerie, Précis de droit civil, suppl., III, 1926.
- B. Mercadal, « Réforme du droit des contrats », Éd.s Francis Lefebvre, 2016
- B. Oppetit, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXII, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, 1970.
- C. Boismain, Les contrats relationnels, PUAM, 2005
- C. Bouty, Chose jugée, Répertoire de procédure civile, mars 2018.
- C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in Mél. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001.

- C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXIème siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), Paris, LGDJ, 2001.
- Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 3e éd, Paris, PUF, 2011
- D. Mainguy et J-L. Respaud, *Droit des obligations* (Contrats, responsabilité, régime de l'obligation), ellipses, 2008.
- D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac, Litec*, 1999.
- D. Mazeaud, "Le juge et le contrat : Variation optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges J. LAUBERT*, Dalloz, 2005.
- D. Mazeaud, « La révision du contrat : rapport français » dans les *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *Le contrat : journées brésiliennes*, t 55, Paris, Société de législation comparée, 2008
- D. Saint Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durant, LGDJ, 1960.
- E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2008.
- E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Les éd.s Thémis, 2^{ème} éd., 2008
- F. Buy, Ch. André Dubreuil, « Regards croisés droit public / droit privé : théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », *JCP A*, 27 oct. 2014.
- F. Levesque, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Éd.s Yvon Blais, 2014.
- F. Terré et Y. Lequette (eds), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 2000.
- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz précis, 11^{ème} éd. 2012, no.467
- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « *Droit civil : Les obligations* », Dalloz 9^{ème} éd. 2005.
- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd., 2018
- F. Terré. *L'avenir du droit*, PUF-Dalloz-JC, 1999
- G. Cornu, *Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, les cours de droit*, Cours de doctorat, 1977.
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 11^{ème} éd., coll. Quadriga, PUF, 2016.
- G. Legier, L. Tranchant, V. Egea, *Droit civil : Les obligations*, 21e éd, 2014.
- G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations : les sources*, t 1, 2^{ème} éd, Paris, Sirey, 1988.
- H. - L. J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil : Obligations*, Montchretien, 1998
- H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011.
- H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3e éd. 1978.
- H. Muir Watt, « Du contrat 'relationnel' – Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, Tome IV/Nantes 1999
- J. Bédard, « *Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois* » 42 R D McGill, 1997.
- J. Carbonnier, *Droit civil : Les obligations*, 21^e PUF, 1998.
- J. Flour et J. Aubert, *Les obligations : l'acte juridique*, Armand Colin, 6e éd., tome 1, no. 418
- J. Fluor, J-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, Sirey, coll. « Université », t. 1, *L'acte juridique*, 17e éd., 2014, no. 410
- J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, 3^{ème} éd, Paris, LGDJ, 2001.
- J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- J. Ghestin, Collectif, (études offertes) « *Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J », 2014
- J.- Ghestin, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001
- J-L. Baudouin, P-G. Jobin et N. Vézina, *Les Obligations*, 7e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2013.
- J-M. Bischoff, M. Azoulai, J. Guyénot, « *La tendance à la stabilité du rapport contractuel* ». *Études de droit privé*, L.G.D.J., 1960.
- L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018
- L. Josserand, *cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939
- L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011

M. Azoulai et P. Durand, La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Études de droit privé, L.G.D.J., 1960.

M. Fabre Magnan "Droit des obligations", T1, Thémis, PUF, 2016.

M. Fabre-Magnon, droit des obligations, contrat et engagement unilatéral, 2^{ème} éd., P.U.F., 2010.

M. Grimaldi, Libéralités, partages d'ascendants, Litec, 2000.

M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation, Essai de vitalisme social », in Aux sources du Droit : pouvoir, l'ordre et la liberté, Publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1990.

M. Hauriou, Principes de droit public, Librairie de Recueil Sirey, 1912.

M. Latina, Contrat : généralités, Rép. dr. civ. mai 2017.

M. Malaurie-Vignal, « Solidarisme, distribution et concurrence », in Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité? Sous la dir. De L. Grynbaum, Economica, 2004

M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, Traité de droit civil français, T.6, éd.2, LGDJ, Paris 1952, n 397.

M.L. Larombière, Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire aux titres III et IV du Code Napoléon, art.1101 a1386, T. III, Ed.1., Paris, 1858, art.1234, no.4.

M-A. Flamme, Traité théorique et pratique des marchés publics, Deel II, nr.933.

M-E. Pancrazi-Tian, La protection judiciaire du lien contractuel, Presse Universitaire d'Aix Marseille, Marseille, 1996

M-H. Monserie-Bon « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du Droit des obligations », Mélanges Michel Jeantin, Dalloz, 1999.

P. Chiffot et M. Tourbe, Droit administratif, 15 e ed., 2016, Sirey, université, spe.no.590.

P. Le Cannu, T. Granier, R. Routier, M. Jeantin, Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Titrisation, 9^{ème} éd., Précis Dalloz, Paris, 2016.

P. Le Cannu, Th. Garnier, R. Routier et M. Jeantin, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation, précis, Dalloz, 9^{ème} éd., 2016.

P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ, 2018.

P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrenois, 3^{ème} éd. 2016.

P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux, volume 34, No.2, les Cahiers de droit, faculté de droit de L'université Laval, 1994.

P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Force obligatoire et durée du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats, dir. : Dalloz, 2003.

P. Stoffel Munck, « Le juge et la stabilité du contrat », in Le renouveau des sanctions contractuelles, Economica, 2007.

P. Stoffel Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé, PUAM, 1994.

Ph. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in P. Durand (dir.), La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Études de droit privé, L.G.D.J., 1960

Ph. Malaurie & L. Aynès, Cours de droit civil. Les obligations, Paris, Cujas, 10^e éd., 1999-2000.

Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018

Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in L. Cadiet (dir.), Le droit contemporain du contrat, préf. G. Cornu, Economica, 1987

R. Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz, 13^{ème} éd., 2018.

R. Cabrillac, Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : Renégociation, Rescision ou Révision, R.I.D.C, 2014.

R. David et C. Jauffret-Spinosi et M. Goré, Les grands systèmes juridiques contemporains, 12^{ème} éd. 2016.

R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in Mél. A. Jauffret, 1974, PUAM

S. Lequette, Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat, Economica, 2012.

S. Pellet, L'avenant au contrat, IRJS éd.s, 2010.

S.Jahel, « Code civil » : un passé- un présent- un avenir, Paris, Dalloz, 2004.

T. Bonneau, F. Castres S.-M.-Drummond, Droit des marchés financiers, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 2010.

T. Hâter, La théorie de l'imprévision en droit des procédures civiles : une analyse normative compare, T 1,

Université Mansoura, Faculté de droit, 2018.

X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, LGDJ., 1994.

Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, Les obligations, 15^{ème} éd., Sirey Université, Paris, 2017, n°817.

Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », Mélanges Paul Didier, Economica, Paris, 2008.

b) Livres sur le droit des pays arabes

A. Abdelrehim, Le précis dans la théorie de l'imprévision, maison Zahran, Egypte, 1987.

A. Elchawarby, la résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'éd. Maaref, Alexandrie, 3eme éd., 1997.

A.Abou El-Ela, Les circonstances imprévisibles et leurs impacts sur le contrat administratif en Arabie Saoudite, étude comparée) Revue des recherches juridiques, économiques et législatives, 2013.

A. Abouelwafa, Théorie des jugements en droit des procédures civiles, maison Maaref, 4ème éd., 1980.

A. AdelBadie, L'intervention de l'Etat et l'étendue de son pouvoir général, maison de Nahda Arabe, 1971.

A. Alhakim, A. Albakri et M. Albasheer, Précis de la théorie des obligations en droit civil irakien (al-wajiz fi sharhnadharyiat al-iltizam fil qnanon al-madani al-iraqi), Presse de l'Université de Mossoul, 1980.

A. Alouba, Théorie de l'imprévision, éd. revue pour les avocats, année 40, 1^{ère} publication, 1960.

A. Bencheneb, Théorie générale du contrat, citée par F. Naceur, ed. ENAG, 2010.

A. Chawki-AbdelRahman, Théorie générale des obligations, le contrat et la volonté unilatérale, éd. Maaref, 2000

A. Ebn-Soliman, Fi sahrh moltaka elabhar, partie2, maison de la renaissance du patrimoine arabe 1980.

A. El kanassi, B. El Sanaee fi tartib el sharaee, El Assmaa Egypte, partie 4, maison de la pensée, 1996.

A. El Sada, Théorie du contrat dans les législations des pays arabes, Beyrouth, 1980.

A. Elattar, Les sources des obligations, maison de publication institution de Bostani, 1990.

A. Elfar, les sources de l'obligation (les droits personnels), 4eme éd., maison de la culture, Jordanie, 2012.

A. El-Tawdy, El Bahr el Rayek Sharh kenz el dakayek, 1^{ère} éd., imprimerie scientifique, Egypte, 1311 Hégirienne.

A. Fouda, L'impact des circonstances imprévues et la force majeure sur les actes juridiques, maison d'éd. Al Maaref, Alexandrie, première éd., 1999.

A. Hegazy, Théorie générale des obligations en Droit Koweitien, faculté de Droit, université de Koweit,1982

A. Nakib, Théorie du contrat, publications Owaydeyat, Beyrouth, 1988.

A. Sanhoury, Contrat de bail, maison El Sherouk, 2010.

A. Sanhoury, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, partie I, théorie générale des obligations, sources d'obligation, maison Maaref, Alexandrie, 2004.

A.Sanhoury, El Wasit dans l'interprétation du droit civil, Tome I, théorie générale des obligations, maison ElShorouk, Alexandrie, 2010.

A.Sanhoury, El Wasit sur l'explication du nouveau Code civil, partie 1, Théorie générale du contrat, les effets de A.l'obligation, publications El Halabi Al Hokoukeya-Beyrouth, Liban, année 2015.

A. Sanhoury, L'impact de l'obligation en droit égyptien et en droit comparé, maison El Maaref, Egypte, 2003.

A. Sanhoury, La théorie de contrat [en arabe nadaryat al-aqd], Beyrouth, Éd.s al-majmaa al-ilmi al-arabi al-islami, 1934.

A. Termanini, Théorie de l'imprévision, étude historique et comparative de la théorie dans la jurisprudence islamique et dans les législations européennes et l'application de la théorie par les législations arabes, la Maison de la pensée, Baghdâd 1969.

A. droit positif des Pays arabes, thèse Beyrouth, 1964 (dact.).

A. Yehia, El wagiz dans la théorie générale des obligations, les sources, jugements, la preuve, partie I, les sources de l'obligation, maison de publication El-Nahda, Le Caire, 1994.

A-H. Elshawarby, La résiliation du contrat a la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, maison d'éd. Maaref,

Alexandrie, 3eme éd., 1997.

B. Gadlehak, Théorie générale des obligations, sources contractuelles, bibliothèque et imprimerie El Azhar, 1ere éd., 2009.

C. Awad, Le rôle du juge dans la modification du contrat (étude analytique dans la doctrine et la jurisprudence musulmane, et dans le nouveau Code civil Egyptien. La maison de la nouvelle Université, Egypte, 1999.

F. Elderini, Théories doctrinales, publications de l'université de Demishk, 1996.

F. Khamas et M. AbdAllah, Le précis dans la théorie générale des contrats administratifs, la maison du livre, Elmawsel, 1992.

F. Waly, El Wasit dans l'interprétation du droit des principes du jugement civil et commercial N.2 pour l'année 2001,

Tome I, 1^{ère} éd. 2003.

D. Abdelrahman, L'équilibre économique du contrat pendant son exécution, la maison d'imprimerie la liberté, Baghdad, 1986

G. Elcharkawy, théorie générale des obligations, tome I, source des obligations, maison de publication El Nahda Arabe, Le Caire, 1995.

H. AbdAllah, Théorie de l'imprévision entre la loi et la jurisprudence musulmane, la maison des publications universitaires, Egypte, 2007.

H. Abdelrahman, El wasit dans la théorie générale des obligations, Tome I, les sources contractuelles de l'obligation et la volonté unilatérale, maison de publication el Nahda Elarabeya, Le Caire, 1^{ère} éd., 1999.

H. Bahgat Badawy, Les principes du droit, Publication Nouri, 1943.

H. Ebn El Abedin, Radd al Mukhtar ala ad-Dur al Mukhtar, Egypte, publications Alhalabie 2^{ème} éd., 1966.

H. El Ahwany, Théorie générale des obligations, Tome I, Sources des obligations, 2^{ème} éd., 1995.

H. Saltah, Les restrictions sur le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats civils, étude comparée, 2007.

I. El-Emary, Théorie de l'imprévision en droit privé et ses applications jurisprudentielles, maison des livres pour la publication et la distribution, 1974

I. Ghanem, Théorie générale des obligations, sources des obligations, maison de pub: imprimerie internationale, 1956.

Kh. Abdallah Eid, Théorie du droit, maison Aman, 1987.

M. AbdelBasset, Le droit administratif, la maison de la pensée arabe, 2001.

M. Abou Emara, Le droit administratif, partie 2, l'activité de l'administration générale en Palestine, 4eme version, 2007.

M. Aboumlouh, L'interprétation des règlements du droit des obligations dans les textes proposés dans le projet du droit civil palestinien, bibliothèque et imprimerie Manara, 2^{ème} éd., 2011.

M. Adawy, Théorie générale des obligations, sources des obligations, version 1. Maison de la Renaissance arabe pour la publication et la distribution, 1905.

M. Anbar, La théorie de l'imprévision en Droit et dans la doctrine musulmane, la maison des publications universitaires, 2007.

M. Ebnalabedin, Fatawa indiennes, Dar el Nawader, Partie 5, 1421 Hégitienne.

M.El bih : théorie générale des obligations, sources des obligations, partie 1, les obligations, bibliothèque nouvelle Galaa, El-Mansoura, 1993.

M. El Gabouri, Les contrats administratifs, La maison de la culture pour la publication et distribution, 2016.

M. El Sinary, Les mécanismes législatifs de l'application de la théorie de l'imprévision dans le domaine des contrats, maison Nahda Arabe, Le Caire.

M. El-Awagi, Le contrat et introduction sur les obligations civiles, partie 1, maison de publication et de distribution Hassoun, Beyrouth-Liban, 1999.

M. Elgamal, L'interprétation du droit civil, sources des obligations, 1991.

M. Elhelw, Le droit administratif, les publications universitaires, Alexandrie, 1998

- M. Mansour, La théorie générale des obligations, "source d'obligations", maison de la nouvelle université, Egypte, 1999.
- M. Mansour, Les contrats internationaux, la maison de la nouvelle université, Alexandrie, 2009.
- M. Mlouh, L'interprétation du Code civil palestinien, sources de l'obligation, sources contractuelles et non contractuelles, 1ere éd., 2002-2003.
- M. Rateb et M. Kamel, Les ordonnances de référé, Tome 1, Elm El Kotob, 1981.
- M. Selim, La théorie de l'imprévision en Droit et dans la doctrine musulmane, la maison des publications universitaires, 2007.
- M. Subhi, La théorie générale des obligations et les contrats, partie 2, 2^{ème} éd., la maison de la science pour des millions, Liban, 1971.
- M. Zaki, Les problèmes de la responsabilité civile, Tome 2, imprimerie Université du Caire, 1990.
- M. Zanaty, L'histoire du droit égyptien, le Caire, 173.
- N. Saad, source des obligations, maison de publication El Nahda Arabe, Le Caire, 1995.
- R. Ahmed, L'impact des circonstances économiques sur la force obligatoire du contrat, Université du Caire, 1994.
- R. Moftah, Ensemble des actes préparatoires du Code civil, maison El Wafaa, 2015.
- S. Aly, Théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la législation musulmane, 2005.
- S. Aly, Théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et dans la Charia Islamique « Etude Comparée, la maison du livre, Egypte, 2007.
- S. Aly, Théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et dans la Charia Islamique « Etude Comparée, la maison du livre, Egypte, 2007.
- S. Aly, Théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la législation musulmane, 2005
- S. Eltamawy, Les principes généraux des contrats administratifs, maison de la pensée arabe, 2017.
- S. Gamaleldin, Les principes du droit administratif, partie 2, les publications universitaires, 1996.
- S. Mansour, La rigidité et la flexibilité de la règle de droit, bibliothèque Al Razi pour les services, Liban, 1995.
- S. Morcos, El-Wafi dans l'interprétation du Droit Civil des obligations, tome I, théorie du contrat et de la volonté unilatérale, 4^{ème} éd., 1987.
- S. Tamawy, Le précis en droit administratif, la maison de la pensée arabe, 1967.
- S. Tango, Les sources du droit des obligations, éd. Maaref, Alexandrie, 2005.
- S. Yacoub, La résiliation du contrat administrative pour l'apparition des circonstances imprévues, Université Koufa, 2008.
- S. Yacoub, La résiliation du contrat administrative pour l'apparition des circonstances imprévues, Université Koufa, 2008.
- T. Faradj, L'enrichissement sans cause, M.U 1992.
- T. Farag, Théorie générale des obligations (comparaison entre les droits des pays arabes), 3^{ème} éd, Maison Halabi, 2008.
- Y. Elgabouri, Le précis dans l'interprétation du Droit Civil Jordanien, Partie I, éd. 2008.

c) Livres sur autres droits

- A. Prujiner, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », R.D. McGill, 1992.
- An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, 2nd ed., Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013.
- B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3^{ème} éd., 1997.
- C. Jarrosson, La notion d'arbitrage, Paris, L.G.D.J., 1987.

C-E. Bucher, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Etude de droit comparé interne, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2011.

E. Lambert, « Le rôle d'un Congrès international de Droit Comparé en l'an 1931 », Rapport présenté par à la séance solennelle de l'Académie internationale de droit comparé, La Haye 1^{er} août 1929 sous la présidence de M. Antonio S. Bustamante", Extrait des Mémoires de l'Académie internationale de Droit Comparé, Tome II 1^{ère} partie, Paris Librairie du Recueil Sirey, 1934.

G. Rouhette, « Compte-rendu de Ian R. Macneil, The New Social Contract », JDI 1983.

H. Gutteridge, Comparative law, an introduction to the comparative method of legal study and research, 1946.

H. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf, Droit Comparé, Théorie générale et principes, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978.

H. Zaki, L'imprévision en droit anglais, Paris, Rousseau, 1930.

H.A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf, Droit comparé, théorie générale et principes, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1978.

I. Macneil, Relational « Contract Theory: Challenges and Queries », 94 Nw. U. L. Rev. 877 et comp, 2000.

M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in Problèmes d'actualité posé par les entreprises, Etudes offertes à R. Houin, Paris, Dalloz-Sirey, 1985.

M. Fontaine, Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses, Paris, Forum européen de la communication, 1989.

P. Corneliu, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé, Paris, LGDJ, 1937.

P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, sous la dir. de P. Remy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003.

R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005.

R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005.

R. Momberg-Urbe, « The Duty to Renegotiate an International Sales Contract in Case of Hardship – International Case Note », ERPL, 2011.

R. Momberg-Urbe, The Effect of a Change of Circumstances on Binding Force of Contracts: Comparative Perspectives, Cambridge, Intersentia, 2011.

Y. Lequette, « De l'efficacité des clauses de Hardship », in Mél. C. Larroumet, Economica, 2010.

II- Revues et publications

a. Revue et publications sur le droit Français

A. Benabent, "Contrats aléatoires, Généralités", art, Jurisclasseur, n°. 41 Civ. Art. n°.6, 1964.

A. Benabent, « Doctrine ou Dallas ? », D.2005.

A. Cermolacce et V. Perruchot- Triboulet, « Durée dans les contrat », Jurisclasseur Contrats, oct.2006.

A. Confino, L'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? AJDI 2016

A. Cuisinier, Le solidarisme contractuel, Litec Lexis-Nexis, Paris, 2006.

A. Elmejri, La théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires, revue Lamy droit civil, n°.149, 1er juin 2017.

A. Ricard et F. Lallemand, Les contrats technologiques à l'épreuve du nouveau Code civil, RLDA 2004, Revue Lamy Droit des Affaires, n°. 118 septembre 2016.

A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », RTD Civ., 1946.

André et H. Jacques Lucs, A. Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4^{ème}éd., 2012, LGDJ, André R. Bertrand, transmission, cession et contrats relatifs aux droits d'auteur, Dalloz action droit d'auteur, 2010.

B. Beigner, « Les arrêts de règlement », Droits, n°.9-1989.

B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTDCiv, octobre/décembre 2010.

B. Deffains et S. Ferey, Agir et juger – Comment les économistes pensent le droit, RTDCiv, octobre/décembre 2010.

B. Dondero, « La réforme des instruments financiers », RTD Com, avr. 2009.

B. Fages et co-auteurs, Articulation avec l'article 1195 du Code civil, Lamy droit du Contrat, 6/2019.

B. Fauvarque- Cosson, « Le changement de circonstances », RDC, 2004.

B. Fauvarque-Cosson, « La réforme du droit français des contrats, perspective comparative », RDC, 2006.

B. Mercadal, « À propos de la clause "Material adverse Change" en matière de fusion de sociétés », RJDA 2/2003

B.Fages (dir.), « la MAC clause (matériel adverse change) », Lamy droit du contrat, nos 2837-1 et s., 2019.

C. Champalaune, « Pour une consécration raisonnée de l'imprévision dans le Code civil », Bulletin juridique des contrats publics 102, sept, 2015.

C. Gilles « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », Contrats et Marchés publics, LexisNexis2 février 2017.

C. Guelfucci-Thibierge, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997.

C. Jamin, « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Droit. et patr.mai 1998.

C. Maréchal, La lésion et l'imprévision en droit d'auteur, RIDA, 49, juill. 2008.

Ch. Coutant-Lapalus, L'impact des règles relatives à l'effet du contrat, RDI, éd. Dalloz, 2016.

Ch. Jasmin « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Droit et Patrimoine, mars 1998.

Chr. H. Muir Watt, « Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost », in La relativité du contrat, TAHC, LGDJ, 2000.

D. Bruno et F. Samuel, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD Ci., n°.4, 2010.

D. Legeais, Portée de la réforme du droit des obligations pour le droit du crédit, RTD com.2016.

D. Mazeaud, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », n° 54, LPA, 6 mai 1998.

D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC, 2003.

D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », LPA, n° 92, 7 mai 2004.

D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » Mélanges François Terré, L'Avenir du Droit, Dalloz 1999.

D. Mazeaud, « Présentation de la réforme du droit des contrats », La gazette du Palais, n° 8, 23 février 2016.

D. Mazeaud, Du nouveau sur l'obligation de renégocier, D.2004.

D. Mazeaud, L'arrêt Canal « moins » ? Recueil Dalloz, 2010

D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : D. 2008.

D. Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats. Recueil Dalloz, Dalloz, 2009.

D. Philippe, « L'imprévision », JT (bel.), 2007.

D. Roulaut, La rationalisation de l'imprévu dans le droit des contrats publics internes et des contrats d'Etat, Revue juridique de l'Ouest, 2018.

D. Tallon et D. Harris, Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, Paris, LGDJ, 1987

D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD Civ., 1994

E. Cougé et V. De Feritas, Quelle incidence l'ordonnance du 10 février 2016 va-t-elle avoir sur les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ? RLDA 603, Revue Lamy Droit des Affaires, N°118 Septembre 2016.

E. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" in *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003.

E. Savaux, L'introduction de la révision jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision-Rapport français, RDC 2010.

F. Castres S.-M.-Drummond « Le contrat comme instrument financier », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Presse universitaire de France, Dalloz, Éd.s du Juris-classeur, Paris, 1999.

F. Castres S.-M.-Drummond, « Qu'est-ce qu'un produit financier ? », *Bulletin Joly bourse et produits financiers*, sept. 2015.

F. Grua, La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, RTD civ. 1983.

F. Pollaud-Dulian, Révision pour lésion ou imprévision. Prescription. Méthode d'appréciation, 366, RTD com. 2007.

G. Cattalano-Cloarec, Réforme de la réforme du droit des contrats, juin 2018, AJ contrats.

G. Deharo, L'autorité de la chose transigée en matière civile, *Gaz. Pal.* 30 nov. et 1er déc. 2005.

G. Durant-Pasquier, La disparition de la garantie intrinsèque, RDI 2014.260.

G. Rouette, Compte rendu de *The New Social Contract* de I. Macneil, *Journal du droit international (Clunet)*, 1983.

G. Teboul, La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? Introduction au colloque, *Gaz.Pal.*, n°364, 30 décembre 2010.

H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTD Civ.2016

H. Périnet-Marquet, L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction, RDI 2015

J. Blondel, La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude, JCP 2012.

J. Bruguière, Imprévision et éd. de livres numériques : le droit commun a-t-il rattrapé le droit spécial ? LDC, n°141, 1er octobre 2016.

J. Dubarry, L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause, *Actualité juridique. Contrat*, Dalloz, 2014.

J. Ghestin « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de Cassation », D.2004.

J. Huet « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *P.A.*, 1995.

J. Kullman, Imprévision et contrat d'assurance, *revue générale du droit des assurances*, RGDA janv. 2018

J. Lasserre-Capdeville, Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCPE*, 21 juill. 2016.

J. Mestre, « Au coeur de la défense... de la révision des contrats ! », RLDC 2011/81

J. Mestre, L'article 1104 et l'hétérogénéité des contrats aléatoires, RTD civ. 1990.

J. Mestre, Pour un principe de bonne foi mieux précisé, RLDC, mars 2009.

J. Moury « La délimitation du champ de l'article 1195 du Code civil, notamment en matière de cessions de droits sociaux », *Revue des sociétés*, sept. 2017.

J. Moury, Bénédicte François « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *recueil Dalloz*, 10 nov. 2016, n°38.

J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, n°. 1, p.47, spéc, n°. 12.

J.-S. Borghetti, Fixation et révision du prix, hors-série, spéc. note 98, RDC 2018.

J-F. Gaudreault-Desbiens, « La critique économique de la tradition romano-germanique », RTDCiv., Octobre/décembre 2010.

J-Fr. Gaudreault-Desbiens, « La critique économique de la tradition romano-germanique », RTDCiv., octobre/décembre 2010.

J-M. Bruguière et co-auteurs, *Actualité du droit de l'internet*, *Revue Lamy Droit civil*, N° 141, 1er octobre 2016.

J-M. Guéguen, « Le renouvellement de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999.

L. Aynès et Ph. Stoffel-Munk. « Mai-novembre 2010 : Des revirements qui se précisent, par réalisme et logique » 200 Dr & Patr 64, 2011.

L. Aynès, « A propos de la force obligatoire », RDC, 2003

L. Aynès, « L'imprévision en droit privé », *Rev. Jur. Comm.* 2005.

L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *Revue de jurisprudence commerciale (Journal des Agrégés)*, novembre 1999.

L. Thibierge, *les effets du contrat*, AJ contrat, 2018.

M. Almeida Prado, *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe* : RIDC, avril 2010.

M. Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, publication du Centre de philosophie politique et juridique, 1926.

M. Jeantin, « Rapport de synthèse », in « *Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire* », RJC, 1992.

M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC 2010.

M. Prado, *Le hardship dans le droit du commerce international*, *revue internationale de Droit comparé*, 2006.

M^eJ-D Breznerin *Brèves réflexions sur un outil alternatif en temps de crise : La caducité (ou comment faire de neuf avec du vieux ?)*, RDC, 2010.

Mustapha Mekki, « *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise* », RDC, janv. 2010.

N. Damas, *réforme du droit des contrats et baux d'habitation*, AJDI 2016.

O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Lauthier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis. oct. 2016.

P. Ancel, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », RTD Civ., 1999.

P. Bertrand, *Réforme du droit des contrats : Quel impact sur le contrat d'assurance ?* Recueil Dalloz 2016.

P. Deumier, « *Les principes Unidroit ont dix ans : un bilan en demi-teinte* », RDC, 2004.

P. Mayer, *Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée*. Dalloz, 29 juillet 2020

P. Moisan, *Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux*, les Cahiers de droit, faculté de droit de L'université Laval, 1994.

P. Pailler, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, IRJS éd., Paris, 2011.

P. Rosher et E. Robert, *Les contrats de construction, ce qu'il faut retenir après la réforme du droit des obligations*, *Revue Lamy Droit des Affaires*, RLDA 6005, N 118 Septembre 2016.

Ph. Rousell-Galle, « *Brèves observations sur la réforme du droit des contrats et les procédures collectives* », *Dict. Permanent, Difficultés des entreprises*, mars 2016, n°. 379.

Ph. Stoffel-Munck, *L'imprévision et la réforme des effets des contrats*, in *la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* Lextenso, février 2016.

Ph. Stoffel-Munck, *La notion de contrat aléatoire* Resp.civ. et ass. 2014

Ph. Stoffel-Munck, *La réforme en pratique : la résiliation pour imprévision*, AJCA 2015.

P.-M. Le Corre, "Eclairage - L'objectivation des conditions d'ouverture de la sauvegarde", *BJE*, mai 2012.

R. Boffa, « *La révision et la résiliation pour imprévision* », *Loyers et copr.*, n° 10, dossier 12, spéc. n° 20-21

R. Vandermeeren, « *Nouvel article 1195 du Code civil : peut-on l'interpréter à la lumière de l'imprévision dans les contrats administratifs* », RJDA, fév. 2017.

R. Vandermeeren, « *Nouvel article 1195 du Code civil : peut-on l'interpréter à la lumière de l'imprévision dans les contrats administratifs* », RJDA, fév. 2017.

S. Guinchard, *L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil*, in *Mélanges Wiederkehr*, Dalloz, 2009.

T. Le Bars, *Autorité positive et autorité négative de chose jugée*, *Procédures août-sept.* 2007.

V. Serfaty, « *La protection de l'auteur par le droit commun réformé des contrats, entre complémentarité et conflit avec le droit spécial* », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Varenne, 2017.

V.D Berthieau, *Le principe d'Egalité et le droit civil des contrats*, pref.J.-L. Sourieux, n°. 429, LGDJ 1999.

W.-T. Schneider, *la codification d'institutions pretorienne*, *Revue internationale de droit comparé*, 2002.

X. Près, *L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives*, AJ contrat 2018.

Y. Moreau et C. Bornbierer, « *Enjeux de la technologie de blockchain* », D.2016

Y. Picod, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP G 1988, 3318, n° 2.

Y. Picod, « Le charme discret de l'imprévision à la française », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution, nov. 2015.

Y.-M. Laithier, « A propos de la réception des contrats relationnels en droit français », D. 2006

Y.-M. Laithier, « L'analyse économique du droit par le droit civil », n° 68, Gaz. Pal. 2005.

b. Reuves et publications sur le droit des pays arabes

A.Hamid et H.Salameh, Théorie de l'imprévision et son impact sur l'exécution des contrats en droit musulman, revue el Mouhakek el Helaly pour le droit et les sciences politiques, Volume 1, 1ere édition, 2009.

B. Charef, L'imprévision dans le droit civil Algérien, Revue Académique des études sociales et Humaines, n° 4, université Hassiba Benbouali-Chlef, 2010.

B. Lardi, Recherches et mémoires dans le droit et a doctrine islamique, T1.OPU Alger, 1970

Ch. Chehata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », R.I.D.C. N. 839, 1965.

E. Riad, théorie de l'imprévision dans les droits soudanais et égyptien, revue des jugements du gouvernement, 1980.

H.Zaki, confrontation du fait avec le droit, Revue de la loi et de l'économie, Université du Caire, 2^{ème} édition, 8 ème année judiciaire.

M. Abdelgawad, Le champ d'application de la théorie de l'imprévision, revue des avocats, année 39, 2^{ème} Publication, 1963.

R. Kabani, La théorie de l'imprévision dans la charia musulmane et le droit positif, revue de l'ensemble doctrinal musulman, 2ème éd., 1980.

c. Reuves et publications sur autres droits

A.Kassis, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, Revue Internationale de droit comparé, 1988.

B. Jaluzot, Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective, Revue internationale du droit comparé, 2005.

B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause hardship, Clunet, in Juris-classeur Contrats-Distribution, 1974.

D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », Mélanges A. Sayag, 1997.

I.D- Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances », « Rapport français », in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 40 N°1, Janvier-mars 1988

J. Bédard, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », 42 R D McGill note, 1997.

J. Malfliet, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », Rev. Dr. Comm., 2010/9.

Juliet P. Kostriksky, "Taxonomy for justifying legal intervention in an imperfect world: what to do when parties have not achieved bargains or have drafted incomplete contracts", 2004 Wis. Law Rev. 323 (2004)

M. De Potter De Ten Broeck, Changement de circonstances en droit des contrats, Rechtsleer-Doctrine, revue internationale du droit des affaires-Wolters Kluwer, D.A.O.R. 2016/4 - n° 120

M. Fonatine, « Les clauses de Hardship Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », Dr.Prat.Comm.int, 1976.

P. Van Ommeslaghe, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux », Revue de droit international et de droit comparé, 1980.

III. Sitographie

a) Sitographie sur le droit français

A. Adeline, « L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision », La revue, 19 juillet 2016. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevision-br-br-on-liait-les-boeufs_a2938.html

A. Adeline, L'arrêt « Cœur Défense » : procédure de sauvegarde et force obligatoire des contrats, la revue, 8 septembre 2011. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/l-arret-coeur-defense-procedure-de-sauvegarde-et-force-obligatoire-des-contrats_a1507.html

A. Bamdé, La reconnaissance des clauses abusives en droit commun des contrats réforme des obligations, 24 mai 2017. Disponible sur : <https://aurelienbamde.com/2017/05/24/>.

A. Bamdé, La théorie de l'imprévision : régime juridique et réforme des obligations, 13 juillet 2017, A. Bamdé et J. Bourdoiseau, le droit dans tous ses états. Disponible sur : <https://aurelienbamde.com/2017/07/13/la-theorie-de-limprevision-regime-juridique-et-reforme-des-obligations/>

A. Baudoin, l'imprévision dans les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, le village de la justice, 12 Avril 2018. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/imprevision-dans-les-contrats-portant-sur-des-droits-propriete-intellectuelle,28228.html>

A. Chatin et J.P ERB, « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », 15 mai 2017. Disponible sur : www.chatainassocies.com/actualites/chatain-erb-consequences-reforme-droit-contrat-intervention-juge/

A. De-Sevin, exclusion des opérations sur instruments financiers du champ application de l'article 1195 du Code civil, 11 janvier 2019, Fidal. Disponible sur : <https://www.fidal.com/fr/actualites/exclusion-des-operations-sur-instruments-financiers-du-champ-de-larticle-1195-du-code>

A. Gaudemet, Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ?, Bull. Joly Sociétés 2016. Disponible sur : <https://www.labase-lexenso.fr/bulletin-joly-societes/BJs115u9>

A. Grimaldi, les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO – D. 2018. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/contraintes-du-droit-des-obligations-sur-operations-d-ico-20180611#.Xvx0pG5FxpY>

A. Idjeri, Coronavirus Covid-19 et contrats commerciaux : quelle stratégie adopter ? 7 avril 2020, in <https://www.soulier-avocats.com/coronavirus-et-contrats-commerciaux-quelle-strategie-adopter/>

A. Pizon-kloeti, Réforme du droit des contrats et théorie de l'imprévision, le bail commercial, Juristravail, 15 février 2018. Disponible sur : <https://www.juristravail.com/Actualite/bail-commercial/Id/279594>

Annexe au rapport du Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats. Disponible sur : https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_08_f.pdf

Avis n° 11-06 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle, Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), 22 septembre 2011. Disponible sur :

Avocat Schaeffer, Notion d'imprévision, EncyclopedieJur, Lawperationnel, 17 juillet 2012. Disponible sur : <http://lawperationnel.com/imprevision>

B. Dondero, La réforme de la réforme du droit des contrats ?, 11 octobre 2017, Le blog du professeur Bruno Dondero. Disponible sur : <https://brunodondero.com/2017/10/11/la-reforme-de-la-reforme-du-droit-des-contrats/>

B. Dondero, les entreprises doivent-elles anticiper la théorie de l'imprévision en droit français ? 10 juillet 2015. Disponible sur : <https://www.affiches-parisiennes.com/les-entreprises-doivent-elles-anticiper-la-theorie-de-l-imprevision-en-droit-francais-5421.html>

B. Dondero, Révision pour imprévision : les contrats concernés – Analyse juridique parue dans le magazine Option Finance le 27 août 2018. Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/droit-affaires/entreprise-expertise/juridique/les-contrats-concernes.html>.

B. Saintourens, Les incidences sur les cessions de droits sociaux de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, Defrénois 11 oct. 2018, n° 140w8. Disponible sur : <https://www.la-base-lextenso.fr/defrenois/DEF140w8>

B. Stoykov, Les entreprises doivent-elles anticiper la théorie de l'imprévision en droit français ? Affiches Parisiennes, 10 Juillet 2015. Disponible sur : <https://www.affiches-parisiennes.com/les-entreprises-doivent-elles-anticiper-la-theorie-de-l-imprevision-en-droit-francais-5421.html>

Blockchain Partner, Qu'est-ce que la Blockchain, Disponible sur : <https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>

Bruno Dondero, La réforme de la réforme du droit des contrats ? Blog du professeur Bruno Dondero, 12 octobre 2017. Disponible sur : <https://brunodondero.com/tag/ordonnance/>

C. Bléry, Retour sur l'autorité de la chose jugée, Dalloz Actualité, 28 avril 2020. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/retour-sur-l-autorite-de-chose-jugee#.Xx1SJaTitPa>

Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2015, entretien 5 réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats. Anonyme, Disponible sur : <https://core.ac.uk/download/pdf/93417403.pdf>

Cours de droit de la propriété intellectuelle, 27 septembre 2019. Anonyme, Disponible sur : <https://cours-de-droit.net/cours-de-droit-de-la-proprietie-intellectuelle-c27647036/14/>

D. Kling, « Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires »-Réaction de la CCIP a la consultation de la Chancellerie de juillet 2008-Rapport présentée au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2008. Disponible sur : <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/wysiwyg/PDF/reforme-droit-des-contrats-kli0810.pdf> du 16 février 2015 relative à la modernisation du droit dans les domaines de la justice et des affaires intérieures). Disponible sur : <https://www.afje.org/medias/actualite/NoteAFJE.pdf>

E. Borysewicz, Renégociation des contrats en cours : la révolution annoncée, 16/4/2004, les échos. Disponible sur : <https://www.lesechos.fr/2004/04/renegociation-des-contrats-en-cours-la-revolution-annoncee-636085>

F. Diesse « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », Archives de Philosophie du Droit, Arch. phil. Droit, 1999. Disponible sur : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf>

F. Giancarli, L'affaiblissement de la force obligatoire du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats : BRDA 1/2016. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

F. Lefebvre, Ratification de la réforme du droit des contrats - Episode 5 : L'imprévision, 21 Novembre 2017. Disponible sur : <https://www.efl.fr/actualites/affaires/contrats-regles-communes/details.html?ref=ui-6d79d440-5bdc-4258-97d1-1f4f5a190280>

F. Patrizio, Théorie de l'imprévision : A quoi sert le nouvel article 1195 du Code Civil ?, linked in, 19 septembre 2016. Disponible sur : <https://www.linkedin.com/pulse/théorie-de-limprevision-quoi-sert-le-nouvel-article-1195-patrizio>

F. Sauvage, principales incidences de l'ordonnance du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités, AJ famille 2016. Disponible sur : <https://scanr.enseignementsup-recherche.gouv.fr/publication/halshs-02263000>

F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e éd. 2008. Disponible sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/10_2015/-GAJC-Terre-Lequette_183.pdf

Force obligatoire du contrat, juin 2020. Disponible sur : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000492>

G. Bernard, « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt Coeur Défense », Revue des sociétés 2011. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/loi-de-sauvegarde-prise-lettre-propos-de-l-arret-coeur-defense-20110705#.XvOvDG5uKHk>

G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, les 30 jours de la RDO, Dalloz, 8 septembre 2016. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr>

G. Massiah, « Les insurrections révolutionnaires : Cinq premières leçons », Centre tricontinental, publié le 25 mai 2011. Disponible sur : <https://www.cetri.be/Les-insurrections-revolutionnaires?lang=fr>

G. Raymond, ICO : la France veut attirer les crypto-entrepreneurs du monde entier, 16 mars 2018. Disponible sur : <https://www.capital.fr/entreprises-marches/ico-la-france-veut-attirer-les-crypto-entrepreneurs-du-monde-entier-1277886>

H. Bouthéon- Dumas, les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, revue internationale de droit économique, 2001. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>

H. De La Forge et S S. Salem, Réforme du droit des contrats en France : aspects pratiques dans les projets de construction, Constr.-urb.2016, étude 13, n°.11. Disponible sur : <https://www.hfw.com/L-impact-de-la-reforme-du-droit-des-contrats-en-France-en-matiere-de-construction-Mai-2016>

H. Lankar, L'impact du changement de circonstances sur le contrat : la théorie de l'imprévision en droit français et son équivalent américain, 13 janvier 2018, linked in. Disponible sur : <https://fr.linkedin.com/pulse/limpact-du-changement-de-circonstances-sur-le-contrat-hanna-lankar>

H. Le Nabasque, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Dossier, Bull.Joly 2016. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/BJS115m4>

H. Marin-Sisteron, « Le spectre du gouvernement des juges », LesEchos.fr, 5 avril 2016. Disponible sur : http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2016/04/05/cercle_155895.htm

H. Rassafi-Guibal, L'imprévision n'est pas morte mais, elle est moribonde, revue générale du droit, Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/11/03/limprevison-nest-pas-morte-mais-elle-est-moribonde/>

Imprévision: précisions à l'heure de la réforme , Sélène Avocats, 12 février 2016. Anonyme, Disponible sur : <http://www.selene-avocats.fr/publications-activites/1388-imprevison-reforme-obligations/>

Instruction du 25 janvier 2005 (NPR :EQUE0500019J) relative à la prise en compte des évolutions des couts dans la fixation des prix des marchés publics de bâtiment et de génie civil. Disponible sur le site internet www.legifrance.gouv.fr

J. Dubarry, L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause, Dalloz, 2014- Cour de cassation, com. 18 mars 2014 – AJCA 2014. Disponible sur : <https://scanr.enseignementsup-recherche.gouv.fr/publication/halshs-02216923>

J. Vogel, « Réforme du droit des contrats : Le juge devient une troisième partie au contrat », Actuel, Direction Juridique, Éd.s Législatives, février 2016. Disponible sur : <https://www.editions-legislatives.fr/>

J-I. Tixier et S. Estival, l'imprévision en droit immobilier après la réforme du droit des obligations, 6 Février 2017, option finance. Disponible sur : <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-de-limmobilier-avec-cms-francis-lefebvre-avocats/la-reforme-du-droit-des-contrats/limprevison-en-droit-immobilier-apres-la-reforme-du-droit-des-obligations.html>

L. Etienne, Théorie de l'imprévision : de sa réception par le Code Civil à son incidence en matière d'ingénierie contractuelle, village de la justice, 10 mars 2017. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/Theorie-imprevison-reception-par-Code-civil-son-incidence-matiere-ingenierie,24463.html>

L'imprévision, 27 septembre 2019. Anonyme, Disponible sur : <https://cours-de-droit.net/l-imprevison-a126604434/>

La circulaire du 7 juillet 2011 relative la qualité du droit (J.O.R.F n°0157 du 8 juillet 2011). Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323353&categorieLien=id>

La théorie de l'imprévision issue de la réforme du droit des contrats et ses conséquences en droit des entreprises en difficultés, Seban Associés, 10 Novembre 2016, Anonyme, Disponible sur: <http://www.seban-associes.avocat.fr/theorie-de-limprevison-issu-de-reforme-droit-contrats-consequences-droit-entreprises-difficultes/>

Le Baromètre de l'attractivité de la France 2013. Disponible sur : <https://www.slideshare.net/christopherobinet/barometre-de-lattractivite-de-la-france-2013-france-dernier-appel>

Le Haut comité juridique de la place financière de Paris (HCJP), propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, rapport du 10 mai 2017. Disponible sur : <http://www.eifr.eu/uploads/eventdocs/595b5dbc10ebf.pdf>

M. Hauriou, « la construction jurisprudentielle de la situation extra-contractuelle », Revue Générale du Droit. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/01/la-construction-jurisprudentielle-de-la-situation-extra-contractuelle/>

M. Hauriou, la construction jurisprudentielle de la « situation extracontractuelle », revue générale du droit. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/01/la-construction-jurisprudentielle-de-la-situation-extra-contractuelle/> <https://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-n-11-06-relatif-a-deux-questions-posees-par-federation-professionnelle-industrielle> <https://www.slideshare.net/christopherobinet/barometre-de-lattractivite-de-la-france-2013-france-dernier-appel>

M. Hauriou, La suite des affaires d'imprévision dans les marchés d'éclairage au gaz, Revue générale du droit en ligne, 2015, n°.15377. Disponible sur www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15377.

M. Hauriou, Les conséquences de l'imprévision dans les marchés d'éclairage au gaz, revue générale du droit, 2015. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/25/les-consequences-dune-imprevison-dans-un-marche-declairage-au-gaz/>

M. Heguy associées, les points clefs du contrat de consortium, Disponible sur : http://www.jurisprudences.org/htm/fr/conseils/conseil_contrat_consortium.html

M. Latina, l'imprévision, blog des réformes du droit des obligations, 23 mars 2015, éd. Dalloz 2015. Disponible sur : <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevison/>

M. Robineau, Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil. Disponible sur <https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr>

M. Verger, L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision (« on liait les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles », Squire Patton Boggs, 19 juillet 2016. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/L-introduction-en-droit-prive-francais-du-principe-de-revision-des-contrats-pour-imprevison-br-br-On-liait-les-boeufs_a2938.html

M. Latina et P-M. Le Corre, L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce, IFPPC, 2016, livre II, chapitre 1. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/lessentiel-droit-des-contrats/DCO110b7>

M-E. Mathieu, l'imprévision du Code Civil et les contrats de VEFA : aperçu pratique de son application, Lasaygues, 20 février 2018. Disponible sur : <https://lasaygues.com/limprevison-du-code-civil-et-les-contrats-de-vefa-apercu-pratique-de-son-application/>

N. Borga, l'entreprise en difficulté et la révision du contrat pour imprévision. Disponible sur : <https://www.fiducial-legal.com/wp-content/uploads/2019/08/article-nborga-082019.pdf>.

N. Crozier, l'impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat d'assurance en général et sur le contrat d'assurance maritime en particulier, 14 janvier 2019, publié sur le site du Village de la justice, disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/impact-reforme-droit-des-contrats-sur-contrat-assurance-general-sur-contrat,30409.html>

N. Molfessis, « les exigences relatives au prix en droit des contrats », LPA, 5 mai 2000, n°. 90. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA200009005>

N. Molfessis, le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, la semaine du droit libre propos, 21 Décembre 2015, éd. générale, N°.52. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/role-du-juge-en-cas-d-imprevision-dans-reforme-du-droit-des-contrats-20151224#.XvPBm25uKHk>

Note de l'AFJE après examen du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié le 17 février 2015 (article 8 de la loi n° 2015-177

O.C.D.E « France, vers des orientations stratégiques plus claires », Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation, 2004. Anonyme. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/franceversdesorientationsstrategiquesplusclairesexamensdelocdedelareformedelareglementation.htm>

O.Ubertalli, après une perte historique Renault promet des « temps meilleurs », Le Point.fr 30/7/2020. Disponible sur : https://www.lepoint.fr/economie/apres-une-perte-historique-renault-promet-des-temps-meilleurs-30-07-2020-2386152_28.php#

P. Arroyo, « Réforme du droit des contrats : de nouvelles perspectives en matière d'assurance ? », in HFW Assurance/Réassurance, septembre 2016. Disponible sur : <http://www.hfw.com/downloads/HFW-Reforme-du-droit-des-contrats-Septembre-2016.pdf>

P. Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, « Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) »- 22 Septembre 2005. Disponible sur : www.justice.gouv.fr

P. Fernandez, Changement de circonstances imprévisible et révision du contrat, 18 mai 2016. Disponible sur : https://www.avocat-fernandez.com/changement-de-circonstances-imprevisible-et-revision-du-contrat_ad75.html

Ph. Delebecque, le risque de détournement de la procédure de sauvegarde-l'incidence de la réforme de l'imprévision sur l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, Bulletin Joly Entreprises en difficulté-BJE mai 2016. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113j7>

Ph. Dumez, La consécration légale de la théorie de l'imprévision, non-classé, Blog du département "Droit des sociétés – Fusions-acquisitions" de DELSOL Avocats, 21 juillet 2016. Disponible sur : <http://www.delsolavocats.fr/dsfa/index.php/2016/07/21/la-consecration-legale-de-la-theorie-de-limprevision/>

Ph. Dupichot et co-auteurs, Réforme des contrats et difficultés des entreprises, BJE sept. 2016, n° 113u8. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-entreprises-en-difficulte/BJE113u8>

Ph. Malikan et C. Mandon, Réforme du Droit des contrats et opérations M&A (2^e partie) : du signing au closing, Revue Lamy Droit des Affaires, n°. 118 Septembre 2016. Disponible sur : <http://doczz.fr/doc/3856282/dossier---pinsent-masons>.

Ph. Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC 2016, Hors-série, la réforme du droit des contrats, quelles innovations ? Disponible sur : <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDC112z5>

P-M. Le Corre, L'imprévision versus ordonnance du 10 février 2016 et droit des entreprises en difficulté, la lettre juridique n°.666 du 1^{er} Septembre 2016. Disponible sur : <http://www.lexbase.fr/revues-juridiques/34164926-doctrine-l-imprevision-iversus-i-ordonnance-du-10-fevrier-2016-et-droit-des-entreprises-en-difficultes>.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Rapp. Sénat (2017-2018) n° 22, 11 oct. 2017. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-022.html>

Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM 2016/0593 - 2016/0280 (COD). Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, Bruxelles(2011) Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:FR:PDF>

R. Bruillard, Force majeure et épidémie, que dit la jurisprudence ? 25 mars 2020, la Rédaction. Disponible sur : <https://www.argusdelassurance.com/juriscope/force-majeure-et-epidemie-que-dit-la-jurisprudence-analyse.162496>

R. Cabrillac, la réforme du droit français des contrats, 26 fev.2018, Comitas Gentium, Disponible sur : http://comitasgentium.com/fr/la-reforme-du-droit-francais-des-contrats/?fbclid=IwAR0aZNBmbUfsLD4yiXtvr3WAB1wPq2fPkIGh5uUIhzNzbZOZCeLaL9pQNFw#_ftn3

R. Tafotie, l'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat, Avril 2005. Disponible sur : <https://docplayer.fr/28211377-Document-de-travail-4-l-incomplétude-contractuelle-comme-imprevision-endogene-ou-structurelle-du-contrat-par-roger-tafotie.html>

Rapport du groupe de travail de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007. Disponible sur : www.courdecassation.fr

Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n° 201-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations, JO 11 février 2016. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539&categorieLien=id>

S. Houé, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), 29 novembre 2017 Disponible sur : www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b0429_rapport-fond#P787_203661

S. Houlié, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi adopté par le sénat ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315) Disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/15/rapports/r0429.asp#P204_46254

S. Martin, A propos de l'article 1195 du Code Civil tel que rédigé par l'ordonnance du 10 février 2016, village de la justice. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/propos-article-1195-code-civil-tel,21536.html>

S. Saussier, « La durée des contrats interentreprises : une analyse empirique » vol, 135, issue 4, 1998. Disponible sur : https://www.researchgate.net/publication/254446091_La_duree_des_contrats_interentreprises_une_analyse_empirique

Squire Patton Boggs, Vers la prise en compte de l'imprévision dans les contrats de droit privé ?, La Revue, 3 octobre 2011. Disponible sur : https://larevue.squirepattonboggs.com/Vers-la-prise-en-compte-de-l-imprevision-dans-les-contrats-de-droit-prive_a1528.html

T. Genicon, Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?, D.2010 Disponible sur : https://actu.dalloz-étudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2010/D2010-2485.pdf

Th. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », coll. Repères, Paris, 1999. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-11.htm>

Th. Massarat et co-auteurs, Réforme du droit des contrats - Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats - Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Lexis Nexis Mai 2016, dossier 3. Disponible sur : https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier8.pdf

Théorie de l'imprévision et Commande Publique, le blog du droit des contrats public, 25 novembre 2019. Disponible sur : https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2019/11/25/theorie-de-limprevision-et-commande-publique/?fbclid=IwAR2CpyJBjIAT55OmD_6RGqV8UrfRgghTU6-c8csiGN5-6GvCaqPd3uYGdwg

V. Catillon, L'Article 1195 du Code civil à l'épreuve des instruments dérivés, RTD com, 2018. Disponible sur : http://www.labex-refi.com/wp-content/uploads/2018/01/Labex_refi_WP2017_08_Catillon-1.pdf

V. Zalewski-Sicard, l'impact de la réforme du droit des obligations sur l'exécution des contrats de construction, 15 février 2017, éd.s Francis Lefebvre, <https://www.e-fl.fr/actualites/immobilier/contrats-immobiliers-speciaux/details.html?ref=ui-323aca7d-ac10-4e29-ae70-a0e4aa37e6bb>

Virginie Reynès, La théorie de l'imprévision : la révolution n'aura (peut-être) pas lieu, blog des juristes, 9 juin 2016. Disponible sur : <https://droit-des-affaires.efe.fr/2016/06/09/la-theorie-de-limprevision-la-revolution-naura-peut-etre-pas-lieu/>

Y. Picod, « Les projets français sur la réforme du droit des obligations » (2009). Disponible sur : www.indret.com/pdf/677_fr.pdf

Collectif, Revue des arrêts de la jurisprudence soudanaise, 2013, Disponible sur : https://m.facebook.com/-مجلة-503887679649778-السودانية-القضائية-الأحكام/?ref=page_internal&mt_nav=0

b) Sitographie sur le droit des pays arabes

A. Elzarfi, théorie de l'imprévision et son impact sur la restitution de l'équilibre économique bouleversé du contrat, revue du centre d'études de l'université Koufa, 2015. Disponible sur : <http://www.uokufa.edu.iq/journals/index.php/ksc/article/view/3754/3071>

Anonyme, La baisse de la livre égyptienne n'est pas une circonstance exceptionnelle, 5 mars 2016, Egy Time News. Disponible sur : http://www.egtimenews.com/2016/03/blog-post_21.html

B. Danoun et R.Khalifa, l'impact de la théorie de l'imprévision sur les jugements : une analyse normative comparée n° .57, janvier 2014. Disponible sur : <https://platform.almanhal.com/Reader/Article/58893>

Bureau des Fatwas et législations, notes explicatives du projet du Code civil Palestinien, projet du développement du cadre juridique en Palestine, 2018. Disponible sur : <https://www.lab.pna.ps/versions/120.html>

Encyclopédie de travaux préparatoires du Code civil Egyptien, partie 2. Disponible sur : <https://www.daralwafaa.net/law.php?page=14¶m1=valu1¶m2=value2>

H. Aldabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient, université de Cherbrooke, 2013. Disponible sur : https://savoirs.usherbrooke.ca/bitstream/handle/11143/10198/10_Al_Dabbagh_le_droit_2013_43_1_2.pdf?sequence=3&isAllowed=y

H. Elarag, la force obligatoire du contrat en droit marocain. Disponible sur : http://frssiwa.blogspot.com/2015/04/blog-post_44.html#.XIAet3duL4h
https://qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post_5046.html

La dépréciation de la livre égyptienne n'est pas une circonstance exceptionnelle, légitime news, 5 mars 2016. Anonyme, Disponible sur : www.egtimenews.com/2016/03/blog-post_21.html

La force majeure dans la législation marocaine, revue du droit des affaires, 6 février 2014. Anonyme, Disponible sur : <https://www.droitentreprise.com/القوة-القاهرة-في-التشريع-المغربي/>

La révision des contrats pour le changement des circonstances, droits positifs. Anonyme. Disponible sur :

M. Abdelraouf, entreprises : l'application de la théorie de l'imprévision limite les pertes du secteur, revue el mal, 5 décembre 2016, Disponible sur : <https://www.almalnews.com/Story/313455/16/-شركات-تطبيق-نظرية-الظروف-الطارئة/>
يحد-من-خسائر-القطاع

M. Darwich, La révision pour imprévision en droit égyptien, village de la justice, 24 octobre 2016. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/revision-pour-imprevision-droit-egyptien,23362.html>

Revue des arrêts de la jurisprudence soudanaise, 1961. Disponible sur :

https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=2482093248495868&id=503887679649778

T. Khater, La théorie de l'imprévision en droit de procédure civile : une analyse normative compare, T 1, Université Mansoura, Faculté de droit, 2018. Disponible sur : https://jdl.journals.ekb.eg/article_29951.html

Théorie de l'imprévision, bibliothèque juridique électronique syrienne, 26 mars 2013. Anonyme. Disponible sur : <https://www.facebook.com/notes/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%83%D8%AA%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9/%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D9%87-%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D8%A6%D9%87/590771514268357/>

c) Sitographie sur autres droits

CISG Advisory Council Opinion N°. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, §§ 3.1 et 3.2, avis disponible sur: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

Clause de force majeure ICC 2003. Disponible sur : <https://iccwbo.org/resources-for-business/model-contracts-clauses/force-majeure/>

N. Meier, La théorie de l'imprévision en droit des contrats, analyse comparée en droit français et suisse, 2007. Disponible sur : www.oboulo.com

Phan Thanh Tu, Unidroit Principes des Contrats Commerciaux Internation, Disponible sur : http://cdvf.free.fr/phantu/study/master/data/unidroit_fr.pdf.

S. Martin, Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit québécois, les cahiers de droit, disponible sur : <https://www.erudit.org/en/journals/cd1/1993-v34-n2-cd3795/043223ar.pdf>

Unidroit. Disponible sur : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-dunidroit-2010-fr/430-chapitre-6-execution-section-2-hardship/1198-article-6-2-3-effets>

IV. Thèses et Mémoires

a) Thèses et Mémoires sur le droit français

A. Bennetot, La théorie de l'imprévision, Droit privé, Droit administratif Droit Ouvrier, Thèse, Paris, 1939.

C. Bléry, Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? Procédures 2007. Étude 11, spéc. N°. 1 ; L'efficacité substantielle des jugements civils, thèse, LGDJ, 2000.

C. Delforge, « La spécificité des contrats à long terme entre firmes », thèse UCL, (dir. M. Fontaine et P. Wéry), 2006.

Ch. Dorine, l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, mémoire de recherche, université Paris II Panthéon-Assas, Année scolaire 2016-2017.

D. Philippe, « Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle », thèse de doctorat, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1986.

D. Planutis, « Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes », Mémoire de recherche, Université Panthéon-Assas, 2012.

F. Descorps-Declère, Pour une obligation d'adaptation des contrats de coopération, contribution à l'étude du contrat évolutif, thèse Paris I, 2000.

Foyer, De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition, thèse, Paris, 1954.

G. Lacroix, l'adaptation du contrat aux changements de circonstances, mémoire, université de Reims Champagne Ardenne, année universitaire 2014-2015.

G. Piette, « La correction du contrat », notion utilisée par, Tome 1, presses universitaires d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires.

H. Montagne, De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile, 1912, Limoges Imprimerie.

J. Gatsi, Le contrat-cadre, thèse avec préf. de M. Béhar-Touchais, L.G.D.J., 1996

L. Preux, le traitement de l'imprévision en droit des contrats publics et prive, mémoire de master, 2013-2014.

M. Gourves, la volonté du salarié dans le rapport de travail, thèse de doctorat, université Lumière Lyon 2, 2010.

M. Ludovic, la prévisibilité en droit des contrats, thèse en vue de l'obtention du doctorat de l'université de Toulouse Capitole, 11 décembre 2017.

S. Noel, les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur), thèse de doctorat, 29 Novembre 2012.

b) Thèses et mémoires sur le droit des pays arabes

- A. Abdelkader Bayoumi, La modification du contrat et son impact en doctrine et en droit privé égyptien, thèse de doctorat, école de shariaa et de droit, université Azhar, 2003.
- B. Koukou, B. Nejma, théorie de l'imprévision en droit Algérien, mémoire, Université Abdel Rahman Mira, 2014-2015.
- B. Receveur, La force obligatoire du contrat de société contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, soutenue le 12 décembre 2013, université de Cergy-Pontoise.
- Bomsel, La théorie de l'imprévision en droit civil français, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, 1922.
- H. Abd El Rahman, l'impact de la théorie de l'excuse et les calamités sur les obligations contractuelles en Droit Musulman en comparaison avec la théorie de l'imprévision en Droit Algérien, mémoire, faculté des sciences musulmanes, Université d'Algérie 2005-2006.
- H. Ben Shenity, le pouvoir du juge dans la modification du contrat, thèse, institut des droits et sciences administratifs, université Ben Aknoun, Algérie, 1966.
- H. El Rassoul -Sheikh Kazazy : l'impact des circonstances imprévues sur l'obligation contractuelle en droit comparé, thèse de doctorat, faculté de droit, université du Caire, Giza imprimerie, Alexandrie, 1979.
- H. Eldibe, l'impact des circonstances imprévues sur les contrats civils (étude analytique du projet de loi Palestinien), mémoire, Université Azhar, Ghaza, 2012.
- K. Fadel, la modification du contrat pendant son exécution, mémoire, faculté de Droit, Université d'Algérie, 2001-2002.
- M. Ebnelabedin, thèse stagnation monétaire, ensemble des thèses d'Ebn El Abdein, partie 2, maison des livres scientifiques, 2014.
- M. Lachachi, L'équilibre du contrat de consommation, mémoire soutenue à l'université d'Oran, 2012-2013.
- N. Mahmoud : théorie du contrat comme loi des parties et les exceptions en droit du commerce international, thèse de doctorat, faculté de droit, Ain Shams, 2002-2003.
- O. Abdel Raham, la théorie de l'imprévision entre la théorie et la pratique, mémoire en droit prive, université El Hassan Elthani, la maison blanche, 1990.
- R. Ahmed, l'impact des circonstances économiques sur la force obligatoire du contrat, université du caire, 1994.

c) Thèses et mémoires sur autres droits

- A. Parent, l'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique, thèse, Faculté de droit Université McGill, Montréal, 2014.

V. Arrêts et notes sur les arrêts

A. Arrêts des juridictions administratives

i. Arrêts des juridictions administratives françaises

- CAA Bordeaux, 7 octobre 2004, Société Ateliers CMR, n 00BX01699, inédit au Recueil Lebon.
- CAA de Marseille, 12 juin 2017

CAA Marseille 3.4.2008, n°06MA01355, Sté Braja Vesigne.
CAA Marseille, 3 avril 2008, Société Braja Vesigne, n 06MA01355, Inédit au Recueil Lebon.
CAA Marseille, 3 avril 2008, Société Braja Vesigne, n 06MA01355, inédit au Recueil Lebon
CAA Nancy, 8 avril 2013, Société Constructions Métalliques Savoyardes, n 12NC00503, inédit au Recueil Lebon.
CE 12 MARS 1976, aida.528 ET 552, concl. Labetoulle.
CE 20 mai 1994, Société Le Gardiennage industriel de la Seine, req. n° 66377, aux tables
CE Sect., 03/01/1956
CE, 10 Février 1928, série 1929/3/113
CE, 10 février 1943, Aurran
CE, 10 février 2010, Société Prest'action, n°.301116, Lebon. .
CE, 10 février 2010, Société Prest'action.
CE, 10 juin 1921, Commune de Monséguir, n°. 45681, Lebon.
CE, 12 Juillet 1922, recueil des arrêts du conseil d'Etat.
CE, 12 mars 1920, recueil des arrêts du conseil d'Etat
CE, 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c/Société Sofilia
CE, 13 novembre 1953, Charnit ès qualité de liquidateur de la société Collet Georges et fils
CE, 14 mars 1962, Société manufacture des vêtements Paul Boyé
CE, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, inédit sur Legifrance, Lebon, p.359 :CE,22 février, Ville d'Avignon, inédit sur
Légifrance, Lebon.
CE, 15 Juillet 1949, Ville d'Elbeuf.
CE, 17 juin 1981, Commune de Papeete.
CE, 17 mars 1976, Vuillemin, n 96368, Lebon.
CE, 19 février 1992, SA Dragages et travaux, n 47265, Lebon tables p.1108 et 1109
CE, 19 février 1992, SA Dragages et travaux, n 47265, Lebon.
CE, 2 juillet 1982, Société routière Colas, n 23653, Recueil Lebon.
CE, 20 janvier 1978, Société Routes et travaux publics, n°. 03526, inédit au Recueil Lebon.
CE, 20 janvier 1978, Société Routes et travaux publics, n°. 03526, inédit au Recueil Lebon.
CE, 20 Juillet 1917 Lebon, série 1923/3/56, commentaire monsieur Alibet.
CE, 21 Juillet 1917, compagnie générale des automobiles postales
CE, 21 Octobre 2019, Société Alliance,req, n°.419155
CE, 23 novembre 1956, Héreil
CE, 25 novembre 1925 Cie des automobiles postales : Recueil Lebon.
CE, 26 dec.1981 (2 arrêts), Ville de Montluçon et Ville de St-Etienne, S. et CE Gaz de Déville-lès-Rouen, 9 déc. 1899.
CE, 27 juillet 1951, Commune de Montagnac, inédit sur Légifrance, Lebon.
CE, 27 Juillet 1951, Commune de Montagnac.
CE, 27 Juin 1919, Société du gaz et de l'électricité de Nice c/ Ville de Nice, ensemble des jurisprudences
administratives, éd. 1929, partie 3.
CE, 3 décembre 1920, Fromassal
CE, 3 décembre 1920, Fromassol
CE, 30 mars 1916.
CE, 30 novembre 1990, Société Coignet Entreprise, n°. 53636, Recueil Lebon
CE, 30 octobre 1923, Mas-Gayet
CE, 4 mai 1949, Ville de Toulon
CE, 7 octobre 1970, Pierre Lavigne, n°. 03426, inédit au Recueil Lebon.
CE, 7^e – 2^e chambres réunies, 20 décembre 2017, n° 408562
CE, 8 février 1918, Gaz de Poissy
CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure,n 328803, mentionné dans les tables du Recueil Lebon
CE, Arrêt du 4 Novembre 1932, ensemble année 916

CE, arrêt Gaz de Montreuil-sous-Bois ,16 janvier 1920, Rec. des arrêts du CE.
 CE, arrêt société d'éclairage d'Oloron, arrêt du 10 Avril 1923.
 CE, Ass., 9 déc. 1932, Compagne des tramways de Cherbourg.
 CE, Ass., 9 déc. 1932, Compagne des tramways de Cherbourg.
 CE, Charnit et Gollet, arrêt du 13 Novembre 1952, actualité juridique, ensemble 1954.
 CE, Commune de Tursac, 3-1-1936, Recueil Lebon.
 CE, Druy, 16 dec, Recueil Lebon.
 CE, Gaz de Melun, 12 décembre 1919, Rec. des arrêts du CE,
 CE, Sect., 21 avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques
 CE, Société anonyme dragage de travaux publics.
 CE, Société des grands travaux de Marseille, 2-2-1951, Recueil Lebon.
 CE, société Suburaine du gaz et de l'électricité, 30 décembre 1921, Rec. des arrêts du Cons. D'Etat.
 CE, Société Propétrol, 5 novembre 1982, (1983) AJDA 259, note Labetoulle ; voir De Laubadère, Moderne et Delvolvé.
 CE,11 mars 1959, Société technique des appareils centrifuges industriels, inédit sur Légifrance, inédit au Recueil Lebon, AJDA 1959.
 CE,14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, n°.184722, Recueil Lebon
 CE,15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf
 CE,19 février 1992, SA Dragages et travaux publics.
 CE,28 octobre 1983, Société auxiliaire d'entreprise.
 CE,29 mai 1991, Etablissement public d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines.
 CE,7 eme-2eme chambres réunies, 21 octobre 2019, n°.419155
 CE,8 février1918, Société d'éclairage de Poissy, RDP 1918.244, concl.L-F.Corneille, cité in Traité des contrats administratifs.
 Conseil d'Etat Français, 30 mars 1916, Siret 17-3-1916
 Conseil d'État 27 novembre 1931 Compagnie des tramways de Besançon
 GAJA,22 ed.,n°.28,p.180
 TA Rouen, 28 août 1998, Société Renault SA, n°. 951837, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

ii. Arrêts des juridictions administratives des pays arabes

CE, 11 mai 1968, année judiciaire13
 CE, 16-12-1997, pourvoi n°.1749, année judiciaire 37
 CE, 17 Juin 1972, pourvoi n°.35, année judiciaire 14.
 CE, 19-6-1990, année judiciaire 14.
 CE, 30-11-1985, pourvoi 2541 année judiciaire 29.
 CE, 4 Avril 1993, pourvois n°.449/801, année judiciaire 35.
 CE, 4 Avril 1993, pourvois n°.549/801, année judiciaire 35
 CE, 8 mai 2001, pourvoi n°.5955, année judiciaire 43.
 CE, 9 Juin 1962, année judiciaire 7.
 CE, 9 Juin 1962, année judiciaire 7.
 CE, arrêt du 11 mai 1968, pourvois n°.1562
 CE, arrêt du 14 Avril, 1960, année 14.
 CE, arrêt du 14 juillet 1960, année judiciaire 14.
 CE, Fatwa n°.328, session 28-4-1993
 CE, Pourvoi N°.67, année judiciaire 11, session 11/5/1968, nouvelle encyclopédie du droit administratif.
 CE,2 Avril 1980, N°.23, année judiciaire 25

Décision du Conseil des ministres de l'Arabie Saoudite sur la restitution de l'équilibre économique du contrat administratif conformément à la théorie de l'imprévision, décision N°.1255 en date du 8/12/1968 et décisions du conseil des ministres N°.566 en date du 15/10/1967.

Diwan El Mazalem, ensemble des principes législatifs et organisationnels, session 18-2-1400 Hégirienne, pourvoi n°.129, année hégirienne 1398.

Diwan el mazalem, jugement 22/D/3, année 2003.

Diwan Elmazalem, N°.28, D/1/3 pour l'année 1422, arrêt N°.12/1/K

Le tribunal fédéral suprême, décision du 5/10/1993, pourvoi n°.2

Pourvoi n°.25/93, session 21/2/1994

B. Arrêts des juridictions judiciaires

i. Arrêts des juridictions judiciaires françaises.

Cass.civ. 6 juin 1921, publié au bulletin

Cass. Civ. 1re, 10 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 313; RTD civ. 1997. 410, obs. Hauser.

Cass. 14 mars 2006, Bull. civ. I, n° 161; D. 2006. 1947, note Huyette; RTD civ. 2006. 299, obs. Hauser.

Cass.civ.2e.10 dec.1998, RTD civ.1999,646,obs.Perrot.

Cass. civ. 3e, 11 oct. 2000, Bull. civ., III n° 163

Cass. civ.2e,11 sept.2015,n°. 13-17.236

Cass. Civ. 1re, 28 juin 2005, Bull. civ. I, n° 286; D. 2005. IR 2243; RTD civ. 2005. 767, obs. Hauser.

Cass. Civ. 1re, 6 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 309

Cass. Civ. 1re, 21 sept. 2005, Bull. civ. I, n° 339; R., p. 212; D. 2006. 47, note Lefranc-Hamoniaux, Dans le même sens, appliquant le nouvel art. 271, Civ. 1re, 6 oct. 2010, n° 09-10.989, D. 2010. Actu. 2431, obs. Gallmeister; Dr.

Fam. 2010, n° 178, obs. LarribauTerneyre; JCP 2011, n° 29, obs. Bosse-Platière

Cass. Civ. 2e, 8 juin 1979, D. 1979. IR 538.

Cass. Civ. 1re, 8 oct. 2008, Bull. civ. I, n° 219; JCP 2008. IV. 2741.

Cass. Civ. 2e, 17 déc. 1997, Bull. civ. II, n° 320; RTD civ. 1998. 360, obs. Hauser.

Cass. civ.1re,nov.2003, n°.01-14.942,D.2003.2867

Cass.civ.1re.18 mai 1978.

Assemblée Plénière, 1er décembre 1995, 152-155, Cass. soc. 25 février 1992, Bull. V, n° 121.

Cass. Com,mai 2017, n°.15-29065

Cass.Civ,1ere,9 Novembre 1999, pourvoi n°.97-16306.

Cass.,Civ.3eme, 20 Juin 2019, n°.17-26383

Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n°. 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 02-13.673

Cass.Civ. 3e, 1er juin 2011, n° 09-70.502.

Cass. com., 22 févr. 2005

Cass. Civ. 2e, 6 mai 2004, JCP 2004. IV. 2294.

Cass. Civ. 1re, 18 déc. 1979, Bull. civ. I, n° 324.

CA Paris, 23 janv. 1984, D. 1985. IR 174.

Cass. 3eme civ., 20 nov.2002, n°.00-14,423, Bull.civ.III, n°.230,JCP E 2004,31, note Guiderdoni B

Cass., 1ère Civ., 24 février 1981, Bull., n° 65

Paris, 28 janv. 2009, RJDA 2009, n° 586 ; RTD civ. 2009. obs. B. Fages (contrat de fourniture d'acier)

Cass. civ. 1re, 30 juin 2004, n° 01-15.964, Bull. civ. IV, n° 192. D. 2005. 2281, obs. C. Witz ; RTD civ. 2005. 354, obs.

P. Remy-Corlay; RTD com. 2004.

Cass. Civ. 1re, 16 mars 2004, n° 01-15.804, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2004. 1754, note D. Mazeaud; *ibid.* 2239, chron. J. Ghestin; RTD civ. 2004. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCE 2004, comm. 119, obs. Ph. Stoffel-Munck

Cass.Civ. 1re, 28 mai 2008, n° 07-13.266, D. 2008. 1629, obs. X. Delpech ; **ibid.** 3111, obs. T. Clay ; RTD civ. 2008. 551, obs. R. Perrot ; RTD com. 2010. 535, obs. E. Loquin ; JCP 2008. II. 10170, obs. G. Bolard

Cass.Civ. 1re, 12 sept. 2012, n° 11-18.530, D. 2012. 2991, obs. T. Clay ; RLDC nov. 2012, p. 69, obs. C. Bléry.

Cass. Civ. 2e, 19 oct. 2017, n° 16-24.372 NP, AJDI 2018. 54 ;

Com. 8 mars 2017, n° 15-20.392 NP ; Civ. 3e, 17 juin 2015, n° 14-14.372 P, D. 2015. 1369 ; **ibid.** 2198, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp ; RTD civ. 2015. 869, obs. H. Barbier ; JCP 2015. 788, obs. Y.-M. Serinet).

Cass.Civ. 1re, 12 mai 2016, n° 15-16.743 P, D. 2016. 1083 ; **ibid.** 2017. 422, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2016. 923, obs. P. Théry ; Procédures 2016, comm. 223, obs. Y. Strickler, Gaz. Pal. 2016. 66, obs. H. Herman ; 30 nov. 2016, n° 15-20.043 NP, Procédures 2017. comm. 26, obs. Y. Strickler

Cass.Com.20 fevr. 2007, n°.05-18.322

Cass.Civ. 1re, 22 oct. 2002, n° 00-14.035 P, Rev. crit. DIP 2003. 299, note E. Pataut ;

Cass.Civ. 2e, 3 juin 2004, n° 03-14.204 P, D. 2004. 1769 ;

Cass. Civ. 3e, 25 avril 2007, n° 06-10.662 P, AJDA 2007. 1374 ; D. 2007. 1344 ; *ibid.* 2427, obs. N. Fricero ; AJDI 2007. 590 ; *ibid.* 671 , obs. R. Hostiou ; *ibid.* 2013. 100, chron. S. Gilbert ; Procédures 2007. Comm. 158, obs. R. Perrot ;

Cass. Civ. 2e, 7 oct. 1970, Bull. civ. II, n° 259.

Cass. Civ. 24 janv. 1979, JCP 1979. IV. 104. – Soc. 23 févr. 1983, Bull. civ. IV, n° 107.

Cass. Civ. 3e, 25 avr. 1990, JCP 1990. IV. 231.

Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1999,

Cass. Civ. 21 févr. 1933, Gaz. Pal. 1933. 1. 853.

Cass. Civ. 2e, 22 avr. 1971, Bull. civ. II, n° 152; RTD civ. 1972. 44, obs. Durry. Cass. 24 oct. 1984, JCP 1985. II. 20386, note Chartier

Cass. Civ. 2e, 12 oct. 1972, D. 1974. 536; JCP 1974. II. 17609, note Brousseau; Gaz. Pal. 1973. 1. 69, note H. M.

Cass. Civ. 2e, 6 mai 2010, n° 09-14.737, D. 2010. 1291 ; RTD civ. 2010. 615, obs. R. Perrot ;

Cass.Civ. 1re, 16 avr. 2015, n° 14-13.280, Gaz. Pal. 16 juin 2015, p. 20, C. Bléry ;

Cass.Com. 26 janv. 2016, nos 14-17.672 et a. P, D. 2016. 311 ; RTD com. 2016. 860, obs. J.-L. Vallens ; Civ. 1re, 19 sept. 2018, n° 17-22.678, Dalloz actualité, 3 oct. 2018, obs. C. Bléry ; D. 2018. 2347 , note J. Jourdan-Marques ; AJ fam. 2019. 51, obs. J. Casey ; RTD civ. 2019. 181, obs. N. Cayrol ; LEDC nov. 2018, G. Guerlin Cass. Civ. 2e, 17 janv. 2019, n° 18-10.350, Dalloz actualité, 19 févr. 2019, obs. M. Kebir ;

Cass.Civ. 2e, 11 avr. 2019, n° 17-31.785, D. 2019. 824 ; *ibid.* 1412, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; JCP 2019. 594

L'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006, Just. et Cass. 2010. 366 s

Cass.Com. 4 déc. 2001, n° 99-15.112. Civ. 1re, 22 oct. 2002, n° 00-14.035.

Cass. Civ. 3e, 25 avr. 2007, n° 06-10.662, Procédures 2007, n° 158, obs. Perrot; JCP 2008. I. 155, n° 18, obs. Huyghe.

Cass. Civ. 3e, 26 Nov. 2015, n° 14-24.898, Cédric BOUTY, Chose jugée, Op. Cit., N° 625. Civ.1re,16 avr.2015,n°.14-13.280.

Cass. Civ. 2e, 10 juin 2010, n° 09-67.172, Procédures 2010, n° 305, obs. Perrot.

Cass. Civ. 2e, 19 oct. 2017, n° 16-24.269, Procédure 2018, comm. 3, obs. Croze, Cass. Civ. 2e, 20 janv. 2010, n° 08-70.206, JCP 2010. 272, note Bléry

Cass. Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne.

Cass. soc. 25 février 1992, Bull. civ. V, n° 122 ; D. 1992, p. 390, note F. Défossez ; RTD civ. 1992, obs.J. Mestre.

Cass. soc. 13 juillet 2010, Bull. civ. V, n° 172.

Cass, com. 18 mars 2014

Cass, civ.6 mars 1876, GAJC, Actualité juridiques, Dalloz,2008, obs.Y.Lequette.

Cass, civ. 6 mars 1876, DP 1876, 1, p. 195, note A. Giboulot, S. 1876, 1, p. 161, Grands arrêts, T. 2, n° 165

Cass.3e civ., 19 mai 2016, n°.15-14.464

Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.424
 Cass.3e.,6 oct.2016, n°.15-17.989.
 Cass. Com.3oct.2006,n 04-13.214,D.2007.765,note D.Mazeaud;RTDciv.2007.340,obs.J.Mestre et B.Fages.
 Cass. Com. 3 nov. 1992, Huard, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; Defrénois 1993. 1337, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; RTD civ. 1993, obs. J. Mestre ;
 Cass.Com. 24 nov. 1998, Chevassus-Marche, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277, CCC 1999, comm. n° 56, M. Malaurie-Vignal ; Defrénois 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre ; RTD civ. 1999. 646, obs. P.-Y. Gautier.
 Cass. Civ.1re,12 juill.2006, n°.04-13.204, RTD civ,2007.105, obs.J. Mestre et B Fages.
 Cass.Com. 29 juin 2010, D. 2010. 2481, note T. Génicon, RDC 2011. 34, obs.
 Cass. Civ.1re,12 juill.2006, n04-13.204, RTDciv.2007.105, obs.J.Mestre et B.Fages ;RDC2007.253.Y.-m Laithier ;30 oct2008,n07-17.646,D.2008.2937,et2009.747,chron.P.Chauvin et C.Creton ;RTD civ.2009.111,obs.J.Hauser,et118,obs.B.Fages ;JCP 2009.II.10000,OBS.d.Houtcieff ;RDC 2009.29,obs.D.Mazeaud ;RLDC 2008,3283,OBS.A.Cermolacce.
 Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, JCP G 2014, 1116, note J. Ghestin.
 Cass.Civ.1,Pourvoi n°.06-15.863, session 14-06-2007.
 Cass, com, 17 octobre 1995, n°94-10433
 Cass.Civ, 3e, 20 nov.2002, n 00-14.423, Bull.civ.III, n 230 ; RDI 2003.60, OBS.b. Boubli ; Defrénois 2003/318, obs.H. Perinet-Marquet ; JCP E 2004.31, obs.B. Guiderdoni-V.egal.Civ.3 e,27 sept.2006, n 05-13.808, Bull.civ.III, n 189 ; D.2006.2461 ; Defrénois 2008.
 Cass., Civ.2eme, 21 mars 2019, n°.17-31.540.
 Cass., Civ.3eme,8 octobre 2013, n°. 12-26.140
 Cass.3e civ, 8 juin 2005, n°.04-15.046.
 Cass.3e civ., 18 avr.2019, n°.18-18.801
 Cass.3e civ., 19 janv.2017, n°.15-20.846, Publié au bulletin.
 Cass., ass. plen.,14avr.2006, n°.02-11.168
 CA Agen, 21 janvier 1993, JurisData n°.1993-040559
 TI Paris, 4 mai 2004, n° 11-03-000869
 Cass. 9 janvier 1856, 3 arrêts, DP 56.1.33 ;11 Mars 1856,DP, 56.1.100.
 Cass. Civ, 6 Juin 1921, D,1921,1,73, rapp.A. Colin, S.1921.1.193, note Hugueney ;30 mai 1922, D.1922.1.69, S.1922.1.289,note Hugueney,mais v.depuis L.du 4 Juin 1941 modifiant l'art.1826 C.civ).
 Cass. Civ. 14 nov.1933,Gaz.Pal.1934.1.58
 Cass. Com.18 janv.1950,D.1950.227
 TGI Paris, 5e chambre 1re section, 12 décembre 2006, n° 05/03905
 Cass Com, 8 mars 2011, pourvois n° 10-13988 10-13989 10-13990
 Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20306, PB.
 Cass.civ., 28 févr.1951,D.1951,jur.,p.309.
 Cass.1re civ., 23 nov.2011, n°.10-16.770, Bull.civ.I, n°.206, RDC2012, obs.Laithier Y.-M
 Cass.1re civ., 3 mars 2011, n°.09-70, 754, Bull.civ.I, n°.43.
 Cass. com. 26 juin 2007, n°06-20.820, D. 2007 p. 1864, obs. Lienhard.
 Cass. com. 14 janvier 2014, n°.12-22.909
 Cass. com., 23 sept. 2014, n°. 13-21405.
 Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-16884.
 Cass. com., 5 sept. 2018, n°.17-10975
 Cass.Civ.3e,11oct.2000,Bull.civ,Bull.civ.,III,n°. 163.
 Cass. Civ 1 ère,16 mars 2004, 01-15804, Bull. 2004 , n° 86
 Cass. civ., 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault, DP 1872, 1; Cass. civ. 1ère, 11 mai 1982, Gaz. Pal. 1982, note F. Chabas ; Cass. com., 5 juillet 1984, JCP G 1985, II, 20409, note E.-M. Bey.

Cass.Civ 1ère , du 6 juin 1921, Bull. n° 95
 Arrêt « Halévy », Civ. 10 novembre 1930, S., 1931. 1. 161, note G. Lagarde ; DP, 1932. 1. 29, note M. Nast).
 Cass, 15 nov. 1933, S.1934.1.13
 Cass.1ere civ., 1er juillet 2010, n 09-15677, non publié au Bulletin
 Cass.com.24 novembre 1998, 96-18357, Bull. N° 277
 Cass.com.3 nov 1992, n 90-18.547, Bull.civ.IV, n338
 Cass. civ. 3e, 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14990, V.aussi Cass. civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21260, RTD civ. 2009, p. 528, obs. B. Fages.
 Cass. civ. fr., 30 juin 2004, arrêt Behr, Bull. civ., 2004, I, 159, n° 192 ; Dalloz, 2005, somm., 2289, obs. C. WITZ ; JCP, 2005, I, 110, p. 208, obs. I. RUEDA ; rendu sur appel de Colmar, 12 juin 2001, Dalloz, 2003, somm., 2367, obs. W.-T. SCHNEIDER.
 Cass.Civ.3e,3 nov.2011, n°. 10-26.203,D.2011.2795
 Cass. Civ. 2e, 13 févr. 2014, n° 13-10.548. Cass. Civ. 2e, 19 juin 2014, n° 13-17.983, Resp. civ. et assurances 2014. 292, obs. Groutel.
 Cass civ 2ème 10 décembre 1998 n°95-22146 .
 Cass. Civ. 2e, 14 janv. 1998, Dr. Fam. 1998, n° 64, obs. Lécuye.
 Cass. Civ. 2e, 28 mars 2002, n° 00-17.053
 Cass. Civ. 2e, 12 déc. 1973, Bull. civ. II, n° 334.
 Cass. 10 févr. 2011, Procédures 2011, n° 140, obs. Bugada
 Cass. Civ. 2e, 30 oct. 1989, Bull. civ. II, n° 198.
 Cass. Crim. 9 juill. 1996, Bull. Crim. n° 286. Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1999, Bull. civ. II, n° 188. Cass.
 Cass. Civ. 2e, 30 oct. 1989, Bull. civ. II, n° 198.
 Cass. Crim. 9 juill. 1996, Bull. Crim. n° 286. Cass. Civ. 2e, 9 déc. 1999, Bull. civ. II, n° 188. Cass.
 Cass. Civ. 2e, 29 janv. 2015, JCP 2015. 319, note Fossier; RTD civ. 2015. 458, obs. Cayrol.
 CA Paris, 28 Sept.1976, JCP 1976.II.18810, note J. Robert,Rev.arb.1977.341.et chron.B.;Nancy,26 sept.2007,D.2008.1120,note.M. Boutonnet,JCP 2008.II.10091,note M.Lamoureux.
 CA Colmar, ch. 1 a, 8 mars 2017, n° 16/00310.
 CA Rouen, 9 février 1844, D 1845.2.4.
 CA Douai, 3 mai 1851, DP18 54.2.130; pour une liste exhaustive de cette jurisprudence, voir « Imprévision » dans Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil, par Jean-Louis Mouralis à jour au 1er janvier 2012.
 CA Paris, 26 sept. 2001 : Propr. industr. 2002, comm. 39, obs. J. Dragne.
 CA Versailles, 23 mai 1996, Gaz. Pal., 1998, 1, somm. 81, E DREYER
 CA Nancy, 26 septembre 2007, Société Novacarb,D.2008.
 CA de Nancy, 22 novembre 2010, RG n°.09/00003
 Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 3, Arrêt du 29 mars 2016, Répertoire général n° 15/05607
 CA de Basse-Terre,17 décembre 2018, RG n°17/00739.
 CA Agen, 21 janvier 1993, JurisData, pourvoi, n°.1993-040559.
 CA Aix-en-Provence, 3 mai 2006, Juris Data n°2006-306944.
 CA Colmar, 12 mars 2020, RG n°20/01098
 CA Paris, 5, 1, 07 décembre 2011, n°.09/28227.
 CA Paris, ch 4ème A, 9 décembre 1992, n°.90/023931
 CA Versailles, 14e ch. 16-09-1998, Copyright 2018 - Dalloz
 TGI Paris,24 septembre 2015, RG n°. 14/04932.
 TGI Paris, 4 décembre 2009, RG 09/10292

ii. **Arrêts des juridictions judiciaires des pays arabes.**

Cass. Pourvoi N 58, session 4/3/1976, année judiciaire 40

Décision numéro 266/tashih décision 968

Cass. Année judiciaire 8, session 24/1/1975 ensemble des jugements de la Cour de Cassation.

Cass. Pourvoi n°.248, année judiciaire 30, ensemble des arrêts de la cour de cassation, 1ere éd..

Cass. Pourvoi 263, année judiciaire 226, session 3/1/1963, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, n°.3.

Cass. Pourvoi n°.240, année judiciaire 27, session 20/12/1962.

Ensemble des arrêts de la Cour de Cassation. Pourvoi n° 185, année judiciaire 13.

Cass. Pourvoi n°.211, année judiciaire38, session 22/5/1973.

ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, n°.186.

Cass. Pourvoi n°.187, arrêt 2/7/1964, année judiciaire 29, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 15.

Cass. Arrêt du 26/3/1964, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 15, n°.39.

Cass. Arrêt 26/3/1964 ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, p.409, arrêt du 21/8/1965, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 16.

Tribunal de Tamiz, décision n°.2937 pour l'année 1967.

Décision n°.117/Hokoukeya/965 en date du 21/6/975 et décision N°.1383/Hokoukeya/958

Cass.Pourvoi n°.580, session 1/3/1977, année judiciaire43

Cass. Pourvoi n°.1297, année judiciaire 56, session29/11/1990

Cass. Pourvoi n°. 22 et 23, session 4/4/1099, mawsea 1 /1989

Cass. Pourvoi n°. 386, session 30/10/1988, mawsea 1/1988

Cass. Pourvoi n°.1386, mawsea 1/1988.

Cass. Pourvoi n°. 448, session 11/1/1978, année judiciaire 43.

Tribunal Irakien Tamiz, decision n°.1313/Hokoukeya/959/12/7/909 .

Décision N°.60 Hokoukeya/958 et 1545/Hokoukeya/959 en date du 21/5/59.

Cour économique du Caire, pourvoi n°.2755, année 2014, arrêt rendu dans la session du 25-6-2015

Cass. Pourvoi N°. 58, session 4/3/1976, année judiciaire 40.

Cass. Pourvoi n°. 58, 65, session 4/3/1975, année judiciaire 40.

Cass. Session 11/11/1969, ensemble du bureau technique, année judiciaire 35.

Cass. Pourvoi n°. 3/2004, issue par la Cour de Cassation de Gaza publié sur le site électronique El moktafa, système législatif et judiciaire palestinien.

Cass. Pourvoi n°. 99694, session 10/10/1993 la revue juridique, 1994

Cass. Pourvoi N 1357, session 31/5/1983, année judiciaire 49.

Cass.Pourvoi N 317, session 11/1/1969, année judiciaire 35

Cass.arrêt du 8/11/1951, année judiciaire 19, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 3.

Cass. 9 janvier 1856.

Appel mixte 13 décembre 1899, 29 mai 1916, 15 mars 1916, 17 janvier 1917, 7 mai 1921,8 mars 1922, 30 mars 1922, 6 juin 1922, 13 juin 1922, 29 décembre 1927,26 novembre 1931, 6 décembre 1934.

Cour d'appel 19 Avril 1931.

Cass. Civ, 14 janvier 1932.

Cass. Pourvoi n°.238, 15 janvier 1942.

Cass. Pourvoi n°. 166, session 20/12/1973, année judiciaire 37.

Cass. Pourvoi n°. 409, session 16/3/1964, année judiciaire 15.

Cass.ch. Élargie 4 avril 1989, Revue al-Qada, n°. 2, 1990.

Cass. Session 20/3/1972

Cass. Pourvoi n°.245, session 20/12/1962, année judiciaire 27.

Cass. Pourvoi n°.263, session 3/1/1963, année judiciaire 2

Cass. Pourvoi n°. 117, session 15/2/1966, année judiciaire 31.

Cass. Pourvoi n°. 502, session 9/6/1975, année judiciaire 29.

Cass. Pourvoi n°.246, session 20/12/1962, année judiciaire 27.

Cass.Ass. plén.19/5/ 1979, majmoat al-ahkam al-adlyiah, n 2, 10eme année

Cass.civ. Session 25/12/1987, majmoat al-ahkam al-adlyiah, n°. 4, 18 eme année.
 Cass.civ. Pourvoi n°. 362, session 28/2/2007.
 Décision du Tribunal Tamiz n°.320/Hokoukeya 959, session 1/4/959 et 1319/Hokoukeya 959.
 Cass. Pourvoi n°. 2854, session 2/4/2009, année judiciaire 78.
 Cass. Pourvoi. N°. 580, session 1/3/1977, année judiciaire 43.
 Cass.civ.29. Pourvoi n°. 3.1974. sept.1971, Bull.jud.
 Cass, ch.civ. Pourvoi n°. 230, 20 Juin 2007.
 Cass. Civile, 9/1/1957.
 Cass. Pourvoi n°. 248, session 21/12/1981, année judiciaire 46.
 Cass. Session6 /7/1968, ensemble des jugements de la Cour de Cassation, année judiciaire 19.
 Cass. Pourvoi n°. 257, session 12/12/1967, année judiciaire 32.
 Cass. Pourvoi n°.249, session 20/12/1962, année judiciaire 27.
 Cass. Pourvoi n°. 6698, session 22/12/1997, année judiciaire 63.
 Décision du Tribunal Tamiz N°.748/Hokoukeya/959 et décision 1055/Hokoukeya/960.
 Cass. Pourvoi n°.448, session 11/1/1978, année judiciaire 43.
 Cass. Pourvoi n°.0368, session 26/3/1964, année 29, bureau technique15.
 Cass. Pourvoi n°. 0502, session du 9/6/1975
 Cass.1^{re} Ch., élargie 1^{er} dec.1995, al-mawsoaa al-adlyiah, n°. 62, 1999.
 Cass. Pourvoi n°. 1163, session 9/6/1975.
 Cass. Pourvoi n°. 56, session 15/11/1997, année judiciaire 12.
 Cass.Pourvoi n°.177, session 19/4/1951, année judiciaire 19.
 Cass. Pourvoi n°. 4901, session 6/4/1995, année judiciaire 64.
 Cass. Pourvoi n°.416, session18/02/1988, année judiciaire 51.
 Cass. Pourvoi n°. 580, Session 1/3/1997, année judiciaire 43.
 Cass. Session 21/3/1963, ensemble des jugements de la Cour de Cassation, année judiciaire 14.
 Cass.Session 21/3/963, publications du bureau technique, année judiciaire 14.
 Cass. Pourvoi n°.240, session 20/12/1962, année judiciaire 27.
 Cass. Pourvoi n°.263, session 3/1/1963, année judiciaire 26, bureau technique 14.
 Cass. Pourvoi n°.02448, session 18/02/1965, année judiciaire 30, bureau technique 16.
 Cass. Session 3/1/1963, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 14.
 Cass. Session 21/3/1964, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année14.
 Cas. Pourvoi n°. 359, Session 10/5/1962, année judiciaire 26, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation.
 Cass. Session 2/7/1964, ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, année 15.
 Cass. Civ, 15 mai 1947, Groupe Omar 5, n°. 200.
 Cass. Pourvois n°.1223 et1224, année judiciaire 27.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.634, session 24/2/ 2007, année judiciaire 66.
 Cass. civ. Pourvoi n°.21, session 27/10/ 1960, année judiciaire 28.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.20, session 17/12/1991, année judiciaire 59.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.14687, session 27/10/2010, année judiciaire 76.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.4873, session 20/3/2016, année judiciaire 78.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.21, session 27/10/1960, année judiciaire 28.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.2482, session 29/2/1996, année judiciaire 55.
 Cass. civ. Pourvoi n°.4363, session 25/11/1999, année judiciaire 62.
 Cass. Civ. Pourvoi n°.21, session 27/10/1960, année judiciaire 28.
 Cass. Civ. pourvoi n°.4061, session 10/10/2010, année judiciaire 67
 Cass. Civ pourvoi, n°.2482, session 29/2/1996, année judiciaire 55
 Cass. Civ. pourvoi n°.407, session 7/2/ 1968 année judiciaire 31.

