

Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ?

Thomas Genicon, Professeur à l'Université de Rennes I

Se peut-il qu'une souris accouche d'une montagne ? Nul doute que l'arrêt rendu le 29 juin dernier par la chambre commerciale sera d'abord l'objet d'une bataille d'experts en technique de cassation (1). Simple arrêt non publié, dira-t-on d'un côté, rendu en formation restreinte, pour défaut de base légale, tranchant une simple question de procédure civile (le débat portait seulement sur la compétence du juge des référés). Oui, mais arrêt de cassation tout de même, rétorquera-t-on, dont on ne peut négliger, en toute bonne foi, le motif décisive quand bien même il laisserait toute latitude à la cour de renvoi. Quelle formule, en effet !, si longue, si finement ciselée et aux termes si choisis... Formule qu'on ne cesse de relire sans vraiment y croire et qu'on dirait tout droit sortie du rêve le plus fou du précédent commentateur : « *si l'évolution des circonstances économiques (...) n'avait pas eu pour effet (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement (...)* ». Un pavé dans la mare.

Vraiment, cette fois, on ne voit pas comment esquiver le coup. On pourra bien minimiser la portée de cet arrêt perdu; on ne peut, dans l'immédiat, minimiser la portée de ce qu'il dit. Car tout y est, ou presque, de la théorie de l'imprévision telle qu'on l'enseigne aux étudiants de deuxième année avant de brandir le célèbre arrêt *Canal de Craponne* pour la balayer. Il n'est que la sanction de cette imprévision qui reste dans l'ombre, encore que l'on pourrait deviner une forme de neutralisation du contrat, sans qu'on sache bien si elle serait provisoire ou définitive : caducité comme le suggérait le pourvoi ? Résolution sur le mode de l'effet produit par une condition résolutoire ? mais sans effet rétroactif ? Plus subtilement, « exception d'imprévision » sur le mode de l'exception d'inexécution puisque l'arrêt est uniquement cassé pour ne pas avoir recherché si le débiteur pouvait refuser de s'exécuter (conséquence logique du fait que son obligation serait devenue sérieusement contestable) ? Et alors, cette nouvelle génération d'exception serait-elle destinée à imposer l'ouverture d'une renégociation du contrat ? Quoi qu'il en soit, de révision judiciaire des prestations, il n'est pas explicitement question et c'est au moins une consolation; la seule à dire vrai.

Car, pour le reste, ce revirement *in petto* nous semble très regrettable. S'il faut y voir un arrêt de provocation, sorte de ballon d'essai destiné à sonder les opinions, on se permettra de dire qu'il mérite d'être condamné. Mais on avouera partir d'un *a priori* défavorable sur lequel il faut s'expliquer, dans un premier temps, afin d'essayer, dans un second temps, de s'en extraire pour voir ce qui peut être sauvé, à la rigueur, de ce curieux arrêt.

I - Un dérapage avant l'heure

Contrairement à ce que considère une doctrine désormais majoritaire, il ne nous semble guère que la jurisprudence *Craponne* soit une vieillerie dont il faudrait se débarrasser absolument. On osera même admirer ce juge qui sait rester à sa place en refusant de jouer au justicier et qui, forcément très conscient de l'injustice faite à l'échelle de l'espèce (on se rappellera que le déséquilibre était caricatural), n'en maintient pas moins l'intransigeance d'un principe qu'il sait bon à l'échelle du système juridique tout entier. *En sacrifier un, pour en sauver cent*, dirait un slogan révolutionnaire... Capitant, du reste, citant Herriot, lorsqu'il parlait du « *respect étroit, strict, douloureux par moment de la signature* », n'avait-il pas pleinement conscience de ce sacrifice difficile mais nécessaire ? (2) Le monde peut bien s'effondrer, le contrat sera toujours là, proclame le droit français ! On parlerait aujourd'hui d'un message de politique

juridique dont on mesure, moralement, l'hommage qu'il rend à la parole donnée et, économiquement, le signal rassurant qu'il envoie aux milieux d'affaires. Or, précisément, à l'heure d'une compétition économique présumée des systèmes juridiques, on rappellera à tous ceux qui voient d'abord dans le droit des contrats un instrument au service de ces milieux, que la *common law* - dont on a souvent tendance à penser, à tort ou à raison, qu'elle y fait figure de modèle - est toute proche de la jurisprudence *Craponne*... même si, par calcul et délaissant le droit comparé véritable pour le droit virtuel européen, on a souvent laissé entendre le contraire (3) ! Le droit français aurait-il alors vraiment intérêt, en ces temps de mondialisation, à proclamer que le contrat est désormais moins obligatoire et à s'écarter de la « *sanctity of contract* » qui « *entretient la réputation d'un droit sûr, prévisible, à laquelle les common lawyers sont ouvertement attachés* » (4) ? Bien sûr, il y a l'équité, le sentiment de justice élémentaire... Mais sur ce terrain, il n'est pas certain que la théorie de l'imprévision soit elle-même à l'abri de toute critique. Ainsi que l'a souligné M. Molfessis, n'y aurait-il pas quelque injustice à ne corriger que les déséquilibres les plus considérables - ce qui est le présupposé de la théorie sauf à ruiner en son entier le droit des contrats - laissant intacts les déséquilibres simplement graves (5) ? Cette « discrimination » entre les situations de plus ou moins grande détresse ne serait pas facilement tenable ; avec le risque, à terme, d'ouvrir totalement les vannes, ce que personne ne veut... Pire encore, la faculté de révision pourrait bien se transformer... en instrument d'oppression du plus faible, ce que Carbonnier avait d'ailleurs pressenti (6). Il se dit parfois qu'en ces temps difficiles, certains fournisseurs puissants, se disant dans une situation intenable, usent (abusent...) de la clause de *hardship* qu'ils n'ont pas manqué d'insérer comme d'une justification un peu facile pour arracher des révisions à la baisse des tarifs... mais de leurs partenaires faibles seulement, tout en se gardant bien d'agir de même avec leurs partenaires forts ! Des dangers d'instiller un climat général de « droit à » la révision... Paraphrasant le mot célèbre, on est donc bien tenté de penser, pour notre part, que le rejet de l'imprévision, aussi crucifiant soit-il, est peut-être bien le pire des systèmes... à l'exception de tous les autres.

Encore faut-il rechercher les mérites de celui qu'initie peut-être l'arrêt du 29 juin 2010. Passé le cap de la théorie de l'imprévision, il est des manières plus ou moins dangereuses de naviguer sur les mers nouvelles. Or, il n'est pas question ici de révision du contrat mais uniquement de neutralisation de l'obligation contestée sur le terrain de l'absence de cause, puisque cette obligation aurait perdu en cours de contrat « toute contrepartie réelle ». La contrepartie devenue insuffisante, même très gravement, ne suffit donc pas : il en faut une quasi-disparition. De la même façon, on le sait, qu'il ne peut être question de sanctionner l'absence partielle de cause au stade de la formation du contrat - ce serait admettre la lésion - il ne peut être question de sanctionner la disparition partielle de cause lors de son exécution. On doit bien admettre qu'ainsi présentée, l'innovation est mesurée car on pourrait n'y voir que la transposition, au stade de l'exécution du contrat, d'une jurisprudence bien connue qui accepte d'assimiler la contrepartie dérisoire au défaut total de cause : c'est notamment la fameuse nullité de la vente à vil prix. Et nul n'a jamais contesté cette solution traditionnelle qui frôle la lésion sans qu'elle ait conduit, semble-t-il, à des débordements regrettables. Mais encore faudrait-il qu'il s'agisse bien de cela et la meilleure façon de le vérifier, en l'espèce comme à l'avenir (s'il y en a un), sera de se livrer honnêtement au « test » rétrospectif suivant : le contrat aurait-il été annulé pour « vil prix » s'il avait présenté, au jour de sa conclusion, la physionomie déséquilibrée qu'il a prise par la suite ? En toute logique, ce n'est qu'en cas de réponse positive que l'imprévision pourrait être consacrée techniquement sur le terrain de la cause... Faisant coïncider exactement le domaine de la nullité pour vil prix *initial* avec la caducité (?) pour vil prix *survenu*, on mesure qu'il y aurait là une façon de contenir sévèrement l'arrêt.

Seulement, il n'est pas du tout certain qu'en l'espèce, les juges auraient répondu par l'affirmative au « test » évoqué, ce qui conduit à penser que l'orientation prise est loin d'être restrictive. D'abord parce que l'idée de disparition de « toute contrepartie réelle » est mise en concurrence avec celle de « déséquilibre (de) l'économie générale du contrat », notion beaucoup plus floue, beaucoup plus ouverte et donc beaucoup plus dangereuse. Ensuite, parce que l'analyse des faits de l'espèce montre bien qu'on était très loin d'une situation dramatique « à la *Craponne* ». Qu'on en juge, plutôt, à la lumière du pourvoi annexé qui fait apparaître, pêle-mêle : 1°) que l'augmentation du coût des matières premières datait de

2006, soit deux ans avant que la prestation ne devienne exigible, mais que *Soffimat*, outre le fait que la société SEC lui avait déjà accordé en 2007, une nette révision à la baisse de la prestation due, n'a fait part de ses difficultés que quatre mois avant la date d'exigibilité, ce qui rendait plutôt « suspect » - selon le terme du juge des référés - son accablement soudain ; 2°) qu'elle était prête à s'en tenir pour quitte, à cet instant, avec une augmentation de... 12,8 % seulement, ce qui, même à supposer qu'elle cherchait simplement à limiter ses pertes, montrait peut-être que la situation n'était pas exactement intenable ; 3°) ainsi que l'avait pertinemment relevé la cour d'appel, qu'une clause avait spécialement été insérée (art. 12) pour permettre éventuellement une renégociation à raison des nouvelles circonstances économiques, *mais seulement au terme de la convention si elle était reconduite* : à s'en tenir à l'économie générale du contrat, justement, n'était-ce pas qu'*a contrario*, il prévoyait lui-même qu'aucune révision n'était envisageable avant cette date ; une sorte de « clause implicite de non-imprévision » en somme ! 4°) que d'ailleurs, la difficulté venait de l'augmentation du prix des pièces de rechange imposée par son propre fabricant alors qu'on pourrait sérieusement se demander de façon générale si le « risque-fabricant » n'est pas par nature un risque à la charge du prestataire. On soulignera à cet égard que certains droits étrangers font un tri scrupuleux parmi les causes du bouleversement pour écarter celles qui devaient naturellement demeurer à la charge du débiteur, que ce soit par exemple à raison de sa santé économique (7) ou des impératifs d'un milieu considéré (8). Sans compter qu'il pourrait bien y avoir des erreurs d'imprévision comme il est des erreurs inexcusables sur la substance : Capitant n'avait-il pas fustigé la thèse de l'imprévision en soulignant « *qu'elle serait plus justement dénommée la thèse de l'imprévoyance* » (9) ? 5°) que le « bouleversement » économique tenait à un triplement du coût initial ce qui, sans être monnaie courante, doit tout de même arriver. Bien sûr, on a conscience des risques de méprise qu'il y a à glisser ainsi sur le terrain d'une analyse économique pour laquelle nous n'avons aucune compétence. Mais on relèvera tout de même, encore une fois, que récemment des hausses de 400 % du coût de l'exécution n'ont pas été jugées suffisantes en droit américain pour retenir l'« *impracticability* » (10)...

Evidemment, la cour de renvoi restera libre d'écarter l'hypothèse d'un bouleversement économique de nature à priver *Soffimat* de toute contrepartie réelle - il faut le souhaiter - mais on se demande bien pourquoi la chambre commerciale a pris la peine de casser l'arrêt s'il ne lui semblait pas que le déséquilibre survenu méritait quelque considération. Aussi bien, on voit déjà s'épanouir sous nos yeux le risque majeur de la théorie de l'imprévision : celui d'un dérapage. Et il ne s'agit guère là de quelque fantôme car il faut se souvenir de cet arrêt aberrant qu'avait rendu la cour d'appel de Nancy le 26 septembre 2007 (11) par lequel les juges entendaient imposer une révision de l'accord, non pas pour remédier à la ruine de l'un des contractants, mais uniquement parce que l'autre avait bénéficié après coup et contre toute attente d'un enrichissement dont les magistrats nancéens entendaient que tout le monde profite ! Autant dire, si l'on met bout à bout cette décision et l'arrêt ici commenté, qu'on peut légitimement avoir quelque inquiétude pour l'avenir puisque les dérapages ont commencé avant même que la théorie de l'imprévision ait véritablement fait son entrée dans le droit français. Et si l'on voulait se montrer terriblement cynique, on pourrait même se féliciter que l'imprévision vienne à la lumière dans des circonstances aussi peu glorieuses et aussi dangereuses : un jaloux (Nancy) et un déçu (Com. 29 juin 2010), on fait mieux comme porte-étendards des opprimés ! Finalement, la jurisprudence n'offre-t-elle pas sur un plateau et par l'exemple ce qu'il fallait démontrer ? Quand un arrêt aventureux vaut mieux qu'un long discours...

II - Un rattrapage par la loi ?

Au reste, ce que rappelle aussi cet arrêt un peu déplacé, c'est que le rôle naturel du juge n'est décidément pas de créer le droit, au moins lorsqu'il s'agit de règles cruciales (12). Certes, on pourra bien dire qu'il y a belle lurette 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. Et ce d'autant que, sur un point aussi sérieux, appelant un règlement très maîtrisé, la jurisprudence n'aura jamais la finesse d'approche ni la précision technique que peut avoir la loi (13). Certes, elle peut tout de même être source d'inspiration et, on l'a dit, même si elle l'a trahie en pratique, la chambre commerciale a ici

ouvert une voie théorique étroite en s'appuyant sur la disparition *totale* de cause. Si l'on voulait absolument introduire la théorie de l'imprévision, il nous semble que ce serait la moins mauvaise façon de le faire. Mais on voudrait finir par trois précisions.

D'abord, à creuser le sillon ainsi ouvert par la chambre commerciale, on aurait plutôt intérêt à dégager une solution *a minima*, en faisant, en quelque sorte, un croisement entre la théorie de la *frustration* du droit anglais⁽¹⁴⁾ et celle de la *risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* du droit italien⁽¹⁵⁾. Pour faire vite, côté italien : une demande en résolution du contrat dès lors que la prestation de l'une des parties est « *devenue excessivement onéreuse* » à raison d'événements « *extraordinaires et imprévisibles* », mais à laquelle l'autre partie peut faire obstacle « *en offrant de modifier équitablement les conditions du contrat* » (art. 1467 c. civ. italien). Côté anglais : là aussi une résolution (non rétroactive, la *termination*) dès lors que des circonstances nouvelles et imprévisibles ont eu pour effet de modifier radicalement la nature des obligations contractuelles, mais étant entendu, on l'a dit, que l'« *economic frustration* » n'est pas admise. Des deux systèmes, on prendrait la sanction, c'est-à-dire la résolution, et l'on irait à mi-chemin pour les conditions. Négativement : ni l'excessive onérosité du droit italien (trop large), ni le refus total du droit anglais de prendre en compte le bouleversement de nature économique (qui est aussi la position de notre droit positif). Positivement : le déséquilibre économique (influence italienne), mais le seul déséquilibre intégral qui conduit à la ruine complète du contrat (influence anglaise). Le concept de « *disparition totale de toute contrepartie réelle et sérieuse* », importé tel quel - et pas au-delà - de la vente à vil prix serait alors l'instrument pertinent... à supposer qu'on y reste fidèle en pratique ! Le tout serait coiffé de cette astucieuse possibilité qu'offre le droit italien de contrer la demande en résolution par une offre de modification du contrat de la part du créancier.

Ensuite, et en prolongement, il faudrait surtout écarter la révision judiciaire⁽¹⁶⁾, ce qui serait du reste en phase avec les deux droits précédemment évoqués. Si l'on veut être pragmatique, en effet, outre les doutes que l'on peut avoir sur la compétence et la légitimité du juge pour procéder à une sorte de thérapie commerciale (et dont, d'ailleurs, il ne veut pas forcément lui-même), on peut présumer qu'un contrat judiciairement révisé sera souvent voué à l'échec. On ne peut exclure en effet un sentiment de frustration de la part du « révisé » et puisque, par hypothèse, la relation contractuelle aura déjà échoué devant le tribunal, il serait bien étonnant qu'elle reprenne durablement après un passage plus ou moins long devant le juge... Il y a là quelque chose de la vérité fondamentale du contrat : imposer de l'extérieur une relation économique qui n'est pas voulue dans ses modalités essentielles par les parties est une illusion. Le droit comparé, là encore, serait éclairant qui montre que certains systèmes ayant introduit la révision judiciaire pour imprévision n'en usent pas faute d'être pertinente⁽¹⁷⁾, le seul véritable remède à l'imprévision étant la révision d'un commun accord, le cas échéant sous la pression du juge. Aussi bien, s'il faut élaborer légalement un quelconque système, il doit d'abord être orienté vers une très forte incitation à « l'auto-révision ». Et, précisément, dans cette perspective, la menace d'un anéantissement du contrat est peut-être la voie la plus efficace car le message incitatif adressé 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* ». Autant faire alors quelque concession pour garder un contrat toujours avantageux plutôt que de le perdre entièrement et de devoir retrouver ailleurs un prix qui ne pourra vraisemblablement pas être aussi profitable que celui obtenu même après révision... C'est très certainement l'esprit du système italien, ce que Carbonnier n'avait pas manqué de souligner⁽¹⁸⁾.

Enfin, il faudrait tout de même veiller à ne pas offrir au débiteur une sorte de faculté immédiate de dédit. Le risque est en effet de coupler ce droit à la résolution pour imprévision à un pouvoir de résolution unilatérale sur le modèle de la rupture unilatérale en cas d'inexécution, pouvoir dont l'introduction en droit français est envisagée. Un débordement s'ajouterait à un autre. N'était-ce pas d'ailleurs ce qui s'était passé en l'espèce ? En pratique, *Soffimat* a tout simplement « claqué la porte » de sa propre initiative et l'on comprend que son partenaire ait entendu obtenir son dû en référé : *prima facie*, force doit rester au contrat. On comprend aussi que le président du tribunal de commerce et les juges d'appel aient prononcé une lourde condamnation sous astreinte. Ce qu'on comprend moins, c'est que la

chambre commerciale ait refusé de consacrer le pouvoir du juge des référés d'ordonner l'exécution forcée, ne serait-ce que dans un premier temps, au moins, et quitte à ce que la pertinence du cas d'imprévision soit discutée dans un second temps lors de l'instance au fond (19). Car, ce faisant, et contre toute attente, elle s'est rendue complice d'une véritable forfaiture de la part du contractant. Jossierand, dont on connaît pourtant la fibre sociale, avait décrit cela en termes choisis : « *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 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 engagements pris n'engagent pas ? Organisation et socialisation du contrat, oui ; désorganisation et anarchie contractuelle, non »* (20). De cet arrêt malheureux, rendu par la chambre commerciale le 29 juin 2010, on fera peut-être une montagne. Pourvu qu'il n'en sorte qu'une souris.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Cause * Disparition de la cause * Exécution de l'obligation * Evolution des circonstances économiques * Imprévision

(1) Pour une telle expertise, très minutieuse, V. les obs éclairantes de E. Savaux sur le présent arrêt, RDC 2011/1, à paraître.

(2) H. Capitant, *Le régime de la violation des contrats*, DH 1934. 1.

(3) V. rétablissant la vérité, dans toutes ses nuances, le remarquable article de Y.-M. Laithier, *L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law*, RDC 2010. 407, spéc. 424 s., ainsi que les précieuses réf. On attirera spécialement l'attention du lecteur sur les décisions citées, anglaises comme américaines, parfois récentes (2006 et 2008) qui témoignent d'une très grande sévérité, parfaitement en phase avec la jurisprudence *Canal de Craponne*. Adde, G.-H. Treitel et E. Peel, *The Law of Contract*, 12^e éd., 2007, n° 19-032, p. 940 ; J. Cartwright, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, 2007, p. 240.

(4) Y.-M. Laithier, art. préc., p. 410.

(5) N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, LPA 30 sep. 1998, spéc. n° 26. Adde l'argumentaire serré de T. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, n° 289, p. 551.

(6) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 2000, n° 149, p. 287 : « (...) *il n'est pas sûr que, si elle (l'imprévision) était admise chez nous, ce serait aux contractants économiquement les plus faibles qu'elle servirait le plus* ».

(7) Comp. J. Carbonnier, *op. cit.*, *eod loc.*, qui appelait de ses vœux une appréciation subjective de l'imprévision, « *par rapport à la force économique globale du contractant demandeur* ».

(8) Sur ce que les juges de *common law* scrutent précisément si le contrat ne comporte pas implicitement une répartition conventionnelle des risques d'imprévision, V. Y.-M. Laithier, art. préc., p. 426. Comp. art. 6.2.1 Unidroit, qui pose que le *hardship* ne peut être constitué « *que (si) le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée* ».

(9) H. Capitant, art. préc., p. 4.

(10) V. Y.-M. Laithier, *loc. cit.*

(11) Nancy, 2^e ch. com., 26 sept. 2007, n° 06-02221, D. 2008. 1120, note M. Boutonnet,

et 2965, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2008. 295, obs. B. Fages ; RDC 2008. 738, obs. D. Mazeaud, et 759, obs. S. Carval ; JCP 2008. II. 10091, note Lamoureux.

(12) En 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, spéc. 1066.

(13) A quoi s'ajoute que l'art. 34 de la Constitution - faut-il le rappeler - donne exclusivement compétence à la loi pour « *détermin[er] les principes fondamentaux (...) des obligations civiles et commerciales* ». Or, il s'agit très exactement de cela puisque l'imprévision met directement en cause la portée de la force obligatoire du contrat.

(14) Pour une synthèse limpide, V. J. Cartwright, *op. cit.*, p. 236.

(15) Sur laquelle, V. la pénétrante analyse de V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p. 1015.

(16) En ce sens, V. E. Savaux, préc. note 11.

(17) V. pour le droit colombien, l'art. particulièrement instructif de F. Mantilla-Espinosa, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport colombien, RDC 2010. 1047, spéc. 1052.

(18) J. Carbonnier, *op. cit.*, *eod. loc.*

(19) Ce dont il pourrait résulter, *in fine*, que l'innovation supposée de cet arrêt soit bien davantage amplifiée - et non minimisée - par le fait qu'elle ait été introduite à l'occasion d'une question de procédure (la compétence du juge des référés) !

(20) L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939, n° 405 *bis*, p. 228.