



SECTION 1 Les effets du contrat entre les parties

Commentaires généraux sur la section 1

■ Validité des solutions jurisprudentielles sur la date de prise d'effet du contrat

Comme antérieurement, aucune disposition nouvelle ne précise la date à laquelle le contrat produit ses effets. Il est donc constant que le contrat produit effet à la date de sa conclusion sauf convention contraire des parties (Cass. 1^{re} civ. 11-12-1985 n^o 84-15.716 : Bull. civ. I n^o 349). Les parties peuvent ainsi convenir de conférer, dans la mesure de leur accord, une rétroactivité au contrat ou de reporter la date de ses effets (MDC n^o 13400).

Renégociation, résolution ou révision judiciaire en cas de changement de circonstances (art. 1195)

Ancien article	Nouvel article
	<p>Art. 1195 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.</p>

1 Réception de l'imprévision dans le Code

Innovation marquante de la réforme

603 L'article 1195 introduit la possibilité d'imposer à la partie récalcitrante l'adaptation du contrat aux contraintes nouvelles. Il rompt ainsi avec le silence du Code depuis 1804 sur l'incidence du changement de circonstances imprévisible et, plus encore, avec la solution prétorienne qui refusait, à défaut de clause la prévoyant, la modification du contrat sous la pression des circonstances, jurisprudence bien connue sous le nom de « Canal de Craponne » (Cass. civ. 6-3-1876 : DP 1876.1.195) qui rejetait « l'imprévision ».

L'imprévision a été admise sous l'Ancien Régime par les Parlements (C. Drand, L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du ^{xvi}^e au ^{xviii}^e siècle : RDC 2015.611) et, plus spécialement, pour corriger le montant de la prime du contrat d'assurance maritime (Thèse d'Alix Rodet-Profit, Université de Paris II, soutenue le 9 avril 2015 : Le contrat d'assurance à Rouen dans l'ancien droit).

Compte tenu des limites que l'ordre public est susceptible d'apporter à la liberté contractuelle (n° 117), les parties peuvent, à notre avis, aménager ce texte dès lors que leur accord n'aboutit 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.

Survivance de la validité des clauses de révision

604 **Compatibilité de la clause de révision du prix contractuel avec la révision légale** La faculté de réviser le contrat sera respectée si le contrat comporte une **clause d'indexation du prix** conforme aux articles L 112-2 et suivants du Code monétaire et financier, régime spécifique que la réforme des contrats laisse subsister (sur ce régime, voir MDC n° 50390). Cette survivance de la réglementation des clauses d'indexation, dites également « d'échelle mobile », déroge, en raison de son caractère d'exception, au droit commun de l'article 1195. Le changement de circonstances ne sera donc applicable qu'autant qu'une clause d'indexation ne pallie pas les conséquences du changement de circonstances au regard de l'augmentation excessivement onéreuse du coût d'exécution du contrat.

Cette solution est admise en jurisprudence administrative, qui de longue date applique l'imprévision (CE 30-3-1916 : S. 1916.3.17) mais l'écarte quand le contrat comporte des clauses de révision des prix (CE 2-4-1960 : AJ 1960.250), sauf si intervient une circonstance qui n'a pas été prise en compte (CE 2-2-1951 : Lebon p. 67).

Toutefois, la clause d'indexation ne peut pas produire effet dès lors qu'elle est inapplicable en raison de la disparition de l'indice choisi par les parties et que la substitution d'un autre indice s'avère impossible sans procéder à une réadaptation du contrat même par des arbitres amiables compositeurs (Sentence CCI 3958 en 1992 : JDI 1984.926 obs. S.J.). Dans ce cas, l'adaptation du contrat n'est possible que sous les conditions de l'article 1195.

605 Demeure de même applicable l'obligation spécifique de renégocier le prix de certains contrats. L'article L 441-8 du Code de commerce oblige les parties à des contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits dont les prix de production peuvent être significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires (produits visés dans la liste prévue à l'article L 442-9, al. 2) à inclure dans leur contrat une **clause de renégociation du prix** dans les conditions et les sanctions qu'il détermine (pour plus de détails, voir Mémento Concurrence consommation 2016 n° 85370 s.).

A notre avis, ce texte doit recevoir application lorsque les conditions particulières qu'il fixe sont remplies. Mais, conformément à la règle rendant le droit commun applicable dès lors qu'une disposition expresse ne l'exclut pas (n° 39), l'article 1195 est parallèlement applicable lorsque ses propres conditions de mise en œuvre sont réunies.

606 **Compatibilité de la clause de révision du contrat avec la révision légale** Le droit de demander la renégociation ne pourra être ouvert au contractant en difficulté que si le contrat ne lui donne pas, de lui-même, le moyen de parer à la situation par une **clause**, souvent appelée de « **hardship** », dont les tribunaux avaient admis la validité (MDC n° 14050 s.) en vertu de la liberté contractuelle.

Mais cette liberté étant toujours limitée par l'ordre public (art. 1102), une **clause** ne saurait, à notre avis, être conçue de telle sorte qu'elle aboutirait à priver une partie de son droit de demander le rajustement

du contrat lorsque les conditions de l'article 1195 sont remplies. Toute clause qui aurait pour effet de **vider ce texte de sa substance**, du moins dans les contrats internes, serait une fraude à la loi.

Le rapport au Président de la République se livre à une interprétation de l'alinéa 1 de l'article 1195 par laquelle il soutient que ce texte est supplétif « comme l'implique la rédaction retenue », sans dire en quoi, et il précise que « 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 ».

A notre avis, il ne résulte pas nécessairement de ce qu'une partie « peut » demander une révision, si tant est que le rapport s'appuie sur cette faculté, que l'article 1195 n'est pas d'ordre public. Le verbe « peut », seul élément du texte de l'article 1195 qui laisse une liberté aux parties, a pour sens principal de signifier que le contrat, auquel l'article 1103 (ex-art. 1134, al. 1) donne une force obligatoire équivalente à celle d'une « loi » et qui depuis 140 ans est interprété comme interdisant à une partie de le contester, peut être remis en cause par la partie qui subit les effets du changement de circonstances. D'ailleurs, nous n'avons trouvé en jurisprudence aucune décision ayant déduit de la faculté reconnue à une partie d'introduire une demande le caractère supplétif de la disposition la prévoyant. Nous en avons trouvé, en revanche, qui ont jugé que « peut » a pour objet de donner une autorisation et qu'il s'en infère que le bénéficiaire ne peut pas être contraint à agir (Cass. com. 11-12-2007 n° 06-18.618 : RTD civ. 2008.154 obs. Perrot).

En outre, on se demande pourquoi introduire un tel droit de demander la révision si celui qui risque d'en avoir besoin peut y renoncer par avance. A quoi sert-il de justifier le texte en soulignant, dans le rapport au Président de la République, qu'il est « l'une des innovations importantes de l'ordonnance » et que 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 » ? En quoi cet objectif est-il servi si tout contractant peut renoncer à l'avance et sans restriction à cet équilibre ?

Ensuite, pourquoi déduire du verbe « peut » que les parties peuvent convenir d'assumer les conséquences de l'imprévision alors que le texte dit que le droit de demander la renégociation n'est ouvert qu'à la partie qui « n'avait pas accepté d'en assumer le risque » ? Clause contraire ou non, il sera toujours loisible au contractant qui s'opposera à l'imprévision de soutenir que le demandeur avait accepté ce risque tacitement.

Enfin, à quoi bon proclamer dans le rapport que l'ordonnance tend à instaurer un droit français des contrats « plus juste » et à « préserver les intérêts de la partie la plus faible » si celle-ci est laissée avec ses seuls moyens en face de la partie la plus forte qui la pousse à accepter, sans violer son consentement ni profiter de l'état de dépendance (art. 1143), une clause de révision la privant du régime protecteur de l'article 1195 alors qu'elle en aurait eu besoin ?

Certes, d'aucuns seront tentés d'objecter que la partie faible sera protégée si le contrat est d'adhésion puisqu'elle peut alors faire réputer non écrite une clause créant un déséquilibre significatif (art. 1171). Mais tous les contrats susceptibles de générer cette situation ne sont pas des contrats d'adhésion au sens des articles 1110, al. 2 et 1171. En outre, le déséquilibre significatif résulte d'une clause figurant dans le contrat au moment de sa conclusion et s'apprécie à cette date. S'il ne résulte pas de la clause, il n'existe pas. En revanche, le coût d'exécution du contrat pris en compte par l'article 1195 ne résulte pas de la portée d'une clause telle que conçue à la conclusion du contrat mais du changement des circonstances qui a modifié la portée de la clause. Les articles 1171 et 1195 ont donc un champ d'application distinct, chacun apportant à la partie faible une protection spécifique.

On ne saurait aussi objecter que la renégociation d'un contrat administratif pour imprévision ne présente pas un caractère d'ordre public en arguant d'une décision récente du Conseil d'Etat (CE 11-7-2014 n° 359980 : RJD 4/15 n° 266. som.). En effet, les raisons de l'imprévision administrative ne sont pas les mêmes que celle du droit civil : d'un côté, il s'agit d'assurer la continuité du service public, de l'autre de permettre la poursuite d'un contrat dont l'exécution est devenue « lésionnaire » pour une partie. En outre, la conséquence qu'en tire la décision est compatible en droit privé avec le caractère d'ordre public de l'article 1195, tel que nous le soutenons : le demandeur à la renégociation avait renoncé à invoquer l'imprévision alors qu'il était en mesure de le faire, et non pas à l'avance, puisqu'il s'était abstenu de soulever l'exception de l'imprévision en première instance et qu'il la présentait en instance d'appel.

La réserve de l'ordre public s'impose donc, du moins pour les contrats internes.

En revanche, les dispositions de l'article 1195 ne devraient pas faire partie de l'ordre public international français en raison de la conception libérale que s'en font les juges dans un esprit de faveur à l'efficacité économique des échanges internationaux (n° 117 s.) et de l'opposition ferme des arbitres à réviser les contrats internationaux à défaut de clause expresse admettant la révision (Sentence n° 1512 en 1971 : Clunet 1974.905 ; Sentence n° 1990 en 1972 : Clunet 1974.897 ; Sentence n° 2216 en 1974 : Clunet 1975.917 ; Sentence n° 2404 en 1975 : Clunet 1976.995 ; Sentence n° 2508 en 1976 : Clunet 1977.959 ; Sentence n° 2708 en 1976 : Clunet 1977.943 ; Sentence CCI n° 8873 en 1997 : Clunet 1998.1017 obs. Derains). Les arbitres fondent leurs solutions soit sur la présomption de compétence des praticiens du commerce international qui, compte tenu de leur expérience, sont censés avoir renoncé à la révision du contrat dès l'instant où ils ne l'ont pas prévue, soit

sur le caractère naturellement spéculatif de certaines transactions internationales. Une sentence a même relevé que les principes du contrat du commerce international d'Unidroit qui admettent la révision n'étaient pas sur ce point conformes aux intérêts et attentes des entreprises (Sentence CCI n° 10422 en 2001 : JDI 2003.1142 obs. E. Jolivet).

La victime doit donc pouvoir établir que cette clause procède d'une intention frauduleuse tendant à la priver du droit de demander la révision du contrat. Dans cette limite, les parties peuvent aménager les modalités de la révision.

■ Neutralisation de la révision par l'application de dispositions spécifiques

607 Force majeure L'impossibilité d'exécuter le contrat sous l'effet de circonstances imprévisibles peut résulter d'un événement constitutif de force majeure. Si aucune décision ne l'a directement jugé, la possibilité que cette circonstance se rencontre ressort d'un arrêt cassant une décision de référé. Celle-ci avait ordonné l'exécution sous astreinte de travaux de maintenance au motif que n'était pas sérieuse la contestation du débiteur justifiant son inexécution par la force majeure car celle-ci ne saurait résulter de la rupture d'équilibre entre les obligations des parties tenant au prétendu refus du créancier de ces travaux de renégocier les modalités du contrat. Mais la Cour de cassation a considéré que le juge aurait dû rechercher, comme il lui était demandé, 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 le créancier, 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 le débiteur, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont le créancier sollicitait l'exécution (Cass. com. 29-6-2010 n° 09-67.369 : D. 2010.2481 note Mazeaud) et qui revenait à rendre si onéreuse la poursuite de l'exécution du contrat que celle-ci pouvait en devenir irrémédiablement impossible.

Dans ce cas, il n'y a plus lieu de renégocier un contrat qui se trouve résolu de plein droit par l'effet de la force majeure (art. 1218, al. 2 ; n° 690 s.).

Sur l'impossibilité admise dans le contentieux administratif de poursuivre l'exécution du contrat lorsque le changement de circonstances a imposé l'arrêt de l'exécution, voir n° 617.

608 Ouverture d'une procédure collective de sauvegarde Si le changement imprévisible de circonstances fait subir à l'un des cocontractants des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, celui-ci peut demander l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde (cf. C. com. art. L 620-1). L'autre partie ne peut pas lui opposer que ce recours a un caractère frauduleux car la conséquence que cette procédure peut avoir sur les obligations contractuelles du cocontractant importe peu (Cass. com. 8-3-2011 n° 10-13.988 : RJD 5/11 n° 437 et, sur renvoi, CA Versailles 19-1-2012 n° 11/03519 : RJD 5/12 n° 522).

2 Mise en œuvre de l'article 1195

a Droit de demander la renégociation du contrat

■ Interdiction d'y renoncer à l'avance

609 Selon l'opinion que nous avons soutenue ci-dessus (n° 606), le droit d'une partie à demander la renégociation du contrat sous les conditions édictées par l'article 1195 est d'ordre public interne français, ce qui exclut que la clause de révision prive la partie lésée de ce droit à renégociation.

■ Prescription

610 Le droit de demander la renégociation peut être exercé, selon le droit commun de la prescription, pendant cinq ans à compter du jour où les circonstances le justifiant ont été connues ou auraient dû être connues du demandeur (cf. C. com. art. L 110-4, I ; C. civ. art. 2224).

Il est recommandé à la partie qui s'estime lésée de demander la renégociation avant que le contrat ne soit résilié (CA Aix-en-Provence 19-2-1975 : Bull. Cour d'Aix 1975/1 p. 15, rejetant la demande de révision du contrat tendant à obtenir la généralisation de la TVA au motif que le demandeur l'avait invoquée au moment où l'autre partie avait régulièrement résilié le contrat, ce qui était trop tard pour lui permettre « d'en faire son affaire » ou de reconsidérer sa position), ou avant que son exécution ne soit devenue impossible (n° 607).

b Conditions de l'ouverture du droit à renégociation

■ Changement imprévisible lors de la conclusion du contrat

611 A défaut de précision sur le caractère imprévisible du changement de circonstances, les parties peuvent s'en faire une idée en scrutant les décisions qui ont défini le caractère imprévisible de la force majeure. Ces décisions sont transposables car l'imprévision, comme la force majeure, est une atteinte au principe dominant de la force obligatoire du contrat. Elle ne peut donc, comme elle, être admise que strictement.

Si le changement imprévisible s'est produit ou est invoqué après la reconduction tacite du contrat, l'appréciation du changement se fera par rapport au contenu du contrat d'origine ; en effet, si le contrat issu de la tacite reconduction est un nouveau contrat, la reconduction s'opère aux mêmes conditions, l'exécution du nouveau contrat se présentant dans les mêmes termes.

Peuvent aussi être retenus certains principes dégagés par le juge administratif. Peut par exemple être imprévisible la circonstance prévisible au moment de la conclusion du contrat si elle a engendré postérieurement à la conclusion du contrat des conséquences qui étaient imprévisibles pour celui qui l'invoque (cf. CE 4-11-1952 : Rec. Lebon 916 ; CE 22-2-1965 : Rec. Lebon 115).

612 Les parties peuvent tenter de cerner l'imprévisibilité des circonstances en **donnant une définition** concrète de celle-ci en fonction du surcoût que le changement peut entraîner.

Le contentieux relatif aux contrats de franchise offre des exemples de l'invalidité du contrat en fonction d'une mesure chiffrée de l'erreur sur la rentabilité du contrat en raison du manquement du franchisé à son obligation précontractuelle d'information. D'un côté, un contrat a été annulé pour erreur, le franchisé ayant prouvé qu'il avait réalisé un chiffre d'affaires inférieur de plus de 40 % aux prévisions du franchiseur sans qu'il puisse lui être reproché d'avoir une masse salariale trop importante, car les embauches avaient été déterminées en fonction de ces comptes erronés (CA Montpellier 21-10-2014 n° 13/03206 : JCP G 2015 n° 198) ; d'un autre côté, un contrat a été validé, le franchisé, bien qu'il fût en liquidation judiciaire, se plaignant seulement d'un écart de 7,5 % (CA Montpellier 21-10-2014 n° 13/03207 : JCP G 2015 n° 198). Les parties pourraient ainsi convenir que l'événement imprévisible sera celui qui provoquera une baisse de la rentabilité du contrat de x % du chiffre d'affaires attendu du contrat en prenant soin de préciser les éléments que devra produire le demandeur pour prouver qu'il remplit cette condition. Mais, il n'y a pas changement de circonstances si la partie qui se plaint du changement de ces dernières a accepté le déséquilibre du contrat dès sa conclusion par sa négligence ou son imprudence (Cass. 1^{er} civ. 16-3-2004 n° 01-15.804 : RJD A 7/04 n° 788).

■ Exécution devenue excessivement onéreuse

613 Sans aucune directive d'appréciation, le juge devra, en premier lieu, vérifier le **lien de causalité** entre le coût de l'exécution devenu excessivement onéreux et les circonstances qui ont provoqué le changement de l'environnement économique puisque, selon l'article 1195, c'est le changement des circonstances qui doit rendre le coût excessivement onéreux.

En second lieu, il devra **apprécier** ce coût **concrètement** au regard du cocontractant qui le dénonce et non pas objectivement au regard d'un coût idéal, car c'est le coût qui ressort du contrat litigieux qui doit être en lien avec le changement de circonstances.

A propos d'un contrat de fourniture comportant une clause de hardship, il a ainsi déjà été jugé que le fournisseur, qui invoquait une augmentation du coût des matières premières, ne rapportait pas la preuve de l'augmentation du coût de l'exécution de ses obligations au titre du contrat, ni d'une situation qui aurait altéré fondamentalement l'équilibre des prestations et constituant un cas de hardship, dès lors qu'il produisait aux débats une documentation sur le cours mondial des matières premières ainsi que diverses lettres de ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4 % à 16 %, et qu'il évoquait la nécessité corrélative d'augmenter le prix des marchandises facturées à son cocontractant en raison de la diminution de 58 % de sa marge brute (Cass. com. 17-2-2015 n° 12-29.550, 13-18.956, 13-20.250 : RDC 2015.458 obs. Y.-M. Laithier).

Si l'on s'en rapporte aux exemples fournis par le contentieux administratif sur l'imprévision, le demandeur pourrait justifier l'exécution excessivement onéreuse en établissant qu'il subit un déficit d'exploitation (CE 4-10-1961 : Rec. Lebon 539) ou un dépassement du prix qu'il n'avait pu ou qu'il ne pouvait pas nécessairement envisager au moment de la conclusion du contrat (CE 21-11-1947 : Rec. Lebon 647).

En revanche, il ne saurait invoquer :

- une modification du taux de change concernant des matériaux qu'il n'était pas dans l'obligation d'acheter pour assurer l'exécution du contrat (CE 7-10-1970 : Rec. Lebon 1097) ;
- la variation des prix qui n'étaient pas dans une relation suffisante avec le contrat litigieux, telle celle du prix des champignons à propos de l'exécution d'un marché d'enlèvement du fumier d'un établissement hippique (CE 30-10-1957 : Rec. Lebon 567).

■ Non-acceptation du risque d'assumer le contenu du contrat

614 Le fait que le contractant qui invoque le changement imprévisible n'ait pas accepté d'en assumer le risque revient à rechercher si le contrat n'a pas été conçu comme un **contrat aléatoire**. En se référant au régime de ce contrat, le juge trouvera une jurisprudence propre à le guider sur ce point. Les exemples ne manquent pas, la catégorie des contrats aléatoires étant maintenue avec la même définition qu'antérieurement (art. 1108).

La jurisprudence suisse offre un exemple topique du caractère déterminant du comportement du contractant qui demande la révision (AFT 1933 59 II 372). Le preneur d'un local destiné à la restauration avait conclu un bail d'une durée de quinze ans, le 10 mai 1929, et demandé, après six mois d'exploitation, une diminution des loyers et des charges par l'indexation des loyers sur les chiffres d'affaires réalisés. Relevant que même un déséquilibre notable ne suffit pas à permettre de résilier ou de modifier un contrat, le Tribunal fédéral suisse considère qu'il convient de prendre en considération le caractère « raisonnable » ou non de la résiliation ou de la modification du contrat du point de vue de l'autre partie et notamment de retenir que celle-ci ne cherche pas exploiter la situation financière critique du plaignant. Mais il estime qu'il n'en est pas ainsi lorsque le plaignant, qui invoque la crise économique de 1931 et 1932, a pris un risque dès le départ et a insisté auprès du bailleur pour conclure le bail. Le Tribunal établit ce comportement par les éléments suivants :

- la durée de quinze ans, préfixée et longue, comporte, en tout cas du point de vue du plaignant, un élément spéculatif ; le type et le périmètre des projets de location prouvent une importante prise de risque dès le départ ; dans de tels contrats, on ne peut utiliser la résiliation ou la modification à la légère ; pour une telle durée de contrat, chacun des contractants doit tenir compte, et même massivement, des fluctuations de la conjoncture ; prévoir réellement des modifications ultérieures du contexte économique, c'est faire preuve de prudence dans de tels contrats légèrement spéculatifs ;
- c'est le plaignant qui a fait pression de manière répétée et insistante sur le bailleur, pour conclure le contrat en lui faisant miroiter différents avantages ; notamment, il avait cherché à le rassurer en lui écrivant qu'il disposait d'une réserve financière par l'exercice d'une autre activité, ce qui, selon le Tribunal, laissait entendre qu'il escomptait de mauvaises années ; il ne pouvait donc pas affirmer que le bailleur exploitait un déséquilibre entre prestation et contrepartie lorsqu'il lui avait demandé d'utiliser sa réserve financière.

Pour écarter le doute sur l'existence de l'acceptation des risques, les parties ne sauraient se borner à le préciser dans une clause. Dès lors que la partie ayant intérêt à remettre en cause l'économie du contrat la contesterait, le juge serait amené à l'apprécier, l'ordre public, selon nous tout au moins (n° 606), s'opposant à tout détournement du droit à la correction de l'exécution devenue excessivement coûteuse.

■ Absence de faute du demandeur

615 Le demandeur ne peut pas invoquer un événement à l'origine duquel il se trouve par sa faute. Cette règle posée par le Conseil d'Etat dans le cas d'une imprévision affectant l'exécution d'un contrat administratif est transposable à l'application de l'article 1195, car elle est l'expression d'une règle jurisprudentielle de droit commun (sur ces diverses applications, voir par exemple MDC n° 15093 à propos de la faculté d'invoquer la force majeure, n° 15506 relatif à la mise en œuvre d'une clause de résiliation unilatérale, n° 15223 et 15568 à propos de la clause résolutoire de plein droit).

Cette règle a conduit à rejeter la demande de révision du cocontractant de la personne publique en cas :

- de sous-estimation dans ses prévisions (CE 31-10-1947 : Rec. Lebon 643 ; CE 23-1-1959 : Rec. Lebon 67) ;
- de méconnaissance des obligations lui incombant (CE 24-10-1947 : Rec. Lebon 389 ; CE 17-6-1981 : Rec. Lebon 814) ;
- de négligences à prendre les mesures qui auraient permis de remédier à l'état d'imprévision (CE 16-7-1943 : Rec. Lebon 193 ; CE 23-1-1952 : Rev. droit publ. 1952.525 ; CE 5-1-1973 : Rec. Lebon 1031) ;
- de négligences à employer des moyens techniques qui auraient pu lui permettre d'éviter le déficit (CE 18-2-1921 : Rec. Lebon 191 ; CE 27-3-1926 : Rec. Lebon 374), notamment lorsque le cocontractant s'est privé lui-même de recettes possibles en n'appliquant pas les tarifs qu'il était autorisé à percevoir ou en consentant des réductions « excédant celles qui pouvaient justifier une bonne exploitation » (CE 8-5-1925 : S. 1926.3.20 ; CE 25-10-1935 : Rec. Lebon 980) ;

- du retard à conclure un avenant dont le principe avait été convenu avec le concédant « jusqu'à une date où le concédant n'avait plus la possibilité de se retourner vers les usagers » (CE 14-1-1955 : Rec. Lebon 25) ;
- du retard mis à l'exécution du contrat qui aurait dû être terminée au moment où l'événement perturbateur s'est produit (CE 20-1-1978 : Rev. droit publ. 1978.1485).

Lorsque le cocontractant est seulement partiellement responsable du fait d'imprévision, le juge administratif apprécie la quote-part du déficit qu'il estime être due à cette attitude (CE 8-5-1925, précité ; CE 1-7-1949 : Rec. Lebon 318 ; CE 11-12-1957 : Rec. Lebon 671).

Il importe peu, en revanche, que le fait constitutif d'imprévision soit imputable à la personne publique (CE 2-3-1977 : Rec. Lebon 890).

c Renégociation conventionnelle du contrat

■ Demande de renégociation présentée au cocontractant

616 L'article 1195 ne requiert aucune **forme** particulière pour la présentation de la demande. Mais cette demande ouvre la procédure dite par l'article 1195 de « renégociation » du contrat ; elle est le préalable aux mesures qui pourront suivre, celles-ci n'étant expressément ouvertes qu'« en cas de refus ou d'échec de la renégociation ». La partie demanderesse a donc intérêt de se prémunir de la preuve qu'elle a présenté cette demande et celle, le cas échéant, du refus qui lui a été opposé ou de l'échec de la tentative de renégociation. Aller directement devant le juge l'expose à une fin de non-recevoir pour méconnaissance de la lettre de l'article 1995 mais aussi de la nécessaire tentative de rapprochement qui doit précéder toute assignation (CPC art. 56 et 58). Pour assurer à cette demande la meilleure efficacité, son auteur pourra utilement se reporter aux exigences de l'article 1344 sur la mise en demeure (n° 1163). Il aura intérêt à préciser dans sa mise en demeure les conséquences qu'il tirera du défaut de réponse de son cocontractant à l'issue d'un délai déterminé.

■ Poursuite de l'exécution du contrat

617 Le demandeur de la révision du contrat doit continuer à exécuter le contrat jusqu'à l'expiration de la négociation qu'il a provoquée, dans la mesure où le changement de circonstances n'a pas lui-même rendu irrémédiable l'inexécution du contrat.

Selon les enseignements du contentieux administratif où la même obligation s'impose au demandeur, celui-ci en est libéré seulement si ce sont les circonstances imprévisibles elles-mêmes qui en ont imposé l'arrêt (CE 30-6-1932 : Rec. Lebon 647) ou lorsque l'obstacle ne peut plus être surmonté (CE 9-12-1932 : D. 1933.3.17 note Pelloux).

Il en résulte que si le cocontractant cesse d'exécuter ses obligations sous prétexte d'imprévision, il encourt les sanctions applicables à ce défaut d'exécution (CE 5-11-1982 : D. 1983.245 note Dubois).

■ Succès de la négociation

618 Si les parties parviennent à s'entendre sur de nouvelles clauses et si, ce qui sera le cas en pratique, un **nouvel écrit** est rédigé, elles doivent veiller à mettre son contenu en harmonie avec les clauses du contrat qui demeurent inchangées. Elles doivent aussi tenir compte du risque que les changements entraînent la novation et la disparition du contrat antérieur et des clauses qu'il contenait, voire la nullité du nouveau contrat s'il a été conclu irrégulièrement (pour l'exemple d'un tel risque, voir Cass. 3^e civ. 6-5-1980 n° 78-15.675 : Bull. civ. III n° 88).

d Refus ou échec des négociations

■ Résolution conventionnelle du contrat

619 Si les parties n'arrivent pas à renégocier le contrat, elles peuvent d'un commun accord décider de le résoudre à la date ou aux conditions qu'elles déterminent. L'article 1195, al. 2 laisse donc une grande liberté aux parties pour mettre un terme au contrat et liquider leurs rapports.

■ Demande commune faite au juge d'adapter le contrat

620 Formulation de la demande Les parties devant agir d'un commun accord pour demander au juge d'adapter le contrat, il s'ensuit sur le plan procédural que la demande doit être présentée au juge conjointement par les parties. A défaut de précision, cette demande correspond, dans l'arsenal juridique, à l'introduction d'une instance par **requête conjointe**, spécialement prévue en matière contentieuse par l'article 54 du Code de procédure civile. Elle doit donc répondre aux conditions requises par l'article 57 du même Code et peut, conformément à l'article 57-1 de ce Code, autoriser le juge à statuer en amiable compositeur ou le lier par les qualifications et les points de droit auxquels les parties entendent limiter le débat. Ces dispositions peuvent être utilement utilisées par les parties qui craindraient un excès de pouvoir du juge.

621 Pouvoir d'adaptation du juge Le juge ne pouvant exercer ce pouvoir que s'il est saisi par requête conjointe, il résulte de cette procédure même que les **parties** peuvent **fixer l'objet de leur requête**.

Si elles usent de cette faculté, le pouvoir du juge pour adapter le contrat est alors fonction de ce que les parties lui auront demandé.

Le risque d'une atteinte au droit à la révision ouvert par l'article 1195 étant exclu dans ce cas puisque les parties agissent d'un commun accord, les parties peuvent fixer les bornes de l'adaptation du contrat à laquelle elles consentent :

– soit en conférant au juge le pouvoir d'amiable compositeur, car l'exercice de ce pouvoir est limité par l'ordre public (sur cette limite au regard des arbitres amiables compositeurs, voir MDC n° 71054) ;

Quant au pouvoir d'amiable compositeur des arbitres, il a été jugé que ceux-ci pouvaient atténuer les effets excessifs d'une clause, par référence à l'équité, pour concilier la lettre d'un contrat international de longue durée et son exécution de bonne foi dans des circonstances qui bouleverseraient l'équilibre entre les parties (Cass. 1^{er} civ. 28-4-1987 n° 85-14.904 ; Bull. civ. I n° 128 ; aussi CA Paris 4-11-1997 n° 96-80089 ; Rev. arb. 1998.704 obs. Derains).

– soit en précisant ce qu'est pour elles l'économie du contrat ;

Le juge s'y réfère de lui-même (CA Paris 28-9-1976 ; JCP 1978.II.18810 note Robert qui y a eu recours dans un cas, bien antérieur à l'article 1195, où, invitant les parties à renégocier le contrat, il avait donné pour limite le respect de l'économie du contrat ; voir aussi n° 740).

– soit en fixant les qualifications (par exemple l'existence ou non de l'aléa) ou en précisant les points de droit qui commandent l'application de l'article 1195, tels que l'évaluation chiffrée de ce qu'elles tiennent pour le renchérissement excessif de l'exécution, tant de pourcentage du prix des prestations litigieuses, ou les limites infranchissables par le juge.

Si les parties n'ont pas usé de la faculté que leur donne la requête conjointe, le pouvoir d'adaptation du juge ne saurait aller jusqu'à la renégociation du contrat, ce que le juge s'est de lui-même interdit dans le passé (CA Paris 12-3-1985 ; Rev. arb. 1985.299 ; dans le même sens, Sentences CCI n° 2694 en 1977 ; Clunet 1978.985 obs. Derains et n° 3938 en 1982 ; Clunet 1984.926 obs. S.J. ; toutefois, des arbitres ont annulé un contrat pour prix excessif : Sentence ad hoc du 17-2-1971 ; Yearbook 1976.136). Lorsque seule l'adaptation lui est demandée, le juge doit continuer à s'imposer cette limite. A la lettre, l'adaptation n'est pas la remise en cause du contrat. Elle l'est d'autant moins que l'article 1195 lui-même fait une distinction entre l'adaptation et la révision. L'adaptation ne doit consister que dans une correction des clauses qui rendent l'exécution du contrat excessivement onéreuse. Elle ne doit pas être un examen de toutes les clauses du contrat pour les reconsidérer au regard de la nouvelle situation ; sinon, elle serait équivalente à une révision (n° 624).

Au cas où le juge, saisi d'une demande d'adaptation, dépasserait les limites de cette demande en allant au-delà de ce qui est nécessaire pour parer au renchérissement excessif, les parties pourraient mettre en cause sa décision en invoquant un excès de pouvoir. Un tel excès existe lorsque le juge méconnaît l'étendue de ses attributions que les parties sont habilitées par la loi à déterminer dans leur requête conjointe (sur l'excès de pouvoir, voir MDC n° 72409).

■ Demande par une partie au juge de réviser le contrat

622 Délai de réflexion ouvert à chaque partie Si les parties ne sont pas parvenues à s'accorder sur la renégociation, la résolution du contrat ou sur la saisine du juge en vue de son adaptation, l'article 1195, al. 2 accorde à l'une et à l'autre un délai de réflexion pour choisir le moyen de sortir de l'impasse dans laquelle elles se trouvent.

Ce délai doit être d'une **durée raisonnable**. Aussi appartient-il à celle d'entre elles, qui aurait intérêt à recourir à la suite judiciaire que le texte lui offre, de prendre acte formellement, par lettre recommandée AR adressée au cocontractant, du refus d'ouvrir la renégociation ou de l'échec de celle-ci et de fixer la date à laquelle elle situe la réalisation de ces faits.

623 Saisine du juge La saisine du juge est offerte à chacune des parties au contrat, aussi bien à celle qui a demandé la renégociation qu'à l'autre, le texte visant à ce stade « une partie ».

624 Intervention du juge Sous réserve du cas où le recours sera irrecevable pour introduction au-delà d'un délai raisonnable, le juge sera tenu de statuer sur la demande qui lui sera présentée sans pouvoir lui substituer un autre objet. Autrement dit, s'il lui est seulement demandé de « réviser » **le contrat**, il ne peut pas décider d'« y mettre fin » et il ne peut pas prendre une **autre décision** que celle de réviser, à moins que le demandeur n'ait subsidiairement demandé au juge de mettre fin au contrat.

Il n'est pas, en effet, dans le pouvoir du juge de changer l'objet du litige (CPC art. 4, al. 1 ; Cass. com. 2-5-1983 n° 81-10.555 ; Bull. civ. IV n° 126 ; Cass. 2° civ. 12-5-1986 ; Bull. civ. II n° 75 ; Cass. 2° civ. 8-2-1989 n° 87-14.525 ; Bull. civ. II n° 41 ; Cass. soc. 27-3-1996 n° 93-42.660 ; Bull. civ. V n° 122 ; Cass. 2° civ. 18-3-2010 n° 09-13.376 ; Bull. civ. II n° 64).

En remettant au juge le pouvoir de « réviser le contrat » sans plus de précision, la loi lui donne un pouvoir discrétionnaire. Elle ne lui fixe en effet aucune limite autre que celle de « réviser » le contrat. Puisque pour déterminer le contenu de l'office du juge, il n'est d'autre voie que de recourir au sens étymologique du verbe « réviser », le juge a le pouvoir d'examiner le contrat pour le changer, le modifier. Il peut donc en faire ce qu'il lui semble bon avec la seule limite de ne pas le résoudre dès lors que la partie qui a pris l'initiative de le saisir ne lui a pas demandé d'« y mettre fin », conformément à l'alternative que la loi lui offre. Il est donc appelé à se substituer aux parties et à refaire le contrat comme il lui conviendra selon les critères qu'il choisira soit d'équité, soit d'opportunité économique.

Cette latitude accordée au juge ne manque pas de soulever la question de sa conformité aux principes fondamentaux qui régissent la vie économique. Elle pourrait, à notre avis, être mise en cause au regard de la Constitution, de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour les raisons qui suivent.

Tant que l'ordonnance ne sera pas ratifiée et aura valeur de règlement (n° 11), ce pouvoir de refaire le contrat pourra être contesté pour illégalité et ensuite pour violation par la loi des libertés économiques garanties par les textes précités. En effet, la liberté contractuelle est de valeur constitutionnelle (n° 115). En outre, il est « interdit à la loi de limiter les choix économiques de l'entreprise, notamment celui (de) [...] faire peser sur sa gestion des contraintes qui portent une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre (entendue comme celle d'exploiter) » (Cons. const. 27-3-2014 n° 2014-692 DC). Cela est susceptible d'être le cas si le juge cherche à sauver l'entreprise du cocontractant plutôt qu'à adapter le contrat. Cette limite a été retenue par le Conseil d'Etat qui a exclu que la poursuite du contrat administratif pour imprévision se fasse aux dépens du contribuable et aboutisse à financer un service public déficitaire ne correspondant plus à un besoin réel (manque d'usagers escomptés) (CE 9-12-1932 : D. 1933.3.17 cond. Josse note Pelloux). Le juge civil limite aussi l'immixtion dans le contrat en dispensant une partie d'informer l'autre sur la marge bénéficiaire qu'il retire du contrat (Cass. com. 17-3-2015 n° 13-25.142 ; JCP E 2015.1220 note J. François).

Il sera aussi possible, le cas échéant, de contester la décision, sur le fondement du droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, si le juge a suivi aveuglément la partie qui l'aura saisi et qui lui aura vraisemblablement présenté le nouveau contrat de ses vœux en retenant une apparence de motivation qui reproduirait pratiquement les conclusions de la partie demanderesse (pour des illustrations récentes : Cass. com. 23-3-2010 n° 09-11.508 ; RJDA 7/10 n° 812 ; Cass. com. 23-3-2010 n° 09-11.029 ; RTD civ. 2010.289 obs. J.-P. Marguénaud ; Cass. com. 5-10-2010 n° 09-71.679 ; GP 8-1-2011 p. 26 note N. Fricero ; Cass. 1° civ. 17-3-2011 n° 10-10.583 ; Bull. civ. I n° 56).

En outre, ce pouvoir discrétionnaire du juge pourra être dénoncé comme portant atteinte à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garant de la liberté d'entreprise qui recouvre « la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre » (CJUE 22-1-2013 aff. 283/11 ; RTD eur. 2015.171 ; voir aussi à la même référence : CJUE 31-1-2013 aff. 12/11 ; CJUE 17-10-2013 aff. 101/12 ; CJUE 18-7-2013 aff. 426/11).

■ Demande par une partie au juge de mettre fin du contrat

625 La saisine du juge ne présente pas ici de particularité par rapport à celle tendant à la révision du contrat et s'effectue dans les conditions exposées n° 622 et 623.

Lorsqu'il est saisi par une partie pour mettre un terme au contrat, le juge jouit d'une totale liberté pour régler la fin du contrat, puisqu'en vertu de l'article 1195, al. 2, il le fait « à la date et aux conditions qu'il fixe ». Le juge dispose ainsi du moyen de refaire le contrat pour la période qu'il choisit. L'article 1195 le libère notamment des dispositions qui régissent les restitutions telles qu'elles sont définies aux articles 1352 et suivants. Plus encore, il lui remet à nouveau un pouvoir sans restriction, comme celui vu plus haut pour réviser le contrat.

Ce pouvoir se trouve ainsi exposé aux mêmes remises en cause que celles qui ont été exposées au sujet du pouvoir de révision (n° 624).

3 Aperçu sur les droits étrangers autorisant la révision du contrat

Une révision largement admise dans les textes

626 Les législations étrangères données pour admettre l'imprévision sont nombreuses : lois allemande (BGB § 242), grecque (C. civ. art. 388), portugaise (C. civ. art. 437), italienne (C. civ. art. 1467), néerlandaise (C. civ. hollandais dont l'art. 6 : 258.1 l'écarte cependant « dans la mesure où les circonstances [imprévisibles invoquées] sont, en vertu de la nature du contrat ou des normes courantes dans la vie (par exemple des affaires), du ressort de celui qui s'en prévaut ») et libyenne (C. civ. art. 657, chap. 4) ; sont aussi citées par des auteurs, mais sans référence, les lois espagnole, suisse, tchèque, colombienne, argentine et turque.

La législation libyenne, qui confère expressément au juge le pouvoir d'augmenter le prix ou de résilier le contrat, est la seule qu'il nous ait été donné de rencontrer dans une décision ; elle a été visée dans la sentence CCI n° 4761 en 1987 (JDI 1987.1012 obs. Jarvin), mais sans recevoir application, car les parties étant convenues d'une révision du prix des prestations de l'entrepreneur de travaux et le donneur d'ordre ayant tardé à se prêter à l'augmentation du prix des prestations, l'entrepreneur a résilié le contrat, réduisant ainsi le litige à la liquidation des rapports contractuels, que le tribunal arbitral a réglé, non pas en fixant le prix des prestations exécutées mais en appréciant la faute du donneur d'ordre qui avait refusé d'appliquer l'accord de principe sur la révision convenu par les parties et en estimant que cette faute n'était pas assez grave pour être lourdement sanctionnée.

Une révision appliquée parcimonieusement par le juge

627 Il a été assuré que « l'expérience des pays (qui) connaissent depuis longtemps une telle disposition confirme qu'une révision pour imprévision est possible en pratique sans abus notable » (R. Schuzle, L'avant-projet de la Chancellerie et la discussion européenne sur le droit des contrats : RDC 2009 p. 385, qui renvoie pour se justifier à un ouvrage allemand de doctrine sans mettre en exergue des applications jurisprudentielles de nature à convaincre du propos). Il est aussi avancé par d'autres que les lois étrangères qui l'ont admise sont appliquées avec une grande modération par les tribunaux des pays qui les ont adoptées (R. David, Travaux du Comité français de droit international privé, 1988-1990 p. 164). En effet, il ne nous a pas été donné de trouver, dans la littérature juridique de langue française, un seul exemple concret d'une application jurisprudentielle de la révision du contrat, entendue autrement que comme une indexation du prix.

Mais on peut y apprendre que l'application en Allemagne de la révision a eu pour origine la réaction à l'inflation monétaire galopante qui s'est emparée de l'économie allemande après 1920 (D. Sossa, L'adaptation dirigée du contrat de commerce international aux circonstances : Penant 2014.5, spécialement p. 13). Ce n'est pas cependant un exemple probant de l'admission de l'imprévision. En effet, l'indexation du prix du contrat à la dépréciation de la monnaie a été généralement admise par les pays en proie à l'inflation, dont la France.

Il ressort aussi des quelques incursions que nous avons pu faire dans la jurisprudence allemande et suisse que les tribunaux de ces pays n'ont guère appliqué la révision pour imprévision au sens où elle est prise par l'article 1195.

Pour l'Allemagne, M. Pédamon cite quatre décisions qui ont appliqué l'article 313 du Code civil allemand (BGB) visant le changement imprévisible (Le contrat en droit allemand, LGDJ 2004 n° 171 s.). Il en ressort :

- que deux ne sont pas probantes car elles tirent les conséquences de la dépréciation monétaire, à laquelle, comme nous l'avons dit plus haut, il est pourvu par la voie de l'indexation ; l'une corrige une dépréciation monétaire entraînant une baisse de plus de 60 % du pouvoir d'achat de la rente versée par le titulaire d'un droit de superficie au

propriétaire foncier (BGH 3-5-1985 : NJW 1985.2524 ; BGHZ 94.257, 259), l'autre une hausse brutale du cours des matières premières rendant très difficile l'exécution de prestations en nature (BGH 8-2-1978 : JZ 1978.235) ;

– qu'une autre affirme la liberté d'établissement de nouvelles pharmacies (BGH 13-10-1959 : LM § 242 Bb n° 33), ce qui implique que les conséquences qui en résultent pour les pharmacies existantes ne sont pas un changement à retenir ;

– que la dernière porte sur l'interdiction de jouer frappant le footballeur condamné pour corruption et dont le club auquel il avait été transféré avait prétendu qu'elle constituait un cause de révision (BGH 13-11-1975 : NJW 1976.565).

Il en est de même en Suisse. Sur cinq décisions suisses citées dans l'article précité de D. Sossa, aucune ne décide de faire application de l'article 2 du Code suisse des obligations permettant une adaptation du contrat aux circonstances aux motifs que :

– le déséquilibre, quoique certain, ne résulte pas des circonstances invoquées, car il existait à l'origine, et, de surcroît, il a été en s'effaçant (ATF 1917 97 II 390) ;

– le plaignant, qui invoque la crise économique de 1931 et 1932, a pris un risque dès le départ et a insisté auprès du bailleur pour conclure le bail (ATF 1933 59 II 372) ;

– les parties se doivent de prendre en compte des changements de circonstances dans les contrats de longue durée et le plaignant ne peut invoquer le changement de circonstances prévu au contrat qui n'a pas été prévu à son profit (ATF 1974 100 II 345) ;

– le changement de circonstances ne devient source de révision que si le créancier du plaignant a une attitude abusive caractérisée par un acharnement de sa part à percevoir sa contrepartie (ATF 1974 100 II 345 ; ATF 1981 107 II 343) ;

– la revalorisation d'une pension alimentaire conventionnelle est exclue (ATF 1975 101 II 17).