



Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise actuelle

Depuis le début de la crise du coronavirus, deux concepts juridiques n'ont jamais eu autant de succès en doctrine et en pratique que la force majeure et l'imprévision. Nous avons déjà analysé dans notre Conseil du mois de mars les potentialités et les limites de la force majeure. Reste l'imprévision. Il peut s'agir d'un instrument utile pour tenter de renégocier les contrats dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse. Depuis la réforme du droit des contrats, applicable aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2016, notre droit prévoit en effet 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, 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 ». En même temps, la partie à laquelle l'imprévision est opposée au motif qu'elle s'attendait à une exécution du contrat dans les termes prévus, ou parce que les parties l'ont écartée expressément ou encore que le contrat comporte de manière expresse ou tacite une part d'aléa accepté qui doit l'exclure. Les positions peuvent donc diverger sensiblement, ce qui implique d'étayer l'argumentation soutenue de part et d'autre. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, il existe déjà une jurisprudence fournie et très instructive sur la portée et les limites de l'imprévision, qui en fait un instrument exclu dans de nombreux cas et en tout état de cause strictement encadré, que tenants et opposants de l'imprévision se doivent de connaître parfaitement.

1. Tenir compte impérativement des règles de droit transitoire dans l'invocation ou le refus de l'imprévision dans chaque cas.

L'imprévision n'a été intégrée dans notre droit des contrats que par la réforme du droit des contrats qui ne s'applique qu'aux accords conclus à compter du 1er octobre 2016 et est en principe non rétroactive. De façon générale, la jurisprudence se refuse à appliquer la réforme à des contrats conclus avant son entrée en vigueur. Cependant, 8 arrêts de la Cour de cassation ont appliqué l'esprit de la réforme en se fondant sur l'évolution du droit des obligations (Cass. 3e civ., 4 mai 2016, 15-12.454 ; Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, 15-20.411 ; Cass. 1re civ., 20 sept. 2017, 16-12.906 ; Cass. soc., 21 sept. 2017, 16-20.103 et 16-20.104 ; Cass. com., 6 déc. 2017, 16-19.615 ; Cass. com., 7 févr. 2018, 16-20.352 ; Cass. ch. mixte, 13 avr. 2018, 16-21.345). Certains auteurs ont souhaité que l'imprévision fasse partie de cette application anticipée de la réforme. Cependant, depuis décembre 2018, la Cour de cassation semble avoir renoncé à appliquer la réforme des contrats par anticipation (Cass. 3e civ., 6 déc. 2018, 17-23.321 ; 17-21.170 et 17-21.171)

et, jusqu'à présent, la jurisprudence refuse l'imprévision à des faits antérieurs, sans doute en raison du bouleversement des prévisions des parties qu'une telle application anticipée impliquerait, même sous couvert d'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau (Aix, 21 juin 2016, 15/10056 ; Paris, 9 mai 2019, 17/04789 ; Montpellier, 17 déc. 2019, 17/02416). Seule l'invocation de l'obligation de bonne foi, mais il est généralement admis que l'on ne saurait créer une obligation sur le fondement de la bonne foi, ou encore l'argument selon lequel la Cour de cassation devrait interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau, s'agissant spécifiquement de l'imprévision dans le contexte de la crise actuelle, comme le suggère une partie de la doctrine, permettraient d'appliquer la loi à des faits antérieurs.

2. Ne pas faire l'impasse sur l'exclusion légale en matière d'obligations résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers.

Le nouvel article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier, qui s'applique aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2018, 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 ». Cette exclusion issue de la loi de ratification de l'ordonnance vise à rassurer les milieux financiers et garantir l'attractivité de la place de Paris. Elle jouera en particulier pour les cessions d'actions et parts sociales émises par les SARL, les SNC, les sociétés civiles, etc., sauf à ce que les parties aient prévu une clause d'exclusion de l'imprévision.

3. Vérifier si le contrat ne contient pas une clause d'exclusion expresse.

L'article 1195 exclut de son champ d'application les contrats dans lesquels les parties ont accepté d'assumer le risque d'un changement de circonstances imprévisibles. Le texte est supplétif et les parties peuvent stipuler une clause contraire, écartant ou limitant le recours à l'imprévision, fréquente dans les contrats d'affaires. Encore faut-il que cette exclusion soit valable. Elle pourra être contestée si elle est unilatérale, c'est-à-dire convenue au bénéfice exclusif de l'une des parties, sauf si une raison objective justifie ce caractère unilatéral. Une clause unilatérale pourra être contestée le cas échéant sur le fondement : de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce depuis sa rédaction large résultant de l'ordonnance du 24 avril 2019 pour les contrats conclus depuis le 26 avril 2019 (ou pour les contrats conclus avant le 26 avril 2019, soit en pratique pour les contrats conclus entre le 1er octobre 2016 et le 25 avril 2019, de l'ancien article L. 442-6, I, 2°) sur la soumission à des obligations déséquilibrées ; de l'article L. 442-1, I, 1° dans sa rédaction large issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 pour les contrats conclus depuis le 26 avril 2019 (ou pour les contrats conclus avant le 26 avril 2019, soit en pratique pour les contrats conclus entre le 1er octobre 2016 et le 25 avril 2019, de l'ancien article L. 442-6, I, 1° sur l'obtention d'un avantage excessif) ; du droit commun de l'article 1171 du Code civil pour les contrats conclus à compter du 1er octobre 2016 ; ou encore du droit

de la consommation sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

4. Ne pas oublier que la nature du contrat peut également générer une acceptation du risque d'imprévision.

Bien que rendu dans une affaire dans laquelle l'article 1195 n'était pas applicable *ratione temporis*, la Cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 16 février 2018 (16/08968) que les contrats aléatoires tels que les contrats SWAP sont exclus du champ d'application du texte car il convient de considérer que le cocontractant avait accepté les risques inhérents au contrat. Dans un arrêt du 28 novembre 2019 (17/00780), la Cour d'appel de Douai a jugé qu'en acceptant de prévoir un prix fixe du beurre, sachant que le marché du beurre était instable et volatile, le cocontractant a pris le risque que les circonstances économiques évoluent dans un sens qui lui est défavorable et n'était pas fondé à exiger une renégociation du contrat. De même, la Cour d'appel de Douai (23 janv. 2020, 19/01718) a récemment jugé que l'existence d'un marché à forfait tel que défini à l'article 1793 du Code civil excluait une révision sur le fondement de l'imprévision.

5. Etre conscient des conditions d'application strictes à remplir pour invoquer l'imprévision.

Outre la non-acceptation du risque évoqué, l'invocation de l'imprévision implique de démontrer un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et une exécution excessivement onéreuse pour une partie. En particulier, le caractère imprévisible est susceptible de conduire aux mêmes difficultés qu'en cas de force majeure, la jurisprudence dans ce domaine pouvant servir de guide d'analyse en matière d'imprévision. L'exécution excessivement onéreuse pour une partie devra faire l'objet d'une démonstration ou d'une réfutation rigoureuse.

6. Tenir compte aussi du mécanisme d'escalation contraignant de l'imprévision.

Si sur le fond, l'imprévision est plus facile à démontrer que la force majeure, elle présente certains désavantages importants du point de vue procédural car elle implique de continuer d'exécuter le contrat et une longueur de la procédure souvent incompatible avec le temps des affaires. Les étapes peuvent être chronophages : entrée en renégociation, négociation d'une résolution, procédure judiciaire d'adaptation du contrat, le juge, disposant de pouvoirs très importants qui lui permettent, en cas de défaut d'accord dans un délai raisonnable, à la demande d'une partie, de réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Enfin, il ne faudra pas oublier de vérifier si le contrat n'a pas prévu des clauses particulières aménageant les conditions d'application de l'imprévision ou sa procédure de mise en œuvre, et notamment une clause de conciliation préalable obligatoire qui devra être impérativement respectée sous peine d'irrecevabilité.