

Le Contrat Déséquilibré Par L'imprévision A L'aune De l'Avant-Projet De Texte Uniforme Portant Droit Général Des Obligations

BADAWE KALNIGA DIEU NE DORT

Doctorant en droit privé à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Ngaoundéré-Cameroun

Email : badsonledur@yahoo.com

RESUME : Le sort du contrat déséquilibré par l'imprévision a évolué avec l'avènement de l'Avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations. Cet instrument juridique prévoit à la suite des législations anationales et certaines législations nationales la révision du contrat pour imprévision. Dans ce mécanisme de gestion de l'imprévision, les parties au contrat ont une place préférentielle. Ce n'est qu'en cas d'échec d'une gestion amiable de l'imprévision que le juge est habilité à intervenir.

Mots clés : contrat – imprévision – juge – parties - Avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations.

SUMMARY : The fate of a contract unbalanced by unforeseen circumstances has evolved with the advent of preliminary draft uniform text on general law of obligations. This legal instrument provides, following international laws and certain national laws, for the revision of the contract for unforeseen circumstances. In this unforeseen management mechanism, the parties to the contract have a preferential place. It is only in the event of failure of an amicable management that the judge is authorized to intervene.

Keywords : Contract – hardship – judge - contracting parties - preliminary draft of uniform text on general law obligations.

INTRODUCTION

1. La vie d'un contrat, acte de prévision¹ ne devrait souffrir d'aucune oscillation. Le contrat a été depuis longtemps régi par son infaillibilité après sa formation à une quelconque variation de son environnement. Il reste dur comme rock une fois qu'il a été régulièrement formé, c'est-à-dire son contenu conventionnellement déterminé, sa cause licite et les parties capables. Le contrat est un instrument d'économie immuable par lequel les parties gravent dans la pierre leurs obligations futures. C'est un moyen par lequel l'homme prend de l'avance sur l'avenir, les prévisions contractuelles ne doivent pas être déjouées². Par conséquent, ni l'un des cocontractants par sa seule volonté³, ni même le juge⁴ – sous couvert ou nom d'un quelconque équilibre contractuel lorsque l'environnement du contrat a subi des changement – ne saurait porter atteinte aux stipulations contractuelles. C'est la traduction du principe de l'intangibilité des conventions prévue à l'article 1134 du code civil en ces termes : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »

¹ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J, 1925, n° 84 ; v. aussi LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. TERRE* 1999, p. 643.

² MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, Paris, L.G.D.J – Lextenso, 2016, n° 452.

³ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2009, p. 32, n° 25.

⁴ MOUSSERON (J. – M.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, p. 232, cité par TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *ibid*, p. 50, n°45.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Principe qui a été martelé et rappelé de nombreuses fois⁵ à la suite de le célèbre arrêt *Canal de Craponne* dont le principal attendu est libellé comme suit : « *Dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître la décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer les clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »⁶. Cette jurisprudence plus de 140 ans après dans les pays dont le droit s'inspire de la législation française, n'a cédé ni face à la jurisprudence administrative⁷, ni face au principe de *rebus sic stantibus*⁸.

2. Mais, la vie d'un contrat est loin d'être un long fleuve tranquille. Nul ne doute aujourd'hui qu'un contrat en cours d'exécution puisse être déséquilibré. Il est davantage reconnu l'impossibilité des parties de prévoir dès la conclusion du contrat tous les futurs pertinents possibles⁹. Ces incertitudes découlent tout d'abord de la complexification des opérations juridiques¹⁰, la distance entre les opérateurs

économiques¹¹ et les variations incontrôlées et intermittentes du prix des matières premières comme l'acier et le pétrole¹². De plus, il y'a une fluctuation exacerbée des rapports politiques, économiques et sécuritaires entre les Etats dont les plus récentes en date sont le *Brexit*, l'apparition de la fièvre à virus Ebola, la montée de la secte islamiste *Boko haram* et le printemps arabe.

3. Il est évident que de la combinaison des éléments susmentionnés, le contrat sera confronté à de nombreuses difficultés parmi lesquelles le changement de circonstances apparait en bonne place. Ce qui conduirait à l'inexécution partielle ou totale du contrat, à la dénonciation, et à la fin anticipée du contrat. Les prévisions des parties risquent d'être déjouées par un évènement que celles-ci n'avaient pas pris en considération au moment de la conclusion du contrat. Le changement des circonstances conduira à une réalité économique différente de celle à laquelle les parties se sont fiées au moment où elles donnaient leur consentement. Sans être impossible à exécuter, le contrat devient excessivement onéreux pour l'une des parties c'est-à-dire coûter plus qu'elle ne rapporte¹³. En clair, le contrat peut indubitablement être déséquilibré par l'imprévision. Pour cette raison, on ne saurait opposer à chaque fois au cocontractant surpris l'article 1134 du code civil.

Parce que le contrat est devenu malsain et inefficace, où l'un des cocontractants s'enrichit systématiquement au détriment de l'autre¹⁴, les arbitres¹⁵ suivis par les juges¹⁶ nationaux –

⁵ Cass. 3e civ., 10 décembre 2003, pourvoi no 02-14.990 ; Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi no 06-14.768 ; C. Paris (14e ch., sect. A), 28 janvier 2009, pourvoi no 08-17.748.

⁶ Civ. 6 mars 1876, D. 76. 1. 193, note Giboulot.

⁷ CE.30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, D. 1916.3.25, concl. Chardenet ; RDP 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèse ; S. 1916.3.17, concl. Chardenet, note Hauriou, p. 184 et s.

⁸ Principe plus connu en droit international public qui voudrait que le consentement ne soit maintenu que si les circonstances qui ont présidé à son expression demeurent les mêmes.

⁹ BOUTHINO-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique* 2001/3 (t. XV, 3), p. 339 et s.

¹⁰ HERRO (R.), *Vente et transport : indépendance ou interdépendance ?*, Thèse de doctorat, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2009, p. 18 : « *Dans cette dernière catégorie, le lien entre les contrats est si intense que l'un ne va pas sans l'autre. Chaque contrat n'est pas alors conçu comme un tout à lui seul. Il devient imbriqué avec d'autres pour la réalisation d'une opération globale, en ce sens que celle-ci ne pourra se réaliser que grâce à la combinaison de prestations issues de contrats distincts* »

¹¹ MOISAN (P.), « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers de Droit*, vol. 35, n° 2, juin 1994, p. 287, « *L'une des caractéristiques de notre époque consiste en l'accroissement sans précédent du nombre de conventions de longue durée conclues par les parties de plus en plus éloignées géographiquement* ».

¹² Les premiers chocs pétroliers 1971- 1980, *Petite histoire des crises*, fiche n° 5/10, p. 1.

¹³ STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, p. 30 et s., p. 33.

¹⁴ PHILIPPE (D.), « Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme », *Après-midi d'étude du 27 janvier 2009 relative aux contrats internationaux*.

¹⁵ Sentence CCI, n°2291/75 ; Sentence CCI n°1512, *Clunet* 1974. 905 : « *Le principe de pacta sunt servanda trouve sa limite dans principe supérieur qu'est la bonne foi* ».

même en faisant une interprétation audacieuse des législations internationales¹⁷ - ont ressenti la nécessité à sauver le lien contractuel.

4. Sous l'influence des pratiques internationales¹⁸, de certaines législations nationales¹⁹ et des législations anationales²⁰ le législateur OHADA a prévu dans l'Avant-Projet de texte uniforme portant droit général des obligations des dispositions²¹ relatives au bouleversement de circonstances après avoir rappelé le principe de la force obligatoire du contrat²². Ces dispositions apportent

¹⁶ Cass. Com. 3 novembre 1992, n°90-18547.

¹⁷ Sur l'ensemble de la question C. Cass. belge, 19 juin 2009 v. FAUVARQUE COSSON (B.), « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la cour de cassation belge », *RDC* 2010, n°4, p. 1405 et svt.

¹⁸ FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, n°45.

¹⁹ Article 107 du code civil algérien ; art. 147 du code civil égyptien ; art. 148 du code civil syrien.

²⁰ REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », <http://ressources.univ-poitiers.fr:2273/weblextenso/article/print?id=RDC113g6>

²¹ Article 161 : « Il y a bouleversement des circonstances 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 que :

- ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

- la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

- ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ;
- et le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. »

Article 162 : « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée.

La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente.

Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;

- ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations. »

²² Article 160 : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue

manifestement un tempérament à la force obligatoire du contrat. A la suite de ce constat, une question jaillit : quel est le sort d'un contrat éprouvé par l'imprévision à l'aune de l'Avant-Projet d'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats ? Autrement dit que devient le contrat dont l'environnement économique a été profondément modifié au point de faire supporter à l'un des cocontractants un poids économique excessif dont il n'a pas assumé la charge à la formation du lien contractuel ? Le législateur prévoit des conséquences à la survenance du *hardship*. Lesquelles conséquences ont un sens pour les parties – en ce qu'elles sont les premières concernées, et par conséquent, premiers juges de l'opportunité de révision du contrat – et pour le juge – parce qu'il est interpellé pour apporter une solution au contrat inexécuté en cas d'échec des parties à le faire -.

5. Pour qu'il en soit ainsi – faire jouer le mécanisme de révision pour imprévision –, les conditions prévues pour l'application de la théorie de l'imprévision doivent rigoureusement être observées. Elles sont tantôt relatives à l'événement imprévu, tantôt à la victime de l'imprévision. Elles sont au nombre de quatre. Primo, l'événement susceptible d'ouvrir droit à la révision judiciaire du contrat pour imprévision doit modifier significativement l'équilibre contractuel par rapport à ce qu'il était lors de la conclusion du contrat. Deuzio, on a l'imprévisibilité de l'événement à la conclusion du contrat. Ici, on se réfère à ce qu'un homme normal peut prévoir, en tenant compte d'indices tels que la soudaineté, la rareté ou l'anormalité d'un événement²³. La modification ne doit pas avoir été prise en considération par les parties au moment de la conclusion du contrat. Les changements de circonstances survenus même après la conclusion du contrat ne constituent un *hardship* que si ces circonstances n'ont pu raisonnablement être prises en considération au moment de la conclusion du contrat. Même si elles l'avaient été, elles ne doivent pas l'avoir été dans les proportions ainsi réalisées²⁴. Autrement

plus onéreuse sous réserve des dispositions suivantes relatives au bouleversement des circonstances. »

²³ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 317, n° 302.

²⁴ STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, p. 32 : « La jurisprudence sur la force majeure nous apprend qu'un

dit, « *ce n'est pas le caractère imprévisible de l'événement qui est réellement crucial mais plutôt les conséquences de cet événement sur l'équilibre du contrat* »²⁵. Tercio, il s'agit de l'absence d'acceptation anticipée des risques de l'imprévision. L'acceptation par la partie lésée du risque de bouleversement des circonstances agit comme une renonciation anticipée pour celle-ci d'invoquer l'imprévision²⁶. Quarto, on a l'absence de faute du demandeur ou la « *non imputabilité* » de l'événement constitutif de hardship à la partie qui demande la révision du contrat. Cela revient à dire que le bouleversement ne doit pas être le résultat de la volonté de la partie qui revendique la renégociation du contrat. Autrement dit, l'événement ne doit pas avoir été provoqué par la partie demanderesse des renégociations. Elle doit n'avoir exercé aucune influence sur l'événement imprévisible de telle sorte qu'elle pourrait en être à l'origine²⁷.

6. Ce n'est qu'en cas de réunion de toutes ces conditions que l'avenir du contrat sous le couvert de la théorie de l'imprévision peut être envisagé. Orienté vers la survie du lien contractuel, le législateur OHADA envisage le maintien du contrat tant par l'entremise des parties (I) que du juge (II).

I- LE MAINTIEN DU LIEN CONTRACTUEL ENVISAGE PAR LES PARTIES

7. Le législateur OHADA laisse la latitude aux cocontractants d'aménager leurs rapports contractuels afin de se prémunir contre certaines

fait peut avoir été prévisible dans sa nature, il peut demeurer un cas de force majeure s'il était imprévisible dans son ampleur. »

²⁵ DEFAINS (B.) et FEREY (S.), « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTD Civ.* 2010 p. 719 ; AKONO ADAM (R.), « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats », *REMASJUPE*, N° 7, Numéro spécial, Décembre 2019, p. 71 : « *Un fait peut bien avoir été prévisible dans sa nature et imprévisible dans son ampleur* ».

²⁶ AKONO ADAM (R.), *ibid.*, p. 75.

²⁷ BADAWE KALNIGA (D.), *L'imprévision en droit du commerce international*, Mémoire de Master, Université de N'Gaoundéré, 2016/2017, p. 67.

difficultés d'exécution. C'est dans le cadre de cette vision que se situent les clauses d'adaptation des contrats²⁸. Lesdites clauses permettent aux parties de moduler l'étendue de leurs obligations respectives à leur convenance. Ceci au nom de la liberté contractuelle. Ainsi, toutes les modalités d'exécution des obligations échappant aux dispositions légales impératives peuvent faire l'objet des aménagements. Le régime légal ou jurisprudentiel du contrat n'a aucune influence sur l'aménagement contractuel de ces obligations. Les parties prévoient ainsi les risques susceptibles de se présenter au cours de l'exécution du contrat. Il reste à déterminer si les dispositions qui prévoient l'imprévision dans l'Avant-Projet d'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats font partie des dispositions supplétives ou impératives. Ce qui pose directement le problème de la survivance des clauses d'adaptation en cas d'imprévision (A). Au-delà des prévisions des parties, la loi fait de la renégociation un devoir (B).

A- La survivance des clauses d'adaptation

8. Quel est le sort des clauses d'adaptation en présence des dispositions prévoyant l'imprévision ? La réponse à cette question dépend de la nature –supplétive ou impérative – des dispositions ayant prévu l'imprévision. La détermination de la nature desdites dispositions n'est pas aisée non plus.

9. Trois raisons amènent à croire au caractère supplétif des dispositions de l'article 161 de l'AP-AUDC. Tout d'abord, la subordination de l'application des articles 161 et 162 à l'absence d'acceptation anticipée des risques. Les parties à la conclusion du contrat peuvent neutraliser le jeu des dispositions prévoyant l'imprévision. Elles ont la possibilité d'écarter l'application des articles 161 et 162 de l'AP-AUDC. D'autant plus que, si la partie qui subit le bouleversement de circonstances a accepté au préalable d'en assumer la charge, les articles 161 et 162 ne sont pas applicables. Le terme « *assumé* » utilisé laisse entendre que le cocontractant victime du bouleversement de circonstances peut ne pas

²⁸ OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », *Clunet* 1974, p. 796.

avoir pris expressément en charge les risques²⁹. Le risque peut résulter de la nature du contrat lui-même³⁰. De nombreux auteurs³¹ l'ont reconnu en ce qui concerne l'article 1195 de l'ordonnance française du 10 février 2016. La question du dépeçage des dispositions prévoyant l'imprévision n'est pas négligeable non plus. En vertu de l'adage « *Qui peut le plus peut le moins* », nous pensons à la suite de certains auteurs³² que les cocontractants peuvent déroger à ces dispositions en partie. C'est-à-dire en conférant au juge en amont seulement le pouvoir

de mettre fin au contrat excluant celui de le réviser.

10. Ensuite, l'architecture des dispositions des articles 161 et 162 milite également en faveur de son caractère supplétif. Car, le législateur fait de la gestion du changement des circonstances l'affaire des parties³³. Il leur offre d'abord la possibilité de régler leur désaccord avant toute intervention éventuelle du juge. Et c'est justement l'objectif des clauses d'adaptation³⁴. Les mécanismes légaux prévus n'entreront en jeu que si les clauses contractuelles sont incapables de résoudre le problème de l'imprévision. Autrement, le jeu des articles 161 et 162 est subordonnée à l'impossibilité des clauses contractuelles à pallier au problème de bouleversement de circonstances.

11. Cependant, une nuance doit être apportée à cette analyse. Car, pour certains auteurs³⁵, les dispositions des articles 161 et 162 refont surface toutes les fois que les clauses contractuelles sont sévères ou chaque fois qu'elles sont à l'origine même des déséquilibres qui entament l'équilibre du contrat. En réalité, lorsque les clauses d'acceptation de risque sont qualifiées, elles ne peuvent se voir appliquer au détriment du dispositif légal prévoyant l'imprévision. Concrètement, « *une clause d'acceptation des risques dont une partie au contrat qui subira l'imprévision, réussira à établir qu'elle crée un déséquilibre significatif entre ses droits et obligations de ceux de son cocontractant pourrait être neutralisée par le juge* »³⁶. Les clauses d'adaptation trop sévères s'effacent donc

²⁹ Commentaire de l'article 6.2.2 des Principes Unidroit version 2016.

³⁰ V. MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, n° 414 : « *Le contrat aléatoire est celui dans lequel une prestation est incertaine parce qu'elle dépend de la survenance d'un événement futur hasardeux.* » ; v. aussi THIBIERGE (J. L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse de doctorat, Université de Paris I Panthéon- Sorbonne, 2009, n° 73, p. 58 : « (...) un contrat est pour le Code civil aléatoire lorsque « l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain ». La prestation due par l'une des parties dépend donc d'un événement incertain, de telle sorte qu'on ne peut savoir à l'avance s'il y aura bénéfice ou perte ».

³¹ V. PERES (C.), « Règles impératives et règles supplétives dans le nouveau droit des contrats », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 16, 18 Avril 2016, 454 : « (...) l'article 1195, alinéa 1, subordonne formellement l'imprévision à la condition que la partie, pour qui l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse, n'ait pas contractuellement accepté d'assumer le risque lié au changement de circonstances imprévisible. » ; v. aussi REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », *R.D.C.*, 2016, n°2, p. 373 et s., n° 12 : « En subordonnant la mise en œuvre des solutions destinées à permettre de remédier aux conséquences d'un changement imprévisible de circonstances au fait que le contractant qui subit ces conséquences n'ait pas accepté à l'avance « d'en assumer le risque », l'article 1195, alinéa 1er, nouveau du Code civil semble bien admettre la possible neutralisation des mécanismes établis par cette disposition par le jeu d'une clause contractuelle. » ; v. aussi ACCAOU LOFRING (P.), « L'article 1195 du code civil français ou la révision pour imprévision en droit privé français à la lumière du droit comparé », *RDAI/IBLJ*, N°5, 2018, p. 453 : « L'article 1195 du code civil exige que la partie victime de l'imprévision n'ait pas accepté le risque du changement de circonstances. Si le risque avait été accepté par la partie elle en aurait assumé les conséquences, c'est-à-dire l'incidence sur le contrat. Elle n'aurait dès lors pas pu bénéficier du jeu de l'article 1195 ».

³² ARCHAMBAULT (L.) et FAUCHER (D.), « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? », *Gaz. Pal.* 09/05/2017, n°18, p.18.

³³ ACCAOU LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 450 : « Il donne (...) une place prépondérante aux parties dans la recherche d'une solution à la recherche d'une solution à l'exécution du contrat devenue excessivement onéreuse. »

³⁴ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, p. 35 : « De troisième part, l'esprit du dispositif légal est d'abord aux parties une opportunité d'organiser par elles-mêmes le traitement de l'imprévision. Le caractère subsidiaire de l'interférence du juge le montre. Or, que font les parties au travers d'une clause d'adaptation sinon cela ? »

³⁵ STOFFEL-MUNCK (Ph.), *ibid.*, « (...) L'objection n'est pas dirimante car si la clause est trop sévère, on pourra l'écartier en lui prêtant d'être à l'origine d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, soit sur le fondement du nouveau texte du Code civil, soit sur celui de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce. »

³⁶ AKONO ADAM (R.), *op. cit.*, p. 79.

au profit des mécanismes légaux. Ce qui n'est pas sans rappeler la fonction de la règle permissive avec une réserve matérielle³⁷.

12. D'autres par contre³⁸, estiment que le caractère supplétif des articles 161 et 162 est dépendant du type de contrat. Ils font une distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion. Dans le premier type, les mécanismes légaux traitant l'imprévision ont un caractère impératif. Dans le second type par contre, les solutions légales à l'imprévision ont un caractère supplétif. Car, ici le mécanisme de clause abusive peut être actionné par le cocontractant faible. En ce sens qu'au moment de la signature du contrat, il ne lui a pas été donné la possibilité de discuter les conditions de son engagement. Il n'a fait qu'adhérer à un contrat dont l'*instrumentum* a été apprêté au préalable par son cocontractant. Le mécanisme prévu en cas de changement de circonstances serait donc protecteur de la partie faible dans les contrats inégalitaires³⁹.

13. Enfin, la troisième raison est tirée de la pratique judiciaire. Jusque-là, le refus de la jurisprudence de réviser le contrat a été considéré comme une règle supplétive répulsive⁴⁰. Car, cette attitude du juge judiciaire incitait les parties à trouver une solution conventionnelle à l'imprévision. C'est pour cette

³⁷ COHEN (C.), : « *Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé (réflexions sur les règles permissives)* » « *Il existe également certaines règles permissives atypiques : les règles permissives avec réserve matérielle, qui s'adressent à une partie considérée comme faible. Si ces dernières ne limitent pas l'éventail du choix des lois éligibles, ce type de règle permissive introduit une réserve quant au contenu de la loi qui aura été choisie. (...) L'exercice de la faculté sera donc plus ou moins efficace selon les dispositions matérielles de la loi élue : le choix sera partiellement neutralisé s'il a été effectué en faveur d'une loi trop peu protectrice du consommateur.* » consulté le 13/11/2018 à 17:12 sur https://www-cairn-info.ressources.univ-poitiers.fr/article_p.php?ID_ARTICLE=DROIT_066_021_1

³⁸ REVET (T.), *op. cit.*, : « *La faculté de demander la résolution ou l'adaptation du contrat pour imprévision serait donc supplétive de volonté dans les contrats de gré à gré, et, de fait, impérative dans les contrats d'adhésion.* »

³⁹ Il s'agit ici spécialement du contrat de consommation.

⁴⁰ FAUVARQUE-COSSON (B.), « *Le changement de circonstances* », *op. cit.*, n°26 ; v. aussi STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*

raison qu'on peut admettre avec un auteur⁴¹ qui affirme que : « *le régime supplétif mis en place par l'alinéa 2 peut opportunément continuer à jouer ce rôle de repoussoir en encourageant les parties à définir elles-mêmes les conséquences de l'évolution des circonstances pour le contrat, ce qui est a priori la meilleure garantie de l'efficacité du procédé* ». Comme il a été rappelé précédemment, le législateur laisse aux parties le soin d'organiser elles-mêmes les conséquences de l'inexécution de leur contrat. Cette attitude a été reprise par les juges judiciaires qui sont réticents à endosser une responsabilité aussi lourde que celle de réécrire un lien contractuel relâché. Même lorsqu'il a eu la possibilité de le faire, le juge judiciaire a souvent renvoyé les parties afin qu'elles trouvent d'elles-mêmes une solution à leur différent⁴².

14. En somme, les dispositions des articles 161 et 162 apparaissent plus supplétives qu'impératives. Elles permettent aux clauses contractuelles susceptibles de régler la question de bouleversement de circonstances, d'opérer lorsque celles-là ne sont pas abusives pour la partie faible à un contrat inégalitaire. Mais, pour taire toute controverse sur la nature de ce texte deux solutions sont envisageables. La première serait d'amender l'Avant-Projet d'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats avant son adoption en précisant expressément la nature – supplétive ou impérative – du texte traitant de l'imprévision. La seconde – moins recommandable – serait d'attendre qu'après l'entrée en vigueur de l'Avant-Projet – s'il est adopté – que la CCJA – instance suprême en matière d'interprétation des actes uniformes – se prononce sur la question. Mais en attendant d'y arriver, nous nous penchons sur le devoir de renégociation consacré par l'Avant-Projet.

B- La consécration du devoir de renégociation

⁴¹ PERES (C.), *op. cit.* ; v. aussi, STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*

⁴² V. *Shell c/. EDF*, CA Paris 1^{ère} ch. 28 septembre 1976, *JCP G* 1978, note J. Robert ; CA Nancy, ch. Com. 2, 26 septembre 2007, *D.* 2008, No. 16, p. 1120 note M. Boutonnet ; Nancy, 26 septembre 2007, *RTD civ.* 2008.295, obs. B. Fages ; *RLDC* 2008, no 2969, obs. O. Cachard.

15. Au-delà d'une obligation jurisprudentielle fondée tantôt sur l'équité⁴³, tantôt sur la bonne foi⁴⁴, le devoir de renégociation d'un contrat déséquilibré pour imprévision est désormais une obligation légale. C'est le moyen le plus approprié⁴⁵ par lequel les parties peuvent rétablir l'équilibre de leur lien contractuel. Puisque soucieux du respect de la volonté qui a présidé à la formation du lien contractuel. Pour jauger de l'efficacité de la renégociation du contrat, nous allons l'appréhender les négociations sous deux principaux aspects : les droits des parties (1) et le sort du contrat (2) durant les négociations.

1- Les droits des parties durant les renégociations

16. S'agissant des droits des parties au contrat, il faut distinguer la partie qui subit le bouleversement de circonstances de celle qui en tire profit. La survenance du *hardship* donne à la partie lésée le droit de demander la renégociation du contrat. Elle doit adresser à son cocontractant une demande tendant à cette fin. La loi exige des parties la recherche de solutions à leur problème.

⁴³ MAZEAUD (D.), « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* – Octobre 2003, p. 293 : « *En bref, les impératifs de prévisibilité et de stabilité contractuelles, doivent composer avec les exigences d'équité (...)* » ; v. aussi PHILIPPE (D.), « Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme », *Après-midi d'étude du 27 janvier 2009 relative aux contrats internationaux*.

⁴⁴ DIESSE (F.), « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *R.D.A.I.*, 1999, p. 737 : La théorie de l'imprévision serait « une application de coopération dans le temps comme moyen d'adapter les prestations contractuelles aux changements de circonstances » ; Cour de cassation, chambre commerciale, 27 février 2007, pourvoi n°04-13. 881. Option finance, 2007, 23 avril, n°929, juridique p. 29-30 ; Cass. Com. 3 novembre 1992, n°90-18547. La cour de cassation a estimé « *qu'en cas de changement de circonstances exposant un débiteur à une concurrence renforcée, le fournisseur était contraint par l'exigence de bonne foi de négocier avec celui-ci un accord de coopération commerciale afin de lui permettre de s'aligner sur ses concurrents* » ; Sentence CCI, n°2291/75 ; Sentence CCI n°1512, *Clunet* 1974. 905 : « *Le principe de pacta sunt servanda trouve sa limite dans principe supérieur qu'est la bonne foi* ».

⁴⁵ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2006, n° 55. Cité par THIBIERGE (J. L.), *op. cit.*, n° 809, p. 465 : « *La renégociation du contrat est la « voie royale » pour corriger le bouleversement des termes de l'échange par l'imprévu.* »

Cette phase est obligatoire. C'est un préalable à la saisine du juge. L'article 162 de l'Avant-Projet de texte portant régime général des obligations dans l'espace OHADA rappelle ainsi le caractère subsidiaire de l'intervention du juge en cas d'imprévision⁴⁶. Toute partie qui fera fi de cette procédure pour saisir une juridiction verra opposée à son action une fin de non-recevoir⁴⁷. Ce qui est à regretter dans l'attitude du législateur, c'est qu'il ne précise pas le délai pendant lequel, la partie lésée doit adresser sa demande à son cocontractant. Il se contente juste de dire que « (...) *La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée.* »⁴⁸. L'usage de la nation à géométrie variable⁴⁹ « *sans retard injustifié* » peut être sujet d'interprétation et par conséquent porter atteinte à la sécurité juridique. Car, avec les standards, tout est question de l'appréciation et du bon vouloir du juge. Et dans sa mission de fixer le droit⁵⁰, le juge ou dans sens plus large l'arbitre va se mouvoir à sa guise et donner le sens qui lui convient le plus à la notion de « *sans retard injustifié* ». La prompte transmission de l'information permettra au cocontractant de la victime du *hardship* de mieux se préparer pour aborder les négociations et par conséquent de minimiser le risque. Il faut tout de même rappeler que la victime du *hardship* ne perd pas son droit aux négociations du seul fait que la

⁴⁶ Article 162 alinéa 3 : « *Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente.* »

⁴⁷ FEDOU (J. F.), « Le juge et la révision du contrat », <http://ressources.univ-poitiers.fr:2273/weblextenso/article/print?id=RDC113f2> :

« *Mais, d'abord, qu'en sera-t-il de la sanction du non-respect des conditions préalables à la saisine unilatérale du juge afin qu'il statue sur une demande de révision ou de résolution pour imprévision ? Devra-t-on considérer que l'on se trouve en présence d'une exception de procédure ou d'une fin de non-recevoir ? La question se pose en effet ; j'aurais personnellement tendance à préférer la fin de non-recevoir, au regard du rapprochement qui peut être fait avec les clauses obligatoires et préalables de conciliation dans certaines conventions.* » ; v. aussi REVET (T.), *op. cit.*, n°15.

⁴⁸ Article 163 alinéa 1^{er}.

⁴⁹ FOKO (A.), « Libres propos sur les « standards » en droit », *Cahiers juridiques et politiques de l'Université de N'Gaoundéré*, Numéro spécial, L'ordre public, 2015, p. 141 et s.

⁵⁰ AKAM AKAM (A.), « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'Ersuma*, n°1, juin 2012, p. 512.

demande n'a pas été faite sans retard indu. Mais, ce comportement pourra avoir un effet sur l'existence du *hardship* et le cas échéant, sur ses conséquences sur le contrat⁵¹. En l'absence de toute précision légale, l'appréciation du délai de la demande de renégociation pourrait dépendre du type de contrat, de la durée de celui-ci.

17. S'agissant des droits du cocontractant de la partie lésée, il dispose d'une option celle d'entrer en négociation ou pas⁵². Il peut refuser d'entrer en négociation. Dans ce cas, la procédure est directement orientée vers la saisine du juge si les parties ne sont pas parvenues à une résolution conjointe du contrat⁵³. Même si les parties sont libres d'accepter ou non d'entrer en négociation, leur refus de négocier ne peut pas complètement être discrétionnaire, ni injustifié.

18. Si par contre, le cocontractant de la partie lésée consent à une renégociation du contrat, deux hypothèses sont envisageables : les négociations peuvent avoir un dénouement heureux ou malheureux. Les négociations peuvent se solder par la rédaction d'un avenant. Ça veut dire que les parties sont parvenues à une révision d'un commun accord qui est selon certains détracteurs de la théorie de l'imprévision le véritable remède à l'imprévision⁵⁴. Dans ce cas, la procédure s'arrête là. Les parties doivent veiller à ce que le nouvel écrit soit en conformité avec les dispositions du contrat qui sont restées inchangées. De plus, elles doivent prêter attention au risque que les changements entraînent la novation et la disparition du contrat antérieur et des clauses qu'il contiendrait. Inversement, ces changements peuvent conduire

à la nullité du nouveau contrat si celui-ci a été irrégulièrement formé⁵⁵.

19. Dans la seconde hypothèse, les négociations peuvent se solder par un désaccord des parties. Le cocontractant de la victime de l'imprévision n'étant pas obligé d'accepter les propositions à lui faites⁵⁶. Les propositions en vue de l'adaptation du contrat se heurtent donc à un refus de l'autre partie. Comme pour le refus d'entamer les négociations, le rejet des propositions d'adaptation ne doit pas être discrétionnaire. Les négociations doivent être marquées du sceau de la bonne foi⁵⁷. Donc, aucune partie ne peut être sanctionnée du seul fait que les négociations ne se sont pas soldées par un accord. Le seul refus des propositions de modification du contrat initial ne constitue pas une faute. Mais, il en irait autrement si l'une des parties refuse de prendre part aux négociations. La cour de cassation a décidé que « *la responsabilité de la procédure de rencontre et d'adaptation ne peut être imputée à une partie en l'absence de comportement abusif de sa part* »⁵⁸. Une partie ne peut être sanctionnée que lorsqu'elle n'a pas mené les négociations de bonne foi. Laquelle partie n'a pas mené les négociations de manière sérieuse, soit en faisant des propositions de nature qu'à être rejetées par son cocontractant, soit en menant les négociations de manière à les faire échouer en rejetant toutes les propositions mêmes les plus raisonnables de son partenaire. C'est pourquoi la jurisprudence arbitrale interdit de formuler des offres de renégociation hâtives susceptibles de surprendre l'autre partie⁵⁹ et encourage celles qui tendent à ce que « *l'exécution du contrat ne*

⁵¹ Commentaire du Paragraphe 1 de l'article 6.2.3 des P.U.C.I.

⁵² MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, n° 764 ; v. aussi

⁵³ Les parties disposent du droit de mettre conventionnellement un terme au contrat en vertu de l'article 1134 alinéa 2 ; v. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 32, n°25.

⁵⁴ GENICON (Th.), « Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance ? », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2485 : « *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 légalement élaborer un quelconque système, il doit d'abord être orienté vers une très forte incitation à « l'auto-révision ».*

⁵⁵ Cass. 3e civ. 6-5- 1980 no 78-15.675 : *Bull. civ.* III no 88.

⁵⁶ Cass. Com. 27 février 2007, pourvoi, n° 04- 13.881.

⁵⁷ ACCAOUÏ LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 456 : « *Par ailleurs, la négociation du contrat par les parties doit se dérouler conformément aux exigences de la bonne foi dans l'exécution du contrat, c'est-à-dire que l'échange de propositions doit refléter leur réelle volonté de parvenir à un accord sans que l'une ne recherche une amélioration de sa situation contractuelle ou l'autre le maintien des situations qui lui sont devenues extrêmement favorables.* »

⁵⁸ Cass. Com., 3 octobre 2006, *D* 2007, P 265, Note Mazeaud + Yves Lequette « De l'efficacité des clauses de *hardship* » *Economica* 2010.

⁵⁹ Sentence CCI. n° 2291. 1975. *J.D.I.* 1976. 989, obs. DERAÏNS (Y.).

devienne pas manifestement inéquitable »⁶⁰. Le non-respect de la bonne foi, du devoir de loyauté et de la coopération peut exposer le cocontractant qui refuse de négocier ou qui négocie de manière déloyale au versement des dommages intérêts⁶¹. Ces mêmes manquements peuvent aussi donner droit à une demande en résiliation du contrat par la partie lésée sans que sa responsabilité pour rupture abusive ne soit engagée⁶². Il est donc évident que la rencontre des parties en vue de renégocier le contrat est une obligation de résultat tandis que celle parvenir à un accord à l'issue des négociations apparaît comme une obligation de moyens.

20. Le cocontractant de la victime du bouleversement peut rejeter les propositions formulées en vue de rétablir l'équilibre des prestations. Ce qui conduit au même cas que celui du refus de renégocier le contrat. En définitive seuls le refus de négocier et la négociation menée de mauvaise foi sont de nature à engager la responsabilité de la partie qui s'y livre. Il reste donc à s'intéresser au devenir du contrat durant la phase des négociations.

2- Le sort du contrat durant les renégociations

21. Que devient le contrat durant la phase des négociations ? Est-il suspendu ? Doit-il être exécuté ? A quelles conditions ? Voilà autant de questions qui gravitent autour du devenir du contrat durant la phase des négociations. Le fait pour l'alinéa 2 de l'article 162⁶³ de subordonner la résiliation du contrat à l'échec des

négociations porte à croire que le contrat n'est pas suspendu durant la période des négociations. Malgré le bouleversement des circonstances, les parties devront exécuter leurs obligations pendant les négociations⁶⁴. Le début des négociations ne dispense pas la partie lésée de l'exécution de ses obligations⁶⁵. Autrement dit, les négociations n'ont aucun effet suspensif sur l'exécution du contrat. S'agissant des conditions d'exécution, en l'absence de toute indication particulière des lettres de l'article 162, il faut dire que le contrat doit se poursuivre selon les conditions initialement fixées.

Par conséquent, la partie qui suspend l'exécution de sa prestation sous prétexte de l'entame des négociations pourrait voir sa responsabilité civile contractuelle engagée pour inexécution du contrat. La jurisprudence arbitrale a de nombreuses fois statué dans ce sens⁶⁶. Le droit à l'exécution est consolidé dans l'intérêt du créancier.

22. En somme, force est de constater que le législateur OHADA a donné une place de choix aux parties quant à la gestion des difficultés d'exécution provoquées par l'imprévision⁶⁷. Il

⁶⁰ Sentence C.C.I. n° 2478, 1974, *J.D.I.* 1975. 925, obs. DERAIS (Y.).

⁶¹ Art. 6 : 111 : 3 des PEDC.

⁶² CARTIER-MARRAUD (M. L.) et AKYUREK (O.), *op. cit.*, n° 167, p. 7 ; v. également LEQUETTE (Y.), « De l'efficacité des clauses de hardship », in Liber Amicorum C. Larroumet, *Economica* 2010, p. 282 cité par FAUVARQUE COSSON (B.), « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la cour de cassation belge », *RDC* 2010, n°4, p. 1405 et svt. ; V. aussi STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, p. 31 : « (...) il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'autre l'une des parties le refus par l'autre de renégocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

⁶³ Art. 162 al. 2 : « La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. »

⁶⁴ ACCAOUI LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 450 : « La poursuite de l'exécution du contrat quand bien même ses conditions d'exécution ont été substantiellement modifiées est une caractéristique de la situation de hardship ».

⁶⁵ REVET (T.), *op. cit.*, n°14 : « Quand un contractant estimera qu'un changement imprévisible de circonstances rend pour lui excessivement onéreuse l'exécution ou la poursuite de l'exécution du contrat, alors qu'il n'aura pas accepté d'assumer un tel risque, (...). Il devra, en effet, proposer d'abord à l'autre une renégociation amiable, en poursuivant l'exécution du contrat malgré l'excessive onérosité de cette exécution. Le changement imprévisible de circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse ne constitue donc pas une cause légitime de suspension de l'exécution. »

⁶⁶ Sentence S.M.A.N.Y, n° 2467. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a considéré que l'engagement des négociations au titre d'une clause de *hardship* ne libérait pas l'affréteur de ses obligations, en l'occurrence expédier la quantité minimale des marchandises prévue au contrat ; v. aussi Sentence S.M.A.N.Y n° 773. Ici, toujours dans le souci d'assurer l'exécution du contrat, l'arbitre unique a considéré qu'en l'absence de disposition expresse stipulée au contrat, la charte-partie était toujours en vigueur aussi longtemps qu'aucun avenant n'a été conclu.

⁶⁷ ACCAOUI LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 450 : « Il donne (...) une place prépondérante aux parties dans la recherche d'une solution à la recherche d'une solution à l'exécution du contrat devenue excessivement onéreuse. »

permet aux parties à travers les clauses d'adaptation de remédier au bouleversement de circonstances. En complément à cette astuce, le législateur consacre le devoir de renégociations. Si en dépit de tous ces efforts, une solution n'est toujours pas trouvée, les parties se tourneront vers le dernier rempart qu'est le juge.

II- LE MAINTIEN DU LIEN CONTRACTUEL RECHERCHE PAR LE JUGE

23. Lorsque les parties n'ont pas pu assurer la poursuite amiable de leur lien contractuel ou lorsqu'elles n'ont pas conventionnellement pu mettre fin au contrat, il revient au juge de rechercher les moyens de gérer ce désaccord. Cette gestion se décline en solutions judiciaires pouvant constituer au maintien du lien contractuel ou à sa disparition (B). Pour y parvenir, le juge doit observer certaines conditions posées par le législateur (A).

A- Les conditions de l'intervention judiciaire

24. L'intervention du juge est conditionnée par le refus ou l'échec des renégociations, la demande unilatérale émanant de l'un des contractants et de la vérification des conditions de l'imprévision. Etant donné que la première condition a été développée plus haut (*supra*), nous allons nous limiter à étudier la nécessité d'une demande unilatérale (1) et la vérification des conditions de l'imprévision (2).

1- La nécessité d'une demande unilatérale

25. L'article 162 subordonne l'intervention du juge à une demande unilatérale de l'un des cocontractants⁶⁸. Il n'existe donc aucune discrimination entre les parties quant à la possibilité d'introduire une demande en justice. Il peut s'agir aussi bien de celle qui a demandé la renégociation que de celle à qui la demande en renégociation a été adressée. Puisqu'à ce niveau le texte parle de « l'une ou l'autre partie ». Le juge ne saurait statuer sur sa propre initiative.

⁶⁸ Art 162 al 3 : « (...) l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. »

C'est la traduction du principe dispositif qui est un principe cardinal du procès civil. Lequel principe stipule que ce sont les parties qui tracent le cadre de leur procès⁶⁹. Mais le fait pour le législateur OHADA – contrairement à son homologue français – d'exclure la demande conjointe comme mode de saisine de la juridiction peut s'expliquer par deux raisons.

D'une part, on peut invoquer le *favor contractus* traduit par la consolidation de l'intangibilité du contrat. Car, la demande conjointe dispense le juge de vérifier les conditions de bouleversement de circonstances. Puisqu'en ce moment, dans le cadre d'une demande conjointe, le juge n'aura pas à vérifier la réunion de ces conditions car il tirera « *son pouvoir d'adaptation de la demande que lui expriment les parties et non de la réunion des conditions de la renégociation* »⁷⁰.

D'autre part, le législateur estime qu'il est sans intérêt de donner la faculté de saisir conjointement le juge aux parties qui n'ont pas pu se mettre d'accord durant la phase des négociations⁷¹. Si les parties n'ont pu adapter ou mettre fin au contrat durant les négociations, il apparaît encore plus invraisemblable qu'elles puissent de commun accord s'adresser au juge. Dès la réception de la demande en justice, le juge doit vérifier la réunion des conditions de l'imprévision.

2- La vérification des conditions de l'imprévision

26. La vérification des conditions de l'imprévision est l'une des conditions essentielles pour l'intervention du juge dans un contrat déséquilibré pour imprévision. Avant de donner une quelconque solution à l'imprévision,

⁶⁹ KERE KERE (G.), *Droit civil processuel, La pratique judiciaire au Cameroun et devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Yaoundé, SOPECAM, 1^{re} éd., 2006, pp. 106-107.

⁷⁰ MOLFESSIS (N.), « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats » : *JCP G* 2015, n

° 52, 1415. Cité par REVET (T.), *op. cit.*, n°16.

⁷¹ ACCAOUI LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 458 : « Il est à craindre en effet que les parties incapables de s'accorder sur le sort du contrat parviennent à s'entendre pour autoriser le juge à intervenir dans le contrat. » ; v. aussi FEDOU (J. F.), *op. cit.*

le juge est obligé de vérifier si les conditions⁷² sont réunies⁷³. Il s'agit ici pour le juge de se rassurer qu'une partie n'a pas arbitrairement déclenché le mécanisme prévu aux articles 161 et 162 de l'AP-AUDC. Aussi, c'est le moment pour le juge de statuer sur la survenance du bouleversement, c'est-à-dire, le fait constitutif de bouleversement, son étendue et son impact sur le contrat. Ainsi, l'un des contractants pourrait arguer que le fait invoqué par l'autre partie n'est pas constitutif de bouleversement de circonstances. En l'absence de toute précision légale, le juge pourra juger comme constitutif de bouleversement de circonstances, des changements d'ordre fiscaux, économiques, techniques et juridiques⁷⁴. Une fois de plus, le juge a une marge énorme d'appréciation. La lettre du contrat, la nature de celui-ci et même la pratique sont autant d'éléments sur lesquels le juge peut s'appuyer pour conclure à un bouleversement de circonstances. Si justement, il parvient à cette conclusion, il pourra donc apporter une solution afin de remédier à l'imprévision.

B- Les solutions judiciaires à l'imprévision

27. Le législateur OHADA influencé par les législations internationales⁷⁵ n'a pas su résister à l'octroi d'un pouvoir inédit au juge judiciaire⁷⁶ qui depuis le célèbre arrêt *Craponne* est condamné à se plier à la volonté des parties exprimée dans le contrat. La plupart des pays qui ont hérité de la tradition juridique française ont jusqu'ici observé avec une grande rigueur le principe de l'intangibilité du contrat. Désormais, avec l'Avant-Projet d'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats – sous réserves de son adoption – le juge sera habilité à s'immiscer dans le contrat pour le réécrire lorsque celui-ci est éprouvé par

un bouleversement de circonstances. Il est désormais permis au juge de maintenir les parties dans un lien contractuel qu'il aura redéfini en adaptant le contrat au bouleversement de circonstances (1). Aussi, le législateur a consolidé le pouvoir du juge en ce qui concerne la résolution du contrat (2).

1- La solution permettant la survie du contrat : l'adaptation

28. Le législateur offre une option à la partie qui subit le *hardship*. Elle peut demander au juge de mettre fin au contrat ou de l'adapter en vue de rétablir l'équilibre du contrat. Le législateur OHADA donne la latitude au juge de mettre un terme au contrat éprouvé par l'imprévision si les parties ne parviennent pas à une solution amiable. La mesure de la solution est entièrement maîtrisée par le magistrat. Il est habilité à anéantir le contrat ou l'adapter. La lecture de l'article 162 nous laisse croire qu'il n'existe qu'une seule limite au pouvoir du juge. L'une des limites au choix de la solution à appliquer est que celle-ci soit raisonnable au sens de l'article 162. Il revient au juge donc de proportionner sa solution à la gravité de la situation ou des opportunités⁷⁷. Le juge pourrait pencher pour la résiliation si le contrat ne présente plus aucun intérêt économique pour les cocontractants⁷⁸. Il opterait par contre pour l'adaptation au cas où le contrat est d'une importance vitale pour l'un des deux contractants⁷⁹.

29. La seconde limite au choix du juge est le principe dispositif. Car, le juge à qui l'adaptation a été demandée par une partie ne saurait prononcer la résolution (sauf si dans la demande la partie lui permet de résoudre le contrat à défaut d'une adaptation). Le principe dispositif s'impose toujours lorsqu'une partie par une demande reconventionnelle demande exactement au juge l'opposé de ce que son

⁷² Voir supra n° 3.

⁷³ REVET (T.), *op. cit.*, n°13 : « Le contrôle de la réunion des conditions tenant à la survenance d'une situation imprévue incombera au juge. » ; v. aussi ACCAOUI LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 459 : « (...). C'est dire qu'elle suppose qu'une situation de *hardship* dont les conditions de mise en œuvre doivent être réunies, ce dont le juge s'assure au préalable ».

⁷⁴ ACCAOUI LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 451.

⁷⁵ REVET (T.), *op. cit.*, n°2

⁷⁶ REVET (T.), *ibid.*, n°17.

⁷⁷ BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 janvier 2016 », *RTD. Civ.* 2016, p. 247 et s.

⁷⁸ Cette solution n'est applicable que dans le cadre des contrats-organisations où l'intérêt des deux contractants converge.

⁷⁹ C'est le cas d'un commerçant dont le contrat litigieux est le seul lui permettant de s'approvisionner. L'anéantissement dudit contrat signifierait la mort professionnelle.

cocontractant avait demandé au moyen d'une demande principale⁸⁰ – une partie adresse une demande reconventionnelle en résiliation du contrat alors que son partenaire avait demandé une adaptation de celui-ci –.

30. L'adaptation⁸¹ du contrat est une assez grande responsabilité qui est confiée au juge qui inquiète plus d'un en commençant par le concerné lui-même⁸². Puisque contrairement à la résiliation qui est un champ entièrement maîtrisé par le juge, l'adaptation lui est étrangère. Parce que jusqu'ici, le juge n'était habilité qu'à réduire les clauses pénales excessives⁸³ et à contrôler la fixation unilatérale du prix⁸⁴. Désormais, il est permis au juge de maintenir les contractants dans une relation qu'il aura réécrit. Ce qui a fait dire à certains auteurs que le juge avec ce pouvoir constituait une troisième partie au contrat⁸⁵.

31. Si l'Avant-Projet d'Acte Uniforme est adopté, le juge acquerra définitivement le pouvoir d' « adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations »⁸⁶. Le juge rendra sa décision de telle sorte que l'équilibre initial rompu par le bouleversement de circonstances puisse être retrouvé. Ce remède à l'imprévision est la reproduction de la solution retenue par les principes Unidroit⁸⁷. Pour y parvenir, il pourra diminuer la prestation en nature, augmenter le

prix, échelonner l'exécution⁸⁸. Si cette solution ne semble pas adaptée, il pourra mettre fin au contrat.

2- La solution menant à l'anéantissement du contrat : la résolution.

32. L'autre solution prévue à côté de l'adaptation est la résolution. Si précisément le juge opte pour la résolution du contrat – champ qui lui est bien familier spécifiquement en ce qui concerne la force majeure –, le législateur le gratifie une nouvelle fois d'un pouvoir. C'est celui de fixer les modalités de la résolution. Puisque l'article 162 dispose que : « *Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :*
- *mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;* ».

S'il est permis au juge de résoudre le contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, cela débouche sur deux conséquences majeures : le juge peut décider que le contrat prend fin à une date antérieure à la demande en justice (par exemple depuis le jour de la survenance du bouleversement de circonstances) ; il peut aussi donner un préavis. C'est-à-dire maintenir les parties dans une relation contractuelle après le prononcé de sa décision. Dans ce cas, cette décision serait justifiée par la prise en compte des effets collatéraux⁸⁹ de la résiliation et de la situation particulière du défendeur à l'instance en résiliation⁹⁰. Aussi, le juge a la latitude de prendre en compte le comportement des parties lors de la phase des renégociations.

CONCLUSION

⁸⁸ FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n°293 cité par REVET (T.), *op. cit.*, n°17.

⁸⁹ STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op ; cit.*, : « *Dans sa gestion de fin de contrat, le juge pourra également tenir compte des effets collatéraux de la résiliation. La résolution qu'éteint peut, en effet, s'inscrire dans un nœud d'autres conventions, de sorte que sa disparition produira des effets en cascades.* »

⁹⁰ *Ibid.*, « (...) *Cela peut être parfaitement équitable car ce dernier, épargné par le sort, n'a pas de raison de se voir privé d'un contrat dont il a besoin* »

⁸⁰ ACCAOU LOFRING (P.), *op. cit.*, p. 459.

⁸¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association HENRY CAPITANT, Paris, 10e éd. PUF, 2013, p. 29 : « *L'adaptation est une opération modificative consistant pour les contractants (en vertu d'un nouvel accord ou d'un engagement antérieur) ou pour le juge de réaménager les conditions de l'accord originaire ou de la situation établie en fonction des changements établis depuis lors.* »

⁸² STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, p. 32 : « (...) *le juge at-il la culture de métier lui permettant d'apprécier l'opportunité de ce qui ressemblera à une décision de gestion ? Passé un certain niveau de spécialité, beaucoup en doutent, à commencer par les magistrats eux-mêmes, et le recours à l'expertise serait un médiocre palliatif à l'inexpérience du juge, eu égard à ses délais et à son coût* ».

⁸³ REVET (T.), *op. cit.*, n°2 ; v. aussi C. civ., art. 1244-1 à 1244-3.

⁸⁴ REVET (T.), *ibid.*

⁸⁵ ARCHAMBAULT (L.) et FAUCHER (D.), *op. cit.*, ; v. aussi CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse, *Mélanges G. FARJAT*, 1999, p. 23.

⁸⁶ Art. 162

⁸⁷ Article 6.2.3 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable : a) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

33. Le sort du contrat déséquilibré par l'imprévision est fortement dépendant de la volonté des parties et de celle du juge. Avec l'Avant-Projet d'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats, le législateur a consolidé le droit des parties à gérer leur rapport contractuel lorsque celui-ci subit les vicissitudes de l'environnement économique. Cette action du législateur donne une entière maîtrise du processus contractuel aux parties singulièrement en ce qui concerne son exécution et sa fin. Aussi, par la même occasion il a permis au juge de faire irruption dans le contrat pour rattraper le coup lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre sur la suite à donner au contrat éprouvé par l'imprévision. Ce qui n'apparaît dans le cadre de ce projet de réforme comme une épée de Damoclès pour les parties afin de les obliger à renégocier leur contrat déséquilibré.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- [1] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association HENRY CAPITANT, Paris, 10e éd. PUF, 2013 ;
- [2] KERE KERE (G.), *Droit civil processuel, La pratique judiciaire au Cameroun et devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Yaoundé, SOPECAM, 1^{re} éd., 2006 ;
- [3] MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, Paris, L.G.D.J – Lextenso, 2016 ;
- [4] RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J, 1925 ;
- [5] TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2009. ;
- [6] HERRO (R.), *Vente et transport : indépendance ou interdépendance ?*, Thèse de doctorat, Université Paris I- Panthéon Sorbonne, 2009 ;
- [7] THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse de doctorat, Université de Paris I- Panthéon Sorbonne, 2009 ;
- [8] BADAWE KALNIGA (D.), *L'imprévision en droit du commerce international*, Mémoire de Master, Université de N'Gaoundéré, 2016/2017 ;
- [9] ACCAOUI LOFRING (P.), « L'article 1195 du code civil français ou la révision pour imprévision en droit privé français à la lumière du droit comparé », *RDAI/IBLJ*, N°5, 2018, pp. 446-464 ;
- [10] AKAM AKAM (A.), « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'Ersuma*, n°1, juin 2012, pp. 501-526 ;
- [11] AKONO ADAM (R.), « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats », *REMASJUPE*, N° 7, Numéro spécial, Décembre 2019, pp. 15-86 ;
- [12] ARCHAMBAULT (L.) et FAUCHER (D.), « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? », *Gaz. Pal.* 09/05/2017, n°18, p.18 et svt ;
- [13] BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 janvier 2016 », *RTD. Civ.* 2016, p. 247 et s ;
- [14] BOUTHINO-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue internationale de droit économique* 2001/3 (t. XV, 3), pp. 339-377 ;
- [14] CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *Mélanges G. FARJAT*, 1999, p. 23 et svt ;
- [15] COHEN (C.), : « *Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé (réflexions sur les règles permissives)* », https://www-cairn-info.ressources.univ-poitiers.fr/article_p.php?ID_ARTICLE=DROIT_066_0211 ;
- [16] DEFAINS (B.) et FERREY (S.), « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTD Civ.* 2010 p. 719 et svt ;
- [17] DIESSE (F.), « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *R.D.A.I.*, 1999, pp. 737-782 ;
- [18] FAUVARQUE COSSON (B.), « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la cour de cassation belge », *RDC* 2010, n°4, p. 1405 et svt ;
- [19] FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, n°1 ; p.67 et svt ;
- [20] FEDOU (J. F.), « Le juge et la révision du contrat », http://ressources.univ-poitiers.fr:2273/weblextenso/article/print?id=RD_C113f2 ;
- [21] FOKO (A.), « Libres propos sur les « standards » en droit », *Cahiers juridiques et*

politiques de l'Université de N'Gaoundéré, Numero spécial, L'ordre public, 2015, pp. 141-167 ;

[22] **GENICON (Th.)**, « Théorie de l'imprévision ... ou de l'imprévoyance ? », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2485 et svt ;

[23] **LECUYER (H.)**, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. TERRE* 1999, p. 643 et svt ;

[24] **MAZEAUD (D.)**, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* – Octobre 2003, pp. 295-322 ;

[25] **MOISAN (P.)**, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers de Droit*, vol. 35, n° 2, juin 1994, pp. 281-334 ;

[26] **MOLFESSIS (N.)**, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats » : *JCP G* 2015, p. 1415 et svt ;

[27] **OPPETIT (B.)**, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », *Clunet* 1974, p. 794-814 ;

[28] **PERES (C.)**, « Règles impératives et règles supplétives dans le nouveau droit des contrats », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 16, 18 Avril 2016, p. 454 et svt ;

[29] **PHILIPPE (D.)**, « Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme », *Après-midi d'étude du 27 janvier 2009 relative aux contrats internationaux* ;

[30] **REVET (T.)**, « Le juge et la révision du contrat », <http://ressources.univ-poitiers.fr:2273/weblextenso/article/print?id=RD C113g6> ;

[31] **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, p. 30 et s ;

[32] Cass. 3e civ., 10 décembre 2003, pourvoi no 02-14.990 ; Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi no 06-14.768 ; C. Paris (14e ch., sect. A), 28 janvier 2009, pourvoi no 08-17.748 ;

[33] Cass. 3e civ. 6-5- 1980 no 78-15.675 : *Bull. civ. III* no 88 ;

[34] Cass. Com. 3 novembre 1992, n°90-18547 ;

[35] Cass. Com. 27 février 2007, pourvoi, n° 04-13.881 ;

[36] Cass. Com., 3 octobre 2006, *D* 2007, P 265, Note Mazeaud + Yves Lequette « De l'efficacité des clauses de hardship » *Economica* 2010 ;

[37] CE.30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, *D.* 1916.3.25, concl. Chardenet ; *RDP* 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèse ; S. 1916.3.17, concl. Chardenet, note Hauriou, p. 184 et s.

[38] Civ. 6 mars 1876, *D.* 76. 1. 193, note Giboulot ;

[39] Sentence CCI, n°2291/75 ; Sentence CCI n°1512, *Clunet* 1974. 905 ;

[40] Sentence CCI, n°2291/75 ; Sentence CCI n°1512, *Clunet* 1974. 905

[41] Sentence CCI. n° 2291. 1975. *J.D.I.* 1976. 989, obs. DERAIS (Y.).

[42] Sentence C.C.I. n° 2478, 1974, *J.D.I.* 1975. 925, obs. DERAIS (Y.).

[43] Shell c/. EDF, CA Paris 1^{ère} ch. 28 septembre 1976, *JCP G* 1978, note J. Robert ; CA Nancy, ch. Com. 2, 26 septembre 2007, *D.* 2008, No. 16, p. 1120 note M. Boutonnet ; Nancy, 26 septembre 2007, *RTD civ.* 2008.295, obs. B. Fages ; *RLDC* 2008, no 2969, obs. O. Cachard.