

Faculté de droit et de criminologie

La théorie de l'imprévision

**Première approche de l'article 5.77
du nouveau Code civil belge**

Auteur : Nicolas LHAUT

Promoteur : Denis PHILIPPE

Année académique 2019-2020

Master en droit, à finalité spécialisée : Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Ce mémoire n'aurait pas pu aboutir sans l'aide de nombreuses personnes que j'aimerais remercier.

En premier lieu, je tiens à remercier le professeur Denis Philippe, mon promoteur, pour m'avoir soutenu et guidé tout au long de ce mémoire. Expert en théorie de l'imprévision, ses conseils avisés furent extrêmement bénéfiques.

J'aimerais ensuite remercier l'UCLouvain et plus particulièrement le professeur Patrick Wéry pour ses réponses à mes nombreuses questions.

Enfin, un grand merci encore à mes parents et à mes proches qui ont pris de leur temps pour relire l'entièreté de mon travail.

Merci à toutes et à tous.

INTRODUCTION

1. Prévoir l'imprévisible, est-ce possible ? Cela a-t-il du sens contractuellement parlant ? Dans un contexte aussi particulier qu'aujourd'hui, alors que toute la société subit l'impact du Covid-19, il nous semble impossible d'envisager qu'un changement de circonstances n'ait aucune conséquence sur l'équilibre contractuel.

Rejetée, incertaine, acceptée mais uniquement implicitement, la théorie de l'imprévision pourrait enfin, grâce au nouveau Code civil, trouver sa place en droit belge. Nous n'avons pas pour ambition de résumer la situation actuelle de la théorie de l'imprévision en droit belge mais, de manière inédite, d'analyser le potentiel futur article 5.77 du nouveau Code civil belge en le comparant au droit français et aux principes Unidroit, en signalant modestement quelques potentielles lacunes, en soulevant certaines interrogations et en proposant des interprétations aux termes parfois obscurs.

Afin de préparer au mieux le lecteur, le mémoire commencera par un chapitre de droit comparé et d'analyse d'instruments internationaux où nous examinerons principalement le droit français et les principes Unidroit.

Le deuxième chapitre sera consacré à l'étude de la situation juridique actuelle en Belgique. Nous le verrons, tout l'enjeu de la théorie de l'imprévision réside dans un juste équilibre entre le principe de convention-loi et la prohibition de l'abus de droit. Le rappel de ces notions est donc indispensable et nous permettra d'ailleurs de soulever quelques questions intéressantes lors du dernier chapitre.

La clause de hardship et l'obligation de renégociation, deux concepts essentiels de l'imprévision que la doctrine aborde de plus en plus, seront analysées dans un troisième chapitre. Nous aurons ainsi l'occasion d'étudier la ICC Hardship Clause 2003, de différencier l'obligation de renégociation de la théorie de l'imprévision, de présenter les conditions et les conséquences de l'obligation de renégociation, et d'examiner le rôle du juge.

Le lecteur pourra alors entamer la lecture du quatrième et dernier chapitre dans lequel l'article 5.77 du nouveau Code civil sera analysé aussi scrupuleusement que possible. Etant l'un des premiers à écrire sur la question et les travaux préparatoires étant très concis, nous ne pourrions évidemment pas nous baser sur une jurisprudence abondante ou sur une doctrine unanime. Vu le rôle important de l'abus de droit en matière d'imprévision actuellement, nous insisterons notamment sur la question de savoir si l'abus de droit aura encore sa place en matière d'imprévision après l'adoption de l'article 5.77 du nouveau Code civil.

CHAPITRE 1

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT COMPARÉ ET DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

2. Etant donné que la proposition de loi belge du 3 avril 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil¹, ayant repris les travaux de la Commission de réforme du droit des obligations², fait référence à beaucoup d'autres législations modernes et d'instruments internationaux, il est particulièrement intéressant, selon nous, d'amorcer ce mémoire par une étude de droit comparé et d'instruments internationaux.

En effet, bien que toujours incertaine en droit belge, la théorie de l'imprévision est déjà reconnue, depuis 2013, dans un bon nombre de pays comme en Allemagne, aux Pays-Bas, dans le droit anglo-saxon, en Italie, en Suisse³...

L'analyse du droit français (section 1) sera prioritaire dans ce chapitre puisque, tout comme en droit belge, il rejetait également l'imprévision jusqu'il y a peu⁴.

L'analyse des instruments internationaux (section 2) suivra l'analyse du droit français. A cet égard, deux instruments retiendront notre attention. Il s'agit de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (§1) et des principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international (§2).

1 Proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch .repr., n° 3709/001.

2 A.M. du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017, p. 91600.

3 A. NICOLAS, « Hardship : prévoir l'imprévisible », *Cah. Jur.*, 2013, p. 92 ; D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 739-740.

4 R. TAFOTIE, « L'imprévision comme manifestation de l'incomplétude contractuelle », *R.D.I.D.C.*, 2017, p. 40.

Section 1

La théorie de l'imprévision en droit français

§1 Situation avant l'entrée en vigueur de l'article 1195 du Code civil français

3. Avant l'entrée en vigueur de l'article 1195 du Code civil français, il fallait distinguer la jurisprudence rendue en matière de droit civil de celle rendue en matière de droit administratif. En droit civil, la jurisprudence française⁵ ne reconnaissait pas la théorie de l'imprévision mais avait ouvert une brèche dans sa jurisprudence⁶ en imposant une obligation de renégociation lorsque survient, en cours d'exécution du contrat, un changement imprévisible et brutal de circonstances entraînant un profond déséquilibre économique. Toutefois, en droit administratif, la théorie de l'imprévision était bien reconnue afin de maintenir la continuité du service public⁷⁻⁸.

§2 Adoption et travaux préparatoires de l'article 1195 du Code civil français

4. Adopté par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016⁹, l'article 1195 actuel du Code civil français est libellé de la sorte :

« 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. »

5 Voy. la célèbre affaire du *Canal de Craponne* : Cass. civ. fr., 6 mars 1876, *Dalloz*, 1876, I, p. 193.

6 Voy. Cass. fr., 16 mars 2004, *Dalloz*, 2004, p. 1754.

7 Voy. la célèbre affaire *Gaz de Bordeaux* : Cons. Etat fr., 30 mars 1916, *Recueil Lebon*, p. 143.

8 D. PHILIPPE, « L'imprévision », *op. cit.*, 2007, p. 739.

9 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

5. Après quinze années de travaux préparatoires¹⁰, l'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016¹¹. Afin de lui conférer son caractère législatif, le Sénat français a adopté, en première lecture, le 17 octobre 2017, un projet de loi¹² visant à ratifier cette ordonnance.

Cependant, malgré les quinze années de travaux préparatoires, le Sénat souleva, en 15 articles, des modifications à apporter à cette ordonnance. Dans le cadre de ce mémoire, seul l'article 8 de ce projet nous intéresse :

« I. – La seconde phrase du second alinéa de l'article 1195 du code civil est ainsi modifiée :

1° Les mots : « réviser le contrat ou y » sont supprimés ;

2° Après les mots : « mettre fin », sont insérés les mots : « au contrat ».

II. – Le paragraphe 3 de la section 4 du chapitre Ier du titre Ier du livre II du code monétaire et financier est complété par un article L. 211-40-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 211-40-1. – Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code, se prévaloir de l'article 1195 du code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence ».

Deux amendements étaient ainsi visés : la suppression du pouvoir de révision du juge à la demande d'une seule partie et l'introduction d'un article L211-40-1 au sein du Code monétaire et financier afin d'exclure du champ d'application de l'article 1195 les contrats relatifs aux instruments financiers.

Alors que le Gouvernement défend le fait que subordonner la révision judiciaire à l'accord des deux parties pourrait faire obstacle à toute tentative de renégociation (étant donné que la partie non-lésée n'aurait jamais intérêt à donner son accord), le Sénat a cependant supprimé le pouvoir de révision du

10 Rapport de S. HOULIÉ fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Introduction, Ass. Nat., séance n° 429 du 29 novembre 2017 ; Rapport de F. PILLET fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Exposé Général, Sén., séance n° 22 du 11 octobre 2017.

11 Ordonnance n°2016-31 du 10 février 2016 précitée, art. 9, al. 1.

12 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n° 5 du 17 octobre 2017 (voy. également les n°s 22, 23 et 578) ; Projet de loi adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., séance n° 315 du 18 octobre 2017.

juge lorsque la demande émane d'une seule partie. Selon le Sénat, laisser un tel pouvoir au juge est contraire à la sécurité juridique et serait source d'un nouveau contentieux puisque les conditions de la révision sont « *relativement souples et que les débiteurs de mauvaise foi risquent d'utiliser largement cette possibilité* »¹³.

Le Gouvernement rappelle que l'article 1195 est justifié par un motif d'intérêt général (rétablissement de l'économie générale du contrat voulu par les parties) et qu'il faut relativiser l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat pour au moins trois raisons :

- l'article 1195 est supplétif de volonté et pourrait donc, en pratique, être très souvent écarté ;
- le juge est tenu par les demandes des parties quant à l'objet de la demande et aux modalités de révision du contrat ;
- ce pouvoir laissé au juge incitera les parties à renégocier le contrat elles-mêmes, en amont¹⁴.

La commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république est allée dans le même sens que le Gouvernement et décide de réinstaurer le pouvoir de révision du juge à la demande d'une seule partie. Elle confirme l'exclusion du champ d'application de l'article 1195 pour les contrats relatifs aux instruments financiers par le biais d'un amendement rédactionnel¹⁵.

Le Sénat et la commission gardèrent chacun leurs avis respectifs lors de leur deuxième lecture¹⁶.

Ce n'est que lors de la commission mixte paritaire qu'un accord fut trouvé : le pouvoir de révision du juge est maintenu et l'article L211-40-1 est introduit dans le Code monétaire et financier¹⁷.

6. L'analyse des travaux préparatoires de la loi de ratification française a son importance dans notre mémoire étant donné que les auteurs de la proposition de loi belge du 3 avril 2019¹⁸ se sont notamment inspirés du droit français afin de rédiger l'article 5.77 du nouveau Code civil belge. Par ailleurs, il est également important de souligner que la théorie de l'imprévision était, avant

13 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles ; Rapport de F. PILLET précité, Examen des articles.

14 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles.

15 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles.

16 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n° 54 du 1 février 2018 (voy. également les n°s 154, 247 et 248) ; Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., sess. ord. 2017-2018, séance n° 91 du 15 février 2018 (voy. également les n°s 629 et 639).

17 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n° 92 du 11 avril 2018 (voy. également les n°s 309, 352 et 353) ; Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., sess. ord. 2017-2018, séance n° 103 du 15 février 2018 (voy. également le n° 766).

18 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée.

l'adoption de la loi, rejetée par la Cour de cassation française. A l'instar de la France donc, la Belgique a dû faire face à une théorie dont ne voulait pas - du moins explicitement - la Cour de cassation.

§3 Brève analyse de l'article 1195 du Code civil français

7. Précisons d'abord que, malencontreusement selon nous, il n'y a pas de rappel du principe de convention-loi dans l'article 1195 du Code civil français, consacré à la théorie de l'imprévision¹⁹.

a) « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* »

8. Il faudra attendre la jurisprudence de la Cour de cassation française afin de savoir ce qu'il faut entendre par « *changement de circonstances imprévisible* ». L'expression pourrait donner lieu à des débats. A titre d'exemple, qu'en est-il des événements existant déjà lors de la conclusion du contrat mais n'étant pas connus par la partie lésée ?²⁰

En outre, il est malheureux de ne pas avoir prévu, dans le texte lui-même, le changement de circonstances imputable au débiteur lui-même²¹.

b) « *rend l'exécution excessivement onéreuse* »

9. Le législateur français distingue bien ici la théorie de l'imprévision du cas de force majeure, l'exécution ne doit pas être impossible mais « *excessivement onéreuse* ». Cela est d'ailleurs rappelé dans les travaux préparatoires²².

19 A l'inverse, ce principe est rappelé dans les principes Unidroit et dans la proposition de loi belge. Voy. *infra*, n^{os} 70 et 112 sur l'importance de ce rappel.

20 Voy. *infra*, n^o 117 pour une analyse détaillée.

21 Cette hypothèse est également envisagée dans les principes Unidroit et dans la proposition de droit belge. Voy. *infra*, n^{os} 25 et 122.

22 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles ; Rapport de F. PILLET précité, Examen des articles.

c) « pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque »

10. Il s'agit d'un texte supplétif de volonté. Sauf si la répartition des risques est prévue par des dispositions impératives, les parties peuvent décider de faire supporter le risque par l'une ou l'autre d'entre elles.

Afin de savoir si l'une des parties a assumé le risque, il y a lieu de prendre en considération les clauses contractuelles, les règles légales, l'interprétation et la qualification du contrat²³.

Rappelons ici que c'est ce caractère supplétif qui a permis de mettre fin au débat entre le Sénat et l'Assemblée nationale, le Sénat se pliant à la rédaction de l'Assemblée nationale :

« J'inviterai cependant la commission mixte paritaire à accepter la position de l'Assemblée nationale, car cet article 8 restera à mon sens, pour ce qui concerne l'intervention du juge dans la révision du contenu du contrat, sans grande application : d'une part, la disposition est supplétive et les parties qui auront la chance de pouvoir bénéficier d'un conseil juridique l'écarteront systématiquement du contrat ; d'autre part, dans le cas où une des parties souhaiterait l'intervention du juge pour réviser le contrat, l'autre partie demandera, inévitablement, une résolution par voie reconventionnelle, et les juges, si l'on en croit ce qui ressort de nos auditions, préféreront prononcer la résolution. L'hypothèse dans laquelle le juge serait saisi par une partie de la possibilité de revoir le contrat restera donc théorique. C'est pourquoi, par pragmatisme, je suis prêt à accepter la rédaction de l'Assemblée nationale... Nous éviterons ainsi, par un désaccord, de donner une image de division sans portée politique. L'accord sera satisfaisant pour les uns, et presque rassurant pour les autres puisque cette disposition restera de l'ordre de l'hypothèse ²⁴ ».

Déjà considéré comme une « révolution », nous pouvons comprendre facilement le caractère seulement supplétif de l'article 1195 du Code civil français. Alors que la théorie de l'imprévision était toujours rejetée par la Cour de cassation française, l'évolution aurait été beaucoup trop radicale si un tel article lui avait conféré, du jour au lendemain, un caractère impératif.

23 Voy. sur la notion de risque : D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Thèse, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1983, pp. 905 à 911.

24 Rapport de F. PILLET, sénateur et S. HOULIÉ, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., sess. ord., séance n° 766 du 14 mars 2018.

d) « celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant »

11. En ne précisant pas le but de la renégociation, l'article perd, selon nous, beaucoup de clarté ; deux interprétations différentes peuvent alors être proposées. Une première lecture ne permet en effet pas de savoir si l'article vise une renégociation en vue d'adapter ou de mettre fin au contrat ou bien une renégociation en vue d'adapter le contrat.

L'interprétation la plus logique²⁵ serait que la renégociation puisse aboutir sur une adaptation ou sur une résiliation du contrat, les parties ayant alors un véritable choix dans leurs renégociations : réviser le contrat ou y mettre fin²⁶.

Cependant, à la lumière des travaux préparatoires, il faut, selon nous, lire l'article 1195 du Code civil français tel un régime en cascade, ce qui traduit la volonté du législateur français : protéger la force obligatoire des conventions et inviter les parties à renégocier en amont²⁷. Le Gouvernement a d'ailleurs fait savoir que l'article 1195 était justifié par un motif d'intérêt général qui est de permettre le rétablissement de l'économie générale du contrat voulue par les parties en cas de bouleversement de celle-ci en cours d'exécution du contrat, par des circonstances exceptionnelles²⁸.

Ainsi, dans un premier temps, un seul choix est alors laissé à la partie lésée : elle ne peut demander qu'une renégociation en vue d'adapter le contrat, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait pas, selon nous, entamer des négociations en vue de mettre fin au contrat.

Cette interprétation trouve tout son sens lorsque nous lisons que, à l'alinéa 2 de l'article, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat en cas de refus ou d'échec des renégociations. En effet, si la possibilité de mettre fin au contrat était laissée aux parties lors des renégociations, cette phrase n'aurait aucun sens. Laisser aux parties la possibilité de mettre fin au contrat en cas d'échec des renégociations alors qu'elles avaient déjà la possibilité d'y mettre fin lors des renégociations n'a pas de sens²⁹.

25 Voy. *infra*, n° 82.

26 P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 256 à 269.

27 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles ; Rapport de F. PILLET précité, Examen des articles.

28 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles.

29 Ce cas est bien évidemment à distinguer de l'hypothèse toute autre où la partie lésée aurait la possibilité de mettre fin au contrat en cas d'échec des renégociations. Voy. P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, p. 269 pour des exemples de législations où une telle possibilité est offerte à la partie lésée.

e) « Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation »

12. La volonté du législateur français n'est évidemment pas de permettre au débiteur d'utiliser frauduleusement la théorie de l'imprévision afin de ne pas exécuter ses obligations³⁰.

f) « 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 »

13. Au deuxième stade du régime en cascade, en cas de refus ou d'échec des renégociations, deux hypothèses sont à distinguer. Soit les parties arrivent à se mettre d'accord afin de résoudre le contrat ou afin de saisir le juge pour que celui-ci l'adapte, soit elles n'y arrivent pas.

14. Etant donné que la condition de temps (le délai raisonnable) vise l'accord des parties³¹, aucune condition de temps n'est imposée à la renégociation. Quand le débiteur peut-il donc considérer qu'il y a un refus ou un échec des renégociations ? Les travaux parlementaires restent malheureusement muets à ce sujet³².

15. De plus, le terme de « *résolution* » paraît ici un peu pauvre, inadéquat à la situation. En effet, le législateur ne vise pas une résolution du contrat mais une résiliation du contrat. Une expression plus neutre comme « peuvent mettre fin au contrat » aurait eu plus de sens.

Une explication possible de l'utilisation de l'expression pourrait venir d'une mauvaise inspiration du droit comparé. En effet, certaines législations laissent à la partie lésée la possibilité de résoudre le contrat lorsque les renégociations n'ont pas abouti³³.

16. Il est important de relever que, au stade de la deuxième étape du régime en cascade, le juge peut intervenir uniquement à la demande des parties.

30 Voy. pour une analyse plus poussée sur la question *infra*, n^{os} 89 et 128.

31 Rapport de S. HOULIÉ précité, Examen des articles ; Rapport de F. PILLET précité, Examen des articles.

32 A l'inverse, la proposition de loi belge du 3 avril 2019 précitée prévoit « *un refus ou un échec des renégociations dans un délai raisonnable* ». Voy. sur la notion de délai raisonnable *infra*, n^o 132.

33 Voy. *supra*, note 29.

g) « *A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin* »

17. Dernier stade du régime en cascade, ce n'est que lorsque les deux premières étapes n'ont pas abouti qu'une partie pourra saisir unilatéralement le juge afin de lui demander de mettre fin au contrat ou de le réviser.

18. Sur la notion de délai raisonnable, nous renvoyons le lecteur aux développements exposés lors de l'analyse de l'article 5.77 du nouveau Code civil belge³⁴.

19. Rappelons brièvement que ce pouvoir de révision laissé au juge fut l'objet de nombreux débats entre le Sénat et l'Assemblée nationale.

Etant donné que le pouvoir laissé au juge est très large, cela traduit à nouveau très bien la volonté du législateur d'inviter les parties à renégocier en amont et non pas à saisir le juge.

Section 2

La théorie de l'imprévision dans les instruments internationaux

§1 La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises³⁵ (également appelée Convention de Vienne - CVIM)

20. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée à Vienne le 11 avril 1980, fait partie du droit positif belge à part entière depuis 1996³⁶. En date du 31 mai 2020, 93 États en sont partie³⁷. Même si les parties peuvent exclure son application³⁸, celle-ci reste très importante vu le nombre d'États qui en sont partie.

34 Voy. *infra*, n° 132.

35 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980, approuvée par la loi du 4 septembre 1996, *M.B.*, 1 juillet 1997, p. 17471.

36 Loi du 4 septembre 1996 portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, art. 2, *M.B.*, 1 juillet 1997, p. 17471.

37 Voyez la liste des États qui en font partie sur le site officiel des Nations Unies :

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_fr, consulté le 31 mai 2020 à 16h06.

38 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises précitée, art. 6.

21. Nous ne nous attarderons pas, dans le cadre de ce mémoire, sur le champ d'application de la Convention³⁹. Bien que celle-ci ne vise pas expressément la théorie de l'imprévision mais plutôt la force majeure⁴⁰, celle-ci mérite d'être mentionnée étant donné qu'elle est la matrice à partir de laquelle de nombreux instruments non-contraignants (*soft law*) se sont inspirés, dont notamment les principes Unidroit qui seront étudiés dans le §2 de cette section.

De plus, la Convention elle-même renvoie à la possibilité d'appliquer des principes généraux dont elle s'inspire⁴¹. Nous y reviendrons également lorsque nous analyserons l'arrêt de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009⁴².

§2 Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international

A. Les principes Unidroit : de la *soft law* notable

22. Ayant pour ambition d'harmoniser le droit dans différents domaines (notamment dans le domaine du commerce international), l'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) s'est penché, en 1980, sur l'écriture de principes qui pourraient s'appliquer aux contrats de commerce international. C'est après quelques années de travail, en 1994, que les premiers principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international voient le jour.

Ces principes ayant connu un énorme succès, il fut décidé que le projet figurerait au Programme de travail comme projet permanent. Ils furent donc mis à jour en 2004, en 2010 et en 2016⁴³.

23. L'importance de ces principes réside dans le fait qu'ils ont « *pour objectif d'établir un ensemble équilibré de règles destinées à être utilisées dans le monde entier quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquels elles doivent s'appliquer* »⁴⁴.

Vu leur énorme succès, vu l'article 7.2 de la Convention de Vienne et vu l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2009⁴⁵, leur analyse ne doit pas être oubliée même s'ils ne sont que de la *soft law*.

39 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises précitée, art. 1 à 6.

40 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises précitée, art. 79 *in fine* ; D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte ouverte ? », note sous Cass., 19 juin 2009, *D.A.O.R.*, 2010, pp. 156-159. Nous reviendrons sur la controverse plus tard : voy. *infra*, n^{os} 46 et 47.

41 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises précitée, art. 7.2.

42 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.

43 Principes d'UNIDROIT 2016, pp. i à xxxv.

44 Principes d'UNIDROIT 2016, p. xxix.

45 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590 ; voy. *infra*, n^{os} 44 à 50.

B. Champ d'application des principes Unidroit

24. Nous renvoyons le lecteur à la lecture du préambule des principes Unidroit afin de connaître les cinq hypothèses dans lesquelles ils peuvent être utilisés⁴⁶. Notre seule remarque consistera à rappeler que ces principes sont de la *soft law*. Ainsi, ils pourront - et non pas devront - être appliqués par le juge. La seule hypothèse où le juge devra les appliquer est celle du choix exprès des parties d'y soumettre leur contrat.

C. La théorie de l'imprévision dans les principes Unidroit

25. Trois articles méritent d'être mentionnés.

L'article 6.2.1 rappelle le principe de convention-loi, la force obligatoire des contrats : les parties doivent exécuter le contrat.

L'article 6.2.2 énonce les conditions pour qu'il y ait imprévision :

- des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations,
- que ces événements surviennent ou soient connus par la partie lésée après la conclusion du contrat,
- que la partie lésée n'ait pas pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération,
- que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée,
- que la partie lésée n'ait pas assumé ce risque.

L'expression « *échapper au contrôle de la partie lésée* » est malheureusement assez vague. Les auteurs des principes ne la développent pas plus dans les commentaires⁴⁷. Parler de non-imputabilité au débiteur, comme dans la proposition de loi belge, semble être plus judicieux et moins sujet à interprétation.

L'article 6.2.3 énonce les conséquences de l'imprévision.

La partie lésée peut demander l'ouverture de négociations (à lire : « en vue d'adapter le contrat »⁴⁸, l'hypothèse d'une négociation afin de mettre fin au contrat n'est donc pas prévue), demande ne lui donnant pas le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

46 Principes d'UNIDROIT 2016, pp. 1 à 7.

47 Principes d'UNIDROIT 2016, p. 230.

48 Principes d'UNIDROIT 2016, pp. 232 et 233.

Dans un deuxième temps, faute d'accord dans un délai raisonnable, un tribunal peut être saisi à la demande d'une des parties. Celui-ci pourra adapter ou mettre fin au contrat.

Il est peut-être regrettable de n'avoir permis aux parties que d'adapter le contrat lors des renégociations et de n'avoir laissé la possibilité d'une fin de contrat au juge seulement alors que le législateur français, bien que maladroitement selon nous en visant une résolution, permet aux parties elles-mêmes de mettre fin au contrat dans un second temps⁴⁹ et alors que la proposition de loi belge vise des renégociations en vue d'adapter ou de mettre fin au contrat.

26. Nous pouvons déjà, à ce stade, constater la similitude d'écriture entre les principes Unidroit et la proposition de loi belge, autant dans les termes employés que dans la structure⁵⁰.

Nous citons deux autres instruments internationaux de *soft law* pouvant être intéressants à étudier : le projet européen de droit des contrats (PECLs) et le projet de cadre commun de référence (DCFR).

49 Voy. *supra*, n^{os} 14 et 15.

50 Voy. *infra*, n^{os} 107 et s.

CHAPITRE 2

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT BELGE

27. Dans un premier temps (section 1), nous tenterons de définir l'imprévision (§1) et nous nous interrogerons sur le fait de savoir si l'imprévision est le bon terme à utiliser et si cette théorie englobe toutes les situations pouvant survenir⁵¹.

Après avoir proposé plusieurs définitions de la théorie de l'imprévision, nous introduirons brièvement plusieurs concepts notables afin de comprendre le réel enjeu de l'imprévision. Nous nous interrogerons sur le fait de savoir si l'imprévision ne met pas à mal le principe de convention-loi (§2). Ensuite, nous distinguerons les conditions et les conséquences juridiques de la force majeure de celles de l'imprévision (§3)⁵². La prohibition de l'abus de droit, étant donné qu'elle est peut-être la clé actuelle permettant de trancher l'incertitude quant à l'acceptation jurisprudentielle de la théorie de l'imprévision⁵³, sera étudiée dans un dernier paragraphe (§4).

Dans un second temps (section 2), après avoir maîtrisé ces différentes notions, nous nous pencherons sur l'évolution de la jurisprudence en Belgique. Dans un premier paragraphe (§1), nous aborderons la période précédant les arrêts de la Cour de cassation du 19 juin 2009⁵⁴ et du 14 octobre 2010⁵⁵. Nous analyserons ensuite l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2009 (§2) et l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 (§3).

Nous rappellerons la portée et la limite de ces deux arrêts dans un dernier paragraphe (§4). Nous tenterons de comprendre pourquoi, actuellement, en 2020, la situation est toujours incertaine.

51 D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », note sous Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1084 et 1085 ; *idem*, « Le bouleversement de l'économie en droit belge », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 159 et 160.

52 M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Changement de circonstances en droit des contrats », *D.A.O.R.*, 2016, pp. 54-55 ; D. PHILIPPE, « L'imprévision », *op. cit.*, p. 738.

53 D. PHILIPPE, « Le bouleversement de l'économie en droit belge », *op. cit.*, p. 163.

54 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.

55 Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643.

Section 1

Le lien entre la théorie de l'imprévision et d'autres concepts juridiques importants

§1 Définitions de la théorie de l'imprévision

28. En 1924, la Cour de cassation définit la théorie de l'imprévision comme suit : « *théorie qui tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte* »⁵⁶.

Dans son traité élémentaire de droit civil belge⁵⁷, le professeur Henri De Page la définit comme étant : « *le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir* ».

Critiquant ces définitions⁵⁸, le professeur Philippe préfère en proposer une plus actuelle, définition qu'il a fait évoluer au fil des années : « *un concept qui autorise la révision du contrat en cas de survenance, postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances présentant les caractéristiques suivantes* :

- être non imputables à la partie qui s'en prévaut ;
- être imprévisibles ;
- avoir pour effet le bouleversement de l'économie contractuelle ⁵⁹».

Notons cependant que le professeur Philippe accorde une importance non des moindres à la dernière des caractéristiques : « *le bouleversement de l'économie contractuelle* ». Il préfère d'ailleurs parler de bouleversement de l'économie contractuelle plutôt que d'imprévision. Alors que l'imprévision viserait uniquement les cas où il y a un déséquilibre des prestations, le bouleversement de

56 Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, I, p. 566.

57 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 560.

58 D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, pp. 459 à 462.

59 D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, p. 1085 ; *idem*, « Le bouleversement de l'économie en droit belge », *op. cit.*, p. 160.

l'économie contractuelle viserait également les cas où il y a une perte d'intérêt du contrat créant un bouleversement de l'économie contractuelle⁶⁰.

29. Etant donné que la Cour de cassation elle-même mentionnait une « *altération si profonde de l'économie* » et non un « *déséquilibre des prestations réciproques* » comme le proposait le professeur De Page, il n'est pas insensé de penser que la Cour de cassation proposait déjà une définition large de l'imprévision englobant le cas d'une perte d'intérêt du contrat créant un bouleversement de l'économie contractuelle.

Il est également intéressant de noter que l'article 5.77 de la proposition de loi du 3 avril 2019⁶¹ vise bien un changement de circonstances rendant « *excessivement onéreuse l'exécution du contrat* » et ne se limite donc pas au « *déséquilibre des prestations réciproques* ». La situation d'une perte d'intérêt du contrat pourrait donc *a priori* être visée par le nouvel article 5.77⁶².

30. Etant donné que c'était l'objet de l'une de ses critiques à l'encontre de la définition de la Cour de cassation⁶³, il est étonnant que la définition du professeur Philippe (qui est la plus actuelle) ne vise qu'une « *révision du contrat* » et non une « *résiliation ou une adaptation aux circonstances nouvelles* ». Alors que la définition de la Cour de cassation ne vise que la résiliation du contrat, la définition du professeur Philippe ne vise qu'une adaptation aux circonstances nouvelles.

31. A notre sens, la définition de la théorie de l'imprévision doit autant viser la tentative de révision du contrat que sa fin. Elle doit également reprendre les cinq conditions dégagées pour qu'il y ait imprévision⁶⁴ :

- des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations,
- que ces événements surviennent ou soient connus par la partie lésée après la conclusion du contrat,
- que la partie lésée n'ait pas pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération,
- que ces événements ne soient pas imputables au débiteur,
- que la partie lésée n'ait pas assumé ce risque.

60 *Ibid.*, p. 1085 ; *ibid.*, p. 160.

61 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée.

62 Voy. *infra*, n° 120.

63 D. PHILIPPE, obs. sous Comm. Bruxelles, *op. cit.*, p. 460.

64 Voy. *supra*, n° 25.

32. Le fait qu'aucune définition ne fasse l'unanimité de la jurisprudence et de la doctrine actuelles montre bien, comme nous l'avons déjà évoqué, le caractère incertain de l'acceptation de la théorie de l'imprévision en droit belge.

§2 Le principe de convention-loi

33. L'article 1134 du Code civil belge énonce le principe de convention-loi : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

34. En faisant le lien avec le principe de l'autonomie de la volonté - les parties contractantes ayant, d'une part, librement et, d'autre part, sur un pied d'égalité juridique absolue, donné à leurs engagements le contenu qu'elles estimaient convenable -⁶⁵, le problème que pose la théorie de l'imprévision saute aux yeux. Il est évident qu'un événement anormal ne suffit pas à mettre à mal le principe de convention-loi, les contrats n'auraient plus aucune valeur s'ils devaient être révisés ou résiliés au moindre imprévu. La sécurité juridique et l'économie seraient compromises⁶⁶. Mais qu'en est-il cependant si ces événements sont à ce point anormaux que les parties n'auraient pas pu raisonnablement les prévoir ? Faut-il, dans ce cas, laisser une porte ouverte à la théorie de l'imprévision, au prix de compromettre la sécurité créée par l'article 1134 du Code civil ? Faut-il partir du postulat que les parties, n'ayant rien prévu, ont voulu exclure les événements à ce point anormaux lors de la conclusion du contrat ?⁶⁷

35. Si l'on revient sur la notion de bouleversement de l'économie contractuelle proposée par le professeur Philippe, nous pouvons nous interroger sur le fait de savoir si ce concept plus large⁶⁸ ne serait pas une plus grande atteinte au principe de convention-loi. Etant donné que la théorie de l'imprévision est déjà une atteinte à ce principe, est-il judicieux de vouloir élargir son champ d'application ? La question mérite d'être posée.

36. Comme il sera explicité dans le chapitre 3, le caractère supplétif de l'article 5.77 de la proposition de loi⁶⁹ et le rappel explicite du principe de convention-loi en son alinéa premier montre toute l'importance que les auteurs de la Commission de réforme du droit des obligations accordent à ce principe.

65 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., pp. 436 à 439.

66 *Ibid.*, p. 457.

67 *Ibid.*, pp. 565 et 566.

68 Voy. *supra*, n° 28.

69 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée.

§3 La force majeure

37. Alors que l'acceptation de la théorie de l'imprévision en droit belge est encore incertaine, la force majeure est reconnue depuis longtemps en droit belge, tant par le législateur⁷⁰ que par la doctrine et la jurisprudence⁷¹.

La force majeure doit, tout comme la théorie de l'imprévision, être imprévisible et inévitable. Elle ne peut pas être imputable au débiteur. Elle diffère cependant en ce que l'exécution du contrat doit être impossible pour invoquer la force majeure alors qu'il faut une exécution excessivement onéreuse - et donc pas impossible - afin d'invoquer l'imprévision⁷².

Les conséquences juridiques diffèrent également. Alors que la théorie de l'imprévision permet de réviser ou de résilier le contrat, la force majeure soit éteint purement et simplement l'exécution de l'obligation si l'obstacle à l'exécution est définitif, soit suspend l'exécution de l'obligation s'il n'est que temporaire⁷³. Alors que les parties ont l'occasion de sauver le contrat en le révisant en cas d'imprévision, une telle possibilité ne leur est pas offerte en cas de force majeure, les conséquences juridiques dépendant simplement du caractère définitif ou pas de l'obstacle à l'exécution de l'obligation.

§4 L'abus de droit

38. Malgré l'opinion du professeur De Page⁷⁴, l'abus de droit est le concept permettant à la théorie de l'imprévision d'éventuellement trouver sa place en droit belge⁷⁵. Un bref rappel de la notion s'impose donc.

39. D'origine jurisprudentielle, découlant de la fonction modératrice de la bonne foi, la prohibition de l'abus de droit est devenue petit à petit un véritable principe général de droit avant d'être intégrée dans la proposition de loi du 3 avril 2019⁷⁶. L'analyse de la notion se fera en trois temps : l'abus du droit de propriété (A), l'abus des droits contractuels (B) et le principe général de droit (C).

70 C. civ. 1804, art. 1147 et 1148.

71 A titre d'exemples : Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, p. 388 ; Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, p. 408 ; Cass., 10 janvier 1994, *Pas.*, 1994, p. 13.

72 M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Changement de circonstances en droit des contrats », *op. cit.*, pp. 54 et 55.

73 D. PHILIPPE, « L'imprévision », *op. cit.*, p. 738 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, pp. 594 à 610 et 811 à 816 ; J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, Anthemis, Limal, 2011, pp. 81 à 116.

74 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 566.

75 D. PHILIPPE, « Le bouleversement de l'économie en droit belge », *op. cit.*, p. 163. *Adde infra*, n°s 51 à 59.

76 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.7.

A. L'abus du droit de propriété

40. En 1971⁷⁷, la Cour de cassation énonce que « *le droit de propriété dont ce droit de démolition sanctionne la violation, sont susceptibles d'abus ; que pareil abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente* ». Le critère générique de l'abus de droit, critère qui est confirmé par une jurisprudence constante depuis cet arrêt⁷⁸, est ainsi le fait d'exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente.

Quatre critères particuliers de l'abus de droit peuvent également être dégagés de différents arrêts :

- L'intention exclusive de nuire à autrui⁷⁹.
- Entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, choisir celle qui sera dommageable à autrui⁸⁰.
- Entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, choisir celle qui sera dommageable à l'intérêt général⁸¹.
- Lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit (critère de proportionnalité)⁸².

Comment sanctionner un abus de droit de propriété ? Sur la base de l'article 1382 du Code civil parce qu'on considère que c'est une faute extracontractuelle⁸³.

B. L'abus des droits contractuels

41. Bien que la question de savoir si l'abus de droit puisse être reproché à un créancier en matière contractuelle était controversée, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 1983⁸⁴ règle la question et permet d'appliquer la théorie de l'abus de droit à l'exercice des droits contractuels.

Nous retrouvons également le même critère générique que dans l'abus de droit : « *abuse de son*

⁷⁷ Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, p. 31.

⁷⁸ A titre d'exemple : Cass., 30 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2392.

⁷⁹ Cass. fr., 3 août 1915, *D.*, 1917, I, p. 79 ; Liège, 8 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 63 ; Colmar, 2 mai 1855, *D.*, 1856, II, p. 9.

⁸⁰ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65.

⁸¹ Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332.

⁸² Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, p. 31.

⁸³ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65.

⁸⁴ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, p. 55.

droit celui qui exerce un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente ». Ici aussi, la Cour de cassation le rappelle dans de nombreux d'arrêts et présente donc une jurisprudence constante⁸⁵.

Des critères particuliers peuvent également être dégagés de la jurisprudence :

- L'intention exclusive de nuire au débiteur⁸⁶.
- Une disproportion entre les avantages recherchés ou obtenus par le créancier et les inconvénients qui vont en résulter pour le débiteur (critère de proportionnalité)⁸⁷.
- Adopter un comportement contradictoire avec son comportement antérieur et venir donc, de ce fait, tromper la confiance légitime de son débiteur qui croyait que ce droit ne serait pas exercé (théorie de la *rechtsverwerking*)⁸⁸.

Comment sanctionner un abus des droits contractuels ? Sur la base de l'article 1134, al. 3 du Code civil car on considère que c'est une faute contractuelle⁸⁹. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante, il n'y a pas de déchéance du droit mais une réparation du dommage causé par l'abus ou une réduction du droit à son usage normal⁹⁰.

C. L'abus de droit, un véritable principe général de droit

42. Si l'on excepte les quelques rares droits discrétionnaires qui existent, le titulaire d'un droit ne peut jamais en abuser. L'article 5.7 du nouveau Code civil⁹¹ entérine d'ailleurs la jurisprudence constante de la Cour de cassation : l'abus de droit est prohibé.

Ceci est intéressant dans le cadre de notre mémoire car, comme explicité plus haut, nous pourrions nous servir de la théorie de l'abus de droit afin de faire accepter par la Cour de cassation la théorie de l'imprévision.

85 Voy. à titre d'exemples : Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148 ; Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 1 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 et Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244.

86 Pau, 15 février 1973, *J.C.P.*, 1973, II, n° 17584.

87 Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602.

88 Cass., 1 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061.

89 Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, p. 55.

90 Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 18 février 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 696 ; Liège, 4 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1732 ; Liège, 30 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 298.

Contra Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ? Voy. pour une explication détaillée sur la question *infra*, n°s 56 à 58.

91 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée.

Section 2

Rappel historique et évolution de la théorie de l'imprévision

§1 Avant les arrêts de la Cour de cassation du 19 juin 2009 et du 14 octobre 2010

43. Avant les arrêts du 19 juin 2009 et du 14 octobre 2010, à part dans quelques textes particuliers, la théorie de l'imprévision n'est pas reconnue dans la législation.

Bien que certains plaideurs aient tenté d'invoquer l'exécution de bonne foi des contrats afin de faire accepter la théorie de l'imprévision à la Cour de cassation, celle-ci l'a rejetée à plusieurs reprises⁹² ; la doctrine plaidait cependant déjà en sa faveur⁹³.

§2 L'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2009

44. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2009⁹⁴ est le premier arrêt où la Cour de cassation accepte, dans des circonstances particulières, la théorie de l'imprévision.

A. Rappel des faits

45. La demanderesse a conclu avec la société anonyme Exma, défenderesse, un certain nombre de contrats de vente internationale concernant la livraison de tuyaux d'acier. De manière imprévisible, après la conclusion du contrat, le prix de l'acier a augmenté de 70%.

Aucune clause de hardship n'est prévue dans le contrat, le débiteur n'a pas assumé les risques.

B. Une application extensive de l'article 79 de la Convention de Vienne⁹⁵

46. « *L'empêchement* » visé à l'article 79 de la Convention est sujet à interprétation⁹⁶. Alors que beaucoup d'auteurs - dont les commentateurs des principes - assimilent force majeure et imprévision lorsqu'il s'agit de lire l'article 79⁹⁷, d'autres préfèrent continuer de distinguer les concepts qui, nous

92 A titre d'exemples : Cass., 20 avril 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 904 ; Cass., 14 avril 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 369.

93 D. PHILIPPE, « L'imprévision », *op. cit.*, p. 739.

94 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.

95 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises précitée.

96 A. M. GARRO, « Force majeure, hardship and other excuses », *R.D.I.D.C.*, 2015, p. 228 ; M. FALLON et D. PHILIPPE, « La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998/2, pp. 17 à 37.

97 Principes d'UNIDROIT 2004, p. 194 ; J. MALFLIET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », note sous Cass., 19 juin 2009, *T.B.H.*, 2010, p. 887.

l'avons vu, différent⁹⁸.

La Cour de cassation elle-même, assez étonnamment, semble confondre force majeure et imprévision en interprétant extensivement l'empêchement visé à l'article 79 de la Convention :

*« Des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement au sens de cette disposition conventionnelle »*⁹⁹.

Elle suit cependant l'avis n° 7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne¹⁰⁰.

47. L'application extensive de l'article 79 de la Convention permet seulement une exonération de responsabilité. La Cour de cassation devait donc trouver une autre base légale afin de valider la décision du juge d'appel prévoyant que la demanderesse était obligée de renégocier les conditions du contrat.

C. Les articles 7.1 et 7.2 de la Convention de Vienne, ou comment rendre de la *soft law* obligatoire

48. A l'inverse de la Cour d'appel d'Anvers qui avait immédiatement appliqué la loi applicable en vertu des règles du droit international privé alors que celle-ci ne doit être utilisée qu'à défaut de principes généraux dont s'inspire la Convention de Vienne, la Cour de cassation fait usage des principes Unidroit.

Comme nous l'avons vu¹⁰¹, la théorie de l'imprévision n'étant pas régie par l'article 79 de la Convention de Vienne, la Cour de cassation fut obligée de faire un détour par l'article 7.2 afin de pouvoir appliquer les principes Unidroit au cas d'espèce. Même si ceux-ci constituent de la *soft law*, c'est à bon escient que la Cour de cassation a pu les utiliser¹⁰². Cependant, conférer une force

98 Voy. *supra*, n° 37 ; voy. également D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte ouverte ? », *op. cit.*, pp. 158 et 159 et les références citées.

99 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.

100 Avis n° 7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne (CVIM), « L'exonération de responsabilité pour dommages-intérêts en vertu de l'article 79 CVIM », 3.1 : « *Un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fût pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse (« hardship »), peut être qualifié d'« empêchement » au sens de l'article 79(1). Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme « empêchement » à un événement qui rend l'exécution absolument impossible. Dès lors, une partie qui se trouve dans une situation de « hardship » peut l'invoquer comme cause d'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79* ».

101 Voy. *supra*, n° 21.

102 J. MALFLIET, « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », *op. cit.*, pp. 890 à 892 ; *adde supra*, n° 24 ; voy. également l'avis n° 7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne précité, 3.2 : « *En cas de « hardship » relevant de l'article 79, la juridiction étatique ou arbitrale peut prononcer d'autres*

obligatoire à des principes n'ayant pas de valeur législative reste tout de même audacieux et il n'est pas certain que cette approche soit suivie par toutes les juridictions des autres Etats signataires de la Convention de Vienne¹⁰³.

49. En appliquant les principes Unidroit - principes qui, comme nous l'avons vu, reconnaissent la théorie de l'imprévision¹⁰⁴ - la Cour peut donc obliger les parties à renégocier le contrat.

D. Enseignements

50. Alors que la Cour de cassation avait toujours catégoriquement rejeté la théorie de l'imprévision, celle-ci permet son application dans le cadre de l'arrêt du 19 juin 2009. Un premier pas est franchi.

Trois enseignements peuvent être tirés de cet arrêt¹⁰⁵. En premier lieu, bien que fortement discutable, la Cour interprète extensivement la notion d'empêchement repris à l'article 79 de la Convention de Vienne ; rien ne justifie alors de distinguer l'empêchement constitutif de la force majeure en droit interne et l'empêchement repris à l'article 79 de la Convention de Vienne. Ensuite, par le biais des articles 7.1 et 7.2 de la Convention de Vienne, la Cour réserve une place importante aux principes Unidroit. Enfin, en appliquant les principes Unidroit, la Cour considère que l'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances constitue un principe du commerce international.

§3 L'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010

51. Le deuxième arrêt important concerne une pension alimentaire après divorce. Le 14 octobre 2010¹⁰⁶, la Cour de cassation, en se basant sur l'abus de droit, a en effet accepté, au moins implicitement, la théorie de l'imprévision au cas d'espèce.

mesures conciliables avec la CVIM et les principes généraux sur lesquels elle est fondée ».

103 J. DEWEZ, «La théorie de l'imprévision au regard de l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises - Belgian Case Note», *E.R.P.L.*, 2011, p. 115.

104 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.1 à 6.2.3.

105 D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte ouverte ? », *op. cit.*, p. 162.

106 Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643.

A. Rappel des faits

52. Deux époux ont divorcé par consentement mutuel. Monsieur (défendeur) devait payer à madame (demanderesse), à partir du 1 octobre 1979, une pension alimentaire de 8500 francs (210,71 euros) sur la base de leur convention préalable à leur divorce par consentement mutuel. Aucune clause de révision n'a été stipulée dans la convention.

Trente ans après, la situation a évolué. Dû à l'indexation, la pension alimentaire s'élève à 568,91 euros par mois. Monsieur est pensionné et touche 1040,49 euros par mois. Madame a formé un nouveau ménage et touche 1050,10 euros par mois, elle continue cependant d'exiger le paiement de la pension alimentaire.

B. Une situation abusive ?

53. Bien que le caractère exclusivement contractuel de la convention sur la base de l'article 1288, 4° du Code judiciaire soit discutable¹⁰⁷, la Cour de cassation, dans une jurisprudence constante¹⁰⁸, soumet la convention aux règles régissant les conventions.

En premier lieu, rappelons que l'alinéa 3 de l'article 1288 du Code judiciaire¹⁰⁹ n'était pas encore en vigueur. Dès lors, en l'absence de clause de révision, le principe de convention-loi s'applique. La théorie de l'imprévision ayant été rejetée depuis longtemps par la Cour de cassation, il n'était pas question de réviser ou de supprimer la pension alimentaire.

54. Pour rappel, invoquer l'exécution de bonne foi des conventions afin de supprimer la pension alimentaire lorsque des circonstances nouvelles et non prévues par les parties lors de la conclusion de la convention rendent l'exécution du contrat plus difficile par le débiteur n'a jamais abouti devant la Cour de cassation¹¹⁰.

55. Dans l'arrêt du 14 octobre 2010, au lieu d'invoquer encore une fois la fonction adaptatrice de la bonne foi, condamnée à plusieurs reprises par la Cour de cassation, le demandeur a invoqué sa

107 A. VAN GYSEL, « Divorce par consentement mutuel et abus de droit », note sous Cass., 14 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 159.

108 Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, p. 262.

109 L'article 1288, al. 3 du Code judiciaire prévoit que « *Sauf si les parties ont convenu expressément le contraire, le juge compétent peut, ultérieurement, à la demande d'une des parties, augmenter, réduire ou supprimer la pension visée à l'alinéa 1er, 4°, si, à la suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, son montant n'est plus adapté* ».

110 Voy. *supra*, n° 43.

fonction modératrice : la prohibition de l'abus de droit. Nous le savons en effet, la théorie de l'abus de droit trouve également sa place dans les matières contractuelles¹¹¹.

En l'espèce, en rappelant le critère générique et le critère de proportionnalité de l'abus de droit, la Cour de cassation a considéré qu'il y avait bien un abus de droit dans le chef de la demanderesse et a donc donné raison au juge du fond qui avait supprimé la pension alimentaire.

A première vue, la Cour semble avoir fait une application « classique » de la théorie de l'abus de droit vu les circonstances en l'espèce¹¹². Rappelons cependant que la sanction d'un abus des droits contractuels n'est pas une déchéance ou une suppression de ce droit mais une réparation du dommage causé par l'abus ou une réduction du droit à son usage normal¹¹³.

C. Une situation véritablement abusive ?

56. Même si la Cour de cassation ne vise pas expressément une déchéance, elle donne raison au juge du fond qui a supprimé la pension alimentaire alors qu'une sanction normale aurait dû être une réduction du droit à son usage normal¹¹⁴.

En décidant de supprimer la pension alimentaire au lieu de la réduire à zéro (ce qui, *in concreto*, ne change rien), la Cour de cassation se rapproche beaucoup plus des sanctions proposées par la théorie de l'imprévision que celles possibles en cas d'abus de droit. Un second pas est franchi.

57. Ceci peut nous faire penser que, ne voulant pas accepter la théorie de l'imprévision explicitement, la Cour de cassation se serve, peut-être maladroitement, de la théorie de l'abus de droit afin de régler une situation d'imprévision. Ce faisant, nous pouvons partir du postulat qu'elle accepte implicitement la théorie de l'imprévision¹¹⁵.

111 Voy. *supra*, n° 41.

112 Voy. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2646 : « *Le jugement attaqué énonce que la demanderesse «continue d'exiger le paiement de [cette] pension alimentaire [...] alors que :*

— *cette convention est ancienne de près de trente ans;*

— *elle a formé un nouveau ménage ;*

— *elle bénéficie de revenus personnels équivalents à ceux de son exépoux;*

— *le paiement de cette pension alimentaire grève les revenus [du défendeur] au point de ne lui laisser que des ressources inférieures au revenu d'intégration sociale pour une personne isolée, prévu par la loi du 26 mai 2002 remplaçant la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence;*

— *rien n'indique que cette situation soit d'une quelconque manière imputable» au défendeur.*

Le jugement attaqué relève, en outre, que la poursuite de l'exécution de la convention préalable au divorce des parties impliquerait, par la réduction des revenus qu'elle laisserait au défendeur, la violation de son droit à mener une vie conforme à la dignité humaine, consacré par l'article 23 de la Constitution. »

113 Voy. *supra*, n° 41.

114 A. VAN GYSEL, « Divorce par consentement mutuel et abus de droit », *op. cit.*, pp. 160 et 161.

115 Voy. notamment D. PHILIPPE, « Le bouleversement de l'économie en droit belge », *op. cit.*, pp. 162 à 164. Voy. également Gand, 3 février 2014, *N.J.W.*, 2015, p. 202 et Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1072.

Une autre hypothèse, faisant débat en doctrine¹¹⁶ actuellement, est que la Cour de cassation accepterait la déchéance comme sanction de l'abus de droit. Bien que le sujet soit des plus passionnants, ce n'est pas l'objet de ce mémoire ; nous ne nous y attarderons donc pas.

D. Est-ce un arrêt isolé ?

58. L'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 n'est pas un arrêt isolé. Prenons en exemple un arrêt très récent : l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2019¹¹⁷. Bien qu'aucune déchéance ne soit visée explicitement, la Cour de cassation tient le même raisonnement et confirme la décision du juge qui a « *rejeté* » la demande de contribution alimentaire.

§4 Portée et limites des arrêts

59. Bien que ces arrêts soient des premiers pas timides envers l'acceptation de la théorie de l'imprévision par la Cour de cassation, il ne faut pas se fourvoyer. En effet, notre Cour suprême n'a jamais accepté explicitement l'imprévision dans notre droit interne.

Même si nous les avons étudiées auparavant, rappelons deux limites. En premier lieu, l'arrêt du 19 juin 2009¹¹⁸ concernait un contrat de vente internationale de longue durée. Il serait donc totalement mal fondé de l'interpréter par analogie en l'appliquant aux contrats de vente nationaux. Ensuite, les arrêts du 14 octobre 2010¹¹⁹ et du 23 mai 2019¹²⁰ visaient le cas bien spécifique d'une pension alimentaire après divorce. Ce n'est que peut-être maladroitement par le biais de l'abus de droit que la Cour de cassation admet implicitement la théorie de l'imprévision. Elle ne l'a donc jamais reconnue explicitement.

116 E. ALOFS, « De conventionele uitkering na echtscheiding : durus consensus, sed consensus », *Not. Fisc. M.*, 2014, p. 260 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De basisbeginselen van het contractenrecht : kroniek van de recentste evoluties », *T.B.B.R.*, 2013, pp. 29 et 30, n° 61.

117 Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 178.

118 Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.

119 Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643.

120 Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 178.

CHAPITRE 3

LES CLAUSES DE HARDSHIP ET L'OBLIGATION DE RENÉGOCIATION

60. Dans un premier temps (section 1), nous analyserons les clauses dites « de hardship ». De plus en plus insérées dans les contrats internationaux et de longue durée, ce sont des clauses qui permettent aux parties de prévoir l'imprévisible¹²¹.

Bien qu'elles soient largement recommandées, de nombreuses difficultés se rencontrent quant à l'élaboration de ces clauses. Elles peuvent en effet être très facilement oubliées, mal rédigées, ne pas prévoir toutes les situations potentielles, ne pas prévoir les conséquences juridiques d'un refus de renégociation, ne pas prévoir s'il faut renégocier ou mettre fin au contrat...¹²²

Dans un second temps (section 2), nous aborderons l'obligation de renégociation. Après l'avoir distinguée de l'imprévision (§1), nous aborderons ses conditions (§2) et ses conséquences (§3) avant d'étudier le rôle du juge (§4).

Section 1

Les clauses de hardship

61. Vu le caractère toujours incertain de l'application de la théorie de l'imprévision en droit belge, il est largement recommandé de prévoir, dans le contrat, des clauses dites « de hardship ». Ces clauses ont pour but de « *prévoir l'imprévisible* »¹²³. Il est évidemment plus judicieux à notre sens de confier le sort de son contrat, lorsque des circonstances exceptionnelles surviennent, à des clauses soigneusement rédigées au préalable qu'à une théorie dont l'application est incertaine.

La difficulté réside cependant dans la rédaction d'une clause de hardship complète. Prévoir l'imprévisible n'est évidemment pas chose aisée car il faut anticiper des événements futurs, événements qui ne sont précisément pas prévisibles.

121 D. PHILIPPE, « L'imprévision », *op. cit.*, p. 740.

122 A. NICOLAS, « Hardship : prévoir l'imprévisible », *op. cit.*, pp. 93 et 94.

123 *Ibid.*, pp. 92 à 94.

Le fait que ces clauses ne soient justement jamais parfaites nous permettrait de faire le lien vers une notion qui lie justice et économie : l'incomplétude contractuelle. Nous n'aurons malheureusement pas le loisir, dans le cadre de ce travail, de nous y intéresser, mais il est tout de même intéressant de mentionner ce travail écrit par Maître Tafotie¹²⁴.

§1. ICC Hardship Clause 2003

62. Afin de rédiger une clause de hardship correcte, nous conseillons de partir du modèle de 2003 proposé par la Chambre de Commerce Internationale (ICC)¹²⁵ :

« 1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

- a. the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that*
- b. it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.*

3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract ».

63. Dans un premier temps, s'inspirant de l'article 6.2.1 des principes Unidroit¹²⁶, un rappel à la convention-loi est fait. Le paragraphe 2 rappelle également la notion de « *pacta sunt servanda* » en utilisant les termes « *excessively onerous* ».

124 R. TAFOTIE, « L'imprévision comme manifestation de l'incomplétude contractuelle », *op. cit.*, pp. 39-69.

125 A. M. GARRO, « Force majeure, hardship and other excuses », *op. cit.*, 2015, pp. 220 à 223.

126 International Chamber of Commerce, *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publishing S.A., 2003, p. 16.

64. A l'instar de ce qui est prévu dans les principes Unidroit¹²⁷, il est intéressant de noter que la ICC Hardship Clause 2003 ne se limite pas à des événements postérieurs à la formation du contrat. Des événements dont les parties n'auraient pas pu avoir connaissance, mais existant déjà lors de la conclusion du contrat, sont ainsi également visés par la clause¹²⁸.

65. A l'inverse des principes Unidroit qui renvoient les parties devant le tribunal compétent lorsque aucun accord quant aux renégociations du contrat n'a pu être pris dans un délai raisonnable¹²⁹, la ICC Hardship Clause 2003 ne prévoit aucune solution judiciaire. Il est simplement permis à la partie invoquant la clause de mettre fin au contrat si aucun accord n'a pu être réalisé dans un délai raisonnable.

L'idée est d'inciter les parties à insérer une clause générale de résolution des litiges dans leur contrat et non pas une clause spécifique de résolution des litiges en cas de hardship. Cela évite de créer une confusion potentielle en cas de coexistence de ces deux clauses¹³⁰.

66. Encore une fois, nous pouvons constater la volonté de maintenir l'existence du contrat. Sa fin n'est envisagée que dans un deuxième temps¹³¹.

§2. Rédiger une clause de hardship correcte

67. Même si la ICC Hardship Clause 2003 constitue un excellent point de départ, il est important de personnaliser sa clause de hardship à son contrat et aux attentes des parties. Ainsi, nous préciserons quelques éléments qui, selon nous, méritent une certaine attention.

68. Tout d'abord, rappelons que la théorie de l'imprévision n'a pas un caractère impératif, il est donc tout à fait permis de faire assumer ce risque à l'une des parties. La rédaction d'une telle clause étant évidemment beaucoup plus simple, nous prenons donc l'hypothèse d'un créancier désirant insérer une clause de hardship afin de renégocier ou de mettre fin au contrat lorsque des événements imprévisibles bouleversant l'économie du contrat surviennent.

127 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.2, a).

128 ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003 précitée, p. 17.

129 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3.

130 ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003 précitée, p. 17.

131 Voy. notamment ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003 précitée, p. 3.

a) L'emploi des justes termes juridiques

69. Lorsque l'on traduit la clause afin de l'insérer dans un contrat rédigé en français, il est important de rappeler qu'un terme juridique n'est pas un autre. Ainsi, par exemple, une résolution est différente d'une résiliation et d'une annulation. Il convient donc de ne pas se tromper dans l'emploi des termes juridiques afin de ne pas créer une confusion inutile.

b) Le rappel de la convention-loi

70. Bien que cela puisse paraître redondant et inutile, le rappel de la convention-loi est un élément de plus permettant de cerner l'intention des parties : le contrat doit être exécuté. De nombreux textes récents prévoient d'ailleurs un tel rappel¹³².

Cela permet notamment d'éviter une interprétation trop large d'une clause qui serait mal rédigée. A titre d'exemple, imaginons qu'une clause ne prévoie pas une exécution « excessivement onéreuse » mais « trop onéreuse ». Des événements surviennent, événements rendant l'exécution de l'obligation de la partie A un peu plus onéreuse. La partie A pourrait alors être tentée d'interpréter la clause comme ayant vocation à s'appliquer au cas d'espèce. Un juge saisi du litige pourrait avoir du mal à déceler l'intention des parties : peut-être ont-elles voulu prévoir une situation d'imprévision « classique », peut-être ont-elles voulu aller au-delà des circonstances exceptionnelles et permettre d'invoquer la clause alors même que le caractère exceptionnel des circonstances est absent.

Un rappel au principe de convention-loi, rédigé comme dans les principes Unidroit ou dans la proposition de loi belge, permet au juge de mieux déceler l'intention des parties.

c) Les hypothèses dans lesquelles la clause sera appelée à produire ses effets

71. Afin d'être la plus sécurisante possible juridiquement parlant, la clause doit veiller à régler la situation de circonstances imprévisibles existant déjà lors de la conclusion du contrat¹³³ et la question de l'imputabilité au débiteur¹³⁴.

Lister les événements imprévisibles menant à l'application de la clause est, à notre sens, une mauvaise idée. Il est en effet impossible de savoir si toutes les situations ont été envisagées, cela

132 Voy. à titre d'exemples : les principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.1 ; la proposition de loi belge précitée, art. 5.77, al. 1^{er} et la ICC Hardship Clause 2003.

133 Cf. n^{os} 8, 64 et 117.

134 Voy. n^{os} 8, 122 et 123.

reviendrait donc à réduire le champ d'application de la clause aux dépens de la partie lésée.

Ainsi, prenons en exemple une situation très concrète et actuelle : un contrat de vente a été conclu entre une brasserie et un fournisseur. Si la clause de hardship ne vise qu'une hausse déraisonnable des prix des matières premières, le contrat ne pourrait pas être réadapté à cause du Covid-19 alors que, en formulant la clause de manière plus large et en visant « un événement imprévisible bouleversant l'économie contractuelle », les parties pourraient l'invoquer notamment pour le cas de la pandémie.

d) Procédure à suivre afin d'invoquer la clause

72. Les parties peuvent ainsi décider, par exemple, de quantifier la notion de délai raisonnable ou d'exiger une notification¹³⁵.

e) Conséquences de la situation de hardship

73. Bien que la ICC Hardship Clause 2003 prévoit une adaptation du contrat dans un premier temps, les parties sont libres de prévoir le sort à réserver à leur contrat en cas de hardship. Ainsi, elles peuvent prévoir une renégociation en vue d'adapter ou de mettre fin au contrat.

f) Conséquences d'un échec de renégociation dans le délai raisonnable

74. Si les parties ont opté pour une renégociation du contrat dans un délai raisonnable, il faut prévoir les conséquences d'un tel échec. Cela peut être judiciaire (intervention du juge) ou extra-judiciaire (résiliation, intervention d'un tiers)¹³⁶.

135 A. NICOLAS, « Hardship : prévoir l'imprévisible », *op. cit.*, 2013, p. 94.

136 *Ibid.*, p. 94 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 808.

Section 2

L'obligation de renégociation du contrat

§1 Distinction avec le concept d'imprévision

75. Définie comme étant « *un échange de propositions entre les parties en vue de déterminer, d'un commun accord, le sort du contrat si son exécution s'en trouve fondamentalement altérée* », l'obligation de renégociation se distingue d'une révision ou d'une adaptation du contrat. L'obligation de renégociation est en effet considérée comme une procédure afin d'arriver à une révision ou à une adaptation du contrat¹³⁷.

Le professeur Philippe la distingue d'ailleurs très justement du bouleversement de l'économie contractuelle dans son commentaire sur l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 30 mai 2013¹³⁸.

§2 Les conditions de l'obligation de renégociation

76. Deux hypothèses peuvent être envisagées. Il y a lieu de distinguer si l'obligation de renégociation est prévue par une clause contractuelle ou pas.

En présence d'une clause de renégociation, l'hypothèse est relativement simple. Partant du principe de convention-loi, les parties sont alors tenues¹³⁹ par ce qu'elles ont prévu dans leur contrat. Nul besoin de faire appel à la théorie de l'imprévision dans ce cas-là. Les parties peuvent même prévoir des conditions moins strictes que celles requises lorsqu'il y a imprévision. Ainsi, si nous prenons en exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Mons¹⁴⁰, la clause ne faisait aucune mention d'une distorsion substantielle de l'économie contractuelle ou du caractère imprévisible que le déséquilibre devait

137 P. ACCAOUÏ LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 236 et 237.

138 Voy. D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, p. 1087 : « La présente espèce n'est pas, à proprement parler, une hypothèse de bouleversement de l'économie contractuelle et ceci pour trois raisons :

- une clause contractuelle le prévoyait : le bouleversement de l'économie contractuelle s'applique sans qu'une clause ne doive le prévoir même si ce concept peut faire l'objet d'un aménagement contractuel ;
- il n'est pas fait état, du moins dans les faits exposés dans l'arrêt, d'une distorsion substantielle de l'économie contractuelle ;
- le caractère imprévisible du déséquilibre n'est pas mentionné ».

139 Sous réserve d'un abus de droit ? Voy. *infra*, n° 137 sur la question.

140 Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1072. Voy. le libellé de la clause : « dans le cas où le chiffre d'affaires annuel des parcs de stationnement n'atteindrait pas le niveau prévu au compte d'exploitation prévisionnel annexé, du fait de la constatation de taux de respect inférieurs à ceux indiqués ci-dessus, la régie foncière et l'adjudicataire se concerteront afin de rétablir l'équilibre économique de l'opération ».

avoir¹⁴¹.

Qu'en est-il cependant si le contrat ne prévoit rien ? En l'absence de clause de renégociation, il faut alors se tourner vers l'imprévision. Les conditions peuvent donc être recoupées avec celles de la théorie de l'imprévision¹⁴² :

- des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations,
- que ces événements surviennent ou soient connus par la partie lésée après la conclusion du contrat,
- que la partie lésée n'ait pas pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération,
- que ces événements ne soient pas imputables au débiteur,
- que la partie lésée n'ait pas assumé ce risque.¹⁴³

§3 Les conséquences de l'obligation de renégociation

A. Une notification du déséquilibre contractuel fondamental

77. Point de départ du processus de renégociation, la notification du déséquilibre contractuel fondamental est indispensable. Alors que certains textes internationaux la prévoient explicitement¹⁴⁴, de nombreuses dispositions ne la mentionnent pas¹⁴⁵. Il est alors admis que celle-ci est visée implicitement, même par des textes ne mentionnant pas une obligation de renégociation mais une révision ou une adaptation du contrat¹⁴⁶.

78. Nous y reviendrons par la suite lorsque nous analyserons l'impact de la bonne foi dans les renégociations¹⁴⁷ mais nous nous permettons déjà d'insister une première fois sur l'avantage de modaliser l'obligation de renégociation¹⁴⁸, dont sa notification.

Ainsi, même si la notification peut normalement prendre les formes les plus diverses¹⁴⁹, il peut être judicieux de prévoir, dans le contrat, une notification par lettre recommandée. Le destinataire ne pourrait alors pas tenter d'invoquer une mauvaise foi d'un destinataire peu prudent qui aurait notifié oralement le déséquilibre contractuel fondamental.

141 D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, pp. 1072 et 1087.

142 Voy. *supra*, n° 31.

143 P. ACCAOUÏ LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 238 à 256.

144 Voy. à titre d'exemple : Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3.

145 Voy. à titre d'exemples : C. civ. fr. 1804, art. 1195 ; proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77.

146 P. ACCAOUÏ LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 256 à 258.

147 Voy. *infra*, n°s 80, 88 à 92 et 104.

148 D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, pp. 1093 et 1094.

149 C. civ. 1804, art. 2281.

B. Une renégociation effective du contrat par les parties

79. Lorsque les conditions prévues par la clause de renégociation ou par la théorie de l'imprévision sont remplies, les parties doivent effectivement renégocier le contrat. Il faut donc « *un échange, dans un esprit de collaboration, de propositions dans le but que d'un commun accord, elles tentent de trouver une issue au contrat déséquilibré, c'est-à-dire l'adapter ou le résilier* (sous-entendu : le contrat) »¹⁵⁰.

Une renégociation effective du contrat n'implique cependant pas un aboutissement des renégociations mais que celles-ci soient effectives¹⁵¹, réalisées conformément aux exigences imposées par la bonne foi¹⁵². Nous pourrions faire un parallèle avec les négociations précontractuelles qui doivent également respecter les exigences imposées par la bonne foi mais qui ne sont pas tenues d'aboutir (liberté de négocier)¹⁵³.

80. La bonne foi joue ici un rôle fondamental. Les parties doivent effectuer la renégociation « *de manière raisonnable pour parvenir à un ajustement raisonnable et équitable du contrat* »¹⁵⁴, dans un délai raisonnable. Une mauvaise foi dans la renégociation du contrat pourra être sanctionnée par le juge¹⁵⁵.

81. Nous pourrions nous demander si la bonne foi empêcherait une partie ayant entamé les renégociations d'invoquer le caractère incertain de la théorie de l'imprévision, si le commencement des renégociations équivaut à accepter l'application de la théorie de l'imprévision au cas d'espèce.

A notre sens, oui ; une personne invoquant le caractère incertain de la théorie de l'imprévision alors qu'elle a entamé les renégociations violerait la confiance légitime de l'autre partie. Etant donné que la bonne foi impose aux parties de ne pas rompre fautivement les pourparlers, que violer la confiance légitime de l'autre partie est une rupture fautive des pourparlers¹⁵⁶ et que la bonne foi est présente dans les renégociations, il semble tout à fait possible de pouvoir répondre à la question par l'affirmatif. A l'instar de ce qu'impose la bonne foi dans la rupture des pourparlers, une rupture des renégociations est donc fautive si elle viole la confiance légitime de l'autre partie.

150 P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, p. 258.

151 Voy. sur la notion de renégociation effective du contrat *infra*, n° 87.

152 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires sous l'art. 6.2.3, p. 234.

153 P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 149 à 150 ; proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.19.

154 Projet de Cadre Commun de Référence, art. III-1:110, al. 3, d).

155 Voy. *infra*, n° 103 et s.

156 P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 149 à 150.

C. Un accord ou un désaccord quant au sort du contrat

82. Bien que, comme nous l'avons vu dans le cadre de ce mémoire, certaines dispositions aient tendance à favoriser le maintien du contrat en instituant un régime en cascade¹⁵⁷, la règle par défaut est de laisser les parties opter soit pour une adaptation du contrat, soit pour une résiliation. Un désaccord quant au sort du contrat est une issue tout à fait envisageable.

Alors même que les parties sont d'accord pour adapter le contrat, un désaccord est également une issue envisageable si elles n'y parviennent pas.

83. Nous pouvons déjà remarquer que la proposition de loi belge laisse un réel choix aux parties¹⁵⁸.

§4 L'intervention du juge

84. Nous distinguerons les conditions de l'intervention du juge (A) et les effets qu'emporte son intervention (B).

A. Conditions de l'intervention du juge

85. Après avoir vérifié les conditions menant à l'application de l'obligation de renégociation, le juge doit vérifier la renégociation du contrat par les parties. Quatre éléments seront ainsi analysés : la demande d'intervention de l'une des parties (1), la renégociation effective du contrat par les parties (2), la renégociation du contrat conforme aux exigences de bonne foi dans l'exécution du contrat (3) et le désaccord des parties (4)¹⁵⁹.

1) La demande d'intervention de l'une des parties

86. Tout d'abord, le juge doit vérifier que son intervention ait été sollicitée en bonne et due forme. A l'instar des principes Unidroit¹⁶⁰, la tendance majoritaire internationale est de permettre l'intervention du juge à la demande de l'une des parties lorsqu'un accord n'a pas pu être pris dans un délai raisonnable¹⁶¹. Il faut cependant être vigilant lorsqu'un régime en cascade est prévu par la

157 C. civ. fr. 1804, art. 1195 ; Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3.

158 Voy. la proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 2 : « *renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin* ».

159 P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 262 à 269.

160 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3.

161 P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 264 et 265.

législation¹⁶². Ainsi, le juge devra vérifier si le requérant était déjà en droit de le saisir unilatéralement ou si un commun accord des parties était nécessaire. Bien que beaucoup plus rares, certaines dispositions légales nationales¹⁶³ prévoient une intervention du juge dès que les conditions menant à l'application de l'obligation de renégociation sont réunies. Les parties n'ont alors pas la possibilité de renégocier elles-mêmes leur contrat¹⁶⁴.

2) La renégociation effective du contrat par les parties

87. Une renégociation effective du contrat par les parties implique des actes et des attitudes. Ainsi, à titre d'actes, il s'agit « *émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer* ». Une certaine attitude est également nécessaire : « *se prêter loyalement à un dialogue, c'est-à-dire sans publicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord* »¹⁶⁵. Nous pouvons, à notre sens, rapprocher cette renégociation effective du contrat de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat.

3) La renégociation du contrat conforme aux exigences de bonne foi dans l'exécution du contrat

88. Omniprésente dans l'exécution des contrats, la bonne foi implique que les parties ont adopté un comportement raisonnable au cours de l'échange des propositions. Les parties doivent ainsi échanger dans l'optique de parvenir effectivement à un accord. L'exigence de bonne foi ne serait ainsi pas remplie si le désaccord résulte du comportement préjudiciable de l'une ou l'autre des parties. La bonne foi implique également que les parties doivent renégocier dans un délai raisonnable¹⁶⁶.

89. Si nous reprenons les dispositions analysées dans le cadre de ce mémoire¹⁶⁷, nous pouvons remarquer que cette exigence de bonne foi se traduit toujours de deux manières : un accord dans un délai raisonnable¹⁶⁸ et une non-suspension de l'exécution des obligations.

162 Voy. les développements sur l'analyse du droit français *supra*, n° 11.

163 L'auteur cite à titre d'exemples : les droits égyptien, algérien, jordanien, irakien, libyen, émirati, suisse et chinois. P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 265 et 269.

164 *Ibid.*, pp. 265 et 269.

165 *Ibid.*, p. 266.

166 *Ibid.*, pp. 267 et 268.

167 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3 et proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 3 et 4.

168 Même si, il faut le rappeler, le délai raisonnable en droit français ne vise, à notre sens, pas l'échec ou le refus des renégociations mais le désaccord des parties au stade de la deuxième étape du régime en cascade. Voy. *supra*, n°s 13 à 19.

Il faut en effet, selon nous, voir la non-suspension de l'exécution des obligations comme une exigence imposée par la bonne foi. Alors que la bonne foi impose à la personne non lésée l'obligation de renégocier effectivement, elle impose, dans le chef de la personne lésée, de ne pas utiliser les renégociations à de mauvaises fins¹⁶⁹. En effet, sous réserve de circonstances exceptionnelles¹⁷⁰, suspendre l'exécution de ses obligations pendant les renégociations ne démontre, à notre sens, pas une véritable intention de renégocier effectivement le contrat mais plutôt une utilisation à mauvais escient de la théorie de l'imprévision afin de ne pas exécuter ses obligations¹⁷¹.

90. Vu le caractère aléatoire de l'appréciation de la bonne foi par le juge, il peut être recommandé de modaliser au mieux cette obligation de renégociation. Il est donc conseillé aux parties d'aborder conventionnellement la poursuite du contrat durant les renégociations, la durée de celles-ci et leurs modalités¹⁷². L'auteur propose ainsi une liste non-exhaustive d'exemples de modalités que peuvent prévoir une clause :

- « – la notification de l'événement donnant lieu à renégociation
- les personnes appelées à participer à la négociation
- un ordre du jour de la réunion
- un lieu, le cas échéant
- le nombre de réunions à prévoir, etc.
- la sanction en cas de non-respect de l'une ou l'autre de ces normes ».

91. Un point méritant d'être soulevé est le refus de renégocier malgré la réunion des conditions d'exécution. Un tel refus peut-il être constitutif de mauvaise foi ?

En présence d'une clause de hardship modalisée, la question n'appelle pas de commentaires. Il y a lieu de respecter la volonté des parties si celles-ci ont envisagé la question du refus de renégocier et ses potentielles sanctions.

Le sort d'une clause de hardship ne prévoyant pas l'hypothèse d'un refus de renégocier est à rapprocher, selon nous, de l'hypothèse où le contrat ne régit pas conventionnellement la situation d'imprévision. Il y a donc lieu de se retourner vers la législation en vigueur. Ainsi, le refus de renégocier pourrait être constitutif de mauvaise foi de la partie non lésée lorsque la législation ne

169 Voy. dans notre sens les principes d'UNIDROIT 2016, commentaires suivant l'art. 6.2.3, p. 234.

170 Voy. *infra*, n° 128.

171 Voy. également dans le même sens : D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in *Le droit des affaires en évolution*, t. 29, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 66 et 67.

172 D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, pp. 1093 et 1094.

prévoit pas un tel refus¹⁷³ ; cela n'aurait cependant pas de sens si la législation vise « *un refus ou un échec des renégociations* »¹⁷⁴ étant donné que le législateur lui-même la possibilité aux parties de refuser de renégocier.

La question est, selon nous, à distinguer de la liberté de négocier dans les négociations précontractuelles¹⁷⁵. En effet, dans le cadre d'une situation d'imprévision, les parties étant tenues de renégocier effectivement le contrat, elles n'ont pas la possibilité de refuser la demande de renégociations si cela n'a pas été prévu par le législateur¹⁷⁶. Cela n'implique évidemment pas que ces renégociations aboutissent¹⁷⁷.

92. Rappelons que tout l'intérêt de cette exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat est qu'elle est évidemment sanctionnable par le juge¹⁷⁸.

4) Le désaccord des parties

93. Alors même que les parties ont négocié de bonne foi, alors même qu'aucune d'elles n'a eu un comportement préjudiciable, leur désaccord est une issue envisageable des renégociations.

94. Rappelons, même si cela a déjà été étudié dans le cadre de ce mémoire, que cette condition est présente dans de nombreuses législations¹⁷⁹. Un désaccord des parties dans un délai raisonnable est nécessaire afin de pouvoir saisir le juge.

Rappelons également que certaines législations prévoient une saisine du juge en cascade¹⁸⁰, que d'autres excluent tout simplement un désaccord des parties en ne leur laissant pas la possibilité de renégocier elles-mêmes¹⁸¹ et que d'autres encore laissent le choix à la partie lésée de mettre fin au contrat lorsque aucun accord n'a pu être pris dans un délai raisonnable¹⁸².

173 Voy. les principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3, 3).

174 Voy. C. civ. fr. 1804, art. 1195, al. 2 et la proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 4.

175 Voy. *supra*, n° 79.

176 Voy. *infra*, n° 131 pour une explication plus détaillée sur la notion de «possibilité de renégociation».

177 Voy. *supra*, n° 79.

178 Voy. *infra*, n°s 103 à 106.

179 Voy. les principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3, 3 et la proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 4.

180 Voy. C. civ. fr. 1804, art. 1195, al. 2.

181 Voy. *supra*, n° 86.

182 Voy. *supra*, note 29.

B. Les effets qu'emporte l'intervention du juge

95. Trois effets sont à distinguer. La possibilité pour le juge d'adapter ou de mettre fin au contrat (1), de renvoyer les parties à une ultime renégociation du contrat (2), ou encore de sanctionner un potentiel comportement préjudiciable des parties (3).

1) Une adaptation ou une résiliation du contrat par le juge

96. Le juge a-t-il un réel choix quant au sort du contrat ? Alors que la docteure française Accaoui Lorfing considère que la résiliation doit être prononcée en dernier ressort¹⁸³ vu que celle-ci est en contradiction avec le maintien raisonnable du lien contractuel¹⁸⁴, telle n'est pas tout à fait la pensée des législations les plus récentes.

97. Ainsi, les principes Unidroit¹⁸⁵ et la proposition de loi belge¹⁸⁶ laissent un réel choix au juge mais insistent sur le caractère raisonnable de la décision du juge.

Les principes Unidroit rappellent d'ailleurs que, lorsque le juge décide d'adapter le contrat, l'objectif est de rétablir l'équilibre des prestations en procédant à une juste répartition des pertes entre les parties. Ainsi, une juste répartition des pertes n'implique pas nécessairement que la partie non-lésée doive supporter l'intégralité des pertes¹⁸⁷.

La proposition de loi prévoit que « *le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances* ».

98. Dans le même sens, le professeur Philippe distingue les conséquences de l'inexécution du contrat de celles du bouleversement de l'économie contractuelle. Alors que le créancier est en droit de réclamer l'entière du dommage en cas d'inexécution contractuelle, la situation est différente en cas de bouleversement de l'économie contractuelle : le contrat doit être replacé dans l'économie contractuelle originale¹⁸⁸.

183 Voy. ses termes : « *dans le cas où les deux autres solutions — adaptation du contrat, renvoi des parties à une ultime renégociation — ne peuvent être prises en compte* ».

184 P. ACCAOU LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 270 à 273.

185 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3, 4).

186 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 4.

187 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires suivant l'art. 6.2.3, p. 235.

188 D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, p. 1094.

99. Rappelons également que, en droit français, même si la volonté première est également de sauver le contrat, le Sénat français ne rejoint pas la pensée de la docteure Accaoui Lorfing en ce que la possibilité de réviser le contrat n'aurait pas du être offerte au juge à la demande d'une seule des parties. Nous sommes donc bien loin de la résiliation en dernier ressort étant donné que le Sénat français a finalement accepté cette possibilité vu le caractère supplétif de l'article et vu que, selon leurs auditions, les juges préféreront prononcer une résolution par voie conventionnelle que de réviser le contrat¹⁸⁹.

2) Le renvoi des parties à une ultime renégociation du contrat

100. Découlant du principe de l'exécution en nature des obligations, renvoyer les parties à une ultime renégociation est une option très intéressante. Envisagée par les principes Unidroit comme une solution en dernier ressort¹⁹⁰, cette possibilité a cependant les faveurs de la docteure Accaoui Lorfing et du professeur Philippe¹⁹¹.

Lorsque le juge perçoit une volonté de la part des parties de trouver une issue au contrat malgré leur désaccord, celui-ci ne devrait pas trop vite se substituer à la volonté des parties mais leur permettre, au contraire, de continuer les renégociations. Rien n'empêche cependant le juge d'assortir sa condamnation à l'exécution en nature de modalités telles que la nomination d'un observateur afin d'aider et/ou de vérifier que les renégociations ont lieu de manière effective, conformément aux exigences qu'impose la bonne foi¹⁹².

101. Une exécution forcée en nature pourrait-elle être envisagée ? Il y a lieu de bien distinguer la condamnation à l'exécution en nature d'une part et l'exécution forcée en nature comme conséquence de la non-exécution de la condamnation à l'exécution en nature d'autre part. Vu le caractère personnel de l'obligation (les parties étant les seules à pouvoir renégocier), une exécution forcée en nature n'est pas envisageable¹⁹³.

189 Voy. *supra*, n^{os} 5 et 10.

190 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires suivant l'art. 6.2.3, p. 235.

191 P. ACCAUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 273 et 274 ; D. PHILIPPE, « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, pp. 1089 à 1094.

192 *Ibid.*, pp. 1089 à 1094 ; voy. pour deux décisions françaises couronnées de succès : Paris, 1^{re} ch., 28 septembre 1976, *EDF c./ Shell*, *Rev. arb.*, 1977, p. 341 et S.A.S. *Novacarb c. S.N.C. Socoma*, *R.L.D.C.* 2008/49, n^o 2969.

193 P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires (essai) : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 340 à 351. Voy. pour deux très bons exemples où la jurisprudence distingue la condamnation à l'exécution en nature de l'exécution forcée en nature : Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173 et Civ. Bruxelles (réf.), 1 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250.

Pourrions-nous envisager que le juge assortisse sa condamnation d'une astreinte ? Théoriquement, oui¹⁹⁴. Le juge ne peut cependant pas condamner les parties à plus que ce qui est imposé par l'obligation de renégociation. Ainsi, si une condamnation à une renégociation effective du contrat sous astreinte est tout à fait envisageable, une condamnation à un aboutissement des renégociations sous astreinte n'est pas possible¹⁹⁵.

La pertinence d'un renvoi des parties à une ultime renégociation sous astreinte reste cependant à prouver. Si l'une des parties doit demander au juge une astreinte afin d'être certain que l'autre partie renégocie effectivement le contrat, il est difficile de croire que ces renégociations aboutiront effectivement à quelque chose.

102. Malheureusement, à l'instar des autres dispositions nationales et internationales, la proposition de loi belge¹⁹⁶ ne prévoit pas explicitement une telle possibilité pour le juge.

3) La sanction du comportement préjudiciable des parties

103. Le juge est également habilité à sanctionner le comportement préjudiciable des parties, un comportement portant atteinte donc au déroulement des renégociations conformément aux exigences de bonne foi dans l'exécution du contrat.

A titre d'exemples de comportement préjudiciable, la docteure Accaoui Lorfing cite : « *un refus de répondre à la notification du débiteur de l'obligation devenue excessivement onéreuse*¹⁹⁷, *une rupture abusive des renégociations*¹⁹⁸, *un refus d'accepter une proposition raisonnable du cocontractant, une émission de proposition déraisonnable au cocontractant ou une tentative d'améliorer sa position contractuelle* »¹⁹⁹.

104. Nous rappellerons ici encore une fois que, vu le caractère très aléatoire de l'appréciation de la bonne foi, il est largement recommandé de modaliser tout ceci dans la convention. Cela permet d'éviter les questions que nous avons déjà soulevées précédemment.

194 C. jud. 1967, art. 1385bis, al. 1.

195 Voy. *supra*, n° 79.

196 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77.

197 Mais voy. cependant *supra*, n° 91.

198 Cf. *supra*, n° 81.

199 P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *op. cit.*, pp. 274 à 277.

105. Quelles sont les sanctions du comportement préjudiciable ? Une réparation du dommage causé par l'abus ou une réduction du droit à son usage normal²⁰⁰. Ainsi, le juge tiendra en compte la mauvaise foi d'une des parties dans les renégociations afin de réadapter le contrat de manière raisonnable, de fixer les dommages et intérêts, etc.

106. Une dernière remarque consistera à présenter l'éventail de possibilités offertes au juge : renvoyer les parties à une ultime négociation, réviser ou mettre fin au contrat lui-même, user de la réparation en nature du dommage causé par l'abus acceptée à plusieurs reprises par la Cour de cassation belge²⁰¹ ou user de la réparation par équivalent du dommage causé par l'abus.

Ainsi, à titre d'exemple, un juge disposerait de plusieurs fondements pour sanctionner un refus d'accepter une proposition raisonnable du cocontractant :

- Soit user de la possibilité qui lui est offerte par le législateur et réviser ou résilier lui-même le contrat.
- Soit appuyer sa décision sur le principe de l'exécution en nature des obligations et renvoyer les parties à une ultime renégociation.
- Soit, à titre d'exécution par équivalent, réparer le dommage causé par l'abus et ainsi soit prononcer des dommages et intérêts, soit réparer en nature le dommage causé par l'abus de droit et jouir d'une grande liberté²⁰² (il pourrait donc priver la partie non-lésée de refuser une telle proposition, réviser lui-même le contrat, résilier lui-même le contrat...)

200 Voy. *supra*, n° 41.

201 Voy. Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689 ; Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2020/1, p. 178 ; Cass., 3 octobre 2019, *R.G.D.C.*, 2020/2, p. 84.

202 Voy. sur la notion très floue et controversée de réparation en nature en matière contractuelle en droit belge notamment : S. DE REY, « La réparation en nature du dommage contractuel et extracontractuel - revalorisation d'un remède sous-estime ! », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 519 à 536 et P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires (essai) : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil, op. cit.*, pp. 164 à 171.

CHAPITRE 4

L'ARTICLE 5.77 DU NOUVEAU CODE CIVIL BELGE

107. Le quatrième et dernier chapitre de cette étude sera consacré à l'analyse du potentiel futur article 5.77 du nouveau Code civil belge.

Après avoir résumé brièvement le contexte de la réforme (section 1), nous entamerons la lecture et l'analyse approfondie de l'article 5.77 du nouveau Code civil belge (section 2), l'objectif étant de poser d'éventuels futurs problèmes d'interprétation, de soulever quelques difficultés de lecture et de nous poser (tout en tentant d'y répondre) des questions pertinentes.

Nous rappellerons donc premièrement le principe qu'énonce l'article : la convention-loi des parties (§1). Nous examinerons toutes les conditions requises afin de pouvoir invoquer la théorie de l'imprévision (§2). Nous nous interrogerons notamment sur le rôle de l'abus de droit après l'entrée en vigueur de l'article. L'obligation de renégociation (ou devons-nous dire « la possibilité de renégociation »?) fera l'objet d'un paragraphe à elle seule (§3). Nous aborderons, dans un dernier temps, les pouvoirs du juge (§4) qui semblent relativement larges. Nous les confronterons à la notion de liberté des parties et évoquerons à nouveau la notion d'ultimes renégociations. Nous analyserons également si le juge aura un réel choix entre adapter le contrat ou l'annuler (ou renvoyer les parties à une ultime renégociation?) ou si une jurisprudence potentielle pourrait développer des conditions dans lesquelles le juge devra soit l'adapter, soit l'annuler.

Section 1

La nécessité de réformer le Code civil belge

108. Accusant le poids des années, le Code civil belge se devait d'être rénové s'il ne voulait pas connaître le même sort que notre Code de commerce²⁰³. Plusieurs Commissions chargées de réformer le droit civil furent ainsi créées par le ministre de la Justice, conformément à l'Accord de gouvernement du 10 octobre 2014. Celles-ci entamèrent leur travail en 2015, sous forme de différents groupes d'experts²⁰⁴.

203 Voy. tous les auteurs cités par la proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, pp. 4 et 5.

204 A.M. du 30 septembre 2017 précité.

L'objectif de la réforme n'était évidemment pas de faire table rase de toute l'expérience engrangée au fil des décennies mais de rénover le Code, réorganiser sa structure, combler ses lacunes et codifier la jurisprudence abondante²⁰⁵.

109. Les travaux de la Commission de réforme du droit des obligations, coprésidée par les professeurs P. Wéry et S. Stijns²⁰⁶, sont actuellement au stade de proposition de loi²⁰⁷.

Il est intéressant de noter que la consultation publique a rencontré un énorme succès et a été prise très au sérieux par la Commission, que le Gouvernement a approuvé en première lecture les travaux de la Commission et que la Section de Législation du Conseil d'Etat a rendu son avis le 23 mai 2018²⁰⁸. Notons d'ailleurs également que le nouveau Code civil est créé mais que seul le livre 8 « La preuve » a déjà été adopté²⁰⁹.

Section 2

Lecture et analyse de l'article 5.77 du nouveau Code civil

110. Il est important de constater que le commentaire de l'article 5.77 est relativement court²¹⁰. N'ayant apparemment pas amené beaucoup de débats lors des travaux de la Commission, plusieurs questions - que nous avons déjà en partie soulevées dans les deux premiers chapitres de ce mémoire - ont ainsi été omises.

111. L'article 5.77 du nouveau Code civil est libellé de la sorte :

« Art. 5.77. Changement de circonstances

Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies:

1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte

205 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, pp. 3 à 11.

206. Voy. pour la composition complète de la Commission l'A.M. du 30 septembre 2017 précité, art. 1, §3.

207 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée.

208 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, pp. 3 à 11.

209 Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46353.

210 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, pp. 79 à 80.

qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger;

2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat;

3° ce changement n'est pas imputable au débiteur;

4° le débiteur n'a pas assumé ce risque; et

5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations.

En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé ».

§1 Le principe : la convention-loi des parties

112. Le premier alinéa de l'article est un rappel, judicieux à notre sens, de la force obligatoire des contrats. Accordant toute son importance au principe de convention-loi²¹¹, la volonté de la Commission est bien de réserver l'application de la théorie de l'imprévision aux circonstances exceptionnelles, « *lorsque les strictes conditions de l'alinéa 2 sont rencontrées* »²¹². S'inspirant des principes Unidroit²¹³, la Commission ne commet ainsi pas la même erreur, selon nous, que le législateur français qui avait, lui, omis de rappeler ce principe²¹⁴.

L'article, libellé de cette manière, permet d'éviter une interprétation trop extensive de la théorie de l'imprévision²¹⁵.

113. Le principe de convention-loi est également rappelé par le caractère supplétif de l'article 5.77²¹⁶. Les parties peuvent ainsi décider de l'écarter purement et simplement ou de modaliser les conditions d'application, sous réserve de l'abus de droit d'une partie entendant se prévaloir de la

211 Voy. *supra*, n°s 33 à 36.

212 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, p. 79.

213 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.1.

214 Voy. *supra*, n° 7.

215 Cf. *supra*, n° 70.

216 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 2, 5°.

clause dérogatoire²¹⁷.

Le fait que le débiteur ne doive pas avoir assumé le risque est notamment un rappel au caractère supplétif de l'article²¹⁸.

114. Il est intéressant de constater l'inspiration des auteurs à l'égard des principes Unidroit : « ... soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. » Notons que la Commission a préféré placer ce libellé dans le rappel au principe de convention-loi alors que les principes Unidroit l'avaient placé dans les conditions pour pouvoir appliquer la théorie de l'imprévision²¹⁹. Cela n'a cependant aucune incidence, les commentaires des principes Unidroit pourront aider la doctrine et les juges à interpréter au mieux cette expression²²⁰.

§2 Les conditions pour pouvoir appliquer l'article 5.77

115. Le deuxième alinéa énonce les conditions - strictes et cumulatives - afin de pouvoir déroger au principe de convention-loi et donc appliquer la théorie de l'imprévision. Nous procéderons à une analyse condition par condition vu le nombre de commentaires que l'alinéa appelle.

a) « *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* »

116. La Commission avait un choix quant au terme à utiliser : « *changement de circonstances* »²²¹, « *circonstances* »²²², « *événements extraordinaires* »²²³, « *événements* »²²⁴. Ayant décidé d'utiliser le même libellé que le législateur français, il sera donc utile de suivre la jurisprudence française afin de connaître son interprétation quant à la notion.

117. Nous pouvons formuler la même critique qu'à l'égard du législateur français²²⁵ : qu'en est-il des événements existant déjà lors de la conclusion du contrat mais dont les parties n'auraient pas pu avoir connaissance ? Faut-il les considérer comme un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ?

217 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, p. 80.

218 Voy. *supra*, n° 10 et sa note ; voy. *infra*, n° 124.

219 Cf. proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 1 et Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.2, al. 1.

220 Voy. notamment pour une application concrète *infra*, n° 120.

221 Voy. C. civ. fr. 1804, art. 1195, al. 1.

222 Voy. *supra*, n° 28 : la définition proposée par le professeur PHILIPPE.

223 Voy. *supra*, n° 28 : la définition proposée par la Cour de cassation en 1924 et la définition proposée par le professeur DE PAGE.

224 Voy. les principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.2, al. 1.

225 Voy. *supra*, n° 8.

La proposition de loi ne nous dit rien, les définitions proposées par la Cour de cassation et par le professeur Philippe restent également obscures par rapport à la question²²⁶.

Seul le professeur De Page prévoyait des « événements ultérieurs à la formation du contrat »²²⁷, ce qui implique qu'il voulait exclure explicitement l'application de la théorie de l'imprévision aux événements existant déjà lors de la conclusion du contrat mais dont les parties n'auraient pas pu avoir connaissance. A l'inverse, les principes Unidroit prévoient explicitement que ces événements doivent survenir ou être connus après la conclusion du contrat, ce qui implique donc que de tels événements mènent à l'application de la théorie de l'imprévision²²⁸.

Quid alors lorsque la disposition ne prévoit rien ? Nous pouvons nous tourner vers la ICC Hardship Clause 2003 afin d'y trouver une réponse. Bien qu'il ne soit pas prévu explicitement que la théorie de l'imprévision s'applique aux événements existant déjà lors de la conclusion du contrat mais dont les parties n'auraient pas pu avoir connaissance, les auteurs de la ICC Hardship Clause 2003 ne sont pas restés muets par rapport à la question et expliquent que la clause ne se limite pas à des situations dans lesquelles les événements surviennent après la conclusion du contrat²²⁹.

Il s'agirait, à notre sens, d'interpréter le silence de l'article 5.77 exactement de la même manière. La disposition ne visant pas explicitement des événements ultérieurs à la formation du contrat, des événements existant déjà lors de la conclusion du contrat mais dont les parties n'auraient pas pu avoir - raisonnablement²³⁰ - connaissance pourraient donc tout à fait mener à l'application de la théorie de l'imprévision.

118. Un changement de circonstances progressif pourrait-il constituer une situation de hardship ? A nouveau, face au silence de la proposition de loi, nous nous tournons vers les principes Unidroit afin d'y trouver une réponse. Le résultat final peut très bien constituer une situation de hardship ; il faut cependant prêter attention au fait que si le changement a commencé avant la conclusion du contrat, il n'y aura pas de situation de hardship à moins que celui-ci ne soit « *spectaculaire* » au cours de l'existence du contrat²³¹.

226 Voy. *supra*, n° 28.

227 Voy. *supra*, n° 28.

228 Principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.2, a).

229 Voy. *supra*, n° 64 ; ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003 précitée, p. 17.

230 Voy. à cet égard les principes d'UNIDROIT 2016, commentaires sous l'art. 6.2.2, p. 229.

231 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires sous l'art. 6.2.2, p. 229.

b) « *rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger* »

119. La Commission avait à nouveau un choix quant au terme à utiliser. Différents libellés et différentes volontés étaient possibles : « *exécution excessivement onéreuse du contrat* »²³², « *altération fondamentale de l'équilibre des prestations* »²³³, « *altération si profonde de l'économie* »²³⁴, « *déséquilibre des prestations réciproques* »²³⁵, « *bouleversement de l'économie contractuelle* »²³⁶.

A nouveau, il sera important de rester vigilant quant à l'interprétation proposée par la jurisprudence française étant donné le choix de la Commission de reprendre exactement les mêmes termes.

120. Nous nous étions posé la question de savoir si la perte d'intérêt du contrat était visée par la proposition de loi²³⁷. Grâce au premier alinéa, nous savons que l'exécution excessivement onéreuse dont il est question à l'alinéa 2 vise soit une augmentation du coût de l'exécution, soit une diminution de la valeur de la contre-prestation. Alors que la Commission reste muette quant à l'interprétation de cette phrase, les principes Unidroit ont précisé ce qu'il fallait entendre par une diminution de la valeur de la contre-prestation. Ainsi, une diminution de la valeur de la contre-prestation vise également les cas dans lesquels la prestation n'a plus aucune valeur pour le créancier ; cette perte totale de valeur pouvant résulter de la disparition de la finalité du contrat²³⁸.

La réponse à apporter à la question est donc, selon nous, oui : la perte d'intérêt du contrat est visée par la proposition de loi et ce, malgré les conditions strictes de l'alinéa 2 et malgré le fait que ce soit une plus grande atteinte au principe de convention-loi.

121. En droit belge, la théorie de l'imprévision est, à l'heure actuelle, reconnue uniquement implicitement par la Cour de cassation par le biais de l'abus de droit²³⁹. Nous pouvons remarquer l'impact que cela a eu sur la formulation de l'article 5.77 : « *de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger* », formulation que nous ne retrouvons dans aucun des autres textes analysés dans le cadre de ce mémoire. Faut-il comprendre que l'utilisation de l'abus de droit soit loin d'être terminée en matière d'imprévision ? Ainsi faudra-t-il peut-être s'aider de l'abus de droit afin de

232 Voy. C. civ. fr. 1804, art. 1195, al. 1.

233 Voy. les principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.2, al. 1.

234 Voy. *supra*, n° 28 : la définition proposée par la Cour de cassation en 1924.

235 Voy. *supra*, n° 28 : la définition proposée par le professeur DE PAGE.

236 Voy. *supra*, n° 28 : la définition proposée par le professeur PHILIPPE.

237 Voy. *supra*, n°s 28 et 29.

238 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires suivant l'art. 6.2.2, pp. 228 et 229.

239 Voy. *supra*, n°s 51 à 59.

déterminer si l'exécution du contrat est « *excessivement onéreuse* ». Nous pourrions en effet reformuler la condition grâce à la définition de l'abus de droit proposée par l'article 5.7 du nouveau Code civil belge²⁴⁰ de cette manière : « un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ne puisse l'exiger ». Interprétée ainsi, la condition impose de tenir compte des circonstances en l'espèce afin de déterminer si l'exécution est devenue excessivement onéreuse.

c) « *ce changement n'est pas imputable au débiteur* »

122. A l'inverse du droit français et des principes Unidroit qui ne règlent pas - ou peut-être maladroitement - la question de l'imputabilité au débiteur²⁴¹, le nouveau Code civil belge ne reste pas muet à ce sujet.

123. La définition de l'imputabilité se trouve à l'article 5.299 du nouveau Code civil belge²⁴². L'imputabilité au débiteur vise ainsi la faute reprochée au débiteur - faute s'appréciant selon le critère d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances - et l'imputabilité au débiteur en vertu de la loi ou d'un acte juridique²⁴³.

d) « *le débiteur n'a pas assumé ce risque* »

124. Sauf si la répartition des risques est prévue par des dispositions impératives, les parties peuvent tout à fait décider de faire supporter le risque par l'une ou l'autre d'entre elles. Afin de savoir si l'une des parties a assumé le risque, il y a lieu de prêter attention aux clauses contractuelles, aux règles légales, à l'interprétation et la qualification du contrat²⁴⁴.

Ce risque ne doit donc pas d'office avoir été pris en charge expressément par une partie mais peut résulter de la nature-même du contrat. Ainsi, à titre d'exemple, une partie concluant une opération spéculative est considérée comme ayant assumé un certain risque même si elle n'a pas eu conscience de ce risque lors de la conclusion du contrat²⁴⁵.

240 Voy. la proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.7, §2 : « *Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances* ».

241 Voy. respectivement *supra*, n^{os} 8 et 25.

242 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, p. 79.

243 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.299.

244 Voy. *supra*, n^o 10 et sa note.

245 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires suivant l'art. 6.2.2, p. 230.

e) « la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité »

125. L'article 5.77 du nouveau Code civil belge est supplétif, tant dans son principe que dans ses modalités d'application. Les parties peuvent ainsi, sous réserve de l'abus de droit, supprimer ou modaliser le droit de renégocier²⁴⁶.

126. La condition n'appelle pas beaucoup de commentaires, il n'est pas étonnant qu'une telle disposition n'ait qu'un caractère supplétif²⁴⁷. Cependant, comment faudra-t-il concilier le caractère supplétif de l'article 5.77 avec la prohibition de l'abus de droit ? Sachant que la théorie de l'imprévision est pour le moment acceptée implicitement grâce à la prohibition de l'abus de droit et sachant que la proposition de loi elle-même précise qu'il faudra tenir compte de l'abus de droit lorsqu'une partie entend se prévaloir d'une clause dérogatoire²⁴⁸, il ne serait pas étonnant que des plaideurs tentent d'invoquer la prohibition de l'abus de droit afin d'appliquer la théorie de l'imprévision malgré une clause dérogatoire dans le contrat.

Nous ne sommes pas le seul à partager cette crainte²⁴⁹. Plusieurs auteurs de la doctrine française avaient également émis des doutes sur la légalité de clauses qui écarteraient totalement l'application de la théorie de l'imprévision. Il ressort cependant des travaux préparatoires de l'article 1195 du Code civil français que : « le caractère supplétif de l'article permettait d'admettre les clauses d'exclusion totale du régime de l'imprévision »²⁵⁰.

§3 L'obligation de renégociation

a) notification du déséquilibre contractuel fondamental

127. N'étant pas visée explicitement par l'article 5.77, nous pouvons partir du principe que la notification du déséquilibre contractuel fondamental y est visée implicitement par l'obligation de renégociation²⁵¹. La notification pourra donc avoir lieu par écrit, oralement ou par voie électronique²⁵². Il est cependant déconseillé aux parties de notifier oralement au risque de ne pas pouvoir prouver la notification. A l'inverse, il leur est conseillé de modaliser notamment cette

246 Voy. *supra*, n° 113 ; proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, p. 80.

247 Cf. *supra*, n° 10.

248 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, commentaires sous l'art. 6.2.3, p. 80 : « Les parties peuvent supprimer ou modaliser le droit de renégocier et de voir le contrat modifié (sous réserve de l'abus de droit d'une partie entendant se prévaloir de la clause dérogatoire) ».

249 Voy. notamment : D. PHILPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », *op. cit.*, pp. 67 et 68.

250 Rapport de F. PILLET précité, Examen des articles.

251 Voy. *supra*, n° 77.

252 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.5.

notification dans leur convention²⁵³.

b) « *Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations* »

128. Vu le caractère exceptionnel du hardship et vu le risque d'abus, à l'instar du droit français²⁵⁴, les parties ne pourront pas suspendre l'exécution de leurs obligations pendant la durée des renégociations en droit belge. Libellés différemment²⁵⁵, les principes Unidroit permettent à la partie lésée de suspendre l'exécution de ses obligations en cas de circonstances exceptionnelles²⁵⁶.

Le texte belge, n'offrant pas la même possibilité que les principes Unidroit en cas de circonstances exceptionnelles, pourrait ainsi être lacunaire selon nous. Le propos doit cependant être nuancé de deux façons. La prohibition de l'abus de droit pourrait - encore une fois - être invoquée. Ainsi, si nous reprenons l'exemple cité en note de bas de page²⁵⁷, pourrait être abusive la situation dans laquelle un créancier oblige son débiteur à travailler alors qu'il n'a pas eu le temps de se procurer des équipements sécuritaires supplémentaires. Mais nous pourrions également tenter de trouver une solution dans l'article 5.77 lui-même en interprétant le « *délai raisonnable* » de manière très courte vu les circonstances exceptionnelles et en tenant compte du fait que l'action est introduite selon les formes du référé²⁵⁸. Il n'est cependant pas certain que ce double délai, aussi rapide qu'il puisse être, ne soit pas déjà trop long en cas de circonstances vraiment exceptionnelles (nous repensons à nouveau à l'exemple cité en note de bas de page²⁵⁹).

129. Le créancier pourrait-il devoir participer au surcoût supporté par le débiteur pendant la durée des renégociations ? Si les parties arrivent à se mettre d'accord sur une adaptation du contrat, elles

253 Voy. *supra*, n^{os} 78, 90 et 104.

254 Voy. *supra*, n^o 12.

255 Voy. les principes d'UNIDROIT 2016, art. 6.2.3, 2) : « *La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations* ».

256 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires suivant l'art. 6.2.3, p. 234. A titre d'illustration concrète de l'importance de cette possibilité laissée à la partie lésée, nous citerons l'exemple proposé par les commentateurs : « *A conclut un contrat avec B pour la construction d'une usine. Celle-ci doit être construite dans le pays X qui adopte de nouvelles règles de sécurité après la conclusion du contrat. Les nouvelles règles exigent un équipement supplémentaire et altèrent ainsi de façon fondamentale l'équilibre des prestations du contrat en rendant la prestation de A beaucoup plus onéreuse. A peut demander l'ouverture de négociations et suspendre l'exécution de ses obligations en raison du temps dont il a besoin pour mettre en oeuvre les nouvelles règles de sécurité, mais il peut également suspendre la livraison de l'équipement supplémentaire aussi longtemps que l'adaptation correspondante du prix n'a pas été décidée* ».

257 Voy. *supra*, note 256.

258 Voy. respectivement *infra*, n^{os} 132 et 133.

259 Voy. *supra*, note 256.

peuvent tout à fait tenir en compte la période des renégociations afin de rééquilibrer l'économie contractuelle. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une adaptation du contrat, l'intervention du juge est requise. Il ne lui est cependant pas possible, à notre sens, de prononcer une adaptation du contrat avec effet rétroactif²⁶⁰ ni de tenir compte de la durée des renégociations afin de rééquilibrer le contrat étant donné qu'il peut uniquement « *adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances* »²⁶¹.

c) « *en vue de l'adapter ou d'y mettre fin* »

130. Nous avons critiqué les libellés des buts des renégociations, autant dans le droit français que dans les principes Unidroit²⁶². Inversement, l'article 5.77 du nouveau Code civil belge est clair : les renégociations peuvent être demandées par le débiteur soit pour adapter le contrat, soit pour y mettre fin.

Bien entendu, le créancier désirant renégocier le contrat n'est pas lié par la demande du débiteur. Ainsi, les renégociations pourront porter, dans un premier temps, sur le sort-même du contrat : faut-il l'adapter ou y mettre fin ? Une mésentente à ce stade-là mènerait très vite à un échec des renégociations²⁶³.

d) « *En cas de refus ou d'échec des renégociations* »

131. Le texte laisse un réel choix au créancier : renégocier ou refuser de renégocier ; c'est pourquoi nous pensons qu'il serait préférable de parler de possibilité de renégociation que d'obligation de renégociation.

Ainsi, un créancier refusant de renégocier ne pourrait être considéré comme de mauvaise foi²⁶⁴. Cela n'empêche que si le créancier entame les renégociations, il doit renégocier effectivement²⁶⁵ le contrat. Il ne pourrait donc pas, par exemple, après avoir entamé les renégociations, user de la possibilité de refus afin d'y mettre un terme²⁶⁶.

260 Voy. *infra*, n° 138.

261 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, art. 5.77, al. 4.

262 Voy. respectivement *supra*, n°s 11 et 25.

263 Voy. *supra*, n° 82.

264 Voy. *supra*, n° 91.

265 Voy. sur la notion de renégociation effective du contrat *supra*, n°s 79 à 81.

266 La bonne foi empêcherait également, à notre sens, une telle rupture des renégociations. Voy. *supra*, n° 81 et les développements en réponse à la question soulevée.

e) « *dans un délai raisonnable* »

132. Il faut interpréter ce « *délai raisonnable* » en tenant compte de la complexité des questions à régler et des circonstances particulières en l'espèce²⁶⁷. Le fait de ne pas prévoir de durée maximale pour les renégociations est donc explicable. Néanmoins, le créancier pourrait faire durer celles-ci au détriment du débiteur ; en l'absence de garde-fou légal, il reviendra au juge d'interpréter au mieux ce délai raisonnable afin d'éviter tout abus de la part du créancier.

Le professeur Philippe préconisait une période maximale de 60 jours en tant que garde-fou légal²⁶⁸.

f) « *l'action est formée et instruite selon les formes du référé* »

133. De manière totalement innovante par rapport aux autres dispositions analysées, conscient du caractère urgent de régler une situation d'imprévision, l'article 5.77 prévoit une introduction et une instruction de la demande « *selon les formes du référé* », c'est-à-dire une introduction de la demande par citation, un délai de citation abrégé et des débats généralement succincts²⁶⁹.

§4 Les pouvoirs du juge

134. Il n'est ni question de régime en cascade ni de pouvoirs restreints du juge dans l'article 5.77 du nouveau Code civil belge. Dès que la condition des renégociations préalables est remplie²⁷⁰, chaque partie peut s'adresser au juge afin que celui-ci adapte le contrat ou y mette fin. Nous (re)formulerons cependant quatre remarques.

135. Tout d'abord, nous constatons que l'appréciation du juge est particulièrement large. Nous l'avons vu, les conditions énoncées par l'alinéa 2 appellent des questions non résolues et sont sujettes à interprétation. Dans un silence presque total des travaux préparatoires, le juge devra réussir à les interpréter au mieux. Avoir le pouvoir d'adapter le contrat à la demande d'une des parties représente également une tâche difficile. Cela signifie dire qu'en cas de désaccord quant au sort-même du contrat, le juge devra, lui-même, décider s'il est mieux d'adapter le contrat ou d'y mettre fin. Il n'est pas à exclure qu'une tendance majoritaire ou que des conditions soient dégagées par la jurisprudence ou la doctrine. Notons toutefois que le juge ne peut pas adapter le contrat

267 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires sous l'art. 6.2.3, p. 235.

268 D. PHILPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », *op. cit.*, p. 66.

269 Voy. C. jud. 1967, art. 735 ; 747, §3 et 1035 à 1041.

270 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, p. 79 *in fine* (le juge pouvant remettre l'affaire à une date rapprochée si la condition n'est pas remplie).

d'office, la demande doit émaner d'au moins une des parties.

136. Ensuite, nous remarquons que le juge peut mais ne doit pas adapter ou mettre fin au contrat. Pourrait-il donc, même si la possibilité n'est pas prévue par l'article 5.77, renvoyer les parties à une ultime renégociation ? Nous avons déjà soulevé la question et expliqué en quoi l'option est intéressante et a les faveurs de plusieurs auteurs²⁷¹. Nous ne pouvons pas assurer que cette option sera retenue par la jurisprudence belge mais, à notre sens, rien ne l'interdit. Nous rappelons d'ailleurs que, même si l'option n'est pas prévue explicitement dans le libellé de l'article 6.2.3 des principes Unidroit, celle-ci est tout de même envisagée comme solution en dernier ressort dans les commentaires²⁷². Le temps permettra peut-être à cette exécution en nature de faire ses preuves et d'avoir les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence.

137. En outre, nous revenons sur la possibilité pour le juge d'utiliser les sanctions de l'abus de droit après l'entrée en vigueur de l'article 5.77, sur la manière de concilier le caractère supplétif de l'article avec le principe général de la prohibition de l'abus de droit²⁷³. Bien que la réponse apportée ne puisse être certaine, une chose l'est cependant : l'abus de droit aura encore un rôle à jouer en matière d'imprévision. La formulation de l'article rappelle en effet l'abus de droit et les auteurs précisent eux-mêmes que le caractère supplétif de l'article devra être concilié avec l'abus de droit. Le caractère supplétif de l'article doit donc, pour le moment, à notre sens, être extrêmement relativisé. Se heurtant au principe général de l'abus de droit, des clauses excluant totalement l'application de l'article 5.77 pourraient ainsi être annulées.

138. Enfin, il est intéressant de noter la possibilité pour le juge de donner un effet rétroactif à sa décision. Alors que le juge peut mettre fin au contrat avec effet rétroactif pouvant remonter jusqu'au moment du changement de circonstances²⁷⁴, il ne lui semble malheureusement pas permis de prononcer une adaptation du contrat avec effet rétroactif étant donné que « *en tout en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon les modalités fixées par le juge* » se rapporte, selon nous, uniquement à la possibilité qui lui est offerte de mettre fin au contrat²⁷⁵.

271 Voy. *supra*, n^{os} 100 à 102 et 106.

272 Principes d'UNIDROIT 2016, commentaires sous l'art. 6.2.3, p. 235.

273 Voy. *supra*, n^{os} 106, 121 et 126.

274 Proposition de loi du 3 avril 2019 précitée, p. 79.

275 Voy. pour rappel le libellé de l'article 5.77 : « *adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge* ». Voy. cependant *contra* D. PHILPPE, «

§5 Le rôle des clauses de hardship après l'adoption de l'article 5.77 du nouveau Code civil belge

139. Le caractère supplétif de l'article 5.77 de notre nouveau Code civil, même s'il faut le relativiser²⁷⁶, nous amène à reparler des clauses de hardship. Très fréquentes dans la pratique actuellement, celles-ci continueront très certainement d'être d'autant plus nombreuses malgré l'adoption de l'article 5.77. En effet, même si celles-ci seront peut-être annulées totalement ou partiellement²⁷⁷, il est fort probable que des clauses excluant totalement ou partiellement l'application de la théorie de l'imprévision soient de plus en plus présentes dans les contrats. Il est fort probable également, nous le conseillons en tout cas²⁷⁸, de rencontrer de plus en plus de clauses de hardship ayant pour but de modaliser au maximum l'obligation de renégociation.

La tendance majoritaire ne pourrait-elle pas devenir, dans des contrats sans parties faibles, de ne plus insérer de clause de hardship dans le contrat (vu qu'elles sont de base incomplètes et oublient d'office une situation potentielle)²⁷⁹ mais de s'en remettre entre les mains du législateur ? Malheureusement, vu tous les problèmes d'interprétation et toutes les situations non visées par la disposition (dont les modalités de l'obligation de renégociation pour rappel), cela nous semble être une conséquence utopique de l'adoption de l'article 5.77 du nouveau Code civil.

L'introduction de l'imprévision en droit belge », *op. cit.*, p. 67.

276 Voy. *supra*, n° 137.

277 Voy. *supra*, n° 137.

278 Voy. *supra*, n°s 78, 90 et 104.

279 Voy. *supra*, n° 61.

CONCLUSION

140. S'il est certain que nous pouvons nous réjouir de la potentielle adoption de l'article 5.77 du nouveau Code civil qui augmentera significativement la sécurité juridique contractuelle belge selon nous, la tâche de la jurisprudence et de la doctrine est cependant loin d'être terminée. Malgré le soutien considérable qu'apportent les travaux parlementaires, le texte suscite de nombreuses questions d'interprétation auxquelles nous n'avons pas encore les réponses. Les principes Unidroit, plus exhaustifs dans leurs commentaires, seront très certainement d'une grande aide afin d'éclaircir les quelques zones d'ombre non réglées par la disposition. Bien que le législateur français ait été plus laxiste sur certains points selon nous, la jurisprudence française méritera également une attention toute particulière vu le nombre de termes empruntés au droit français dans l'article 5.77.

L'immense pouvoir d'appréciation conféré au juge par l'article 5.77 du nouveau Code civil belge amplifie d'autant plus le rôle de la jurisprudence. Les juges devront ainsi manier des termes tels que « *changement de circonstances imprévisible* », « *excessivement onéreuse* » et « *délai raisonnable* » de manière judicieuse mais devront surtout choisir entre toutes les potentielles sanctions s'offrant à eux. Décideront-ils de s'en tenir au prescrit légal et de seulement soit adapter ou soit mettre fin au contrat, ou pencheront-ils plutôt vers une exécution en nature en renvoyant les parties à une ultime renégociation ?

La conciliation de la théorie de l'imprévision avec l'abus de droit nous semble être la tâche la plus difficile à laquelle les juges devront faire face. Il ne sera en effet pas aisé de trouver un juste équilibre entre le caractère supplétif de l'article (imposé par le principe de convention-loi) et l'important principe général de la prohibition de l'abus de droit. Les juges pourront-ils toujours se fonder sur les sanctions de l'abus de droit ? Continueront-ils de jouir de leur énorme liberté conférée par une interprétation très extensive de la réparation en nature du dommage causé par l'abus de droit ? Pourront-ils, s'ils considèrent qu'il y a un abus de droit, combiner une des sanctions prévues par l'article 5.77 du nouveau Code civil avec des dommages et intérêts ?

Même si, selon nous, l'article 5.77 du nouveau Code civil n'est pas le plus exhaustif possible, il est sans conteste à nos yeux que son adoption sera bénéfique pour l'ordre juridique belge. Nous concluons ainsi ce mémoire impatient de prendre connaissance de la doctrine et de la jurisprudence qui se développeront forcément à son égard.

BIBLIOGRAPHIE

I. Législation

a) Législation et *soft law* internationale

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980, approuvée par la loi du 4 septembre 1996, *M.B.*, 1 juillet 1997, p. 17471.

Avis n°7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne (CVIM), « L'exonération de responsabilité pour dommages-intérêts en vertu de l'article 79 CVIM », 3.1 et 3.2.

Principes d'UNIDROIT 2016.

Principes d'UNIDROIT 2004.

Projet de Cadre Commun de Référence, art. III-1:110.

b) Législation belge

C. jud. 1967, art. 735 ; 747, §3 ; 1035 à 1041 ; 1288, al. 3 et 1385bis, al. 1.

C. civ. 1804, art. 1147 ; 1148 et 2281.

Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46353.

Loi du 4 septembre 1996 portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, art. 2, *M.B.*, 1 juillet 1997, p. 17471.

Proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 3709/001.

A.M. du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017, p. 91600.

c) Législation française

C. civ. fr. 1804, art. 1195.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n°92 du 11 avril 2018.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., sess. ord. 2017-2018, séance n°103 du 15 février 2018.

Projet de loi adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., sess. ord. 2017-2018, séance n°629 du 1 février 2018.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n°54 du 1 février 2018.

Projet de loi modifié par l'assemblée nationale ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n°154 du 12 décembre 2017.

Projet de loi adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., séance n°315 du 18 octobre 2017.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n°5 du 17 octobre 2017.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2017-2018, séance n°23 du 11 octobre 2017.

Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., sess. ord. 2016-2017, séance n°578 du 9 juin 2017.

Rapport de F. PILLET, sénateur et S. HOULIÉ, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., sess. ord., séance n°766 du 14 mars 2018.

Rapport de S. HOULIÉ fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., séance n°639 du 7 février 2018.

Rapport de F. PILLET fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., séance n°247 du 24 janvier 2018.

Rapport de S. HOULIÉ fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ass. Nat., séance n°429 du 29 novembre 2017.

Rapport de F. PILLET fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sén., séance n°22 du 11 octobre 2017.

II. Jurisprudence

a) Jurisprudence belge

Cass., 3 octobre 2019, *R.G.D.C.*, 2020/2, p. 84.

Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 178.

Cass., 30 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2392.

Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2148.

Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643.

Cass., 1 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470.

Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590.

Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689.

Cass., 20 avril 2006, *Arr. Cass.*, 2006, p. 904.

Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244.

Cass., 14 avril 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 369.

Cass., 10 janvier 1994, *Pas.*, 1994, p. 13.

Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061.

Cass., 18 février 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 696.

Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602.

Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, p. 55.

Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173.

Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, p. 408.

Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, p. 262.

Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, p. 31.

Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332.

Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, p. 388.

Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, I, p. 566.

Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65.

Liège, 8 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 63.
Gand, 3 février 2014, *N.J.W.*, 2015, p. 202.
Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1072.
Liège, 4 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1732.
Liège, 30 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 298.
Civ. Bruxelles (réf.), 1 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250.

b) Jurisprudence française

Cass. fr., 16 mars 2004, *Dalloz*, 2004, p. 1754.
Cass. fr., 3 août 1915, *D.*, 1917, I, p. 79.
Cass. civ. fr., 6 mars 1876, *Dalloz*, 1876, I, p. 193.

Cons. Etat fr., 30 mars 1916, *Recueil Lebon*, p. 143.
S.A.S. *Novacarb c. S.N.C. Socoma*, *R.L.D.C.* 2008/49, n° 2969.
Paris, 1^{re} ch., 28 septembre 1976, *EDF c./ Shell*, *Rev. arb.*, 1977 p. 341.
Pau, 15 février 1973, *J.C.P.*, 1973, II, n° 17584.
Colmar, 2 mai 1855, *D.*, 1856, II, p. 9.

III. Doctrine

a) Ouvrages généraux, monographies et thèses

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1964.
PHILIPPE D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Thèse, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1983.
VAN OMMESELAGHE P., *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010.
WÉRY P., *Droit des obligations*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2011.
WÉRY P., *L'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires (essai) : une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993.
International Chamber of Commerce, *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publishing S.A., 2003.

b) Articles, rapports, chroniques, notes, observations et examens de jurisprudence

- ACCAOUI LORFING P., « L'obligation de renégociation du contrat », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 233 à 277.
- ALOFS E., « De conventionele uitkering na echtscheiding : durus consensus, sed consensus », *Not. Fisc. M.*, 2014, pp. 250 à 262.
- DE POTTER DE TEN BROECK M., « De imprevisieeler : de rechter met de pen in de hand », *R.W.*, 2017, pp. 1563 à 1575.
- DE POTTER DE TEN BROECK M., « De Belgische wetgever en de imprevisieeler », *R.W.*, 2015, pp. 843 à 854.
- DE POTTER DE TEN BROECK M., « Changement de circonstances en droit des contrats », *D.A.O.R.*, 2016, pp. 54 et 55.
- DE REY S., « La réparation en nature du dommage contractuel et extracontractuel - revalorisation d'un remède sous-estime ! », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 519 à 536.
- DEWEZ J., «La théorie de l'imprévision au regard de l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises - Belgian Case Note», *E.R.P.L.*, 2011, pp. 101 à 116.
- DIRIX E. et WÉRY P., « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017, pp. 705 à 707.
- DIRIX E. et WÉRY P., « Pour une modernisation du Code civil », *J.T.*, 2015, pp. 625 et 626.
- FALLON M. et PHILIPPE D., « La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998/2, pp. 17 à 37.
- HEUTGER V., « The UNIDROIT Principles 2010 : Towards a « global » Law of International Commercial Contracts », *E.R.P.L.*, 2012, pp. 889 à 897.
- GARRO A. M., « Force majeure, hardship and other excuses », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 217 à 231.
- GERMAIN J.-F. et NINANE Y., « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, Anthemis, Limal, 2011, pp. 81 à 116.
- MALFLIET J., « Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden », note sous Cass., 19 juin 2009, *T.B.H.*, 2010, pp. 885 à 894.
- NICOLAS A., « Hardship : prévoir l'imprévisible », *Cah. Jur.*, 2013, pp. 92 à 94.
- PHILIPPE D., « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in *Le droit des affaires en évolution*, t. 29, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 55 à 68.
- PHILIPPE D., « Le bouleversement de l'économie en droit belge », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 159 à 164.
- PHILIPPE D., « A propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », note sous Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1083 à 1094.
- PHILIPPE D., « A propos du bouleversement de l'économie contractuelle », note sous Cour d'appel (civ., comm. pén.) (Lux.) n°34297, 15 décembre 2010, *D.A.O.R.*, 2012, pp. 78 à 83.
- PHILIPPE D., « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte ouverte ? », note sous Cass., 19 juin 2009, *D.A.O.R.*, 2010, pp. 156 à 162.

PHILIPPE D., « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738-741.

PHILIPPE D., obs. sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *J.T.*, 1980, pp. 459 à 462.

STIJNS S. et JANSEN S., « De basisbeginselen van het contractenrecht : kroniek van de recentste evoluties », *T.B.B.R.*, 2013, pp. 2 à 30.

TAFOTIE R., « L'imprévision comme manifestation de l'incomplétude contractuelle », *R.D.I.D.C.*, 2017, pp. 39 à 69.

VAN GYSEL A., « Divorce par consentement mutuel et abus de droit », note sous Cass., 14 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 158 à 161.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
---------------------------	---

CHAPITRE 1

La théorie de l'imprévision en droit comparé et dans les instruments internationaux	2
--	---

Section 1 La théorie de l'imprévision en droit français.....	3
--	---

§1 Situation avant l'entrée en vigueur de l'article 1195 du Code civil français.....	3
--	---

§2 Adoption et travaux préparatoires de l'article 1195 du Code civil français.....	3
--	---

§3 Brève analyse de l'article 1195 du Code civil français.....	6
--	---

Section 2 La théorie de l'imprévision dans les instruments internationaux.....	10
--	----

§1 La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.....	10
--	----

§2 Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international.....	11
--	----

A. Les principes Unidroit : de la <i>soft law</i> notable.....	11
--	----

B. Champ d'application des principes Unidroit.....	12
--	----

C. La théorie de l'imprévision dans les principes Unidroit.....	12
---	----

CHAPITRE 2

La théorie de l'imprévision en droit belge	14
---	----

Section 1 Le lien entre la théorie de l'imprévision et d'autres concepts juridiques importants.....	15
---	----

§1 Définitions de la théorie de l'imprévision.....	15
--	----

§2 Le principe de convention-loi.....	17
---------------------------------------	----

§3 La force majeure.....	18
--------------------------	----

§4 L'abus de droit.....	18
-------------------------	----

A. L'abus du droit de propriété.....	19
--------------------------------------	----

B. L'abus des droits contractuels.....	19
--	----

C. L'abus de droit, un véritable principe général de droit.....	20
---	----

Section 2	Rappel historique et évolution de la théorie de l'imprévision.....	21
§1	Avant les arrêts de la Cour de cassation du 19 juin 2009 et du 14 octobre 2010.....	21
§2	L'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2009.....	21
A.	Rappel des faits.....	21
B.	Une application extensive de l'article 79 de la Convention de Vienne.....	21
C.	Les articles 7.1 et 7.2 de la Convention de Vienne, ou comment rendre de la <i>soft law</i> obligatoire.....	22
D.	Enseignements.....	23
§3	L'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010.....	23
A.	Rappel des faits.....	24
B.	Une situation abusive ?.....	24
C.	Une situation véritablement abusive ?.....	25
D.	Est-ce un arrêt isolé ?.....	26
§4	Portée et limites des arrêts.....	26

CHAPITRE 3

Les clauses de hardship et l'obligation de renégociation.....	27
Section 1 Les clauses de hardship.....	27
§1 ICC Hardship Clause 2003.....	28
§2 Rédiger une clause de hardship correcte.....	29
Section 2 L'obligation de renégociation du contrat.....	32
§1 Distinction avec le concept d'imprévision.....	32
§2 Les conditions de l'obligation de renégociation.....	32
§3 Les conséquences de l'obligation de renégociation.....	33
A. Une notification du déséquilibre contractuel fondamental.....	33
B. Une renégociation effective du contrat par les parties.....	34
C. Un accord ou un désaccord quant au sort du contrat.....	35
§4 L'intervention du juge.....	35
A. Conditions de l'intervention du juge.....	35
1) La demande d'intervention de l'une des parties.....	35
2) La renégociation effective du contrat par les parties.....	36
3) La renégociation du contrat conforme aux exigences de bonne foi dans l'exécution du contrat.....	36

4) Le désaccord des parties.....	38
B. Les effets qu'emporte l'intervention du juge.....	39
1) Une adaptation ou une résiliation du contrat par le juge.....	39
2) Le renvoi des parties à une ultime renégociation du contrat.....	40
3) La sanction du comportement préjudiciable des parties.....	41

CHAPITRE 4

L'article 5.77 du nouveau Code civil belge.....	43
Section 1 La nécessité de réformer le Code civil belge.....	43
Section 2 Lecture et analyse de l'article 5.77 du nouveau Code civil.....	44
§1 Le principe : la convention-loi des parties.....	45
§2 Les conditions pour pouvoir appliquer l'article 5.77.....	46
§3 L'obligation de renégociation.....	50
§4 Les pouvoirs du juge.....	53
Conclusion.....	56
Bibliographie.....	57
Table des matières.....	63

