

→ RLDC 6465

LA CLAUSE DE HARDSHIP

Lors des travaux préparatoires à la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, députés et sénateurs se sont affrontés quant au sort de l'article 1195 du Code civil.



Par **Louis THIBIERGE**

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Aix-Marseille, Membre du Centre de Droit Economique (EA4224), Avocat au barreau de Paris

A lors que les premiers souhaitaient maintenir l'acquis de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (JO 11 févr.), qui avait pour la première fois franchi le Rubicon de *Craponne*, les sénateurs entendaient défaire ce qui avait été fait en 2016. Ils ne voulaient confier au juge que le pouvoir de résoudre le contrat, et non celui de le réviser (Projet de loi Sénat n° 5 et Projet de loi Sénat n° 54, 2017-2018).

À l'occasion d'une commission mixte paritaire, les sénateurs se sont inclinés (Projet de loi AN n° 766 et Projet de loi Sénat n° 353, 2017-2018). Ils ont accepté de maintenir l'article 1195 du Code civil en l'état. Les raisons de ce renoncement peuvent surprendre. On a fait valoir que l'article 1195 étant supplétif, il ne s'appliquerait qu'aux parties n'ayant pas pris soin de l'exclure. Le raisonnement, pour exact qu'il soit, n'exclut pas une part de discrimination : les parties les plus sophistiquées, les mieux conseillées, écarteraient ce texte perturbateur, tandis que les profanes se le verraient appliquer à l'insu de leur volonté. Il faut rappeler que l'article 1195 fait suite à près de deux siècles de refus de l'imprévision. Le commerçant qui conclut des contrats depuis vingt ans aura-t-il le réflexe de songer à exclure le jeu de l'article 1195 ? Se verra-t-il au contraire surpris par ce texte de rupture ? On a également convaincu les sénateurs qu'au regard de ses conditions de déclenchement, la révision judiciaire pour imprévision ne serait appliquée que de manière sporadique. Il est vrai que la rédaction de l'article 1195 n'échappe pas à la critique.

Ces arguments, qui ont emporté la conviction des sénateurs, nourrissent la réflexion quant à l'utilité, la validité et la rédaction des clauses de *hardship*.

I – L'UTILITÉ DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

Maintenant que le Code civil contient à l'article 1195 les bases d'un traitement du déséquilibre économique causé par l'imprévu, est-il encore nécessaire de stipuler une clause de *hardship* ?

Une réponse favorable semble s'imposer, pour des raisons variables.

Mise à l'écart de l'article 1195. – Il se peut, d'abord, que les parties souhaitent écarter le mécanisme légal posé par l'article 1195 du Code civil. Lorsque les parties

s'inscrivent dans une opération purement spéculative, dans laquelle chacune assume pleinement les risques de versatilité de l'environnement économique, la révision pour imprévision peut sembler contre-productive. Il en va de même des opérateurs philosophiquement attachés à l'ancien système, celui du tout ou rien : *pacta sunt servanda* ou force majeure, point d'intermédiaire. La volonté d'écarter l'article 1195 peut encore s'expliquer par la configuration du contrat. Lorsqu'une partie n'a qu'une obligation monétaire (payer le prix d'une prestation) et que c'est son partenaire qui supporte seul les risques d'une augmentation des coûts d'exécution, la première peut vouloir exclure l'article 1195.

Rétablissement de l'article 1195. – De manière symétrique, les parties peuvent souhaiter permettre à leur contrat de s'adapter à l'évolution de son environnement, alors même que celui-ci n'est pas, à l'état de nature, soumis à l'article 1195 du Code civil. La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 (JO 21 avr.) portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 a inséré dans le Code monétaire et financier un article L. 211-40-1, lequel dispose que « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ». Échappent ainsi à la vocation supplétive de l'article 1195 les obligations « qui résultent » d'instruments financiers. Sauf pour ce texte à être d'ordre public, ce que nous ne croyons pas, les parties peuvent choisir de rétablir l'applicabilité de l'article 1195. L'hypothèse ne paraît pas d'école : le seul fait qu'une obligation « résulte » d'un instrument financier ne signifie pas que les parties acceptent tous les aléas.

Aménagement de l'article 1195. – L'article 1195 du Code civil est d'une facture imparfaite. Rédiger une clause de *hardship* permet de combler ou corriger bien des scories de rédaction, qu'elles affectent les conditions de déclenchement de la renégociation, la conduite de celle-ci ou la possibilité d'une saisine du juge.

II – LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

L'article 1195 du Code civil est supplétif. Les parties ont donc le loisir de l'écarter ou de l'aménager. La liberté contractuelle n'est toutefois pas totale.

Contrats d'adhésion. – *Quid* notamment d'une clause privant une partie du bénéfice de l'article 1195, lorsque

la clause, non négociable (critère ajouté par L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, JO 21 avr., à l'article 1171 du Code civil), s'inscrit dans un contrat d'adhésion ? Imaginons ainsi un fournisseur soumis aux conditions générales d'une centrale d'achat, lesquelles lui font par avance renoncer au droit de demander une renégociation ou de saisir le juge d'une demande de révision ? *Quid*, de manière moins flagrante, d'une clause qui laisserait au fournisseur le droit de solliciter la renégociation ou la révision, mais l'assortirait de conditions drastiques (par exemple une augmentation d'au moins 200 % des coûts d'exécution) ? L'article 1171 pourrait conduire le juge à réputer non écrites de telles stipulations.

Contrats de gré à gré. – Même au sein d'un contrat de gré à gré, la portée des clauses de *hardship* n'est sans doute pas chose certaine. Au regard de l'exigence de bonne foi, laquelle est d'ordre public (C. civ., art. 1104), serait-il possible de stipuler que les parties se dispensent de l'obligation de renégocier ? Par ailleurs, le juge estimerait-il recevable une saisine directe à fins de révision judiciaire, au seul motif que les parties se seraient conventionnellement dispensées de la phase de renégociation ? Cela reviendrait à alourdir considérablement l'office du juge.



Il est possible, par une clause de hardship, d'encadrer mieux la phase de négociation.

En somme, s'il est par principe loisible aux parties d'écarter, rétablir ou aménager le régime supplétif de l'article 1195 du Code civil, il n'est pas certain que toute clause de *hardship* soit nécessairement valable. Que l'on songe à l'article 1171, à l'exigence de bonne foi ou à l'office du juge, les obstacles à liberté contractuelle ne sont pas négligeables.

III – LA RÉDACTION DE LA CLAUSE DE HARDSHIP

À supposer que la clause envisagée passe entre les fourches caudines évoquées *supra*, quel pourrait être son contenu ? Faute de proposer un modèle de rédaction (on pourra néanmoins se rapporter utilement à la clause CCI de *hardship* ; ICC Hardship Clause, 2003), lequel ne serait pas nécessairement adapté aux besoins spécifiques de chaque contrat, on évoquera d'un trait les éléments que pourrait contenir la clause.

A – Conditions de déclenchement de la renégociation

Pour pouvoir prétendre à une renégociation, la partie frappée par l'imprévu doit au terme de l'article 1195 du Code civil démontrer :

- un changement de circonstances ;
- imprévisible lors de la formation du contrat ;
- rendant l'exécution excessivement onéreuse ;
- ne correspondant pas à un risque qu'elle a accepté d'assumer.

Ces quatre éléments peuvent utilement être précisés au sein de la clause de *hardship*.

Changement de circonstances. – Le spectre laissé par l'article 1195 est volontairement large. Tout type de circonstances peut être pris en compte, pourvu qu'il ait une traduction économique, c'est-à-dire qu'il altère les coûts d'exécution. Entrent ainsi en considération les circonstances économiques, financières, technolo-

giques, législatives et réglementaires... Libre aux parties de restreindre le type de circonstances dont elles entendent dépendre, ou au contraire d'en viser une spécifique.

Imprévisibilité. – Il n'est pas de critère plus fuyant que l'imprévisibilité (sur ce point, v. Thibierge L., *Le contrat face à l'imprévu*, préf. Aynès L., *Economica*, 2011, spéc. p. 238 et s.). Appréciée de manière casuistique, elle signifie simplement que l'on n'avait pas de raison particulière de songer, lors de la formation du contrat, que l'événement se produirait. On peine, du reste, à saisir si cette appréciation se fait sur la tête des deux parties ou uniquement de celle frappée par l'événement. En toute hypothèse, il peut s'avérer opportun de stipuler que certains événements seront réputés imprévisibles ou, à rebours, d'exclure certains événements au motif qu'ils étaient prévisibles dans l'esprit des parties.

Exécution excessivement onéreuse. – Une fois de plus, le critère consacré par l'article 1195 s'avère discutable. À partir de quand l'exécution devient-elle excessivement onéreuse ? Les parties seraient bien avisées de définir ce stade, soit par l'emploi d'un pourcentage d'augmentation des coûts d'exécution, soit en visant le seuil de l'exécution à perte. Elles rendraient ainsi plus objectif, plus prévisible le déclenchement du remède à l'imprévision. Elles pourraient aussi préférer un autre critère à celui des coûts d'exécution. En effet, ce critère est centré sur le seul débiteur, et ne prend pas en compte l'hypothèse d'une dévaluation de la prestation. *Quid* lorsque l'exécution demeure possible mais ne procure plus la même utilité au créancier ? Insérer une stipulation en ce sens n'est pas nécessairement inutile.

Acceptation des risques. – L'article 1195 précise que le traitement de l'imprévision n'est possible que si le risque réalisé n'est pas un risque qu'une partie a accepté d'assumer. L'idée sous-jacente est celle selon laquelle l'aléa chasse l'imprévision. Si l'on a accepté de spéculer, de prendre un risque, on ne saurait se plaindre de sa réalisation. L'argument est d'une portée relative. Il se peut en effet que le risque réalisé dépasse amplement les prévisions des parties. Imaginons qu'un entrepreneur ait accepté tacitement, dans un marché à forfait, le risque d'augmentation du cours des matières premières. Les augmentations oscillaient, pour les années passées, entre 0,5 et 3 %. Si, durant l'exécution du contrat, le cours d'une matière première augmente de 200 %, dira-t-on que l'entrepreneur a accepté d'assumer ce risque (en ce sens, v. Gaudemet A., *Imprévision : les contrats financiers aléatoires entrent-ils dans le domaine d'application de l'article 1195 du Code civil ?*, in *Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Mélanges Daigre J.-J., Joly, 2017, p. 533) ? Aussi n'est-il pas inutile de préciser au sein de la clause quels sont les risques assumés par l'une et l'autre des parties.

B – La phase de négociation

L'article 1195 ne se montre pas très disert sur la phase de négociation. Il se borne à disposer qu'une partie « peut » solliciter une renégociation et qu'elle doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.

Il est possible, par une clause de *hardship*, d'encadrer mieux la phase de négociation. D'abord, en prévoyant les modalités de l'**initiation des négociations**. Dans quel délai doit-on répondre à la demande de renégociation ? Sous quel délai doit se tenir la première réunion de négociation ? Qui doit-elle réunir ? Ensuite, en s'accordant sur la **durée de la renégociation**. De nombreuses clauses de *hardship* prévoient une renégociation d'une durée mini-

