

REFLEXIONS SUR LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT OHADA DES CONTRATS

AKONO ADAM RAMSES

**Docteur en droit, Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et
Politiques de l'Université de Ngaoundéré (Cameroun)**

Résumé

La théorie de l'imprévision est une question fondamentale de la théorie générale des contrats. Elle propose que soit reconnu aux juges un pouvoir de modification du contenu contractuel lorsque les circonstances imprévisibles en ont bouleversé l'économie au point de rendre son exécution excessivement difficile. Sa consécration ou non par un Etat est devenue un élément d'attractivité économique. Le législateur OHADA n'est pas resté indifférent à l'évolution et au mouvement généralisé en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision.

La présente étude met en exergue le traitement réservé par le droit positif et prospectif OHADA à la théorie de l'imprévision. De ce traitement, il ressort que, d'une part, *de lege lata*, la théorie de l'imprévision est immergée, implicite et dissimulée dans certains standards juridiques, mécanismes et pouvoirs des acteurs du contrat reconnus en droit OHADA. Sous le masque de ceux-ci, se glisserait imperceptiblement la théorie de l'imprévision. D'autre part, elle est émergée de *lege ferenda*, un avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, déposé au Secrétariat permanent de l'OHADA depuis novembre 2015 consacre explicitement la théorie de l'imprévision. La lecture et l'analyse méticuleuse des dispositions qui organisent cette théorie font apparaître une conciliation des exigences de liberté, de sécurité juridique, de flexibilité et de justice contractuelle.

1. S'il est sujet d'un intérêt sans cesse rebondissant en droit des contrats, la théorie de l'imprévision en constitue indubitablement un. Le nombre important des travaux scientifiques consacré à cette question indiquent à suffisance l'attrait qu'elle suscite auprès de la doctrine¹. Un auteur n'avait-il pas raison d'affirmer par une formule aussi évocatrice que

¹Plusieurs auteurs se sont intéressés à la question de la théorie de l'imprévision, v. notamment, Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy 1922 ; Fyot, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, Thèse Dijon 1921 ; Foulon, *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, Thèse, Paris 1938 ; Auverny Bennetot, *La théorie de l'imprévision*, Thèse, Paris 1938 ; Popescu (C. M.), *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français*, Thèse, Paris 1937 ; Barreyne, *L'évolution et la crise du contrat*, Thèse, Bordeaux 1937 ; Besson (Ch.), *La force obligatoire du contrat et les changements de circonstances*, Thèse, Lausanne 1955 ; El Gammal, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, Thèse, Paris 1967 ; Termanini (A. S.), *Théorie de l'imprévision, étude historique et comparative de droit musulman ; son application dans le droit positif des pays arabes*, Thèse, Beyrouth 1964 ; Zaki, *L'imprévision en droit anglais*, Thèse Paris 1930 ; Stoffel-Munck (Ph.), *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Préf. A. Sériaux et R. Bout, PUAM 1994 ; Witz (C.), *Force obligatoire et durée du contrat, in Les concepts contractuels du droit français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz 2003 ; p. 175 ; Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse, Université de Paris-I-Panthéon-Sorbonne 2009 ; Mouralis (J. L.), *Imprévision*, Répertoire Dalloz, Janvier 2012 ; David (R.), « L'imprévision dans les droits européens », Mélanges Jauffret 1974, p. 211 ; Stefan Martin, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », Les Cahiers de droit, Volume 34, Numéro 2,

célèbre que « c'est des eaux calmes d'un canal qu'a surgi, il y a maintenant cent-dix-sept ans, un des plus beaux serpents de mer du droit privé français : la théorie de l'imprévision »² ? L'intérêt porté sur ce sujet se trouve davantage renouvelé à l'observation de la dernière réforme du droit commun français des contrats³. L'une des innovations phares de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est l'admission de l'imprévision en droit privé français. Plus précisément, la consécration, après moult hésitations de la révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision. Cette possibilité pour le juge de réviser le contrat en cas de changement des circonstances ayant présidé à sa formation rendant son exécution excessivement difficile pour l'une des parties a été maintenue par la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 adoptée le 20 avril 2018⁴. On se souvient de ce que

1993, p. 599 ; Tallon (D.), « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », Mélanges à la Mémoire d'Alain Sayag, 1997, p. 403 ; Ménard (C.), « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », Études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^{ème}*, LGDJ 2001, p. 661 ; Fauvarque-Cosson (B.), « Le changement de circonstances », RDC 2004, n°01, p. 67 ; Aynès (L.), « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, p. 397 ; Stoffel-Munck (Ph.), « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », AJCA, Juin 2015, p. 262 ; Même auteur, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », RDC avril 2016 n° Hors-série, p. 30 ; Pelletier (J. D.), « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats », LPA, novembre 2015, n°228, p. 8 ; Molfessis (N.), « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G, n°52, 21 Décembre 2015, 1415 ; Cabrillac (R.), « L'article : 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », RDC 2015, n°03, p. 771 ; Picod (Y.), « Les charmes discrets de l'imprévision à la française », AJCA 2015, p. 441 ; Dupichot (Ph.), « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, (s/dir) Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73 et s. ; Le Nabasque (H.), « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », BJS 2016, n°09, p. 538 ; Mekki (M.), « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », JCP N, n°3, Janvier 2017, act. 155 ; Même auteur, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », JCP G, n°49, Décembre 2010, doctr. 1219 ; « Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », JCP G, n°50, Décembre 2010, doctr. 1257 ; Mazeaud (D.), « La révision du contrat », LPA, Juin 2005, n°129, p. 4 ; Revet (Th.), « Le juge et la révision du contrat », in Dossier spécial, *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, n°02, p. 373 ; Wolou (K.), « Nouvel éclairage sur le refus de révision du contrat pour imprévision », Revue togolaise des sciences juridiques (RTSJ), n°0000 janvier-juin 2011 ; Adamou (M.), « La révision judiciaire du contrat consécutive à une clause d'imprévision », Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, Supplément au n°34, 2015, p.5.

² Stoffel-Munck (Ph.), *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., p. 1, n°1.

³ Pour une étude globale de cette réforme, v. notamment, Mazeaud (D.), « Réforme, vous avez dit réforme ? », JCP G, n°9-10, 29 février 2016, 243 ; « Présentation de la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal., 23 février 2016, n°8, p. 15 ; Barbier (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016, 247 ; Dondero (B.), « La réforme du droit des contrats – Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 », JCP E n°19, 12 mai 2016, 1283 ; Bénabent (A.) et Aynès (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 2016, 434 ; Mekki (M.), « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 2016, 494 ; Mignot (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », LPA 2016, n°91, p. 10 ; Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz 2016 ; Simler (Ph.), *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexis nexis 2016 ; Deshayes (O.), Génico (T.) et Laithier (Y. M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexis Nexis 2016 ; Terré (F.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz 2016 ; Douville (T.) et aliii, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Gualino 2016 ; Dissaux (N.) et Jamin (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz 2016 ; Chénéde (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz 2016. Pour des numéros spéciaux de revues consacrés à la réforme : RDC, avril 2016, n° Hors-série ; RDC, septembre 2016, n°03, *Le nouveau discours contractuel* ; RDC, Juin 2016, n°02, *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats* ; Droit et Patrimoine, mai 2016, 46.

⁴ Pour des commentaires portant sur cette réforme, v. notamment, RDC, juin 2018, n° Hors-série, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018* ; Mekki (M.), « La loi de ratification de

certaines parlementaires avaient souhaité supprimer la révision judiciaire pour imprévision à l'initiative d'une seule partie. Le législateur français n'a pas cédé à ce relatif activisme parlementaire⁵.

2. On peut entendre par imprévision, la survenance de circonstances nouvelles indépendantes de la volonté des parties au jour de la conclusion du contrat et qui rendent son exécution beaucoup plus difficile ou onéreuse, sans pour autant qu'elle soit impossible. Ces circonstances troublent significativement l'économie du contrat au point de créer un déséquilibre structurel défavorable à l'une des parties. La théorie de l'imprévision propose que soit reconnu aux juges un pouvoir de modification du contenu contractuel lorsque les circonstances imprévisibles en ont bouleversé l'économie au point de rendre son exécution extraordinairement difficile. Or, la Cour de cassation française, depuis fort longtemps avait toujours opposé un cinglant refus à l'idée de révision du contrat pour imprévision. Le célèbre arrêt du Canal de Craponne rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 06 mars 1876 fait partie de la mémoire collective⁶. « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »⁷. Cette solution, aux allures de loi d'airain, bien connue des contractualistes consacre l'interdiction de la révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision.

3. Les arguments défavorables à la théorie de l'imprévision reposent tout d'abord sur le principe de la force obligatoire du contrat⁸. Ce principe affirmé à l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil de 1804 encore applicable dans plusieurs pays africains d'expression francophone interdit aux parties de revenir, après la conclusion du contrat sur leurs engagements. Quand bien même des circonstances extérieures à la volonté des contractants viendraient bouleverser l'économie du contrat, seul le mécanisme du *mutuus dissensus* peut défaire ce qui a été fait. Le respect de la parole donnée est sacré. Si dans l'état de nature, l'homme est libre de dire et de se dédire, il en va différemment en droit et en morale où la parole donnée ne saurait être reprise, particulièrement lorsqu'elle a engendré une attente ou expectative chez l'autre partie à la relation contractuelle. Quoi de plus naturel, au reste, puisque depuis des lustres, il a été affirmé qu'« on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »⁹. Le contractant qui a donné sa parole est lié, s'il ne veut pas mentir, commettre un péché. Chaque partie, parce que meilleur juge de ses intérêts doit tenir sa promesse : *Pacta sunt servanda*. De cet argumentaire, il ressort que le contrat, acte de prévision¹⁰ par essence est placé sous le sceau de l'intangibilité et de l'intemporalité. Le monde peut bien évoluer et se métamorphoser, le contrat par contre doit demeurer immuable et figé, si ce n'est pour l'éternité du moins pour la durée en vue de laquelle il a été conclu, imperméable aux mutations de son environnement, car « le contrat arrête l'histoire et permet une certitude »¹¹.

l'ordonnance du 10 février 2016 - une réforme de la réforme ? », D. 2018, p. 900 ; Mazeaud (D.), « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018, p. 912 ; Houtcieff (D.), « La loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations : le droit schizophrène », Gaz. Pal., 7 avril 2018, p. 14.

⁵ En ce sens, Revet (Th.), « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », RDC, juin 2018, op. cit., n°3.

⁶ Fauvarque-Cosson (B.), « Le changement de circonstances », op. cit., p. 67, n°1.

⁷ Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876, 1, p. 193, note Giboulot ; Lequette (Y.), Terré (F.), Capitain (H.) et Chénéde (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz 2015, 13^e éd., n°16.

⁸ Mouralis (J. L.), *Imprévision*, op. cit., n°17.

⁹ La célèbre maxime de Loysel reprise par plusieurs auteurs à l'instar de Monsieur Moneboulou Minkada (H. M), « La question de la définition du contrat en droit privé : Essai d'une théorie institutionnelle », Revue de l'Ersuma, n°06, janvier 2016, p. 89, spéc. n°09.

¹⁰ Lécuyer (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mélanges François Terré, Dalloz 1999, p. 643.

¹¹ Germain (M.), « Le juge classique », in *Le juge de l'économie*, Rev. jur. com. , 2002, p. 17 et s., cité par D. Mazeaud, « La révision du contrat », op. cit., n°24.

La conséquence qui en découle directement est la prohibition pour le juge de s’immiscer dans la sphère contractuelle. Le contrat, étant la chose des parties, le juge n’est pas habilité à substituer sa propre volonté à celle des parties. L’immixtion du juge dans le contrat est porteuse d’insécurité juridique. Les auteurs des Leçons de droit civil, attachés à une conception essentiellement libérale du contrat, privilégiant sa rigidité sur sa flexibilité avaient relevé que « Il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge ; intervenant dans l’exécution de la convention avec son sentiment personnel de l’équité et de l’intérêt général, il ruinerait le contrat et mettrait en péril l’économie tout entière, en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels »¹². Dans le Code civil de 1804 hérité par la plupart des pays africains, actuellement membres de l’OHADA¹³, le juge n’a pas le pouvoir de réviser le contrat. La réécriture du contrat incombe aux parties, seules à même d’apprécier et de déterminer les termes concrets de leurs droits et obligations respectifs. Selon le Code précité, le juge a pour unique office d’assurer l’arrimage du contrat à l’ordre social, en l’invalidant lorsqu’il contrevient à l’ordre public et aux bonnes mœurs. Son rôle se cantonne dès lors à la vérification des conditions de validité du contrat et au contrôle de sa bonne exécution. Il est aussi de son office de contribuer, en cas de difficulté à l’effectivité de la loi contractuelle en restituant et en mettant en lumière la réelle volonté des parties en harmonie avec des directives d’interprétation. Cependant, à bien regarder, le contrat, de nos jours, ne cadre plus avec une telle approche. Il n’est plus exclusivement le jardin secret des contractants. Les interventions du juge dans le contrat sont visibles, elles gagnent même en intensité. Le juge « n’est plus cet esclave du syllogisme formel. Il est devenu entraîneur, pacificateur, entremetteur, régulateur (...) »¹⁴. Le déséquilibre dans le contrat n’est plus nécessairement une fatalité et l’injustice contractuelle perd peu à peu du terrain sous les coups de boutoirs d’un juge de moins en moins servile face à la loi du contrat¹⁵. Toute chose qui donne du crédit aux arguments développés et soutenus par les thuriféraires de la théorie de l’imprévision.

4. Les arguments favorables à la théorie de l’imprévision, contrairement à ce que l’on pourrait *a priori* penser sont historiques aussi loin qu’on remonte dans le temps. Ils procèdent en règle générale de l’idée de justice contractuelle. En matière contractuelle, le juste et le juridique se doivent de converger. Une des théories historiques qui permet de justifier l’admission de la révision du contrat pour cause d’imprévision puise son fondement dans la clause dite *rebus sic standibus*. Largement répandue par la doctrine romaine, cette clause subordonnerait l’exécution du contrat au maintien des circonstances économiques ayant existé au jour de sa conclusion. C’est dès lors une clause qui aurait été tacitement convenue par les parties et favoriserait la remise en cause de la force obligatoire du contrat lorsque les circonstances initiales à sa formation ne sont pas demeurées identiques. En référence à cette clause, Saint Thomas D’Aquin déclara en effet que « celui qui promet une chose (...), s’il ne fait pas ce qu’il a promis (...) paraît commettre une infidélité par là même qu’il change de dessein. Cependant, il peut être excusable (...) si les conditions des personnes et des choses sont changées (...). Celui qui a fait la promesse n’a pas été menteur parce qu’il a promis ce qu’il avait dans l’esprit en sous entendant les conditions légitimes ; il n’est pas non plus infidèle en ne remplissant pas sa promesse parce que les conditions ont changé »¹⁶. Sous ce prisme, s’est développée une doctrine en faveur de

¹² Mazeaud (H., L., J.) et Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, n°730

¹³ Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires créée par le Traité de Port-Louis (Ile Maurice) du 17 octobre 1993, révisé à Québec le 17 octobre 2008. Elle compte actuellement dix-sept (17) Etats africains.

¹⁴ Mekki (M.), « Le juge et les remèdes à l’inexécution du contrat », RDC Juin 2016, n°02, p. 401.

¹⁵ V. Mazeaud (D.), « Le nouvel ordre contractuel », RDC octobre 2003, p. 296, n°2 ; même auteur « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges J. L. Aubert, Dalloz 2005, p. 237, spéc. n°4.

¹⁶ Citation reprise par le Professeur Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l’imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., p. 4, n°08.

l'imprévision. Certains auteurs modernes à l'instar de LAROMBIERE admettent par exemple que « les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contractées, si elles les avaient prévues »¹⁷. Malgré quelques réserves émises à l'encontre de ces propos¹⁸, l'on a observé néanmoins une certaine tendance de la doctrine qui se prononce en faveur de la souplesse contractuelle. Dans la même veine, d'autres arguments basés sur la bonne foi, l'équité, la flexibilité du lien contractuel, la cause avaient souvent été mobilisés avant la consécration explicite de l'imprévision en droit français par la doctrine ou la jurisprudence en faveur de l'admission de cette théorie. Par exemple, au nom de la bonne foi, les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation française paraissent imposer une obligation de renégocier le contrat en vue de l'adapter au changement de circonstances¹⁹. Selon l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, dans son ancienne version, les parties sont tenues d'exécuter les conventions de bonne foi. Il découlerait de cette exigence, une obligation de renégociation du contrat en cas de bouleversement des circonstances initiales.

A vrai dire, la problématique liée à la théorie de l'imprévision ne saurait se réduire, de nos jours à la possibilité qu'a le juge de rétablir ou non l'équilibre d'un contrat dont les conditions ont été gravement modifiées. Elle s'est enrichie aussi des pouvoirs qu'ont les parties à la survenance d'une situation imprévue. L'obligation de renégociation occupe une place centrale au sein de la théorie de l'imprévision, celle-ci peut être demandée par une partie au contrat ou imposée par le juge. Cependant, il n'en demeure pas moins que le rôle du juge en matière contractuelle reste au cœur de cette théorie, c'est la clef de voûte qui nourrit les débats de la doctrine. Le juge dont le rôle est crucial en matière d'imprévision n'est plus aujourd'hui considéré comme le principal adversaire du contrat et de l'impératif de sécurité juridique. Il est plutôt vu, soit comme le modérateur de la loi contractuelle, soit comme le partenaire des contractants dont la volonté n'a pas suffi pour aboutir à un contrat équilibré. Selon certains auteurs²⁰, le juge a toujours su faire preuve de mesure, de prudence et de sagesse dans l'exercice de son pouvoir de modération et de révision. Aussi peut-on admettre que l'existence d'un pouvoir de révision ne rime pas fatalement avec l'instabilité contractuelle et n'empêche pas nécessairement la remise en cause des piliers sur lesquels est fondé le droit des contrats. Dans cette perspective, seuls les déséquilibres et injustices contractuels les plus inadmissibles donnent prise au pouvoir du juge.

5. Le contexte propice au renversement de l'interdiction de la révision pour imprévision a significativement contribué à ce que le législateur français revoie sa position. Beaucoup de pays²¹ dans le monde admettent la théorie de l'imprévision, plus précisément la révision

¹⁷ *Obligations*, 2^{ème} éd., 1885, t. IV, art. 1234, n°4.

¹⁸ V. Demolombe, *Leçons de code civil*, t. XXIV, n°550 ; Aubry et Rau, tome V, p. 167 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVI, n°265.

¹⁹ Arrêt Huard du 03 novembre 1992 (Cass. com., 3 novembre 1992, n°90-18547, JCP G 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 124 et s., note J. Mestre ; Defrénois 1993, p. 1377, note J.-L. Aubert) ; arrêt Chevassus-Marthe du 24 novembre 1998 (Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18357, Contrats, conc., consom. 1999, n° 56, note M. Malaurie-Vignal ; Defrénois 1999, p. 371, note D. Mazeaud ; JCP G 1999, I, 143, obs. C. Jamin ; RTD civ. 1999, p. 98, note J. Mestre, et p. 646, note P.-Y. Gautier).

²⁰ Mazeaud (D.), « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », op. cit., p. 239.

²¹ V. notamment l'Italie, la Grèce, le Portugal, le Pays-Bas, la Suisse, l'Allemagne, le Danemark, la Suède, la Finlande, la Jordanie, l'Égypte, l'Algérie etc. En Argentine, par exemple, l'article 1091 du Code civil et commercial de la Nation Argentine entrée en vigueur depuis août 2015, indique que la partie affectée par la modification extraordinaire des circonstances peut « demander à un juge (...) la résolution totale ou partielle du contrat ou son adaptation ». Pour une étude d'ensemble, v. David (R.), « L'imprévision dans les droits européens », Mélanges A. Jauffret, Paris 1974, p. 211. En revanche, certains droits comme le droit québécois relevant du système de *Civil law* ne reconnaît pas explicitement la théorie de l'imprévision. L'interdiction de la révision judiciaire de la convention est érigée en principe, v. en ce sens, Québec (Procureur général) c/ Kabakian-Kechichian, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.). Pour un aperçu plus complet de la jurisprudence v. Lluellas D.

judiciaire du contrat lorsque le changement des circonstances a conduit à un déséquilibre majeur affectant son économie. Le droit comparé a apporté à cet effet un souffle d'air frais²². La position négative du droit français sur la théorie de l'imprévision était de plus en plus isolée. Sur le plan européen, des projets d'harmonisation du droit des contrats²³ dont l'influence a été décisive sur la réforme française consacrent la théorie de l'imprévision. Ils prévoient tout d'abord la force obligatoire du contrat. Ensuite, la relativisent en admettant la possibilité de l'adapter lorsque l'exécution devient onéreuse pour l'une des parties en raison d'un changement de circonstances survenu après la conclusion du contrat et qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération en ce moment.

6. Au regard de ces évolutions contemporaines et du mouvement généralisé en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision, il y a lieu de s'interroger sur l'attitude adoptée par le législateur OHADA par rapport à cette question. A l'heure de la concurrence des systèmes juridiques où les rapports *Doing bussines* de la Banque Mondiale classent les pays en fonction du degré de facilité que leur droit permet de faire des affaires, la tentation est alors grande de chercher à cerner véritablement la position du législateur OHADA sur une question aussi importante du droit des contrats qu'est la théorie de l'imprévision. Autrement dit, quel est le traitement réservé par le droit OHADA des contrats à la théorie de l'imprévision ?

7. Le droit OHADA se présente comme un ensemble de règles juridiques destinées à l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples et modernes qui poursuivent l'objectif de sécurité juridique et judiciaire²⁴. Dans le droit positif actuellement applicable dans l'espace OHADA, il n'existe pas un Acte uniforme consacré au droit commun des contrats. Cette absence ne fait pas perdre de vue le fait que certains Actes uniformes déjà entrés en vigueur contiennent de nombreuses dispositions qui organisent les contrats. Le contrat est le support incontournable de toute relation d'affaires, « nul ne peut acquérir, ni procurer à autrui des biens et services, à titre onéreux, sans conclure de contrat »²⁵. Les affaires étant le domaine par excellence de la conclusion des contrats²⁶, l'on comprend aisément pourquoi le législateur OHADA ne pouvait rester indifférent à la matière contractuelle. L'observation de certains Actes uniformes laisse apparaître l'existence en leur sein des contrats réglementés²⁷ (La vente commerciale, le bail à usage professionnel, le contrat de transport de marchandises par route etc). Convaincue de la richesse des règles contractuelles contenues dans certains Actes uniformes, une doctrine avait esquissé l'idée d'un droit commun des contrats à partir

et Moore B., *Droit des obligations*, 2e éd., 2012, Les éditions Thémis, n° 2233 ; Jobin (P.-G.), « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », RTD civ. 2004, p. 693

²² En ce sens, Tallon (D.), « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », op. cit., p. 406.

²³ V. Principes du Droit Européen des Contrats de la Commission Lando, Le projet de Code Gandolfi, le projet de Cadre Commun de Référence, les Principes Contractuels Communs élaborés par l'Association Henri Capitant et de la Société de Législation Comparée, les Principes Unidroit.

²⁴ V. Le Préambule et l'article 1^{er} du Traité OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires).

²⁵ Modi Koko Bebey (H.D), « Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats », in Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, *Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, Numéro spécial, septembre 2015, n°192, p. 45.

²⁶ Testu (F. X.), *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence 2010-2011, n°0001, p. 1 cité par Modi Koko Bebey (H.D), « Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats », op. cit., p. 45, note 1.

²⁷ V. Njeufack Temgwa (R.), « Les contrats partiellement réglementés en droit OHADA », in Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, *Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, Numéro spécial, septembre 2015, n°192, p. 40.

des Actes uniformes²⁸. De cette doctrine, les Actes uniformes renferment de précieuses ressources à partir desquelles l'on pourrait élaborer un droit commun des contrats²⁹. On trouve par exemple des règles relatives à la période précontractuelle, à la formation, à l'exécution du contrat, aux sanctions à son inexécution etc.

Conscient de l'absence d'un Acte uniforme spécialement réservé au droit commun des contrats, le Conseil des ministres de l'OHADA avait décidé conformément à l'article 2 du Traité d'intégrer la matière contractuelle dans le champ du droit des affaires harmonisé. Pour ce faire, un avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats³⁰ avait été rédigé en 2004 par le professeur Marcel Fontaine³¹. Ce texte s'inspirait substantiellement des dispositions des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international³². Il s'agissait de doter les pays de l'OHADA d'un droit des contrats adapté « aux exigences de la mondialisation » et susceptible d'attirer les investisseurs. Une telle approche n'a pas emporté la conviction et l'assentiment des commissions nationales OHADA qui, n'ont pas hésité à faire entendre leurs oppositions. Le motif principal de l'hostilité à l'avant-projet était que l'adoption d'un Acte uniforme inspiré par les Principes Unidroit déconnectait la plupart des pays membres de l'OHADA de leurs réalités et surtout de leur tradition juridique de base qu'est le droit français³³. Il n'est pas superfétatoire de rappeler que la majorité des pays de l'OHADA sont des anciennes colonies françaises. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la Fondation de droit continental (FDC) qui, a pour mission de « favoriser le rayonnement du droit romano-germanique à travers le monde ». La Fondation a demandé à trois éminents professeurs africains³⁴ d'élaborer un projet alternatif d'harmonisation du droit des contrats. Ce texte déjà finalisé en 2010, a été officiellement remis au secrétaire permanent de l'OHADA en novembre 2015, et il fait actuellement l'objet d'une certaine promotion à travers publications et colloques. A lire le rapport de présentation introduisant l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, il ressort que ses auteurs ont voulu concilier deux impératifs³⁵. D'une part, « respecter la culture juridique et judiciaire de base des pays de l'OHADA » et de « proposer une œuvre utile et adaptée qui n'entraîne pas une sorte de dépaysement pour les juristes déjà formés » ; d'autre part, « tirer le meilleur parti du droit comparé et des solutions pertinentes d'autres expériences de réforme en matière de droit des obligations ». Le rapport continue en indiquant que « les solutions innovantes, même hardies ont été retenues, mais toujours dans une démarche qui n'entraîne pas une sorte de dépaysement pour les juristes, les praticiens et les lecteurs de la vie des affaires ». Il était aussi question d'éviter une rupture épistémologique avec d'autres Actes

²⁸ Audit (E.), Ghazi (A.) et Grimaldi (C.), « Esquisse d'un droit commun des contrats à partir des actes uniformes », in Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, *Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, Numéro spécial, septembre 2015, n°192, p. 49.

²⁹ V. aussi Karel Osiris Coffi Dogue, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse, Université de Montréal 2013, p. 6.

³⁰ Ce texte ainsi que la note explicative y relative rédigée par le professeur Marcel Fontaine sont accessibles sur le site internet d'Unidroit (<[http : www. unidroit.org](http://www.unidroit.org)>).

³¹ Professeur émérite, ancien directeur du Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain (Belgique) ; Expert d'Unidroit chargé de rédiger l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ; Membre du groupe de travail d'Unidroit pour la préparation des principes relatifs aux contrats du commerce international ; v. le rapport de l'auteur « L'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats : Vue d'ensemble », présenté au Colloque sur *l'harmonisation du droit OHADA des contrats*, tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007 ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par Unidroit à la demande de l'OHADA, *Rev. dr. unif.* 2008, p. 203.

³² V. Onana Etoundi (F.), « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* 2005-4, p. 683.

³³ En ce sens, v. par exemple, Pougoué (P. G.), « L'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », OHADATA D-07-41.

³⁴ Il s'agit respectivement des professeurs Joseph Issa Sayegh, Paul Gérard Pougoué et Filiga Michel Sawadogo.

³⁵ En ce sens, v. Fontaine (M.), « Le rayonnement international du droit français des contrats : Le cas particulier de l'OHADA », *D.* 2016, p. 2008.

uniformes de l'OHADA et les textes d'autres organismes régionaux africains³⁶. En un mot, l'avant-projet de texte uniforme alternatif de la FDC poursuit les objectifs de sécurité juridique, de liberté, d'attractivité économique et de justice contractuelle.

8. Une des questions les plus discutées du droit des contrats « la théorie de l'imprévision » a fait l'objet d'une attention soutenue dans le texte de la FDC. En effet, les articles 160, 161 et 162 dudit texte qui, organisent la théorie de l'imprévision affirment d'une part, le principe de la force obligatoire du contrat ; d'autre part en édulcorent la portée dans l'hypothèse d'un bouleversement de circonstances. Selon l'article 161, « il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations (...) ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat (...) ». Plus intéressant est l'article 162 qui, prévoit que le bouleversement de circonstances pourrait emporter une renégociation du contrat à la demande de la partie lésée ou une immixtion du juge lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre. Dans le texte qui aura peut-être vocation à régir le droit commun des contrats dans l'espace OHADA, le rôle du juge en matière contractuelle est envisagé de façon beaucoup plus dynamique et optimiste. L'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme permet au juge qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances, s'il l'estime raisonnable, soit de mettre fin au contrat, soit de l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations. L'exploitation du texte de la FDC révèle que la théorie de l'imprévision a été explicitement envisagée. Ce qui ne semble pas être le cas dans nombre de dispositions des Actes uniformes actuels portant réglementation des contrats. S'il est vrai que l'on ne trouve aucune disposition d'un Acte uniforme traitant explicitement de l'hypothèse spécifique dans laquelle l'exécution du contrat serait devenue excessivement onéreuse pour l'une des parties du fait d'un changement de circonstances. Il n'en demeure pas moins, en revanche que sous le masque de certains standards juridiques utilisés par le législateur OHADA, se dissimule la théorie de l'imprévision. L'article 237 de l'AUDCG³⁷ impose par exemple aux parties dans le cadre d'un contrat de vente commerciale de se conformer aux exigences de la bonne foi. Aussi certaines dispositions des Actes uniformes autorisent - elles le juge à s'ingérer dans le contrat. A ce titre, l'article 39 de l'AUPSRVE³⁸ permet par exemple au juge d'octroyer au débiteur un délai de grâce qui ne saurait dépasser une année. C'est dire que le législateur OHADA n'a pas cédé aux sirènes funestes et alarmistes de ceux des auteurs qui pensent que l'existence d'un pouvoir de révision judiciaire rime fatalement avec l'insécurité juridique. L'impression de révolte pour la révision judiciaire du contrat semble minime en droit OHADA. Les solutions contenues aussi bien dans certaines dispositions des Actes uniformes existants que celles se trouvant dans l'avant-projet alternatif de droit commun des contrats en cours d'études, l'attestent à suffisance.

9. L'analyse de celles-ci, laisse apparaître que, s'agissant de la théorie de l'imprévision, il convient de considérer qu'elle est immergée de *lege lata* (I) et émergée de *lege ferenda* (II).

³⁶ Pour ce qui est des rapports entre l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats de Marcel Fontaine avec les autres Actes uniformes de l'OHADA, v. Kenfack Douajni (G.), « La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA », Rev. dr. unif. 2008, p. 367.

³⁷ Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général entré en vigueur le 15 mai 2011. Le premier AUDCG datait du 17 avril 1997. Pour toute étude plus approfondie sur la réforme de l'AUDCG intervenue le 15 décembre 2010, v. les différentes contributions des auteurs, in *un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, Dossier spécial, Droit et patrimoine, n°201, mars 2011, p. 42 et s.

³⁸ Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

I- Une théorie immergée de *lege lata*

10. En l'état actuel du droit OHADA applicable dans les dix-sept (17) Etats membres, aucun Acte uniforme n'admet explicitement la théorie de l'imprévision. Ce silence signifie-t-il que les parties ou le juge ne pourraient procéder au rééquilibrage du contrat dont les prévisions initiales ont été déjouées ? Avant l'adoption d'un droit commun des contrats dans l'espace OHADA, il est de bonne réflexion de croire à la possibilité de déceler dans quelques dispositions des Actes uniformes des indications favorables à l'admission de la théorie de l'imprévision. Cette théorie, est dès lors dissimulée, immergée dans certaines notions utilisées en droit OHADA (A). Certains mécanismes (B) ne procédant pas directement de la théorie de l'imprévision autorisés en droit OHADA partageraient avec cette dernière le même résultat recherché : corriger les conséquences des prévisions déjouées. Sous le masque de ceux-ci, se glisserait imperceptiblement la théorie de l'imprévision. Des pouvoirs reconnus aux acteurs du contrat (C), à l'instar du juge qui a la possibilité de le réviser obéissent à la même démarche. La question de l'imprévision n'est pas dissociée de celle des pouvoirs du juge et des parties au contrat³⁹.

A- L'immersion dans certaines notions utilisées en droit OHADA

11. Le droit ne peut consister en une simple juxtaposition de règles disparates, il se construit aussi intellectuellement à l'aide de procédés rationnels appelés « instruments abstractifs »⁴⁰ parmi lesquels les concepts ou notions. Ces derniers sont « les représentations mentales générales et abstraites des objets »⁴¹. C'est la saisie par la pensée d'un phénomène ou d'une chose sensible, dotée d'une valeur représentative générale. L'usage explicite des notions - cadres comme la « bonne foi » et le « bon père de famille » ne saurait laisser tout interprète et analyste du droit OHADA indifférent. Ces notions pourraient servir de fondement à la réception de la théorie de l'imprévision en droit OHADA (1). La notion de « cause » implicitement évoquée dans le droit OHADA de la vente commerciale (2) pourrait aussi servir de ressort à partir duquel le juge pourrait se substituer à la volonté des parties.

1- L'usage explicite des notions de « bonne foi » et de « bon père de famille »

12. Les notions de « bonne foi » et de « bon père de famille » sont des standards juridiques. Ces derniers constituent des normes souples, à contenu variable fondées sur un critère intentionnellement indéterminé⁴². Il s'agit d'une « notion - cadre »⁴³, « étalon de la réalité »⁴⁴ visant à « permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »⁴⁵. Ils se caractérisent en effet par leur plasticité et apparaissent comme de meilleurs instruments susceptibles d'apporter des correcteurs aux règles rigides formulées en droit⁴⁶. Le nombre de standards augmente considérablement en droit des contrats. Cette

³⁹ Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 218, n°329.

⁴⁰ Roland (H.) et Boyer (L.), *Introduction au droit*, Litec 2000, p. 105, n°246.

⁴¹ Dictionnaire Robert, V° Concept ; Atias (Chr.), *Epistémologie juridique*, PUF 1985, n°81 et s. ; Bergel (J. L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2003, p. 211, n°181.

⁴² Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriga, 10^{ème} éd., 2014, v° « Standard ».

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Malaurie (Ph.) et Morvan (P.), *Introduction au droit*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012, n°250.

⁴⁵ Rials (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980 ; Alsanhoury (A.-A.), « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit* en l'honneur de François Gény, t. II, Sirey, 1934, p. 145 et s. ; Juillard (P.), « Phénix et ses cendres : Le standard minimum de droit international », *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz 2006, p. 257.

⁴⁶ Foko (A.), « Libres propos sur les « standards » juridiques », *Cahiers Juridiques et Politiques* (Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun), 2015, Numéro spécial : *l'ordre public*, p. 142.

multiplication implique corrélativement un développement du rôle du juge qu'il est nécessaire d'encadrer⁴⁷.

13. Le droit OHADA, à l'image du droit français, fait usage des standards dans leur double fonction utilitaire de moyen de « lubrification » et « d'adaptation » de la règle de droit⁴⁸. Deux notions – soupapes explicitement utilisées par le législateur OHADA retiennent particulièrement l'attention à savoir : « la bonne foi » et le « bon père de famille ». L'exigence de bonne foi est posée de manière générale à l'article 237 de l'AUDCG révisé en ces termes « (...) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée »⁴⁹. « Norme dynamique »⁵⁰ de comportement social et moral, la bonne foi permet de réconcilier le droit et les principes de justice naturelle⁵¹. C'est un devoir général qui traduit sans conteste le moyen de faire pénétrer davantage de morale dans le droit positif en général et le droit des contrats en particulier⁵². Dans ce cadre, il s'agit d'une exigence d'honnêteté et de loyauté qui interdit à chaque cocontractant de faire preuve d'une attitude malveillante. Son rôle s'accroît considérablement au quotidien au point où d'aucuns lui reconnaissent une place désormais conquérante⁵³. Se posant comme un contrepoids à la force obligatoire des conventions, un moyen de lutte contre les injustices contractuelles, le juge trouve en la bonne foi, un précieux alibi pour s'interférer dans le périmètre contractuel⁵⁴. Dans une perspective solidariste, la bonne foi est davantage perçue comme un principe concurrent à la force obligatoire du contrat prévu à l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil napoléonien⁵⁵ encore applicable dans la plupart des Etats de l'espace OHADA. Pour les thuriféraires du solidarisme, il faut sortir l'alinéa 3 « de son rôle accessoire de tempérament à l'alinéa 1^{er} et (...) l'ériger en principe concurrent »⁵⁶. De fait, « l'alinéa 3 de l'article 1134 est en train de se hisser peu à peu à la hauteur de l'alinéa 1^{er}, (...) là où il y avait une colonne unique, il y aurait désormais un arc à deux piliers qui s'équilibrent et se répondent »⁵⁷. En écho à ces prédictions doctrinales, le législateur français dans la réforme du droit des contrats intervenue le 10 février 2016 a érigé la bonne foi en un principe directeur, à côté d'autres principes⁵⁸ comme la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Tel que posé à l'article 237 précité, l'exigence

⁴⁷ En ce sens, Blanc (N.), « Le juge et les standards juridiques », RDC, Juin 2016, n°02, p. 394 ; Mazeaud (D.), « Sur les standards », RDA février 2014, n°9, p. 35.

⁴⁸ Selon le professeur Philippe Jestaz, le standard est « un lubrifiant qui vient huiler la machine juridique », v. son article « Les standards dans les divers systèmes juridiques », in *Autour du droit civil, Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz 2005, p. 19.

⁴⁹ La version initiale de l'AUDCG adoptée en Avril 1997, ne mentionnait pas explicitement l'exigence de bonne foi, v. Ngoumtsa Anou (G.), « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », in *L'obligation*, Mélanges P. G. Pougoué, l'Harmattan Cameroun, 2015, p. 615, spéc. n°3.

⁵⁰ Jacques (P.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Vol. 46, Dalloz 2005, spéc. n°163.

⁵¹ Stefan (M.), « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », op. cit., p. 624.

⁵² Cohen (D.), « La bonne foi contractuelle : Eclipse et Renaissance », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 518.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ En ce sens, Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 218, n°329. L'auteur cite l'article de Mazeaud (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité », in *l'avenir du droit*, Mélanges en Hommage à François Terré 1999, p. 626, n°23. Selon le professeur Mazeaud, « nul doute, en effet que, la bonne foi, dans ses différentes acceptions constitue l'alibi dont le juge use et abuse pour finalement réviser le contrat et substituer à la volonté des contractants son sentiment d'équité et de justice ».

⁵⁵ Jamin (C.), « Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine* 1998, n°58, p. 46.

⁵⁶ Mazeaud (D.), « Chambre commerciale de la Cour de cassation de l'audace, toujours de l'audace ! », *Defrénois*, 30 mars 1999, n°6, p. 371. Certains auteurs pensent plutôt que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil de 1804 n'est que le prolongement du principe de la force obligatoire formulé à l'alinéa 1. En ce sens, v. El Gammal (M.), *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République arabe unie*, Thèse, Paris, 1967, Préf. Tunc, LGDJ n°260, citée par Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 217, note 1531.

⁵⁷ Benabent (A.), « La bonne foi – Rapport français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1992.

⁵⁸ Dupichot (Ph.), « Les principes directeurs du droit français des contrats », RDC, Janvier 2013, n°1, p. 387.

de bonne foi se présente sous les atours séduisants d'un principe directeur, même si ce label ne lui a pas été formellement accordé. Faisant partie des articles qui constituent le chapitre II intitulé : « Dispositions générales », l'article 237 de l'AUDCG place l'obligation de bonne foi au cœur du contrat de vente commerciale. C'est un standard de nature à imprimer une orientation, à guider toutes les étapes du contrat de vente commerciale. En droit OHADA, tout porte indéniablement à penser que la bonne foi irradie toutes les phases du processus contractuel (phase précontractuelle, contractuelle et post contractuelle). Les parties ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée. La conséquence qui en résulte est l'interdiction à ces dernières d'amenuiser contractuellement l'obligation de bonne foi. Elles ne peuvent par une clause se dispenser de loyauté dans la négociation, la formation, l'exécution et l'extinction du contrat. On aurait voulu peut-être que l'AUDCG, à l'image de l'ordonnance française du 10 février 2016 assortit le caractère « d'ordre public » à l'exigence de bonne foi prévue à l'article 237. Dans cette perspective, le juge aurait pu avoir le pouvoir de contrôler d'office la bonne foi des contractants par le moyen du « relevé d'office »⁵⁹. Quelle que soit la formule choisie, force est de remarquer que l'exigence de bonne foi s'impose de manière impérative. Dès lors, la bonne foi constitue, à notre sens, un point d'appui approprié à partir duquel un juge de l'espace OHADA admettrait la théorie de l'imprévision. C'est une terre d'élection favorable à sa réception.

14. En considération de ce qui précède, certains auteurs avaient cru déceler dans quelques décisions rendues par la Cour de cassation française, la bonne foi comme le ferment d'une admission de la théorie de l'imprévision. La bonne foi pourrait être appelée à rétablir la puissance du vouloir, en corrigeant les conséquences des prévisions déjouées. Elle serait par conséquent le fondement⁶⁰, mieux un « substitut possible »⁶¹ à la théorie de l'imprévision. Par un arrêt rendu le 3 novembre 1992⁶², la chambre commerciale de la Cour de cassation française induit du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, une obligation de le renégocier lorsque survient un profond déséquilibre au cours de son exécution, en raison d'un changement imprévisible de circonstances. Six ans plus tard, le 24 novembre 1998⁶³, la même chambre commerciale semble avoir réitéré cette solution. Une fois de plus, le devoir de loyauté fut mobilisé pour engager la responsabilité de contractants qui avaient refusé de renégocier un contrat dont l'exécution était devenue excessivement désavantageuse pour leur partenaire⁶⁴. Bien que la portée de ces décisions ait suscité quelques réserves⁶⁵, une grande partie de la doctrine française a vu en celles-ci de signes précurseurs à l'admission

⁵⁹ Pour ce qui est du droit français, v. Balat (N.), « Le juge contrôlera -t-il d'office la bonne foi des contractants ? », D. 2018, p. 2099.

⁶⁰ En droit allemand, c'est sur le fondement du § 242, selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi (nach Treu und Glauben), que le Reichsgericht a consacré, en 1922, le pouvoir judiciaire de réviser un contrat en cas de « disparition du fondement contractuel » (Wegfall der Geschäftsgrundlage) provoquée par un bouleversement imprévu des circonstances, solution qui ne devait être consacrée que bien plus tard par le législateur dans le § 313 du BGB ; v. RG, 3 février 1922, RGZ 103, 128. En droit québécois, v. Ancel (P.), « Imprévision et bonne foi en droit québécois », RDC 2017, n°3, p. 546 ; V. Jobin (P.-G.), « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », op. cit., p. 693 ; Stefan (M.), « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », op. cit., p. 624 et s.

⁶¹ Expression utilisée par le professeur H. Lécuyer, v. son article intitulé : « Le contrat, acte de prévision », op. cit., p. 656.

⁶² Arrêt Huard précité, note de bas de pages n°19.

⁶³ Arrêt Chevassus-Marche précité, note de bas de pages n°19.

⁶⁴ En ce sens, Mazeaud (D.), « La révision du contrat », op. cit., n°26.

⁶⁵ Ghestin (J.), Jamin (Ch.) et Billiau (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 2001, p. 377, n° 312; Molfessis (N.), « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », in *le contrat : questions d'actualité*, LPA du 5 mai 2000, p. 41 ; Stoffel-Munck (Ph.), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux semblant ? », D. 2002, p. 1974, n°3 ; Jamin (C.), « Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », op.cit., p. 46.

de la théorie de l'imprévision⁶⁶. Ces arrêts ont porté quelques fissures à la jurisprudence de « Canal de Craponne ».

15. A notre connaissance, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), juridiction suprême de l'espace OHADA⁶⁷ dont la mission est d'assurer l'interprétation et l'application communes du droit uniforme, ne s'est pas encore appuyée sur la bonne foi pour traiter un cas d'imprévision. Mais elle n'est pas restée indifférente à cette norme de civilité. Dans une espèce où il était plus question de l'octroi d'un délai de grâce au débiteur en situation financière difficile pour honorer à ses engagements, la haute juridiction communautaire a mobilisé la bonne foi du débiteur comme condition de l'octroi d'un délai de grâce, ajoutant ainsi une condition supplémentaire non expressément énoncée à l'alinéa 2 de l'article 39 de l'AUPSRVE. Selon cet article, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales⁶⁸, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier. A s'en tenir à une lecture strictement littérale de cette disposition, seule la mise en balance de la situation du débiteur et les intérêts du créancier est la condition d'octroi d'un délai de grâce par le juge. Or, la CCJA ajoute aussi la bonne foi du débiteur comme condition de l'octroi d'un délai de grâce. C'est dire que les attraits attachés à la bonne foi n'ont pas décidément laissé le juge suprême de l'espace OHADA insensible. Espérons que ce dernier franchira un pas décisif en imposant au nom de la bonne foi, la révision amiable ou judiciaire d'un contrat déséquilibré pour cause d'imprévision.

16. L'emploi d'autres expressions comme la « loyauté » procédant de la bonne foi est perceptible dans le droit OHADA. L'article 194 de l'AUDCG dispose par exemple que « le commissionnaire doit agir loyalement pour le compte du commettant ». Plus exigeant est le contenu de l'article 217 de l'AUDCG : « (...) L'agent commercial et son mandant sont tenus, l'un envers l'autre, d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information (...) ». Le contrat de mandat est fondé sur un fort *intuitu personae*, le devoir de loyauté des contractants est essentiel et doit être respecté de façon réciproque. Ces dispositions rappellent étrangement les motifs développés dans l'arrêt Chevassus -Marche précité⁶⁹. Au nom de l'obligation de loyauté, sous peine de réparation, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat en lui « permettant de pratiquer des prix concurrentiels »⁷⁰.

17. D'autres expressions, sans strictement recouvrir la notion « de bonne foi », ont pour point commun d'imposer un certain standard de comportement à une partie⁷¹. La notion classique de « bon père de famille », est l'une d'entre elles. En droit, le *bonus pater familias* définit l'homme honnête, diligent, normalement prudent, soigneux et attentif qui se comporte le mieux possible. C'est le référentiel pour définir dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un individu qui sert de modèle. Le critère qu'on utilise souvent pour déterminer si le comportement d'une personne dans une situation donnée est fautif ou non. Evoquant des obligations du preneur, l'article 113 de l'AUDCG dispose entre autres que « Le preneur est tenu d'exploiter les locaux donnés à bail, en bon père de famille

⁶⁶ En ce sens, Mazeaud (D.), « La révision du contrat », op. cit., n°27 ; Même auteur, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », LPA du 7 mai 2004, p. 47, spéc. n°18 ; Mestre (J.), « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire du contrat ! », RTD Civ. 1993, p. 124 ; Même auteur, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », RTD Civ. 1999, p. 98.

⁶⁷ CCJA, 1^{ère} ch., 31 mai 2018, n°117/2018, obs. l'auteur de ces lignes, LEDAF, octobre 2018, n°111q5, p. 4 ; Ekani (S. C), « Les conditions d'octroi des délais de grâce en droit OHADA », Recueil LGA, n°07, juillet 2018.

⁶⁸ Selon la Cour d'Appel de Commerce d'Abidjan, les dettes cambiales sont exclues du champ des délais de grâce : CA de Commerce d'Abidjan, 1^{ère} Ch., Arrêt n°135/2019, 21 mars 2019, in *Actualités de droit bancaire et des garanties du crédit*, Recueil LGA, n°21, Juillet 2019.

⁶⁹ V. note de bas de pages n°19 repris à la note n°63.

⁷⁰ V. Mestre (J.), « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », op. cit., p. 98.

⁷¹ Ghozi (A.), « Esquisse d'un droit commun des contrats à partir des actes uniformes », op. cit., p. 58.

(...) ». Aussi soutiendrait - on que ce standard pourrait servir d'argument à l'immixtion du juge dans la relation contractuelle.

18. L'alinéa 3 de l'article 113 précité prévoit même un cas particulier de changement imprévu de l'activité né postérieurement à la conclusion du contrat de bail à usage professionnel qui pourrait rendre son exécution onéreuse pour une partie. Il est ainsi disposé « En cas de changement de l'activité prévue au contrat, le preneur doit obtenir l'accord préalable et exprès du bailleur qui peut s'y opposer pour des motifs sérieux ». L'alinéa 4 continue en précisant que « En cas de conflit entre le bailleur et le preneur, il appartient à la partie la plus diligente de saisir la juridiction compétente ». Ainsi un bailleur qui, n'accepte pas d'assumer le risque d'un changement d'activité prévue initialement au contrat a le droit de s'y opposer pour des « motifs sérieux ». Un autre standard juridique dont le contenu reste indéterminé et à géométrie variable sur lequel le juge pourrait s'appuyer pour adapter le contrat. Cette hypothèse a d'ailleurs été prévue par l'article 113. En cas de mésentente entre le bailleur et le preneur, le juge est saisi par la partie la plus diligente. Le texte étant silencieux sur les conséquences de l'intervention judiciaire, il est permis de penser que celles-ci, relativement au sort du contrat seraient doubles :

D'une part, le juge pourrait adapter ou réviser le contrat, d'autre part, il pourrait le résilier⁷². Comme en matière de traitement des situations d'imprévision du droit commun des contrats, l'AUDCG relativement au bail à usage professionnel prévoit tout d'abord le remède amiable, en cas d'échec, le remède judiciaire pourrait être administré.

19. Ce rapide tour d'horizon montre qu'il n'y a pas, *a priori* de contradiction entre l'absence dans le droit positif OHADA d'un mécanisme de reconnaissance explicite de la théorie de l'imprévision et la possibilité d'utiliser certains standards juridiques comme fondements à sa réception. Dans la même perspective, la théorie de la cause pourrait aussi être appelée au secours, bien que son énoncé dans l'AUDCG soit implicite.

2- L'usage implicite de la notion de « cause »

20. Dans une acception classique, la cause est une condition de validité du contrat dont l'existence est appréciée au jour de sa formation. Sa théorie repose sur une dualité conceptuelle et fonctionnelle. D'une part, on l'entend comme la « cause de l'obligation ». C'est une notion objective, abstraite et désincarnée qui, ne varie pas selon la personnalité et les méandres de la volonté des contractants, mais qui dépend de la qualification du contrat conclu⁷³. Sous ce prisme, elle permet de contrôler et de vérifier l'existence d'une contrepartie dans la relation contractuelle, c'est-à-dire l'équilibre objectif des prestations. De ce fait, elle instaure un minimum d'équité dans le contrat. D'autre part, on parle de « cause du contrat » ou « subjective » qui, permet de scruter les motifs déterminants qui ont conduit les parties à contracter. C'est un outil qui permet de contrôler la soumission du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La « cause du contrat » participe ainsi de la défense de l'ordre social⁷⁴.

21. De l'examen des Actes uniformes existants réglementant les contrats *stricto sensu*, il apparaît que ceux-ci ne se réfèrent pas directement et explicitement à la cause⁷⁵ comme

⁷² Cette option avait été choisie dans une espèce par un juge camerounais : « Doivent être ordonnées, la résiliation du bail et l'expulsion du preneur des lieux loués suite à la violation de la destination du bail intervenue par changement d'activité prévue au contrat sans accord préalable et exprès du bailleur qui s'est opposé fermement à ce changement d'activité par une mise en demeure de se conformer aux clauses du bail en se fondant sur le motif sérieux de nuisances sonores » (TPI Ngaoundéré – Cameroun, Ord. n°23/Ord., 27 juillet 2012, Aff. Adamou Hamaoude C/ Takenne Fofou Denis, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de Procédure et d'Arbitrage, Jurisprudence Annotée, CODE BLEU*, Juriafrica, 5^{ème} Edition, 2018, p. 215.

⁷³ Mazeaud (D.), « La cause », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*. Université Panthéon -Assas (Paris II), Dalloz 2004, p. 455.

⁷⁴ Mazeaud (D.), op. cit., p. 457.

⁷⁵ Pour l'étude de la cause en droit OHADA, v. Djogbenou (J.), « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA », *Penant* n° 867, Avril-Juin 2009, p. 133.

condition de validité d'un contrat⁷⁶, mais n'en sont pas moins indifférents. En ce sens, l'alinéa 1 de l'article 237 de l'AUDCG dispose par exemple que « La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats (...) ». Etant donné qu'un Acte uniforme portant sur le droit commun des contrats n'existe pas encore dans l'espace OHADA, le recours aux lois nationales s'avère incontournable. La plupart des pays d'expression française, membres de l'OHADA ont conservé le Code civil de 1804. Celui-ci, fait de la cause une condition essentielle pour la validité de l'obligation⁷⁷. L'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations, pour des raisons liées certainement au nécessaire respect de la tradition juridique de base des pays de l'espace OHADA a conservé la notion de cause⁷⁸. C'est une condition justifiant l'engagement. D'autres dispositions des Actes uniformes existants se réfèrent directement⁷⁹ ou indirectement⁸⁰ à la notion de « contrepartie », c'est-à-dire à la cause entendue comme la raison d'être de l'engagement. Ce qui témoigne de ce que le législateur OHADA n'y est pas resté indifférent. Rien n'interdit, dès lors à un juge d'un pays membre de l'espace OHADA de se servir de la théorie de la cause pour fonder l'admission de l'imprévision. Le juge français l'avait fait en mobilisant à la fois la notion de « cause » et d'« économie générale du contrat ». Par un arrêt rendu le 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que le bouleversement de l'économie d'un contrat à raison du changement des circonstances économiques prive de *cause* un tel engagement, dès lors qu'il rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie ; qu'en conséquence l'obligation qui en découle est sérieusement contestable et emporterait la disparition du contrat⁸¹. La cause, avant son apparente suppression⁸² dans le Code civil actuel français a fait l'objet d'une profonde rénovation par la jurisprudence. Elle joue un rôle non seulement dans la formation mais aussi dans l'exécution des contrats. Il devient dès lors possible de fonder la théorie de l'imprévision sur la cause. On peut en effet présumer que les nouvelles circonstances qui influent sur l'équilibre contractuel ont fait disparaître la cause de l'engagement, tout au moins celle du débiteur de l'exécution. Rénovée, la cause dite « objective » n'est pas seulement un outil destiné à protéger un contractant contre l'absence réelle de toute contrepartie. Elle est aussi un instrument de contrôle de la proportionnalité des engagements contractuels, de l'intérêt et de la cohérence interne du contrat⁸³. Entendue comme le but contractuel commun en vue duquel les parties

⁷⁶ Certains Actes uniformes évoquent le concept de « cause », article 2 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et Voies d'exécution (AUPSRVE), article 36 de l'Acte uniforme portant droit des sûretés (AUS).

⁷⁷ V. Les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil de 1804. L'avant - projet de réforme du Code civil camerounais a maintenu aussi le concept de cause, c'est une condition de validité du contrat (article 1317).

⁷⁸ V. L'article 56.

⁷⁹ V. Notamment les articles 112 de l'Acte uniforme portant droit commercial général (AUDCG) ; 68-1° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPCAP).

⁸⁰ La cause objective est présente dans le contrat de société et logée « dans le but de partager le bénéfice et de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...) », article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE). Cette cause est également présente dans le contrat de transport de marchandises par route, article 3 de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR). V. aussi, la définition du cautionnement (article 13 de l'AUS) et celle de la garantie autonome (article 39 de l'AUS). Le cautionnement trouve sa raison d'être dans l'obligation garantie, d'où se déduit le caractère accessoire, alors que la garantie autonome paraît détachée de l'obligation protégée. La cause est la raison d'être de l'indemnité d'occupation due par le locataire sans droit (article 115 de l'AUDCG), de la commission due au commissionnaire (article 196 de l'AUDCG) etc.

⁸¹ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369, SA Soffimat c/SAS SEC, FD, Juris Data n°2010-010742 ; JCP G, n°43, 25 octobre 2010, 1056, obs. T. Favario ; Savaux (E.), « Frémissement en matière d'imprévision », RDC janvier 2011, p. 34 ; D. 2010, p. 2481, note Mazeaud ; D. 2010, p. 2485, note T. Genicon ; RTD civ. 2010, p. 782, obs. B. Fages.

⁸² Certes la notion de « cause » n'apparaît plus dans le droit des contrats, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats l'a supprimée, mais ses fonctions ont été maintenues. V. Wicker (G.), « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », D. 2015, p. 1557.

⁸³ Mazeaud (D.), « La cause », op. cit., pp. 460-464 ; Même auteur, « Le nouvel ordre contractuel », op. cit., pp. 302-313, spéc. n°s 13, 24 et 30.

ont conclu le contrat, la cause disparaît, lorsque celui-ci ne peut pas ou plus être atteint lors de la phase de l'exécution du contrat. En conséquence, le juge peut remettre en cause des contrats qui sont objectivement équilibrés, en ce sens qu'ils renferment des engagements réciproques, mais qui sont subjectivement déséquilibrés, parce que la réalisation de l'objectif qui avait présidé à leur conclusion n'est plus possible. La cause telle qu'entendue est à la fois un outil de contrôle de l'existence de la contrepartie mais aussi de son insuffisance dans le rapport contractuel surtout à la phase de l'exécution. La cause envisagée comme un outil de contrôle de l'insuffisance de la contrepartie dans le contrat s'accommoderait mieux avec les situations d'imprévision. La survenance du déséquilibre rendant l'exécution du contrat plus onéreuse pour l'une des parties se traduit le plus souvent par une disparition partielle de la cause de l'obligation du débiteur. Une doctrine autorisée⁸⁴ corrobore cette vue en affirmant fort pertinemment que « Lorsque les prévisions extrinsèques d'un ou des contractants sont déjouées, il semble rarissime que cela se traduise par une disparition totale de la cause de l'obligation du débiteur. C'est plus généralement un déséquilibre relatif qui est engendré, qui ne pourrait être saisi par la cause que si les juges acceptaient d'en sanctionner la disparition partielle ».

22. En somme, nous exhortons les juges appelés à appliquer le droit OHADA à tirer utilité de toutes les ressources juridiques existant dans ce droit pour sanctionner les déséquilibres contractuels les plus inadmissibles. Poursuivre l'exécution d'un contrat devenu une charge excessive est moralement admissible au nom du respect de la parole donnée mais économiquement inacceptable si cela mène le contractant à la ruine. Certains mécanismes ne procédant pas directement de la théorie de l'imprévision autorisés en droit OHADA fonderaient plus ou moins cette dernière.

B- L'immersion dans certains mécanismes admis en droit OHADA

23. La théorie de l'imprévision est immergée dans certains mécanismes prévus en droit OHADA. Une analyse méticuleuse de quelques dispositions de l'AUDCG⁸⁵, l'AUPCAP⁸⁶ et l'AUCTMR⁸⁷ révèlent l'existence en droit OHADA de remèdes au rejet de la théorie classique de l'imprévision. La proximité des conditions de la théorie de la force majeure avec celle de l'imprévision avaient conduit certaines juridictions situées en dehors de l'espace OHADA à assimiler les deux mécanismes. La dilatation de la notion de force majeure pourrait dès lors constituer une importante potentialité à l'admission de la théorie de l'imprévision dans le droit actuellement applicable dans l'espace OHADA.

24. L'examen des mécanismes prévus dans certaines dispositions de l'AUDCG (1) précédera celui des mécanismes autorisés dans les Actes uniformes relatifs aux procédures collectives et au contrat de transport de marchandises par route (2).

1- Les mécanismes prévus dans certaines dispositions de l'AUDCG

25. Les mécanismes ici mobilisés permettent de trouver en droit OHADA des points d'ancrage à la théorie de l'imprévision. Quelques dispositions recensées dans l'AUDCG, serviront de base de vérification de ce postulat.

26. L'AUDCG, dans sa partie relative à la vente commerciale retient des directives d'interprétation de ce contrat⁸⁸. L'article 238 de l'AUDCG révisé énonce à son alinéa 1 que

⁸⁴ Lécuyer (H.), « Le contrat, acte de prévision », op. cit., p. 657.

⁸⁵ V. note n°37.

⁸⁶ Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif entré en vigueur le 24 décembre 2015. Il remplace l'AUPCAP originel du 10 avril 1998.

⁸⁷ Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

⁸⁸ Adjita Akrawati (S.), « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », Penant n°841, octobre-décembre 2002, p. 473.

« Lorsqu'une clause est ambiguë, la volonté d'une partie doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement ». Cette disposition appelle à des analyses. Premièrement, il est possible aux contractants de prévenir l'imprévision en prenant en main par des clauses contractuelles les risques résultant d'un éventuel changement de circonstances au cours de leur contrat. L'absence explicite de la révision du contrat pour cause d'imprévision en droit OHADA inciterait⁸⁹ même les parties à insérer dans leur contrat les clauses bien connues du droit du commerce international⁹⁰ telles que : les clauses de variation de prix et de *hardship*. Si les parties sont en mesure d'anticiper sur la survenance d'un risque de changement de circonstances, il convient de penser que la théorie de l'imprévision, bien que non explicitement consacrée en droit OHADA n'y est pas totalement absente. Deuxièmement, le juge n'est autorisé à interpréter le contrat qu'en présence d'une clause ambiguë⁹¹. Pareille précaution permet de rationaliser et de contrôler l'intervention du juge sur le contrat, considéré traditionnellement comme la chose des parties.

Troisièmement, la référence à la « personne raisonnable (...) » comme directive d'interprétation ne saurait laisser l'attention indifférente. Elle instille une bonne dose de souplesse, de flexibilité, de juste mesure, d'empirisme et d'équité dans l'appréhension du contrat. Le droit moderne des contrats se réfère de plus en plus au standard du « raisonnable », faisant ainsi émerger un droit des contrats objectivé en rupture avec l'approche classique et civiliste de la matière basée sur une conception rigide de la force obligatoire⁹². Le « raisonnable » s'impose désormais comme un standard de droit commun qui, permet d'analyser des comportements par référence à un type moyen et normal de conduite. La référence à la « personne raisonnable (...) placée dans la même situation » est une méthode d'interprétation objective qui permet au juge d'enrichir le contenu contractuel ou de l'adapter. La finalité qui y est poursuivie est constructive et créative⁹³. Dès lors, le juge pourrait imposer une renégociation du contrat aux parties ou procéder à son adaptation en considérant qu'« une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation (...) », n'aurait pas accepté assumer le risque d'imprévision survenu lors de l'exécution du contrat, surtout lorsque les parties se sont engagées au regard d'une situation reflétant un certain équilibre des prestations lors de sa formation. Le juge, pour

⁸⁹ Cette incitation serait d'autant plus accrue et aiguë parce que l'article 239 de l'AUDCG prévoit que « Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée ». Les usages professionnels et les pratiques établies dont parle l'article 239 sont en faveur de l'anticipation de l'imprévision par les parties qui adoptent souvent des clauses contractuelles en réponse aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire. L'AUDCG, s'est inspiré en grande partie des dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, aucune d'elles ne permet de fonder expressément la révision pour imprévision, mais encouragent les parties à prévoir elles-mêmes la révision du contrat, sans le secours d'un juge. Sous réserve des Principes Unidroit qui consacrent expressément la théorie de l'imprévision, il est établi qu'en matière de commerce international, la révision pour imprévision est toujours conventionnellement organisée.

⁹⁰ V. Badawe Kalniga (D.), *L'imprévision en droit du commerce international*, Mémoire, Master Recherches, Université de Ngaoundéré 2018, p. 13 ; Oppetit (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », JDI Clunet 1974, p. 974 ; Fontaine (M.), « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », Droit et Patrimoine du commerce international 1976, p. 42.

⁹¹ En matière de vente commerciale, le juge ne peut se livrer à l'interprétation des usages et des habitudes que si l'intention des parties est mal exprimée, v. CCJA, 1^{ère} ch., arrêt n°064/2005, 22 décembre 2005, Aff. SANY Quincaillerie C/ SUBSAHARA SERVICES NC, Rec. CCJA n°06, 2005, p. 54, OHADATA J-06-39.

⁹² Maud Lagelée (H.), « Le « Raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », RDC 2018, n°03, p. 473.

⁹³ Braz (N. M.), « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation *in favorem* », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, n°01, p. 193.

déterminer la volonté d'une partie doit aussi tenir compte des circonstances de fait, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, voire des usages en vigueur dans la profession concernée.

27. Un point d'ancrage et non des moindres à la théorie de l'imprévision pourrait se trouver dans le mécanisme de la force majeure. Parlant de l'exonération de responsabilité, l'article 294 de l'AUDCG dispose que « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ». De cette disposition, l'on peut relever sans grandes difficultés quelques points de similitude entre la force majeure et l'imprévision. Les deux situations sont des obstacles à l'exécution d'une obligation qui répondent aux mêmes critères à savoir : l'imprévisibilité et l'extériorité de l'événement. L'événement constitutif de force majeure ou d'imprévision se trouve hors de la sphère de la volonté des parties⁹⁴. Cependant, les deux mécanismes se distinguent fondamentalement au niveau de leurs effets, mieux la conséquence de l'événement sur l'obligation contractuelle. Sous ce prisme, il y a lieu de considérer que l'imprévision se distingue doublement de la force majeure⁹⁵. Cette dernière rend l'exécution de l'obligation objectivement impossible⁹⁶, ce qui emporte comme conséquence l'exonération de la partie qui ne l'a pas exécutée. En revanche, l'imprévision n'entraîne pas l'impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle mais rend simplement cette exécution beaucoup plus onéreuse pour le débiteur. La conséquence qui en résulte est : soit une obligation de renégocier le contrat, soit sa révision ou sa résiliation.

28. Malgré cette différence, la doctrine⁹⁷ a pu relever « le glissement imperceptible d'une notion à l'autre » qui est souvent fait. On peut dès lors se demander s'il n'est pas opportun, en l'absence d'une consécration expresse de la théorie de l'imprévision, d'exploiter à bon escient les potentialités de la force majeure en vue d'une plus grande ouverture à l'admission de la théorie de l'imprévision ? Allant dans le sens d'une interprétation extensive de l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) qui prévoit comme l'article 294 de l'AUDCG précité l'exonération de responsabilité pour cause de force majeure, la Cour de cassation belge a jugé dans un arrêt du 19 juin 2009 qu'une partie pouvait être exonérée de sa responsabilité en cas, non pas de force majeure, mais de circonstances non raisonnablement prévisibles. De manière précise, le juge suprême belge a affirmé que : « En matière de contrats de vente internationale de marchandises, 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 indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations ». Il est ajouté que « la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat »⁹⁸. Sans remettre en cause la nécessaire distinction entre la force majeure et l'imprévision, cet arrêt fait montre d'un pragmatisme remarquable puisqu'il contourne la carence législative du texte des Nations Unies en matière

⁹⁴ V. Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations*, tome 1 : *Contrat et engagement unilatéral* : PUF, Coll. « Thémis droit », 4^e éd., 2016, n°665.

⁹⁵ V. Fauvarque-Cosson (B.), « Le changement de circonstances », op. cit., p. 67, n°3.

⁹⁶ Selon un arrêt de la Cour de cassation française rendu le 4 août 1915 « Il n'y a pas force majeure, si l'événement survenu le débiteur avait la possibilité d'exécuter (...) à des conditions plus onéreuses, quitte à se ruiner », Cass. civ. 4 août 1915, Dalloz 1916, 1^{re} partie, p. 22.

⁹⁷ Fauvarque-Cosson (B.), « Le changement de circonstances », op. cit., n°35.

⁹⁸ C. Cass. belge, 19 juin 2009, RDC 2009, p. 737, obs. K. Szychowska ; DA QR 2010/94, obs. Philippe ; Fauvarque-Cosson (B.), « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », RDC 2010, n°4, p. 1405.

d'imprévision. Bien que l'article 79 de la CVIM ne mentionne guère le changement de circonstances rendant l'exécution du contrat onéreuse comme cause d'exonération de responsabilité, l'arrêt précité le considère comme un empêchement indépendant de la volonté du débiteur susceptible de l'exonérer. Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme « empêchement » à un événement qui rend l'exécution de l'obligation absolument impossible, même les situations de « hardship » paraissent aussi visées⁹⁹.

29. Il est vrai que la plupart des dispositions de l'AUDCG s'inspirent de celles de la CVIM, mais le chapitre V sur « l'exonération de responsabilité » dans lequel se trouve l'article 294 de l'AUDCG n'est pas littéralement rédigé en des termes identiques que la section IV sur « l'exonération » (article 79) de la CVIM, mais ces deux dispositions procèdent d'un même esprit, d'une même *ratio legis*. Il est possible dès lors d'étendre le domaine de l'article 294 de l'AUDCG aux situations d'imprévision. Cette extension est d'autant plus plausible à l'observation de l'emploi de l'adverbe « notamment » par le législateur OHADA, lequel traduit davantage une énumération indicative qu'exhaustive. Aussi ne perdons-nous pas de vue, comme mis en exergue dans les développements qui précèdent que les parties à un contrat de vente commerciale tel que réglementé par l'AUDCG sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elle irrigue tout le processus contractuel. Les dispositions encadrant la vente commerciale doivent être interprétées en considération de ce standard. Parce que puisant leur principale source d'inspiration dans la CVIM¹⁰⁰, les dispositions de l'AUDCG doivent être interprétées à la lumière des dernières évolutions juridiques internationales qui sont en faveur de la renégociation ou de l'adaptation du contrat lorsque survient un changement de circonstances imprévisible lors de la formation du contrat qui rend son exécution beaucoup plus onéreuse. Les Principes Unidroit, les Principes du Droit Européen des Contrats et ceux Contractuels Communs élaborés par l'Association Henri Capitant qui ont consacré la théorie de l'imprévision influencent significativement les législations nationales. La fréquence des clauses de *hardship* dans les contrats a convaincu certains auteurs¹⁰¹ à la considérer comme « un usage du commerce international », au point que par une inversion de la présentation classique, « c'est l'intangibilité de l'accord qui devra faire l'objet de la prévision contractuelle ». En ce sens, l'on pourrait aussi justifier la révision pour imprévision en droit OHADA en se fondant sur l'article 239 de l'AUDCG qui dispose que « Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée ».

⁹⁹ Le septième avis du comité consultatif de la CVIM (CISG Advisory Council) relatif à l'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 a adopté cette interprétation. Selon une de ses notes, « 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 ». Le comité consultatif de la CVIM (CISG Advisory Council) est un organisme privé créé en 2001 sous l'impulsion de la Pace University (Etat de New York) et du Centre d'études de droit commercial de Queen Mary (Londres) dont le but est de promouvoir l'interprétation et l'application uniformes de la Convention de Vienne en rendant des avis élaborés sur sa propre initiative ou à la demande d'institutions internationales, d'organisations professionnelles ou de juridictions ; v. Fauvarque-Cosson (B.), « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », op. cit, p. 1407.

¹⁰⁰ Fénéon (A.), « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », Penant n°853, p. 464 ; Fénéon (A.) et Gomez (J. R.), « Le droit de la vente commerciale », Cahiers Juridiques et Fiscaux, n°2, 1998, p. 271 ; Issa Sayegh (J.), « La vente commerciale en droit OHADA : apports et emprunts », European Journal of Law Reform 2011 (13) 3-4, p. 344.

¹⁰¹ V. Deumier (P.), « Vente commerciale de marchandises : qualification de la vente et changement de circonstances économiques », RDC 2005, p. 456 et s., spéc. p. 462.

2- Les mécanismes prévus dans certaines dispositions de l'AUPC et l'AUCTMR

30. L'AUPC comporte des ingrédients juridiques qui, permettraient de traiter les situations d'imprévision. D'ailleurs, il est établi que le droit des procédures collectives dispose des règles qui portent atteinte aux principes généraux de droit commun des contrats comme la force obligatoire¹⁰². Aussi compare-t-on cette discipline « à l'état d'urgence, qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain »¹⁰³. Dans l'affaire Cœur Défense, la chambre commerciale de la Cour de cassation française, après avoir invalidé un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait affirmé que : « (...) hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements (...) »¹⁰⁴. Cette affirmation avait conduit certains auteurs¹⁰⁵ à considérer que le droit des entreprises en difficulté consacre en droit français une possibilité de révision des contrats que le droit civil continue à récuser par principe. Cet arrêt fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde un outil de résolution d'un phénomène imprévu et d'une difficulté trouvant sa source dans un contrat affecté par l'imprévision. La force obligatoire du contrat se trouve ainsi fragilisée.

31. Une analyse du régime des contrats en cours dans l'AUPC¹⁰⁶ permet de constater une fragilisation de la portée de la force obligatoire du contrat. Les articles 108 et 109 de l'AUPC révisé donnent au syndic la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours. Le syndic peut prendre la décision de ne pas poursuivre le contrat, ou lorsque, après avoir exigé l'exécution d'un contrat en cours, il lui apparaît que ce contrat n'est pas ou plus utile à la poursuite de l'activité ou à la sauvegarde de l'entreprise débitrice. Dans cette hypothèse, le juge-commissaire, à la demande du syndic peut prononcer la résiliation dudit contrat. De ce qui précède, il apparaît dès lors que le syndic peut décider de mettre fin de manière anticipée à un contrat dont un déséquilibre est survenu pendant son exécution. Un contrat déséquilibré

¹⁰² V. Lafaurie (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, Thèse, Université de Bordeaux 2017, p. 59, n°47 ; Montredon (J. F.), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », JCP E, 15156, 1988, p. 269 et s. ; Monserie (M. H.), « Aperçu sur les rapports récents de la confrontation des droits des procédures collectives et du droit des obligations », Mélanges, M. JEANTIN, *Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 429 ; Stagnoli (N.), *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, Mémoire de DEA-Droit des affaires, Université Robert Schuman de Strasbourg 2002-2003, 108p ; Pétel (Ph.), « Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté », JCP N, 1992, p. 125 ; Brunetti-Pons (C.), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTD com, 2000, 783.

¹⁰³ Guyon (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », Mélanges J. GHESTIN, *Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 405, n°1 ; Modi koko bebey (H. D.), « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », in *L'obligation*, Etudes offertes au Professeur Paul-gérard pougoue, Harmattan Cameroun 2015, p. 490.

¹⁰⁴ Cass. com., 8 mars 2011, n°10-13988, 10-13990, Bull. civ. IV, n°33 ; D. 2011. 743, obs. A. Lienhard, 919, note P. M. Le Corre ; JCP E 2011, 1215, note A. Couret et B. Dondero ; RTD civ. 2011, p. 351, obs. B. Fages ; RTD Com. 2011, p. 420, obs. J. L. Vallens ; Rev. soc. 2011, p. 404, étude B. Grelon ; Rev. proc. coll. Mars 2011, repère 2, obs. M. Menjucq ; APC 2011-7, comm. 106, obs. B. Saintourens. V. aussi l'affaire Société photo service du 26 juin 2007 : Cass. com., 26 juin 2007 n°06-17821, Bull. civ. IV, n°176 et 177 ; D. 2007. 1864, obs. A. Lienhard ; Rev. proc. coll. 2006, p. 225, obs. J. Fraimout et p. 254, obs. P. Roussel Galle ; LPA, 22 décembre 2006, n°255, p. 13, obs. S. Prigent.

¹⁰⁵ Lucas (F. X.), « L'éligibilité des holdings à la sauvegarde », Editorial, BJS avril 2011, p. 281 ; « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », Editorial, BJS, mars 2010, p. 211 ; Fages (B.), « Cœur défense contre Canal de craponne ? », RTD civ. 2011, p. 351.

¹⁰⁶ Sur les contrats en cours en droit OHADA, v. Bekono Nkoa (W.), *Les contrats en cours dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Mémoire, Master-Recherches, Université de Ngaoundéré 2011, 83p. ; Youbi Bouhari (M.), « Le régime des contrats en cours (A l'exclusion du bail commercial et des contrats de travail) dans les procédures curatives d'insolvabilité », Penant n°906, Janvier- Mars 2019, p. 77 ; Ngnintedem (J. C.), « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », Revue de droit uniforme 2009, pp. 181-213.

ou dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse à cause d'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion peut être jugé inutile ou ruineux pour le débiteur et servir ainsi de motif au syndic pour ne plus le poursuivre. On comprend par-là que le régime des contrats en cours est une illustration de l'aptitude des procédures collectives à pallier l'absence de traitement de l'imprévision en droit commun. C'est un remède à la rigueur de la théorie classique de l'imprévision¹⁰⁷ puisque les solutions offertes par ce droit spécial permettent de contourner les règles du droit commun des contrats qui promeuvent l'irrévocabilité du lien contractuel.

32. Par ailleurs, un examen des conditions d'ouverture des quatre procédures collectives prévues par l'AUPC laisse apparaître une imprécision de la nature des difficultés, laquelle permettrait de prendre en considération celles constitutives de l'imprévision. De ces quatre procédures, la conciliation et le règlement préventif retiendront l'attention. L'article 5-1 de l'AUPC révisé¹⁰⁸ fait bénéficier la procédure de conciliation aux personnes physiques et morales qui « connaissent des difficultés avérées ou prévisibles, mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements ». Les difficultés auxquelles fait allusion cette disposition peuvent bien trouver leur source dans un contrat affecté par l'imprévision. Dans la même veine, l'article 6 de l'AUPC révisé dispose que « Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses ». Celles-ci pourraient bien désigner un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui en rend l'exécution excessivement onéreuse pour le débiteur. Dès l'ouverture de cette procédure, les créanciers dont les créances sont nées antérieurement à la décision d'ouverture ne peuvent plus exercer les poursuites individuelles, ni réclamer le paiement des dettes, encore plus saisir les biens du débiteur. Les contrats affectés par l'imprévision peuvent être renégociés par les parties sous les auspices de l'expert désigné par le président de la juridiction compétente. L'ouverture de la procédure de règlement préventif ne doit dès lors pas être considérée comme un moyen pour le débiteur de se soustraire à l'exécution de ses obligations contractuelles.

33. L'AUCTMR, bien que n'indiquant pas de manière explicite dans l'une de ses dispositions, une situation pouvant être qualifiée d'imprévision envisage tout de même un changement de circonstances depuis la conclusion du contrat. Aux termes de l'article 12 (alinéas 1 et 2) de l'AUCTMR, « 1. *Le transporteur doit sans délai aviser et demander des instructions :*

a) à l'ayant droit à la marchandise si, avant l'arrivée de la marchandise au lieu prévu pour la livraison, l'exécution du contrat dans les conditions prévues à la lettre de voiture est ou devient impossible ;

b) à l'expéditeur si, après l'arrivée de la marchandise au lieu de destination, pour un motif quelconque et sans qu'il y ait faute de la part du transporteur, il ne peut effectuer la livraison.

2. Dans le cas prévu à l'alinéa 1 a) ci-dessus, lorsque les circonstances permettent l'exécution du contrat dans des conditions différentes de celles prévues à la lettre de voiture et que le transporteur n'a pu obtenir en temps utile des instructions de l'ayant droit à la marchandise, il prend les mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de cette personne ». Ce texte pose l'obligation spéciale de s'informer à la charge du transporteur qui

¹⁰⁷Lafaurie (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, op. cit., p. 60, n°48.

¹⁰⁸ Pour toute étude sur la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) intervenue le 10 septembre 2015, v. Dossier spécial, *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Droit et Patrimoine n°253, décembre 2015, 29 ; Akono Adam (R.), « Regard sur les innovations introduites par la réforme du 10 septembre 2015 dans les procédures collectives de l'OHADA », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n°22, octobre-novembre-décembre 2015, p. 4 ; RRJ 2015-4, p. 1842 ; Penant n°897, octobre-décembre 2016, p. 449 ; Berard (P. Y), « DROIT DE L'OHADA-PROCÉDURES COLLECTIVES, Le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Banque*, Avril 2016, n°795, p. 75.

ne se confond pas avec le devoir de s'informer ou de se renseigner traditionnellement étudié par la doctrine¹⁰⁹. Celui-ci suppose que les deux parties ont un égal accès à l'information, de sorte qu'aucune n'est tenue d'informer l'autre. Chaque partie a le devoir de rechercher l'information qui l'intéresse et ne peut reprocher à l'autre de ne pas lui avoir transmis cette information¹¹⁰. L'examen du contenu de l'obligation spéciale de s'informer à la charge du transporteur envisage deux hypothèses bien distinctes dans lesquelles le transporteur doit solliciter des instructions : d'une part l'empêchement au transport, d'autre part l'empêchement à la livraison. Sans qu'il soit nécessaire de s'attarder de manière plus dense à ce contenu, parce que ne constituant pas l'objet principal de cette étude, force est de constater que l'article 12 est l'expression du devoir de coopération nécessaire dans l'exécution du contrat de transport. Ce devoir est une des déclinaisons du devoir de bonne foi, lequel comme souligné plus haut fonderait l'admission de la théorie de l'imprévision en droit OHADA. Ces données sont au cœur du « solidarisme contractuel »¹¹¹, théorie qui, au nom d'une certaine éthique contractuelle, se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et le respect de l'intérêt légitime de son partenaire. C'est dire que dans l'hypothèse d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, les parties sont tenues de coopérer et collaborer en vue d'une exécution satisfaisante, dans leur intérêt juste et mutuel.

Certes, l'alinéa 1 de l'article 12 semble renvoyer à la théorie de la « force majeure » lorsqu'il emploie la formule « (...) l'exécution du contrat dans les conditions prévues à la lettre de voiture est ou devient impossible (...) », mais cette impression est rapidement démentie par l'alinéa 2 du même article qui affirme que « (...) lorsque les circonstances permettent l'exécution du contrat dans des conditions différentes de celles prévues à la lettre de voiture et que le transporteur n'a pu obtenir en temps utile des instructions de l'ayant droit à la marchandise, il prend les mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de cette personne (...). A la réflexion, le deuxième alinéa de l'article 12 viserait une situation d'imprévision. En effet, certaines circonstances qui ne rendent pas l'exécution du contrat impossible, mais difficile ou dans des conditions différentes de celles prévues à la lettre de voiture obligerait le transporteur à l'adapter dans l'intérêt de l'ayant droit à la marchandise. La proximité avec la théorie de l'imprévision est d'autant plus admise que le texte susvisé ne détermine pas les circonstances, événements ou faits susceptibles de rendre l'exécution du contrat impossible ou difficile. Le législateur n'indique point la nature de la cause de l'empêchement¹¹², ce qui conduit à considérer que toute cause quelconque fût - elle constitutive d'imprévision est à retenir.

34. Hormis ces mécanismes, l'analyse des dispositions des Actes uniformes montre que le législateur OHADA n'est pas resté indifférent au pouvoir d'ingérence du juge dans le contrat

¹⁰⁹ V. Jourdain (P.), « Le devoir de se « renseigner » (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignements) », D. 1983, chron., p. 139 ; Le Tourneau (Ph.), « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, chron., p. 101 ; De Juglart (M.), « L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945. 1 ; Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992 ; Alisse (J.), *L'obligation de renseignements dans les contrats*, Thèse Paris, 1975 ; Boyer (Y.), *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Thèse Aix-Marseille, 1977.

¹¹⁰ Selon un auteur (Jourdain (P.), op. cit.), « le devoir de se renseigner est un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception ». Dans certains cas, l'obligation de s'informer peut consister pour une partie à se renseigner pour pouvoir informer l'autre. Il s'agit alors d'une hypothèse où un contractant supporte effectivement une obligation de fournir des informations à son partenaire mais ne peut valablement l'exécuter qu'en s'informant elle-même au préalable. L'obligation de s'informer à la charge du transporteur ne correspond à aucune de ces hypothèses. Il s'agit plutôt d'une obligation légale imposée par l'AUCTMR au transporteur (v. Akam Akam (A.), « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : Le Droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », RRJ, 2006-3, p. 1661, spéc. n°29).

¹¹¹ Sur cette doctrine, v. notamment, Jamin (ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *le contrat au début du 21^{ème} siècle*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, p. 441.

¹¹² En ce sens, v. Akam Akam (A.), « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : Le Droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », op. cit., p. 1662, spéc. n°31.

et à celui des parties dont la possibilité leur est désormais reconnue de rompre unilatéralement le contrat. Autant de pouvoirs qu'on ne saurait guère dissocier de la question de l'imprévision.

C-L 'immersion dans les pouvoirs reconnus à certains acteurs du contrat

35. Les acteurs du contrat dont il est question ici sont principalement les « contractants » et le « juge ». Les pouvoirs qui leur sont reconnus ne paraissent pas être dissociés de la question de l'imprévision. En effet, le législateur OHADA dans certains Actes uniformes autorise le juge à s'ingérer dans la sphère contractuelle. Cette habilitation légale ne saurait nous laisser indifférente (1). La théorie de l'imprévision s'est enrichie des prérogatives accordées aux parties à la relation contractuelle. Traiter de cette théorie de nos jours ne revient pas seulement à s'interroger sur l'attitude du juge face au contrat, mais aussi à celle des parties. La forte montée de l'unilatéralisme dans le droit moderne des contrats¹¹³ invite à investiguer sur sa possibilité ou son aptitude à servir de socle ou de réceptacle à la théorie de l'imprévision. Le droit OHADA, non indifférent à l'ascension de l'unilatéralisme donne la possibilité à une partie, dans des conditions précises de rompre unilatéralement le contrat (2).

1- L'ingérence du juge dans la sphère contractuelle

36. Le rôle du juge dans le contrat apparaît de plus en plus actif. Du magistrat qui s'interdit, au nom des articles 1134 et 1156 du Code civil de 1804, toute atteinte à la matière du contrat, on glisse imperceptiblement vers un juge sensible aux valeurs de l'équité, de loyauté, de proportionnalité, de l'équilibre, de civisme, de cohérence, de solidarité ou de dignité humaine qui, résout ou modifie la convention devenue excessivement déséquilibrée¹¹⁴. Loin d'être « l'ennemi contractuel numéro un », le magistrat se fait « partenaire des contractants »¹¹⁵. Son sens de mesure, de modération et de sagesse lors de l'exercice de son pouvoir de révision dans le contrat a même été salué par la doctrine¹¹⁶. Un auteur¹¹⁷, pour justifier les atteintes portées au contrat, tout en illustrant le dynamisme du juge, souligne avec pertinence que « Depuis quarante ans désormais, le juge s'est accoutumé à ce qu'on ne lui demande plus seulement de juger le passé mais aussi de préparer l'avenir et de rétablir la balance au profit de la partie faible. Plus uniquement arbitre impartial devant trancher entre deux plaideurs, le magistrat est devenu aussi ce qu'on appelle parfois un « régulateur ». Ce juge ne juge plus seulement en suivant la règle de droit, mais également en recherchant l'intérêt social ou l'équilibre économique. On lui demande d'instaurer un nouvel ordre, nouvel ordre familial, contractuel ou économique, et les parties vont devoir vivre avec sa décision. Pas uniquement juriste, il doit désormais aussi être un ingénieur social et un économiste ».

37. En droit OHADA, le législateur bien que n'ayant pas consacré explicitement la théorie de l'imprévision, n'est pas resté néanmoins de marbre sur la question de l'interférence du juge dans le contrat. Quelques dispositions des Actes uniformes hâtivement sélectionnées illustrent la possibilité qu'a le juge de s'immiscer dans le contrat. Premièrement, il peut modifier les modalités de l'engagement des parties au contrat. Dans cette perspective, l'article 39 de l'AUPSRVE permet à la juridiction compétente, sauf pour le cas des dettes d'aliments et celles cambiaires, de reporter ou d'échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier. Deuxièmement, il peut réviser la substance d'un contrat en rehaussant ou en baissant l'obligation d'un des contractants. En ce sens, l'article 117 de l'AUDCG accorde un pouvoir discrétionnaire et souverain au juge dans la fixation du nouveau montant

¹¹³ V. Mekki (M.), « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », op. cit., p. 401.

¹¹⁴ En ce sens, Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 203, n°316.

¹¹⁵ En ce sens, Mazeaud (D.), « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », op. cit., p. 235, n°4.

¹¹⁶ Ibid. p. 239, n°8.

¹¹⁷ Vigneau (V.), « Le juge et l'équilibre du contrat », *Introduction*, LPA, 30 mars 2018, n°065, p. 4.

de loyer¹¹⁸. Certes, le montant du loyer est librement fixé par les parties, mais celui-ci est révisable. A défaut d'accord écrit entre les parties sur le nouveau montant du loyer, la juridiction compétente, statuant à bref délai, est saisie par la partie la plus diligente.

38. Outre ces indications qui précèdent, il convient de relever que dans les Etats parties au Traité OHADA qui ont maintenu le Code civil de 1804, l'article 1135 habilite le juge à s'immiscer dans le contrat par interprétation de la loi. Cet article constitue une permission donnée au juge de compléter le contenu du contrat. Une thèse¹¹⁹ avait néanmoins démontré que ce texte ne constitue pas un prétexte d'une judiciarisation du contrat, le juge ne l'exploite qu'avec mesure et modération. Bien que pertinente, cette réserve ne fait pas complètement occulter l'idée selon laquelle, l'article 1135 du Code civil est le fondement légal de l'immixtion du juge dans le contrat. Cette reconnaissance légale du pouvoir d'ingérence du juge dans le contrat offre à notre sens un terrain d'élection fertile à la réception de la théorie de l'imprévision en droit OHADA. La question de l'ingérence du juge dans le contrat est au cœur de la théorie de l'imprévision. Admettre la possibilité pour le juge de réviser le contrat, même seulement pour certains contrats spéciaux, implique nécessairement qu'il pourrait le faire aussi dans l'hypothèse d'un changement imprévisible de circonstances lors de la conclusion du contrat qui, en rend l'exécution excessivement onéreuse. Bref, la crainte de la révision judiciaire du contrat paraît minimisée en droit OHADA.

2- L'ingérence du pouvoir de la volonté unilatérale

39. Classiquement appréhendé comme le fruit d'un accord de volontés, le contrat de nos jours est le siège d'une multitude de pouvoirs unilatéraux¹²⁰. Fondé sur l'impératif d'efficacité économique, l'unilatéralisme apparaît comme l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté. Par ce procédé, une partie impose à son cocontractant un effet juridique contraignant sans recourir à son accord. L'unilatéralisme se manifeste aussi bien à la phase précontractuelle que contractuelle. S'agissant de cette dernière, les pouvoirs unilatéraux peuvent être exercés soit au moment de la formation du contrat, soit au moment de son dénouement. Concernant la phase du dénouement du contrat, la jurisprudence française¹²¹ suivie en cela par la loi ont admis la résolution unilatérale pour inexécution. Le droit OHADA n'est pas resté indifférent à ce mouvement de privatisation des sanctions du manquement contractuel. A ce sujet, l'article 281 de l'AUDCG dans son titre V (Inexécution et Responsabilité) pose d'abord le principe de la rupture judiciaire du contrat pour inexécution, ensuite reconnaît le droit à une partie de mettre fin au contrat de façon unilatérale à ses risques et périls lorsque le comportement de son cocontractant a été grave. Plus précisément, l'alinéa 2 de l'article 281 est ainsi libellé en ces termes « Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. La gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente ». Une autre manifestation de l'unilatéralisme et non des moindre est la réfaction unilatérale du contrat. Définie comme une modification du contrat en réaction à son inexécution, qui se traduit par un réajustement de la prestation du contractant victime du

¹¹⁸ CCJA, 1^{ère} ch., Arrêt n°056/2016, 21 avril 2016, Affaire Monsieur Dalquier Maurice et consorts C/ Monsieur Koudou Dago, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de Procédure et d'Arbitrage, Jurisprudence Annotée, CODE BLEU*, op. cit., p. 219.

¹¹⁹ Jacques (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse dactyl., Paris XII, 2003.

¹²⁰ Pour une étude globale de l'unilatéralisme en droit des obligations, v. Jamin (C.) et Mazeaud (D.) (s/d.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Coll. Etudes Juridiques, Economica 1999, 103p ; Delobel (C.), *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, Thèse Université de Nice Sophia -Anti polis, 2011, 676p.

¹²¹ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, D. 1999, p. 197, note C. Jamin et somm.comm. p. 115, obs. P. Delebecque ; Defrénois 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, p. 374, obs. J. Mestre ; Cass. com., 15 nov. 2011, n°10-27. 838, RDC 2012, n°RDCO2012-3-008, p. 787, obs. T. Genicon ; Cass. com., 8 nov. 2017, n°16-22.289, Juris Data n°2017-022485 ; Cass. Civ. 3^e civ., 8 févr. 2018, n°16-24.641, P+B, Juris Data n°2018-001494, JCP G n°16, 16 avril 2018, p. 453, obs. Anne Etienney – de Sainte Marie.

manquement le plus souvent par une réduction du prix¹²². En vertu de cette sanction unilatérale, l'acheteur peut réduire le prix du montant de la différence entre la valeur que des marchandises conformes auraient eu au moment de la livraison et la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient à ce moment.

40. Ces remèdes privés à l'inexécution du contrat ne pourraient-ils pas servir de socle ou de réceptacle à la théorie de l'imprévision ? La notion de « (...) gravité du comportement d'une partie au contrat (...) » n'étant pas définie par le législateur, il n'est pas interdit par exemple de considérer le comportement d'une partie qui, réclame l'exécution d'un contrat excessivement déséquilibré de « grave ». De même, pourrait l'être le comportement d'une partie à un contrat excessivement déséquilibré qui refuse de le renégocier à la demande de son partenaire à la suite de la survenance de l'imprévision. Dès lors, en cas de refus de la renégociation, une partie pourrait bien juger ce comportement de « grave » et mettre fin de façon unilatérale au contrat. Concernant, la réfaction, elle provoque fatalement la révision du contrat, puisque celui-ci sera, pour l'avenir exécuté sans que les prévisions contractuelles initiales soient respectées. Cette sanction heurte de plein fouet le principe de la force obligatoire du contrat. Certes, la réfaction ne vise pas à protéger au premier abord un contractant confronté à un changement de circonstances, mais de sanctionner un manquement contractuel, mais elle donne lieu à la modification du contrat qui, se traduit toujours, au bout du compte, par son rééquilibrage en considération des prévisions initiales. Fort de ce constat, on peut s'autoriser la formulation d'un postulat selon lequel, il ne serait pas contraire à une vision plus dynamique et pragmatique du rôle du juge, spécialement en matière économique, d'étendre le domaine de la réfaction à la théorie de l'imprévision. La réfaction, permet un maintien des liens contractuels et la préservation de l'équilibre initial du contrat. Elle apparaît dès lors, dans une perspective de pérennité contractuelle, à la fois comme un remède contre l'instabilité contractuelle et une sanction des iniquités résultant du contrat¹²³. Qu'elle soit judiciaire ou unilatérale, la réfaction met au centre de la réflexion des questions relatives à l'équilibre du contrat, à sa modification, à la remise en cause de la force obligatoire du contrat, à l'impératif de sécurité juridique et d'efficacité économique. Autant de questions qui sont aussi au cœur de la théorie de l'imprévision. Il n'est dès lors pas inconséquent d'exploiter la réfaction pour pallier au silence actuel gardé par le législateur OHADA sur cette théorie et l'envisager aussi comme un remède au traitement rigoureux réservé à cette dernière par les Etats parties.

41. Au regard de ce qui précède, il apparaît qu'il n'existe de *lege lata* aucune disposition d'un Acte uniforme consacrant explicitement la théorie de l'imprévision en droit OHADA. Cette lacune s'expliquerait peut-être par l'absence pour le moment d'un Acte uniforme portant droit commun des obligations dans l'espace OHADA. Cependant, la lecture et l'exégèse des dispositions actuelles des Actes uniformes offrent d'excellentes pistes favorables à l'admission de la théorie de l'imprévision en droit OHADA. De l'exploitation de celles-ci, il en ressort que la théorie de l'imprévision est dissimulée, immergée dans certains standards juridiques, mécanismes et pouvoirs reconnus explicitement par le législateur OHADA aux acteurs du contrat à l'instar du « juge » et des « contractants ». Immergée de *lege lata*, la théorie de l'imprévision a été envisagée explicitement de *lege ferenda*. Un avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, déposé au Secrétariat permanent de l'OHADA depuis novembre 2015 consacre la théorie de l'imprévision.

II- Une théorie émergée de *lege ferenda*

42. Attaché à sa philosophie de promotion de la sécurité juridique, judiciaire et d'attractivité économique, le législateur OHADA n'a pas voulu que son droit soit isolé dans le monde. La

¹²² Mazeaud (D.), « La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ? », Mélanges en l'honneur de Michel Germain, Lexis Nexis, LGDJ, Lextenso éditions 2015, p. 543.

¹²³ En ce sens, Mazeaud (D.), « La révision du contrat », op. cit., n° 13 ; Adamou (M.), « La révision judiciaire du contrat consécutive à une clause d'imprévision », op. cit., p. 22.

plupart des systèmes juridiques ayant admis la théorie de l'imprévision, le droit OHADA, de *lege ferenda* pose respectivement aux articles 160, 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations ce qui suit : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse sous réserve des dispositions suivantes relatives au bouleversement des circonstances » (article 160). « Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué et que :

- ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ;
- et le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée » (article 161). « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée. La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;
- ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations » (article 162).

43. Ces dispositions qui paraissent s'inspirer de celles des Principes de Droit Européen des Contrats¹²⁴, puisant elles-mêmes leur source des Principes Unidroit¹²⁵ nourrissent la théorie de l'imprévision dans l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations. Une appréhension judicieuse de cette théorie, nécessite que l'on évalue successivement la détermination de l'imprévision (A) et les remèdes envisagés lorsqu'elle survient (B).

A- La détermination de l'imprévision dans le droit prospectif

44. L'étude de la détermination de l'imprévision dans le droit prospectif suggère de jeter un regard sur le domaine (1), la cause, les caractères de l'imprévision (2) et la considération selon laquelle, l'événement ne doit pas constituer un risque accepté par la partie lésée (3). Autant de données susceptibles d'être considérées comme des conditions de déclenchement du mécanisme prévu aux articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations.

45. Leur analyse respective et précise s'impose.

1- Le domaine d'application des articles portant sur la théorie de l'imprévision dans le droit prospectif

46. Du domaine des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations, il est loisible de s'interroger sur la nature des contrats visés par la théorie de l'imprévision. Doit – on distinguer les contrats de droit public et ceux de droit privé ? ; les contrats à exécution successive de ceux à exécution instantanée ? ; les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée ? ; les contrats unilatéraux de ceux synallagmatiques ? ; doit-on inclure les promesses de contrats dans le champ d'application de la théorie de l'imprévision ? De ces interrogations, il apparaît à la lecture des articles précités que tous les contrats, sans distinction de nature sont visés. Les articles précités ne

¹²⁴ V. Article 6 : 111 des Principes du Droit européen des contrats (PDEC).

¹²⁵ V. Articles 6. 2. 2 et 6. 2. 3 (Version 2010).

visent pas à proprement parler un type précis de contrat¹²⁶. Il n'y a pas lieu à distinguer où la loi ne distingue pas.

47. L'accent mis sur la nature des contrats susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la théorie de l'imprévision vient de ce que la révision des contrats pour imprévision est fréquemment perçue comme un facteur d'insécurité juridique pour les transactions¹²⁷. Aussi soutient-on que son domaine doit être restreint à certaines catégories de contrats¹²⁸. La différence de traitement entre les contrats de droit public et ceux de droit privé opérée par certains pays est généralement justifiée par la nécessité d'assurer la continuité du service public et par la réalisation d'une mission d'intérêt général¹²⁹. Cette différence a perdu aujourd'hui de sa superbe parce que le juge administratif a déjà eu l'occasion d'admettre la résolution du contrat à la demande du cocontractant de la personne publique et d'accorder une indemnité compensatrice après l'extinction du contrat¹³⁰. De même, l'argument basé sur l'intérêt général comme fondement de l'admission de la théorie de l'imprévision en droit public ne paraît plus décisif, parce qu'en droit privé, il existe des contrats qui poursuivent la réalisation des activités d'intérêt général¹³¹.

48. Par ailleurs, la prise en compte de l'incidence du facteur temporel sur les contrats a fondé la distinction qui a souvent été faite entre les contrats à exécution successive et ceux à exécution instantanée. Les premiers, parce que les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps rentrent facilement dans le domaine de la théorie de l'imprévision, ce qui en va différemment des seconds. Or le temps peut aussi être problématique dans les contrats à exécution instantanée à terme. Il en va ainsi des contrats portant sur une chose à construire dont la livraison ne pourrait intervenir qu'un ou deux ans plus tard. Seul l'impact du temps sur l'équilibre du contrat doit être pris en considération. Le législateur OHADA, par souci de réalisme ne distingue pas les contrats en fonction de leur nature ou leur modalité d'exécution. Tous les contrats sont visés, à condition qu'ils ne soient pas encore parvenus à leur exécution complète.

2- La cause et les caractères de l'imprévision

49. Le déclenchement du mécanisme prévu aux articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations est soumis à quelques conditions qui constituent autant de preuves à la charge de la partie lésée.

50. Premièrement, il faut une cause qui répond à certaines caractéristiques. Celle-ci consiste à un bouleversement de circonstances, connues de la partie lésée après la conclusion du contrat. La partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération. Ces événements échappent au contrôle de la partie lésée. Certes, la formule de l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme est littéralement différente de celle utilisée par l'article 1195 de l'ordonnance française du 10 février 2016, mais l'esprit reste le même. A la vérité, il s'agit d'un bouleversement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui échappe au contrôle de la partie lésée. Contrairement au législateur français qui emploie les termes de « changement de

¹²⁶ L'avant-projet de Code civil camerounais qui admet la théorie de l'imprévision en son article 1382 ne distingue pas selon la nature du contrat en cause.

¹²⁷ V. Mekki (M.), « Hardship et révision des contrats – 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », JCP G, n°50, 13 décembre 2010, doctr. 1257 ; « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », JCP N, n°3, 20 janvier 2017, act. 155.

¹²⁸ Bouthinon-Dumas (H.), « Les contrats relations et la théorie de l'imprévision », RIDE 2001, p. 339 et s.

¹²⁹ V. Antoine (J.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties : Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », RFDA 2004, p. 80.

¹³⁰ CE, ass., 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg, Rec. CE 1932, p. 1050, concl. Josse ; CE, 12 mars 1976, Dpt des Hautes-Pyrénées, Rec. CE 1976, p. 155.

¹³¹ Mekki (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ 2004.

circonstances », celui OHADA, de *lege ferenda* préfère plutôt l'expression de « bouleversement de circonstances ». Le mot « bouleversement » renvoie l'esprit à une exigence de brutalité, d'ampleur dans la modification de la situation antérieure. Selon le Dictionnaire « Larousse de poche »¹³², le mot « bouleversement » renvoie à l'action, le fait de bouleverser, état, situation, émotion qui en résulte. La première acception du verbe « bouleverser » renvoie à la provocation d'une émotion violente. La deuxième acception suggère l'idée de trouble, de désordre. Autant d'éléments sémantiques qui expriment la brutalité, la soudaineté, la surprise, le caractère abrupt, extraordinaire et imprévisible de l'événement. L'exigence d'un « bouleversement » exclut d'emblée la prise en considération de tout déséquilibre structurel. Le potentiel restrictif des conditions de déclenchement de la théorie de l'imprévision paraît plus important en droit OHADA qu'en droit français. Le mot « circonstances » employé par l'article 161 s'inscrit aussi dans la même logique. Les circonstances sont les « particularités qui accompagnent un fait »¹³³ ou les « choses du moment actuel »¹³⁴. Etymologiquement, les circonstances « désignent un ensemble de faits extérieurs à la personne qu'ils affectent »¹³⁵. L'article 161 ne précise pas la nature des circonstances dont le bouleversement peut altérer fondamentalement l'équilibre des prestations. Faute de précision, les circonstances pertinentes peuvent dès lors être de tous ordres. Elles peuvent être économiques ou financières telle une augmentation du coût des matières premières, l'inflation monétaire, l'évolution de l'offre ou de la demande sur le marché etc. Avant les différentes réformes admettant la théorie de l'imprévision, cette dernière semblait inextricablement liée à une prise en compte d'un bouleversement de circonstances économiques. Les circonstances dont il était question lorsqu'il s'agissait d'évoquer la théorie de l'imprévision étaient originellement les circonstances économiques¹³⁶. De nos jours, le terme a un domaine large¹³⁷. Aussi peut-on inclure les circonstances d'ordre juridiques¹³⁸, techniques, technologiques¹³⁹, fiscales¹⁴⁰, sociales¹⁴¹, politiques ou militaires¹⁴². La liste n'est pas exhaustive.

51. Le bouleversement de circonstances doit avoir été imprévisible au moment de la conclusion du contrat. On perçoit bien la différence entre l'imprévision et la lésion. Cette dernière procède d'un déséquilibre qui intervient à la formation du contrat. La formule employée par l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme selon laquelle « (...) ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

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

¹³² *Dictionnaire Maxipoche* 2012, Larousse V° « Bouleversement », p. 160.

¹³³ Littré E., *Dictionnaire de la langue française*, 1874, Hachette, V° « Circonstances », sens n°1.

¹³⁴ *Ibid.*, sens n°4.

¹³⁵ En ce sens, v. Stoffel-Munck (Ph.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », op. cit., V° « Circonstances » ; aussi, Mekki (M.), « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », BRDA 10/16, spéc. n°6.

¹³⁶ V. notamment : Lasbordes (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Thèse préf. Saint-Alary-Houin C., 2000, PUAM, Institut de droit des affaires, n° 65 ; Saint-Hilaire (J.-P.), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Durand P. (dir.), 1960, LGDJ, p. 189-233, spéc. n° 2 ; Mekki (M.), « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation des droits », JCP G 2010, 1219, spéc. n° 2.

¹³⁷ V. Fortunato (A), « Les circonstances de la révision du contrat », LPA, 11/01/2018, n°009, p. 6.

¹³⁸ Tel un changement de législation rendant l'exécution excessivement onéreuse.

¹³⁹ La découverte d'un procédé rendant obsolète la technologie employée pour l'exécution du contrat ou au contraire une catastrophe technologique, un piratage informatique.

¹⁴⁰ Une augmentation vertigineuse des impôts qui ne permet plus à l'entreprise de supporter ses charges internes et externes.

¹⁴¹ Un mouvement social d'ampleur nationale.

¹⁴² Une guerre, un coup d'Etat.

- ces événements échappent au contrôle de la partie lésée (...) », mérite de passer au crible d'une exégèse.

Tout d'abord, il est manifeste de remarquer que l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme retient une conception bicéphale du bouleversement imprévisible de circonstances, c'est-à-dire une conception objective (événements survenus...)¹⁴³ et celle subjective (événements connus...)¹⁴⁴. Or il est important que l'événement imprévisible soit apprécié objectivement et non pas dans la perspective subjective du débiteur¹⁴⁵. En ce sens, il est souhaitable que seuls les événements inexistantes au moment de la formation du contrat, nés de manière imprévisible au cours de son exécution soient pris en considération. L'événement imprévisible est dès lors celui qu'une personne raisonnable, normalement diligente, n'aurait pas davantage prédit que la partie lésée au moment de l'échange des consentements. La conception objective permet de conserver l'efficacité du mécanisme prévu à l'article 161 puisqu'elle participe de la rationalisation, de la limitation de l'extension excessive et de la dilatation des conditions de déclenchement de la théorie de l'imprévision.

Ensuite, l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme paraît mettre l'accent sur l'intensité du bouleversement. Ainsi, la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération et ceux-ci doivent avoir échappé au contrôle de celle-là. La jurisprudence¹⁴⁶ sur la force majeure¹⁴⁷ devrait être mobilisée par le juge pour mieux cerner l'angle sous lequel l'événement doit être qualifié d'imprévisible et non pas simplement imprévu. Un fait peut bien avoir été prévisible dans sa nature et imprévisible dans son ampleur. Ce qui importe c'est que le fait ait été raisonnablement imprévisible, extérieur et échappant au contrôle de la partie lésée. En effet, le juge est appelé à jouer un rôle non négligeable. Il doit se livrer à une analyse rétrospective pour vérifier qu'au moment de la conclusion du contrat, la survenance de l'événement invoqué n'était pas suffisamment probable pour que les parties puissent l'envisager dans leurs prévisions¹⁴⁸. Il devrait se référer à ce qu'un homme avisé, prudent, diligent aurait dû normalement prévoir, en tenant compte d'indices tels que la soudaineté, la brutalité, la rareté ou l'anormalité de l'événement. Le juge devrait véritablement s'assurer que la modification du droit qui est sollicitée n'est pas destinée à soulager l'impérite d'un contractant qui, aurait dû prévoir le changement de circonstances lui rendant l'exécution excessivement onéreuse. Aussi pensons-nous que le juge ne devrait pas seulement prendre en considération des paramètres essentiellement abstraits, mais aussi ceux concrets en procédant par une appréciation in *concreto*. Sous ce prisme, « il ne s'agira pas tant de rechercher si le demandeur a pu ou non prévoir le changement de circonstances qui est survenu depuis la conclusion du contrat que de rechercher si, compte tenu de la situation personnelle, de l'âge, de la profession, de la formation ou des compétences du demandeur, le contractant moyen auquel il se rattache aurait pu prévoir ledit changement »¹⁴⁹.

¹⁴³ Selon cette conception, l'événement est considéré comme imprévisible quand bien même les parties ne l'auraient pas sincèrement envisagé. Il survient de manière imprévisible lors de l'exécution du contrat.

¹⁴⁴ Selon cette conception, l'événement est considéré comme imprévisible lorsque celui-ci existait au moment de la formation du contrat, mais ignoré des parties.

¹⁴⁵ Le droit des obligations a prévu des instruments et des mécanismes juridiques qui permettent de remédier et de sanctionner les erreurs commises au stade de la formation du contrat. C'est le cas par exemple de la théorie des vices de consentement.

¹⁴⁶ V. Cass. civ., 3^e ch., 9 juill. 2013, n°12-17012 ; Cass. com., 30 mai 2012, n°s 10-17803 et 10-18527.

¹⁴⁷ V. L'article 1218, alinéa 1^{er} du Code civil français : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

¹⁴⁸ Heinich (J.), « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », Gaz. Pal., 12/06/2017, p. 66.

¹⁴⁹ Revet (T.), « Le juge et la révision du contrat », op. cit., p. 373.

52. Deuxièmement, l'effet qui résulte du bouleversement des circonstances est l'altération fondamentale de l'équilibre des prestations. Plus précisément, l'un des membres de l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme dispose que « Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre prestation ait diminué (...) ». De *lege ferenda*, le droit OHADA des contrats n'envisage pas utiliser la formule d'« exécution excessivement onéreuse » employée à l'article 1195 de l'ordonnance française du 10 février 2016. Partant de la formule utilisée à l'article 161, le bouleversement de circonstances ne mérite d'être pris en considération qu'en raison de graves conséquences qu'il produit sur l'équilibre initial du contrat, c'est-à-dire l'économie voulue par les parties. Les événements considérés doivent avoir entraîné une grave et significative perturbation de l'équilibre initial du contrat au point qu'une partie en perde son intérêt. La notion d'équilibre est dès lors au centre de la théorie de l'imprévision. Il s'agit ici de contrôler l'équilibre contractuel non pas au stade de la conclusion du contrat, mais en cours de son exécution. Le déséquilibre contractuel appréhendé provient d'une modification des données externes au contrat, tels que : une augmentation drastique du coût des matières premières, une évolution des cours, des taux d'intérêt ou du coût de la main d'œuvre, l'allongement des délais d'exécution du contrat, la survenance de nouveaux obstacles commerciaux, politiques ou juridiques etc., dont les risques n'ont pas été assumés conventionnellement par l'une des parties. C'est d'ailleurs ce qu'exprime la référence aux phrases contenues à l'article 161 telles que « soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre prestation ait diminué (...) ». Cette précision renvoie, d'une part au renchérissement du coût d'exécution du contrat, d'autre part à la baisse de la valeur de ce que l'on reçoit du contrat en contre partie. Dans cette perspective, certains auteurs parlent de dévalorisation de la créance et d'alourdissement de la dette¹⁵⁰. C'est un rapport coût/avantage négatif. Sous ce prisme, il y a lieu de considérer que le déséquilibre du contrat est fondamentalement altéré lorsqu'il existe une différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Ce qui signifie que le déséquilibre est caractérisé lorsque l'exécution du contrat coûterait beaucoup plus qu'elle ne rapporte.

53. De ce qui précède, on pourrait d'abord se poser la question de savoir si le déséquilibre dont parle l'article 161 doit être examiné à la seule échelle du contrat ou en tenant compte de la personne du débiteur, c'est-à-dire de sa situation économique, sociale et humaine ? Au regard de cette interrogation, l'objectivité exige d'affirmer que le déséquilibre doit être examiné à la seule dimension du contrat, envisagé comme une opération économique pour elle-même, sans égard à la condition des parties. L'article 161 ne fait nulle part mention de l'état de détresse du débiteur ou du risque de sa ruine personnelle. L'article emploie plutôt l'expression de « partie lésée », ce qui désigne indistinctement, soit le débiteur, soit le créancier sans considération de leur situation respective. Cette approche objective recommande de retenir que l'équilibre des prestations est fondamentalement altéré chaque fois que le contrat est excessivement déficitaire pour l'une des parties. Cependant, cette approche ne va pas sans réserves, puisque si le déséquilibre est conçu de manière objective sans égard à la condition des parties, il existe un risque élevé que le texte soit exploité par un contractant en position de force pour arracher une révision à son cocontractant faible dès lors qu'un événement rendra le contrat moins rentable pour lui. Cette perspective serait contraire à l'objectif de justice contractuelle poursuivie par la théorie de l'imprévision. Ensuite, une autre question pourrait être posée, c'est celle de savoir si le manque à gagner subi par la partie lésée devrait aussi être pris en compte ? Autrement dit, la partie lésée s'appauvrit-elle d'un enrichissement manqué ? A cette interrogation, il est judicieux de concevoir l'imprévision de manière restrictive. Tous les déséquilibres contractuels résultant du bouleversement des circonstances ne sont pas constitutifs d'imprévision. La théorie de

¹⁵⁰ V. Stoffel-Munck (Ph.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », op. cit., p. 30 ; « La réforme en pratique : La résiliation pour imprévision », op. cit., p. 263.

l'imprévision concilie à la fois l'impératif de sécurité juridique et celui de justice contractuelle. L'imprévision n'est pas caractérisée par le seul fait que le changement de circonstances crée au profit d'une partie un avantage excessif, sans placer l'autre dans une situation particulièrement difficile en compromettant sa santé financière. On ne s'appauvrit pas d'un enrichissement manqué. Admettre le contraire serait transformer la théorie de l'imprévision en un instrument de réallocation des profits, garantissant une sorte de mutualisation des enrichissements. Allant dans le sens de ce qui précède, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire Churchill Falls (Labrador) a rendu un important arrêt le 1^{er} août 2016¹⁵¹. Cet arrêt, bien qu'ayant mobilisé la bonne foi comme un substitut à l'absence au Québec d'un mécanisme législatif de révision du contrat pour cause d'imprévision¹⁵², conçoit de manière restrictive le changement de circonstances. Selon la Cour « En cas de changement de circonstances, le devoir de bonne foi ne peut obliger une partie à renégocier un contrat que dans des hypothèses de *hardship* où les difficultés imprévues qui surviennent en cours d'exécution du contrat menacent la santé ou la survie financière de l'autre partie. Le principe général de bonne foi n'est d'aucun secours pour remédier à un déséquilibre contractuel qui, par suite d'une évolution des prix, procure à une partie des profits considérables et cause un manque à gagner à l'autre partie sans mettre celle-ci dans une situation difficile ». Cet arrêt mérite approbation parce que l'imprévision ne devrait être admise que dans les cas où le changement de circonstances provoque un déséquilibre économique entre les prestations, soit en raison de l'augmentation du coût de la prestation pour un contractant, soit en raison d'une diminution de valeur de la contrepartie, de sorte que l'exécution du contrat devient exceptionnellement difficile pour le contractant défavorisé.

3- Un risque non accepté par la partie lésée

54. Cette condition neutralise le dispositif prévu aux articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme. Les mécanismes prévus pour remédier à des situations d'imprévision ne peuvent produire leurs effets lorsque la partie lésée a accepté d'assumer le risque d'imprévision. L'acceptation par la partie lésée d'un risque de bouleversement de circonstances agit comme une condition négative au jeu de l'imprévision. C'est une sorte de renonciation anticipée pour la partie lésée à invoquer l'imprévision. Cette possibilité pour les parties d'exclure le dispositif légal en faisant supporter à un contractant le risque d'imprévision est une manifestation du maintien de la liberté contractuelle, considérée dans le nouveau droit des contrats comme un principe directeur. Autant, les parties sont libres d'anticiper sur l'imprévision au moyen de clauses de variation et celles de *hardship*, autant la liberté leur est reconnue d'exclure carrément le dispositif légal qui permet de remédier à l'imprévision. Les articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme qui traitent de la théorie de l'imprévision ne sont dès lors pas d'ordre public. Ils sont supplétifs de volonté. Les parties au contrat pourraient les écarter en convenant de revenir aux règles de la force obligatoire du contrat. On constate bien que la théorie de l'imprévision telle qu'envisagée de *lege ferenda* en droit OHADA concilie à la fois les exigences de justice contractuelle, de liberté et de stabilité de la relation contractuelle. Autant de choses qui participent de la recherche de l'attractivité économique.

55. Partant du caractère supplétif du dispositif légal de traitement de l'imprévision, il est utile d'envisager comment se manifesterait l'exclusion, quelle est la nature des clauses qui pourraient évincer les articles 161 et 162 ? Peut-on se poser la question de savoir comment un risque par hypothèse imprévisible pourrait être assumé ? Toutes les clauses

¹⁵¹ CA Québec, Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited c/ Hydro-Québec, 1^{er} Août 2016, 500-09-024690-141, 2016 QCCA 1229, RTD Civ. 2017, p. 138, obs. D. Justras ; Ancel (P.), « Imprévision et bonne foi en droit québécois », RDC, 2017, n°03, p. 546.

¹⁵² Une région du Canada dont le système juridique appartient à la *Civil Law* qui n'admet pas encore le mécanisme de révision judiciaire du contrat. Les juges recourent à la bonne foi pour remédier les déséquilibres contractuels qui caractérisent les hypothèses d'imprévision.

« d'assomption des risques » permettraient – elles d'évincer le dispositif légal de traitement de l'imprévision ? Autant d'interrogations qui appellent des clarifications.

Premièrement, la clause portant éviction du dispositif légal sur l'imprévision doit être rédigée de la manière la plus explicite manifestant clairement la volonté non équivoque des parties¹⁵³. Seuls les risques imprévisibles caractérisant l'imprévision pourraient être assumés. La clause devra être suffisamment précise afin de déterminer si elle concerne l'ensemble des risques ou seulement certains d'entre eux. Lorsqu'une clause du contrat visera un risque sans précision, la sanction de l'imprévision relative à ce risque ne sera pas nécessairement exclue. Ce n'est pas parce que les parties ont prévu dans leur contrat une clause de révision du prix, de renégociation, de *hardship*, d'*indexation*, d'*earn out* ou encore une clause de *material adverse change* (MAC) par exemple dans une cession de droits sociaux¹⁵⁴, que le juge en déduira nécessairement qu'elles ont renoncé à invoquer les articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme¹⁵⁵. Aussi, rien n'interdit aux parties d'atténuer l'éviction du mécanisme légal de l'imprévision par l'insertion dans le contrat des remèdes classiques de prévention tels une clause de renégociation annuelle ou encore une clause d'*indexation*, qui limiteront les possibilités que l'une des deux parties ne souffre de la survenance d'un bouleversement imprévisible de circonstances¹⁵⁶.

Deuxièmement, la question des contrats aléatoires se pose avec acuité. L'article 24 de l'avant-projet de texte uniforme dispose que le contrat est aléatoire « lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent une chance de gain ou de perte pour chacune ou certaines d'entre elles d'après un événement incertain ». Les contrats aléatoires, parce que fondés sur l'incertitude sont-ils incompatibles avec les mécanismes de traitement de l'imprévision ? Autrement dit, l'aléa chasse-t-il l'imprévision comme c'est le cas avec la lésion ? Les parties à un contrat aléatoire sont – elles toujours obligées d'insérer une clause explicite d'éviction du dispositif légal de traitement de l'imprévision ?

En droit français, la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 en date du 20 avril 2018 a inséré un nouvel article L. 211-40-1 au Code monétaire et financier pour exclure du champ de l'article 1195 les « obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers (...) ». Cette exclusion est très large parce qu'elle couvre toutes les opérations relatives à des instruments financiers¹⁵⁷. Au-delà de la généralité observée dans l'exclusion de ces opérations, il reste qu'un nombre important des contrats financiers présentent un caractère aléatoire¹⁵⁸. On peut s'étonner de ce que l'avant-projet de texte uniforme, après avoir défini le contrat aléatoire, n'ait pas prévu un régime d'articulation de ces contrats avec la théorie de l'imprévision dont les dispositions substantielles sont prévues aux articles 161 et 162. Or, l'AUDSCGIE révisé¹⁵⁹ en janvier 2014 a introduit, bien que de

¹⁵³ En ce sens, v. Bucher (C- E), « Les clauses portant sur l'imprévision – Formule », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2019, form. 3 ; « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats Concurrence Consommation*, n°5, mai 2016, dossier 6.

¹⁵⁴ Le Nabasque (H.), « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », *BJS*, Septembre 2016, n°09, p. 538.

¹⁵⁵ Pour ce qui est du droit français, v. Heinich (J.), « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *op. cit.* p. 68.

¹⁵⁶ Bucher (C- E), « Les clauses portant sur l'imprévision – Formule », *op. cit.*

¹⁵⁷ Borghetti (J. S.), « Fixation et révision du prix », *RDC*, n° Hors-série, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 (Paris, 7 juin 2018)*, p. 25.

¹⁵⁸ 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 Jean-Jacques Daigre, Joly, Lextenso éditions 2017, p. 534.

¹⁵⁹ Pour toute étude approfondie sur l'AUDSCGIE (Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique) révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso, v. Les contributions des auteurs in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investissements en Afrique*, Dossier spécial, *Droit et Patrimoine*, n°239, septembre 2014, p. 48.

manière maladroite la notion de contrat financier dans le droit OHADA¹⁶⁰. En effet, le dernier alinéa de l'article 744 de l'AUDSGIE révisé dispose que « Les sociétés anonymes peuvent aussi conclure des contrats financiers, également dénommés « instruments financiers à terme », le cas échéant dans les conditions fixées par l'autorité compétente de chaque État partie ». De cette introduction, les rédacteurs de l'avant-projet de texte uniforme auraient dû se prononcer sur le point de savoir si les contrats financiers sont exclus ou non du champ d'application des articles qui organisent la théorie de l'imprévision. Faute pour le moment d'une disposition explicite qui écarte l'application des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme aux contrats financiers, il convient de penser que ceux-ci entrent bel et bien dans leur domaine en vertu de l'adage « Il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas »¹⁶¹. Cependant cette interprétation mérite d'être nuancée. Il est important de distinguer l'aléa contractuel, c'est-à-dire accepté, entré dans les prévisions des parties, de l'aléa extracontractuel, c'est-à-dire exceptionnel, resté extérieur à celles-ci¹⁶². Si le premier pourrait rentrer sans difficultés dans le domaine des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme, il en va différemment du second qui ouvrirait droit à révision du contrat pour imprévision. Autrement dit, l'on doit considérer que la circonstance qu'un contrat ait un caractère aléatoire n'est pas de nature à chasser l'imprévision, mais à limiter son application aux événements qui n'ont pas été inclus par les parties à l'aléa contractuel.

Troisièmement, la clause d'acceptation des risques consécutifs à un bouleversement de circonstances qui n'a pu être prévu lors de la conclusion du contrat peut être qualifiée d'abusives par le juge. Ce dernier exerce donc un contrôle de l'exclusion des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme. En effet, la loi-cadre du 06 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun définit une clause abusive comme « toute clause qui est ou qui semble être imposée au consommateur par un fournisseur ou prestataire de services qui a une supériorité économique sur le consommateur, donnant au premier un avantage injuste, déraisonnable ou excessif sur le second ». Allant au-delà du droit de la consommation, l'article 113 de l'avant-projet de texte uniforme donne la possibilité à une partie de demander au juge de réviser ou de supprimer une clause qui, crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée. La clause non négociée, a pour champ d'application de prédilection les contrats d'adhésion. Une clause d'acceptation des risques dont une partie au contrat qui subira l'imprévision, réussira à établir qu'elle crée un déséquilibre significatif entre ses droits et obligations de ceux de son cocontractant pourrait être neutralisée par le juge. Le déséquilibre significatif, à supposer qu'il soit établi, ne porte aucunement sur l'adéquation du prix à la prestation. La clause d'exclusion de l'imprévision constitue plus exactement une restriction à l'exercice des droits de celui qui assume le risque de survenance d'une situation imprévisible¹⁶³.

56. Le contrôle de la réunion des conditions tenant à la survenance d'une situation d'imprévision incombera certainement au juge. Lorsque les conditions précédemment exposées et analysées sont réunies, les remèdes au traitement de l'imprévision pourraient être déclenchés.

¹⁶⁰ Sena Agbayissah, « Les contrats financiers dans l'espace OHADA : Une réforme bien inachevée », RDBF, n°03, mai 2016, étude 16.

¹⁶¹ En latin, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

¹⁶² Si les parties à un contrat aléatoire acceptent par définition de faire dépendre les effets de leur contrat d'un événement *incertain*, elles n'acceptent pas pour autant de les faire dépendre d'un événement *imprévisible* lors de la conclusion du contrat. Partant de ce constat, Monsieur Louis Thibierge affirme que « (...) la spéculation sur l'incertain n'emporte pas nécessairement spéculation sur l'imprévu (...) », v. Sa thèse, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 67, n°88.

¹⁶³ Bucher (C- E), « Les clauses portant sur l'imprévision – Formule », op. cit. ; « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », op. cit., n°19.

B- Les remèdes à l'imprévision dans le droit prospectif

57. En principe, la notion de « remède » renvoie aux mécanismes qui permettent de préserver le lien contractuel et non de le faire disparaître. Dans la présente étude, le terme sera entendu au sens large. Il englobe à la fois les moyens permettant de corriger les défauts du lien contractuel afin de le sauvegarder et la sanction de résolution ou de résiliation. En matière d'imprévision, le juge a la faculté, à défaut d'accord entre les parties de mettre fin au contrat ou de l'adapter. S'agissant de ces remèdes, la lecture de l'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme les articule selon qu'ils sont extrajudiciaires ou amiables (1) et judiciaires (2).

1- Les remèdes extrajudiciaires ou la renégociation amiable du contrat

58. Le traitement de l'imprévision dans le droit prospectif est prévu à l'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme. Il est d'abord amiable, le contrat étant par nature la chose des parties. Le législateur considère dès lors les contractants comme les meilleurs gardiens de leurs propres intérêts. En ce sens, les premiers alinéas de l'article 162 énoncent que « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée. La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations (...) ». Ce texte appelle une triple observation.

La première observation porte sur la place centrale accordée aux contractants dans le traitement de l'imprévision. Même lorsque les parties n'ont pas prévu de clause d'acceptation du risque d'imprévision, l'intervention du juge peut être évitée par une renégociation amiable entre les parties. L'esprit du texte suggère de considérer la renégociation comme un préalable obligatoire à la saisine du juge dont la méconnaissance ouvrirait sur la sanction des fins de non-recevoir. Mais telle que rédigée, la lettre du texte ne semble pas obliger les parties à ouvrir impérativement les négociations à la survenance d'une situation d'imprévision. Le législateur les invite plutôt à trouver une solution négociée. Dans cette perspective, l'article 162 emploie le verbe « pouvoir » exprimant davantage une faculté qu'une obligation. Une renégociation n'est pas une prestation à fournir. Elle n'est pas une obligation susceptible d'être cédée ou pouvant donner lieu à une exécution forcée. De fait, la qualification de devoir s'impose. Il est convenable de considérer le devoir de renégocier comme une norme comportementale dotée d'une sanction juridique prenant la forme de dommages-intérêts contractuels, de la même manière que les articles 212 et suivants du Code civil imposent aux époux divers devoirs (fidélité, secours, assistance, respect) insusceptibles de recevoir la qualification d'obligation. Le texte semble avoir été essentiellement conçu dans le sens d'inciter les parties à entrer en discussions parce que l'absence d'accord entre elles dans un délai raisonnable ouvrira la voie à l'intervention du juge qui pourrait soit mettre fin au contrat, soit l'adapter. C'est vrai que la renégociation ne pourrait produire les effets escomptés que si les parties y mettent de la bonne volonté, mais il aurait été souhaitable, pour donner plus de portée et d'efficacité au traitement amiable de l'imprévision de faire de cette dernière, une obligation dont la méconnaissance est explicitement sanctionnée.

La deuxième observation est relative aux paramètres de la renégociation, c'est-à-dire les conditions et les modalités de son déroulement. A cet effet, l'article 162 indique que la demande d'ouverture de renégociations doit être faite sans retard injustifié et être motivée. Par ces indications, on constate que le législateur entend mettre l'accent sur l'exigence de la célérité qui postule le respect d'un délai raisonnable¹⁶⁴, en vue d'éviter les manœuvres dilatoires. La condition basée sur la nécessaire motivation de la demande d'ouverture de

¹⁶⁴ L'appréciation du caractère raisonnable du délai est laissée au pouvoir souverain du juge.

renégociations renvoie à l'idée selon laquelle, la partie lésée avant d'agir devrait se rassurer de l'existence d'une situation d'imprévision. Elle devrait avoir la certitude que toutes les conditions de l'imprévision telles que prévues par la loi sont bel et bien remplies. Or, cela n'est pas du tout évident, parce qu'il est en effet fort possible que les contractants ne soient déjà pas d'accord sur le point de savoir s'ils sont dans un cas d'imprévision ou pas¹⁶⁵. La difficulté d'appréciation de la réunion des conditions de l'imprévision rend d'ailleurs cette situation de blocage parfaitement envisageable. En présence d'une mésentente entre les parties, il est souhaitable que le juge puisse être saisi pour régler d'abord la question de savoir s'il y a ou non imprévision et renvoyer ensuite les parties à s'entendre. Aussi est-il important que le juge, lorsqu'il sera saisi, vérifie objectivement la réunion des conditions de l'imprévision. L'incitation à la renégociation prônée par l'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme perdrait sa véritable portée si le créancier avait des raisons de craindre que l'entrée en renégociations ne se retourne contre lui. Tel pourrait être le cas si le juge ultérieurement saisi déduisait de la participation du créancier à une renégociation amiable la conclusion que les conditions de l'imprévision sont réunies ou du moins que les parties les considèrent comme telles.

Bien que l'article 162 soit silencieux sur ce point, il convient de considérer que les renégociations doivent se dérouler de bonne foi¹⁶⁶. Le devoir de renégocier trouve son fondement naturel dans la bonne foi contractuelle. Il repose sur des conditions classiques en matière de pourparlers. Une doctrine¹⁶⁷, en analysant le contenu du devoir de renégocier dans une de ses études scientifiques avait relevé avec pertinence que : « De manière plus pratique, le devoir de renégocier comporte une dimension de résultat, tenant au comportement à adopter, et une dimension de moyens, tenant au but assigné à la renégociation : l'obtention d'un compromis. En somme, la bonne foi commande aux parties de *tout faire* pour sauver le contrat frappé par l'imprévu, sans toutefois exiger qu'elles *atteignent* un accord ». Autrement dit, entrer en négociations est une obligation de résultat, mener les négociations en vue de réviser le contrat ou le faire disparaître est une obligation de moyens.

La troisième observation est relative au sort du contrat pendant la période de renégociations. A cet effet, l'article 162 prévoit que la demande d'ouverture de renégociations formulée par la partie lésée ne donne pas, par elle-même, à celle-ci le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. Il s'agit par cette précision d'éviter non seulement que le texte ne serve à des fins dilatoires, mais aussi de neutraliser toute initiative unilatérale de la victime du coup du sort visant à faire pression sur l'autre contractant pour lui arracher un accord. De ce qui précède, on peut s'interroger sur les sanctions encourues par la partie lésée qui décide de suspendre l'exécution de ses obligations en violation de l'article 162. De cette interrogation, deux réponses sont possibles. D'abord, le droit de la partie lésée de saisir le juge pour lui demander de mettre fin au contrat ou de l'adapter pourrait être neutralisé. Mais pareille sanction qui déchoit la partie lésée de son droit de saisine du juge n'a pas été prévu. Ensuite, le contractant qui ne subit pas l'imprévision a le droit de faire usage des sanctions de droit commun à l'inexécution du contrat (l'exception d'inexécution, la résolution judiciaire, unilatérale, la responsabilité civile contractuelle, l'exécution forcée etc).

59. Le fait pour une partie de suspendre l'exécution de ses obligations pourrait signifier la manifestation de son désaccord à l'endroit de son cocontractant qui refuse d'accepter l'existence de la survenance de l'imprévision. Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, le dernier alinéa de l'article 162 permet le traitement judiciaire.

¹⁶⁵ Molfessis (N.), « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », op. cit.

¹⁶⁶ L'avant-projet de Code civil camerounais qui admet la théorie de l'imprévision en son article 1382 prévoit que les parties s'engagent à renégocier le contrat de bonne foi en vue de l'adapter ou d'y mettre fin.

¹⁶⁷ Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 459, n°801.

2- Les remèdes judiciaires

60. Contrairement à l'article 1195 du Code civil français qui, permet aux parties de demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat, l'article 162 semble seulement privilégier la possibilité pour une partie en l'absence d'accord avec son partenaire de saisir le juge. De manière précise, le dernier alinéa de l'article 162 énonce que « Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;
- ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

61. L'analyse de ce texte permet de considérer tout d'abord que la cohérence des rédacteurs de l'article 162 avec l'exigence de célérité est restée intacte. Non seulement, à l'expiration d'un délai raisonnable, faute d'accord entre les parties, l'une ou l'autre partie peut saisir le juge, mais le juge en question est le président de la juridiction compétente et non le Tribunal entier. Au Cameroun, ce juge peut être le président du Tribunal de première instance (TPI) ou son homologue du Tribunal de grande instance (TGI). Le critère de répartition de compétence entre les deux juridictions est fixé en fonction de l'importance des intérêts en jeu et déterminé par la valeur du litige. Dès lors, il faudrait distinguer suivant que le montant en jeu est supérieur ou égal à dix millions (10.000000) FCFA. Quand bien même le président du Tribunal de première instance (TPI) statue, ce n'est pas avec sa casquette de juge des référés, mais comme un juge du fond statuant « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé »¹⁶⁸. En ce sens, il connaît du fond et de la forme, mais est astreint au respect du principe de célérité. Ensuite, le juge dispose des pouvoirs dont la mise en œuvre pourrait conduire à la disparition ou à l'adaptation du contrat. Tel que rédigé, le texte ne semble pas obliger le juge à délier les contractants ou à adapter le contrat. Ce dernier a la faculté d'apprécier souverainement l'opportunité de son immixtion dans le contrat. L'ordre de présentation des remèdes de l'article 162 ne voudrait pas dire, à notre avis qu'ils obéissent à une hiérarchie. Le juge reste maître du remède approprié tant il faudra composer avec de nombreuses données factuelles qu'il ne revenait pas au législateur d'énoncer¹⁶⁹. Le texte pourrait être interprété comme offrant au juge le pouvoir d'adapter le contrat s'il estime raisonnablement que la pérennité du lien contractuel encore socialement et économiquement utile est possible bien que la partie lésée l'ait saisi d'une demande de résolution ou de résiliation. Il prendrait dès lors en compte toutes les données factuelles liées à l'environnement du contrat, à l'attitude des contractants, la proximité ou l'éloignement du terme de la relation, le caractère plus ou moins durable du déséquilibre etc. De même, lorsqu'il serait saisi d'une demande d'adaptation du contrat, il pourrait décider de mettre fin à ce dernier au cas où le maintien du lien contractuel devient intolérable et impossible. Dans ces conditions, il conviendrait d'admettre réciproquement qu'une demande de résolution est toujours comprise dans une demande d'adaptation. Seul le standard du « raisonnable » devrait guider le juge dans son office.

62. Bien entendu, avant de s'immiscer dans la sphère contractuelle, le juge doit vérifier et se rassurer de la réunion des conditions relatives à l'existence de l'imprévision. Il a le choix de la forme sous laquelle il s'exprimera. Il peut soit mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; soit l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

¹⁶⁸ En matière de résiliation du bail à usage professionnel, v. CCJA, 3^e ch., 14 décembre 2017, n°235/ 2017, LEDAF avril 2018, n°111e9, p. 3, note Fotso E. D. ; CCJA, 1^{re} ch., 29 mars 2018, n°066/2018, LEDAF octobre 2018, n°111p9, p. 1, note Kaména B. ; CCJA, 1^{re} ch., 24 janvier 2019, n°009/2019, LEDAF juillet 2019, n°112g2, p. 1, note l'auteur de ces lignes.

¹⁶⁹ Bucher (C- E), « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », op. cit., n°14.

S'agissant de la première option, l'expression employée est générale et paraît englober toutes les sanctions qui emportent disparition du contrat lors de la phase de son exécution (résolution, résiliation, caducité). Le juge dispose d'importants pouvoirs qui font de lui le seul maître de la solution à rendre une fois que les parties n'ont pas pu s'entendre. Il pourrait dès lors faire rétroagir ou différer la résiliation, par exemple pour accorder au cocontractant de la victime de l'imprévision un délai de préavis pour trouver un nouveau fournisseur. Il pourrait aussi gérer la fin de contrat en statuant sur les effets collatéraux de la résolution ou résiliation, les éventuelles restitutions, le sort des clauses, l'octroi des indemnités à la partie qui subit un préjudice à raison du prononcé anticipé de la sanction.

S'agissant de la deuxième option, l'expression utilisée à l'article 162 « adapter le contrat » renvoie à la révision du contenu contractuel. La révision du contrat par le juge est au cœur de la théorie de l'imprévision. L'admission dans la plupart des systèmes juridiques contemporains de cette théorie implique la reconnaissance au juge du pouvoir de refaire le contrat des parties en vue de les remettre dans la situation d'équilibre qu'elles avaient initialement instaurée.

La lecture et l'analyse du dernier alinéa de l'article 162 suggèrent de penser que les pouvoirs du juge en matière de révision sont potentiellement larges. La révision pourrait impliquer que le juge modifie le prix, objet du contrat, sa durée, les délais d'exécution, les conditions et les délais de paiement, réduise ou augmente les quantités commandées, diminue la prestation en nature. La seule limite réside dans la directive qui invite le juge à « rétablir l'équilibre des prestations », c'est-à-dire qu'il est tenu de faire supporter à toutes les parties les conséquences de l'imprévision en procédant à une juste répartition des pertes et profits qui résultent du bouleversement imprévisible de circonstances.