

Révolution ou simple mise à jour ? UNE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS BIEN DIFFICILE À LIRE !

Les trois cent trente deux articles nouveaux du Code Civil sont applicables à compter du 1^{er} octobre 2016. Selon le gouvernement, il fallait «moderniser, simplifier, améliorer la lisibilité, renforcer l'accessibilité du droit». Très surprenant de penser que le droit doit être moderne.

Par M^{es} Gilles Hittinger-Roux et Corinne de Prémare, avocats à la cour (H.B.&Associés)

A priori, le droit n'a pas à suivre la mode, il n'est ni tendance ni même conspiciable... Très simplement, le rôle de la règle de droit est de permettre la vie en société et de satisfaire un besoin de sécurité pour conjuguer le présent et l'avenir avec sérénité. Pour autant, il faut reconnaître que certains articles rédigés en 1804 sont emprunts d'hermétisme pour les non-initiés. Corriger les archaïsmes et insérer, sous forme de texte de loi, la jurisprudence de la Cour de cassation, permet d'éviter les revirements de certaines cours d'appel.

Les utilisateurs du droit sont surpris par cette réforme qu'ils considèrent comme subite. Il est vrai que le gouvernement n'a pas souhaité débattre de cette réforme devant les deux assemblées. Il a été fait choix de procéder par voie d'ordonnance en ayant obtenu préalablement une loi d'habilitation (16 février 2015 article 8 n° 2015-177).

Cependant, il existait un projet de réforme depuis de très nombreuses années. Les plus grands professeurs de droit, depuis les années 60, animaient un projet de réforme (Jean Carbonnier, Michel Grimaldi, Pierre Catala, François Terre, Gérard Cornu). Le droit européen n'était pas en reste puisque l'on évoquait déjà le contrat européen du professeur Gandolfi.

Le bicentenaire du code de 1804 a dynamisé le projet ; aussi les pouvoirs publics ont donc considéré que la réforme était indispensable. Les nostalgiques du droit auront peut-être quelques regrets, notamment quant à la prose de 1804.

Le 6 juillet 2016 l'ordonnance a fait l'objet d'un dépôt à l'assemblée ; aussi, conformément à l'article 38 de la Constitution, le texte devrait être définitivement adopté. Actuellement, tant que le parlement n'a pas ratifié les nouvelles dispositions, les 332 articles n'ont qu'une valeur réglementaire.

Le bail commercial est affecté par cette nouvelle législation du droit des obligations. Pour autant, l'adage latin «specialia generalibus derogant» s'appliquera, c'est-à-dire que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières.

I. La loi et le temps

La loi s'applique pour tous les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016. Dans la mesure où le bail renouvelé est un nouveau bail, il faut considérer que les baux renouvelés à compter du 1^{er} octobre seront soumis à cette nouvelle législation. Les simples prorogations conventionnelles du bail devront en être exclues.

La législation, qualifiée «d'ancienne», devra continuer à s'appliquer. De nombreux baux, notamment qualifiés d'institutionnels, disposent de cette faculté pour le bailleur de proroger le bail. Il est donc vraisemblable que les foncières utiliseront le mécanisme de la prorogation pour maintenir la loi ancienne.

Dès lors, la coexistence des deux législations

devrait demeurer encore pendant de très nombreuses années.

II. Les principes fondamentaux

Jusqu'à présent, les grandes règles du droit des contrats n'étaient pas réunies. Les grands principes se retrouvaient, au gré des chapitres du code, de façon très éparse.

Dorénavant, les nouveaux rédacteurs ont considéré qu'il fallait mettre en exergue, en amont, les grands principes qui doivent prévaloir dans tous les contrats. Il serait possible de qualifier ces principes comme étant l'habeas corpus du droit des obligations.

Trois principes doivent prévaloir quel que soit le contrat :

a) Le principe de liberté contractuelle

Article 1102 : «Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public».

Les nouveaux rédacteurs se sont inspirés de la décision du Conseil Constitutionnel en date du 13 juin 2013, lequel a consacré la valeur constitutionnelle de cette liberté contractuelle. Aussi, l'ancien article 6 du Code civil est modifié en supprimant le principe et la notion de «l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs».

• Pour nos baux commerciaux, l'ordre public reste toujours à définir.

Il doit être examiné sous le prisme du statut locatif tel qu'imaginé par le décret du 30 septembre 1953. Cet ordre public est constitué par un impératif légal qui intervient nécessairement dans la formation du bail commercial et influence le régime légal du contrat. La liberté est nécessairement cantonnée et il appartient au juge d'apprécier cette liberté au regard du statut.

Le rôle du juge a déjà été renforcé par la loi Pinel, et notamment par son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'article 145-15. Le juge fera sa règle et nous définira l'ordre public.

Actuellement, l'un des jeux favoris des foncières est de contraindre les enseignes et les petits commerçants à renoncer aux dispositions favorables de la loi Pinel (lissage, droit de préemption, clauses de charges, ...).

Il est certain que compte tenu de ces nouvelles dispositions, toutes les clauses de renonciation pourront être «challengées» par les locataires devant les juridictions compétentes sur le fondement de l'article 1102 du Code civil.

La soi-disant liberté contractuelle imposée par le bailleur devra être nécessairement revue.

Certaines foncières devront reprendre leur copie.

• De la même manière, nombreux sont les baux commerciaux qui prévoient, outre le contrat classique, un règlement intérieur, un Cpta, un contrat d'association, un contrat de fonds de marketing, ...

Ces contrats sont souvent qualifiés d'annexes. Pour autant, les bailleurs excipent leur caractère obligatoire, notamment pour obtenir une ouverture du dimanche (cf. règlement intérieur). Ces contrats sont souvent qualifiés de «contrats forcés» et pourront être contrariés par cet article 1102, lequel prévoit le choix de définir le contenu du contrat et, de la même manière, le choix de son contractant.

Il faut se souvenir que lors de la prise à bail, souvent les locataires étaient contraints de travailler avec certains prestataires, notamment pour les Ssi, lesquelles proposaient des conditions financières hors normes. Les têtes de sprinkle étaient facturées au prix d'un stylo Montblanc.

Il est certain que tout ceci a bien changé mais nécessairement il conviendra d'être vigilant au regard du droit dans le cadre de ces contrats dits groupés.

Aussi, certaines foncières devront reprendre leur copie.

b) La force obligatoire du contrat

L'article 1134 du Code civil est quelque peu modifié et devient l'article 1103 : «Les contrats (ex-conventions) légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits».

Il est vraisemblable que les bailleurs mettront ce dispositif dans le préambule, mais aussi chaque fois que le statut du bail commercial peut être écorné, notamment dans le cadre du renouvellement, de l'indexation, de la clause d'activité, de la cession, ...

L'objectif est de comparer et de mettre sur le même point d'égalité l'autorité de la loi à celle de la volonté des parties.

La nouvelle décision du 3 novembre 2014 sur le loyer binaire a pour fondement l'article 1134 du Code civil (cf. l'Argus de l'Enseigne - commentaire M^e Jehan-Denis Barbier). Le rôle du juge sera une nouvelle fois essentiel au regard du dilemme : volonté des parties contre statut.

Cependant, cette juridiciarisation ne permet pas la sécurité juridique que les entreprises ont en droit d'attendre, mais peut être les excès de certains amènent nécessairement la saisine de nos magistrats.

Les foncières devront une nouvelle fois tempérer leurs attentes.

c) La bonne foi

Article 1104 du Code civil : «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public».

Toujours surprenant pour le quidam de constater qu'un texte de loi doit préciser l'omniprésence de la bonne foi dans les relations contractuelles. La bonne foi se vit et ne devrait pas être une contrainte.

• Cette bonne foi, pour l'article 1104, ne se limite pas seulement à l'exécution du contrat. Elle doit présider à la formation du contrat, ce qui induit son application dans la négociation.

En matière de baux commerciaux, déjà de nombreuses décisions ont rappelé l'obligation de bonne foi dans les rapports contractuels, et notamment dans la délivrance des commandements ou même des assignations.

Il faut se souvenir que les juridictions refusent la dérogation au statut sur le fondement de la non-immatriculation du local lorsque le titulaire du bail est dans une opération de fusion. CA Paris 21/06/2012 Jean-Louis David : «La délivrance du congé obéit aux règles de bonne foi et de loyauté applicables en matière contractuelle, entendues comme l'exigence du respect de l'esprit sans se borner uniquement à la lettre du contrat et celle surtout de ne pas agir dans l'intention de nuire à son contractant».

• La bonne foi doit être considérée, selon le cas, comme étant un devoir légal ou une obligation.

Cette bonne foi est nécessairement d'ordre public et le juge, là encore, sera le seul à apprécier le comportement de l'une et de l'autre des parties.

Certaines foncières devront une nouvelle fois veiller à certains comportements.

III. La formation du contrat

a) Les négociations

Article 1112 du Code civil : «L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu».

Le législateur a voulu codifier les jurisprudences établies depuis de nombreuses années. Le principe de la liberté des négociations précontractuelles est réaffirmé, et ce jusque dans leur rupture fondée sur le principe de la liberté contractuelle.

Ce texte donne une réponse juridique aux difficultés économiques des enseignes et aux comportements versatiles des foncières lors des signatures notamment des lettres d'intention (LOI). Ainsi, lorsqu'une enseigne est candidate à un nouveau site, il sera nécessaire de définir très précisément le périmètre de son engagement. De la même manière, les foncières ne pourront plus émettre une LOI en insérant une clause «La présente ne saurait être assimilée ni à un avant-contrat, ni à un bail, ni à un engagement irrévocable du bailleur ou de son mandataire, de conclure de manière exclusive avec votre société, et ce jusqu'à la signature du bail».

Ce texte devrait permettre de purger ces contentieux qui étaient particulièrement nuisibles dans les rapports contractuels. La mauvaise habitude qu'avaient prise certaines foncières d'obtenir une première signature auprès d'une enseigne, puis d'aller voir le concurrent pour obtenir une meilleure offre devra disparaître.

Suite page 24

Une réforme du droit des contrats bien difficile à lire !

Suite de la page 23

Enfin, la méthodologie qui consistait de proposer un local de qualité sous réserve que le preneur s'engage à prendre un autre site de pauvre commercialité devrait là encore disparaître. Il s'agit donc d'une mise à jour de la jurisprudence, mais aussi un espoir quant à la disparition de comportements peu glorieux.

b) Le devoir d'information

Article 112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. ... Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

La jurisprudence a, au cours des dernières années, sanctionné les comportements s'inscrivant dans la déloyauté. Le législateur a finalement repris un courant doctrinal qui évoque la notion de solidarisme contractuel. Il est très clairement impossible, surtout dans l'immobilier commercial, que le bailleur se désintéresse de la situation économique de son preneur. De la même manière, un locataire ne peut méconnaître une situation économique obérée de la part de son bailleur.

Trop souvent il a été brandi l'idée selon laquelle « le bailleur n'est pas l'associé du preneur ». Si juridiquement cette formule est vraie, économiquement elle est totalement erronée, voire incongrue.

La valeur d'un bien immobilier est nécessairement en fonction du rendement perçu, c'est-à-dire, dans notre domaine, du loyer ! C'est une lapalissade. Certains bailleurs l'avaient oublié.

Le retrait massif de certaines enseignes et la fermeture de magasins sans perspective de successeurs permet de rappeler ces vérités économiques. Les syndicats de gestion et les foncières devront mettre un terme aux mauvaises habitudes telles qu'une fois la signature du bail matérialisée et les travaux effectués pour l'aménagement de la boutique, le bailleur réalise des travaux de ravalement de façade, ce qui va occulter pendant de nombreuses semaines, voire des mois, la magnifique boutique sous des bâches.

De la même manière, et sous réserve de la loi Pinel, le bailleur du centre commercial va décider de réaliser de gros travaux sur le mall une fois la boutique installée, ou même une implantation de kiosque qui va occulter la vitrine dont le bailleur avait vanté sa visibilité, ce qui lui permettait de justifier un fort loyer.

Au regard de cet article, ces comportements devraient disparaître. La sanction prévue dans cet article étant l'annulation du contrat, mais en tout état de cause la responsabilité de celui qui a manqué à son devoir d'information. Les foncières devront revoir leur copie, notamment sur les clauses de renonciation à toute responsabilité.

c) Le respect de la confidentialité

L'article 112-2 du Code civil énonce : « Celui qui utilise ou divulgue, sans autorisation, une information confidentielle obtenue à l'occa-

sion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions de droit commun ».

Ce texte est nécessairement inspiré par les pratiques de nos amis britanniques, lesquels insèrent de nombreuses clauses de confidentialité. La pratique au quotidien nous permet de constater que, par un souci de transparence, de nombreuses informations sont communiquées, et pas nécessairement à bon escient. Pour autant, force est de constater que la confidentialité est exigée par les foncières, notamment quant à l'examen par les experts des valeurs locatives ou des indemnités d'éviction.

Les foncières réclament en permanence des loyers augmentés mais ne veulent pas produire les contrats nécessaires ou préfèrent présenter les loyers factiaux que les loyers payés ou tous les accompagnements qui ont prévalu lors de la signature (participation aux travaux, franchise de loyer).

De la même manière, les chiffres d'affaires dont le preneur se doit de communiquer auprès de son bailleur sont parfois appréhendés par d'autres foncières. Très surprenant ?

Si cet article permet d'obtenir une meilleure lisibilité des conditions économiques et locatives, notamment pour les procédures, nous ne pouvons que nous en réjouir. Cet article est d'autant plus pertinent car la confidentialité demeure en cas d'échec et de pourparlers, et même à l'anéantissement éventuel du contrat conclu.

d) Promesse de bail

L'article 1124 énonce : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse, pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu, en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence, est nul ».

Cet article s'inscrit au regard de l'article 1112 du Code civil. Chacune des parties se doit de mesurer ses engagements, ce qui vaut tout autant pour les bailleurs que pour les locataires.

Dans le passé, de nombreuses enseignes guerroyaient pour obtenir le local dont le concurrent avait déjà signé une promesse (Cass. 26/11/2003 - Manoukian c/ Complices ; CA Toulouse 15/03/2000 - La Gerbe d'Or c/ Sephora/Marionnaud), la réponse est maintenant très claire : la nullité.

IV. La validité du bail

L'article 1128 énonce : « Sont nécessaires à la validité du contrat : 1. Le consentement des parties ; 2. Leur capacité de contracter ; 3. un contenu licite et certain ».

Les notions d'objet et de cause ont disparu. Souvent, en présence d'une procédure ayant pour objet d'engager la responsabilité du bailleur, il était évoqué l'absence de commercialité, l'absence de flux, ce qui était traduit juridiquement par « l'absence de cause ».

En effet, les motifs, les raisons qui avaient justifié le locataire de prendre à bail, notamment dans les galeries ou dans les centres commerciaux, étaient nécessairement le flux. En l'absence de flux, absence de cause et donc nullité du contrat ou sa résiliation aux torts du bail-

leur. La cause ayant disparu, il faudra nécessairement s'inscrire sur un autre fondement.

• Peut-être que l'article 1169 du Code civil viendra se substituer à la cause « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

De la même manière, l'article 1170 du Code civil dispose : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, est réputée non écrite ». Il s'agit de l'insertion dans la nouvelle codification de l'arrêt Chronopost (Cass. civ. 22/10/1996). Toutes les clauses permettant d'exonérer les bailleurs devront être revisitées par les rédacteurs.

Il est vrai que l'on peut s'interroger sur le principe même des renonciations. En effet, le bailleur s'engage à très peu de choses et tout le poids des obligations est reporté contractuellement sur le locataire.

Il faut donc s'interroger sur les raisons pour lesquelles ce dernier a accepté ce type de clause ?

• L'article 1171 du Code civil est peut-être une réponse à cette situation : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

Il a donc rapprochement entre le consommateur et le professionnel puisque ce type de clause était réservé au Code de la consommation dans le cadre des clauses abusives.

Pour autant, le principe des clauses abusives reste circonscrit au contrat d'adhésion. Il conviendra donc de se rapprocher quant aux critères d'appréciation du déséquilibre de la Directive Européenne 93/13 CE du 5/04/1993. Le sujet reste, ce que l'on peut appeler contrat d'adhésion.

V. Le contrat d'adhésion

L'article 1110 du Code civil énonce : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

A la lecture de cet article, le contrat d'adhésion repose sur trois éléments.

a) Les conditions générales

Dorénavant, il conviendra de scruter les obligations accessoires et les conditions particulières au regard du corpus que constituent les conditions générales.

Trop souvent, dans la lettre d'intention devant être signée par le locataire, il était renvoyé, en bas de page, à la signature d'un bail non pas qualifié de contrat d'adhésion, mais de bail institutionnel.

Les foncières des centres commerciaux ont millésimé ce type de contrat qui se rapprochait, en termes de volume, pas forcément en qualité rédactionnelle, de « Guerre et Paix » de Tolstoï.

Les brokers et les sociétés de syndic ont fait de même pour les emplacements à forte commercialité. Aussi, selon l'expression anglaise, l'enseigne devait « take it or leave it ».

Dorénavant, les foncières vont devoir revoir leur copie.

b) La prédétermination unilatérale des conditions générales

Il est vraisemblable que la qualification de contrats d'adhésion sera retenue pour tous les locaux disposant d'un même ensemble économique. Une volonté de standardiser le contrat de bail dans un souci d'efficacité devra nécessairement faire l'objet de la qualification du contrat d'adhésion.

Il paraît tout à fait compréhensible que, pour gérer un très grand nombre de baux, les foncières souhaitent obtenir un même modèle pour tous les preneurs. Pour autant, il faut s'interroger sur le contenu de ce contrat standardisé.

Pendant de très nombreuses années, les rapports bailleurs/locataires avaient pour modèle le bail Tissot. En 4 feuillets, écrits en petits caractères, le commerce et les foncières vivaient tranquillement, changeaient leurs activités, réalisaient des cessions, renouvelaient leurs baux. En fait, les volumes de près de 15 cm d'épaisseur ont, le plus souvent, pour unique objet de corser la liberté du commerce. Les clauses empêchent l'évolution du commerce et l'attente des consommateurs, ou plus exactement elles permettent, en cas de demande du locataire, de trouver un levier financier au profit des bailleurs.

Françoise Auque, comme Jehan-Denis Barbier, ont, dans le passé, fréquemment évoqué l'excès des baux dans les centres commerciaux. Cette doctrine évoquait bien évidemment l'existence de vrais contrats d'adhésion déséquilibrés dans lesquels les clauses n'étaient pas négociables. Il était évoqué la notion de « contrats-contraintes » conçus non pour régir de façon équilibrée les relations des parties, mais pour assurer la dénomination du bailleur et pour assurer la soumission du preneur. Il était même rappelé par Maître Barbier, à l'occasion des travaux de la Commission des baux commerciaux en date du 27 mars 2013, que le caractère excessif de ces baux avait été évoqué dans le cadre de la mission appelée « rapport Pelletier », lequel énonçait « la rédaction actuelle de certains baux inspirée parfois de pratiques anglo-saxonnes, se caractérise par la longueur du contrat et la densité de ses stipulations. Les locataires évoquent de véritables contrats d'adhésion et se plaignent du corps excessif des obligations mises à leur charge ».

c) Soustraction à toute négociation

Il est vraisemblable que pour échapper à la qualification de contrat d'adhésion, les bailleurs vont réduire le volume des conditions générales pour simplement les faire glisser dans le cadre des conditions particulières. Cette méthodologie est déjà utilisée puisque de nombreuses obligations qui, initialement étaient prévues dans le bail, sont insérées dans le Cpta.

De la même manière, les échanges de courriels seront précieusement conservés par les services juridiques des foncières à titre de preuve. Difficile de savoir comment les juges traiteront l'existence ou l'absence d'un contrat d'adhésion, mais les foncières devront modifier leur comportement, ce qui, à l'heure actuelle, n'est vraiment pas dans leur réflexion puisque certains dirigeants considèrent déjà que la loi Pinel, avec ses clauses de charges, est un fardeau pour la signature des baux.

VI. L'interprétation du contrat

Il est certain que la loi nouvelle donne aux juges une large liberté quant à l'appréciation des clauses et du contrat lui-même.

Suite page 25

Une réforme du droit des contrats bien difficile à lire !

Suite de la page 24

Dans la lignée du paragraphe précédent, il est vraisemblable que l'article 1162 prendra toute son importance, lequel est devenu, avec quelques modifications, l'article 1190 : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

Ainsi, cet article distingue la méthode d'interprétation d'une clause ambiguë selon que le contrat est ou non un contrat d'adhésion puisque, dans ce dernier cas, il s'interprète contre celui qui l'a proposé. Là encore, le contrat d'adhésion est au cœur du débat. Les échanges ainsi que les conditions particulières seront un moyen pour se pré-constituer des preuves.

VII. L'imprévision

Toujours refusée par la jurisprudence civile alors qu'elle est retenue en droit administratif depuis les années 30 (CE Gaz de Bordeaux), et admise en droit international, comme en droit maritime, l'imprévision est enfin reconnue par la loi.

L'article 1195 énonce : « Si un changement de

circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent revenir à la résolution du contrat à la date et aux conditions qu'elles déterminent ou demander, d'un commun accord, au juge de procéder à son défaut d'adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, refuser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Bien évidemment, il est difficile d'envisager une généralisation de cet article, d'autant que pendant plus de deux siècles la jurisprudence du Canal de Craponne du 6 mars 1876 a été strictement appliquée par les Hauts Magistrats.

Les créanciers ont toujours opposé à la force obligatoire du contrat l'absence de solidarisme contractuel.

Par ailleurs, il est toujours difficile de définir le domaine de cette imprévision. En effet, il faut distinguer entre l'imprévu et l'incertain. L'incertain correspond à ce à quoi les parties au contrat ont pensé mais dont elles ont estimé la survenance aléatoire.

L'imprévu peut être défini comme ce à quoi les parties n'ont pas songé et qui est resté totalement étranger au champ de la volonté (cf. travaux de Louis Thibierge - thèse « Le contrat face à l'imprévu »).

Jusqu'à présent, le seul moyen pour libérer le débiteur était l'application de la force majeure (articles 1147 et 1148 du Code civil). Les magistrats ont toujours appliqué, de façon très restrictive, la force majeure puisqu'en fait le débiteur était libéré de toute obligation car le contrat était résilié, mais le créancier était pour le moins abandonné.

L'insertion de l'imprévision s'inscrit dans les clauses de médiation, de renégociation, des clauses de hardship telles qu'existantes en droit maritime. La multiplication des procé-

dures collectives, et notamment la désignation en amont d'un administrateur ad hoc a pour objet de tenter de sauver le contrat.

Pour les baux commerciaux proprement dit, nous disposons de mécanismes pour revoir notamment le loyer, à savoir les articles 145-38 et 145-39 du Code de commerce.

Il conviendra donc de rechercher une application harmonieuse entre les articles portant sur la révision du loyer et l'article 1195 du Nouveau Code civil.

En conclusion

Les rédacteurs de baux vont devoir reprendre leur copie. Les articles évoqués ne sont qu'une infime partie de l'ensemble de cette réforme et il est certain que de très nombreux écrits et interprétations seront formulés sur cette réforme du droit des obligations par la communauté des juristes.

Difficile de savoir quelle en sera l'issue et nous souscrivons, comme l'écrivait, avec perspicacité, Jean Giraudoux, « jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité » (La guerre de Troie).