



PAR
ESTELLE ARAKALIAN
GROUPE IMMOBILIER

POINT DE VUE PRATIQUE : FAUT-IL TOUJOURS RENONCER À L'IMPRÉVISION ?

Beaucoup l'avaient prédit. Dès le 1^{er} octobre 2016, les clauses d'éviction pure et simple du nouvel article 1195 du Code civil se sont propagées dans les contrats, soulevant à peine quelques discussions, rapidement effacées par la crainte de l'insécurité juridique et de l'immixtion du juge dans la sphère contractuelle. Et cette crainte est telle, qu'il n'est pas rare de les rencontrer dans des contrats à exécution instantanée, dont l'exécution est concomitante à la conclusion, et dans lesquels alors, aucune obligation de part ni d'autre ne survit.

Le caractère supplétif de volonté du texte, quasi-unanimement reconnu par la doctrine et la pratique, a presque fait oublier l'« innovante » révision judiciaire du contrat pour imprévision,

avant même le premier anniversaire de l'ordonnance. L'on pourrait pourtant s'interroger sur le désintéret manifeste des acteurs de l'immobilier d'entreprise pour ce dispositif, tant les circonstances imprévisibles susceptibles d'affecter un contrat au long cours sont depuis longtemps bien prévues dans leurs contrats. Ainsi en matière de cession de titres sociaux, lorsque le contrat de cession est assorti de conditions suspensives faisant naître une période intermédiaire entre le « *signing* » et le « *closing* », cédant et cessionnaire envisageaient déjà le cas de survenance d'un changement significatif défavorable via la négociation de « *MAC clauses* » (*material adverse change*), le plus souvent battues en brèche par le cédant, arguant de la « *due diligence* » de son cocontractant. En matière de promesse de vente d'immeuble, la situation est analogue. De quelque nature qu'elle

soit, la promesse génère par elle-même une période intermédiaire au cours de laquelle un événement affectant la valorisation de l'immeuble est susceptible de survenir. Or la pratique de l'immobilier d'entreprise s'est majoritairement construite autour d'un principe improprement dit de « transfert des risques » à la date de l'avant-contrat, sous-tendu par l'idée selon laquelle, à l'issue de la période de *due diligence*, le candidat acquéreur a pu apprécier de manière suffisamment précise les risques inhérents à l'objet de son investissement et en tenir compte dans la valorisation qu'il en a faite. L'on imagine pourtant mal comment ces vérifications, aussi approfondies soient-elles, pourraient permettre à un acquéreur de prévoir l'imprévisible. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, l'article 1195 du Code civil n'a pas rebattu les cartes, l'acquéreur acceptant tou-

jours – mais aujourd’hui expressément – d’en assumer le risque.

Même si le *signing* et le *closing* sont concomitants, le contrat de cession de titres sociaux, bien qu’à exécution instantanée, n’en recèle pas moins des obligations qui perdurent *post-closing*. À ce titre, l’indemnité due par le cédant au titre d’une garantie de passif pourrait théoriquement s’avérer « excessivement onéreuse » par suite d’un changement de circonstances imprévisible à la date du *closing*. Parce qu’il s’est précisément agi de traiter de l’aléa, la pratique n’a toutefois pas attendu l’ordonnance du 10 février 2016 pour encadrer les conditions de mise en œuvre d’une telle indemnisation. Limitée dans le temps, plafonnée dans son montant et assortie de nombreux cas d’exclusion, il devient finalement difficile de concevoir les hypothèses dans lesquelles les conditions d’application de l’article 1195 du Code civil seraient réunies. Certains

ont en effet pu considérer que le plafonnement du montant de la garantie rendrait difficile la démonstration d’un caractère « excessivement onéreux ». De surcroît, l’acceptation de l’aléa, inhérent à la garantie de passif, pourrait être considérée comme incluant l’acceptation du risque de l’article 1195 du Code civil ; l’aléa chassant la lésion... mais aussi l’imprévision. Si l’utilité d’une clause d’éviction dans le contrat de cession de titres sociaux n’est pas démontrée, la matière n’a pas échappé aux clauses de style et la pratique majoritaire depuis le 1^{er} octobre 2016 est bien celle de la renonciation pure et simple.

En matière de financements structurés, les établissements bancaires n’ont pas davantage attendu l’introduction de l’imprévision en droit français pour organiser les effets de « circonstances nouvelles » ou de « coûts additionnels » dans les contrats de prêt ou de crédit qu’ils consentent. L’hypothèse visée par ces clauses dites de *hardship* est celle de l’entrée en vigueur, de la modification ou d’un changement dans l’interprétation ou l’application, postérieurement à la conclusion du contrat, d’une loi ou d’une réglementation affectant le secteur bancaire.

Si l’on considère qu’un contrat doit générer un minimum de rentabilité de part et d’autre, il n’apparaît pas anormal qu’un changement de circonstances juri-

diques qui aurait pour effet de réduire la rémunération nette retirée du financement octroyé, la rémunération nette de son capital, un montant exigible au titre du financement accordé ou encore d’engendrer des coûts additionnels, puisse faire l’objet d’un mécanisme correctif au profit du prêteur lésé. Ce mécanisme n’est d’ailleurs pas sans rappeler les premières étapes consensuelles du dispositif graduel de l’article 1195 du Code civil. En pratique, la notification à l’emprunteur de ce changement de circonstances et des coûts additionnels et/ou pertes qui en résultent ouvre une période de concertation entre les parties, dont la durée est fixée par le contrat. Si à l’issue de cette période, aucun accord

“

L’acceptation de l’aléa, inhérent à la garantie de passif, pourrait être considérée comme incluant l’acceptation du risque de l’article 1195 du Code civil .

”

satisfaisant n’a pu être trouvé, l’emprunteur bénéficie d’une option aux termes de laquelle il peut soit décider de prendre intégralement à sa charge ces coûts additionnels et/ou pertes supportés par le prêteur – poursuivant ainsi l’exécution du contrat – soit décider de mettre fin au contrat, cette résolution déclenchant alors le remboursement anticipé du prêt. Sauf à s’interroger sur la nature véritablement imprévisible d’un changement de législation, les conditions de l’article 1195 du Code civil semblent bien remplies. Pourtant, les financements structurés n’ont pas fait exception à la règle, et dès l’entrée en vigueur de la réforme, les clauses d’éviction pure et simple de l’article 1195 du Code civil ont fleuri.

À la lumière de ces quelques exemples, l’on pourrait se demander pour quelles raisons les acteurs et les conseils ne se sont pas emparés du nouveau dispositif introduit par la réforme. Faisant jusqu’alors appel à des techniques contractuelles largement inspirées du droit anglo-saxon, les praticiens auraient pu vouloir profiter de la consécration législative de l’imprévision en droit des contrats français pour conférer une base légale à leurs stipulations. L’indifférence dont fait l’objet l’article 1195 du Code civil peut apparaître d’autant plus surprenante si l’on considère la latitude dont bénéficient les rédacteurs pour en aménager conventionnellement la mise en œuvre. Dans un domaine où l’art de la clause aurait pu jouer à plein, la pratique majoritaire frôle dangereusement la clause de style en évinçant quasi-systématiquement et sans ménagement

l’article 1195 du Code civil.

Une première raison pourrait tenir au défaut d’utilité du dispositif. Les acteurs de l’immobilier avaient-ils besoin de ce cadre légal pour se prémunir de la survenance d’un aléa susceptible de bouleverser l’économie générale du contrat ? L’appelaient-ils même de leurs vœux ? Force est de constater que non. La défiance naturelle à l’égard de la nouveauté ou le manque de recul de la pratique pourrait encore expliquer que l’imprévision n’a pas (encore ?) trouvé son public. Ne serait-ce alors qu’une question de temps d’adaptation ? Nous ne le pensons pas.

Nonobstant leur grande variété, la majeure partie des clauses de *hardship* connues de l’immobilier d’entreprise a cela de commun que le recours au juge n’en est pas un, et peut-être est-ce là, la principale cause du rejet de l’imprévision. Les analyses textuelles de l’article 1195 du Code civil témoignent des nombreuses questions que pose sa rédaction, tant du point de vue des conditions de l’imprévision que de ses effets et, en creux, du point de vue de la marge de manœuvre dont bénéficie le juge judiciaire.

Alors qu’elle tend aujourd’hui à apparaître comme une clause de style, la neutralisation de l’article 1195 du Code civil serait finalement l’expression d’un véritable choix de politique juridique et la sanction de l’insécurité juridique et judiciaire. Lorsque l’on connaît le degré de complexité que peuvent atteindre certains contrats entre professionnels de l’immobilier, la crainte de l’arbitraire judiciaire s’amplifie. Peut-on raisonnablement penser que le juge aura toutes les cartes en main pour adapter, réviser ou choisir d’anéantir un contrat ? Seroit-il en mesure d’en appréhender l’équilibre économique et de comprendre l’ensemble des paramètres formant son économie ?

Au fond, l’immixtion du juge dans le contrat ne serait-elle pas l’aléa dans le traitement de l’aléa ? La pratique détestant l’incertitude, voilà un risque que les professionnels de l’immobilier n’ont aujourd’hui pas accepté d’assumer.