

APERÇU DES CONDITIONS ET EFFETS DU CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES EN DROIT BELGE

Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur, chargée de cours invitée à l'UCLouvain,
avocate au barreau de Liège-Huy

Rafaël JAFFERALI

Professeur titulaire de la chaire de Droit des obligations
à l'Université libre de Bruxelles (ULB),
avocat au barreau de Bruxelles (Simont Braun),
collaborateur scientifique à la KU Leuven

et

Jean van ZUYLEN

Doctorant et assistant à l'UCLouvain Saint-Louis Bruxelles,
conseiller juridique Fednot

RÉSUMÉ

La présente contribution offre une présentation générale de l'institution du changement de circonstances en droit belge des contrats. L'article 5.74 du Code civil rompt à cet égard avec les solutions antérieures, globalement hostiles à la révision du contrat pour cause d'imprévision. La disposition nouvelle suscite dès lors de nombreuses questions auxquelles le droit comparé peut apporter un éclairage précieux dès lors qu'il a servi de source d'inspiration dans sa rédaction. Parmi ces questions, on peut citer en particulier celle de l'articulation du changement de circonstances avec la force majeure ainsi que celle du rôle du juge en cas d'échec des négociations menées entre les parties.

Mots-clés : Droit belge – Droit des contrats – Changement de circonstances – Conditions – Effets – Liens avec la force majeure

Revue de droit international et de droit comparé, 2024, n° 3

ABSTRACT

This contribution provides a general overview of the institution of change of circumstances in Belgian contract law. Article 5.74 of the Civil Code breaks away from previous solutions, which were generally hostile to contract revision due to unforeseen circumstances. The new provision raises numerous questions, where comparative law can provide valuable insights as it served as a source of inspiration for its drafting. Among these questions are the relationship between change of circumstances and force majeure, as well as the role of the judge in the event of failed negotiations between the parties.

Key words: Belgian Law – Contract Law – Change of Circumstances – Conditions – Effects – Links with force majeure

SECTION 1. — INTRODUCTION

1. Réforme du Code civil belge. La réforme du droit belge des obligations, contenue dans le Livre 5 du nouveau Code civil, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023⁽¹⁾. Le droit comparé a joué un rôle important

(1) Loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022. Les travaux préparatoires contiennent une présentation détaillée des textes adoptés (voy. en particulier la Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., s.o. 2020-2021, n° 55-1806/001, ci-après la « Proposition de Livre 5 »). Pour les premiers commentaires doctrinaux, voy. A. CATALDO et F. GEORGE (dir.), *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht. Handboek*, Antwerpen, Intersentia, 2023 ; A. DE BOECK, « Het nieuwe verbintenissenrecht. Hoofdpijnen », *NjW*, 2022, pp. 610 et s. ; A. DE BOECK et S. STIJNS (dir.), *Verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia, 2022 ; S. DE REY, « De herziening van het Belgische verbintenissenrecht: kennismaking met Boek 5 van het nieuw Belgisch BW », *N.T.B.R.*, 2021, pp. 243 et s. ; T. DERVAL, R. JAFFERALI, et B. KOHL (dir.), *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil*, Bruxelles, Larcier, 2023 ; F. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO, B. FOSSÉPREZ et X. THUNIS, *Manuel de droit des obligations. Théorie du contrat et régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024 ; R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022 ; R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023, pp. 21 et s. ; B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2022 ; J. KLEINSCHMIDT, « Innovation und Tradition in der Reform des belgischen Vertragsrecht », *ZEuP*, 2022, pp. 884 et s. ; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Antwerpen, LeA Uitgevers, 2023 ; S. STIJNS et S. DE REY, « Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW », *R.W.*, 2022-2023, pp. 923 et s. et pp. 946 et s. ; B. WEYTS, « Wat brengt het verbintenissenrecht ons in de toekomst? Enkele kritische beschouwingen bij

dans cette codification, qui s'inspire principalement des droits français, allemand et néerlandais, mais également d'instruments internationaux et de codifications savantes tels que le projet (avorté) de droit commun européen de la vente⁽²⁾, les Principes du droit européen du contrat⁽³⁾, le *Draft Common Frame of Reference*⁽⁴⁾ et les Principes d'Unidroit⁽⁵⁾.

2. Consécration du changement de circonstances. La reconnaissance, sous le nom de « changement de circonstances », de la théorie de l'imprévision constitue assurément l'une des grandes nouveautés du Livre 5⁽⁶⁾. En effet, cette théorie n'était jusqu'à présent pas admise en droit belge⁽⁷⁾,

de wetsvoorstellen van 24 februari 2021 tot invoering van Boek 1 en Boek 5 in het BW », *R.W.*, 2021-2022, pp. 571 et s. ; voy. égal. les grands manuels de droit des obligations qui évoquaient déjà la réforme avant son adoption : S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1, 3^e éd., Brugge, die Keure, 2022 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

(2) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final (ci-après le « DCEV »).

(3) O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. par G. ROUHETTE, Paris, Société de législation comparée, 2003 (ci-après les « PEDC »).

(4) C. VON BAR et E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, 5 v., Munich, Sellier, 2009 (ci-après le « DCFR »).

(5) UNIDROIT, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* 2016, Rome, Unidroit, 2016 (ci-après les « Principes d'Unidroit »).

(6) Pour un commentaire du nouveau texte, voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, *op. cit.*, n^{os} 1231 et s., pp. 895 et s. ; P. A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », in T. DERVAL, R. JAFFERALI et B. KOHL (dir.), *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 329 et s. ; D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 217 et s. ; D. ROOSES, « Enkele praktische bedenkingen bij artikel 5.74 BW aangaande "wijziging van omstandigheden" in het nieuwe verbintenissenrecht », *R.W.*, 2022-2023, pp. 163 et s. ; S. VAN LOOCK, « Verandering van omstandigheden (art. 5.74 BW) : The Times They Are a-Changin », *R.D.C.*, 2023, pp. 409 et s. ; J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, n^{os} 3 et s., pp. 283 et s. ; voy. égal. D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in M. BEYENS (dir.), *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 55 et s.

(7) Voy. not. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2017 ; G. DEMARÉ, *Onvoorziene omstandigheden*, Brugge, die Keure, 2019 ; X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386 et s. ; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Bruxelles, 1986 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisie-leer in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?* », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 446 et s.

sauf par le détour de la théorie de l'abus de droit⁽⁸⁾, sous couvert d'une interprétation audacieuse de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises⁽⁹⁾ ou dans certaines matières particulières⁽¹⁰⁾. C'est désormais chose faite sous l'influence du droit comparé, la rédaction de l'article 5.74 s'inspirant en particulier de l'article 89 du DCEV⁽¹¹⁾. Plus encore que pour les autres dispositions du Livre 5, le recours au droit comparé se justifie donc pour interpréter l'article 5.74⁽¹²⁾.

Cette disposition est rédigée comme suit :

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

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

1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ;

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

3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur ;

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

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

(8) Voy. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 603, *D.A.O.R.*, 2012/101, p. 5, note J. VAN ZUYLEN.

(9) Voy. Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 422, *D.A.O.R.*, 2010/94, p. 149, note D. PHILIPPE, *Rev. contrats*, 2010, p. 1405, note B. FAUVARQUE-COSSON, *R.D.C.*, 2010, p. 885, note J. MALFIET, *Rev. eur. dr. priv.*, 2011, p. 101, note J. DEWEZ, C. RAMBERG, R. MOMBERG URIBE, R. CABRILLAC et L.P. SAN MIGUEL PRADERA, *R.W.*, 2009-2010, p. 730, note K. COX.

(10) Voy. art. 38 et s. de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et, à ce propos, P. THIEL et C. MARKOWICZ, « Circonstances imprévisibles, ordre de suspension et faits des parties en cours d'exécution du marché : quel impact ? », *March. & Contr. Pub.*, 2021, pp. 427 et s.

(11) Les travaux préparatoires avancent à cet égard que « [l]e changement de circonstances est pris en compte par toutes les législations modernes (voy. p. ex. art. 89 CESL ; art. 1195 C. civ. fr. ; art. 313 BGB ; art. 6:258 NBW ; art. III.1:110 DCFR ; art. 6.2 des PICC [...]). La disposition vise à établir une sécurité juridique au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à l'accepter progressivement [...] » (Proposition de Livre 5, pp. 84 et s.).

(12) Dans le même sens, I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, *op. cit.*, n° 1234, p. 898.

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

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

3. Justification de la réforme. Sur l'opportunité de régler le changement de circonstances dans le Livre 5, « [o]n pourrait certes objecter que l'application stricte [des] principes [de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat] et le refus de la théorie dite de l'imprévision inciteraient plus efficacement les parties à introduire dans leur contrat des clauses appropriées. Mais l'expérience prouve que, bien souvent, par ignorance ou par insouciance, elles ne le font pas ou encore que les clauses utilisées ne couvrent pas toutes les hypothèses. Il arrive que le jeu de la clause se heurte lui-même à un événement imprévisible : ainsi une clause d'indexation incluant comme paramètre le prix du pétrole, conçue pour fonctionner dans une période de hausse modérée de ce paramètre, peut donner des résultats aberrants lors de crise pétrolière »⁽¹³⁾.

4. Annonce du plan. Le régime du changement de circonstances en droit belge demeure un édifice en construction. Nous tenterons, dans les développements qui suivent, de déterminer les contours et d'épingler les controverses que l'article 5.74 pourrait susciter. Après avoir exposé les conditions du changement de circonstances (section 2), on examinera plus spécialement ses relations avec la figure de la force majeure (section 3). Les effets du changement de circonstances seront enfin abordés (section 4).

SECTION 2. — CONDITIONS D'APPLICATION

5. Généralités. L'alinéa 2 de l'article 5.74 énumère les conditions auxquelles un changement de circonstances permet de justifier une

(13) PEDC, art. 6:111, comm., I, p. 285 ; dans le même sens, DCFR, art. III.1:110, comm., A, p. 711.

révision ou une dissolution du contrat. Le fait qu'elles soient susceptibles de certains recoupements rendra d'autant plus difficile leur réunion. En l'absence de commentaire détaillé de ces conditions dans les travaux préparatoires, on se tournera principalement vers les instruments internationaux et de droit comparé dont elles sont inspirées pour en cerner la portée. Par ailleurs, on se concentrera ici sur l'application du texte au contrat, même si son application à l'acte juridique unilatéral n'apparaît pas d'emblée exclue⁽¹⁴⁾.

6. Caractère exceptionnel. L'alinéa 1^{er} de l'article 5.74 commence par indiquer que « [c]haque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse [...] ». Il s'agit en réalité d'un simple prolongement du principe de la convention-loi énoncé à l'article 5.69 : le seul fait que les circonstances aient évolué depuis la conclusion du contrat et rendent, dès lors, l'exécution de celui-ci moins favorable pour l'une des parties ne l'autorise évidemment pas à s'en défaire ou à en imposer la renégociation⁽¹⁵⁾. En d'autres termes, la révision du contrat pour cause d'imprévision ne pourra intervenir que « lorsque les strictes conditions de l'alinéa 2 sont rencontrées »⁽¹⁶⁾. À cet égard, les travaux préparatoires vont même jusqu'à évoquer l'existence de « circonstances exceptionnelles » pour souligner le maintien du principe de la convention-loi⁽¹⁷⁾. Le commentaire des PEDC souligne également que le recours à l'imprévision doit être « exceptionnel » en ce sens qu'« [i]l ne doit pas être un moyen offert à la partie déçue pour revenir sur un contrat qui est simplement devenu désavantageux pour elle »⁽¹⁸⁾. Ceci ne constitue toutefois pas une condition d'application distincte de l'article 5.74.

(14) Par application de l'art. 5.126 ; voy. en ce sens DCFR, art. III.1:110, comm., B, p. 712. Sur l'application de la disposition aux contrats unilatéraux ou à titre gratuit, voy. et comp. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, art. 1195, pp. 440 et s. ; J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats, op. cit.*, n° 10, pp. 290 et s.

(15) Voy. égal. l'art. 5.70, al. 1^{er}.

(16) Proposition de Livre 5, p. 85.

(17) Proposition de Livre 5, p. 85. Ces termes ne doivent toutefois pas être pris dans le sens technique qu'ils revêtent à l'article 5.90, alinéa 2.

(18) PEDC, art. 6:111, comm., I, p. 285 ; voy. encore DCFR, art. III.1:110(2), et comm., D, p. 713. Voy. de même P. A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », in T. DERVAL, R. JAFFERALI et B. KOHL (dir.), *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 25, p. 348, pour qui « le texte nouveau doit non seulement s'interpréter strictement, mais, en outre, ne recevoir

7. Changement de circonstances rendant excessivement onéreuse l'exécution du contrat. Pour pouvoir appliquer l'article 5.74, il faut, tout d'abord, « un changement de circonstances [qui] rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger » (al. 2, 1^o). Dans la mesure où l'article 5.74 se situe dans le prolongement de l'article 5.73, le caractère « raisonnable » de la poursuite de l'exécution d'un contrat inchangé devra s'apprécier à la lumière du principe de bonne foi⁽¹⁹⁾. En d'autres termes, « [i]l faut que les circonstances entraînent un déséquilibre majeur dans l'économie du contrat. Tout contrat, surtout s'il est de longue durée, est conçu dans un certain contexte économique qui peut évoluer. [...] Mais la modification du contexte économique ne peut suffire à permettre de revenir sur ce qui a été convenu. Le mécanisme d'imprévision ne peut intervenir qu'en cas de véritable bouleversement du contrat, tel que l'exécution demeure possible, mais entraîne pour l'une des parties des charges exorbitantes. Les termes utilisés montrent bien que le juge ne peut se contenter d'un simple déséquilibre »⁽²⁰⁾.

Il peut y avoir excessive onérosité pour le débiteur, « soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué » (al. 1^{er}). Comme application du premier cas, on peut citer « l'augmentation du coût du transport à la suite de la fermeture du canal de Suez et du détournement des navires par le Cap de Bonne Espérance »⁽²¹⁾ ou, pour donner des exemples plus récents, l'augmentation des coûts logistiques et des matières premières dus à la crise du Covid-19 ou à la guerre en Ukraine. On songe également « à l'introduction de nouvelles règles de sécurité exigeant des processus de production beaucoup plus onéreux »⁽²²⁾. Comme application du second cas,

application que dans les cas extrêmes ». Voy. égal. les intéressantes réflexions de F. ZOLL, « Article 89. Change of circumstances », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, München et Portland, Nomos, C.H. Beck and Hart, 2012, n° 16, p. 420 : « [t]his criterion of 'exceptional change' displays statistical elements: the change must occur so rarely that the parties to the contract may reasonably neglect to take it into account. In addition, an attempt to prevent it or its effect should be usually economically inefficient ».

(19) Voy. dans le même sens P. A. FORIERS, « Force majeure et imprévision », in T. DERVAL, R. JAFFERALI et B. KOHL (dir.), *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 27, p. 349.

(20) PEDC, art. 6:111, comm., II, 1), p. 286.

(21) PEDC, art. 6:111, comm., II, 1), p. 286.

(22) Principes d'Unidroit, art. 6.2.2, comm., 2, a, p. 228.

on songe notamment à l'hypothèse où « dans un contrat d'entreprise, les travaux ont été exécutés et sont payables à crédit, selon une clause d'indexation sur le cours d'une marchandise qui s'effondre de manière imprévisible » ou à l'érosion monétaire⁽²³⁾. Il est en revanche plus douteux que la diminution de valeur de la contre-prestation puisse être entendue de manière subjective de façon à y inclure des hypothèses de perte d'intérêt ou de caducité par disparition de la cause⁽²⁴⁾. Quoi qu'il en soit, l'excessive onérosité se distingue en principe de la véritable impossibilité d'exécution, constitutive de force majeure⁽²⁵⁾.

Bien que cela ne soit pas expressément prévu, un tel changement est – par définition⁽²⁶⁾ – nécessairement postérieur à la conclusion du contrat puisqu'il implique une modification des circonstances existant à cet instant. Néanmoins, « la disposition ne porte pas atteinte à la théorie des sujétions imprévues »⁽²⁷⁾.

8. Caractère imprévisible du changement. Il faut ensuite s'assurer que « ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat » (al. 2, 2°). À défaut, le débiteur est censé avoir assumé ce risque (4°). La prévisibilité de l'événement s'appréciera selon le critère d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. En effet, « [I]a condition est normale : prévisibles, les circonstances entrent, ou auraient dû entrer, dans le champ du contrat. Le droit ne vient pas au secours des imprévoyants. [...] Il suffit seulement qu'il s'agisse de la prévision que pourrait faire dans la même situation un homme raisonnable, ni exagérément pessimiste ou optimiste, ni insouciant »⁽²⁸⁾. La qualité du débiteur – professionnel ou consommateur – pourra à cet égard jouer

(23) PEDC, art. 6:111, comm., II, 1), p. 286. Voy. égal. DCFR, art. III.1:110, comm., D., p. 713.

(24) Pour un examen des arguments pour et contre, voy. J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., n° 11, pp. 291 et s. ; contra : P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 26, p. 348.

(25) Voy. *infra*, n°s 11 et s.

(26) Voy. ég. le terme « devenue » utilisé à l'al. 1^{er} et la condition prévue à l'al. 2, 2°, ainsi que les PEDC, art. 6:111(2)(a), le DCFR, art. III.1:110(3), les Principes d'Unidroit, art. 6.2.2, a), et le DCEV, art. 89.3, a).

(27) Proposition de Livre 5, p. 86. Celles-ci « peuvent être définies comme les difficultés existantes mais non connues et non prévisibles lors de la formation du contrat, qui bouleversent l'économie de celui-ci, et dont l'impossibilité pour le prestataire d'en tenir compte lors de la remise de son prix forfaitaire ne résulte pas de la faute de ce dernier » (sur cette théorie, voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 90, pp. 202 et s.).

(28) PEDC, art. 6:111, comm., II, 3), p. 286.

un rôle. En effet, « *[a] professional can reasonably be expected to take into account matters within the area of professional knowledge or experience, such as the fact that a particular market for a certain raw material is known by those in the trade to be very volatile, even if a consumer could not be expected to be aware of this. In modern times it is reasonable to expect a considerable degree of fluctuation in the values of currencies and in market prices to be taken into account, particularly over the course of a contractual relationship of long duration, but the same would not necessarily apply to altogether exceptional and sudden fluctuations of a kind which no reasonable person could expect* »⁽²⁹⁾. Enfin, l'existence d'un processus en cours n'implique pas que toutes les suites de ce processus soient nécessairement prévisibles : « [p]arfois le changement de circonstances est progressif, mais le résultat final de ces changements progressifs peut constituer un cas de hardship. Si le changement commence avant la conclusion du contrat, il n'y aura pas de hardship à moins que le changement ne soit spectaculaire au cours de l'existence du contrat »⁽³⁰⁾. L'article 89.3, b), du DCEV exprime de manière intéressante cette idée en posant comme condition le fait que « la partie invoquant le changement de circonstances n'avait pas pris et ne pouvait être censée avoir pris en compte la possibilité ou l'importance du changement de circonstances ». En d'autres termes, même si le changement était prévisible dans son principe (la possibilité du changement), le changement de circonstances pourra malgré tout être invoqué lorsque l'ampleur des conséquences de ce changement était quant à elle imprévisible (l'importance du changement)⁽³¹⁾. La crise du Covid-19 en offre une belle illustration puisque, même si la possibilité d'une pandémie était (peut-être) prévisible pour les observateurs avisés au mois de janvier ou février 2020, l'importance des conséquences mondiales de cette crise à partir de la mi-mars 2020 apparaît quant à elle nettement moins prévisible.

9. Non-imputabilité du changement au débiteur. On vérifiera encore que « ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur » (3°). Cette absence d'imputabilité implique,

(29) DCFR, at. III.1:110, comm., D., p. 714.

(30) Principes d'Unidroit, art. 6.2.2, comm., 3, b, p. 229.

(31) Sur la distinction entre le risque de l'événement dans son principe et les conséquences de l'événement, voy. déjà Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 380. Comp. cependant F. ZOLL, *Common European Sales Law (CESL)*, op. cit., n° 22, p. 421, qui considère que « *[t]he prediction of either element is sufficient to exclude the recourse to the remedies under paragraph 2* ».

en particulier, l'absence de faute dans le chef du débiteur, qui ne peut donc pas avoir négligé de prendre les mesures qu'on aurait pu attendre d'une personne raisonnable pour faire face au changement de circonstances⁽³²⁾.

10. Absence d'exclusion légale ou contractuelle, expresse ou tacite. Enfin, le recours à l'imprévision ne peut avoir été exclu. Cette exclusion peut être prévue directement par la loi ou le contrat (5°). Comme hypothèse d'exclusion légale, on peut songer au cas où loi envisage déjà le changement de circonstances et le soumet à un régime spécifique. On songe par exemple à l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux (du moins, pour les changements affectant la valeur locative normale de l'immeuble loué). Les travaux préparatoires citent également la correction judiciaire en équité du régime de séparation des biens prévue à l'article 1474/1 de l'ancien Code civil (désormais art. 2.3.81 du nouveau Code civil)⁽³³⁾. Encore faut-il être attentif au risque précis que la loi a entendu couvrir. Ainsi, l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux « n'exclut pas l'application de l'article 5.74 dans le cas de circonstances exceptionnelles telle une guerre ou une pandémie, qui alourdissent considérablement les obligations de l'une ou l'autre des parties et qui sont étrangères au mécanisme de la révision triennale »⁽³⁴⁾.

S'agissant de l'exclusion contractuelle, elle ne doit pas nécessairement être totale. En effet, « [l]es parties peuvent aménager comme elles l'entendent le mécanisme de renégociation et de révision. Elles peuvent aussi convenir qu'un changement particulier de circonstances ne pourra pas avoir d'incidence sur le contrat (par exemple, écarter toute révision pour dépréciation de la monnaie) »⁽³⁵⁾. À cet égard, « [u]ne demande de renégociation n'est pas admissible lorsque le contrat lui-même contient une clause prévoyant l'adaptation automatique du contrat (par exemple une clause prévoyant l'indexation automatique du prix au cas où certains événements surviendraient). [...] Toutefois, même dans ce cas, une renégociation pour cause de hardship ne serait pas interdite si la clause d'adaptation figurant au contrat n'envisageait pas les événements ayant entraîné le hardship »⁽³⁶⁾.

(32) Voy. dans le même sens art. 6.2.2, c), des Principes d'Unidroit (il faut « que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée »).

(33) Proposition de Livre 5, p. 85.

(34) P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 33, p. 353.

(35) PEDC, art. 6:111, comm., I, p. 285.

(36) Principes d'Unidroit, art. 6.2.3, comm., 1, p. 233.

En effet, une telle clause peut s'analyser en une forme renonciation à invoquer le changement de circonstances et est dès lors de stricte interprétation⁽³⁷⁾ (art. 1.12 et 5.253, al. 2).

L'exclusion du changement de circonstances par les parties ne doit pas nécessairement être explicite. Elle peut en effet également résulter implicitement du contrat, s'il ressort de son économie que le débiteur a « assumé ce risque » (4°). Tel est notamment le cas lorsque « le contrat a en soi un caractère spéculatif (ainsi une opération sur un marché) »⁽³⁸⁾ ou lorsqu'il s'agit d'un événement dans la sphère de contrôle du débiteur⁽³⁹⁾. Néanmoins, le simple fait que « tout contrat comporte une certaine répartition des risques » n'implique pas, en soi, qu'une des parties ait entendu assumer le risque « de la survenance de circonstances qui, lors de la conclusion de leur convention, paraissaient purement théoriques, purement hypothétiques ou totalement inenvisageables »⁽⁴⁰⁾. Ici également, l'exclusion du droit d'invoquer le changement de circonstances ne doit donc être admise qu'avec prudence.

La disposition de l'article 5.74 est donc « supplétive, tant dans son principe que dans ses modalités d'application »⁽⁴¹⁾. Néanmoins, les travaux préparatoires réservent l'hypothèse de « l'abus de droit d'une partie entendant se prévaloir de la clause dérogatoire »⁽⁴²⁾. On rappellera à cet égard qu'on ne peut, par contrat, exclure l'application du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, en ce compris la théorie de l'abus de droit⁽⁴³⁾. Toutefois, la portée du principe de bonne

(37) Comme le relève P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 31, p. 351.

(38) PEDC, art. 6:111, comm., II, 4), p. 287 ; voy. égal. Principes d'Unidroit, art. 6.2.2, comm., 3, d, p. 230.

(39) DCFR, art. III.1:110, comm., D., p. 715, qui ajoute : « [w]here a professional contracts with a consumer it would also generally be reasonable to regard the professional as having assumed the risk of changes of circumstances in relation to matters within the area of professional expertise ».

(40) P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 32, pp. 351-352.

(41) Proposition de Livre 5, p. 85.

(42) Proposition de Livre 5, pp. 85 et s.

(43) Art. 5.73, al. 3. Ainsi, pour D. Philippe, même en cas d'exclusion, « l'on peut se demander si l'on peut exclure, en toute hypothèse, la révision pour changement de circonstances. Imaginons l'inimaginable : un tsunami déferle sur la Belgique ; peut-on encore affirmer que le contrat ne peut être modifié en pareille circonstance ? Il est à souligner que, s'agissant de la bonne foi qui a été considérée comme la base de l'imprévision, il est interdit de déroger contractuellement à son application. Les deux dispositions pourraient donc être appelées dans les circonstances exceptionnelles prédécrites, à se chevaucher.

foi – en ce compris la théorie de l’abus de droit – doit tenir compte du contexte dans lequel le contrat a été conclu. Si, dans des circonstances tout à fait particulières, la théorie de l’abus de droit permettra donc d’obtenir la révision d’un contrat même lorsque l’application de l’article 5.74 aura été contractuellement exclue, il conviendra à notre sens de se montrer particulièrement exigeant dans la démonstration de l’abus, sous peine de priver l’article 5.74, alinéa 2, 5°, de tout son sens. Il en va de même, *mutatis mutandis*, du contrôle d’une telle clause au regard de la théorie des clauses abusives⁽⁴⁴⁾.

SECTION 3. — LIENS AVEC LA FORCE MAJEURE

L’excessive onérosité, inhérente à la théorie de l’imprévision ou du changement de circonstances, se distingue de l’impossibilité d’exécution, caractéristique de la force majeure. Après un bref exposé de la problématique qui nous occupe (§ 1), nous présenterons les pistes de solution qui peuvent y être apportées (§ 2).

§ 1. — *Exposé de la problématique*

11. Position de la question : distinction entre l’impossibilité – appréciée de manière raisonnable – et l’excessive onérosité ? La force majeure est définie à l’article 5.226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil : « [i]l y a force majeure en cas d’impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d’exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l’obstacle à l’exécution ». Deux conditions ressortent de cette définition. La force majeure suppose, tout d’abord, une impossibilité d’exécution et il faut, ensuite, que celle-ci ne soit pas imputable au débiteur. Les caractères imprévisible et inévitable de l’obstacle ne constituent pas des conditions à part entière mais servent plutôt à apprécier la non-imputabilité de cette impossibilité d’exécution⁽⁴⁵⁾.

En conséquence, dans certaines situations exceptionnelles, le juge pourrait appliquer l’imprévision sur la base de la bonne foi même si les parties avaient exclu l’application de l’article 5.74 » (D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., pp. 259-260).

(44) Art. 5.52 ; comp. à ce propos O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1195, pp. 439 et s.

(45) Proposition de Livre 5, p. 261.

En droit belge, la doctrine contemporaine admet que l'impossibilité d'exécution s'apprécie de manière raisonnable ou humaine⁽⁴⁶⁾ et qu'elle ne doit, dès lors, plus recevoir l'acception éminemment stricte qui lui a parfois été conférée par le passé⁽⁴⁷⁾. Pour reprendre l'éclairante formule de J. Heenen, la « force majeure n'est donc pas invariablement l'obstacle pour géants imaginé par la doctrine classique »⁽⁴⁸⁾. À cet égard, pour préciser la notion d'impossibilité raisonnable, certains auteurs semblent étendre la condition d'impossibilité d'exécution à l'idée de disproportion⁽⁴⁹⁾.

En jurisprudence, une tendance semble également se dégager en faveur du critère de l'impossibilité dite « relative » ou raisonnable⁽⁵⁰⁾.

(46) Voy. not. Proposition de Livre 5, p. 261 et les références citées. *Addé* : R. BAETE, « Financiële overmacht: Een onderzoek naar de invulling van de overmachtsfiguur bij verbintenissen tot betaling van een geldsom », *T.P.R.*, 2020, pp. 22 à 26 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, *op. cit.*, pp. 867 et 868, n° 1200 ; F. GLANSDORFF, « Le point sur... La force majeure », *J.T.*, 2019, p. 356 ; F. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *J.T.*, 2020, p. 326 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « De contractuele aansprakelijkheid », in *Handboek Verbintenissenrecht*, 2^e éd., Antwerpen, Gent, Cambridge, Intersentia, 2023, pp. 432 à 434 et spéc. p. 434, n° 570.

(47) Certains auteurs ont pu écrire que le débiteur était tenu, pour respecter ses engagements, d'y consacrer la totalité de ses ressources, « au risque même d'y ruiner sa santé et exposer sa vie » (voy. M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Paris, L.G.D.J., 1930, p. 530, n° 382 ; comp. avec la seconde édition : M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p. 515, n° 382). Voy. ég. R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, pp. 209 et 210, n° 4. *Addé* : R. KRUIHOF, « Werkstaking en overmacht », *T.P.R.*, 1965, pp. 537 et 538, n° 48.

(48) J. HEENEN, « La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure », note sous Cass. (1^{er} ch.), 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 94, n° 5.

(49) M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De overmachts- en de imprevisieleer : één gespleten persoonlijkheid », *T.P.R.*, 2018, p. 230, n° 9 et p. 304, n° 87 ainsi que I. CLAEYS et T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, *op. cit.*, p. 868, n° 1200 qui proposent le critère du « manifestement déraisonnable » (« kennelijk onredelijk ») : l'impossibilité d'exécution serait caractérisée lorsqu'il est manifestement déraisonnable d'exiger l'exécution de l'obligation de la part du débiteur étant entendu qu'il est fait référence au standard de la personne prudente et raisonnable. Voy. et comp. avec le critère de l'utilité économique mobilisé par J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 98 à 100, n° 29.

(50) M. DE POTTER DE TEN BROECK, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2018, p. 251, n° 37. L'auteur a ainsi examiné pas moins de 118 décisions de juges du fond afin de déterminer si c'est davantage le critère de l'impossibilité absolue, ou à l'inverse, celui de l'impossibilité relative (ou raisonnable) qui est mobilisé. L'auteur s'est livré à une double analyse, d'une part, en fonction de la formulation utilisée par chacune des juridictions et, d'autre part, en recherchant le critère concrètement mis en œuvre (nonobstant les termes utilisés).

À partir du moment où l'on admet que l'impossibilité d'exécution, dans la force majeure, doit faire l'objet d'une appréciation raisonnable, à telle enseigne qu'elle confine à la disproportion, comment opérer la distinction avec l'excessive onérosité, caractéristique de l'imprévision ou du changement de circonstances, visé à l'article 5.74 du Code civil ? Différentes solutions paraissent envisageables.

§ 2. — Pistes de solution

12. Première piste de solution : retour à une appréciation stricte de la force majeure. Une première piste de solution pourrait consister à rehausser les standards de la force majeure, c'est-à-dire en revenir à une appréciation plus stricte de l'impossibilité d'exécution afin de mieux faire le départ entre celle-ci et l'excessive onérosité inhérente au changement de circonstances⁽⁵¹⁾. Cette première piste n'est toutefois pas à l'abri de critiques dans la mesure où elle risque d'abaisser la protection du débiteur, alors que la théorie de l'imprévision était destinée à établir plus de justice

Il conclut que « à côté de la Cour de cassation belge, une majorité écrasante des juges de fond belges qui se sont prononcés sur l'exigence d'impossibilité en cas de force majeure préférèrent une impossibilité raisonnable à une impossibilité absolue » (traduction libre). Voy. et comp. avec L. SNAUWAERT et C. VAN DER ELST, « Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk? », *T.P.R.*, 2011, pp. 123 à 166, spéc. p. 155, n° 28 : « *Van een echte 'tendens' in de ene of de andere zin is geen sprake* » ; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1, *op. cit.*, p. 197 qui parle plutôt d'une « tendance perceptible », mais « non encore généralisée », en faveur de l'impossibilité relative (nous traduisons). *Adde* sur la question : R. BAETE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2020, pp. 22 et s.

(51) Voy. en particulier L. CORNET, « Changement de circonstances, force majeure et abus de droit : comment faire bon ménage à trois ? », *R.G.D.C.*, 2023, pp. 131 à 133, qui plaide pour un retour à une interprétation stricte de la condition d'impossibilité d'exécution, ce qui permettrait d'établir une nette distinction entre la force majeure et l'imprévision. Ainsi, il faudrait, selon l'auteur, exiger en matière de force majeure une impossibilité absolue d'exécution « entendue comme l'absence de toute alternative permettant au débiteur d'honorer ses obligations, quoique ruineuse ou excédant ses capacités, dans la mesure où il pourrait être recouru aux services d'un tiers » (*ibid.*, p. 133, n° 14). L. Cornet considère toutefois que l'invitation à une interprétation absolue de la condition d'impossibilité d'exécution doit être nuancée en ce sens qu'elle semble devoir être réservée aux hypothèses dans lesquelles l'article 5.74 est susceptible d'être appliqué. En d'autres termes, une appréciation plus sévère de l'exigence d'impossibilité d'exécution ne se justifierait que dans les situations qui relèvent d'un « conflit de frontières » entre la force majeure et l'imprévision. *Adde* : S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1, *op. cit.*, p. 197, n° 212 ; B. WEYTS, « Het klassieke leerstuk van overmacht in het verbintenissenrecht, actueler dan ooit », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 444 et 445, n° 7.

contractuelle en offrant une arme supplémentaire à ce dernier⁽⁵²⁾. En effet, si la réception de la théorie de l'imprévision entraîne une appréciation plus stricte de l'impossibilité d'exécution en matière de force majeure, le débiteur pourrait se trouver moins protégé que sous l'empire de l'ancien Code civil, en particulier dans l'hypothèse où les parties contractantes supprimeraient la faculté de solliciter la révision ou la dissolution du contrat sur pied de l'article 5.74 du Code civil⁽⁵³⁾. Dans cette hypothèse, le débiteur, confronté à l'imprévu, serait effectivement contraint de se rabattre sur la notion de force majeure pour être libéré de ses obligations, mais ne pourrait plus bénéficier de l'interprétation souple de l'impossibilité d'exécution. Il se trouverait ainsi dans une situation moins favorable que celle qui résulterait de l'application de l'ancien Code civil.

Par ailleurs, un durcissement de la condition d'impossibilité d'exécution paraît peu compatible avec le courant doctrinal et jurisprudentiel qui admet l'impossibilité dite morale, laquelle dénote une appréciation souple ou raisonnable de l'impossibilité d'exécution. On relèvera un jugement du tribunal de première instance de Malines qui a décidé que le désarroi d'un artiste, après l'annonce du décès de son producteur et ami dans un accident, constitue un cas de force majeure l'empêchant de se produire sur scène. La juridiction a, en l'espèce, considéré que l'activité professionnelle du débiteur n'était pas « émotionnellement neutre » et qu'elle exigeait de sa part une forte implication qu'il n'était pas en mesure de fournir, vu l'état de grande tristesse dans lequel il a été plongé⁽⁵⁴⁾. Par ailleurs, on peut d'ores et déjà souligner que le principe d'une impossibilité raisonnable continuera, à tout le moins, de présenter un intérêt dans les situations qui ne pourraient pas être appréhendées sous l'angle de l'imprévision et qui, dès lors, ne relèvent pas d'un « conflit de frontières » entre les notions de changement de circonstances et de force majeure. Pensons, par exemple, à l'entrepreneur chargé de construire une villa. Le débiteur est tenu de suivre les règles de l'art afin que l'ouvrage puisse résister à des tempêtes normales. En d'autres termes, on n'attend pas de lui qu'il mette en œuvre des techniques spéciales et particulièrement onéreuses afin que la construction puisse résister à un cyclone. En effet, il faut admettre que si la toiture de la villa a été emportée par un vent exceptionnel, cette circonstance,

(52) Voy. not. Proposition de Livre 5, p. 7. Voy. et comp. (plus nuancé) : S. VAN LOOCK, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2023, p. 419, n° 31.

(53) On rappellera que le mécanisme du changement de circonstances est supplétif (*cf. supra*, n° 10).

(54) Civ. Malines, 27 novembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 653.

quoiqu'étrangère à toute idée d'imprévision, ne rendra pas le débiteur responsable car « dans la limite de ses obligations, la force de ce vent était irrésistible »⁽⁵⁵⁾. On peut ainsi constater que le concept d'impossibilité raisonnable a encore de beaux jours devant lui, nonobstant l'introduction du changement de circonstances dans notre système juridique.

13. Deuxième piste de solution : option ouverte au débiteur. La deuxième piste de solution consiste à considérer qu'il y a une superposition entre les notions de force majeure et d'imprévision en ce sens qu'une même situation pourrait donner lieu, au choix de la partie affectée par le changement de circonstances, à l'imprévision ou à la force majeure, notamment en fonction de la sanction recherchée⁽⁵⁶⁾. Ainsi, si le débiteur souhaite (avant tout) renégocier le contrat afin d'obtenir une révision de ce dernier, il se placerait sur le terrain de l'imprévision ; en revanche, s'il entend être délié de ses engagements, il invoquerait plutôt la force majeure. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international semblent s'inscrire en ce sens⁽⁵⁷⁾. Cette deuxième voie prête, elle aussi, le flanc à la critique dans la mesure où elle perd de vue que, dans certaines situations, le débiteur trouvera clairement son salut dans la théorie de l'imprévision, et non dans celle de la force majeure. On pense en particulier aux cas où le débiteur est tenu à une obligation de somme. En vertu de l'adage *genera non pereunt*, celle-ci n'est, en principe, pas susceptible d'être atteinte par la force majeure⁽⁵⁸⁾, de sorte qu'il faudra plutôt recourir au concept d'imprévision. À l'inverse, en cas de véritable impossibilité d'exécution au sens strict, seul le recours à la force majeure serait envisageable. Par ailleurs, même lorsque les conditions d'application des deux institutions sont réunies, il est permis de se demander si le fait d'abandonner le choix de la règle applicable au débiteur ne porterait pas atteinte à la volonté du législateur et à la cohérence de l'ordre juridique.

(55) Voy. P. A. FORTIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 251, n° 12.

(56) Rappr. de M. de Potter de ten Broeck qui, dans sa thèse parue en 2017, soit avant l'adoption du Livre 5, défend l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire de consacrer la théorie de l'imprévision dans la mesure où la notion de force majeure permet de résoudre les situations de ce type (voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, op. cit.).

(57) Principes d'Unidroit (version 2016), commentaire n° 6 sous l'article 6.2.2., p. 231 : « [...] il peut y avoir dans les Principes des situations de fait qui peuvent être considérées en même temps comme des cas de *hardship* et de force majeure ».

(58) Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2018, *Pas.*, 2018, p. 1476, *R.G.D.C.*, 2020, p. 26 et note J. VAN ZUYLEN.

14. Troisième piste de solution : tentative de délimitation plus fine des deux institutions. Il reste à examiner la troisième solution qui consiste à soutenir que, bien que la frontière entre le changement de circonstances et la force majeure soit très fine⁽⁵⁹⁾, il est tout de même possible d'opérer une démarcation entre les deux notions, sans renoncer à une conception raisonnable de l'impossibilité. Cette voie recueille notre préférence dans la mesure où elle est davantage en phase avec les textes : il existe deux concepts distincts – imprévision (changement de circonstances) et force majeure – qui ne sont pas librement interchangeables et qui présentent chacun leurs spécificités.

15. Proposition d'un critère permettant de distinguer l'imprévision de la force majeure. Il nous paraît intéressant, dans ce contexte, de relever le critère mobilisé par C. Brunner⁽⁶⁰⁾ afin de distinguer l'imprévision de la force majeure, étant entendu que cette dernière doit faire l'objet d'une appréciation raisonnable. Selon l'auteur, lorsque l'exécution de l'obligation devient excessivement onéreuse, soit parce que les coûts d'exécution ont augmenté, soit parce que la valeur de la contreprestation a diminué, il convient, en principe, d'appliquer les règles relatives au changement de circonstances. À titre d'exception, la force majeure pourra néanmoins être invoquée lorsque « les efforts du débiteur pour surmonter l'augmentation du coût de l'exécution sont excessivement disproportionnés par rapport à l'intérêt du créancier à recevoir l'exécution »⁽⁶¹⁾. En d'autres termes, il convient de mettre en balance, d'une part, la hausse du coût d'exécution à charge du débiteur

(59) C. VON BAR et E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, op. cit., p. 711 (commentaire sous l'article III.1:110) : « *Of course there is sometimes a very fine line between a performance which is only possible by totally unreasonable efforts, and a performance which is only very difficult even if it may drive the debtor into bankruptcy. It is up to the court to decide which situation is before it.* ».

(60) L'auteur inscrit sa réflexion dans le cadre de l'arbitrage international. Il s'appuie sur la CVIM et les travaux d'harmonisation tels que les PECL, le DCFR et les Principes d'Unidroit, et s'inspire, plus particulièrement, pour l'élaboration de son critère, du § 275, al. 2, du BGB.

(61) C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 225 : « *where performance becomes directly (through an increase in the cost of performance) or indirectly (through a decrease in the value of the performance by the other party) excessively more onerous for a party, the legal consequences of the hardship exemption should generally prevail over those of the force majeure excuse. As an exception, where the obligor's efforts to overcome the increase in the cost of performance are excessively disproportionate to the obligee's interest in receiving performance, the obligor may be excused to render specific performance. Its liability for damages should then be assessed under the force majeure excuse.* ».

et, d'autre part, *l'intérêt du créancier* à recevoir la prestation initialement convenue. Si l'intérêt du créancier augmente proportionnellement à la hausse du coût d'exécution dans le chef du débiteur, il convient d'appliquer le concept d'imprévision⁽⁶²⁾. En revanche, si les efforts attendus du débiteur sont disproportionnés par rapport à l'intérêt du créancier, lequel est resté inchangé à la suite du changement de circonstances, c'est la notion de force majeure qui aura vocation à s'appliquer⁽⁶³⁾.

Pour illustrer ce critère, on peut penser à l'exemple suivant. A s'est engagé à livrer des produits manufacturés, à base d'acier, à B, qui les destine à la revente. En raison de la guerre en Ukraine, le prix de l'acier a très fortement augmenté, ce qui alourdit considérablement les coûts de production de A. Dans cette situation, il convient d'appliquer la notion d'imprévision. En effet, l'intérêt du créancier à recevoir les produits promis est, lui aussi, affecté par le changement de circonstances ; il croît à due proportion, dans la mesure où B pourra revendre les biens à un prix plus élevé et devrait lui-même payer un prix plus élevé auprès d'un autre fournisseur pour obtenir les mêmes produits si le contrat avec A était dissous.

Supposons, à présent, qu'un bijoutier vende une bague en diamant unique à un riche homme d'affaires. Les parties conviennent que la bague sera transportée par bateau et livrée ensuite à l'acheteur, le transfert des risques étant retardé jusqu'à la livraison. Le navire heurte toutefois un iceberg et échoue – avec la bague – au plus profond de l'océan. Certes, il serait théoriquement possible de plonger sous l'océan afin de récupérer la bague à l'aide de diverses machines. Cependant, il serait disproportionné d'exiger du débiteur qu'il entreprenne de telles démarches, nettement plus onéreuses que le prix de la bague, alors que l'intérêt du créancier n'est, en soi, pas affecté par le changement de circonstances⁽⁶⁴⁾. En effet, si le contrat était dissous, ce créancier pourrait racheter une bague similaire auprès d'un autre bijoutier pour un prix similaire au prix initialement convenu.

(62) En effet, en ce cas, il n'y a pas de disproportion entre les intérêts des parties dès lors que l'intérêt du créancier à recevoir la prestation a, lui aussi, augmenté *dans la même proportion*. C'est plutôt l'équilibre initial qui est perturbé et il convient de rechercher un nouvel équilibre entre les parties, ce qui est l'objectif poursuivi à travers la renégociation ou l'adaptation du contrat.

(63) C. BRUNNER, *ibid.*, pp. 221 à 227.

(64) Voy. ég. H.C. AKSOY, *Impossibility in Modern Private Law. A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Cham, Springer, 2014, p. 153.

Ce critère, lié à l'existence ou non d'une augmentation de l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat corrélatrice à celle du débiteur de s'en défaire, présente l'avantage d'offrir une ligne – théorique – claire pour faire le départ entre l'imprévision et la force majeure. Il n'est pas dénué de pertinence en ce qu'il permet, à notre estime, de mettre le doigt sur un phénomène qui est à l'œuvre dans les « cas types » d'imprévision : il s'agit de *la modification des conditions de marché*. En effet, C. Brunner propose d'appliquer la théorie de l'imprévision lorsqu'un changement de circonstances affecte simultanément et proportionnellement l'intérêt du débiteur à se dégager du contrat et celui – opposé – du créancier à obtenir l'exécution de l'obligation initialement convenue. Or, dans quel type de configurations assiste-t-on, tout particulièrement, à ce phénomène ? Il s'agit des cas où les conditions de marché ont évolué : par exemple, si le prix des matières premières explose, l'exécution pour le débiteur devient excessivement onéreuse et l'intérêt de ce dernier à être déchargé de son obligation augmente considérablement, là où l'intérêt du créancier à recevoir la prestation convenue croît dans les mêmes proportions. En revanche, si les circonstances invoquées devaient, par hypothèse, ne pas traduire une évolution dans les conditions de marché, nous ne sommes plus confrontés à un « cas type » d'imprévision et il faut reconnaître que l'exigence d'excessive onérosité rejoint celle d'impossibilité d'exécution appréciée de manière raisonnable⁽⁶⁵⁾.

SECTION 4. — EFFETS

§ 1. — *Le scénario envisagé par l'article 5.74 : initiative et anticipation du débiteur*

A. Première étape : la renégociation

16. Demande de renégociation. Une fois les conditions du changement de circonstances réunies, le débiteur (plus exactement la partie

(65) Voy. J. VAN ZUYLEN, *La force majeure contractuelle revisitée. Bonne foi, unilatéralisme et systématisation des remèdes*, thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques, UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles, à paraître, n° 43.

préjudiciée par le changement de circonstances⁽⁶⁶⁾) est admis, dans un premier temps, à solliciter du créancier une renégociation du contrat⁽⁶⁷⁾.

Il incombe au débiteur de prendre l'initiative. Ce dernier notifiera⁽⁶⁸⁾ au créancier la survenance d'un changement de circonstances répondant aux conditions de l'article 5.74 et l'invitera à renégocier le contrat.

Avant que le débiteur ne prenne une quelconque initiative, le créancier n'est tenu, du moins à la lecture de l'article 5.74, à aucune obligation. Il ne pourra, en principe, pas lui être reproché de ne pas avoir averti le débiteur de l'existence d'un bouleversement de l'économie du contrat. L'on pourrait toutefois fonder l'existence d'un devoir d'information sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions. Au regard des circonstances du cas d'espèce, il pourrait ainsi être reproché au créancier de ne pas avoir informé son contractant de l'événement perturbateur et de son incidence sur le contrat⁽⁶⁹⁾.

La demande de renégociation doit avoir pour objectif soit l'adaptation du contrat, soit son extinction, sans que le débiteur ne soit tenu de déterminer d'entrée de jeu la voie qui retient sa préférence.

17. Temps de la renégociation. Le principe de la liberté contractuelle prime dans le cadre des négociations avec les mêmes limites que celles applicables en droit commun.

Le créancier est, en principe, libre d'entamer les négociations⁽⁷⁰⁾, de les refuser expressément ou de se réfugier dans le silence⁽⁷¹⁾ (voy. toutefois les nuances *infra*, n° 19).

(66) Le choix du terme « débiteur » est en effet discutable. D'une part, dans les contrats synallagmatiques, le terme de débiteur peut viser les deux parties au contrat. D'autre part, il contraste avec la suite de l'article 5.74 qui prévoit la saisine du juge à « la demande de l'une ou l'autre partie ». Si l'on prend l'hypothèse d'un contrat de prêt conclu entre un banquier et une personne privée, un changement de circonstances peut affecter les deux parties selon que le changement entraîne une dépréciation ou non de la monnaie. Le terme « partie préjudiciée » semble davantage répondre à l'hypothèse envisagée par le législateur.

(67) Voy. les articles 5.14 et 5.15 du Code civil sur la liberté contractuelle et la liberté de négocier.

(68) La notification n'est pas soumise à un formalisme spécifique. Il convient toutefois d'être prudent et de se réserver la preuve d'un écrit pour éviter toute discussion ultérieure sur le plan de la probatoire (S. VAN LOOCK, *op. cit.*, R.D.C., 2023, p. 447).

(69) En ce sens, D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, p. 251.

(70) Sans que l'on ne puisse y voir un aveu de la réunion des conditions d'application de l'article 5.74 (S. VAN LOOCK, *op. cit.*, R.D.C., 2023, p. 448).

(71) En cas de refus ou de silence (*infra*, n°s 19 et s.), le débiteur pourra alors saisir le juge en vue de solliciter cette adaptation ou extinction du contrat (*infra*, n°s 21 et s.).

Une fois entamées, ces négociations ne peuvent cependant pas s'éterniser, sous peine d'obérer définitivement la situation du débiteur. On parle d'un « délai raisonnable ». Nous verrons en effet que le débiteur est tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations pendant toute la durée des négociations.

Ces négociations nous semblent devoir être régies par les exigences de la bonne foi (art. 5.15, al. 2).

Ainsi que le souligne P. A. Foriers, « [s]i le créancier accepte une renégociation, il faut toutefois, à mon sens, qu'il soit prêt à faire des concessions. Si tel n'est pas le cas, il pourrait se voir reprocher de ne pas avoir agi de bonne foi, en tentant de postposer artificiellement l'intervention du juge. Dans cette mesure, il pourrait se voir condamné à indemniser le débiteur du temps perdu dans la négociation et des frais qu'il aurait exposés »⁽⁷²⁾.

18. L'hypothèse d'une absence de renégociations préalables. Saisi d'une demande sur le pied de l'article 5.74 du Code civil en l'absence de toute demande préalable de renégociation, les travaux préparatoires nous enseignent que le « juge pourra, le cas échéant, remettre l'affaire à une date rapprochée si la condition de renégociation préalable n'est pas encore remplie »⁽⁷³⁾. Il s'agit d'une fin de non-procéder plutôt qu'une fin de non-recevoir⁽⁷⁴⁾.

Il convient toutefois de concilier cette affirmation avec l'hypothèse admise par l'article 5.74 du Code civil d'un refus du créancier.

L'hypothèse est donc limitée à celle où le débiteur saisit immédiatement le juge sans passer par l'étape préalable de demande de renégociation (ou sans laisser le temps au créancier d'y donner suite). La renégociation constitue un effet un préalable obligatoire tandis que la saisine du juge demeure un ultime recours⁽⁷⁵⁾.

Elle reste totalement étrangère à celle où le créancier a été invité à renégocier, mais n'y a donné volontairement aucune suite (refus exprès ou refus qui peut se déduire du comportement de l'autre partie, des circonstances du cas d'espèce⁽⁷⁶⁾).

(72) P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., p. 353.

(73) Proposition de Livre 5, p. 83.

(74) J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 315.

(75) *Ibid.*, p. 314.

(76) S. VAN LOOCK, op. cit., *R.D.C.*, 2023, p. 448.

19. Le droit de refuser du créancier. L'article 5.74 n'impose aucune obligation de renégociation au créancier. Le refus de négocier est même clairement visé dans la disposition légale.

Le dispositif mis en place, bien qu'il ait vocation à inciter les parties à renégocier le contrat sans recourir aux cours et tribunaux, n'empêche dès lors pas le créancier de décliner purement et simplement l'invitation à renégocier.

D'avantage qu'une obligation à charge des parties, la renégociation constitue plutôt une condition préalable à l'application de l'une des sanctions prévues à l'article 5.74⁽⁷⁷⁾. Le créancier qui refuse de négocier s'expose en effet au risque de se voir imposer, par le juge, de nouvelles conditions ou l'extinction du contrat dont il tire profit.

Rien n'empêche toutefois de considérer que le refus de négocier d'un créancier constitue un abus de droit susceptible d'être sanctionné sur la base de cette théorie⁽⁷⁸⁾. Il sera alors loisible au juge de condamner le créancier qui aurait refusé de négocier alors que les conditions du changement de circonstances étaient réunies (voire aurait refusé toutes les propositions raisonnables formulées par son débiteur) à la réparation du dommage subi⁽⁷⁹⁾. À l'inverse, le juge pourra également sanctionner la victime du changement de circonstances si elle ne respecte pas les exigences de la bonne foi par la déduction de dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subsistant en sus du rejet de son action⁽⁸⁰⁾.

20. Une lecture pragmatique de l'article 5.74. Afin d'éviter les refus qui trouvent leur origine dans un désaccord entre les cocontractants sur le point de savoir si les conditions de l'article 5.74 sont remplies, l'on pourrait envisager que le juge puisse, à la demande de l'une des parties, d'abord trancher la question de l'existence d'une situation d'imprévision avant de « renvoyer, ensuite, le cas échéant, les parties à renégocier le contrat (sauf si le magistrat estime qu'il serait vain de provoquer des renégociations entre des cocontractants qui ne peuvent manifestement plus s'entendre) »⁽⁸¹⁾.

(77) J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 315.

(78) D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., p. 253, qui renvoie à M. Somers et M. de Potter de ten Broeck ; S. VAN LOOCK, op. cit., *R.D.C.*, 2023, p. 448.

(79) D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., p. 253.

(80) J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 316.

(81) M. ALMEIDA PRADO, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », op. cit., pp. 882 et 883, n° 22 ; P. ANCEL, « Imprévision », *Rép. civ.*, 2017, n° 90 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets

Le recours à ces décisions différées pourrait, dans certains cas, rencontrer davantage les besoins de terrain.

B. *Seconde étape : la saisine du juge*

21. Les deux scénarios de saisine du juge. Plusieurs scénarios sont envisageables.

Le premier, assez simple, renvoie à l'hypothèse où les parties ont renégocié avec succès. Soit le contrat est adapté, soit il prend fin de commun accord.

Les deux autres scénarios recouvrent les hypothèses où, soit le créancier a refusé de renégocier, soit les parties se sont mises à la table des négociations sans succès, à tout le moins dans un délai raisonnable.

Dans ces deux dernières hypothèses, il revient à l'une des deux parties⁽⁸²⁾ de saisir le juge pour que ce dernier, après avoir vérifié la réunion des conditions, tranche en faveur soit de modifier le contrat pour le mettre en conformité avec ce qui aurait raisonnablement été convenu si les parties avaient pu tenir compte du changement de circonstances au moment de la conclusion du contrat, soit de mettre fin totalement ou partiellement au contrat avec, le cas échéant, effet rétroactif. Cet effet rétroactif ne pourra toutefois remonter au maximum que jusqu'à la date du changement de circonstances.

Certes, cette saisine du juge pourrait créer un sentiment de défiance des parties à l'endroit de l'article 5.74. Pour M. Fontaine, « elle risque de dissuader de nombreux praticiens et de les conduire à déroger à l'article 5.74 pour lui substituer une clause de hardship sur mesure »⁽⁸³⁾. Il convenait toutefois de conférer une certaine effectivité à l'article 5.74.

Tout en admettant le risque de dérogation ou de modalisation, P. A. Foriers épingle à juste titre qu'« une simple obligation de renégociation sans possibilité d'intervention du juge aurait posé la question de la conséquence d'un échec de cette renégociation. D'une manière ou d'une autre, dans ce cas, il s'ensuivrait un litige et le « créancier » qui poursuivrait déraisonnablement l'exécution du contrat pourrait se voir opposer

du contrat », *Revue des contrats*, 2016 ; pp. 30 et s. ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 462 et pp. 464-465, cités par J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 315.

(82) Le législateur prévoit cette faculté tant pour le « débiteur » que pour le « créancier ».

(83) M. FONTAINE, « Les dispositions générales et le droit des obligations du nouveau Code civil belge (Livres 1^{er} et 5) », *R.G.D.C.*, 2023, p. 11, note 63 et réf.

un abus de droit. Or la sanction naturelle de l'abus de droit réside dans la réduction de l'usage de ce droit à son usage normal. Et sous ce couvert, le juge pourrait modérer les exigences du créancier et donc, d'une certaine manière, adapter la convention. Pour autant que le pouvoir du juge de réadapter le contrat ne soit exercé que dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 5.74 du Code civil, il n'est donc pas choquant »⁽⁸⁴⁾.

En tout état de cause, la possibilité de déroger à l'article 5.74 (*supra*, n° 10) permettra aux parties d'anticiper les effets d'un changement de circonstances tout en ayant, espérons-le, à l'œil la prohibition des clauses abusives⁽⁸⁵⁾.

22. Compétence de juge statuant comme en référé. L'article 5.74 prévoit la saisine du juge statuant « comme en référé »⁽⁸⁶⁾. La procédure permet à la juridiction présidentielle de statuer sur le fond du litige de manière plus rapide. Dans le cadre de cette procédure, les parties bénéficient « notamment d'un délai de citation abrégé, d'une mise en état accélérée et d'un calendrier rapproché »⁽⁸⁷⁾.

Le législateur aurait pu envisager une saisine des juridictions de droit commun couplée au mécanisme des mesures provisoires et avant dire droit. Telle ne fut toutefois pas l'option retenue, ce qui s'explique peut-être par le fait que trop souvent, l'octroi de mesures provisoires est décidé au terme d'une procédure aussi longue que celle devant mener à une décision au fond. Certains regretteront peut-être néanmoins l'absence, en présence d'un litige du ressort du tribunal de l'entreprise, des juges consulaires dans le cadre de cette prise de décision.

23. Mise sur pied d'égalité des deux remèdes. Les deux remèdes – adaptation et fin du contrat – sont mis par l'article 5.74 sur pied d'égalité⁽⁸⁸⁾. Il n'existe, à tout le moins selon le texte, aucune hiérarchie à respecter. Aucune faveur spécifique n'est, même si certains peuvent s'en étonner, réservée à la poursuite du contrat.

(84) P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 356.

(85) *Ibid.*, p. 356.

(86) Rien n'empêche toutefois les parties d'invoquer l'article 5.74 devant les juridictions ordinaires au fond (par exemple comme moyen de défense) en vue d'une adaptation ou d'une extinction du contrat mais sans pouvoir bénéficier d'une éventuelle solution à court terme (voy. en ce sens S. VAN LOOCK, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2023, p. 451). Cette position rencontre davantage le souci d'économie procédurale (*infra*, n° 31).

(87) J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, p. 320.

(88) S. VAN LOOCK, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2023, p. 449 qui précise qu'il n'existe pas non plus de hiérarchie des remèdes en France et aux Pays-Bas ainsi que dans les principes Unidroit.

Le juge disposera d'un libre et large pouvoir d'appréciation entre les deux branches de l'option. Comme l'indique P. A. Foriers, le juge « devra veiller à trouver la solution la plus adéquate au vu des intérêts légitimes des parties et de leur situation financière. Il lui reviendra donc de rechercher la solution qui soit la plus équitable, la plus équilibrée. En venant au secours du « débiteur », il ne pourrait causer la ruine du « créancier », dont on se rappellera qu'il sera aussi, lui-même, débiteur dans les contrats synallagmatiques. Le pouvoir du juge est donc extrêmement large, mais il ne saurait totalement modifier l'équilibre de la convention voulu par les parties ni imposer des solutions qu'elles n'auraient pu accepter. Si l'adaptation n'est pas concevable, il vaudra sans doute mieux que le juge mette fin à la convention, le cas échéant en prévoyant une compensation due par l'une des parties à l'autre et en fixant les modalités de la terminaison des relations contractuelles dont la date ne pourrait toutefois être antérieure au changement de circonstances »⁽⁸⁹⁾.

24. Principe dispositif et pouvoir du juge. Le juge reste cependant tenu par le principe dispositif et ne peut statuer *ultra petita*. Cela signifie qu'il ne pourra pas prononcer la dissolution du contrat ou l'adaptation de ce dernier si aucune demande n'est formulée en ce sens⁽⁹⁰⁾. Il appartiendra dès lors à l'une ou l'autre partie de viser, le cas échéant, les deux hypothèses (l'une à titre principal, l'autre à titre subsidiaire⁽⁹¹⁾). De son côté, le cocontractant fera montre d'une certaine prudence en sollicitant à titre reconventionnel l'autre branche de l'option s'il souhaite éviter celle suggérée à titre exclusif par le demandeur.

La question se pose de savoir si la théorie de l'abus de droit, consacrée à l'article 1.10 du Code civil, pourra être mobilisée par le juge afin d'imposer à l'une des parties une mesure qui n'était pourtant pas sollicitée. La réponse diffère selon que l'on adopte ou non une conception très large de l'objet du litige⁽⁹²⁾.

25. Modification du contrat : le critère de référence. Parmi les différents critères d'adaptation du contrat possibles, le législateur a opté

(89) P. A. FORIERS, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., p. 354.

(90) Tout au plus pourra-t-il inviter, au cours de la procédure, les parties à prendre position.

(91) Si les deux branches de l'option sont visées sur pied d'égalité, le juge devra choisir celle qui correspond le mieux à la volonté hypothétique des parties (S. VAN LOOCK, op. cit., R.D.C., 2023, p. 450).

(92) Voy. sur cette question, J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., pp. 317-318.

pour celui qui renvoie à ce qui aurait « raisonnablement été convenu par les parties si elles avaient pu tenir compte du changement de circonstances au moment de la conclusion du contrat ». C'est dès lors le critère de la commune intention des parties au moment de la conclusion du contrat qui doit primer, sachant que sonder cette volonté commune des parties peut poser problème⁽⁹³⁾. Le juge peut prolonger, raccourcir la durée du contrat, prévoir des modalités de paiement, aménager des modalités d'exécution, adapter le prix⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾ ...

Il ne doit donc pas y avoir nécessairement de concordance entre la perte réelle subie par la partie préjudiciée et la révision opérée par le magistrat. Le débiteur peut en effet partiellement assumer le risque et rester tenu d'une partie des effets du changement de circonstances⁽⁹⁶⁾.

26. Modification ou nouveau contrat ? La question de savoir si le contrat tel que modifié par le juge constitue « la continuation du contrat originaire modifié par un avenant » ou un « nouveau contrat » emporte des conséquences importantes en termes de droit applicable mais aussi et surtout de maintien des sûretés.

La doctrine s'est interrogée sur l'existence d'un véritable effet novatoire en s'attachant à l'importance des modifications apportées par le juge⁽⁹⁷⁾. Ainsi, D. Philippe considère que « [s]i le changement porte sur des obligations essentielles, l'on parlera d'un nouveau contrat ; si les obligations modifiées sont accessoires, la solution inverse sera retenue »⁽⁹⁸⁾. La question reste délicate dès lors que la novation est uniquement envisagée à l'article 5.245 comme « *un contrat*⁽⁹⁹⁾ qui a

(93) La désignation d'un expert judiciaire reste évidemment envisageable dans les cas complexes (S. VAN LOOCK, *op. cit.*, R.D.C., 2023, p. 452).

(94) Sur la possibilité d'augmenter le prix (comme contrepartie), S. Van Loock considère qu'une telle adaptation porte fortement atteinte à l'autonomie de la volonté de cette autre partie, puisqu'un prix est imposé, supérieur à celui auquel elle s'était engagée. Puisqu'on ne peut pas simplement supposer que cette autre partie aurait été disposée à payer un prix plus élevé si elle avait prévu le changement de circonstances, sa contre-prestation ne peut en principe pas être augmentée simplement. Le risque des coûts supplémentaires imprévus et non imputables pour le débiteur ne peut pas être compensé simplement par des coûts supplémentaires tout aussi imprévisibles et non imputables pour le créancier (S. VAN LOOCK, *ibid.*, p. 454 ; traduction libre).

(95) S. VAN LOOCK, *ibid.*, p. 453.

(96) D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, p. 258.

(97) Voy. sur cette question, J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, p. 320.

(98) D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, p. 257.

(99) Nous soulignons.

pour objet d'éteindre une obligation et de lui substituer une obligation nouvelle ».

En tout état de cause, si le contrat originaire subsiste, se posera la question de savoir, si la modification (à la hausse) des obligations du débiteur emportera également des conséquences sur la caution. L'interprétation du contrat de cautionnement se révélera souvent décisive.

27. Extinction du contrat. L'extinction du contrat pourra être totale ou partielle comme en témoigne l'expression « en tout ou en partie ». L'effet rétroactif de cette extinction ne pourra toutefois remonter au-delà du changement de circonstances. Rien n'empêche par ailleurs le juge d'assortir cette extinction du paiement d'une indemnité (par ex. pour la période antérieure à l'extinction) ou d'ajuster le contrat (en ce qui concerne la partie non affectée par la dissolution) vu l'expression « selon des modalités fixées par le juge »⁽¹⁰⁰⁾. On pourrait aussi envisager, à défaut pour l'article 5.115 de viser expressément l'hypothèse de l'article 5.74, que le juge, sous couvert de l'expression précitée, prononce des obligations de restitutions.

28. Effet rétroactif cantonné à la dissolution du contrat ? L'article 5.74 offre deux lectures possibles de l'effet rétroactif.

Soit ce dernier ne vise que l'anéantissement du contrat, le cas échéant, avec effet rétroactif. Soit il vise également l'adaptation du contrat⁽¹⁰¹⁾.

Il nous semble plus logique de faire primer la seconde interprétation qui répond à notre estime davantage aux problèmes de terrain. En tout état de cause, rien n'empêche au juge, au regard du libellé de l'article 5.74, de modifier le contrat en y insérant justement des dispositions relatives à l'adaptation du passé.

29. Droit de ne rien ordonner ? La question se pose également de savoir si le juge, après avoir constaté la réunion des conditions, peut décider de laisser la situation des parties en l'état. Autrement dit, le juge est-il admis, en dépit de l'existence d'un changement de circonstances, à opter pour la poursuite du contrat sans le modifier d'un iota ?

« Selon certains auteurs, le syntagme “le juge peut” semble indiquer que le magistrat conserve le pouvoir de maintenir le contrat “en l'état”, par exemple afin d'éviter « l'effet de cascade » susceptible de provoquer un déséquilibre généralisé ou encore lorsqu'il ne paraît pas

(100) S. VAN LOOCK, *op. cit.*, R.D.C., 2023, p. 454.

(101) Comp. J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, pp. 319-320 et D. PHILIPPE, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, p. 258 (qui parle expressément de révision avec effet rétroactif).

opportun de faire peser le risque du changement de circonstances sur un créancier trop fragile. Une autre partie de la doctrine semble estimer que le juge doit tirer toutes les conséquences de l'imprévision dont les conditions sont réunies et que sa seule marge de manœuvre réside dans le choix de la mesure la plus appropriée. La décision de modifier la relation contractuelle ou d'y mettre fin "doit toujours prendre en compte les circonstances de l'espèce et les intérêts légitimes des parties" »⁽¹⁰²⁾.

C. L'obligation de poursuivre l'exécution du contrat

30. Obligation de poursuivre l'exécution du contrat. Contrairement aux hypothèses de force majeure, le législateur affirme de manière très claire que les parties doivent continuer à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations.

À défaut de le faire, plusieurs scénarios sont possibles.

Soit, le juge confirme la position du débiteur et adapte rétroactivement le contrat de sorte que l'inexécution du débiteur est « blanchie » rétroactivement. Soit le juge considère que le débiteur n'est pas fondé à réclamer l'application de l'article 5.74 de sorte que les sanctions de l'inexécution prévues à l'article 5.83 pourront être mobilisées⁽¹⁰³⁾.

Rien n'empêche également la partie lésée de solliciter du juge du provisoire le bénéfice de certaines mesures dans l'attente d'une décision ou de l'aboutissement des négociations.

§ 2. — Le scénario sur lequel l'article 5.74 est plus discret

31. Silence de l'article 5.74. Un autre scénario, dont l'article 5.74 ne dit mot, vise l'hypothèse où le débiteur néglige de se prévaloir de l'article 5.74 anticipativement.

Dans cette hypothèse, le débiteur se retrouve assigné devant les cours et tribunaux en inexécution contractuelle.

La tentation est alors évidemment grande pour le débiteur de se prévaloir du changement de circonstances comme moyen de défense en

(102) Voy. sur ces deux courants, J. VAN ZUYLEN, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 319.

(103) S. VAN LOOCK, op. cit., R.D.C., 2023, p. 447.

vue de légitimer, via l'effet rétroactif de l'adaptation du contrat ou de son extinction, son inexécution.

Bien que non expressément visée par l'article 5.74, cette faculté ne nous semble pas exclue, tant s'en faut.

32. Des questions pendantes. Il n'en reste toutefois pas moins que de nombreuses questions restent ouvertes.

– Quelle serait la sanction la plus adéquate lorsque le débiteur accuse un retard conséquent et néglige d'invoquer le bénéfice de l'article 5.74 en temps opportun ?

– La compétence du juge des référés pourrait-elle constituer un obstacle dirimant ?

– Le juge est-il tenu de remettre l'affaire pour permettre aux parties de renégocier ? *Quid* si l'argument est soulevé au cours d'une mise en état aux délais fort longs ?

Nul doute que la jurisprudence sera amenée à se prononcer sur l'ensemble de ces questions afin de mieux dessiner le régime de l'article 5.74.