

CHAZEAU Dorine
Matricule n° 1505860

**L'IMPACT DE L'INTRODUCTION DE L'ARTICLE 1195 DU CODE CIVIL SUR LA PROCEDURE DE
SAUVEGARDE**

Mémoire de recherche
sous la direction de Monsieur le Professeur Antoine GAUDEMET

Master 2 Droit des affaires (recherche)
Dirigé par Monsieur le Professeur Hervé Synvet
Université Paris II Panthéon-Assas

Année scolaire 2016 – 2017

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes remerciements au Professeur Antoine GAUDEMET, pour le temps et l'attention consacrés à ce travail de recherche, tout au long de l'année. Je le remercie pour ses précieux conseils et ses encouragements.

Je souhaite également remercier Maître Lucille MADARIAGA et Maître Morgane VALLA, avocates collaboratrices du cabinet BREMOND ET ASSOCIES, pour le regard pratique et bienveillant qu'elles ont porté sur mes recherches.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
PREMIERE PARTIE – IMPREVISION ET OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : CONCURRENCE, RESTRICTION OU INDIFFERENCE ?.....	10
A. L'apparente concurrence entre les deux mécanismes.....	10
B. L'articulation souple des deux mécanismes.....	30
SECONDE PARTIE – IMPREVISION ET DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : UN NOUVEL OUTIL POUR LA PROCEDURE ?.....	43
A. Régime de l'imprévision et règles relatives aux contrats en cours.....	44
B. L'articulation délicate des deux procédures	58
CONCLUSION.....	73
PLAN DETAILLE	75
BIBLIOGRAPHIE.....	77

INTRODUCTION

A l'occasion de la réforme du droit des procédures collectives opérée par la loi du 25 janvier 1985, qui a marqué un revirement certain quant à l'esprit même du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise, la doctrine s'est interrogée sur le sort réservé à la théorie générale du contrat dans les nouvelles formes de procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Comme Jean-François. Montredon le souligne, « *l'accord de volontés paraissait tout désigné pour essuyer l'ondée législative* »¹, l'exécution normale des rapports contractuels se conciliant peu ou mal avec l'idée même d'une protection unilatérale accordée au cocontractant en difficulté.

Une première réaction consiste à constater une certaine érosion de la théorie générale du contrat lorsque celle-ci se trouve confrontée à l'ouverture d'une procédure collective.

En effet, en faisant du sauvetage de l'activité de l'entreprise en difficulté la finalité principale de la procédure collective, le législateur a introduit de nouveaux mécanismes dérogoratoires au droit commun du contrat. Dès 1985, nombre de principes cardinaux de la théorie générale du contrat trouvent déjà leur limite à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire : la liberté contractuelle lorsque le tribunal de la procédure se voit octroyer le droit d'imposer la transmission d'un contrat au repreneur de l'entreprise, la force obligatoire des accords de volontés lorsque certaines clauses sont réputées non-écrites du seul fait de l'ouverture de la procédure, ou encore la prohibition de la révision unilatérale du contrat lorsque le tribunal décide d'imposer un délai uniforme aux créanciers. Le recul du droit commun semble être plus important encore concernant les contrats synallagmatiques : les règles s'appliquant aux contrats en cours, à elles-seules, semblent en effet mettre en échec tant l'exception d'inexécution que la possibilité de la résolution pour inexécution du contrat. Dès lors, le constat semble sans appel : avec la réforme portée par la loi de 1985, certains droits élémentaires du cocontractant de la société en difficulté tenus de la convention se voient neutralisés par l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. L'introduction par la loi de sauvegarde des entreprises du 27 juillet 2005 de la procédure dite de sauvegarde, aux conditions d'ouverture plus larges mais reprenant nombre de dérogorations autrefois réservées à la procédure de redressement judiciaire, apparaît alors comme un nouveau coup porté au droit commun du contrat.

Cependant, une lecture plus nuancée peut être menée de la confrontation entre le droit commun du contrat et le droit des procédures collectives. Ainsi, Marie-Hélène Monsérié-Bon identifie un mouvement qu'elle qualifie de « *balancier* » entre le droit des obligations et celui des procédures

¹ MONTREDON (Jean-François), "La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives", *JCP E*, avril 1988, n°14, 15156

collectives, entre une mise à l'écart du premier par le second et son maintien, voire son renforcement². Si le droit des obligations peut en effet être écarté au profit du droit des procédures collectives, mieux adapté aux impératifs de la matière, ce mouvement d'exclusion n'est pas total. L'auteur identifie ainsi des résurgences de mécanismes du droit des obligations dans le droit des procédures collectives, comme par exemple l'introduction du mécanisme de compensation de créances connexes par la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés de l'entreprise³.

Son analyse s'inscrit dans la lignée de la réflexion déjà menée quelques années auparavant par Michel Jeantin concernant plus spécifiquement le sort réservé aux contrats en cours au jour de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, et qui refusait de considérer une exclusion totale du droit des obligations par le droit des procédures collectives⁴. En effet, selon l'auteur, si les deux corpus de règles se confrontent inéluctablement du fait de leur divergence de finalités, l'analyse ne peut cependant pas être « *monolithique* » : en se fondant sur une vision plus contemporaine du contrat, non pas uniquement comme la relation entre deux personnes mais comme une « *valeur économique qui mérite d'être protégée car son maintien est source de richesses futures* », il est possible de percevoir *in fine* une réelle complémentarité entre le droit commun des obligations et le droit spécial des procédures collectives. Sous cet éclairage, la règle de continuation du contrat en cours⁵, par exemple, représente avant tout un moyen de sauvegarder le lien contractuel, et la valeur économique qu'il représente, plutôt qu'un obstacle qui empêche la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ou de la résolution pour inexécution.

L'intérêt du questionnement quant au sort du droit commun du contrat et du droit des procédures collectives est multiple. De manière théorique, il permet d'interroger le rapport entre droit commun et droit spécial⁶. De manière plus pratique, il permet d'analyser la possible adaptation du droit commun des contrats aux réalités économiques contemporaines. L'analyse de Michel Jeantin se conclut sur l'idée d'un enrichissement du droit commun par le droit des procédures collectives, dont il écrit qu'il est « (...) *l'occasion d'un retour sur les principes fondateurs du droit des obligations qui pourrait se trouver revivifié par le contact avec des institutions ou des besoins nouveaux* »⁷. Le caractère

² MONSERIE-BON (Marie-Hélène) « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », *Mélanges Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 429

³ Loi n° 94-475, article 24 : cet article reprend une dérogation à l'interdiction de paiement des créances antérieures initialement reconnue par la jurisprudence de la Cour de cassation. La possibilité d'un paiement par compensation des créances connexes est aujourd'hui prévue à l'article L. 622-7 du Code de commerce.

⁴ JEANTIN (Michel), « Rapport de synthèse », in « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *RJC*, numéro spécial 1992, 170

⁵ Aujourd'hui à l'article L. 622-13 du Code de commerce.

⁶ Voir notamment la thèse de CHVIKA (Eran), *Droit privé et procédures collectives*, dir. T. Bonneau, Defrénois, 2003

⁷ JEANTIN (Michel), *Op. cit.* (note n°4)

immuable du droit des obligations, et plus particulièrement du droit des contrats, serait ainsi « *revivifié* »⁸ par la mise en contact nouvelle avec le très pragmatique droit des procédures collectives.

La question de la prise en compte ou non de la situation d'imprévision peut être une bonne illustration des effets de cette rencontre. L'imprévision peut être définie comme la situation dans laquelle un contrat est déséquilibré par la survenance d'un ou de plusieurs événements que les parties au contrat n'avaient pas prévus au moment de l'échange de leurs consentements. Le refus traditionnel par le droit français d'admettre la possibilité de toute forme de révision du contrat pour imprévision pouvait effectivement être, et ce jusqu'à la réforme du droit des contrats portée par l'ordonnance du 10 février 2016, l'un des meilleurs exemples de l'immuabilité de la théorie générale des contrats. En effet, depuis le célèbre arrêt dit « Canal de Craponne »⁹, l'impossibilité pour le juge judiciaire de modifier la convention des parties en raison d'un changement de circonstances est fermement consacrée en droit interne français, et solidement maintenue malgré l'admission d'une telle révision en matière administrative¹⁰, ou dans d'autres droits européens¹¹.

Ce rejet maintenu durant cent-quarante années a alimenté de nombreux débats doctrinaux, intensifiés dans la période contemporaine par le constat de la perte de stabilité de l'environnement économique¹². Les divergences sur la question sont nombreuses. Tout d'abord, aux auteurs qui saluent la fermeté de cette lecture de l'ancien article 1134 du Code civil au nom du respect de la parole donnée ou de la sécurité des rapports commerciaux s'opposent ceux qui appellent à son abandon, au nom de l'équité¹³ ou de la sauvegarde du contrat¹⁴. Ainsi Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire a pu écrire que « *ce que l'on assure en prohibant toute adaptation du contrat c'est la protection d'une stabilité formelle, pure façade qui masque une altération profonde et injuste de la convention ; au-delà de cette stabilité formelle doit être recherchée une stabilité réelle qui, elle, postule un réaménagement du rapport contractuel destiné à compenser les effets perturbateurs de la conjoncture économique* »¹⁵. Entre les

⁸ *Ibid.*

⁹ Cass. Civ. 6 mars 1876, De Gallifet c. Commune de Pelissanne

¹⁰ Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*

¹¹ voir notamment DAVID (René), « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211

¹² voir notamment STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos A. Sériaux, préface R. Bout, Collection du Labo. de théorie juridique, PUAM, 1994.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Voir notamment la thèse de THIBIERGE (Louis), *Le contrat face à l'imprévu*, préface L. Aynès, Economica, 2011, pour qui le refus de la prise en compte de l'imprévision empêche toute solution intermédiaire entre l'exécution normale du contrat et son exécution rendue impossible par un cas de force majeure, et qui pourrait éviter l'anéantissement du lien contractuel par son adaptation aux circonstances économiques.

¹⁵ DELMAS-SAINT-HILAIRE (Jean-Pierre), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durant, JGDJ, 1960

teneurs mêmes de la théorie de l'imprévision apparaissaient des dissemblances par exemple quant à son possible fondement, ses conditions d'application ou son régime¹⁶.

L'introduction par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 de l'article 1195 du Code civil a mis fin au débat doctrinal en donnant un fondement textuel sans équivoque à la théorie de l'imprévision. Les conditions d'application sont explicitement posées : l'article ne trouve à s'appliquer qu'en cas de « *changement de circonstances imprévisible* » à la date de la conclusion du contrat, et rendant l'exécution « *excessivement onéreuse* » pour l'une des parties n'ayant pas accepté de supporter ce risque. Quant au régime proposé pour traiter cette situation, celui-ci est graduel. En effet, le premier alinéa de l'article précise que la partie victime de l'imprévision peut demander une renégociation du contrat, tandis que le second prévoit, en cas d'échec ou de refus de la renégociation, la résolution conjointe du contrat ou la demande conjointe de son « *adaptation* » au juge. Enfin, et à défaut d'accord dans un délai raisonnable, une seule partie peut demander au juge de « *réviser le contrat ou [d'] y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Selon le rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance, cette innovation est dictée par des impératifs tenant à la justice contractuelle : la révision pour imprévision, rendue possible en dernier ressort par le nouvel article 1195 du Code civil est donc fondée sur le principe d'équité, là où son rejet était traditionnellement justifié par des considérations quant à la moralité du contrat (et donc au respect de la parole donnée) et à l'efficacité économique des relations contractuelles.

Cependant, avant même l'introduction en droit commun de la théorie de l'imprévision, le droit des procédures collectives semblait avoir reconnu la possibilité d'un traitement de la situation d'imprévision, *via* l'ouverture d'une procédure de sauvegarde prévue aux articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce. En effet, l'arrêt dit « Cœur Défense » du 8 mars 2011¹⁷, avait déjà reconnu la possibilité pour une société holding d'un montage de *Leverage Buy-Out* (« **LBO** »), de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde du fait de difficultés purement financières, en l'espèce liées à la crise financière de 2008, faisant ainsi échec à l'exécution d'un pacte commissaire la menaçant d'éviction de l'actionnariat de sa filiale opérationnelle. En l'espèce se retrouvaient toutes les conditions

¹⁶ Voir notamment en faveur d'une révision judiciaire MAZEAUD (Denis). « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p.4. A l'inverse, pour une faveur portée à la renégociation entre parties, STOFFEL-MUNCK (Philippe) *Op. cit.* (note n°12).

¹⁷ Cass. com. 8 mars 2011, n° 10-13.988, rendu au visa de l'ancien article L. 620-1 du Code de commerce qui conditionnait l'ouverture de la procédure de sauvegarde à la justification par le débiteur « (...) *de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements.* ». La nouvelle rédaction de l'article L. 620-1 du Code de commerce issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit que la procédure puisse être ouverte à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas en cessation des paiements, et qui éprouve des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. La solution de la Cour de cassation précise la nature de ces difficultés, en refusant de les considérer nécessairement comme liées à l'activité du débiteur : en ce sens, cette jurisprudence continue à s'appliquer sous l'empire de la nouvelle rédaction du texte.

de l'imprévision, aujourd'hui exigées par le nouvel article 1195 du Code civil¹⁸. Dès lors, et comme le soulignent certains auteurs, la position adoptée par les magistrats de la Cour de cassation, en portant la possibilité pour tout débiteur de faire état de difficultés purement financières causées par l'exécution d'un contrat rendu plus onéreuse du fait de circonstances imprévues, permettait *in fine* la révision indirecte dudit contrat dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde¹⁹. Par cet arrêt de 2011, bien avant l'introduction de l'article 1195 du Code civil, la jurisprudence avait donc déjà trouvé un moyen de traiter la situation d'imprévision, par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

L'introduction du nouvel article 1195 du Code civil soulève premièrement la question du maintien ou non de cette jurisprudence particulièrement compréhensive à l'égard du débiteur victime de la situation d'imprévision : puisque la situation d'espèce pourrait aujourd'hui être traitée via le nouvel article 1195 du Code civil, est-ce que cela signifie que la procédure de sauvegarde n'aurait plus lieu à être ouverte dans ce cas précis ?

Plus largement, se pose la question de l'impact global de ce nouvel instrument sur la totalité de la procédure de sauvegarde, et non seulement sur les conditions de son ouverture. En effet, l'exemple de l'arrêt dit *Cœur Défense* permet de constater que certaines situations, que l'on pourrait qualifier de « mixtes », peuvent aujourd'hui être traitées soit par le biais du droit commun et de l'article 1195 du Code civil, soit par le biais de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Il s'agirait en effet d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, rencontrerait des difficultés insurmontables de nature contractuelle, tenant à l'exécution rendue trop onéreuse d'un contrat du fait de circonstances non-prévues lors de la conclusion du contrat, et n'ayant pas accepté de supporter ce risque. C'est par exemple le cas de la société holding faîtière d'un montage LBO, comme dans les faits de l'espèce de l'arrêt de 2011, sans aucune activité mais emprunteuse au titre d'un ou plusieurs contrats de prêt : la situation de la société holding est ici complètement dépendante de l'exécution à un coût normal et anticipé des contrats de prêt, la société n'ayant pas d'activité lui permettant de compenser son renchérissement. Il peut également s'agir d'une société débitrice d'une taille moindre, mais dont l'activité dépendrait entièrement ou presque d'un contrat clef, dont l'exécution devenant trop onéreuse ne pourrait être contrebalancée par le bénéfice tiré d'autres contrats.

Pour une même situation, deux mécanismes distincts peuvent donc être appliqués. La coexistence des deux mécanismes, traitement direct de la situation d'imprévision par l'article 1195 du Code civil d'un côté et traitement indirect par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'autre,

¹⁸ voir *infra*.

¹⁹ voir notamment FAGES (Bertrand), "Cœur Défense contre Canal de Craponne?", *RTD. Civ.* 2011, 351 et LUCAS (François-Xavier), "L'éligibilité des holdings à la sauvegarde", *BJS*, avril 2011, n°4, 281

est-elle synonyme de cumul de ces deux mécanismes, l'exclusion de l'un par rapport à l'autre ou leur conciliation par concessions mutuelles ?

Il semble ici se retrouver un mouvement de « balancier » proche de celui déjà identifié par la doctrine entre le droit commun du contrat et le droit spécial des procédures collectives avant même l'introduction de la procédure de sauvegarde, entre exclusion et enrichissement. Seulement le mouvement paraît ici inversé : c'est le droit commun, revigoré par l'introduction du nouvel article 1195 du Code civil, qui questionne le droit applicable à la procédure de sauvegarde. Concernant précisément les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, il s'agirait alors d'un mouvement d'exclusion. L'on peut ainsi être tenté de concevoir à première vue un recul certain du droit des procédures collectives face au nouveau droit commun : l'introduction de l'article 1195 du Code civil rendrait à première vue plus difficile pour un débiteur dans une situation « mixte » telle que décrite ci-dessus d'obtenir l'ouverture de la procédure de sauvegarde à son égard (I). A l'inverse, durant le déroulement de la procédure de sauvegarde, le nouvel article 1195 du Code civil peut être considéré comme un outil supplémentaire offert à la procédure afin de sauvegarder et d'aménager un contrat important : en ce sens, le nouveau droit commun des contrats participerait à un enrichissement de l'arsenal offert au débiteur pour sauvegarder son activité (II).

PREMIERE PARTIE – IMPREVISION ET OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE :
CONCURRENCE, RESTRICTION OU INDIFFERENCE ?

Chronologiquement, la question de l'impact de l'introduction du nouvel article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde se pose en amont de son ouverture: il s'agit de déterminer si la nouvelle possibilité offerte par le Code civil de réviser le contrat dont l'exécution devient trop onéreuse pour l'une des parties du fait d'un changement de circonstances imprévisible peut avoir des conséquences sur la possibilité offerte en parallèle à cette même partie de demander à son égard l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Au premier abord, l'on pourrait être tenté de considérer que les conditions d'ouverture posées par l'article L. 620-1 du Code de commerce devraient être lues de manière plus stricte à la lumière du nouvel article 1195 du Code civil (**A**). Au regard des recoupements possibles des deux mécanismes traitant d'une même situation d'imprévision, il peut en effet être défendue l'idée que la menée par le débiteur en situation contractuelle difficile de l'entière procédure prévue à l'article 1195 nouveau du Code civil soit une nouvelle condition implicite à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son encontre.

Cependant, au vu des risques liés à une telle approche, contraire à l'esprit même de la procédure de sauvegarde et aux objectifs définis par le législateur en ce qui la concerne, il apparaît préférable d'adopter une autre grille de lecture de l'articulation entre les deux mécanismes, plus souple et plus conciliante (**B**). Sans nier l'impact du nouvel article 1195 du Code civil sur les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, il s'agirait plutôt de considérer que celui-ci oblige le débiteur à tenter une renégociation avec son cocontractant avant de demander l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Pour plus d'efficacité, cette renégociation pourrait alors être menée dans le cadre d'une procédure amiable.

A. L'apparente concurrence entre les deux mécanismes

La première lecture conjointe du nouvel article 1195 du Code civil et de l'article L. 620-1 du Code de commerce fait apparaître une certaine superposition des deux mécanismes. En effet, concernant des cas précis qu'il convient d'étudier en détail, les deux mécanismes semblent se trouver en concurrence directe (**1**).

Or, cette apparente concurrence entre les deux mécanismes dans certaines situations particulières laisse à penser qu'un mécanisme pourrait prendre le dessus sur l'autre, voire l'exclure. En

ce sens, l'idée pourrait être défendue selon laquelle l'introduction nouvelle du traitement de la situation d'imprévision dans le Code civil ne permettrait plus de considérer comme « *insurmontable* » la difficulté liée à l'exécution du contrat dans des cas de changement de circonstances imprévisible. Le débiteur placé dans une situation « mixte », c'est-à-dire relevant à la fois du champ d'application du nouvel article 1195 du Code civil et de l'article L. 620-1 du Code de commerce tel que traditionnellement interprété par la jurisprudence, ne pourrait demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qu'à la condition d'avoir échoué dans sa tentative de révision pour imprévision de droit commun (2).

1. La possibilité d'un recoupement des deux mécanismes

Dans un premier temps, il s'agit de déterminer les cas où la procédure de sauvegarde et le nouvel article 1195 du Code civil pourraient trouver à se superposer, les deux étant alors pensés comme des mécanismes offrant un traitement de la situation d'imprévision.

Ce recoupement n'est pas nécessairement évident : procédure de sauvegarde et imprévision ont chacune une visée différente, ce qui se traduit par des conditions d'application avec des niveaux de sévérité différents. En effet, l'introduction de la révision pour imprévision de l'article 1195 nouveau du Code civil est pensée par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 comme le moyen de restaurer l'équité dans le contrat²⁰, c'est-à-dire comme le moyen de restaurer l'équilibre entre les parties au contrat comme elles l'avaient elles-mêmes appréhendé à sa conclusion. Son caractère dérogatoire au principe cardinal du droit des contrats qu'est la force obligatoire des conventions oblige à la précision de conditions d'application strictes. A l'inverse, la procédure de sauvegarde, introduite en droit français par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, a pour objectif de permettre un traitement anticipé des difficultés de l'entreprise afin de favoriser la sauvegarde de l'activité du débiteur, avant que ces difficultés ne se traduisent en trésorerie par l'état de cessation des paiements : cet objectif d'anticipation induit une certaine souplesse des conditions d'ouverture de cette procédure²¹.

²⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « Cette consécration (...) permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. »

²¹ L'exposé des motifs de la loi du 26 juillet 2005 précise ainsi que « L'objectif de la sauvegarde de l'entreprise est crucial. (...). Pour ce faire, la loi doit permettre d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie. Visant des situations différentes, plus ou moins graves, elle doit comporter des procédures adaptées à ces différences et aux conditions d'ouverture élargies. ».

Cependant, il est possible de constater un certain recoupement des champs d'application respectifs des deux articles (a), ainsi qu'une possible convergence des objectifs pratiques poursuivis par les procédures respectives (b), permettant de définir une situation dans laquelle il est possible de considérer leur possible superposition. C'est alors cette situation précise qui soulève la question de leur possible concurrence, voire exclusion.

a) Recoupement potentiel des champs d'application respectifs des deux mécanismes

i. *Le champ d'application du nouvel article 1195 du Code civil*

L'article 1195 nouveau du Code civil est l'un des nouveaux articles les plus commentés depuis la publication de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, il met symboliquement fin à la célèbre jurisprudence dite « *Canal de Craponne* » de la Cour de cassation, jamais jusque-là directement remise en cause, qui faisait prévaloir la force obligatoire du contrat, et partant son intangibilité, sur l'intervention possible du juge et l'équité qu'elle pourrait insuffler au contrat. Cette sorte de « prise de la Bastille »²² que pouvait représenter ce principe est cependant contrebalancée par la précision de conditions d'application de l'article.

Reprenant l'analyse menée par Philippe Stoffel-Munck, il est possible de déceler dans la rédaction du nouvel article 1195 du Code civil la conjonction entre une cause, le « (...) *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* » et son effet, de rendre « (...) *l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* (...) »²³.

Le terme « *changement* » est en soi assez neutre, et porte la notion d'une modification des circonstances économiques au fil du temps. Implicitement est donc précisé un premier élément quant au champ d'application du nouvel article 1195 du Code civil : celui-ci s'applique, très logiquement, aux contrats dont l'exécution est différée ou étalée dans le temps, puisque c'est de cet écoulement du temps que provient la situation d'imprévision. L'absence de qualificatif direct peut questionner l'ampleur du « *changement* » à prendre en compte : comme le remarquent certains auteurs, l'exigence d'un bouleversement semble écartée par le choix de vocable du rédacteur, ce qui laisse la possibilité d'une prise en compte d'un changement progressif²⁴.

²² Selon l'expression de STOFFEL-MUNCK (Philippe), "L'imprévision et la réforme des effets du contrat", *RDC*, hors-série "La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?", 2016, p. 30

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid* et MOURY (Jacques) et FRANCOIS (BENEDICTE), "De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux", *D.2016*, 2225

Ce changement est un « *changement de circonstances* » : là encore, le choix du vocable neutre laisse supposer que cette condition est en soi peu restrictive. Ainsi, ce « *changement de circonstances* » peut consister en des évènements très divers, à la fois d'ordre économique, financier, matériel ou même juridique (par exemple en cas de modification d'une réglementation à laquelle l'exécution du contrat est directement ou indirectement soumise). Seule limite, le terme de « *circonstances* » laisse entrevoir une certaine exigence d'extériorité par rapport à la partie qui invoque l'imprévision : étymologiquement, la « *circonstance* » désigne ce qui se trouve autour²⁵. Le « *changement de circonstances* » doit donc être considéré comme étant indépendant de la volonté de la partie qui l'invoque.

Enfin, ce changement de circonstances doit avoir été « *imprévisible lors de la conclusion du contrat* », tant dans sa survenance que dans son ampleur. Cette condition d'imprévisibilité semble devoir être appréciée à l'aune des Principes de droit européen des contrats ainsi que des Principes Unidroit²⁶, sources d'inspiration parmi d'autres de la réforme : la prise en compte de l'imprévisibilité passe alors par la prise en compte d'un standard, celui de son caractère « *raisonnable* ». Celle-ci ne devrait pas être totalement abstraite non plus : il semble au contraire qu'il faille interpréter le caractère « *raisonnable* » de l'imprévision au regard subjectif des qualités personnelles de la partie qui l'invoque²⁷.

Ce « *changement de circonstances imprévisible (...)* » doit enfin rendre l'exécution du contrat « *excessivement onéreuse* » pour une partie au contrat qui n'avait pas accepté de supporter ce risque. L'adjectif « *onéreux* » traduit strictement un renchérissement des coûts (étymologiquement, le terme renvoi au fardeau), mais il semble pouvoir recouper également la dégradation d'un rapport coût/avantage²⁸. C'est l'adverbe choisi, « *excessivement* », qui traduit une exigence plus stricte : la constatation d'une simple augmentation des coûts supportés par l'une des parties n'est pas suffisante. L'article cherche ici à traiter la situation intermédiaire entre l'exécution rendue simplement difficile et l'exécution rendue impossible du fait de la survenance d'un cas de force majeure. L'objectif du mécanisme étant de restaurer l'équité dans le contrat, il semble peu probable que l'appréciation du caractère excessif de l'onérosité soit subjective, c'est-à-dire tenant compte des facultés totales du débiteur. Selon l'avis de nombre de commentateurs, elle serait alors plutôt menée objectivement, par comparaison des termes du contrat.

²⁵ Du latin *circumstantia*, de *circum* - autour et *stare* - être debout

²⁶ Article 6 :111(2) (b) des Principes de droit européen des contrats et article 6.2.2 des Principes Unidroit

²⁷ ce qui laisse une latitude importante au juge dans son appréciation de cette condition, cf. STOFFEL-MUNCK (Philippe) *Op. cit.* (note n°22)

²⁸ *Ibid.*

Si chacune des conditions posées à l'application du nouvel article 1195 du Code civil ne sont pas nécessairement très stricte, leur cumul rend *in fine* la possible application du nouveau mécanisme en réalité assez difficile. La portée de l'article peut également être limitée par deux autres éléments.

D'une part, il est important de rappeler qu'en vertu de l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016, seuls les contrats conclus après le 1^e octobre 2016 sont soumis à ces dispositions.

Surtout, la portée de l'article 1195 du Code civil est fortement limitée par son caractère supplétif. Si celui-ci n'est pas clairement indiqué autrement que dans le rapport au Président de la République, sans valeur contraignante, un certain nombre d'arguments font pencher la balance de son côté. Premièrement, la lettre du premier alinéa précise que l'article ne trouve pas à s'appliquer au bénéfice de la partie qui accepte à la conclusion de contrat d'en supporter le risque : il est donc possible pour les parties d'écarter complètement la prise en compte d'une modification de l'environnement du contrat²⁹. Aussi, ce caractère supplétif est expressément reconnu à l'impossibilité d'exécution en cas de force majeure (nouvel article 1351 du Code civil) : reprenant le raisonnement mené par Louis Thiberge qui voit dans l'imprévision une situation intermédiaire à la force majeure³⁰, si la réforme accorde un caractère supplétif aux dispositions concernant la force majeure, *a fortiori* il devrait être accepté pour l'imprévision. La question est alors de savoir si le dispositif peut ne pas être totalement écarté mais uniquement aménagé (c'est-à-dire si les parties peuvent toujours prévoir des clauses d'adaptation). Sur ce point, il est important de noter que la logique même de l'article est préventive³¹ : son second alinéa joue le rôle de repoussoir et encourage les parties à se mettre d'accord sur les conséquences à donner à l'évolution des circonstances. L'admission de la précision d'une clause dès la conclusion du contrat s'inscrirait alors parfaitement dans cette logique de prévalence de l'accord des parties sur l'intervention du juge³².

ii. Le champ d'application de l'article L. 620-1 du Code de commerce

Aux termes de l'article L. 620-1 du Code commerce tel qu'issu de l'ordonnance du 19 décembre 2008, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut être demandée par un débiteur qui, négativement, n'est pas en état de cessation des paiements et qui, positivement, rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Les conditions d'ouverture de la procédure de

²⁹ C'est d'ailleurs à cet élément du texte que se réfère le Rapport au Président de la République pour justifier du caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil.

³⁰ THIBERGE (Louis), *Op. cit.* (note n°14)

³¹ voir *infra* sur la procédure de l'article 1195 nouveau du Code civil.

³² PERES (Cécile), « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP*, avril 2016, n°16, 454

sauvegarde sont donc assez larges : elles ont d'ailleurs été élargies par le législateur au fil des réformes et elles sont elles-mêmes appréciées très largement par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ce caractère souple s'explique par l'objectif même présidant à l'introduction de la procédure de sauvegarde en droit français des procédures collectives : l'exposé des motifs de la loi du 26 juillet 2005 précise explicitement que celle-ci a pour but de rendre la procédure collective plus efficace, c'est-à-dire permettant réellement la sauvegarde de l'activité du débiteur en question. Or, cette efficacité passe par un traitement précoce des difficultés ressenties par le débiteur. Le législateur choisit donc d'instaurer une procédure qu'il souhaite attractive, ce qui passe entre autres par des conditions d'ouverture élargies, éloignées de l'approche financière de la caractérisation de l'état de cessation des paiements. Cela explique notamment l'abandon par l'ordonnance du 18 décembre 2008 de la condition initiale quant aux difficultés ressenties par le débiteur : celles-ci devaient alors être « *de nature à le conduire à la cessation des paiements* ». Cet abandon de la caractérisation d'un risque d'état de cessation des paiements par le débiteur qui demande la protection du tribunal via l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son encontre va clairement dans le sens d'un élargissement des conditions d'application de ladite procédure.

Le juge lui-même a eu l'occasion de souligner son appréciation large des conditions posées par l'article L. 620-1 du Code de commerce. Rendu sous l'empire de son ancienne rédaction, la chambre commerciale Cour de cassation a précisé dans son arrêt dit *Cœur Défense* du 8 mars 2011³³ que l'ouverture de la procédure de sauvegarde n'est pas, en elle-même, subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant l'activité du débiteur qui la sollicite : est ainsi rejetée la distinction téléologique effectuée par les juges du fond, entre les difficultés purement financières et les difficultés affectant directement l'activité du débiteur, basée sur l'objectif de la procédure de sauvegarde de poursuite de l'activité économique. Par cet arrêt, la Haute juridiction considère que l'existence de difficultés graves, c'est-à-dire que le débiteur ne peut surmonter, est une condition à la fois nécessaire et suffisante pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde : rien n'est ajouté au texte, ce qui permet d'en conserver le caractère souple³⁴. En ce sens, elle refuse toute appréciation subjective des motifs du débiteur : hors cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne saurait être refusée au débiteur au seul motif qu'il chercherait, lui ou ses actionnaires, à échapper ainsi à ses obligations contractuelles. Cette

³³Cass. Com. 8 mars 2011 *Cœur Défense* et, sur renvoi après cassation, Cour d'appel de Versailles 19 janv. 2012 RG n°11/03519

³⁴ GRELON (Bernard), « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt *Cœur Défense* », *Revue des sociétés* 2011, p. 404

« *objectivation* » des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, toujours en vigueur, participe de la faveur accordée à cette procédure³⁵.

Enfin, la jurisprudence considère que le caractère insurmontable des difficultés doit être apprécié uniquement relativement au débiteur qui demande à bénéficier d'une procédure de sauvegarde : les difficultés admises sont celles que le débiteur ne peut surmonter seul³⁶.

iii. Conclusion

Ainsi, s'il n'y a pas identité des champs d'application respectifs de l'article 1195 du Code civil et de l'article L. 620-1 du Code de commerce, il est possible d'imaginer que ceux-ci se rejoignent dans certains cas. En effet, la grande majorité des cas où la procédure de sauvegarde trouve à s'appliquer ne relève pas de l'imprévision, telle qu'elle est définie par l'article 1195 du Code civil, celui-ci étant probablement *in fine* d'une application assez rare. Mais à l'inverse, on peut penser que lorsque l'ensemble des conditions relatives à l'imprévision sont remplies, la partie victime du changement de circonstances serait alors en mesure de pouvoir également solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son égard. Dans ce cas, la difficulté insurmontable ressentie par le débiteur proviendrait de l'exécution rendue excessivement onéreuse de ses engagements contractuels.

Cette situation est illustrée dans les sauvegardes purement contractuelles, dont l'affaire *Cœur Défense* en est la meilleure illustration.

En l'espèce, un montage dit de LBO se structurait autour d'une société de droit français (Heart of La Défense, dit « **Hold** »), détenue par une société holding luxembourgeoise (Dame Luxembourg), elle-même détenue à 100% par une autre société holding luxembourgeoise. La société Hold avait acquis un ensemble immobilier, financé majoritairement par deux prêts *in fine*, à taux variable. Ceux-ci étaient garantis par une hypothèque portant sur l'ensemble immobilier, par la cession de créances professionnelles par bordereaux Dailly des loyers échus et à venir par la société Hold et le nantissement, accompagné d'un pacte commissaire, de l'ensemble des droits sociaux de Hold détenus par la société Dame Luxembourg. Celle-ci bénéficiait en outre d'un prêt consenti par son actionnaire unique sous forme d'un compte-courant d'associé, immédiatement exigible si la société Dame Luxembourg venait à perdre les titres détenus dans la société française Hold. Les contrats de prêt prévoyaient l'obligation par la société Hold de souscrire à un contrat de couverture du risque de

³⁵ LE CORRE (Pierre-Michel), "Eclairage - L'objectivation des conditions d'ouverture de la sauvegarde", *BJE*, mai 2012, n°3, p. 142

³⁶ Cass. com. 26 juin 2007, n°06-20.820, *D.* 2007 p. 1864, obs. Lienhard (refus de prendre en compte les capacités financières du groupe auquel le débiteur appartient pour apprécier le caractère surmontable des difficultés).

variation du taux d'intérêt des prêts. Celui-ci était initialement conclu auprès d'une société du groupe Lehman Brothers. La crise financière de l'été 2008, ainsi que la faillite du groupe Lehman Brothers, amenèrent le créancier³⁷ de la société Hold à demander la conclusion d'un nouveau contrat de couverture. A défaut, la société Hold se serait trouvée dans un cas de défaut défini dans les contrats de prêts, et ceux-ci seraient devenus immédiatement exigibles. Estimant que le contexte économique ne permettait pas la conclusion d'un tel contrat, les deux sociétés Hold et Dame Luxembourg ont sollicité l'ouverture de deux procédures de sauvegarde, accordée par le tribunal de commerce de Paris.

Or, la Cour d'appel de Paris rejeta dans un premier temps le principe de ces deux ouvertures³⁸. Plus particulièrement concernant la société Hold, elle considérait en effet que le nouveau contexte économique n'entraînait pas une impossibilité pour elle de trouver une nouvelle contrepartie pour la conclusion d'un nouveau contrat de couverture, mais uniquement un renchérissement du coût de la couverture qui n'était pas de nature à entraîner la cessation des paiements, et qui n'aurait pas dû lui permettre d'échapper à ses obligations contractuelles, indirectement via la procédure de sauvegarde. La Cour de cassation cassa cet arrêt, au motif notamment que celui-ci méconnaissait l'objet du litige en considérant le renchérissement comme surmontable³⁹. La Cour d'appel de Versailles, sur renvoi, valida finalement l'ouverture des deux procédures⁴⁰.

En l'espèce, les conditions exigées aujourd'hui par le nouvel article 1195 du Code civil étaient bien remplies, à tout le moins concernant la société Hold. En effet, c'est bien la faillite du groupe Lehman Brothers qui a amené le créancier de la société à exiger la conclusion d'un nouveau de couverture, en vertu des engagements contractuels : or, la crise de 2008, et surtout la faillite d'un groupe de la taille de Lehman Brothers correspondaient bien à un « *changement de circonstances imprévisible* » au moment de la conclusion des contrats de prêts. Quant à la question de l'excessive onérosité de l'exécution du contrat, elle était soulevée par la société elle-même qui arguait qu'il lui était bien trop onéreux de trouver un nouveau garant durant la crise financière⁴¹, voire en pratique complètement impossible. D'ailleurs, l'arrêt est lui-même clairement identifié par les commentateurs

³⁷ il s'agit alors du gestionnaire de l'organisme de titrisation à qui les créances du prêt avaient été cédés.

³⁸ CA Paris, pôle 5, 9e ch., 25 févr. 2010, RG n° 09/22756, SA Eurotitrisation c/ SARL Dame Luxembourg : JurisData n° 2010-100225 (note : MENJUCQ (Michel), « Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. pro. coll.*, mai 2010, n°3, étude 11)

³⁹ Cass. Com. 8 mars 2011, *Cœur Défense*

⁴⁰ CA Versailles 19 janvier 2012 RG n° 11/03519, voir notamment MENJUCQ (Michel), "L'épilogue de l'affaire Cœur Défense sur les conditions de l'ouverture de la sauvegarde", *Rev. pro. coll.*, mars 2012, n°2, étude 7

⁴¹ L'arrêt de la Cour d'appel de Paris fait état d'un renchérissement du coût de la couverture de l'ordre de 22 milliards d'euros, pour des prêts d'un montant total de 1,6 milliards d'euros.

comme une brèche apportée par le droit des procédures collectives à la jurisprudence du Canal de Craponne⁴².

Cette situation mixte, dans laquelle un débiteur pourrait désormais théoriquement se prévaloir à la fois du traitement de l'imprévision directement par le Code civil et indirectement par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde concerne en réalité tout débiteur dont la situation est en tout ou partie dépendante d'un contrat significatif. Dans ce cas, la difficulté ressentie dans l'exécution de ce contrat du fait d'événements imprévisibles, qui devient excessivement onéreuse par rapport à l'équilibre du contrat, s'étend en réalité à la situation globale du débiteur (par exemple en l'absence d'autre contrat dont il pourrait tirer un bénéfice inverse, rééquilibrant sa situation globale). Dans ce cas, l'excessive onérosité de l'exécution d'un contrat devient une difficulté insurmontable pour le débiteur en question, qui peut alors bénéficier théoriquement des deux mécanismes. Cette dépendance se retrouve naturellement pour les sociétés holding porteuses d'un emprunt dans un montage d'acquisition structuré en LBO, comme dans le cas de l'affaire *Cœur Défense*, mais aussi pour des débiteurs de taille moindre, entretenant une relation commerciale privilégiée, voire exclusive, avec leur cocontractant.

b) Recoupement partiel des effets respectifs des deux mécanismes

i. Effets du nouvel article 1195 du Code civil

Traditionnellement, plusieurs traitements de l'imprévision étaient proposés en doctrine⁴³ : si certains auteurs préféraient limiter le pouvoir de révision ou de résiliation du contrat aux parties uniquement⁴⁴, d'autres considéraient qu'il était préférable que le législateur accorde ce pouvoir *in fine* au juge⁴⁵.

La rédaction finale de l'article 1195 nouveau du Code civil semble emprunter aux deux propositions, en proposant un traitement conventionnel et un traitement judiciaire de la situation d'imprévision. La solution n'est pas nécessairement incohérente cependant, en ce qu'elle dessine en

⁴² voir notamment FAGES (Bertrand) *Op. cit.*, ou GRELON (Bernard), *Op. cit.*

⁴³ voir SAVAUX (Eric), « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français », *RDC*, juillet 2010, n°3, p. 1057 pour une typologie des perspectives d'introduction en droit français de la théorie de l'imprévision au regard des différentes propositions doctrinales

⁴⁴ voir notamment STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Op. cit.* (note n°12) qui préfère considérer l'obligation de renégociation, ou THIBIERGE (Louis), *Op. cit.* (note n°14) qui questionne notamment le risque d'inadéquation de la solution judiciaire aux attentes des parties.

⁴⁵ par exemple MAZEAUD (Denis). "La révision du contrat", *LPA*, 30 juin 2005, p.4, ou MOLFESSIS (Nicolas) « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP* 2015, p.1415 pour qui l'intervention du juge, en ce qu'elle évite la résiliation du contrat, est économiquement efficiente.

réalité un mécanisme de subsidiarité, par lequel la voie conventionnelle est en fait nettement préférée et encouragée, et la voie judiciaire examinée uniquement comme une solution de dernier recours. Cette subsidiarité se lit dans le découpage même des alinéas du texte du nouvel article 1195 du Code civil.

Le premier alinéa prévoit ainsi que la partie victime du changement de circonstances imprévisible puisse demander une renégociation à son cocontractant, durant laquelle elle continue à s'exécuter. La question laissée en suspens concerne le caractère obligatoire ou non de cette tentative de renégociation. Pour le cocontractant de la partie lésée, il n'y a pas dans le texte d'obligation à accepter la renégociation : la suite du dispositif prévoit d'ailleurs expressément son « *refus* ». Pour la partie lésée, rien n'est moins sûr : si la lettre du texte prévoit uniquement la possibilité de demander la renégociation, cette demande semble bien être un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la suite de l'article, et particulièrement à l'intervention du juge.

La première phrase du second alinéa dispose qu'en cas d'échec ou de refus de la renégociation, les parties peuvent alors entamer une seconde négociation, cette fois portant sur la résolution du contrat ou sur l'opportunité de solliciter communément au juge son adaptation.

Enfin, et seulement « *à défaut d'accord dans un délai raisonnable* », la dernière phrase du second alinéa offre à l'une des parties la possibilité de demander au juge d'intervenir. Celui-ci peut décider la révision du contrat ou sa résiliation, « *à la date et aux conditions qu'il fixe* ». L'intervention du juge n'est donc possible qu'en cas d'échec de toute solution amiable entre les parties au contrat. Le juge semble alors avoir le choix entre la résiliation et la révision du contrat.

C'est précisément ce pouvoir de révision qui a particulièrement attiré l'attention des auteurs et des praticiens. En effet, l'article 1196 du projet de l'ordonnance ne prévoyait que la possibilité d'une résiliation pour imprévision, alors que la rédaction finale de l'article 1195 du Code civil accorde au juge le pouvoir de réviser le contrat, et donc de maintenir les parties dans des liens contractuels qu'il aurait lui-même modifiés. Or, ce pouvoir ne semblait pas nécessairement attendu par les magistrats eux-mêmes : dans son rapport de 2007 concernant le projet dit Catala, le groupe de travail de la Cour de cassation exprimait déjà « (...) *une hésitation à conférer au juge un pouvoir trop étendu de refaire le contrat eu égard aux difficultés quant aux critères de révision et à la nécessité de recourir à une expertise, qui peut être longue et coûteuse, dans des situations complexes* »⁴⁶. L'absence de précision quant à la manière dont le juge devrait réviser le contrat, s'il décide de faire, est également interprétée comme une source potentielle d'insécurité juridique. Par comparaison, le projet dit Terré, qui accordait

⁴⁶ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007

également ce pouvoir de révision du contrat, l'encadrerait en précisant que l'adaptation devrait être menée « (...) *en considération des attentes légitimes des parties* » (article 92). L'article 6 : 111 des Principes du droit européen des contrats, lui, ouvre la possibilité au tribunal d'adapter le contrat « (...) *de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances* ».

Cependant, peut-être faut-il ne pas exagérer le risque que comporte le pouvoir accordé au juge. Premièrement, parce que l'architecture même de l'article n'en fait qu'une solution subsidiaire : en ce sens, l'intervention du juge joue plutôt comme un moyen d'inciter les parties à trouver une solution amiable. Surtout, en considérant le contenu de l'article 1195 du Code civil comme supplétif, une possibilité est laissée aux parties d'aménager elles-mêmes les conséquences d'une situation d'imprévision. Enfin, lorsque que le juge est finalement sollicité, le choix du verbe « pouvoir » indique qu'il peut choisir entre révision et résiliation : au regard des réticences exprimées par les magistrats quant à l'opportunité d'une révision judiciaire, il peut être imaginé que la solution de résiliation, « *solution de prudence* »⁴⁷, sera en pratique préférée.

ii. *Effets des articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce*

Le recoupement partiel des champs d'application respectifs des articles 1195 du Code civil et L. 620-1 du Code de commerce ne suffit pas à faire état d'une possible concurrence des deux dispositifs : encore faut-il que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde permette un traitement, même indirect, de la situation dommageable de l'imprévision pour la partie lésée. Il s'agit donc de déterminer pourquoi unr partie à un contrat conclu après le 1^{er} octobre 2016, subissant une situation d'imprévision telle que définie à l'article 1195 nouveau du Code civil, pourrait également songer à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son égard.

Tout d'abord, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut aussi entraîner la résiliation du contrat en cours qui serait trop onéreux à exécuter pour le débiteur. Ainsi, l'article L. 622-13, III du Code de commerce prévoit des cas de résiliation de plein droit des contrats dits en cours au jour de l'ouverture de la procédure : après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée à l'administrateur judiciaire restée sans réponse plus d'un mois⁴⁸, ou à défaut de paiement et à défaut d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. L'administrateur judiciaire a aussi le pouvoir de demander la résiliation judiciaire du contrat en cours, prononcée par le

⁴⁷ Pour reprendre l'expression de STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Op. cit.* (note n°22)

⁴⁸ On se place ici, et pour le reste de l'analyse, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde où un administrateur judiciaire serait désigné par le tribunal de la procédure.

juge-commissaire si celle-ci est « (...) *nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* » (article L. 622-13, IV du Code de commerce). Dans le cadre d'un contrat dont l'exécution serait devenue excessivement onéreuse pour le débiteur placé en sauvegarde judiciaire, ce contrat peut donc être résilié de plusieurs manières, directement ou indirectement par l'administrateur : celui-ci peut choisir de ne pas répondre à la mise en demeure du cocontractant, de ne pas s'exécuter, ou de demander au juge-commissaire sa résiliation judiciaire. Cette dernière semble alors aisée à obtenir : si l'exécution est excessivement onéreuse pour le débiteur, alors la résiliation du contrat ne peut être qu'un soulagement pour sa situation, et le juge-commissaire ne peut qu'accéder à la demande de l'administrateur, tant que la résiliation n'emporte pas de conséquences trop dommageables pour le cocontractant.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut également être le moyen de « forcer » la révision d'un contrat. En principe, la règle de continuation des contrats en cours, posée à l'article L. 622-13, I du Code de commerce, ne permet pas de réviser le contrat en cours au jour de jugement d'ouverture : hors cas de résiliation de plein droit ou de résiliation judiciaire demandée par l'administrateur, le contrat en cours continué doit être continué suivant les prévisions contractuelles en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. Cependant, plusieurs moyens sont offerts au débiteur pour obtenir une modification du contrat. Premièrement, l'élaboration d'un plan de sauvegarde est déjà une forme de renégociation entre le débiteur et ses créanciers : le débiteur recueille l'accord de ses créanciers dans le cadre de comités, ou selon une procédure de consultation individuelle, pour l'obtention de délais ou remises. En cas d'accord, le tribunal « *donne acte* » à cet accord (article L. 626-18, alinéa 1^e du Code de commerce). Il s'agit bien d'une forme de renégociation amiable des termes du contrat : en cas de contrat dont l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une des parties, du fait d'un changement imprévisible de circonstances, la procédure de sauvegarde offre donc aussi une possibilité de renégociation amiable, mais encadrée par les organes de la procédure. Deuxièmement, et notamment en cas d'échec de la préparation d'un plan recueillant l'approbation des créanciers, l'article L. 626-18 du Code de commerce consacre dans son quatrième alinéa le pouvoir du tribunal d'imposer des délais uniformes de paiement aux créanciers récalcitrants. Le juge a donc ici également un pouvoir de modification de l'équilibre contractuel initial des parties. L'étendu du « plan imposé »⁴⁹ par le juge est cependant limité : ne peuvent pas être imposés des délais différents selon les créanciers ou des remises⁵⁰, le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un

⁴⁹ Expression notamment utilisée par DAMMANN (Reinhard), « Le plan « imposé » : les leçons du dossier Cœur Défense », *D.* 2013 p. 2895, commentant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 28 février 2013 RG n°12/02755, concernant l'arrêté des plans de sauvegarde dans l'affaire *Cœur Défense*.

⁵⁰ Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles précédemment cité est par exemple refusée la dation en paiement où le montant de l'actif est manifestement inférieur au montant de la créance (le Tribunal de commerce de Paris

délai d'un an, et à partir de la troisième année, chacune des annuités prévues ne peut être inférieure à 5% du montant de chacune des créances admises. Une forme de révision judiciaire du contrat est donc admise par les dispositions du Code de commerce, mais l'étendue de la révision est encadrée et limitée.

iii. Conclusion

Comme concernant leurs champs d'application respectifs, l'ouverture de la procédure de sauvegarde et le dispositif de l'article 1195 du Code civil n'ont pas des effets identiques. La procédure de sauvegarde est avant tout une procédure collective : elle porte ses effets sur l'ensemble du patrimoine du débiteur à l'encontre de qui la procédure est ouverte, et plus particulièrement sur l'ensemble de ses relations contractuelles. A l'inverse, le dispositif légal porté par l'article 1195 du Code civil permet un traitement circonscrit au seul contrat dont naît l'imprévision.

Cependant, dans les outils qu'offre le Code de commerce au débiteur afin d'assurer son redressement, certains sont proches de ceux offerts aujourd'hui par le droit commun des contrats. Comme avec le dispositif relatif à l'imprévision, la procédure de sauvegarde offre une possibilité de résilier un contrat à durée déterminée avant son terme, dans les mains du juge-commissaire ou de l'administrateur judiciaire selon les cas. Comme pour le dispositif global de l'article 1195 du Code civil, la procédure de sauvegarde permet une forme amiable de révision du contrat et une forme imposée judiciairement en cas d'échec ou de refus de la renégociation, même si celle-ci est à ce jour plus encadrée par les textes et par la jurisprudence.

Dès lors, on peut observer une certaine superposition des deux mécanismes, en tant que traitement de la situation d'imprévision. Dans le cas, peut-être finalement assez rare, où une partie à un contrat serait victime d'une situation d'imprévision telle que définie par l'article 1195 du Code civil, celle-ci serait probablement également en mesure de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Les deux mécanismes offrant *in fine* des possibilités de traitement proches de cette même situation, une possible concurrence entre les deux dispositifs semble bel et bien émerger. Si compétition entre les deux il y a, il s'agit alors de déterminer si l'un ne risque pas de marginaliser l'autre, et plus précisément si l'introduction nouvelle d'un traitement de droit commun de la situation d'imprévision ne réduit pas le champ d'application de la procédure de sauvegarde.

avait prévu le remboursement de la créance du créancier refusant le plan au transfert de la propriété de l'actif financier).

2. Le risque d'une interprétation stricte du caractère insurmontable des difficultés du débiteur à la lueur de l'article 1195 du Code civil

Au premier abord, pourrait être défendue l'idée selon laquelle le dispositif de droit commun introduit à l'article 1195 du Code civil ne permettrait plus de considérer comme « insurmontable » la difficulté liée à l'exécution devenue trop onéreuse d'un contrat en cas de changement de circonstances imprévisible (a). Si cette lecture peut présenter un intérêt, en ce qu'elle permettrait d'éviter ce que certains auteurs ont qualifié l'« instrumentalisation » de la procédure de sauvegarde, elle entraînerait cependant une remise en cause totale des objectifs du législateur pour cette procédure (b).

a) L'interprétation stricte de la combinaison du droit commun et du droit spécial

i. *Principe de l'interprétation stricte : la marginalisation de la sauvegarde*

L'article L. 620-1 du Code de commerce subordonne l'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'existence de difficultés que le débiteur « (...) n'est pas en mesure de surmonter ». Au premier abord, il est donc possible de considérer que si les conditions de l'article 1195 du Code civil sont réunies, alors les difficultés rencontrées de nature contractuelle et tenant d'une exécution rendue excessivement onéreuse du fait de circonstances imprévues ne sont plus, en soi, insurmontables, puisque le droit commun prévoit désormais un dispositif permettant de leur trouver une solution amiable ou judiciaire⁵¹.

En effet, dans ce cas « mixte » tel que défini ci-dessus, où la situation d'une partie au contrat pourrait potentiellement relever des deux articles 1195 du Code civil et L. 620-1 du Code de commerce, la faculté de renégociation et la faculté de demander au juge l'adaptation, la révision ou la résiliation du contrat portée par le premier deviendrait un obstacle à la possibilité de l'ouverture de la procédure de sauvegarde selon les conditions posées par le second. Le mécanisme offert par le droit commun rendrait, dès lors qu'il est applicable à la situation en question, la difficulté virtuellement surmontable. La procédure de sauvegarde ne pourrait pas être ouverte en l'état.

En ce sens, la mise en œuvre du mécanisme introduit par l'article 1195 du Code civil serait, du fait de cette interprétation stricte, un préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, et jouerait le rôle d'une condition supplémentaire implicite à remplir par le débiteur. Il ne serait alors

⁵¹ Interprétation soulevée notamment par DELEBECQUE (Philippe), « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », *BJE*, mai 2016, n°3, p.209, ANSAULT (Jean-Jacques), « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE*, mars 2017, n°2 p. 148, et LE CORRE (Pierre-Michel), « L'imprévision versus ordonnance du 10 février 2016 et droit des entreprises en difficultés », *Lettre juridique* n°666, Lexbase, 1^{er} septembre 2016, n° Lexbase n4051BWX

plus possible à la partie lésée de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qu'à la seule condition d'avoir, au préalable, échoué dans sa tentative de révision pour imprévision selon la procédure de droit commun, ou si la difficulté perdure.

Marginalement, et en considération du caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil, cet obstacle à procédure de sauvegarde serait levé si les parties excluent conventionnellement à la conclusion du contrat le dispositif légal de droit commun. Dans ce cas seulement, l'exercice des facultés offertes par l'article 1195 du Code civil ne serait pas un préalable de la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde, et celle-ci pourrait être accordée indifféremment des efforts préalables du débiteur.

ii. Intérêt de l'interprétation stricte : éviter l'instrumentalisation de la sauvegarde

L'intérêt principal de cette interprétation serait d'apporter une certaine limite aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, parfois considérées comme trop souples par certains auteurs et praticiens et qui permettraient, selon eux, l'« instrumentalisation » de la procédure par le débiteur cherchant à s'exonérer de ses obligations contractuelles.

Ce corpus de critiques portées envers l'appréciation souple et objectivée⁵² par la jurisprudence de conditions légales déjà lâches a notamment prospéré avec l'affaire *Cœur Défense*, déjà abordée⁵³. Dans son arrêt du 8 mars 2011, la Cour de cassation avait en effet souligné l'indifférence quant aux motifs du débiteur : hors cas de fraude, elle refuse que ceux-ci soient pris en compte par le tribunal statuant sur l'ouverture de la procédure. En l'espèce, sont indifférents les motifs de la société de droit français Hold, qui chercherait, selon l'arrêt de la Cour d'appel de Paris cassé par la Haute juridiction, à porter atteinte à la force obligatoire de ses contrats de prêt, ou de son actionnaire unique, la société de droit luxembourgeois Dame Luxembourg, qui, elle, chercherait à éviter la perte de contrôle dans l'actionnariat de sa fille.

Si cette jurisprudence participe à la faveur accordée à la procédure de sauvegarde, elle n'en fut pas moins regrettée par certains auteurs qui considéraient qu'elle ouvrait la porte à une instrumentalisation de la procédure de sauvegarde, utilisée par le débiteur cherchant à ne pas honorer ses engagements contractuels⁵⁴ ou, à tout le moins, à s'arroger une position plus avantageuse que

⁵² LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°35)

⁵³ DAMMANN (Reinhard) et PODEUR (Gilles), « Affaire Cœur Défense : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *Dalloz actualité*, 1^{er} mars 2010

⁵⁴ PETEL (Philippe), « Le critère d'ouverture de la sauvegarde », *BJE*, sept. 2012, n°5, p. 308

celle que la relation contractuelle initiale lui offrait⁵⁵. La critique a notamment été portée par les praticiens du LBO, craignant l'ouverture par l'emprunteur d'une procédure de sauvegarde dans le seul but de pouvoir « forcer » la renégociation du contrat de prêt lorsque les remontées de liquidités sous forme de dividendes de la société filiale opérationnelle n'étaient finalement pas suffisantes pour faire face aux intérêts dus⁵⁶.

Ce qui est ici critiqué est la sorte de dévoiement de la procédure de sauvegarde que représente cette instrumentalisation, qui l'éloigne de sa finalité initiale⁵⁷. En effet, l'alinéa de l'article L. 620-1 du Code de commerce précise que cette procédure « est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». En refusant de prendre en compte les motifs du débiteur (comme la jurisprudence suivante le fait pour les autres procédures collectives⁵⁸) et en refusant de subordonner l'existence de la difficulté insurmontable à une difficulté affectant l'activité, la jurisprudence déconnecte l'ouverture de la procédure de sauvegarde de sa finalité. Or, l'ensemble des atteintes portées aux droits des créanciers en conséquence de l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut se comprendre et se justifier qu'au regard de cette finalité⁵⁹. Ce dévoiement serait de plus presque impossible à contrer, la Cour de cassation ne prévoyant que la réserve de l'exception de fraude, jugée insuffisante car ne recoupant que des hypothèses en réalité très restrictives, et probablement jamais rencontrées en pratique⁶⁰. Et comme le précise Michel Menjuq⁶¹, l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde, comprise comme l'utilisation de la procédure comme un instrument ou un moyen, n'a rien de frauduleux en soi.

En ce sens, l'introduction de l'article 1195 du Code civil, apprécié comme une nouvelle condition à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, rendrait plus difficile l'ouverture des

⁵⁵ SAINTOURENS (Bernard), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n°3, p. 203

⁵⁶ voir notamment LIENARD (Alain), « Conditions de fond de l'ouverture de la procédure », in *Delmas Procédures collectives*, Dalloz, 2017, spé. n°52.61

⁵⁷ Pour une opinion contraire, LE CORRE (Pierre-Michel), « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.2011*, p. 919, pour qui ne doit pas être confondu effet d'aubaine et dévoiement de la procédure : « Il ne peut être reproché au débiteur d'instrumentaliser la procédure de sauvegarde, en recherchant ce que la loi lui offre, et, s'agissant de la sauvegarde, ce que le législateur va même jusqu'à l'inciter, avec moult cadeaux, dès lors qu'il en remplit les conditions (...) ».

⁵⁸ Cass. Com. 3 juill. 2012 n° 11-18.026 (Sodimédical), note HENRY (Laurence Caroline), "Ouverture de la procédure collective : de la rectitude des textes à leur instrumentalisation", *Revue des sociétés* 2012, p. 527 : en dehors de fraude avérée, le juge ne peut ajouter aux textes en contrôlant le motif du débiteur qui déclare l'état de cessation des paiements.

⁵⁹ SAINTOURENS (Bernard), *Op. cit.* (note n°55)

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ MENJUCQ (Michel), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n°3, p. 201

procédures de sauvegarde purement financières ou contractuelles. Cela permettrait alors un recentrage de la procédure vers des cas plus « classiques » de traitement de difficultés d'ordre économique ou opérationnel, en accord avec sa philosophie première telle qu'exprimée au premier alinéa de l'article L. 620-1 du Code de commerce⁶².

b) La remise en cause des objectifs mêmes de la procédure de sauvegarde

i. Problématique de la temporalité

Cette lecture stricte des conditions d'ouverture de la procédure de la sauvegarde au regard de l'introduction du nouvel article 1195 du Code civil n'apparaît cependant pas comme étant pleinement satisfaisante. D'un point de vue pratique tout d'abord, le processus de révision contractuelle proposé par l'article 1195 du Code civil ne relève pas de la même échelle temporelle que celle de la procédure de sauvegarde⁶³.

En effet, le dispositif de l'article 1195 du Code civil fonctionne par étape : l'intervention du juge n'est que subsidiaire, après l'échec de tentative de renégociation, de consensus sur l'adaptation du contrat ou de la nécessité de son anéantissement, et ce après un délai qualifié de « raisonnable » par la lettre de l'article. La décision du juge, en elle-même, pourrait prendre quelques mois, voire plusieurs années, avant d'être définitivement rendue.

A l'opposé de ce calendrier long de l'intervention judiciaire sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, le *tempo* de la procédure de sauvegarde est beaucoup plus ramassé : l'article L. 621-3 du Code de commerce limite en principe à six mois la durée de la période d'observation⁶⁴. Cela se justifie par le caractère urgent de la procédure : il s'agit de traiter au plus vite et au plus tôt les difficultés de

⁶² voir notamment DELEBECQUE (Philippe) *Op. cit.* (note n°51) qui avance comme argument en faveur de cette interprétation « (...) la nécessité de conserver à cette procédure son caractère économique et d'éviter par là même son instrumentalisation en présence de difficultés purement financières », ainsi que SAUTONIE-LAGUIONIE (Laura), « Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté », *Rev. pro. coll.*, juill. 2015, n°4, chron. 1, à propos de T. com. Bordeaux, 18 déc. 2013, n° 2013G00044. En l'espèce, une société holding demande et obtient l'ouverture d'une procédure de sauvegarde du fait de la mise en redressement judiciaire de sa filiale, pour l'acquisition de laquelle elle a contracté un emprunt. Ici, la procédure de sauvegarde est utilisée afin de pouvoir renégocier ce contrat unique de prêt, afin de garantir l'accord concernant le plan de sauvegarde de la filiale.

⁶³ L'argument est soulevé unanimement par les auteurs : LE CORRE (Pierre-Michel) *Op. cit.* (note n°51), ANSAULT (Jean-Jacques) *Op. cit.* (note n°51), DOMENGET-MORIN (Céline) et POUSSET (Bruno), « De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficultés », *JCP*, avril 2016, n°16, p. 481

⁶⁴ Elle peut être renouvelée une fois d'une durée maximum de six mois, et exceptionnellement prolongée pour une durée maximale de six mois. Au maximum, la période d'observation en procédure de sauvegarde est de dix-huit mois.

l'entreprise, et éviter la cessation des paiements. Ainsi marquée par l'urgence, la procédure de sauvegarde ne saurait s'éterniser.

Dès lors, considérer que la mise en œuvre du dispositif légal de l'article 1195 du Code civil constitue une condition préalable à la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde n'est pas pertinent. En effet, le premier alinéa de l'article 1195 du Code civil oblige la partie lésée par l'évolution des circonstances à continuer de s'exécuter pendant la durée de la renégociation, c'est-à-dire à supporter l'excessive onérosité de l'exécution en attendant l'intervention du juge. Le risque est alors que cette exécution excessivement onéreuse, étalée dans le temps, résulte en l'état de cessation des paiements. Dans ce cas, les portes de la procédure de sauvegarde sont définitivement fermées au débiteur : selon ses perspectives de redressement, celui-ci ne peut plus que solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Ce résultat semble absurde : l'instauration même de la procédure de sauvegarde en 2005 résulte de la volonté affichée du législateur de proposer une procédure aux conditions d'accès plus larges afin de traiter de manière précoce et anticipée les difficultés, et d'éviter justement l'état de cessation des paiements. Economiquement, attendre la décision du juge sur le fondement du nouvel article 1195 du Code civil devient contre-productif⁶⁵.

ii. Vers une subsidiarité impossible de la procédure de sauvegarde

D'un point de vue plus théorique, cette approche vient à considérer la procédure de sauvegarde comme une solution elle-même subsidiaire, qui ne s'ouvre au débiteur qui connaît des difficultés insurmontables d'ordre contractuel et tenant d'une exécution du contrat devenue excessivement onéreuse du fait de circonstances imprévues qu'en cas d'échec de la mise en œuvre du dispositif de droit commun. Or, cette subsidiarité s'oppose nettement avec la philosophie moderne des procédures collectives.

En effet, depuis la loi du 25 janvier 1985, le but de la procédure collective est le sauvetage de l'activité qui peut être sauvée, et ce afin d'éviter tout désordre économique et social. Comme le souligne Jean-François Montredon dans son étude⁶⁶, à partir de 1985, la défaillance de l'entreprise n'est plus ressentie comme une simple menace d'ordre privé, et devient une menace de trouble à l'intérêt général. De cette conception découle alors la possibilité pour le législateur de prévoir des règles dérogatoires au droit commun, et plus particulièrement au droit des contrats. Dans ce cadre général, la procédure de sauvegarde en particulier s'attire les faveurs du législateur qui l'introduit dans

⁶⁵ ANSAULT (Jean-Jacques), *Op. cit.* (note n°51), LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°51) et DOMENGET-MORIN (Céline) et POUSSET (Bruno), *Op. cit.* (note n°63)

⁶⁶ MONTREDON (Jean-François), *Op. cit.* (note n°1)

le Code de commerce en tant que procédure collective de référence⁶⁷ : en permettant un traitement précoce des difficultés, elle permet d'améliorer statistiquement les chances de survie de l'entreprise en difficulté.

C'est pour cela que le mouvement est traditionnellement inverse, comme le souligne Eran Chvika dans sa thèse⁶⁸ : le droit spécial des procédures collectives, et plus particulièrement ici de la procédure de sauvegarde, prend le pas sur le droit commun des contrats, au nom de l'objectif de sauvetage de l'entreprise. C'est ce qui est implicitement dit par la Cour de cassation dans son arrêt dit *Cœur Défense* : en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, que les commentateurs avaient qualifié d'extrêmement contractuel, et notamment en rejetant son argumentation fondée explicitement sur la force obligatoire des conventions, la Cour de cassation précise que les exigences du droit civil ne doivent pas interférer avec celles des procédures collectives. En cas d'opposition frontale, les premières peuvent être écartées par les secondes. L'interprétation inverse selon laquelle la procédure de sauvegarde devient, après l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016, une solution subsidiaire ne saurait donc prospérer.

* * * *

Considérer que, dans un cas où une partie à un contrat serait en mesure de demander à la fois l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et la mise en œuvre du dispositif de l'article 1195 du Code civil, celle-ci devrait d'abord attendre l'échec du traitement de la situation d'imprévision par le droit commun avant de se tourner vers la procédure collective, n'apparaît pas comme une articulation pertinente des deux mécanismes de traitement de l'imprévision. Le raisonnement, si tentant qu'il puisse être pour celui qui peut nourrir une certaine défiance à l'égard de la procédure de sauvegarde, n'aboutit pas moins à une solution peu tenable tant en pratique qu'en théorie.

Pour certains auteurs⁶⁹, la voie à privilégier est dès-lors celle, inverse, du « pluralisme »⁷⁰, c'est-à-dire du libre choix total de la partie entre l'une et l'autre des voies proposées par le Code civil et par le Code de commerce. Si la loi n'interdit pas, l'intéressé doit conserver le choix entre la voie qui lui semble la plus favorable à ses intérêts et à sa situation. L'argument se fonde notamment sur les

⁶⁷ Cela se lit dans le plan même choisi par le législateur. Les dispositions relatives aux procédures de redressement ou de liquidation judiciaires sont alors celles qui dérogent aux dispositions générales, exposées pour le cas d'une procédure de sauvegarde.

⁶⁸ CHVIKA (Eran), *Op. cit.* (note n°6)

⁶⁹ DELEBECQUE (Philippe), *Op. cit.* (note n°51), ANSAULT (Jean-Jacques), *Op. cit.* (note n°51)

⁷⁰ Expression de DELEBECQUE (Philippe), *Op. cit.* (note n°51)

mots mêmes de la Cour de cassation dans l'arrêt *Cœur Défense* : à partir du moment où les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde sont réunies, le débiteur en question peut la solliciter.

N'est-ce pas aller un peu vite cependant ? Le fait que ni le Code civil ni le Code de commerce ne prennent aujourd'hui en compte la question est-il synonyme d'une complète indifférence entre les deux dispositifs ? Comme démontré ci-dessus, au contraire, les deux corps de règles semblent avoir vocation à se confronter, et il paraît difficile dès lors de conclure aussi rapidement à une totale étanchéité d'un corpus de règles à l'autre. Entre un extrême à l'autre, une voie intermédiaire peut alors être trouvée en adoptant une grille de lecture plus modérée de l'articulation entre, d'une part, les règles d'ouverture de la procédure de sauvegarde et, d'autre part, les nouvelles dispositions de l'article 1195 du Code civil.

B. L'articulation souple des deux mécanismes

Entre exclusion d'un mécanisme par l'autre ou leur indifférence mutuelle, une voie intermédiaire peut être identifiée. Il s'agit alors de distinguer, au sein-même de l'article 1195 nouveau du Code civil, la renégociation amiable de l'intervention du juge. La difficulté contractuelle d'une partie à un contrat, tenant à une exécution rendue trop onéreuse du fait d'un changement de circonstances imprévu, ne serait alors « insurmontable » qu'à partir du moment où l'intervention du juge devient nécessaire, c'est-à-dire lorsque la tentative amiable de renégociation échoue **(1)**.

La partie lésée aurait alors tout intérêt d'user des procédures amiables prévues au Livre VI du Code de commerce afin de mener à bien ces renégociations. Cette voie présente alors l'intérêt de potentiellement rendre ces renégociations plus efficaces, et ainsi de respecter l'esprit du nouvel article 1195 du Code civil et sa faveur pour les solutions négociées **(2)**.

1. La tentative de renégociation comme condition préalable à la procédure de sauvegarde

Le principe de l'appréciation plus souple de l'articulation entre règles présidant à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et règles nouvelles posées par l'article 1195 nouveau du Code civil consiste à considérer qu'est insurmontable la difficulté, même contractuelle et issue d'une situation d'imprévision, qu'à partir du moment où le débiteur ne peut pas la surmonter seul, c'est-à-dire sans l'intervention du juge. En ce sens, la faculté de renégociation qui lui est accordée par l'article 1195 du Code civil deviendrait dans ce cas précis une forme d'obligation, s'il souhaite pouvoir solliciter de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son encontre **(a)**.

Si conciliante qu'est cette interprétation de l'articulation des deux mécanismes, l'on peut se demander si elle change véritablement l'appréciation des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Cependant, cette lecture n'est pas sans intérêt, en ce qu'elle emporte une incitation certaine à la recherche d'une négociation amiable entre les parties au contrat, négociation favorisée tant par la doctrine que par le législateur lui-même **(b)**.

a) Le principe de l'interprétation souple de l'articulation des deux mécanismes

i. Des difficultés insurmontables par le débiteur seul

La question que pose l'introduction de l'article 1195 du Code civil quant aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde est la suivante : est-ce que la difficulté contractuelle tenant

à une exécution excessivement onéreuse, du fait d'une modification imprévisible des circonstances du contrat, est rendue surmontable du seul fait de l'existence, en droit commun, d'un dispositif de traitement judiciaire de la situation d'imprévision ? A l'inverse d'une conception selon laquelle l'article 1195 du Code civil, en lui-même, rend surmontable la difficulté car propose un traitement de la situation d'imprévision, il est possible de soutenir que ladite difficulté rencontrée par le débiteur demeure « insurmontable » malgré l'existence de nouveau dispositif légal tant qu'elle demeure « insurmontable » par le débiteur seul, c'est-à-dire sans l'intervention du juge⁷¹. En ce sens, l'introduction d'une révision et d'une résiliation judiciaires du contrat frappé d'imprévision serait sans impact quant aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la solution étant judiciaire, elle ne provient pas des capacités strictement personnelles du débiteur.

Cette interprétation du caractère « insurmontable » pourrait être qualifiée de subjective, en ce qu'elle se rapporte exclusivement aux capacités du débiteur : le caractère « insurmontable » de la difficulté n'est pas apprécié de manière virtuelle, comme une qualité objective de la difficulté selon sa nature⁷², mais comme une qualité subjective, par rapport aux seules capacités du débiteur. La difficulté est dite insurmontable quand elle ne peut pas être résolue par le débiteur seul, sans l'intervention du juge. Ce raisonnement s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère, en effet, que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut être demandée lorsque la difficulté ne peut être surmontée par le débiteur seul⁷³.

Dès lors, la difficulté tenant à l'exécution d'un contrat devenu trop onéreuse pour le débiteur reste insurmontable lorsque que la seule solution restante en droit commun est l'intervention du juge. En reprenant l'architecture particulière du nouvel article 1195 du Code civil, il en résulte que ladite difficulté ne pourrait pas être considérée comme insurmontable tant que le débiteur n'a pas proposé une renégociation des termes du contrat à son cocontractant selon les termes du premier alinéa. A l'inverse, son caractère insurmontable réapparaît lorsque la négociation échoue ou la proposition de négociation est rejetée, puisqu'à ce moment-là, la seule option proposée par le Code civil est le recours au juge. Cette interprétation revient donc à distinguer entre les différents modes de traitement de la situation d'imprévision portés par l'article 1195 du Code civil, matérialisés dans la rédaction par la distinction de deux alinéas, et à neutraliser la dernière partie du second.

⁷¹ LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°51). Voir également, pour une analyse plus détaillée, LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce*, IFPPC, 2016, livre II, chapitre 1, p. 55

⁷² la difficulté « contractuelle », c'est-à-dire tenant de l'exécution devenue excessivement onéreuse du fait de la situation d'imprévision serait alors presque automatiquement disqualifiée en difficulté surmontable.

⁷³ Cass. com. 26 juin 2007, n°06-20.820, *D. 2007* p. 1864, obs. Lienhard.

L'intérêt de cette interprétation est de permettre la menée par le débiteur des deux « combats »⁷⁴ : après l'échec des renégociations ou leur refus par le cocontractant, il peut d'une part demander l'ouverture de la procédure de sauvegarde du fait du caractère insurmontable par lui-seul de la difficulté qu'il rencontre et, d'autre part, solliciter l'intervention du juge afin d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances économiques. L'idée est intéressante en ce qu'elle permet de considérer le mécanisme de révision pour imprévision comme un nouvel outil aux mains d'un débiteur en procédure de sauvegarde, mais elle n'est pas sans soulever elle-même quelques difficultés de mise en œuvre⁷⁵.

ii. *Vers une obligation de tenter la renégociation pour le débiteur*

Dès lors que l'on adopte cette lecture des deux mécanismes, la tentative de renégociation telle que décrite par l'alinéa premier de l'article 1195 du Code civil doit alors être lue plus comme une obligation que comme une simple faculté pour la partie lésée qui souhaiterait pouvoir bénéficier d'une procédure de sauvegarde. L'interrogation quant au caractère obligatoire ou non de la faculté de renégociation accordée à la partie lésée existe indépendamment de toute possibilité d'ouverture de procédure de sauvegarde, en ce que l'architecture même du texte ne semble pas lui permettre de s'adresser directement au juge⁷⁶. Ici, en considérant que l'échec ou le refus de la renégociation est une condition préalable implicite à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, l'interrogation n'est plus : il y a bien une forme d'obligation de tenter la renégociation, qui pèse sur la partie subissant l'imprévision, si elle veut se ménager la possibilité de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son égard.

Cette obligation de tenter la renégociation fait écho à l'obligation d'adaptation du contrat devenu déséquilibré du fait d'un changement imprévisible de circonstances que la doctrine avait pu déduire de certains arrêts de la Cour de cassation⁷⁷. Cependant, elle en diffère totalement sur certains points : elle pèse sur la partie lésée et non sur son cocontractant, elle est d'étendue moindre (elle ne semble porter que sur une obligation de tenter la négociation, de la proposer, et non de la mener à bien), et elle ne partage pas le même fondement. En effet, c'est sur celui de l'exigence de bonne foi

⁷⁴ expression de LE CORRE (Pierre-Michel), dans le chapitre « Imprévision » de l'ouvrage co-dirigé avec LATINA (Mathias), *Op. cit.* (note n°71)

⁷⁵ v. *infra*.

⁷⁶ v. *supra*. sur le mécanisme en « escalier » porté par l'article 1195 nouveau du Code civil.

⁷⁷ voir notamment CARTIER-MARRAUD (Marie-Laure) et AKYUREK (Ozan), « Crise économique et révision des contrats », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2009, n)167, p. 2

prévue par l'ancien article 1134 du Code civil en son troisième alinéa, que certains auteurs⁷⁸ avaient pu déceler dans ces décisions l'existence d'un devoir de renégocier dans les contrats devenus particulièrement déséquilibrés pour une partie⁷⁹. Dans son ouvrage consacré à la théorie de l'imprévision⁸⁰, Philippe Stoffel-Munck trace la naissance de ce courant jurisprudentiel à un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1976⁸¹, dans le lequel le juge renvoie les parties à renégocier, sous l'autorité d'un mandataire de justice, les termes de l'accord dont l'équilibre est bouleversé par l'apparition de circonstances imprévues. Ce sont ensuite les arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation dits *Huard*⁸² et *Chevassus-Marche*⁸³, suivis de l'arrêt *Société des repas parisiens*⁸⁴ de la première Chambre civile, qui semblent ensemble définir les contours de cette obligation de renégocier : la Cour de cassation y vérifie, en se fondant sur la loyauté et la bonne foi dans l'exécution des conventions, si le cocontractant a bien pris les mesures concrètes nécessaires à l'égard de son partenaire contractuel afin de lui rendre l'exécution de ses obligations contractuelles possible. Cela étant, la spécificité du contexte de ces décisions⁸⁵ ou le principe de leur lecture *a contrario*⁸⁶, pouvaient rendre cette interprétation peut être un trop audacieuse pour pouvoir y fonder une véritable contrariété au refus de la théorie de l'imprévision prévalant jusque-là.

Par cette interprétation de l'article 1195 nouveau du Code civil par rapport aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, se dessine donc une réelle obligation de renégocier, ou à tout le moins une obligation de tenter la renégociation, pesant cette fois sur la partie victime du changement imprévisible de circonstances qui chercherait à se ménager la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Cette forme d'obligation est unilatérale en ce qu'elle ne concerne pas le cocontractant, qui conserve dès-lors la faculté de refuser de renégocier, ou de ne pas admettre de concession suffisante durant la renégociation. Enfin, elle est d'une portée moindre, car elle demeure circonscrite aux cas remplissant les strictes conditions de l'article 1195 du Code civil et où la partie lésée souhaiterait ouvrir une procédure de sauvegarde. L'amplitude limitée de cette obligation amène alors à en questionner l'intérêt, ou à tout le moins l'opportunité : il s'agit de

⁷⁸ voir notamment MAZEAUD (Denis), « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.2004*, p. 1754 concernant Civ. 1^{er} 16 mars 2004 (arrêt *Société des repas parisiens*, reprenant son analyse des arrêts de la Cour de cassation faisant précédent).

⁷⁹ La Cour de cassation rendant ces décisions au visa de cet article.

⁸⁰ STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Op. cit.* (note n°12)

⁸¹ CA Paris 28 septembre 1976, EDF c. sté Shell française

⁸² Cass. com. 3 novembre 1992, n° 90-18.547

⁸³ Cass. com. 24 novembre 1998, n°96-18-357

⁸⁴ Cass. civ. 1^{er}, 16 mars 2004, n° 01-15-804

⁸⁵ Par exemple, dans l'arrêt *Huard*, le fournisseur sur son distributeur détenait en réalité le pouvoir de fixer unilatéralement le prix du carburant.

⁸⁶ voir notamment GHESTIN (Jacques), « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D. 2004*, p. 2239 qui met en garde contre l'interprétation *a contrario* de l'arrêt du 16 mars 2004 menée par exemple par Denis Mazeaud, qui dénature et extrapole la portée de l'arrêt.

déterminer si, *in fine*, cette grille de lecture conciliant l'article 1195 nouveau du Code civil et conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde ne revient pas à considérer finalement une indifférence d'un mécanisme par rapport à l'autre⁸⁷.

b) L'intérêt de l'interprétation souple de l'articulation des deux mécanismes

i. *Une nouveauté relative*

Si cette lecture a le mérite de concilier harmonieusement procédure de sauvegarde et révision pour imprévision de droit commun, on pourrait questionner sa réelle opportunité : à être trop conciliante, apporte-t-elle une réelle nouveauté quant à la situation de la partie lésée par le changement de circonstances imprévisible ?

En soi, la faculté de demander la renégociation portée par le premier alinéa de l'article 1195 du Code civil est une précision inutile : une partie à un contrat a toujours la faculté de demander à son cocontractant la renégociation des termes du contrat pendant son exécution, que l'exécution soit devenue plus onéreuse ou non, que les circonstances aient été modifiées ou non. Sa précision ne prend sens que lorsqu'elle est lue à l'aune du dispositif global de l'article : l'insertion du premier alinéa permet avant tout de rendre compte d'une certaine subsidiarité dans le traitement de la situation d'imprévision. La précision selon laquelle la partie lésée peut demander la renégociation ne sert alors qu'à indiquer que le recours au juge n'est possible qu'en cas d'échec des solutions amiables, et donc à inciter les parties à choisir cette option. D'ailleurs, ce n'est pas un droit à la renégociation qui lui est ainsi reconnu, mais une faculté de la demander, puisque le cocontractant peut la refuser⁸⁸.

Appliquée comme condition préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, il s'agit de déterminer si l'exercice de la faculté de demander la renégociation n'est pas déjà comprise implicitement dans la caractérisation de la difficulté insurmontable quand celle-ci est de nature contractuelle. En effet, à première vue, la difficulté liée à l'exécution d'un contrat ne semble insurmontable que lorsque la renégociation a échoué ou n'est pas envisageable. En ce sens, la lecture proposée du caractère « insurmontable » à l'aune du premier alinéa de l'article 1195 du Code civil ne diffère pas réellement de celle qui prévalait avant son introduction. Cette articulation n'apporte alors pas, ou peu, d'élément supplémentaire à la détermination des difficultés pouvant ou non justifier de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde : dans le cas de difficultés liées à l'exécution d'un contrat

⁸⁷ Ce qui reviendrait donc à adopter la position doctrinale précédemment exposées du pluralisme.

⁸⁸ C'est, à ce stade, une forme d'application de la liberté contractuelle, aujourd'hui codifiée à l'article nouveau 1102 du Code civil : « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter (...)* », et donc de renégocier ou non.

devenue excessivement onéreuse du fait d'un changement imprévisible de circonstances, avant l'introduction de l'article 1195 du Code civil, il est presque de bon sens que de considérer que la difficulté est insurmontable qu'à partir du moment où le cocontractant refuse de renégocier les termes du contrat.

Cependant, la jurisprudence ne se prononce pas aussi clairement sur la question, et semble en réalité n'exiger aucun acte positif de la part du débiteur pour démontrer le caractère insurmontable de ses difficultés. Le caractère « insurmontable » est alors une mesure de la gravité des difficultés rencontrés par le débiteur, et non celle des efforts poursuivis ou non. Concernant des difficultés d'ordre financier, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon⁸⁹ a ainsi précisé qu'il n'est pas nécessaire au débiteur de prouver avoir envoyé préalablement à son cocontractant une mise en demeure, une demande de moratoire non satisfaite, ou même d'avoir préalablement mis en œuvre une procédure de conciliation avant de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Dès lors, une nouveauté, relative, apportée par cette lecture de l'articulation entre ouverture de la sauvegarde et règles tenant au traitement de l'imprévision serait de considérer clairement, dans le cas précis de difficultés contractuelles pouvant donner lieu à la mise en œuvre de l'un ou l'autre des deux mécanismes, que la tentative positive de renégociation initiée par le débiteur est un préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, là où elle ne semblait être, au mieux, qu'implicite dans l'appréciation du caractère insurmontable des difficultés du débiteur.

ii. L'intérêt du caractère incitatif

Si cette lecture de l'articulation entre les règles d'ouverture de la procédure de sauvegarde et le dispositif traitant de l'imprévision ne révolutionne pas l'appréciation des conditions d'ouverture de la sauvegarde, elle n'est pas sans intérêt pour autant. La combinaison des deux mécanismes telle que proposée ici permet en effet d'inciter positivement les deux parties au contrat dont les circonstances ont été bouleversées de manière imprévisible à renégocier et à adapter, de manière amiable, les termes du contrat. En d'autres termes, si cette grille de lecture n'ajoute peu ou rien, elle constitue un fort argument à la renégociation, et donc à la redéfinition d'un équilibre consensuel entre les parties.

En effet, pour la partie lésée par l'évolution des circonstances entourant le contrat, la tentative de renégociation devient nécessaire, qu'elle décide de demander une révision judiciaire sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, ou qu'elle préfère solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. En ce sens, il n'y a plus de possibilité pour la partie lésée de se tourner directement vers

⁸⁹ CA Lyon 31 mai 2006, *Sté Euler Hermès Sfac c/ Sté Indexa*, RG n°02/02245

la procédure de sauvegarde, sans chercher une solution amiable au préalable : les risques de l'« instrumentalisation » de la procédure de sauvegarde, pour obtenir la redéfinition imposée des termes du contrat sont moindres.

Pour son cocontractant, c'est un risque en moins de se voir imposer de nouveaux termes du contrat, que cela soit par l'adoption d'un plan de sauvegarde à la majorité des voix d'un comité de créanciers ou par l'imposition de délais par tribunal de la procédure à l'arrêté du plan. Positivement, cette lecture l'incite à considérer sérieusement la proposition de renégociation des termes du contrat. Dans ce cas de figure précis d'imprévision, le refus d'entrer dans de nouvelles négociations afin d'adapter le contrat (pour notamment répartir les coûts liés au changement imprévisible de circonstances) non seulement entraîne la possible mise en œuvre d'une révision judiciaire sur le fondement de 1195 du Code civil, mais entraîne aussi la possibilité de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, avec toutes les atteintes qu'elle peut porter aux droits des créanciers du débiteur. Cette grille de lecture entre imprévision et sauvegarde joue alors, cette fois du côté du cocontractant, de l'effet répulsif que peut avoir le droit français des procédures collectives : cela l'incite à considérer sérieusement la renégociation, et d'éviter qu'il en balaie l'idée afin de conserver le possible avantage inattendu qu'il retire de la situation d'imprévision.

Cette lecture est alors particulièrement intéressante en ce qu'elle respecte cette fois-ci les objectifs des rédacteurs de la réforme du droit des contrats et celui du législateur introducteur de la procédure de sauvegarde. Comme étudiée plus tôt, l'architecture même de l'article 1195 du Code civil met en lumière la faveur accordée à la redéfinition amiable d'un nouvel équilibre contractuel par les parties. Cette situation est préférable à l'intervention du juge, car elle respecte le principe d'autonomie des volontés. Une lecture similaire peut également être faite de la procédure de sauvegarde. Certes, elle est rendue particulièrement attractive pour le débiteur, à dessein : l'étude même de ses conditions d'ouverture, particulièrement larges et appréciées par les juges de manière particulièrement souple, souligne cette faveur du législateur pour cette procédure. Mais du point de vue du créancier du débiteur placé en procédure de sauvegarde, que signifie cette souplesse ? Pour Pierre-Michel Le Corre, il s'agit d'une incitation claire à la négociation. Commentant l'arrêt *Cœur Défense*, il précise alors : « *[I]es créanciers doivent comprendre quel est leur intérêt à négocier, en amont de la procédure collective. S'ils ne sont pas suffisamment empreints d'une volonté de conciliation, alors ils seront confrontés à une sauvegarde. Les débiteurs doivent voir dans la sauvegarde ce que le chef des armées voit dans la bombe atomique : une arme de dissuasion, à n'utiliser que pour exploser les créanciers rebelles.* »⁹⁰. La lecture proposée de l'articulation entre imprévision de droit commun et procédure de

⁹⁰ LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°35)

sauvegarde s'inscrit dans la lignée de ce raisonnement concernant le cocontractant de la partie victime du changement de circonstances : il s'agit d'une incitation supplémentaire à négocier, afin d'éviter la sauvegarde.

2. La renégociation encadrée par une procédure préventive amiable

Puisque cette lecture de l'articulation entre imprévision et ouverture de la procédure de sauvegarde incite à la renégociation amiable des termes du contrat entre les deux parties, il s'agit par la suite de déterminer dans quel cadre cette renégociation pourrait, ou devrait, prendre place pour qu'elle soit le plus efficace possible. En effet, inciter à la renégociation n'est intéressant que si celle-ci a de réelles chances d'aboutir. Bien entendu, les chances de réussites d'une renégociation dépendent avant tout d'une certaine casuistique : elles dépendent de la nature du rapport de force entre les cocontractants, le contexte dans lequel le contrat s'inscrit, *et cætera*. Cependant, il est possible de trouver un cadre particulier qui, indépendamment de toute casuistique, offrirait les meilleures chances de réussite à une telle renégociation.

A ce titre, il peut être proposé de mener cette renégociation dans le cadre d'une des procédures préventives amiables visées par le livre VI des procédures collectives (a). Ce cadre particulier présente en effet de nombreux avantages, procéduraux mais aussi psychologiques, permettant d'éviter au mieux l'échec de la renégociation, et le recours à la procédure collective ou à l'intervention du juge du contrat (b).

a) La possibilité d'un recours à une procédure préventive amiable

Pierre-Michel Le Corre analyse la sauvegarde comme la procédure qui, du fait de sa facilité d'accès, doit inciter les parties à se tourner avant tout vers la procédure de conciliation. Il écrit en ce sens que « *[s]on intérêt ne doit jamais se mesurer en nombre de procédures ouvertes, mais bien plutôt en nombre de conciliations réussies* »⁹¹. Dans son analyse du rapport possible entre le traitement de l'imprévision offert par le nouveau droit commun des contrats et les conditions d'ouverture d'une sauvegarde, il insiste ainsi sur l'opportunité pour la partie victime de l'imprévision de choisir la conciliation comme cadre de ses renégociations⁹². C'est en effet une solution possible.

⁹¹ *ibid.*

⁹² LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°51)

i. *La possibilité d'un recours à la procédure de conciliation*

L'article L. 611-4 du Code de commerce permet ainsi l'ouverture d'une procédure de conciliation pour « (...) *les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* ». Une partie à un contrat, subissant les effets d'une exécution devenue excessivement onéreuse de ses obligations contractuelles du fait d'un changement imprévisible de circonstances sans en avoir accepté d'en assumer le risque est donc susceptible de demander l'ouverture d'une procédure de conciliation à son égard. Les adjectifs qualifiant la difficulté éprouvée (« *juridique* », « *économique* » et « *financière* », « *avérée ou prévisible* ») sont en effet moins restrictifs que ceux utilisés pour la procédure de sauvegarde : si, à ce moment-là, la difficulté n'est pas totalement « insurmontable » du fait de la possibilité ouverte de renégociation, elle n'en reste pas moins une « *difficulté (...) avérée ou prévisible* » du fait de l'exécution rendue « *excessivement onéreuse* ». Seule condition supplémentaire, la partie victime de l'imprévision ne doit pas être en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Cette condition ne semble pas poser problème à ce stade, car il s'agit du stade primaire de la prise en compte de la situation d'imprévision.

De possible, la solution est devenue encouragée par le législateur. En effet, la loi du 19 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a introduit à l'article L. 621-1 du Code de commerce un troisième alinéa qui dispose que « *[l]orsque la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal. Il statue ensuite sur la seule demande de sauvegarde* ». De manière générale, si les difficultés sont d'un niveau de gravité insuffisant pour déclencher l'ouverture de la procédure de sauvegarde, le débiteur est encouragé par le tribunal lui-même à se tourner vers la procédure de conciliation, afin de résoudre ces difficultés sans atteindre qu'elles n'empirent et ne deviennent insurmontables, voire amènent à la cessation des paiements. Cela trouve particulièrement à s'appliquer dans le cas étudié : si le tribunal considère que la difficulté contractuelle, liée à une exécution devenue excessivement onéreuse du fait d'un changement imprévisible de circonstances, n'est pas insurmontable par le débiteur seul du seul fait qu'il n'a pas usé de sa faculté de demander la renégociation, il peut l'inviter à se tourner vers une procédure de sauvegarde pour le faire⁹³.

⁹³ Cette introduction n'est pas unanimement appréciée en doctrine. Si certains louent la faveur qui peut être lue à l'égard du débiteur qui anticipe (LE CORRE (Pierre-Michel), « La loi J21 et le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 1^e nov. 2016, n° 06, p.377), d'autres objectent que cette disposition entraîne un « *risque de pré-jugement* » et interrogent sur les possibles conséquences sur le caractère pourtant volontariste de la procédure de conciliation (ROUSSEL GALLE (Philippe) et BONNEAU (Marie-France), « Adaptation du traitement des difficultés des entreprises par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. pro. coll.*, nov. 2016, n°6 étude 21).

ii. *La possibilité d'un recours au mandat ad hoc*

Notons aussi qu'il serait également possible de placer les négociations dans le cadre d'un mandat *ad hoc*⁹⁴. Le régime des deux procédures amiables est d'ailleurs en soi assez proche. Une des seules différences notables est relative à leurs durées respectives : si le mandat *ad hoc* est en théorie illimité dans le temps, la loi précise expressément que la procédure de conciliation doit durer cinq mois maximum⁹⁵.

La pratique détourne cette difficulté en usant du « mandat *ad hoc* préparatoire »⁹⁶, recours successif à un mandat *ad hoc* puis à la conciliation, afin de préparer l'accord de conciliation sans être freiné par un calendrier trop strict et parfois peu adapté à la réunion d'un nombre important de créanciers. Il est cependant intéressant que l'accord final, emportant fixation des nouveaux termes contractuels, demeure un accord de conciliation, même si sa préparation débute en réalité dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, et qu'il soit homologué. Pour la partie victime de l'imprévision, cela permet de neutraliser la cessation des paiements⁹⁷. Pour son cocontractant, il peut dans certains cas bénéficier du « privilège de la conciliation » en cas de procédure collective ultérieure⁹⁸. Cette même technique pourrait trouver à s'appliquer dans le cas étudié.

b) *Les avantages du recours à une procédure préventive amiable*

i. *Un cadre privilégié pour mener des négociations*

Le choix de recourir ou non à une conciliation est libre⁹⁹. Cependant, la partie victime de la situation d'imprévision aurait tout intérêt à choisir ce cadre privilégié pour mener ses renégociations.

⁹⁴ Article L. 611-3 du Code de commerce « *Le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. (...)* ». Le mandat *ad hoc* n'est pas défini par le Code de commerce, et peut l'être en général comme la « mission limitée et liée à des circonstances particulières, donnée à une personne, généralement un mandataire de justice, pour concourir au traitement des difficultés d'une entreprise » (LIENHARD (Alain), « Ouverture de la procédure de conciliation », in *Delmas Procédures collectives*, Dalloz, 2017, spé. n°21.33).

⁹⁵ Article L. 611-6 du Code de commerce : la procédure de conciliation ne peut pas excéder quatre mois en principe, mais elle peut être prorogée. En tout, elle ne peut jamais excéder cinq mois. L'idée de cette limitation stricte est d'éviter que cette procédure soit utilisée à des fins dilatoires.

⁹⁶ Expression notamment utilisée par LIENHARD (Alain), *Op. cit.* (note n°92)

⁹⁷ Dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ultérieure, se voit, l'article L. 631-8 du Code de commerce empêche le report de la date de cessation des paiements à une date antérieure à celle de la décision ayant homologué l'accord de conciliation, hors cas de fraude.

⁹⁸ Bénéfice de l'article L. 611-11 du Code de commerce, en cas de nouvel apport en trésorerie, ou de fourniture d'un nouveau bien ou service.

⁹⁹ En principe, un débiteur n'est jamais contraint de choisir de recourir à la conciliation. Notons cependant un arrêt d'une Cour d'appel pour qui le défaut de recours à une procédure de conciliation participe à la preuve d'une

La conciliation est avant tout une procédure contractuelle : il repose sur l'accord trouvé ou non entre le débiteur et les créanciers appelés à la procédure, qui demeurent libre de participer ou non¹⁰⁰. Cependant, celle-ci se déroule sous les auspices d'un conciliateur, professionnel nommé par le Président du tribunal compétent, avec pour mission de trouver un accord. La présence d'un tiers peut ainsi être considérée à la fois comme un moyen de contrôle de la bonne menée des négociations, de leur bonne foi, mais aussi comme une aide pour définir les directions des discussions.

L'un des intérêts techniques majeurs de la procédure de conciliation ou de la procédure de mandat *ad hoc* est leur confidentialité, de plus en plus renforcée. Celle-ci a été expressément prévue à l'article L. 611-15 du Code de commerce par la loi du 26 juillet 2005, qui précise désormais que « *toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité* ». Cette obligation de confidentialité est primordiale. Pour le débiteur, dans un premier temps, en ce qu'elle empêche l'aggravation de ses difficultés en les gardant secrètes de ses concurrents et de ses partenaires commerciaux. Pour la bonne menée des discussions ensuite, en ce qu'une négociation de qualité suppose nécessairement un certain niveau de transparence de la part des deux parties. Outre sa consécration législative, cette obligation de confidentialité a fait l'objet d'une jurisprudence récente assez intéressante. Dans un premier arrêt de 2015¹⁰¹, la Cour de cassation se fonde ainsi sur l'article L. 611-15 du Code de commerce pour approuver une Cour d'appel ayant écarté de ses débats une pièce méconnaissant cette obligation. Surtout, dans un second arrêt de 2015¹⁰², elle y soumet les journalistes financiers, pourtant non appelés directement à la procédure, quitte à restreindre leur liberté d'expression, en interdisant la divulgation de toute information confidentielle relative aux procédures de mandat *ad hoc* ou de conciliation quand elle ne relève pas d'un débat d'intérêt général.

faute de gestion, en ce qu'il est considéré comme illustrant la volonté d'un dirigeant de poursuivre abusivement une activité déficitaire (CA Douai 4 octobre 2013, n° RG 12/05585)

¹⁰⁰ Concernant une procédure de mandat *ad hoc*, il a été jugé qu'un créancier appelé à négocier dans ce cadre n'est pas tenu d'accepter les propositions formulées par le mandataire *ad hoc* (Cass. com. 22 septembre 2015, n°14-17.377)

¹⁰¹ Cass. com. 22 sept. 2015 n° 14-17.377 : approuve la Cour d'appel qui a écarté des débats l'attestation remise à la caution de la société débitrice par le mandataire ad hoc de celle-ci, dans laquelle, au mépris de l'obligation de confidentialité qui le liait par application de l'article L. 611-15 du code de commerce, il stigmatisait l'attitude de la banque lors des négociations.

¹⁰² Cass. com. 15 déc. 2015, n°14.11-500 (*D. 2016*, p.5 obs. LIENHARD (Alain), *Revue des sociétés* 2016 p. 193, obs. ROUSSEL GALLE (Philippe).

ii. *Un avantage d'ordre psychologique*

L'avantage majeur de la procédure de conciliation est cependant plus psychologique que technique : bien qu'elle demeure amiable et donc libre pour les parties, elle incite fortement à la conclusion d'un accord. Positivement, en prévoyant des avantages pour les deux parties en cas d'homologation de l'accord, mais surtout négativement en rendant tangible le risque d'ouverture d'une sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Ce « spectre de la sauvegarde »¹⁰³ est surtout rendu réel par la présence du conciliateur. Techniquement, il ne dispose que d'un pouvoir d'encadrement des négociations, voire de proposition, et non de décision : il ne peut pas imposer au cocontractant des nouveaux termes que celui-ci refuse. Il dispose cependant d'un certain levier de pression, en ce qu'il rend compte au Président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission. S'il considère que l'accord est impossible, il doit le prévenir, afin qu'il mette fin à sa mission. Or, cet échec est en pratique souvent synonyme de l'ouverture d'une procédure collective.

C'est donc le cadre général de la conciliation, souvent considérée comme une phase préalable à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, qui est incitatif, en ce qu'il rend le risque de la sauvegarde palpable et concret par l'intervention d'un mandataire de justice et du tribunal compétent. Dès lors, si la partie victime de la situation d'imprévision est vraiment incitée à tenter de renégocier le contrat pour pouvoir se ménager le recours d'autres solutions, son cocontractant est non seulement incité à accepter l'invitation mais aussi à trouver une solution contractuelle afin de répartir les avantages et désavantages nouveaux tenus du changement de circonstances.

* * *

*

¹⁰³ Expression de LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°35)

Dans les cas précis où tant le nouveau dispositif de l'article 1195 nouveau du Code civil et la procédure de sauvegarde pourraient trouver à s'appliquer, l'introduction d'un mécanisme de traitement de l'imprévision dans le droit commun des contrats apparaît donc, au premier abord, comme restreignant l'accès d'un débiteur en situation mixte à la procédure de sauvegarde. Puisqu'il existe désormais une procédure dédiée au traitement direct de l'imprévision, son traitement indirect par la procédure de sauvegarde ne saurait trouver à s'appliquer que subsidiairement. En ce sens, le droit commun, revigoré par l'introduction nouvelle de ce dispositif, chasserait le droit spécial.

En réalité, cette lecture de l'articulation entre les articles 1195 du Code civil et L. 620-1 du Code de commerce se doit d'être plus nuancée, pour ne pas heurter tant la logique de la procédure de sauvegarde, que son objectif principal : traiter de manière la plus précoce possible les difficultés de quelque nature qu'elles soient d'une entreprise, afin d'en sauvegarder son activité. Dès lors s'impose une lecture plus modérée de l'articulation entre procédure de sauvegarde et traitement de l'imprévision par le droit commun, fondée cette fois sur l'incitation des deux parties à la renégociation amiable des termes contractuels. Il s'agit toujours d'une lecture où le nouveau droit commun restreint l'accès à la procédure de sauvegarde, mais dans une mesure sans comparaison avec la première articulation proposée.

Cette seconde grille de lecture laisse entrevoir la possibilité pour un débiteur de mener simultanément les deux procédures : d'un côté, demander à son égard l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, du fait d'une difficulté d'ordre contractuel qu'il ne peut surmonter seul du fait de l'échec des renégociations, et d'un autre demander la fixation de nouveaux termes au contrat, par application du second alinéa de l'article 1195 du Code civil. Il s'agit donc de déterminer, par suite, si ce cumul est même possible et, plus généralement, d'apprécier l'impact de l'introduction de la théorie de l'imprévision dans le droit commun des contrats sur le déroulement de la procédure de sauvegarde, et non plus uniquement sur ses conditions d'accès. Le nouveau dispositif légal peut-il ainsi enrichir les dispositions spéciales de droit des entreprises en difficulté ?

SECONDE PARTIE – IMPREVISION ET DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : UN NOUVEL OUTIL POUR LA PROCEDURE ?

L'impact de l'introduction du nouvel article 1195 du Code civil ne doit pas être uniquement apprécié comme une menace pour le droit des procédures collectives, et plus particulièrement pour la procédure de sauvegarde. Le cas d'une situation « mixte », où la partie lésée par une situation d'imprévision pourrait théoriquement se tourner alternativement vers le nouveau dispositif de l'article 1195 du Code civil ou vers la sauvegarde, n'est pas uniquement synonyme de compétition entre les deux mécanismes. Il est possible d'imaginer, à l'inverse, leur cumul. En ce sens, il s'agit de déterminer si le nouveau droit commun des contrats nouvellement doté du nouvel article 1195 du Code civil peut enrichir le déroulement de la procédure de sauvegarde, et notamment l'arsenal de possibilités déjà offertes au débiteur pour sauver son activité.

Sur ce point, le cadre d'analyse diffère quelque peu. Le cas « mixte », c'est-à-dire celui du débiteur dont les difficultés justifiant l'ouverture de la procédure de sauvegarde sont précisément des difficultés liées à l'excessive onérosité de l'exécution de ses obligations contractuelles du fait d'un changement de circonstances imprévisible, est toujours concerné. Il s'agit d'un débiteur particulièrement dépendant d'un contrat, celui d'où naît l'imprévision : le débiteur n'a pas d'autres positions contractuelles qui pourraient lui permettre de contrebalancer l'excessive onérosité de l'exécution de ce contrat. Le traitement de la situation d'imprévision est alors le but implicite de l'ouverture de la sauvegarde.

S'ajoute ici le cas d'un débiteur également partie victime de l'imprévision dans un contrat, mais qui, lui, a pu solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son encontre pour régler d'autres difficultés. Celui-ci n'était pas concerné par la question de la concurrence de l'imprévision et de la sauvegarde, car il ne pouvait pas solliciter du tribunal l'ouverture de cette dernière du seul fait de ses difficultés contractuelles. Pour lui, la question du traitement de l'imprévision qui frappe l'un de ses contrats est plus subsidiaire : elle participe globalement au traitement de ses difficultés, mais elle n'est pas centrale dans son rétablissement.

Il s'agit donc, dans un premier temps, de déterminer s'il est même théoriquement possible de concevoir l'usage de la procédure nouvellement introduite au Code civil dans le cadre d'une procédure de sauvegarde préalablement ouverte (**A**). La difficulté principale réside en la confrontation entre les solutions proposées par le nouvel article 1195 du Code civil et la règle de continuation des contrats en cours. Si, dans certains cas précisément délimités, il est alors possible d'envisager ce cumul, celui-ci n'est pas dénué d'interrogations plus techniques, tenant à l'articulation de l'article 1195 du Code civil

et la procédure de sauvegarde cette fois considérés comme deux procédures distinctes mais menées simultanément **(B)**.

A. Régime de l'imprévision et règles relatives aux contrats en cours

Si séduisante que soit l'idée pour le débiteur de pouvoir user des nouvelles options ouvertes par l'article 1195 du Code civil, celles-ci semblent toutefois difficilement s'intégrer au corpus de règles déjà dérogatoires s'appliquant aux contrats en cours lors de la période d'observation. Particulièrement, il entre en opposition frontale avec les règles relatives à la continuation des contrats en cours pendant la période d'observation, posées par l'article L. 622-13 du Code de commerce en ce qui concerne la procédure de sauvegarde.

Pourtant, malgré cette opposition frontale apparente, il est possible d'envisager une possible combinaison des deux *corpus* **(1)**. Il s'agit alors de déterminer précisément les cas où cette combinaison est possible, et plus particulièrement qui, du débiteur ou du cocontractant, pourrait s'en prévaloir, et ce à quel moment précis de la période d'observation **(2)**.

1. La possibilité théorique d'une combinaison des deux régimes

En ce qu'il permet l'anéantissement ou l'adaptation du contrat, par accord entre les parties ou par intervention du juge, l'article 1195 du Code civil se confronte frontalement aux règles posées par l'article L. 622-13 du Code de commerce relatives au sort des contrats dits « en cours »¹⁰⁴ au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde **(a)**. Mais en considérant ces règles non pas comme des règles spéciales et dérogatoires au droit commun, mais au contraire comme l'affirmation de son application malgré l'ouverture de la procédure, cette opposition s'efface et permet d'envisager le possible recours au mécanisme du nouvel article 1195 du Code civil, nouvel outil de droit commun, pendant la procédure de sauvegarde **(b)**.

¹⁰⁴ La notion de « *contrat en cours* » n'est pas définie par les textes du Code de commerce, mais fait l'objet d'un grand nombre de décisions en jurisprudence. Au-delà de la casuistique et de manière synthétique, le contrat en cours peut être défini comme le contrat qui est à la fois en cours d'existence et en cours d'exécution à la date du jugement d'ouverture de la procédure, c'est-à-dire qu'il a été déjà conclu à cette date mais qu'il n'a pas épuisé encore la totalité de ses effets

a) L'apparente opposition frontale entre imprévision et régime des contrats en cours

i. Révision du contrat et règles de continuation des contrats en cours

L'article 1195 du Code civil prévoit plusieurs possibilités d'adaptation des clauses contractuelles aux nouvelles circonstances entourant le contrat, à différents degrés d'accord entre les parties. Premièrement, par la renégociation libre des parties (premier alinéa). Les parties peuvent aussi convenir de faire appel au juge pour qu'il procède à son « *adaptation* » (second alinéa, première phrase). A défaut d'accord, une partie seule peut solliciter l'intervention du juge, qui peut choisir de réviser le contrat (second alinéa, dernière phrase). C'est en effet tout le sens de l'introduction d'un mécanisme de traitement de la situation de l'imprévision : permettre l'adaptation du contrat, afin qu'il perdure mais dans une meilleure version, mieux adaptée à son nouveau contexte. Avec une réserve quant à l'intervention du juge, c'est ce que souligne Louis Thibierge dans sa thèse¹⁰⁵, lorsqu'il appelle à un traitement de l'« *imprévu menaçant* »¹⁰⁶ le contrat par son adaptation : en permettant explicitement la modification du contrat, lorsque son exécution est rendue extrêmement difficile mais pas impossible pour autant, pour qu'il soit mieux adapté au contexte dans lequel il s'inscrit, l'on évite ainsi que les difficultés d'exécution n'empirent jusqu'à entraîner l'anéantissement du lien contractuel.

Cependant, ces possibilités de modifier le contenu du contrat ne semblent guère s'accorder avec les dispositions portées par l'article L. 622-13 du Code de commerce. En effet, celles-ci impliquent le maintien strict des stipulations du contrat continué au jour de l'ouverture de la procédure. L'ouverture de la procédure, premièrement, n'a elle-même pas d'impact sur le contrat considéré comme en cours: l'article L. 622-13, I du Code commerce prévoit expressément que « *[n]onobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* », et la jurisprudence a complété le dispositif en prohibant toute clause modifiant les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de l'ouverture d'une procédure à son égard¹⁰⁷. Et si le contrat est finalement continué par

¹⁰⁵ THIBIERGE (Louis), *Op. cit* (note n°14)

¹⁰⁶ L'auteur ne raisonne pas uniquement sur la notion de l'« *imprévisible* », mais plus largement sur celle de l'« *imprévu* », qui se définit comme tout évènement auquel les parties n'ont pas songé, qu'elles soient ou non en mesure de prévoir, et que l'évènement soit néfaste ou non. La situation d'imprévision, telle que définie à l'article 1195 du Code civil, rentre dans cette définition, comme un cas particulier de l'« *imprévu* » : c'est l'imprévu néfaste pour au moins l'une des parties, en ce qu'elle rend son exécution excessivement onéreuse, qui résulte d'un changement de circonstances extérieures au contrat auquel les parties n'ont pas songé à sa conclusion.

¹⁰⁷ Cass. com. 14 janvier 2014, n°12-22.909, arrêt rendu au visa de l'article L. 622-13 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008. Il s'agissait en espèce de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Comme le souligne la doctrine, cette solution se rattache à d'autres arrêts qui assimilent les effets indirects équivalant aux clauses réputées non écrites par l'article L. 622-13 du Code de

l'administrateur, il se poursuit également dans les exactes mêmes conditions que celles prévues initialement et en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure.

En ce sens, l'article 1195 du Code civil s'oppose frontalement au principe de « *stabilité contractuelle* »¹⁰⁸ qui empêche toute modification imposée du contrat en cours poursuivi pendant la période d'observation. C'est un principe fondamental de la procédure collective. En effet, pour le débiteur, le contrat continué perdrait de son intérêt s'il venait à être finalement modifié dans un sens qui nuirait à ses intérêts, et donc *in fine* aux perspectives de redressement de l'entreprise. Permettre la modification du contrat serait admettre un handicap supplémentaire, au détriment du débiteur en difficulté, et au détriment de l'élaboration d'un plan de sauvegarde. L'interdire est donc une mesure de préservation du contrat, considéré comme un actif du débiteur. Mais le principe fonctionne aussi en sens inverse, à la faveur cette fois du cocontractant : l'administrateur qui choisit la poursuite du contrat en cours, et qui prive ainsi le cocontractant du débiteur de la possibilité de mettre fin au contrat, ne semble pas pouvoir lui imposer, en outre, une modification du contrat lui étant défavorable¹⁰⁹. Le législateur prend donc en compte également la protection des intérêts du partenaire contractuel du débiteur. En ce sens, et du fait du caractère d'ordre public du régime des contrats en cours, l'application des règles relatives au traitement de l'imprévision à l'un de ces contrats serait bel et bien impossible¹¹⁰.

ii. *Résiliation du contrat et règles de continuation ou de résiliation des contrats en cours*

Lorsque l'adaptation des termes du contrat n'est pas possible, l'article 1195 du Code civil prévoit plusieurs voies d'anéantissement du contrat. En cas de refus ou d'échec des renégociations, les parties peuvent premièrement convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent (second alinéa, première phrase). Il s'agit en réalité d'une reprise du principe du *mutuus dissensus*, selon lequel les parties peuvent consentir à la révocation de la convention qu'elles ont conclues antérieurement. La réelle nouveauté réside, à la fin du second alinéa, en la reconnaissance d'un cas nouveau de résiliation judiciaire du contrat : lorsqu'une seule des parties fait finalement appel au juge, celui-ci peut « (...) *y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

commerce, en ce qu'elles seraient en fait directement contraires à une disposition d'ordre public (LIENHARD (Alain), « Contrat en cours : aggravation des obligations en cas de redressement judiciaire », *D.* 2014, p. 206)

¹⁰⁸ Expression notamment utilisée par DELPECH (Xavier), « Continuation des contrats en cours : pas d'aggravation des conditions contractuelles pour le débiteur », *AJ CCC* 2014, p. 34.

¹⁰⁹ *ibid.* L'auteur précise d'ailleurs « Exit, par conséquent, la théorie de l'imprévision ».

¹¹⁰ Analyse menée par ROUSSEL GALLE (Philippe), « Brèves observations sur la réforme du droit des contrats et les procédures collectives », *DPDE* mars 2016, p. 2, cité par LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71)

Or, selon les règles relatives à la continuation des contrats en cours posées à l'article L. 622-13 du Code de commerce, seul l'administrateur (ou, à défaut, le débiteur¹¹¹) dispose d'une faculté d'option entre la continuation et la non-continuation du contrat. L'administrateur choisit ainsi parmi les contrats en cours ceux qu'il souhaite continuer : implicitement, en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur ou en exigeant l'exécution du contrat en cours au cocontractant (C. com. art. L. 622-13, II), et explicitement en répondant positivement à la mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat que celui-ci peut lui adresser (C. com. art. L. 622-13, III *a contrario*). Il s'agit d'une faculté de choix unilatérale et quasi-discrétionnaire. Seule limite, celle posée au second alinéa de l'article L. 622-13, II du Code de commerce qui précise qu'au moment où l'administrateur judiciaire sollicite l'exécution du contrat, celui-ci doit d'abord vérifier qu'il dispose des fonds nécessaires au paiement du cocontractant. S'il apparaît qu'il ne sera pas capable de payer le terme suivant, il met fin au contrat, ce qui équivaut à sa résiliation de plein droit. Enfin, La résiliation judiciaire, prononcée par le juge-commissaire, est possible mais circonscrite au seul cas prévu à l'article L. 622-13, IV du Code de commerce : en l'absence de mise en demeure du cocontractant et à la demande de l'administrateur, il peut prononcer la résiliation du contrat, mais son office est limité, en ce qu'il ne contrôle que l'appréciation de l'administrateur sur la nécessité de la résiliation pour la sauvegarde du débiteur et l'absence d'« *atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ».

Dès lors, les possibilités d'anéantissement du contrat frappé d'imprévision s'opposent frontalement aux règles posées par l'article L. 622-13 du Code de commerce qui font de l'administrateur judiciaire le seul juge du bien-fondé de la poursuite ou de l'abandon d'un contrat en cours, au regard des impératifs de continuation de l'activité du débiteur. Celui-ci ne continue donc que les contrats nécessaires à la poursuite de l'activité du débiteur et à sa sauvegarde : mettre en échec son pouvoir, en permettant que le contrat que l'administrateur judiciaire souhaite poursuivre soit finalement résilié par le juge sur demande du cocontractant¹¹² reviendrait à mettre en échec sa justification, la sauvegarde du débiteur.

¹¹¹ La suite de l'analyse ne prend pas explicitement en compte le cas du régime simplifié de la sauvegarde, où le tribunal, conformément à l'article L. 621-4 du Code de commerce, ne désigne pas d'administrateur judiciaire, le débiteur n'atteignant pas les seuils de chiffre d'affaires et de nombre de salariés. Le raisonnement est cependant parfaitement applicable, puisqu'en vertu de l'article L. 627-2 du Code de commerce, les dispositions étudiées de l'article L. 622-13 du Code de commerce demeurent applicables. Seule différence, c'est le débiteur qui exerce les prérogatives dévolues à l'administrateur judiciaire, après avis conforme du mandataire judiciaire, tout désaccord étant réglé par le juge-commissaire.

¹¹² En effet, dans ce cas il semble difficile de considérer un *mutuus dissensus* en ce que l'administrateur n'aurait aucune raison à s'accorder avec le cocontractant sur la résiliation du contrat (Art. 1195 C. civ., 2nd alinéa, première phrase). Ne reste que la possibilité d'une résiliation judiciaire à la demande d'une seule partie (2nd alinéa, dernière phrase), qu'on ne peut imaginer alors n'être demandée que par le cocontractant du débiteur.

b) Les règles de continuation des contrats en cours comme principe de neutralité

i. *Enonciation du principe de neutralité*

De manière originale, Pierre-Michel Le Corre propose pourtant de ne pas considérer les règles relatives à la continuation des contrats en cours comme purement dérogatoires au droit commun des contrats. Au contraire, il estime qu'elles énoncent en réalité un principe de neutralité du droit des entreprises en difficulté par rapport au contrat continué¹¹³. En effet, en édictant la règle selon laquelle le contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure doit être continué, s'il est continué par l'administrateur judiciaire, conformément aux stipulations exactes en vigueur au jour du jugement d'ouverture, l'article L. 622-13 du Code de commerce et son interprétation stricte par les juges ne font qu'affirmer l'application du droit commun des obligations, et notamment du principe de la force obligatoire des conventions¹¹⁴.

En conséquence, il s'agit de distinguer, au sein même de l'article L. 622-13 du Code de commerce, entre les dispositions qui organisent le choix de l'administrateur de continuer ou non les contrats en cours d'une part, et celles régissant la continuation de ces contrats d'autre part.

Les premières sont assurément dérogatoires au droit commun des contrats, et ce à plusieurs niveaux. Elles dérogent au principe du *mutuus dissensus*, en ce qu'elles laissent à une seule partie au contrat, le débiteur représenté le cas échéant par l'administrateur, le choix ou non d'en poursuivre l'exécution ou d'y mettre fin. A l'inverse, pour le cocontractant d'un contrat synallagmatique, l'inexécution du débiteur ne justifie pas la mise en œuvre de son exception d'inexécution. Celui-ci ne peut même pas se prévaloir de l'anéantissement du lien contractuel du fait du changement de qualités objectives de son partenaire contractuel, malgré *l'intuitu personae* qui peut teinter le contrat en question et ce, même si une clause spécifique le prévoyait. En ce sens, ces règles sont donc aussi dérogatoires de toutes les règles gouvernant traditionnellement le contrat synallagmatique¹¹⁵. Ce sont d'ailleurs ces exceptions, pour la plupart codifiées dès 1985, qui ont principalement nourri les études concluant à l'exclusion du droit commun des obligations par le droit des procédures collectives¹¹⁶.

¹¹³ LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°51) et LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71)

¹¹⁴ Ancien article 1134, 1^e alinéa du Code civil, aujourd'hui aux articles 1103 nouveau du Code civil (« *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* ») et 1193 nouveau du même code (« *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »)

¹¹⁵ Analyse portée dès 1988 par MONTREDON (Jean-François), *Op. cit.* (note n°1) à l'occasion d'un commentaire de la loi du 25 janvier 1985. Les mêmes exemples sont étudiés par MONSERIE (Marie-Hélène), *Op. cit.*, pour illustrer l'impératif de sauvegarde de l'entreprise comme facteur de mise à l'écart du droit des obligations.

¹¹⁶ par exemple, voir la thèse de CHVIKA (Eran), *Op. cit.* (note n°6)

Moins étudiées, les règles¹¹⁷ organisant le régime de la continuation des contrats sont à l'inverse en accord parfait avec le droit commun des contrats, puisqu'elles énoncent clairement la continuation du contrat selon ses stipulations exactes en vigueur au jour du jugement d'ouverture de la procédure. En affirmant la « *stabilité contractuelle* »¹¹⁸, elles affirment l'indifférence de la procédure collective¹¹⁹ à l'égard du contrat en cours, avant que l'administrateur judiciaire ne se prononce et après qu'il se soit prononcé en faveur de sa poursuite. C'est donc ce versant de l'article L. 622-13 du Code de commerce qui énonce le principe de neutralité défini par Pierre-Michel Le Corre, qui n'est rien d'autre que l'écho du principe général de la force obligatoire des conventions, désormais affirmé par l'article 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* ».

ii. *Conséquences quant à l'applicabilité de l'article 1195 du Code civil*

Dès lors que l'on considère ce principe de neutralité, qui s'applique au contrat en cours poursuivi à tout le moins de l'ouverture de la procédure à la décision de l'administrateur judiciaire et au-delà, s'il choisit de le continuer, l'opposition marquée entre les dispositions de l'article 1195 du Code civil et les règles de continuation des contrats s'estompe nécessairement. Si l'article L. 622-13 du Code de commerce affirme en réalité l'application du droit commun des contrats aux contrats en cours poursuivis, celui-ci s'applique dans toutes ses dispositions, et donc comprenant pour les contrats conclus après le 1^e octobre 2016¹²⁰ l'article 1195 du Code civil. Le contrat continué est soumis aux dispositions du droit commun, en ce compris le nouveau traitement de la situation d'imprévision si les conditions en sont réunies.

L'intérêt d'une telle lecture est d'offrir mécaniquement aux contrats conclus après l'entrée en vigueur des dispositions de la réforme de 2016 une voie intermédiaire à l'alternative traditionnelle entre continuation du contrat aux exactes mêmes stipulations contractuelles et renonciation au contrat¹²¹. Sans elle, le contrat frappé d'imprévision au détriment du débiteur, au sens de l'article 1195 du Code civil, ne peut être continué que selon la lettre initiale du contrat, ce qui est dommageable pour le débiteur du fait de l'excessive onérosité de son exécution et qui peut mettre en danger la

¹¹⁷ Article L. 622-13, I du Code de commerce complété par l'interprétation stricte de la jurisprudence

¹¹⁸ Expression déjà citée de DELPECH (Xavier), *Op. cit.* (note n°106)

¹¹⁹ Si le sujet porte sur la procédure de sauvegarde exclusivement, il est intéressant de noter que la même réflexion peut être menée en redressement et liquidation judiciaires, puisque l'article L. 622-13 du Code de commerce est applicable lors de la période d'observation de la première et l'article L. 641-11-1 du Code de commerce applicable à la seconde expose des règles similaires.

¹²⁰ Date d'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016, selon son article 9.

¹²¹ voir notamment ANSAULT (Jean-Jacques), *Op. cit.*, (note n°51).

pérennité de son activité. La seule possibilité est la modification par le biais du plan de sauvegarde ou par celui du « *plan imposé* » par le tribunal¹²². Si l'administrateur judiciaire considère que le ratio coût-avantage est trop dommageable pour le débiteur, ce qui est fort probable du fait précisément de l'excessive onérosité de son exécution, il ne peut que demander sa résiliation.

Cette voie intermédiaire ouverte par l'article 1195 du Code civil, permettant l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances extracontractuelles, constitue donc une opportunité intéressante dont il serait dommage, voire absurde, de priver le débiteur placé en procédure de sauvegarde. C'est sur ce point que réside tout l'intérêt de l'introduction de la théorie de l'imprévision : par la modification du contrat, elle permet le traitement de la situation d'imprévision, et donc d'éviter l'anéantissement du lien contractuel¹²³. Si l'opportunité de son introduction en droit commun peut avoir été contestée et être encore aujourd'hui discutée, dès lors que celle-ci est actée par l'ordonnance du 10 février 2016, il semble incohérent de ne pas permettre son application lors du déroulement d'une procédure collective, c'est-à-dire à un moment où la partie lésée par le contrat aurait justement le plus besoin de moyens pour sauver les éléments constitutifs de son activité.

Cette exclusion du bénéfice de l'article 1195 du Code civil au débiteur en procédure de sauvegarde du fait des règles de continuation des contrats en cours serait d'autant plus absurde que ces dernières ont-elles aussi pour objectif premier de permettre la sauvegarde du contrat, considéré comme un actif du débiteur, nécessaire à la continuation de son activité. C'est effectivement cet objectif qui fonde l'énonciation des règles dérogatoires faisant obstacle à toute résiliation du contrat de la part du cocontractant en laissant l'administrateur judiciaire seul maître, ou presque, pour décider de la continuation ou non du contrat en cours. En écartant un moment le droit commun des obligations, le législateur permet que l'entreprise en procédure collective conserve les contrats conclus avec ses clients, ses fournisseurs, son banquier ou son bailleur¹²⁴. C'est également ce qui justifie l'affirmation de l'application du droit commun pour les contrats continués.

¹²² D'après l'expression de DAMMANN (Reinhard), *Op. cit.*, mais celui-ci est limité à la définition de délais uniformes pour l'ensemble des créanciers récalcitrants.

¹²³ C'est notamment l'argument porté par les tenants de l'introduction de la théorie de l'imprévision : dans le contexte moderne, marqué par l'instabilité presque chronique du contexte économique, la sécurité juridique, et partant la stabilité économique, sont toutes deux mieux servies si une forme de révision pour imprévision est reconnue.

¹²⁴ GUYON (Yves) « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 405. L'auteur raisonne, comme Jean-François Montredon et Marie-Hélène Monsérié (tous les deux cités ci-dessus) par rapport aux dispositions introduites par la loi du 25 janvier 1985, relatives aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Ce sont les mêmes principes qui sont repris en 2005 pour la procédure de sauvegarde, qui est alors présentée comme la procédure de référence.

2. Les différents cas pratiques d'application de l'article 1195 du Code civil pendant la période d'observation

Au regard du raisonnement mené ci-dessus, il est donc possible de conclure à la possibilité théorique d'une application de l'article 1195 du Code civil pour les contrats en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, et continués par l'administrateur judiciaire.

L'analyse se fonde cependant sur un cas bien particulier : l'applicabilité de l'article 1195 du Code civil ne concerne que le contrat en cours, soit avant que l'administrateur ne se prononce sur sa poursuite, soit une fois que celui-ci choisit sa continuation. Notons également qu'au sein même du dispositif porté par le nouvel article 1195 du Code civil, seule l'intervention du juge à la demande d'une seule partie semble pertinente à étudier, c'est-à-dire la dernière phrase du second alinéa, puisque c'est la réelle nouveauté apportée la réforme¹²⁵.

Ces premiers éléments laissent alors à penser qu'en pratique, les hypothèses d'application réelles de l'article 1195 du Code civil dans le cadre d'une procédure de sauvegarde sont précisément et limitativement délimitées. Il s'agit donc de déterminer ces délimitations, organisées autour de trois questions : qui peut se prévaloir du dispositif de l'article 1195 du Code civil, à quelle fin, et à quel moment de la période d'observation.

La situation la plus naturelle est celle où le débiteur à l'égard de qui la procédure de sauvegarde est ouverte chercherait à user de l'article 1195 du Code civil afin de traiter la situation d'imprévision dont il souffre et qui le met en difficulté (a). L'hypothèse inverse, dans laquelle c'est son cocontractant qui demanderait l'application de l'article 1195 du Code civil, n'est pas en soi impossible, et convient donc d'être aussi examinée (b).

a) L'invocation de l'article 1195 du Code civil par le débiteur

i. Les conditions de l'article 1195 du Code civil

L'hypothèse selon laquelle le débiteur à l'égard de qui la procédure de sauvegarde a été ouverte demande l'intervention du juge pour traiter de la situation d'imprévision est l'hypothèse plus naturelle, et d'ailleurs presque exclusivement la seule traitée par les commentateurs de la réforme¹²⁶.

¹²⁵ v. *supra*. : la possibilité de renégocier n'est pas en soi une nouveauté (al. 1), et la possibilité d'un appel commun au juge en cas d'échec des renégociations est peu probable si les parties ne sont déjà pas d'accord sur le contenu de la renégociation (al. 2).

¹²⁶ Voir cependant DOMENGET-MORIN (Céline) et POUSET (Bruno), *Op. cit.* (note n°63), et DELEBECQUE (Philippe) *Op. cit.* (note n°51) qui abordent rapidement le cas du cocontractant du débiteur

C'est précisément ce cas de figure qui prévaut dans l'analyse précédemment menée de la possibilité d'application de l'article 1195 du Code civil dans le cadre de la sauvegarde : ce sont bien les bénéficiaires que pourrait trouver le débiteur en sauvegarde qui sont exposés et mis en avant afin de justifier de l'absurdité de leur exclusion¹²⁷.

Cela ne signifie pas pour autant que tout débiteur bénéficiant d'une procédure de sauvegarde pourrait se prévaloir de l'article 1195 du Code civil pour demander l'intervention du juge à propos d'un de ses contrats. Il lui faudrait préalablement remplir les conditions posées par l'article 1195 du Code civil, qui, prises toutes ensemble, font du dispositif relatif à l'imprévision un dispositif d'accès très restreint.

Sans revenir sur les conditions cumulatives posées par le premier alinéa de l'article 1195 du Code civil, il est important de noter que l'ouverture de la procédure de sauvegarde, ou même le fait pour le débiteur de connaître par ailleurs des difficultés d'ordre financier, économique ou même opérationnel, ne semblent pas être des éléments qui pourraient constituer le « *changement de circonstances imprévisible* » nécessaire à l'application de l'article 1195 du Code civil : comme le souligne indirectement le choix du terme « circonstances », il faut que la situation d'imprévision naisse d'un événement extérieur aux parties¹²⁸. Le seul fait d'être soumis à une procédure de sauvegarde ne saurait donc ouvrir les portes de l'intervention du juge pour corriger ou anéantir un contrat seulement déséquilibré¹²⁹.

ii. *L'invocation aux fins de résilier le contrat*

Dans l'hypothèse où les conditions de l'imprévision seraient remplies, encore faut-il déterminer dans quel cadre le juge pourrait intervenir. Le second alinéa de l'article 1195 du Code civil prévoit que le juge dont l'intervention est finalement sollicitée peut mettre fin au contrat, ou en réviser les termes. Une interrogation demeure quant à l'étendue de ce choix, notamment quant à la possibilité ou non pour la partie demandant l'intervention du juge de préciser laquelle des deux options elle préfère et, si ce choix est possible, quant à l'obligation ou non pour le juge de suivre ce choix.

¹²⁷ v. *supra*.

¹²⁸ v. *supra*.

¹²⁹ LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71) « *Ce qui rend trop onéreux le contrat n'est pas la situation économique du débiteur de l'obligation, mais les circonstances économiques nouvelles extérieures à la personne du débiteur (...).* »

En admettant la possibilité pour la partie sollicitant l'intervention du juge, il ne semble pas possible dans ce cas de figure de concevoir une invocation par le débiteur placé en procédure de sauvegarde de l'article 1195 du Code civil aux fins de résilier le contrat frappé d'imprévision.

Avant la décision de l'administrateur judiciaire de poursuivre du contrat, ce recours à l'article 1195 du Code civil semble possible en théorie mais serait en pratique inutile. En effet, l'article L. 622-13 du Code de commerce permet déjà à l'administrateur de ne pas poursuivre le contrat en cours dont l'abandon ne heurte pas la sauvegarde du débiteur. Certes, en cas d'option spontanée pour la non-continuation du contrat en période d'observation par le débiteur, c'est-à-dire en l'absence de mise en demeure adressée par le cocontractant, le contrat n'est pas résilié de plein droit, mais le choix de l'administrateur ouvre la possibilité aux parties de saisir le juge compétent afin qu'il prononce la résiliation¹³⁰. Il n'y aurait donc aucun intérêt à solliciter la résiliation du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, puisque celle-ci peut être obtenue autrement : l'administrateur peut opter pour la non-continuation du contrat et peut alors demander le prononcé de la résiliation au juge, il peut attendre la mise en demeure du cocontractant et choisir de ne pas y répondre¹³¹, ou il peut demander la résiliation judiciaire auprès du juge-commissaire en vertu de l'article L. 622-13, IV du Code de commerce.

Après la décision de continuation du contrat en cours, cette invocation aux fins de résiliation du contrat ne semble pas non plus pertinente. Premièrement, l'option serait encore une fois absurde : l'administrateur aurait alors déjà fait le choix précisément de continuer le contrat. Or, l'article L. 622-13 du Code de commerce lui permet déjà, ici encore, de choisir de ne plus continuer le contrat, s'il considère qu'il ne disposera finalement pas des fonds nécessaires à son exécution. Cette invocation de l'article 1195 du Code civil aux fins de résiliation du contrat à ce moment précis de la période d'observation ne pourrait alors avoir qu'un intérêt résiduel, dans le cas où l'administrateur judiciaire aurait demandé la résiliation judiciaire au juge-commissaire sur le fondement du IV de l'article précité, et que celui-ci ne l'aurait pas accordé¹³². Cependant, dans cette hypothèse se poserait la possibilité même de l'action, qui viserait, de fait, le contournement du refus de résilier le contrat du juge-commissaire. Illégitime, l'action serait surtout peu susceptible de succès : si le juge-commissaire

¹³⁰ voir notamment LE CORRE (Pierre-Michel), « Droit commun de la résiliation des contrats en cours : questions-réponses », *Gaz. Pal.*, 1^e juillet 2014, n°182, p. 41

¹³¹ l'article L. 622-13 C. com. prévoit que l'administrateur bénéficie, au maximum, d'une durée de deux mois pour se prononcer. En tout état de cause, la décision du juge sur le fondement de l'article 1195 du Code civil n'interviendrait pas dans ce laps de temps, DOMENGET-MORIN (Céline) et POUSSSET (Bruno), *Op. cit.* (note n°63)

¹³² Considérant que la résiliation n'est pas nécessaire à la sauvegarde du débiteur ou qu'elle porterait une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

n'a pas jugé que la résiliation était nécessaire à la sauvegarde du débiteur, il est peu probable que le juge du contrat envisage, lui, l'anéantissement de la convention frappée d'imprévision.

iii. L'invocation aux fins de réviser le contrat

Le seul cas de figure envisageable serait alors celui de la sollicitation du débiteur du juge des contrats aux fins de réviser le contrat. C'est la voie la plus évidente et la plus riche : elle constituerait une voie intermédiaire ouverte au débiteur, entre continuation et résiliation du contrat en cours frappé d'imprévision. La solution est intéressante car, dans le cas étudié, il s'agit probablement d'un contrat important, voire prédominant pour le débiteur, puisque la difficulté rencontrée dans son exécution justifie ou participe de sa mise en sauvegarde. Son exécution devenant excessivement onéreuse, sa continuation selon les termes exacts prévus à l'ouverture de la procédure peut être dangereuse, en ce qu'elle consommerait des ressources nécessaires à la sauvegarde du débiteur. Le choix de son abandon, lui, est radical : si le contrat est prédominant pour le débiteur, sûrement que sa résiliation porterait aussi atteinte à son activité.

En ce sens, cette sollicitation de l'intervention du juge ne peut avoir lieu qu'après la décision de continuation du contrat. En théorie, elle pourrait avoir lieu avant, rien n'y fait obstacle, l'idée étant que ne serait continué que le contrat devenu excessivement onéreux à exécuter qu'à la condition qu'il soit modifié par le juge. Aussi intéressante que puisse être l'idée, elle ne s'accorde que très mal avec le calendrier resserré de la période d'observation : l'administrateur judiciaire ne dispose, au titre de l'article L.622-13 du Code de commerce, que de deux mois pour prendre sa décision, hors cas de continuation tacite du contrat. Or, il est peu probable que la décision du juge du contrat intervienne durant ce laps de temps, surtout si celui-ci doit se prononcer sur une révision des termes du contrat¹³³.

C'est donc un ordre chronologique différent qu'il s'agit de privilégier : d'abord serait choisie la continuation du contrat en question, et ensuite serait invoqué l'article 1195 du Code civil aux fins de révision du contrat. On peut alors imaginer qu'en cas d'échec de l'action, si la décision du juge des contrats intervient avant la fin de la période d'observation, l'administrateur judiciaire puisse abandonner ledit contrat en considérant qu'il ne dispose plus des moyens nécessaires au paiement du cocontractant. Certains auteurs et praticiens proposent, eux, de considérer une décision provisoire de

¹³³ Argument exposé par DOMENGET-MORIN (Céline) et POUSETT (Bruno), *Op. cit.* (note n°63)

l'administrateur judiciaire en faveur de la continuation du contrat, sur laquelle il serait possible de revenir en cas d'échec d'adaptation du contrat¹³⁴.

b) L'invocation de l'article 1195 du Code civil par le cocontractant

i. Les conditions de l'article 1195 du Code civil

Même si l'hypothèse est peu, voire très rarement, étudiée, il est possible que cela soit le cocontractant du débiteur qui se considère victime de la situation d'imprévision née d'un contrat conclu avec le débiteur placé en procédure collective.

Il lui faudrait, lui aussi, tout d'abord remplir les conditions restrictives posées par l'article 1195 du Code civil, étant précisé qu'à son égard non plus, la situation de son partenaire contractuel ne suffit pas à justifier d'un « *changement de circonstances imprévisible* ». Dans ce cas, ce n'est pas le manque d'extériorité qui l'en empêche, mais plus simplement le manque d'imprévisibilité de la situation. Il pourrait en effet être soutenu qu'à la conclusion de tout contrat, et particulièrement dans le cas d'un contrat commercial, la faillite¹³⁵ du partenaire contractuel est toujours envisageable et envisagée d'une manière ou d'une autre dans la négociation. Ici, c'est le caractère exceptionnel du changement de circonstances qui empêcherait de le considérer comme véritablement imprévisible.

Surtout, admettre que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre d'un débiteur puisse constituer une source d'imprévision pour ses cocontractants remettrait en cause la visée attractrice et protectrice de la procédure de sauvegarde à son égard : demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde deviendrait risqué pour un débiteur, en ce qu'elle pourrait fonder la résiliation ou la révision de ses contrats, mêmes les plus importants.

ii. L'invocation aux fins de résilier le contrat

Même dans le cas où les conditions de l'article 1195 du Code civil seraient remplies, il semble aussi difficile de concevoir une invocation par le cocontractant du débiteur en sauvegarde aux fins de résilier le contrat.

Que la saisine ait lieu avant ou après la décision de l'administrateur judiciaire de continuer le contrat en cours frappé d'imprévision, cela reviendrait en effet à remettre en cause sa faculté quasi-

¹³⁴ Conclusions du Comité Permanent des Diligences de l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives (IFPPC), exposées par LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71), p. 68

¹³⁵ au sens large et non juridique du terme

discrétionnaire de choisir des contrats en cours ceux qu'il convient de poursuivre ou non. Or cette faculté est accordée de manière exceptionnelle à l'administrateur par le législateur car cela lui permet de se débarrasser des contrats dangereux pour la sauvegarde du débiteur, et inversement de se concentrer sur l'exécution des contrats essentiels à son activité. Permettre au cocontractant de demander la résiliation d'un contrat qui aurait été continué autrement ou qui avait été continué par l'administrateur reviendrait donc à autoriser la résiliation d'un contrat jugé essentiel pour le débiteur.

iii. L'invocation aux fins de réviser le contrat

Il apparaît donc que la seule invocation possible de l'article 1195 du Code civil par le cocontractant du débiteur soit celle aux fins de réviser le contrat. La saisine du juge ne peut alors avoir lieu qu'après qu'ait été prise la décision de continuer le contrat par l'administrateur judiciaire. Cependant, du fait du contexte spécifique dans lequel l'action se déroulerait, plusieurs limites sont à considérer.

D'une part, cette action du cocontractant ne peut s'envisager que dans les limites du principe de l'arrêt des poursuites individuelles, posées à l'article L. 622-21, I du Code de commerce qui dispose : « [l]e jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. ». La saisine du juge aux fins de révision du contrat est donc théoriquement possible, tant que l'action ne constitue pas une demande en paiement, mais uniquement une demande en réaménagement des clauses contractuelles¹³⁶.

D'autre part, la révision du contrat telle qu'elle pourrait être obtenue ne pourrait être trop dommageable envers le débiteur placé en procédure de sauvegarde. En effet, si au titre dudit contrat celui-ci peut bénéficier dans une certaine mesure du changement de circonstances qui rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat en question par son cocontractant, sa situation générale demeure cependant assez compromise pour qu'une procédure collective soit ouverte à son égard. Dès lors, l'on peut imaginer le risque que représenterait une révision du contrat particulièrement stricte à son encontre : par exemple en imposant un partage du renchérissement des coûts non prévus à la conclusion du contrat, le juge pourrait indirectement ajouter aux difficultés existantes du débiteur en procédure de sauvegarde. Si les commentateurs de la réforme s'entendent pour considérer qu'en cas de révision judiciaire du contrat, celle-ci devrait être appréciée uniquement

¹³⁶ DELEBECQUE (Philippe), *Op. cit.* (note n°51)

au regard de l'équilibre contractuel, cette lecture appliquée au cas étudié pourrait être nuisible à celui à l'égard de qui la procédure de sauvegarde est ouverte. Il s'agirait donc de ne pas mettre en danger la possibilité d'une issue favorable de la procédure de sauvegarde, sous prétexte de rétablir l'équilibre dans un seul contrat.

* * * *

La mise en œuvre de la procédure introduite à l'article 1195 du Code civil pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde est donc théoriquement possible, au vue d'une compréhension des règles de continuation des contrats en cours comme énonçant un principe de neutralité de la procédure sur les contrats continués, mais elle est en pratique limitée à des cas bien précis, dont l'occurrence sera probablement rare. Premièrement, si le cas d'une saisine du juge par le cocontractant du débiteur à l'égard de qui la sauvegarde est ouverte est possible dans des cas restreints, cette hypothèse apparaît surtout comme un cas d'école qui ne rencontrera probablement pas de nombreuses occurrences dans la pratique. Aussi, si l'article 1195 du Code civil prévoit tant la résiliation que la révision judiciaire, c'est le second cas qui semble trouver le plus à s'appliquer, en ce que le premier revient à mettre en échec la faculté expressément accordée par le législateur à l'administrateur judiciaire de choisir seul les contrats en cours à continuer.

La situation la plus intéressante est alors celle qui concerne le contrat en cours frappé d'imprévision au détriment du débiteur mais dont l'existence demeure cependant nécessaire à la poursuite de son activité. La saisine du juge émane alors du débiteur, et elle est formulée à des fins de révision du contrat. C'est dans cette hypothèse que le nouvel article 1195 du Code civil constitue un nouvel outil particulièrement intéressant au bénéfice de la procédure et du redressement du débiteur concerné.

Cependant, ce nouvel instrument n'est pas sans soulever certaines difficultés dans sa mise en œuvre, du fait de l'articulation qu'il nécessite de trouver entre deux procédures distinctes mais simultanées.

B. L'articulation délicate des deux procédures

Permettre au débiteur à l'égard de qui la procédure de sauvegarde est ouverte de s'engager dans une procédure de révision du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil suppose de concilier deux procédures différentes et pourtant interdépendantes l'une de l'autre, ou à tout le moins ayant chacune une influence sur le bon déroulement sur l'autre. Ainsi, l'issue favorable de l'action en révision pour imprévision pourrait résorber les difficultés du débiteur, et donc remettre en cause l'utilité de la continuation de la procédure de sauvegarde. Inversement, le jugement du tribunal de la procédure imposant des délais aux créanciers récalcitrants, sur le fondement de l'article L. 626-18 du Code de commerce, pourrait rendre l'exécution d'un contrat finalement moins onéreuse pour le débiteur, ne lui permettant plus de justifier des conditions de l'imprévision. Il y a donc une certaine difficulté dans l'articulation des deux procédures qui naît de leur simultanéité : les procédures étant intimement liées l'une à l'autre, l'issue de l'une ne doit pas remettre en cause l'issue de l'autre, et *vice-versa* (2).

Avant d'examiner les conséquences de la simultanéité des deux procédures, encore faut-il déterminer comment atteindre cette simultanéité, c'est-à-dire comment, procéduralement, la seconde procédure peut être valablement ouverte dans le cadre de la première. La première difficulté d'articulation pratique des deux procédures est donc technique, d'ordre procédural (1). La procédure collective est en effet une procédure particulière, à part : le jugement d'ouverture emporte des effets procéduraux singuliers qui peuvent empêcher l'application des règles de procédure civile de droit commun. C'est de cette spécificité de la procédure de sauvegarde que naissent les difficultés techniques de l'articulation entre les deux procédures. Il s'agit de prendre la mesure dans laquelle elle affecte, ou non, le déroulement de la procédure de révision du contrat. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si la procédure de révision du contrat, menée sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, doit se dérouler selon les règles de droit commun de procédure civile, ou suivre les spécificités de la procédure collective.

1. Les points d'attention d'ordre procédural

La première difficulté liée à l'articulation entre procédure de sauvegarde et procédure de révision pour imprévision tient de la nature particulière de la procédure collective, qui influence nécessairement la menée de l'action pour révision lorsque celle-ci est diligentée par le débiteur placé en sauvegarde. Substantiellement, la procédure de sauvegarde a des effets dérogatoires au droit commun, justifiés par l'objectif de sauvegarde du débiteur. Pour déterminer si les règles de droit commun peuvent trouver ou non à s'appliquer dans ce contexte particulier, en l'absence de précision

de la loi, il s'agit de déterminer si leur application peut être dommageable ou non à cet objectif. Procéduralement, le raisonnement doit être similaire.

Aussi, la procédure de révision pour imprévision peut être impactée par certains effets de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, sans que ceux-ci ne soient eux-mêmes de nature procédurale. Par exemple, le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde entraîne l'instauration d'une période d'observation pendant laquelle le débiteur est placée en administration contrôlée : il s'agit d'une restriction de ses pouvoirs, à la faveur d'une répartition des tâches relatives à la gestion de l'entreprise entre lui et l'administrateur judiciaire, lorsque celui-ci est nommé¹³⁷. Il s'agit donc de déterminer qui, du débiteur lui-même ou de l'administrateur, pourrait saisir le juge aux fins de réviser un contrat frappé d'imprévision **(a)**.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde entraîne aussi la désignation d'un juge-commissaire par le tribunal de la procédure, à qui le législateur reconnaît des pouvoirs étendus et un large spectre de compétences exclusives qui comprend notamment les questions relatives aux contrats en cours. Dans la mesure où la révision judiciaire demandée porte sur un contrat par hypothèse continué par l'administrateur judiciaire, il peut y avoir conflit de compétence entre d'une part le juge du contrat et, d'autre part, le juge-commissaire en tant que juge du contrat continué **(b)**.

a) L'étendue de l'administration contrôlée du débiteur

Si l'hypothèse la plus fertile d'une utilisation de l'article 1195 du Code civil dans le cadre d'une procédure de sauvegarde est celle où la révision pour imprévision est demandée par le débiteur, encore faut-il déterminer s'il peut le faire seul.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde, lorsqu'elle est accompagnée par la désignation d'un administrateur judiciaire en vertu de l'article L. 621-4 du Code de commerce, emporte une certaine répartition des tâches liées à la gestion de l'entreprise entre l'administrateur et le débiteur. Outre les missions qui lui sont expressément réservées par le législateur pour le bon déroulement de la période d'observation, l'administrateur judiciaire peut donc avoir à connaître d'actes relevant de la gestion de l'entreprise. Cependant, l'ampleur de cette répartition varie selon le type de mission précis que le tribunal lui octroie. L'article L. 622-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 et telle que modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, prévoit ainsi deux types

¹³⁷ V. *supra*, note n°109.

de mission, la surveillance et l'assistance¹³⁸, d'étendue différente, qui apportent des solutions différentes à la question de savoir si le débiteur peut demander, seul¹³⁹, la révision d'un de ses contrats en cours.

i. Mission de surveillance

La mission de surveillance correspond à l'hypothèse où l'administrateur intervient le moins dans la gestion de l'entreprise. Elle implique de sa part un contrôle *ex post*, sans exiger d'intervention positive. Sa mission consiste à s'assurer que les agissements du débiteur ne contrarient pas, d'une manière ou d'une autre, l'intérêt de l'entreprise et ses perspectives de sauvegarde. L'administrateur a alors plus une obligation de vigilance qu'une obligation d'intervention. Dans l'hypothèse où il identifierait dans les actions du débiteur un comportement nuisible à l'intérêt de la procédure, c'est-à-dire dommageable pour l'entreprise ou pour ses créanciers, il doit en informer le juge-commissaire, voire demander au tribunal de la procédure de modifier l'étendue de sa mission afin qu'il puisse intervenir positivement.

Dans ce cadre, la question de l'intervention positive de l'administrateur judiciaire dans l'action en révision d'un contrat qu'il aurait décidé de continuer ne semble pas se poser. Un parallèle pourrait à ce sujet être fait avec l'article L. 622-23 du Code de commerce, qui prévoit que dans le cadre d'actions en justice pouvant être poursuivies à l'encontre du débiteur au cours de la période d'observation, la mise en cause de l'administrateur judiciaire n'est pas nécessaire si celui-ci n'est investi que d'une mission d'assistance¹⁴⁰. Symétriquement, il peut être soutenu que si l'action est initiée par le débiteur, l'intervention de l'administrateur judiciaire n'est pas nécessaire non-plus.

En revanche, l'administrateur judiciaire devrait en tout état de cause être informé de l'action, sur laquelle il pourra porter une appréciation *a posteriori*. Si les conditions de l'article 1195 du Code civil sont réunies, c'est-à-dire si l'exécution du contrat en question est bien excessivement onéreuse

¹³⁸ L'hypothèse d'un dessaisissement du débiteur n'est pas prévue par le législateur dans le cadre de la procédure de sauvegarde. La solution est logique : dans le cadre de cette procédure, contrairement à la procédure de redressement et de liquidation judiciaires, le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. C'est pour cela que l'article L. 622-1, I du Code de commerce dispose « *L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* » et que le premier alinéa de l'article L. 622- du Code de commerce dispose que « *Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* ». L'exclusion du dessaisissement du débiteur participe également à l'attractivité souhaitée de la procédure de sauvegarde.

¹³⁹ La question est bien de savoir si le débiteur peut agir ou non seul. N'étant pas dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, la question d'une possible représentation du débiteur par l'administrateur ne se pose pas.

¹⁴⁰ Ainsi, dans l'hypothèse d'école où le cocontractant du débiteur serait en mesure d'initier l'action en révision du contrat, l'administrateur judiciaire n'aurait pas à être mis en cause.

pour le débiteur, il semble cependant difficile pour lui de contester l'opportunité d'une telle action au regard de la sauvegarde de l'activité du débiteur.

ii. *Mission d'assistance*

Plus strictement, le tribunal de la procédure peut confier à l'administrateur judiciaire la mission d'« assister [le débiteur] pour tous les actes de gestion ou pur certains d'entre eux »¹⁴¹. Cette mission est plus intrusive à l'égard des pouvoirs du débiteur : ici, l'administrateur judiciaire ne se contente pas d'observer et de surveiller *a posteriori* l'opportunité de certains actes de gestion menés par le débiteur, il doit l'assister, c'est-à-dire se présenter à ses côtés pour pouvoir les mener à bien¹⁴². Cette mission se traduit en pratique par une forme de cogestion du débiteur et de l'administrateur pour les actes de gestion déterminés par le tribunal, exception faite des actes dits de gestion courante.

En effet, l'article L. 622-3 du Code de commerce énonce la règle selon laquelle « [l]e débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. ». L'étendue des pouvoirs du débiteur placé en procédure de sauvegarde avec mission d'assistance de l'administrateur judiciaire dépend donc également, en creux, de l'étendue de ceux accordés par le tribunal à l'administrateur judiciaire. Aussi, le second alinéa du même article précise que les actes de gestion courante accomplis par le débiteur seul à l'égard d'un tiers de bonne foi sont réputés valables.

La possibilité pour le débiteur d'agir seul ou non apparaît donc dépendre de deux éléments : l'appréciation de la notion d'« acte de gestion courante » visée à l'article L. 622-3 du Code de commerce, et la définition précise de la mission d'assistance par le tribunal de la procédure dans sa décision d'ouverture.

¹⁴¹ Article L. 622-1, II du Code de commerce

¹⁴² Afin de rendre plus attractive encore la procédure de sauvegarde, la doctrine et certains praticiens avaient émis l'idée de supprimer cette mission, trop contraignante pour le débiteur, ou à tout le moins de la rendre subsidiaire (voir par exemple MONTERAN (Thierry), « Pour améliorer le droit des entreprises en difficultés, osons la réforme », *Gaz. Pal.*, 24 janvier 2008, n° 24, p. 3). Si la Chancellerie a un temps songé à préciser que cette mission ne pouvait être décidée qu'à la demande du débiteur ou du ministère public, faisant d'elle une mission d'exception, la solution a été finalement abandonnée (avant-projet d'ordonnance, avril 2008, commenté notamment par ROUSSEL GALLE (Philippe), « L'avant-projet d'ordonnance "portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté" », *JCP E*, mai 2008, n°21, act. 250). Notons que la Cour d'appel de Paris a cependant exigé dans un arrêt de 2011 du tribunal de la procédure de caractériser en quoi le choix de la mission d'assistance s'imposait plutôt que celui d'une mission de surveillance, dans le cadre d'une procédure où la situation de l'entreprise augurait une issue favorable de la procédure et où aucun problème de confiance ou de compétence n'affectait le dirigeant de l'entreprise (CA Paris, 25 oct.2011, RG n°11/15438, *SARL Aptera Contracting*. Voir CERATI-GAUTHIER (Adeline), « Administrateur judiciaire : surveillance ou assistance », *BJS*, avril 2012, n°4, p. 342)

L'« acte de gestion courante » n'est pas défini par le Code de commerce, et son acception se dessine au gré des arrêts. En s'échappant de la casuistique de la jurisprudence, il est possible de le définir comme celui qui se rapporte directement à l'exercice normal de l'activité du débiteur, c'est-à-dire l'acte qui est conforme aux usages de la profession, à la fois dans sa nature, son importance ou dans ses modalités. La saisine du juge aux fins de réviser le contrat frappé d'imprévision a un caractère exceptionnel qui empêche, en toute vraisemblance, de le considérer comme participant aux actes de gestion courante. Dès lors, la possibilité pour le débiteur de saisir seul le juge aux fins de réviser le contrat dépend de l'étendue de la mission confiée à l'administrateur judiciaire. Elle peut porter, en vertu de l'article L. 622-1, I du Code de commerce, sur tous les actes de gestion, ou uniquement certains d'entre eux. Dans ce dernier cas, il pourrait être possible de considérer que, si la demande de révision du contrat n'est pas précisée dans les actes de gestion pour lesquels s'applique la mission d'assistance, le débiteur pourrait saisir seul le juge à cette fin.

Cependant, et en reprenant un raisonnement analogique mené à partir de la lettre de l'article L. 622-23 du Code de commerce, il semble plus prudent de considérer que la participation de l'administrateur judiciaire à l'action est nécessaire lorsque sa mission est une mission d'assistance, et ce indépendamment de l'énumération des actes de gestion mentionnée dans la décision d'ouverture de la procédure. Cette analyse peut en effet paraître plus pertinente car la saisine du juge aux fins de réviser le contrat ne répond pas totalement à la définition d'un acte de gestion : il est donc logique qu'elle ne soit pas précisée dans la décision du tribunal comme un acte nécessitant l'intervention de l'administrateur, sans que cette absence ne porte à conséquence.

En pratique, cette solution ne pose d'ailleurs pas de difficulté insurmontable, dans le sens où l'administrateur judiciaire a probablement lui-même en tête la possible invocation de l'article 1195 du Code civil pour obtenir la révision du contrat en cours lorsqu'il décide de le continuer, malgré l'excessive onérosité de son exécution¹⁴³.

b) Le juge compétent

i. Conflit de compétence entre juge du contrat et juge du contrat continué¹⁴⁴

Autre question d'ordre procédural, celle du juge compétent pour connaître de la demande en révision du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ouverte à l'égard du débiteur demandeur.

¹⁴³ Et ce d'autant plus si on considère la possibilité d'une décision de continuation provisoire, v. *supra*.

¹⁴⁴ Expression de LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71).

Tout d'abord, il s'agit de déterminer si le juge-commissaire peut être ou non le juge mentionné par le dernier alinéa de l'article 1195 du Code civil. Cette interrogation naît de la reconnaissance faite par le droit des procédures collectives de sa compétence étendue concernant le sort des contrats considérés comme en cours au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

Le juge-commissaire est un magistrat désigné parmi les magistrats de la juridiction d'ouverture de la procédure de sauvegarde dans le jugement d'ouverture¹⁴⁵. Son existence est initialement justifiée par l'impossibilité matérielle pour le tribunal, dans sa formation collégiale, de pouvoir surveiller le bon déroulement de la procédure. Le juge-commissaire est alors avant tout un juge à qui le tribunal délègue cette mission de suivi de la procédure, de son ouverture à sa clôture. Plus précisément, le premier alinéa de l'article L. 621-9 du Code de commerce dispose que « *[l]e juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* ». Progressivement, son rôle s'est étoffé : aux cotés de sa mission d'information, le Code de commerce lui reconnaît aujourd'hui également des pouvoirs décisionnels, qui recourent à la fois un pouvoir d'autorisation et un pouvoir de trancher certaines contestations.

La question du sort des contrats en cours est un des domaines de compétence étendue du juge-commissaire. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il lui est reconnu le pouvoir de prononcer par ordonnance la résiliation du contrat en cours sur demande de l'administrateur¹⁴⁶. Dans le prolongement de ce pouvoir, la jurisprudence et la doctrine interprètent largement sa compétence comme étant exclusive lorsqu'il s'agit d'apprécier le jeu de l'article L. 622-13 du Code de commerce (ainsi que de l'article L. 641-11-1 du même code concernant la liquidation judiciaire). Il a ainsi compétence exclusive pour apprécier l'exécution du contrat poursuivi par l'administrateur dans le respect des stipulations contractuelles applicables au jour du jugement d'ouverture, mais aussi pour statuer sur les litiges relatifs à la résiliation de plein droit des contrats en cours¹⁴⁷, ce qui fait dire à Pierre-Michel Le Corre qu'il a, en fait, compétence exclusive pour connaître de l'ensemble des demandes relativement à un contrat en cours¹⁴⁸.

Ces solutions tiennent plus à l'esprit des textes applicables qu'à leur lettre : cette compétence exclusive élargie n'est pas expressément prévue par l'article L. 622-13 du Code de commerce, mais participe à un traitement groupé, donc rapide, des questions relatives aux contrats en cours. En ce

¹⁴⁵ Article L. 621-4, alinéa 1 du Code de commerce

¹⁴⁶ Article L. 622-13, IV du Code de commerce

¹⁴⁷ Voir notamment Com. 18 juin 2013, n°12-19.054 et 12-836, rendu au visa de l'article L. 641-11-1 du Code de commerce, censurant l'arrêt de la Cour d'appel qui, concernant la résiliation de plein droit d'un contrat conclu par le délégataire d'un service public et comportant occupation du domaine public, avait considéré que la juridiction administrative était compétente. D. 2013, Actu. 1616, note Lienhard, *JCP E* 2013. Chron. 1434, n°7, obs. Pétel, *Rev. pro. coll.* 2014, comm. 158, note Roussel Galle

¹⁴⁸ LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71)

que la procédure de révision du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil ne peut concerner dans le cas d'analyse qu'un contrat en cours¹⁴⁹, il pourrait être soutenu que, pour des questions de cohérence et de célérité, le juge saisi devrait être le juge-commissaire.

Cependant, lorsqu'il traite des contrats en cours, le juge-commissaire applique le droit des procédures collectives : il se prononce sur les cas de résiliation, qu'elle soit judiciaire ou de droit, ou sur les modalités de sa continuation selon les règles posées par l'article L. 622-13 du Code de commerce.

Or, lui accorder compétence pour connaître de la possible révision du contrat en cours ne participe pas à l'application des dispositions du livre VI du Code de commerce, mais à l'application du droit commun des contrats contenu désormais dans le Code civil réformé : il ne s'agit pas de traiter le contrat en tant que contrat en cours, que l'administrateur choisit ou non de continuer selon les stipulations contractuelles en vigueur au jour du jugement d'ouverture, mais bien en tant que contrat frappé d'imprévision, et dont l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une des parties. Ici, l'analyse de sa compétence ne tient pas tant de l'objet dont la demande naît, le contrat en cours, que du droit applicable pour le résoudre¹⁵⁰. Dès lors que la question dépasse son office juridictionnel, le juge-commissaire ne peut donc pas être considéré comme le juge compétent la révision du contrat sur le fondement de l'article 1195 nouveau du Code civil. Il revient donc au juge commun du contrat, et non au juge-commissaire, de statuer sur la demande de révision, c'est-à-dire de statuer sur la réalité de l'imprévision d'une part, et sur la révision ou la résiliation du contrat d'autre part¹⁵¹.

ii. La compétence du tribunal de la procédure

S'il est déterminé que le juge compétent ne peut être le juge-commissaire, encore faut-il établir qui est le « *juge naturel du contrat* »¹⁵², et surtout à quelle juridiction il appartient. Les règles de procédure civile, énoncées aux articles 33 et suivants du Code de procédure civile posent deux critères de rattachement pour fixer la compétence juridictionnelle : la matière du litige et son montant. Hors toute procédure collective, la détermination de la compétence d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil proviendrait donc de l'analyse de ces deux critères, appliquée au contrat précis frappé d'imprévision. Est-ce que le fait que la procédure de révision pour

¹⁴⁹ v. *supra* pour les différents cas possibles d'application de l'article 1195 du Code civil dans le cadre d'une procédure de sauvegarde.

¹⁵⁰ LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71)

¹⁵¹ Cette analyse rejoint les conclusions du Comité Permanent des Diligences de l'IFPPC, exposées par LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *Op. cit.* (note n°71), p. 68

¹⁵² Expression de LE CORRE (Pierre-Michel), *Ibid.*

imprévision soit menée après l'ouverture de la procédure de sauvegarde modifie le résultat de cette analyse ? ¹⁵³

La question se pose car, en effet, les règles de compétence en matière de procédures collectives sont dérogatoires. L'article R. 662-3 du Code de commerce dispose ainsi que : « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde*¹⁵⁴, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance. ». La compétence du tribunal de la procédure collective¹⁵⁵ est donc élargie, au-delà même de ce que les règles de droit commun prévoient¹⁵⁶. La jurisprudence interprète de longue date cette formule en considérant que le tribunal de la procédure est compétent pour connaître des contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique¹⁵⁷. La règle est d'ordre public, et se justifie par la connaissance approfondie qu'acquiert le tribunal devant lequel s'ouvre la procédure de l'entreprise, de sa situation, et donc des difficultés soulevées par le déroulement de la procédure sur son activité¹⁵⁸.

La procédure de révision pour imprévision demandée dans le cadre d'une procédure de sauvegarde par le débiteur n'est pas, en soi, une contestation née de la procédure collective, c'est-à-dire qui n'aurait pas pu naître sans elle. En effet, ce n'est pas l'ouverture de la procédure de sauvegarde

¹⁵³ Dans le cas de figure inverse, c'est-à-dire celui où le tribunal du contrat serait le premier saisi, et où la partie victime de la situation d'imprévision, la question est différente : pour Philippe Delebecque (*Op. cit.*, note n°51), il pourrait être rendu difficile pour le tribunal de procédure collective d'intervenir, du fait de la possible exception de connexité qui pourrait être soulevée dans ce cas (art. 101 C. pro. civ.). Notons que l'exception de litispendance (art. 100 C. pro. civ.) ne trouverait pas à s'appliquer, les deux procès étant distincts, l'un étant individuel et l'autre collectif. Cette hypothèse est cependant écartée de l'étude, car est considérée la révision pour imprévision comme un outil potentiel de la procédure de sauvegarde, et non le paradigme inverse de la procédure de sauvegarde utilisée pour encadrer et protéger la situation d'un débiteur ayant préalablement initié une procédure de révision.

¹⁵⁴ Souligné par nos soins.

¹⁵⁵ Selon l'article L. 621-2 C. com., la procédure de sauvegarde se déroule devant le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité d'ordre commercial ou d'ordre artisanal. Pour les autres cas (débiteur agriculteur ou professionnel libéral par exemple), la compétence revient au tribunal de grande instance.

¹⁵⁶ Article 51 du Code de procédure civile, alinéa 1 : « *Le tribunal de grande instance connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction.* »

¹⁵⁷ voir notamment Cass. Com. 14 avril 1992, n°90-15.901, *RTD Com.* 148, obs .BOULOC (Bernard), *D.*1992 377, HONORAT (Adrienne), et Cass. Com. 8 juin 1993, n° 90-13.821, premières décisions rendues sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Il s'agit en réalité d'une réaffirmation des solutions déjà fermement adoptées sous les régimes plus anciens.

¹⁵⁸ Voir notamment LIENHARD (Alain), « Chapitre 62 : Effets du jugement », in *Delmas Procédures collectives*, Dalloz, 2017, n° 62.13 et suivants.

qui est à l'origine de la situation d'imprévision dont est frappé le contrat en question¹⁵⁹ : elle n'est pas l'origine de l'exécution excessivement onéreuse du contrat, mais un cadre de son traitement.

En revanche, il peut être argué de bon droit que la procédure de révision pour imprévision est influencée par la menée de la procédure de sauvegarde. En effet, la possibilité même de l'action en révision pour imprévision dépend de la décision de continuer ou non le contrat en cours prise par l'administrateur judiciaire ; s'il décide, finalement, après avoir d'abord opté pour la continuation du contrat, d'y mettre fin car considérant ne pas disposer des fonds lui permettant d'assurer le paiement¹⁶⁰, l'action en révision pour imprévision n'a plus lieu d'être car le contrat est résilié. En ce sens, il semble cohérent d'avancer prospectivement que, du fait de l'influence de la procédure de sauvegarde sur la procédure en révision du contrat, celle-ci relève de la compétence du tribunal qui ouvre la procédure de sauvegarde.

Cela est d'autant plus probant que la rédaction du nouvel article 1195 du Code civil semble laisser au juge le choix entre résiliation et révision, sans qu'il soit certain qu'il soit ou non tenu par les demandes de celui qui le saisit¹⁶¹. Dès lors que la possibilité que le juge décide finalement la résiliation du contrat sur le fondement de l'article 1195 du Code civil existe, il est possible d'appliquer des solutions jurisprudentielles apportées pour des litiges concernant précisément la résiliation d'un contrat en cours, pour lesquels les juges considèrent qu'ils relèvent de la compétence du tribunal de la procédure collective, même si ces litiges sont nés avant son ouverture, puisque les pouvoirs de l'administrateur judiciaire concernant la continuation des contrats en cours ont nécessairement une influence sur son issue¹⁶².

2. Les difficultés liées à la simultanéité des procédures

Lorsqu'est valablement initiée la procédure de révision du contrat pour cause d'imprévision dans le cadre de la procédure de sauvegarde, se dessine alors une situation particulière : les deux procédures sont menées en parallèle, indépendamment, mais elles sont bien entendu liées l'une à l'autre. Dans l'hypothèse où les difficultés connues par le débiteur sont relatives précisément à l'exécution rendue trop onéreuse d'un contrat frappé d'imprévision, ce lien est fondamental : l'issue

¹⁵⁹ Bien au contraire, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne saurait constituer un changement de circonstances imprévisibles, que cela soit pour le débiteur placé en procédure de sauvegarde ou pour son cocontractant, v. *supra*.

¹⁶⁰ Dans le cas d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés, article L. 622-13, II, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁶¹ v. *supra*.

¹⁶² Com. 20 février 1996, n°92-21.945, cité notamment par CAGNOLI (Pierre), « Entreprise en difficulté (Procédure et organes), in *Répertoire de droit commercial*, mars 2010, actu. janvier 2017, n°11 et suivants.

de la procédure de révision pour imprévision conditionne l'issue heureuse ou non de la sauvegarde. Dans ce cas, la procédure de sauvegarde n'est finalement que le cadre de la procédure de révision, c'est-à-dire une façon pour le débiteur de se protéger et de maîtriser son environnement durant la durée de la procédure de révision. Les choses peuvent cependant être prises inversement, en considérant que la procédure de révision du contrat est alors l'outil fondamental de la procédure de sauvegarde, pour permettre le rétablissement du débiteur. Cependant, à cette situation d'école¹⁶³ s'ajoute le cas plus commun d'un débiteur connaissant des difficultés de nature plus diverses, dont des difficultés liées à l'exécution d'un contrat frappé d'imprévision : ici, la décision du juge sur la révision à apporter ce contrat n'est peut-être pas décisive mais elle participe également aux chances de rétablissement du débiteur.

Ce qui peut donc poser problème, c'est la menée de manière simultanée mais différenciée de deux procédures intimement liées : il s'agit d'éviter que l'une porte préjudice à la menée de l'autre, l'objectif étant pour les deux le rétablissement du débiteur, de manière globale pour la sauvegarde et circonscrite au contrat frappé d'imprévision pour l'action en révision.

L'analyse impose de distinguer selon le moment où la décision finale du juge quant à la révision du contrat frappé d'imprévision est rendue. Si celle-ci intervient avant l'adoption du plan de sauvegarde, pendant la période d'observation, il s'agit d'examiner l'impact qu'elle peut avoir sur la suite de la procédure de sauvegarde (a). A l'inverse, si la décision du « *juge naturel du contrat* » est postérieure à l'adoption du plan de sauvegarde, il s'agit de déterminer comment celle-ci doit s'articuler avec la décision du tribunal de la procédure collective (b).

a) L'impact sur la procédure de sauvegarde de la décision rendue quant à la révision

i. Décision favorable quant à la révision

L'hypothèse la plus favorable pour le débiteur est celle où le « *juge naturel du contrat* », saisi aux fins de réviser le contrat¹⁶⁴, opère pendant la période d'observation la révision des termes du contrat afin de l'adapter aux nouvelles circonstances et de mettre fin à l'excessive onérosité de l'exécution par le débiteur de ses obligations contractuelles. En ce sens, la procédure de l'article 1195 du Code civil est véritablement un nouvel outil pour la procédure de sauvegarde : elle permet de

¹⁶³ Cette affirmation pourrait cependant être nuancée : cette hypothèse relève des situations « mixtes » examinées en première partie. Par exemple, les faits de l'espèce des arrêts *Cœur Défense* auraient correspondu à cette hypothèse.

¹⁶⁴ Selon l'appréciation qui est faite de l'option offerte par la dernière phrase du second alinéa de l'article 1195 du Code civil (que le juge soit lié ou non par la demande), cela peut recouvrir également le cas où le juge choisit, indépendamment de la demande du débiteur, de réviser le contrat.

trouver, le temps de la procédure, une solution médiane entre la résiliation définitive d'un contrat en cours devenu trop onéreux à exécuter ou sa continuation selon les stipulations contractuelles initiales.

Si le débiteur avait sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son égard du fait de difficultés de natures diverses, comprenant entre autres mais pas uniquement la difficulté contractuelle liée à la situation d'imprévision, la révision judiciaire du contrat permet de soulager seulement partiellement le débiteur. La décision du juge n'est pas, dans ce cas, déterminante pour la situation globale du débiteur et des difficultés qu'il rencontre, mais elle lui offre une marge de manœuvre supplémentaire pour envisager la sauvegarde de son activité. Elle peut notamment être intégrée au bilan économique et social préparé par l'administrateur judiciaire pendant le temps de la période d'observation (article L. 623-1 et suivants du Code de commerce). Dans cette hypothèse, la procédure de révision de l'article 1195 du Code civil est un outil du droit commun offert à la procédure collective.

La décision de révision peut avoir une influence plus déterminante, précisément si l'ouverture de la procédure de sauvegarde est justifiée uniquement ou essentiellement par la difficulté contractuelle liée à la situation d'imprévision. Ici, la décision du juge de réviser le contrat, en mettant théoriquement fin à l'excessive onérosité de l'exécution du contrat, a une influence décisive sur la situation du débiteur, car elle fait disparaître les difficultés qu'il pouvait connaître, ou les rend supportables. En vertu de l'article L. 622-12 du Code de commerce, le tribunal de la procédure doit alors mettre fin à la sauvegarde, à la demande du débiteur. Dans cette hypothèse, la procédure de révision de 1195 du Code civil n'est plus un outil de la sauvegarde, mais l'élément de sa disqualification.

ii. Décision défavorable quant à la révision

A l'inverse, le juge du contrat peut ne pas procéder à la révision du contrat, notamment s'il considère que les conditions posées par l'article 1195 du Code civil ne sont pas remplies. Précisons ici une difficulté qui émerge quant au choix ouvert au bénéfice du juge par le second alinéa de l'article 1195 du Code civil¹⁶⁵. La question est de savoir s'il conserve ce choix dans le cadre précis de la procédure de sauvegarde. En effet, dans ce cadre particulier, la possibilité même de sa saisine dépend de la décision prise par l'administrateur judiciaire de continuer le contrat¹⁶⁶. Décider de finalement résilier le contrat reviendrait à remettre en cause cette décision. A l'inverse, rogner sur le pouvoir du

¹⁶⁵ : la rédaction de l'article laisse en effet à penser que la décision du juge du contrat de ne pas procéder à la révision puisse également provenir, non pas de son refus de qualifier la situation d'imprévision, mais de son choix de résilier le contrat plutôt que de l'adapter (v. *supra* sur les effets de l'article 1195 du Code civil).

¹⁶⁶ v. *supra*.

juge accordé par le législateur, sans que cela soit expressément prévu autrement par les dispositions du Livre VI du Code de commerce, pourrait sembler excessif. Le problème est résolu lorsqu'on considère que l'administrateur judiciaire peut, dans ce cas précis d'un contrat en cours frappé d'imprévision, prendre une décision provisoire à titre conservatoire, en attendant la décision définitive du juge du contrat¹⁶⁷.

Le refus par le juge de réviser le contrat, quelle qu'en soit la raison, n'empêche pas le débiteur de trouver dans la procédure de sauvegarde les outils alternatifs du traitement de la situation d'imprévision déjà énumérés¹⁶⁸. Tout d'abord, une révision du contrat peut toujours être théoriquement obtenue durant l'élaboration du plan de sauvegarde. La possibilité apparaît cependant plus théorique que réalisable, l'hypothèse étudiée présupposant l'échec des renégociations préalables à la saisine du juge du contrat. Cependant, en cas d'échec de la préparation consensuelle d'un plan, le tribunal peut imposer sur le fondement de l'article L. 626-18 du Code de commerce des délais uniformes aux créanciers récalcitrants : c'est bien une forme de révision du contrat¹⁶⁹, qui peut être un traitement de l'imprévision. Enfin, si ces deux solutions n'apparaissent pas suffisantes et que l'exécution du contrat demeure trop onéreuse pour le débiteur, l'administrateur judiciaire peut finalement opter pour sa non-continuation ou demander sa résiliation au juge-commissaire, selon les dispositions de l'article L. 622-13 II et IV du Code de commerce.

b) L'impact sur la procédure de sauvegarde de la décision à rendre quant à la révision

i. La prise en compte d'un aléa dans le plan de sauvegarde

Il est également probable que la période d'observation de la procédure de sauvegarde prenne fin avant que la décision du juge du contrat quant à la révision du contrat n'ait été définitivement rendue¹⁷⁰. Ici encore, les conséquences de ce décalage temporel sur la procédure de sauvegarde dépendent de l'étendue des difficultés qui justifiaient de son ouverture.

Dans le cas où la difficulté contractuelle liée à la situation d'imprévision n'était qu'une des difficultés insurmontables connues par le débiteur, l'absence de décision définitive quant à la révision du contrat frappé d'imprévision n'est pas en soi déterminante du sort de la procédure de sauvegarde. Si le débiteur trouve consensuellement, via la voie du plan de sauvegarde, un accord viable avec ses

¹⁶⁷ v. *supra.*, note n°132

¹⁶⁸ v. *supra.* concernant les effets de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

¹⁶⁹ v. à ce sujet DAMMANN (Reinhard), *Op. cit.* (note n°46).

¹⁷⁰Au maximum, la période d'observation en procédure de sauvegarde est de dix-huit mois

autres créanciers, la décision à venir du juge du contrat ne devient qu'une variable du plan de sauvegarde que le tribunal adopte. En ce sens, le plan de sauvegarde se teinte d'une forme d'aléa, mais qui ne peut être qu'accessoire par rapport à l'économie générale du plan. En effet, le plan de sauvegarde arrêté par le tribunal de la procédure se doit d'être certain dans ses effets : c'est sur ses dispositions que se fonde la perspective de redressement du débiteur, qui doivent elles-aussi avoir un caractère assuré. Le Code de commerce le précise explicitement : le plan de sauvegarde n'est arrêté par le tribunal que « *[l]orsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* »¹⁷¹. Ce caractère « sérieux » du plan empêche donc que son économie dépende entièrement d'un évènement trop incertain.

La situation est plus délicate si la décision du juge quant à la révision du contrat peut avoir une influence sur la situation du débiteur telle qu'elle ne puisse pas être considérée comme une simple variable du plan de sauvegarde¹⁷². C'est ici que le décalage de temporalité entre les deux procédures peut être le plus dommageable. Le Code de commerce laisse la possibilité d'un renouvellement jusqu'à dix-huit mois maximum de la période d'observation¹⁷³ : si la décision n'est toujours pas intervenue dans ce délai, et qu'un plan de sauvegarde n'est pas adopté, l'article R. 626-18 du Code de commerce, dans son second alinéa, ouvre aux mandataires de justice et à tout créancier la possibilité de saisir le tribunal afin de mettre fin à la procédure de sauvegarde. Si le débiteur atteint l'état de cessation des paiements durant la période d'observation, le tribunal de la procédure convertit la procédure en redressement judiciaire (voire en liquidation judiciaire)¹⁷⁴. Dans ce cas, l'article L. 622-10 du Code de commerce permet dans son cinquième alinéa de prolonger la durée de la période d'observation au-delà des délais légaux¹⁷⁵. Enfin, le débiteur peut lui-même solliciter du tribunal la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, si l'adoption du plan est manifestement impossible et si la clôture de la procédure de sauvegarde devait conduire de manière certaine et à bref délai à l'état de cessation des paiements. Dans tous ces cas, la procédure de révision du contrat de l'article 1195 du Code civil qui échoue à aboutir dans les délais restreints de la sauvegarde, est donc bel et bien un outil inefficace à celle-ci.

¹⁷¹ Article L. 626-1 du Code de commerce, alinéa 1.

¹⁷² C'est notamment le cas de la procédure de sauvegarde ouverte spécialement au regard de la difficulté contractuelle à laquelle le juge des contrats n'a pas encore trouvé un traitement

¹⁷³ après l'octroi d'une première prorogation ordinaire de six mois, puis l'octroi d'une deuxième prorogation exceptionnelle.

¹⁷⁴ Article L. 622-10, al. 2 du Code de commerce : la saisine est ouverte au contrôleur, au ministère public, au débiteur, au mandataire judiciaire et à l'administrateur. Le tribunal peut aussi se saisir d'office.

¹⁷⁵ Article L. 622-10 al. 4 du Code de commerce : « *Lorsqu'il convertit la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire, le tribunal peut, si nécessaire, modifier la durée de la période d'observation restant à courir ou la prolonger pour une durée maximale de six mois.* »

ii. *L'autorité de la chose jugée du jugement qui arrête le plan de sauvegarde*

Une dernière difficulté liée à l'initiation d'une action en révision pour imprévision dans le cadre d'une procédure de sauvegarde peut apparaître lorsque le plan de sauvegarde, arrêté par le tribunal de la procédure collective, emporte déjà une forme de révision du contrat en question, par exemple par l'octroi de délai au bénéfice du débiteur.

A première vue, la situation n'est pas nécessairement problématique : le plan de sauvegarde opère une forme de traitement de la situation d'imprévision avant la décision du juge du contrat, qui n'a dès lors plus vocation à réviser le contrat. La saisine du juge des contrats, sur le fondement de l'article 1195 du Code civil n'a plus lieu d'être.

La difficulté apparaît cependant lorsque le débiteur considère que la situation d'imprévision n'est pas réglée par le plan et qu'elle perdure ou, de manière analogue, si lui ou son cocontractant sollicite l'intervention du juge après l'arrêté du plan de sauvegarde par le tribunal¹⁷⁶. La question est alors de savoir si l'arrêté du plan de sauvegarde par le tribunal de la procédure évince pour la suite toute action en révision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil pour un des contrats qu'il modifie. Plusieurs obstacles laissent à penser que cette action en révision serait en effet compromise.

D'une part, l'autorité de la chose jugée de la décision du tribunal de la procédure. De manière générale, l'autorité de la chose jugée « exprime l'impossibilité de soumettre à nouveau à un juge des prétentions qui ont déjà été tranchées à l'occasion d'une précédente instance »¹⁷⁷. Appliquée au cas étudié, elle empêche de considérer la remise en cause de la décision du tribunal par un autre juge. En effet, la logique même du plan de sauvegarde est de rendre le passif du débiteur supportable pour lui. Lorsque le tribunal de la procédure arrête le plan, c'est qu'il estime qu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée : il arrête le plan de sauvegarde lorsqu'il considère que celui-ci emporte les modifications nécessaires pour que le débiteur puisse faire face à ses obligations, celles-ci étant rendues tolérables par le plan, ou les délais imposés uniformément par le tribunal. Or, l'action en révision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil nécessite que l'exécution de l'obligation soit « excessivement onéreuse », donc précisément insupportable ou non tolérable pour le débiteur. Accéder à la sollicitation du débiteur reviendrait alors à la remise en cause de l'appréciation du tribunal de la procédure sur le plan de sauvegarde.

¹⁷⁶ En effet, ce qui importe dans le raisonnement est le fait que l'action en révision soit postérieure à la décision du tribunal de procédure de sauvegarde.

¹⁷⁷ Définition extraite de la fiche d'orientation « Autorité de la chose jugée (procédure civile) », Dalloz, juil. 2012

C'est donc la nature judiciaire du plan de sauvegarde arrêté qui semble empêcher l'action en révision après la décision du tribunal de la procédure collective. Certes, son élaboration fait apparaître certains éléments contractuels (celle-ci procédant d'une négociation), mais ces éléments disparaissent avec la décision du tribunal, qui donne à l'ensemble des dispositions contenues dans le plan un caractère judiciaire. C'est d'ailleurs ce qu'exprime la loi, lorsqu'elle précise à l'article L. 626-11 du Code de commerce que « *le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous* ». L'idée est ainsi résumée par Philippe Delebecque pour qui « *dans la mesure où le plan est opposable à tous, on imagine mal que le débiteur puisse ultérieurement demander la révision du contrat le liant à l'un de ses créanciers* »¹⁷⁸.

D'autre part, il semble nécessaire de noter que le Code de commerce prévoit déjà des dispositions particulières et impératives régissant la révision ou l'anéantissement du plan de sauvegarde. L'article L. 626-26 du Code de commerce prévoit ainsi qu'« *[u]ne modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal*¹⁷⁹, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. Lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers, la saisine du tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan ». De même, l'article L. 626-27 du Code de commerce encadre tout aussi précisément les cas possibles de résolution du plan. Ces dispositions laissent peu de place à une potentielle action sur le fondement de l'article 1195 du Code civil après la décision du tribunal de la procédure de sauvegarde et avant l'arrivée à terme du plan de sauvegarde. Elles empêchent directement l'action dirigée à l'égard du plan, qui joue sur plusieurs contrats (ce qui empêche donc la possibilité d'une sorte de révision « parapluie » sur le fondement de l'article 1195 du Code civil), mais aussi, indirectement, l'action dirigée à l'égard d'un contrat dont le plan emporte déjà une certaine révision. Seule interstice, la demande d'intervention du juge concernant un contrat déjà modifié par le plan de sauvegarde, mais dont la révision n'emporterait pas une « *modification substantielle* » du plan, au sens de l'article L. 626-26 du Code de commerce (par exemple pour un contrat d'importance moyenne pour l'activité du débiteur). Encore faudrait-il alors remplir les conditions strictes posées par l'article 1195 du Code civil, et démontrer la survenance d'une modification des circonstances, imprévisible au moment de l'élaboration et de l'arrêté du plan.

* * *

¹⁷⁸ DELEBECQUE (Philippe), *Op. cit.* (note n°51)

¹⁷⁹ Souligné par nos soins.

CONCLUSION

Les liens entre l'imprévision dans le contrat, telle qu'elle est désormais définie et traitée par le Code civil réformé par l'ordonnance du 10 février 2016, et la procédure de sauvegarde interrogent donc, sous un angle nouveau, les rapports entre le droit commun des contrats et le droit spécial des procédures collectives. En effet, cette fois-ci, et contrairement aux analyses précédemment menées, c'est le droit commun, renouvelé et enrichi de nouveaux dispositifs tels que l'article 1195 du Code civil, qui est le point de départ du raisonnement. Est-ce que l'article 1195 du Code civil se cumule avec la procédure de sauvegarde, l'exclut ou se concilie avec elle, au prix de concessions mutuelles ? Pour reprendre l'expression du Professeur Michel Jeantin, lorsque celui-ci examinait le sort du droit des contrats dans les règles des contrats en cours¹⁸⁰, la réponse ne peut être monolithique, et appelle certaines distinctions.

Considérés tous les deux comme des mécanismes de traitement de la situation d'imprévision contractuelle, la procédure de sauvegarde et l'article 1195 du Code civil semblent tout d'abord se faire concurrence. A première vue, dans un cas où un cocontractant pourrait en théorie se prévaloir du nouveau dispositif légal du Code civil et solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, une première réaction serait de considérer alors plus strictement le caractère « insurmontable » des difficultés justifiant de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. En ce sens, le nouvel article 1195 du Code civil emporterait une forme d'exclusion du droit des procédures collectives, mais dans ce cas précis uniquement. Cependant, face aux problèmes théoriques et pratiques que la solution soulève, il apparaît préférable au contraire d'adopter une conception souple de l'articulation des deux mécanismes, certes moins impressionnante que la première mais vertueuse, en ce qu'elle apparaît particulièrement incitatrice à la résolution amiable de la situation d'imprévision.

A l'inverse, lorsque l'on considère la procédure de sauvegarde comme un cadre dans lequel l'action en révision du contrat frappé d'imprévision pourrait être menée, l'article 1195 du Code civil apparaît comme un enrichissement certain de la procédure collective, en ce qu'il représente un nouvel outil au bénéfice du débiteur. Ici, la procédure de sauvegarde et l'article 1195 du Code civil sont alors considérés comme deux procédures, qu'il s'agit de réussir à mener conjointement et harmonieusement. Et ici encore, cette première réaction se doit d'être nuancée: certes, la révision pour imprévision peut être une alternative très intéressante aux règles traditionnelles de continuation

¹⁸⁰ JEANTIN (Michel), *Op. cit.* (note n°4).

des contrats en cours, mais sa mise en œuvre n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques, et elle n'est possible que dans un nombre restreint de cas, précisément délimités.

Ainsi, l'on retrouve bien ici un mouvement de balancier, entre exclusion et enrichissement du droit applicable à la procédure de sauvegarde par le nouveau dispositif de l'article 1195 du Code civil, selon le moment de la procédure de sauvegarde que l'on analyse, mais ce mouvement se doit d'être nuancé : il n'y a finalement ni exclusion totale ni enrichissement parfait. Cette réflexion peut d'ailleurs encourager à ne peut-être pas surinterpréter l'analyse du rapport entre droit commun des contrats et droit des procédures collectives. S'il n'y a pas de réponse « monolithique », c'est-à-dire s'il n'est pas possible de définir un seul et même mouvement animant ce rapport, uniforme, c'est peut-être qu'il n'est pas. Le droit des procédures collectives est en effet un droit pragmatique et finalement opportuniste, et l'on peut aisément considérer que le législateur choisit, au gré des hypothèses, soit de prendre compte le droit commun, soit d'y déroger, sans que cela ne justifie d'une orientation unique.

En donnant une appréciation de l'impact de l'introduction de l'article 1195 du Code civil sur la procédure de sauvegarde, le raisonnement permet d'apprécier l'impact de cette nouvelle disposition, plus largement. Au-delà de la réponse, très pratique, qu'il amène à la question, très circonstanciée, des conditions de la conciliation possible entre imprévision et procédure de sauvegarde, l'analyse permet ainsi de relativiser la révolution que cette introduction a pu, selon certains auteurs, représenter. Certes, la proclamation d'un principe de révision et de résiliation judiciaires pour cause d'imprévision est symboliquement importante, en ce qu'elle met fin à une jurisprudence établie depuis plus d'un siècle. En pratique cependant, l'analyse permet de souligner que les cas d'application de l'article 1195 du Code civil seront, en toute vraisemblance, assez rares. En matière de sauvegarde, on remarque que l'impact n'est finalement pas si important qu'il aurait pu l'être. Le raisonnement peut être étendu au-delà de la sphère de la procédure collective : si « prise de la Bastille »¹⁸¹ il y a, celle-ci n'est pas la marque d'une révolution. Cette même observation pourrait d'ailleurs trouver à s'appliquer à une grande partie des dispositions de la réforme du droit des contrats de 2016 : si le symbole d'une modification des textes de 1804 est fort, cela n'empêche pas un bouleversement total de la pratique du droit des obligations.

¹⁸¹ Expression de STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Op. cit.* (note n°22)

PLAN DETAILLE

INTRODUCTION	4
PREMIERE PARTIE – IMPREVISION ET OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : CONCURRENCE, RESTRICTION OU INDIFFERENCE ?	10
A. L'apparente concurrence entre les deux mécanismes.....	10
1. La possibilité d'un recoupement des deux mécanismes.....	11
a) Recoupement potentiel des champs d'application respectifs des deux mécanismes.....	12
i. <i>Le champ d'application du nouvel article 1195 du Code civil</i>	12
ii. <i>Le champ d'application de l'article L. 620-1 du Code de commerce</i>	14
iii. <i>Conclusion</i>	16
b) Recoupement partiel des effets respectifs des deux mécanismes	18
i. <i>Effets du nouvel article 1195 du Code civil</i>	18
ii. <i>Effets des articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce</i>	20
iii. <i>Conclusion</i>	22
2. Le risque d'une interprétation stricte du caractère insurmontable des difficultés du débiteur à la lueur de l'article 1195 du Code civil	23
a) L'interprétation stricte de la combinaison du droit commun et du droit spécial	23
i. <i>Principe de l'interprétation stricte : la marginalisation de la sauvegarde</i>	23
ii. <i>Intérêt de l'interprétation stricte : éviter l'instrumentalisation de la sauvegarde</i>	24
b) La remise en cause des objectifs mêmes de la procédure de sauvegarde	26
i. <i>Problématique de la temporalité</i>	26
ii. <i>Vers une subsidiarité impossible de la procédure de sauvegarde</i>	27
B. L'articulation souple des deux mécanismes.....	30
1. La tentative de renégociation comme condition préalable à la procédure de sauvegarde	30
a) Le principe de l'interprétation souple de l'articulation des deux mécanismes	30
i. <i>Des difficultés insurmontables par le débiteur seul</i>	30
ii. <i>Vers une obligation de tenter la renégociation pour le débiteur</i>	32
b) L'intérêt de l'interprétation souple de l'articulation des deux mécanismes	34
i. <i>Une nouveauté relative</i>	34
ii. <i>L'intérêt du caractère incitatif</i>	35
2. La renégociation encadrée par une procédure préventive amiable.....	37
a) La possibilité d'un recours à une procédure préventive amiable	37
i. <i>La possibilité d'un recours à la procédure de conciliation</i>	38
ii. <i>La possibilité d'un recours au mandat ad hoc</i>	39
b) Les avantages du recours à une procédure préventive amiable.....	39
i. <i>Un cadre privilégié pour mener des négociations</i>	39
ii. <i>Un avantage d'ordre psychologique</i>	41

SECONDE PARTIE – IMPREVISION ET DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : UN NOUVEL OUTIL POUR LA PROCEDURE ?.....	43
A. Régime de l'imprévision et règles relatives aux contrats en cours.....	44
1. La possibilité théorique d'une combinaison des deux régimes	44
a) L'apparente opposition frontale entre imprévision et régime des contrats en cours.....	45
i. Révision du contrat et règles de continuation des contrats en cours.....	45
ii. Résiliation du contrat et règles de continuation ou de résiliation des contrats en cours..	46
b) Les règles de continuation des contrats en cours comme principe de neutralité	48
i. Enonciation du principe de neutralité.....	48
ii. Conséquences quant à l'applicabilité de l'article 1195 du Code civil	49
2. Les différents cas pratiques d'application de l'article 1195 du Code civil pendant la période d'observation	51
a) L'invocation de l'article 1195 du Code civil par le débiteur	51
i. Les conditions de l'article 1195 du Code civil	51
ii. L'invocation aux fins de résilier le contrat	52
iii. L'invocation aux fins de réviser le contrat	54
b) L'invocation de l'article 1195 du Code civil par le cocontractant	55
i. Les conditions de l'article 1195 du Code civil	55
ii. L'invocation aux fins de résilier le contrat	55
iii. L'invocation aux fins de réviser le contrat	56
B. L'articulation délicate des deux procédures	58
1. Les points d'attention d'ordre procédural	58
a) L'étendue de l'administration contrôlée du débiteur	59
i. Mission de surveillance.....	60
ii. Mission d'assistance.....	61
b) Le juge compétent.....	62
i. Conflit de compétence entre juge du contrat et juge du contrat continué	62
ii. La compétence du tribunal de la procédure	64
2. Les difficultés liées à la simultanéité des procédures	66
a) L'impact sur la procédure de sauvegarde de la décision rendue quant à la révision	67
i. Décision favorable quant à la révision.....	67
ii. Décision défavorable quant à la révision.....	68
b) L'impact sur la procédure de sauvegarde de la décision à rendre quant à la révision	69
i. La prise en compte d'un aléa dans le plan de sauvegarde	69
ii. L'autorité de la chose jugée du jugement qui arrête le plan de sauvegarde	71
CONCLUSION.....	73

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux et encyclopédies

- BLANC (Gérard), « Entreprise en difficulté (Plan de sauvegarde et de redressement) », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, juill. 2015, actualisation oct. 2016
- CADIET (Loïc), « Connexité », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, déc. 2016
- CADIET (Loïc), « Litispendance », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, déc. 2016
- CAGNOLI (Pierre), « Entreprise en difficulté (Procédure et organes) », *Répertoire de droit commercial*, mars 2010, actualisation janv. 2017, spé. n°11 et suivants
- LIENARD (Alain), *Delmas Procédures collectives*, Dalloz, 2017
 - « Conditions de fond de l'ouverture de la procédure », spé. n°52.61 et suivants
 - « Effets du jugement », spé. n°62.13 et suivants
 - « Ouverture de la procédure de conciliation », spé. n°21.33 et suivants

Ouvrages spécialisés

- CHANTEPIE (Gaël) et LATINA (Mathias), *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Hors collection Dalloz, juin 2016
- LATINA (Mathias) et LE CORRE (Pierre-Michel), *L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce*, IFPPC, 2016
- STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos A. Sériaux, préface R. Bout, Collection du Laboratoire de théorie juridique, PUAM 1994.

Thèses

- CHVIKA (Eran), *Droit privé et procédures collectives*, dir. T. Bonneau, Defrénois, 2003
- THIBIERGE (Louis), *Le contrat face à l'imprévu*, préface L. Aynès, Economica, 2011

Articles

- ANSAULT (Jean-Jacques), « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, mars 2017, n°2, p. 148
- BERLIOZ-HOUIN (Brigitte) et BERLIOZ (Georges), « Le droit des contrats face à l'évolution économiques », *Mélanges Roger Houin*, Dalloz Sirey, 1985, p. 5
- BOULOC (Bernard), *RTD. Com.* 1993, p.148 (note sous Com. 14 avril 1992, n°90-15.901)
- CARTIER-MARRAUD (Marie-Laure) et AKYUREK (Ozan), « Crise économique et révision des contrats », *Gazette du Palais*, 16 juin 2009, n°167, p. 2
- CERATI-GAUTHIER (Adeline), « Administrateur judiciaire : surveillance ou assistance », *Bulletin Joly Sociétés*, avril 2012, n°4, p. 342

- DAMMANN (Reinhard) et PODEUR (Gilles), « Affaire Cœur Défense : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *Dalloz actualité*, 1^e mars 2010
- DAMMANN (Reinhard), « Le plan « imposé » : les leçons du dossier Cœur Défense », *D.* 2013, p. 2895
- DAVID (René), « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211
- DELEBECQUE (Philippe), « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, mai 2016, n°3, p.209
- DELMAS-SAINT-HILAIRE (Jean-Pierre), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. Durant, LGDJ, 1960
- DELPECH (Xavier), « Continuation des contrats en cours : pas d'aggravation des conditions contractuelles pour le débiteur », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2014, p. 34
- DOMENGET-MORIN (Céline) et POUSSET (Bruno), « De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficultés », *Semaine juridique Edition générale*, n°16, 18 avril 2016, p. 481
- FAGES (Bertrand), « Cœur Défense contre Canal de Craponne ? », *RTD Civ.*, 2011, p. 351
- GHESTIN (Jacques), « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p.239
- GRELON (Bernard), « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt Cœur Défense », *Revue des sociétés*, 2011, p. 404
- GUYON (Yves) « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 405
- HENRY (Laurence Caroline), « Ouverture de la procédure collective : de la rectitude des textes à leur instrumentalisation », *Revue des sociétés*, 2012, p. 527
- HONORAT (Adrienne), *D.* 1992, p.377 (note sous Cass. Com. 14 avril 1992, n°90-15.901)
- JEANTIN (Michel), « Rapport de synthèse », in « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *Revue de jurisprudence commerciale*, numéro spécial 1992, p. 170
- LE CORRE (Pierre-Michel), « Eclairage - L'objectivation des conditions d'ouverture de la sauvegarde », *Bulletin Joly Entreprises en difficultés*, mai 2012, n°3, p. 142
- LE CORRE (Pierre-Michel), « Les principales modifications de la procédure de sauvegarde dans le projet de réforme », *Gazette du Palais*, 8 nov. 2008, n°313, p. 11
- LE CORRE (Pierre-Michel), « L'imprévision versus ordonnance du 10 février 2016 et droit des entreprises en difficultés », *Lettre juridique* n°666, Lexbase, 1^e sept. 2016, n° Lexbase N4051bwx
- LE CORRE (Pierre-Michel), « Droit commun de la résiliation des contrats en cours : questions-réponses », *Gazette du Palais*, 1^e juil. 2014, n°182, p. 41

- LE CORRE (Pierre-Michel), « La loi J21 et le droit des entreprises en difficulté », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, nov. 2016, n° 06, p.377
- LE CORRE (Pierre-Michel), « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.* 2011, p. 919
- LIENHARD (Alain), *D.* 2013, Actu. 1616 (note sous Cass. com. 18 juin 2013, n°12-14.836 et 12-19.054)
- LIENHARD (Alain), « Contrat en cours : aggravation des obligations en cas de redressement judiciaire », *D.* 2014, p. 206
- LIENHARD (Alain), « Mandat *ad hoc* (confidentialité) : mise en balance avec la liberté d'expression », *D.* 2016, p. 5
- LIENHARD (Alain), « Premières décisions de la Cour de cassation sur la procédure de sauvegarde », *D.* 2007, p. 1864
- LUCAS (François-Xavier), « L'éligibilité des holdings à la sauvegarde », éditorial, *Bulletin Joly Sociétés*, avril 2011, n°4, p. 281
- MAZEAUD (Denis). « La révision du contrat », *Les Petites Affiches*, 30 juin 2005, p.4
- MENJUCQ (Michel), "Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde", *Revue des procédures collectives*, mai 2010, n°3, étude 11
- MENJUCQ (Michel), "L'épilogue de l'affaire Cœur Défense sur les conditions de l'ouverture de la sauvegarde", *Revue des procédures collectives*, mars 2012, n°2, étude n°7
- MENJUCQ (Michel), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, mai 2016, n°3, p. 201
- MOLFESSIS (Nicolas) « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *La Semaine juridique édition générale*, déc. 2015, n°52, p.1415
- MONSERIE-BON (Marie-Hélène) « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », *Mélanges Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 429
- MONTERAN (Thierry), « Pour améliorer le droit des entreprises en difficultés, osons la réforme », *Gazette du Palais*, 24 janvier 2008, n° 24, p. 3
- MONTREDON (Jean-François), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaire*, avril 1988, n°14, 15156
- MOURY (Jacques) et FRANCOIS (BENEDICTE), « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux », *D.*2016, p. 2225
- PERES (Cécile), "Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats", *La Semaine Juridique Edition Générale*, 18 Avril 2016, n°16, 454
- PETEL (Philippe), *Semaine juridique Edition générale n°7*, 2013, Chron. 1434 (Note sous Cass. Com. 15 déc. 2015, n°14.11-500)

- PETEL (Philippe), « Le critère d'ouverture de la sauvegarde », *Bulletin Joly Entreprises en difficultés*, sept. 2012, n°5, p. 308
-
- ROUSSEL GALLE (Philippe) et BONNEAU (Marie-France), « Adaptation du traitement des difficultés des entreprises par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Revue des procédures collectives* nov. 2016, n°6, étude 21
- ROUSSEL GALLE (Philippe), « Compétence exclusive du juge-commissaire pour connaître de la résiliation de plein droit d'un contrat en cours », *Revue des procédures collectives*, nov. 2014, n°6, comm. 158
- ROUSSEL GALLE (Philippe), « L'avant-projet d'ordonnance "portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté" », *Semaine juridique Entreprise et Affaires*, mai 2008, n°21, act. 250
- ROUSSEL GALLE (Philippe), « Mandat *ad hoc*, conciliation et liberté de la presse », *Revue des sociétés*, 2016, p. 193
- SAINTOURENS (Bernard), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficultés*, mai 2016, n°3, p. 203
- SAUTONIE-LAGUIONIE (Laura), « Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives* Juillet 2015, n°4, chron. 1
- SAVAUX (Eric), « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français », *Revue des contrats*, juillet 2020, n°3, p. 1057
- STOFFEL-MUNCK (Philippe), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats*, hors-série "La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? ", 2016, p. 30

Autres

- Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016