

Les tables rondes d'Option Droit & Affaires

Imprévision, force majeure : le contentieux commercial à l'heure de



Besma Boumaza,
directrice juridique, Accor



François de Maublanc, vice-président
du tribunal de commerce de Paris



Cédric de Pouzilhac, associé,
Aramis

En 2020, une baisse de 23 % des jugements prononcés en matière contentieuse a été enregistrée par le tribunal de commerce de Paris ; mais en réalité, la crise de la Covid-19 est venue sensiblement tendre les relations commerciales. La réforme du droit des contrats, via l'ordonnance du 10 février 2016, conjuguée à la situation sanitaire, a ainsi conduit à l'émergence de concepts, relativement récents, en soutien des demandes contentieuses, telle que la force majeure et l'imprévision. Mais avant d'arriver devant les juges, le recours à des modes alternatifs des différends, comme la médiation ou la conciliation, est de plus en plus envisagé. Dans ce contexte économique particulier, six experts dressent un état des lieux et livrent leurs expériences en matière de contentieux contractuel.

Vers une recrudescence du contentieux commercial avec la crise sanitaire ?

François de Maublanc, vice-président du tribunal de commerce de Paris : Non, pas vraiment. Le volume d'affaires n'a pas augmenté de façon considérable. Tout le monde est attentiste pour l'instant. D'ailleurs, la crise sanitaire n'est pas terminée. En revanche, nous constatons une hausse des contentieux d'assurance, notamment dans les secteurs de l'hôtellerie ou de la restauration. Certains acteurs estiment en effet être couverts par leurs contrats d'assurance dans le cadre de cette pandémie, alors que les assureurs pensent

le contraire. Cela a donné lieu à un volume de contentieux extrêmement important. Hormis ces dossiers, il n'y a pas encore d'augmentation de contentieux significative. Je pense que les parties ont d'abord essayé de se parler, ce qui est probablement la meilleure solution. Nous [ndlr : le tribunal de commerce] ne sommes la solution que quand les négociations ont échoué. Je pense que beaucoup de discussions ont abouti, à l'instar de ce chef d'entreprise dont j'ai lu récemment l'interview dans la presse, qui se félicitait de « l'augmentation de son résultat parce qu'il avait réussi faire baisser ses loyers ». La formulation peut paraître maladroite, mais elle illustre le fait que les parties prenantes

e de la Covid-19



**Olivier Laude, associé,
Laude Esquier Champey**



**Pascal Laurence, directeur général,
KwikWink**



**Kyum Lee, associé, BDGS,
ancien secrétaire de la conférence**

se sont montrées responsables et ont bien compris que la politique du pire n'était pas la plus intelligente dans la situation actuelle.

Personne n'a intérêt à ce qu'il y ait une augmentation forte de contentieux, même si nous pensons que la tendance va probablement s'inverser. Les acteurs économiques ont montré un sens des responsabilités plus important que ce que nous aurions pu craindre il y a un an.

Olivier Laude, associé, Laude Esquier Champey : Il est intéressant de remettre les choses en perspective en regardant les chiffres publiés par le ministère de la Justice sur l'activité contentieuse : entre 2015 et 2019, l'activité contentieuse a diminué de - 9,4 % devant les tribunaux judiciaires, de - 8,4 % devant les cours d'appel et même de - 18,6 % pour les tribunaux de commerce. Cela correspond à une baisse de - 4 % par an. Il s'agit donc d'une tendance lourde. 2020, à mon avis, va se situer dans le prolongement de cette tendance baissière, ne serait-ce que pour une raison mécanique : les tribunaux ont été fermés pendant deux mois durant le premier confinement. Se pose alors la question : que traduit cette tendance ? Réflète-t-elle une moindre conflictualité ? Les entreprises recourraient-elles davantage à la négociation et à

la médiation ? Peut-être, mais cela n'est pas mon analyse pour une raison très simple : il existe un autre chiffre parlant, celui de la durée de traitement des affaires. Cette durée augmente, de 7,1 à 9,4 mois en moyenne devant les tribunaux judiciaires et légèrement moins, de 8,2 à 9 mois, devant les tribunaux de commerce, sur la même période. Il est possible qu'en raison de cet effet de « goulet d'étranglement » il y ait une autocensure des agents économiques qui considèrent que le système ne s'est pas suffisamment réformé et qu'il ne répond plus complètement à leurs demandes. Pardon de débiter par un propos qui n'est pas forcément consensuel. Il y a une deuxième analyse, plus économique, qui consiste à se demander si la moindre conflictualité apparente n'est pas l'un des signaux faibles de la stagnation économique. Par définition, une entreprise qui se porte bien va développer des contrats, elle va donc en rompre certains ou avoir des relations plus agressives avec d'autres acteurs économiques. Et j'ai l'impression que nous sommes dans une forme de stagnation économique qui peut expliquer cette diminution de conflictualité. La crise sanitaire ne semble pas – en tout cas pour l'heure – avoir donné lieu à une explosion des contentieux. Nous allons avoir une augmentation à partir du second semestre 2021, essentiellement en matière d'assurance. De même,



©Studio Falour

Cédric de Pouzilhac, associé, Aramis

« Toutes les entreprises, dans tous les domaines, dans tous les secteurs d'activité, se sont vraiment approprié le contentieux comme un outil. »

des contentieux en matière de rupture de contrats vont se multiplier. Enfin, reste un sujet majeur qui concerne l'univers de la distribution et notamment la répartition des profits dans la chaîne de valeur entre fabricants, grossistes, distributeurs et détaillants. Si vous y ajoutez le ministre de l'Economie, qui a le pouvoir d'engager des actions autonomes ou de prendre des sanctions administratives, cette chaîne de valeur pourrait connaître de fortes tensions.

Kyum Lee, associé, BDGS, ancien secrétaire de la conférence : Pour compléter les propos d'Olivier Laude au sujet des statistiques, j'ai consulté celles du tribunal de commerce de Paris pour 2020. Son baromètre rend compte d'une baisse significative de - 23 % des jugements prononcés, de - 17 % pour les ordonnances de référé et de - 18 % pour les ordon-

nances sur requête. Ces chiffres ne sont pas nécessairement représentatifs du contentieux en France, mais ils sont assez notables pour répondre à la question sur l'augmentation du contentieux. Une partie de l'explication est la fermeture des tribunaux pendant deux mois à partir du 17 mars, qui était une phase de sidération pour les acteurs de l'économie.

S'agissant de la nature des contentieux à venir, j'aimerais également souligner que la défaillance de certaines entreprises pourrait donner lieu à des contentieux relatifs aux contrats interdépendants. Quand les acteurs sont liés, la défaillance de l'un d'entre eux pourrait entraîner des problèmes d'exécution sur les contrats interdépendants.

Cédric de Pouzilhac, associé, Aramis : Notre expérience est que le contentieux n'est pas vraiment sensible aux cycles économiques et aux crises. Sans donner de jugement, il y a toujours des raisons d'aller au contentieux, qu'elles soient bonnes ou mauvaises. Evidemment, la fermeture des juridictions pendant deux mois est un fait objectif qui s'est imposé aux acteurs économiques. Mais est-ce que cela n'aurait pas juste décalé dans le temps des actions judiciaires ? C'est difficile à dire aujourd'hui. La fermeture des juridictions aurait pu aussi être une occasion de donner aux parties et leurs conseils plus de responsabilité dans la conduite de la procédure, par exemple en se saisissant de la procédure participative de mise en état étendue récemment, par un décret du 11 décembre 2019. Cela ne semble pas avoir été le cas, probablement du fait de sa nouveauté, mais peut-être aussi du fait de certaines contraintes en début et en fin de processus. Enfin, il est certain que la crise a poussé les acteurs à s'interroger sur les notions d'imprévision et de force majeure.

François de Maublanc : Etant moi-même chef d'entreprise [ndlr : Aquarelle], j'aimerais ajouter un mot au sujet de la sidération. Pendant les premiers mois de la crise sanitaire, nous n'avons pas réagi comme d'habitude par rapport aux difficultés des autres entreprises. Nous avons été par certains côtés plus compréhensifs, moins agressifs. Cela ne durera malheureusement pas indéfiniment. Il sera intéressant un jour de se pencher sur la façon dont les acteurs économiques ont interagi en cette période, avec un sens de l'intérêt général qui allait au-delà de leurs propres intérêts et qui a probablement pesé sur l'évolution des contentieux.

Besma Boumaza, directrice juridique, Accor : J'adhère tout à fait à cette notion de sidération. Si l'on se replace il y a exactement un an, quand tout s'est arrêté - nous sommes dans l'hôtellerie et donc tout s'est littéralement figé - la priorité était de couper un maximum de coûts, d'arrêter la machine. En effet, il y a eu une première phase de sidération, qui a aidé parce que personne ne pensait au contentieux durant ces mois-là. Tout le monde faisait un effort, tant nos fournisseurs que nos partenaires, car la situation

était à tel point extraordinaire qu'il y a eu une solidarité. Nous travaillons beaucoup avec des prestataires de services et des fournisseurs. Nous avons eu beaucoup de discussions notamment pour repousser les échéances de paiement. L'idée n'a pas été d'aller au contentieux, ni de notre côté, ni du leur, parce que nous avons tous essayé de faire face à la situation. Nous étions aussi, rappelez-vous, dans une incertitude même sur le droit, voire sur les clauses de force majeure. A l'époque, certains de mes conseils disaient que la force majeure n'allait pas s'appliquer. Sur le moment, nous nous référons à la jurisprudence liée au SRAS [syndrome respiratoire aigu sévère]. Dans ce contexte de grande incertitude, nous ne nous plaçons pas uniquement sur le terrain juridique. En renégociant, quand c'était possible, nous nous écartions des termes du contrat ou de la jurisprudence en essayant de trouver la solution la plus pragmatique. Il y a eu également des guidelines des ministères et une véritable pression pour ne pas arrêter les prestations vis-à-vis des petits fournisseurs et prestataires de services et éviter que « la machine ne s'enraye complètement ». Les entreprises ont donc adopté une approche très pragmatique. C'est le cas du groupe Accor, qui est particulièrement touché. La négociation à proprement parler est arrivée à l'été 2020. C'est l'autre raison qui explique qu'il n'y ait pas eu d'augmentation de contentieux. Nous sommes encore dans la phase de renégociations. Cela prend du temps parce que nous sommes toujours dans l'incertitude.

Pascal Laurence, directeur général, KwikWink : Je rejoins tout le monde sur le terme de la sidération. Mais ce que j'ai également constaté dans les directions juridiques, c'est de la tempérance et de la bienveillance. Il y a eu beaucoup de pression du côté des opérationnels, prompts à appliquer les clauses de force majeure vis-à-vis de clients ou de fournisseurs, parfois dans un esprit « va-t-en-guerre ». Je m'occupais en cette période de la fabrication de grands ensembles d'automatisation et de structuration de logistique, mais aussi de la maintenance. Le rôle des directions juridiques était de dire « attention, nous ne sommes sûrs de rien, regardons d'abord ce que peut donner une application de la clause de force majeure ». Parce que le temps de la direction juridique c'est le temps de l'action, mais c'est aussi celui de la réflexion. C'est la grande force du monde du droit, que ce soit au sein d'une direction juridique ou accompagné avec des conseils, de savoir prendre du recul, d'être dans le dialogue et dans la construction. Vous parliez tout à l'heure de contentieux d'assurance que l'on voit se multiplier aujourd'hui. Rien d'étonnant à cela, puisque l'assurance est déjà dans la confrontation. L'an passé, j'avais reçu des lettres de clients nous informant qu'ils allaient arrêter toute activité, alors que d'autres, au contraire, avaient des besoins accrus et nous demandaient de déployer davantage d'efforts. Il a donc fallu jouer entre les deux, décider où réallouer les forces vives de l'entreprise. Ne pas

surcharger un contrat, mais générer quand même du cash. Nous avons été aussi des protecteurs au sein des directions juridiques pour faire rentrer de l'argent au moment le plus compliqué.

François de Maublanc : Le flou juridique aide à la tempérance. Pour atténuer ce que j'ai dit précédemment, une des raisons pour lesquelles il y a de nombreux contentieux d'assurance, c'est qu'un certain nombre de personnes se sentant sûres de leurs droits, à tort ou à raison, vont plaider. Dans beaucoup d'autres domaines, personne n'était très sûr de ses droits et dans ce cas-là, c'est le dialogue qui est plus malin. Petit à petit, quand les choses vont se cristalliser et que les gens seront de plus en plus sûrs de leurs droits, ils iront très probablement les exercer comme avant.

Pascal Laurence : Mais s'agit-il d'être sûr de ses droits ? N'y avait-il pas aussi une logique de dire « j'ai signé un contrat et aujourd'hui, au moment où j'ai besoin de l'actionner, il y a une injustice à ce qu'il ne fonctionne pas » ?

François de Maublanc : Oui, mais il faut être sûr de son contrat, justement.

Pascal Laurence : Ou sûr de son conseil !

Olivier Laude : Puisque nous parlons de conseils, je peux vous dire qu'en tant qu'avocats, nous sommes très fréquemment consultés sur l'interprétation de contrats d'assurance. Sur une dizaine de contrats pour lesquels nous consultons, un seul donne lieu à un contentieux. Donc, en réalité, le contentieux qui apparaît déjà assez fourni pour les contrats d'assurance n'est que la partie émergée de l'iceberg. Deuxième élément intéressant sur les contrats d'assurance, nous avons parfois le sentiment que, pour les assureurs, l'assurance n'est valable que si l'on ne s'en sert pas. Nous sommes aujourd'hui dans une situation totalement inédite où nous allons pouvoir tester le modèle assurantiel. L'on a, d'une part, des assurés qui considèrent, souvent à raison, que leurs contrats d'assurance doivent exercer leur plein effet. Et, d'autre part, des assureurs qui sont dépassés par l'ampleur des conséquences de ce qu'ils ont stipulé. Au tribunal de commerce, notamment à Paris, vous allez avoir tout un contentieux, en particulier sur les clauses d'exclusion puisque le débat se concentre sur cet aspect. Vous l'avez déjà en référé, mais vous allez l'avoir au fond.

François de Maublanc : C'est déjà le cas. Nous avons beaucoup de référés et nous essayons pour ces dossiers d'aller beaucoup plus rapidement que les durées moyennes. Dans la mesure du possible, nous y arrivons car nous avons l'ambition de progresser dans la durée moyenne de nos contentieux dans l'avenir. Nous avons donc déjà des décisions.

Olivier Laude : Pour terminer mon propos, à l'instar du modèle assurantiel, le modèle des garanties sera mis à l'épreuve. Le contentieux sur les garanties, les cautions ou les garanties de passif est en train de démarrer lentement. Il va forcément se développer au moment où les procédures collectives elles-mêmes vont arriver devant les tribunaux, à partir de l'automne 2021. Et n'oublions pas les conflits qui pourraient surgir du défaut de remboursement des dettes contractées à l'occasion de la crise sanitaire, avec des risques très sérieux de reconstitution du capital de certaines entreprises (du fait de la conversion en capital de prêts ou d'obligations) et les tensions qui en découleront.

François de Maublanc : Pour l'heure, nous traitons surtout des problématiques contractuelles. En clair, des gens viennent pour demander l'application des contrats. Cette crise apprendra à encore mieux rédiger les contrats en faisant attention à ce que dit le Code civil sur l'interprétation de leurs clauses, parce que la législation a changé depuis 2016. Nous n'avons pas encore de lourd contentieux sur les autres notions dont l'application dans la crise actuelle n'est pas évidente.

Pascal Laurence : Pour les premières rédactions de contrat post-2016, date de la création de la théorie de l'imprévision en droit français, je me suis beaucoup interrogé : devais-je insérer une clause d'imprévision ou avais-je plutôt intérêt à laisser cela dans le cadre légal et à attendre les premières décisions de jurisprudence pour commencer à dégrossir la notion ? Je pense que c'est aujourd'hui pour cette raison que les contrats contiennent peu de clauses de ce genre. Par conséquent, je ne suis pas sûr qu'on ait le terreau nécessaire pour la mise en œuvre de l'imprévision.

François de Maublanc : Je suis d'accord avec vous. L'imprévision est même écartée dans certains contrats spécifiquement. Je ne suis pas sûr que le plus grand nombre de contentieux portera sur l'imprévision, mais plutôt sur l'applicabilité ou non de la force majeure. Ce qui reste un débat.

Olivier Laude : L'imprévision a certes été réintroduite dans le Code civil en 2016, mais d'autres concepts plus anciens pourront être mis en œuvre dans le contentieux contractuel à venir. Je pense notamment aux clauses de changement défavorable significatif dites clauses « MAC » (material adverse change) qui sont parfois insérées dans les contrats d'acquisition ou dans les contrats de financement. Ces stipulations se déclenchent sur des critères plus précis que ceux de la force majeure : perte d'un contrat significatif, départ d'un homme clé, perte d'un permis de construire dans le domaine de l'immobilier. En présence d'une clause MAC, le recours aux notions d'imprévision ou de force majeure sera probablement inutile.

Pascal Laurence : Je suis d'accord avec vous sauf qu'il y a là encore un biais. La pandémie n'avait pas d'action sur les contrats d'acquisition, et notamment dans les fusions-acquisitions. En matière d'obligation d'acheter une action ou de transfert de titres, pandémie ou non, vous ne pouvez pas vous cacher derrière ce type de clauses ; leur efficacité est donc quand même plus problématique.

Kyum Lee : Etant précisé que l'article 1195 du Code civil, relatif à l'imprévision, est expressément écarté depuis la loi de ratification pour les cessions d'actions.

Pascal Laurence : Dans les contentieux à l'international, l'imprévision est utilisée depuis longtemps avec des situations beaucoup plus conflictuelles. Le droit français peut être alors un droit de secours pour certains fournisseurs à l'international et on peut avoir un contentieux qui va naître de cela.

Olivier Laude : Certains opérateurs internationaux auront en effet intérêt à réclamer l'application du droit français lorsque la question du droit applicable à leur contrat se posera. Je pense qu'on va avoir, vous avez raison, davantage de débats sur les questions de compétence juridictionnelle et de loi applicable.

Pascal Laurence : En cas de rupture brutale des relations commerciales touchant un fournisseur de rang X par rapport à un distributeur situé en France, il peut y avoir un intérêt pour un opérateur économique qui estime être impacté par la pandémie, en raison de coupures d'approvisionnement dans la chaîne, à aller chercher la responsabilité du distributeur français.

Olivier Laude : Ce qui pose la question de savoir si les dispositions relatives à la rupture brutale sont des lois de police, c'est-à-dire des lois qui s'appliquent sur le territoire français et auxquelles il ne serait pas permis de déroger par le biais des contrats. A l'heure actuelle, cette question est très débattue en jurisprudence – pour l'instant, la position de la Cour de cassation et celle de la Cour d'appel de Paris ne sont pas alignées.

François de Maublanc : La question n'est pas tranchée en ce qui concerne la rupture brutale, mais elle l'est pour un certain nombre d'autres dispositions comme le déséquilibre significatif. Sur la rupture brutale, le tribunal de commerce de Paris n'a pas tendance à considérer qu'il s'agit d'une loi de police. Evidemment c'est une loi de police en droit interne, mais la question reste ouverte d'un point de vue européen. En tout cas, les décisions du tribunal de commerce ne sont pas allées dans ce sens jusqu'à présent. Et la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point. Nous sommes en première ligne sur un certain nombre de concepts qui



Kyum Lee, associé, BDGS, ancien secrétaire de la conférence

« La force majeure est un concept juridique qui obéit à un régime assez restreint et qui ne permet pas d'appréhender toutes les situations issues de la crise. »

vont arriver dans les mois qui viennent dans les contentieux, et nous espérons bien sûr que très vite les cours d'appel puis la Cour de cassation pourront donner une appréciation sur la qualité, qui je l'espère sera bonne, des jugements des tribunaux de commerce, en première instance, et ainsi stabiliser le paysage jurisprudentiel.

Olivier Laude : D'autres outils pourraient également être utilisés dans les prochains mois. Je pense par exemple à l'exception de risque d'inexécution (article 1220 du Code civil), créée par l'ordonnance de 2016. L'on peut désormais suspendre l'exécution d'un contrat lorsqu'il

est probable que le cocontractant ne s'exécutera pas. Je pense aussi, tout simplement, au principe de bonne foi dans les conventions. C'est une notion générique que les tribunaux ont l'habitude d'appliquer dans des situations de déséquilibre ou de déloyauté.

François de Maublanc : Pour un petit peu tempérer sur l'inexécution, ce n'est pas le mot « probable » c'est le mot « manifeste » donc ce n'est pas tout à fait pareil. Le juge sera donc attentif à voir que la probabilité est, disons, extrêmement forte.

Kyum Lee : Effectivement, il est probable que la bonne foi devienne une notion extrêmement prégnante en jurisprudence. Celle-ci a été renforcée dans son caractère impératif et d'ordre public par la réforme du droit des contrats. Concernant la force majeure, l'abondance de littérature sur le concept a été assez frappante. Pourtant, je constate une disproportion entre l'abondance de la littérature sur le sujet et son utilité réelle dans les contentieux depuis un an. Il s'agit en effet d'un concept juridique qui obéit à un régime assez restreint et qui ne permet pas d'appréhender toutes les situations issues de la crise. La force majeure permet de décharger le débiteur dans l'exécution de son obligation, mais pas d'appréhender le changement qui rend l'exécution du contrat plus onéreuse ou lui ferait perdre de son intérêt. Dans les jurisprudences récentes, la force majeure a été souvent invoquée et écartée car les conditions n'étaient pas remplies. Il faut notamment rappeler qu'elle ne s'applique pas aux obligations de paiement de sommes d'argent, et ne bénéficie pas au créancier qui perdrait de l'intérêt dans l'exécution du contrat.

Dans les jurisprudences récentes de première instance rendues entre autres à Paris, Aix ou Grenoble, les entrepreneurs qui évoquaient la force majeure pour ne pas payer leur loyer se voyaient déboutés sur ce terrain. En revanche, on a pu noter une sensibilité des tribunaux, notamment à Paris, sur la notion de bonne foi. Dans une décision du 10 juillet 2020, le tribunal judiciaire de Paris rappelait sur le fondement de la bonne foi que les parties sont tenues, « en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si celles-ci ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives ». Le juge pourrait ainsi contrôler que le créancier, en l'occurrence le bailleur, exécute le contrat de bonne foi en faisant des propositions de renégociations ou de discussions amiables à propos de l'exécution du contrat. Par ailleurs, dans certaines décisions de référé, il a été considéré que si le bailleur ne justifiait pas avoir fait des propositions de bonne foi, sa demande de paiement pouvait se voir opposer une contestation sérieuse. Cette position n'est pas représentative de l'ensemble de la jurisprudence actuelle néanmoins. La notion de bonne foi a vocation à jouer là où d'autres concepts juridiques seraient insuffisants.



©Josephine Lointaine

**Pascal Laurence, directeur général,
KwikWink**

« La situation que nous vivons est une formidable opportunité pour les directions juridiques de se positionner comme de vrais business partners dans la gestion de l'entreprise. »

François de Maublanc : Il y a un article souvent oublié, l'article 1135 du Code civil (ancien) : les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Cet article mérite d'être examiné et il est toujours en vigueur. Cette notion n'a pas été supprimée en 2016. Elle ouvre des perspectives sur ce que peut devenir l'application des conventions en liaison avec la bonne foi. Le problème de cette notion est que tout le monde l'agite de chaque côté de la barre. Il est donc plus simple pour le juge de regarder, en priorité, ce que le texte

prévoit dans les contrats. C'est pourquoi j'insiste sur le fait que l'interprétation des contrats a subi quelques changements en 2016. Les rédacteurs de contrats devraient faire très attention à ce qu'ils écrivent notamment car, dans le doute, quand il s'agit d'un contrat d'adhésion, le juge interprète non plus en faveur de celui qui s'oblige mais en faveur de celui qui a adhéré. De même, désormais, le Code demande au juge de se placer dans le cadre de ce que comprendrait quelqu'un de raisonnable. Les rédacteurs devront donc faire attention à ne pas avoir des formules trop absconses car le juge appliquera ce que lui dit le Code civil et cela donnera peut-être des surprises.

Cédric de Pouzilhac : Concernant la bonne foi, nous avons eu une expérience post-réforme du droit des obligations qui a introduit l'article 1195 sur l'imprévision. Il y avait une question sur l'application par les juridictions de la réforme dans le temps. Evidemment la loi est claire, il y a des dispositions transitoires : l'imprévision s'appliquerait uniquement au contrat conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, et en se fondant sur quelques décisions de la Cour de cassation rendues sur le fondement de la bonne foi qui entrouvraient la porte d'une possibilité de renégociation du contrat en cas de changement des circonstances, il aurait pu y avoir une volonté des juges d'appliquer à ces contrats plus anciens la notion d'imprévision. Pourtant, la jurisprudence récente montre que les juridictions ont été assez strictes dans le respect des dispositions transitoires. Celles-ci ont interprété l'ancienne jurisprudence des années 1990-2000 de façon tout aussi restrictive qu'avant la réforme et ne se sont pas laissés entraîner vers une anticipation de l'application de la notion d'imprévision à ces contrats. Parfois, certes, les juges avaient une volonté de pousser les parties à rediscuter elles-mêmes certains éléments de leur contrat sur le terrain de la bonne foi en raison d'un élément intrinsèque de celui-ci. Mais c'est uniquement parce qu'il y avait une obligation ou un régime juridique spécifique au contrat, par exemple : le mandat qui doit permettre au mandataire de remplir sa mission, ou des clauses prévoyant que l'un des cocontractants doit permettre à son cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels. Il y a donc toujours un fondement contractuel sur lequel se greffe ensuite la volonté du juge de s'assurer que le contrat est exécuté de bonne foi. Cela pouvait aller jusqu'à la résiliation s'il n'y avait pas eu de participation de bonne foi à une négociation. Sinon il y a évidemment les contrats de dépendance qui sont un autre exemple. En tout cas, les juridictions étaient quand même assez strictes sur l'introduction de l'imprévision.

Olivier Laude : Sur l'imprévision, la question est celle de l'efficacité de ce nouvel outil. Premièrement parce que les conditions fixées par la loi sont assez strictes. Il faut

que l'exécution du contrat ait été rendue excessivement onéreuse, que la partie n'ait pas accepté d'en assumer le risque, etc. Ensuite parce que le mécanisme prévu par la loi comprend trois étapes : une première étape de renégociation, puis si la renégociation ne fonctionne pas, une deuxième étape consistant à saisir le juge conjointement (alors même que le nombre de requêtes conjointes est très faible en France) et, si cette deuxième étape n'a pas fonctionné, la troisième étape est la saisine du juge par l'une des parties en vue de demander la résolution ou la révision du contrat. Le juge va devoir, y compris sur des conventions complexes, s'attacher à proposer, mais également à décider d'une révision du contrat alors même que les parties doivent continuer à exécuter le contrat tant que ces trois étapes n'ont pas été accomplies. Il y a donc beaucoup d'obstacles pour que l'outil fonctionne. De plus, ce dernier n'est pas valable pour tous les contrats. Il est exclu pour les contrats financiers, et la jurisprudence est en train de l'écarter pour les marchés à forfait ainsi que pour les baux commerciaux. Il faudra donc certainement avoir recours à des outils plus classiques et bien connus des praticiens : les délais de paiement (article 1343-5 du Code civil) lorsqu'il s'agit d'obligations financières, ou les procédures de prévention (mandat ad hoc et conciliation) ou même la procédure de sauvegarde. En effet, il est établi depuis la jurisprudence *Coeur Défense* de 2011 qu'une procédure de sauvegarde peut être ouverte en cas de difficultés financières prévisibles. Nous disposons donc d'un certain nombre d'outils, mais il n'est pas certain que l'imprévision soit le plus important d'entre eux.

Kyum Lee : Le paradoxe de l'article 1195 qui institue l'imprévision est l'imprévisibilité de son régime. Autant on comprend l'alinéa premier, autant l'alinéa deux, qui décrit ce qui est censé se passer en cas de changement de circonstances imprévisibles, pose de nombreuses questions. Notamment, s'agissant du pouvoir de révision du juge et de la décision qu'il rendrait, aura-t-elle l'autorité de la chose jugée ? Avec la crise se posera peut-être la question du caractère supplétif de l'article 1195. Lors de son adoption, il y avait une quasi-unanimité de la doctrine sur son caractère supplétif dès lors que l'article visait expressément la partie qui n'avait pas accepté d'assumer le risque de l'imprévision. Mais aujourd'hui, au regard de l'intensité exceptionnelle de la crise, certains auteurs plaident pour une impérativité raisonnée de cet article et se demandent si celui-ci n'est pas dans son noyau empreint d'impérativité de sorte que la validité des clauses qui écarteraient totalement l'imprévision pourrait être contestée en justice. Il pourrait y avoir un contentieux sur le caractère supplétif de cette disposition. De la même manière, on peut se poser la question du caractère supplétif de certaines dispositions issues de l'ordonnance, notamment à l'article 1221 du Code civil sur l'exécution forcée. Ce dernier dit que le créancier d'une obligation peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si

cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Il y a un débat en doctrine pour savoir si cette disposition est ou non supplétive. D'un côté, il peut être soutenu que l'article est supplétif puisqu'il n'est pas précisé que cet article est impératif. De l'autre côté, on pourrait considérer que l'article ne fait que proscrire l'abus de droit du créancier qui n'est autre qu'une violation de la bonne foi. Par conséquent, en raison du caractère impératif et d'ordre public de la bonne foi, cette disposition ne pourrait pas être écartée. On parle beaucoup de l'effort que doivent faire les praticiens ou les parties dans la rédaction de leur contrat, mais il serait heureux que l'on puisse avoir davantage de visibilité sur le caractère impératif ou non de certaines dispositions.



Olivier Laude, associé, Laude Esquier Champey

« En présence d'une clause MAC, le recours aux notions d'imprévision ou de force majeure sera probablement inutile. »

Pascal Laurence : Dans le vécu, même dans le premier confinement du printemps 2020, pour les négociations qui étaient en cours, on a vu tout de suite fleurir les clauses Covid, en disant « on gèle », « on neutralise la situation ». Par contre, la pandémie n'a pas davantage permis l'invocation de la force majeure au titre de l'imprévision.

Besma Boumaza : Je suis d'accord. Nous prêtons une attention particulière à ces clauses d'imprévision ou de force majeure, plutôt dans le sens d'en limiter l'application. Il est important de rappeler que le contrat n'appartient pas qu'aux juristes, et aujourd'hui plus que jamais. Cette crise l'a particulièrement révélé. Cela a des conséquences sur la rédaction des contrats qui doivent faire preuve de plus de clarté et de lisibilité pour toutes les parties prenantes. Je travaille dans une entreprise internationale, et nos contrats, qui s'appliquent au quotidien sur de très longs termes, ont pour contrepartie des personnes étrangères souvent non-juristes. Evidemment, au début de la crise sanitaire, la notion de force majeure a été utilisée à tort et à travers, dans un sens où elle justifiait de ne plus rien faire, alors que nous juristes avions plutôt tendance à l'écarter. Mais ce qui m'a frappée, c'est que finalement, il y avait toujours besoin d'un juriste ou d'un avocat pour interpréter le contrat. Nous en revenons donc à la question de la supplétivité. J'en ai tiré la conclusion, a contrario, que le contrat devait être particulièrement explicite. Parce que seul un juriste sait que si le contrat est silencieux sur la question de l'imprévision ou de la force majeure, alors les règles du Code civil viennent à s'appliquer. Mais la personne qui applique le contrat au jour le jour ne le sait pas et finalement, elle ne va lire que ce qui est écrit dans le contrat. C'est une des leçons que nous devons tirer de cette situation. Nous éloignons-nous du sujet du contentieux ? Oui et non. Parce que c'est cette bonne connaissance et la correcte interprétation du contrat qui permettent aussi d'éviter des contentieux. Lorsque les parties savent de quoi elles parlent, elles peuvent ainsi trouver un terrain d'entente. Nous avons effectivement tous ces instruments à notre disposition, mais il faut en faire un usage raisonné et conscient parce que la réalité de l'exécution d'un contrat, notamment des contrats à long terme, n'est pas de faire systématiquement appel au juge pour l'interpréter. Nous devons vivre avec ce contrat et maintenir des relations que nous devons pouvoir adapter.

Pascal Laurence : Je vous rejoins totalement, et je trouve que la seule chose qui écarte du contentieux, ce n'est pas le contrat, c'est l'humain qui manie le contrat. Pour moi, le contentieux, est finalement bien souvent synonyme de la guerre d'ego.

François de Maublanc : Je crois quand même, et je parle là en tant que chef d'entreprise, qu'il y a des moments où les parties ne souhaitent plus exécuter un contrat qui a été signé.

Pascal Laurence : Mais ça ne veut pas forcément dire que cela aboutit à un contentieux, et que la discussion doit être interrompue.

François de Maublanc : N'oublions pas qu'il y a des millions de contrats qui s'exécutent tous les jours sans aucun problème. Donc, nous ne voyons qu'un petit bout de l'écume du mécontentement. Toutefois lorsque l'une des deux parties n'a plus envie d'exécuter le contrat pour des raisons qui peuvent être marginales, mais qui font que son coût devient moins intéressant et qu'un autre partenaire serait préférable, elle peut souhaiter mettre fin à ce contrat. Il est vrai que, plus le contrat est clair, plus les acteurs sont ramenés à leurs responsabilités. Si l'on s'aperçoit que le contrat est clair dans sa durée, son terme, ses modalités, la décision de l'entreprise est d'essayer de vivre le mieux possible avec. A son terme, éventuellement, une nouvelle négociation s'engagera. Moins les dispositions sont claires, plus les acteurs vont chercher des voies pour y échapper, pour les contourner, pour finasser. On aboutit ainsi à un contentieux. Effectivement, je vous rejoins tout à fait sur ce point. Il faut que ceux qui pratiquent le contrat, c'est-à-dire ceux qui le mettent en œuvre, qui ne sont pas des juristes, le comprennent clairement parce que sinon, cela ne va pas fonctionner.

Olivier Laude : En effet, mais j'ajouterais qu'un contrat clair n'est pas forcément celui qui prévoit toutes les situations qui peuvent se rencontrer dans la vie du contrat. Ce n'est pas le contrat de 300 pages qui règle toutes les micro-situations qui peuvent se produire. C'est un mythe. De mon point de vue, le contrat doit être clair, bien entendu, mais cette clarté est tout à fait compatible avec un contrat assez court, avec des obligations extrêmement précises, et avec la nécessité de prendre des positions, d'arbitrer, d'interpréter. L'interprétation n'est pas l'ennemie de la clarté du contrat. Parfois, on a besoin d'interpréter un contrat clair parce que deux parties ont des visions différentes de leurs obligations, de l'étendue ou de la nature du contrat. Evidemment, l'interprétation n'est possible du côté du tribunal que si les clauses sont obscures. Mais l'on voit bien que la vie des affaires se charge de faire surgir des situations totalement inattendues, même si elles ne sont pas toujours imprévisibles.

Pascal Laurence : Sans oublier que nous parlons de contentieux sur des contrats clairs, existants, formalisés, qui ne représentent pas 100 % de la vie des affaires.

Olivier Laude : Absolument, puisque le contrat peut se former verbalement ou par e-mail.

Cédric de Pouzilhac : Si l'on en revient aux notions de force majeure et d'imprévision, j'ajouterais que la clarté vient aussi du corpus jurisprudentiel et doctrinal qui précise

les notions. Les parties au contrat compliquent parfois les choses en cherchant à adapter ces notions, pour finalement les rendre moins intelligibles, ce qui pose les questions d'interprétation évoquées par François de Maublanc. C'est plus vrai pour la force majeure que pour l'imprévision. Pour cette dernière, les quelques difficultés résiduelles dérivent peut-être d'un manque de recul suffisant par rapport à la réforme.

Les modes alternatifs sont-ils une voie plus utilisée que par le passé ?

Pascal Laurence : J'ai toujours poussé la médiation, que ce soit dans une période de pandémie ou non.

Besma Boumaza : En effet, nous essayons de pousser la médiation. Il s'agit d'un bon moyen. Parfois, les contentieux sont aussi des guerres d'ego. La médiation est un bon moyen de contourner ce sujet et de régler ses problèmes internes. La généralisation de l'utilisation de la médiation s'opère plus facilement dans certaines régions que dans d'autres. Aux Etats-Unis, nous avons systématiquement recours à la médiation. C'est entré dans les mœurs. En Asie, beaucoup également. C'est aussi une politique du groupe que nous essayons de pousser, justement parce que nos relations s'inscrivent dans le long terme. Notre modèle repose sur des contrats avec des propriétaires d'hôtel pour quinze ou vingt ans. La médiation est donc aussi un bon moyen d'éviter le contentieux. Personne ne cherche la rupture du contrat, et en tout cas, rarement les deux parties en même temps ; et la médiation permet aussi de ne pas arriver directement au moyen le plus coercitif.

François de Maublanc : Dans les pays anglo-saxons, le coût des procédures contentieuses pousse aussi à essayer de les éviter. Je crois que ce n'est pas négligeable dans les raisons qui font qu'effectivement, le recours à la médiation est largement répandu. Au tribunal de commerce de Paris, nous y incitons au début et même à la fin de la procédure. C'est-à-dire qu'à la fin, les parties se rendent souvent compte que tout cela était fatigant, énergivore, et qu'en fin de compte les choses ne sont pas aussi claires que ce qui était envisagé au début. Concernant les problématiques d'ego, je vous rejoins à 100 %. Ce n'est pas un tribunal qui peut les trancher. Il vaut mieux que cela reste confidentiel et dans une bonne conciliation. On obtient d'excellents résultats sur des conciliations qui sont acceptées après l'audience, c'est-à-dire qu'au fond, cela ralentit assez peu le processus et après l'audience, un conciliateur est finalement nommé. Les parties, qui ont mieux pris la mesure des enjeux, des délais, des aléas, etc. sont souvent enclines à la considérer, si leur conseil (et c'est vraiment de plus en plus le cas) les y incite également. Parce qu'on a besoin des conseils pour faire une bonne conciliation.

Cédric de Pouzilhac : Je suis complètement d'accord avec cela. Le rôle des conseils est d'intégrer la question de la médiation ou de la conciliation dans la réflexion sur le litige, puis de savoir intervenir à bon escient dans le processus.

Olivier Laude : C'est ce que j'allais ajouter. Les avocats ne sont pas les ennemis de la médiation, loin de là. Il arrive fréquemment que nous, avocats, recommandions à nos clients d'accepter une médiation ou une conciliation proposée par le juge. Mais il va de soi que les médiations ne sont jamais aussi efficaces que lorsque les parties ne transforment pas le champ de la médiation en un champ



François de Maublanc, vice-président du tribunal de commerce de Paris

« Lorsque qu'une partie avance en audience contentieuse qu'il s'agit d'une question d'honneur, j'y réponds toujours par la même réflexion : "Il n'est pas sérieux de confier son honneur à quelqu'un comme moi !" »

de mines et en une bataille rangée. Cela suppose en général que les avocats soient très présents au stade de la médiation. J'ajoute que le législateur est conscient de cela puisque la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice a permis aux juges d'imposer, non pas le recours à un médiateur, mais l'obligation de rencontrer un médiateur. Et on sait que c'est la première étape qui peut débloquent psychologiquement le recours à la médiation pour certaines parties.

Pascal Laurence : Une anecdote au sujet de la médiation : j'ai opéré dans un groupe de distribution alimentaire avec 250 franchisés, concernant un contentieux avec l'un de ses franchisés. Nous avons mené une médiation qui a duré trois ou quatre mois. In fine, celle-ci échoue pour différentes raisons, liées au montant de l'indemnisation. Le contentieux est engagé devant le tribunal de commerce de Paris, dont la première décision a été de renvoyer les parties en conciliation, alors même que nous avions fait mention de cette étape préalable. Normalement, nous aurions dû passer directement à la phase contentieuse, mais finalement, la conciliation a abouti. J'ai trouvé cela remarquable. Nous avons pu avoir deux champs de dialogue, une première fois avec un médiateur en dehors du tribunal, dans le cadre de la chambre de médiation et d'arbitrage de Paris, puis auprès d'un conciliateur. Nous pensons, lorsque nous avons dû passer par la case conciliation, que cela représentait une perte de temps. Mais celle-ci s'est finalement transformée en une victoire des deux côtés. Je préfère ce genre de schéma à un contentieux lourd devant le juge. Il s'agit d'une belle opportunité.

François de Maublanc : Il faut, je crois, éviter les conciliations qui s'apparentent à des pis-aller lorsque les termes du litige ne nécessitent pas d'interprétation. Dans votre exemple, la conciliation trouve toute sa place. Je ne suis pas étonné. Je crois qu'il y a des moments où cela fonctionne alors qu'à un autre moment avec les mêmes acteurs, cela n'aurait peut-être pas fonctionné. Ensuite, la qualité du conciliateur ou du médiateur est primordiale.

Olivier Laude : Bien sûr, et parfois, il faut passer par une phase judiciaire pour que les parties mesurent leur position, leurs armes, et évaluent le risque afin que la médiation fonctionne.

François de Maublanc : Tout à fait, un contentieux est un écart type de risque.

Besma Boumaza : Parfois, nous avons une stratégie de négociations qui va aller jusqu'au contentieux parce que nous estimons que nous sommes dans notre bon droit. Le contentieux n'est pas à écarter évidemment dans tous les cas.

Pascal Laurence : Le contentieux a son rôle à jouer et effectivement, il est nécessaire par moments. Simplement, il n'est pas la panacée. Il ne répond pas à toutes les situations.

Olivier Laude : A l'inverse, parfois, vous n'avez pas d'autre option. Notre sujet est ici le contentieux contractuel, mais je rappelle qu'il y a toute une série de situations, notamment des situations de fraude ou de conflit avec un dirigeant, où l'action doit être immédiate. Le contentieux est alors la seule logique possible.

Pascal Laurence : Je vous rejoins. J'ai été obligé d'écarter un président qui utilisait un centre de profit pour nettoyer de l'argent sale. Je peux vous assurer que je n'ai fait aucune médiation. La décision de la stratégie contentieuse a été très rapide.

François de Maublanc : Je crois que plus le litige est une affaire d'ego, plus la situation se prête à un mode alternatif de règlement des différends. J'ai souvent des audiences au cours de laquelle une partie avance qu'il s'agit d'une question d'honneur et j'y réponds toujours par la même réflexion : « Il n'est pas sérieux de confier son honneur à quelqu'un comme moi ! » On ne confie pas son honneur à un juge. Je crois que si vous avez une petite chance de gagner 100 millions d'euros dans un contentieux et 10 euros avec la médiation, vous ne ferez pas la médiation. Mais si votre écart type est justement de perdre, parce qu'on peut toujours perdre et donc perdre la face, je crois que la conciliation est indispensable.

Ensuite, vous avez tous les aspects de confidentialité de la conciliation. Parfois une partie peut ne pas vouloir qu'une défaite ou même une victoire donne lieu à un jugement et soit publique. Nombre d'éléments font que la conciliation trouve sa place et dans ce cas-là, les avocats saisissent très vite les enjeux et nous aident dans cette recommandation.

Pascal Laurence : C'est une stratégie de rédaction des contrats. Si je suis débiteur de l'obligation principale, je n'ai pas envie que mes contentieux soient répandus sur la place publique. Je mettrai en place médiation ou arbitrage. Si je suis le créancier de l'obligation, je veux pouvoir utiliser la force de la publicité. Je n'irai donc pas en médiation ou en arbitrage.

Les perspectives de la réforme du droit des sûretés

Kyum Lee : A ce stade, il semble encore un peu tôt pour commenter l'apport de l'avant-projet de réforme de droit des sûretés, dont la première impulsion a été donnée par la loi Pacte. Quelques points sont néanmoins intéressants. S'agissant des sûretés réelles, on peut relever la consécration de la cession de créances à titre de garantie en droit



Besma Boumaza, directrice juridique, Accor

« Nous revoions nos contrats à la lumière de ce qui s'est passé, puisque cette situation nous a quand même éclairés sur la façon d'interpréter les contrats et la manière de les utiliser. »

commun, que la Cour de cassation, jusqu'à présent, avait refusé de reconnaître. La cession de créances à titre de garantie serait donc possible en dehors du cadre des cessions de créances professionnelles de loi Dailly. On note également la consécration légale du gage-espèces. S'agissant des sûretés personnelles, l'avant-projet prévoit une refonte des dispositions relatives au cautionnement avec l'abandon des dispositions qui figuraient dans le Code de la consommation. Ainsi, l'exigence de la mention manuscrite, qui était source d'un contentieux abondant, est substantiellement revue : la caution doit toujours apposer une mention manuscrite mais il ne s'agira plus de recopier un texte déterminé. Il est égale-

ment prévu d'étendre une grande partie des dispositions protectrices du cautionnement à la caution réelle, c'est-à-dire à la personne qui consent une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui.

Il est néanmoins nécessaire d'attendre la version définitive de ce projet de réforme pour voir dans quelle mesure ces modifications permettront d'apporter de la cohérence au régime des sûretés.

Après la sidération et la bienveillance en 2020, quelles perspectives pour 2021 ?

Besma Boumaza : Dans les prochains mois, au-delà effectivement des négociations, ce qui va être aussi déterminant, ce sont les procédures collectives et la situation de nos cocontractants. Nous nous trouvons dans un écosystème clairement affecté, et ce qui va être aussi déterminant, tant au niveau national qu'international, c'est ce mur des faillites qu'on attendait à l'automne mais qui semble avoir été reporté du fait des différents dispositifs d'aides. Nous devons nous y préparer et voir qui sera dans une situation difficile et aura besoin d'être aidé ou racheté. Nous sommes dans une phase qui est double, dans laquelle nous essayons de préparer la reprise et la relance.

Or nous reprenons les relations, nous les améliorons, ce qui implique un grand nombre de renégociations, alors que nous ne sommes pas sortis de l'incertitude. Nous revoions nos contrats à la lumière de ce qui s'est passé, puisque cette situation nous a quand même éclairés sur la façon d'interpréter les contrats et la manière de les utiliser. Mais, pour ce qui est de la relation elle-même, nous n'avons pas encore suffisamment de recul pour établir des plans à long terme.

François de Maublanc : Nous sommes attentifs à ce qui va se passer au niveau des procédures collectives. Je rejoins ce qui a été dit, pour l'instant, il n'y a pas de signal immédiat, mais tout le monde s'attend bien sûr à ce qu'il y ait des répercussions de cette crise. Au niveau contentieux, je pense tout de même que ce sens de la responsabilité qu'il y a eu entre les acteurs pendant cette année aura des effets à terme plutôt positifs parce que les contrats seront mieux ficelés et peut-être plus simples par certains côtés. Evidemment, cela n'empêchera pas les contentieux, mais ça les fera peut-être évoluer sur d'autres sujets.

Olivier Laude : Je le disais tout à l'heure, notre modèle assurantiel et notre modèle de garanties seront mis à l'épreuve devant les tribunaux. Evidemment, nous allons également assister à un test de la solidité des entreprises qui, dans nos pays, sont très interdépendantes (fournisseurs, grossistes, distributeurs) et avec le souci d'éviter un effet domino. Nous savons que les faillites peuvent avoir des effets en cascade catastrophiques.

Pour sortir de l'actualité immédiate, je voulais également vous faire part des trois grandes tendances qui m'apparaissent structurantes en matière de contentieux.

La première, c'est le développement de l'accusatoire par rapport à l'inquisitoire. Je constate le développement des rapports d'experts et du rôle des experts de parties, comme dans les pays de Common Law. Aujourd'hui, en France, il n'est pas rare de produire un rapport d'expertise – qui est un fait juridique comme un autre – devant le tribunal. Toujours dans le développement de l'accusatoire, je note aussi l'extension du champ de l'article 145 du Code de procédure civile en matière de recherche de preuves.

Deuxième élément qui intéresse moins les tribunaux de commerce, mais qui intéresse beaucoup les citoyens : le développement du judiciaire comme une arme politique. On l'a vu avec l'action devant le Conseil d'Etat contre l'Etat pour inaction en matière de changement climatique. Je suis convaincu que l'arme judiciaire va être de plus en plus utilisée à des fins politiques – au sens le plus noble du terme, pour impulser des changements dans la société.

Enfin, troisième élément : une dimension transnationale vient désormais irriguer le droit français. On le voit notamment avec l'impact du droit européen. En conclusion: le besoin de justice est puissant, il est même majeur. Il est tout aussi puissant dans les relations d'affaires qu'il l'est dans l'esprit des citoyens. A nous, professionnels, qui faisons vivre le droit tous les jours, de répondre à ce besoin.

Cédric de Pouzilhac : Ce qui me frappe, c'est que cette matière contractuelle est une matière passionnante, qui est le socle de la vie économique et l'expression de la volonté des parties. Nous avons parlé de la clarté du contrat, en réalité avant tout, il s'agit de la clarté des parties qui se rassemblent pour rédiger le contrat. En tant qu'avocats contentieux, nous sommes confrontés à des contrats dans lequel ce qui a été négocié n'est pas forcément clair. En tout cas, le point commun entre les deux parties dans leur négociation n'était pas toujours très clair et c'est ce qui, ensuite, soit pose problème, soit donne des opportunités à une des parties qui, a posteriori, se trouve être très opportuniste.

Le deuxième point que je voulais évoquer en conclusion, c'est que le contentieux sur cette matière contractuelle, mais dans d'autres domaines aussi, est une vraie arme de stratégie. Toutes les entreprises, dans tous les domaines, dans tous les secteurs d'activité, se sont vraiment appropriées le contentieux comme un outil. Ce n'est pas le seul. Le contentieux ne se substitue pas à l'intérêt de l'activité économique, à l'évidence. Mais en cas de difficulté, les parties s'approprient le contentieux comme un élément de la vie potentiellement normale d'un contrat. Le recours aux juges est perçu comme un prolongement de cette vie du contrat et pas forcément comme un échec. Et de ce point de vue là, le

fait que le contentieux judiciaire ait à côté de lui des modes alternatifs de résolution des litiges, la médiation, la conciliation, offre une panoplie d'une grande maturité pour venir résoudre les conflits, rééquilibrer ce qui a été décidé à un moment donné.

Enfin, je rejoins Olivier Laude sur la question de l'article 145 qui, là aussi, joue une grande place, puisque dans la stratégie contentieuse, il y a aussi la question de l'établissement de la vérité et des faits. Le champ de l'article 145, qui s'est beaucoup élargi, mériterait peut-être une clarification, au moins jurisprudentielle, pour savoir si on pousse le principe jusqu'à des mécanismes d'ouverture des documents. Dans ce cas, il faudrait davantage encadrer ou revenir à une notion plus traditionnelle de l'article 145, avec un champ d'application moins large et plus équilibré. J'ai l'impression que nous sommes aujourd'hui dans un entre-deux qui mériterait d'évoluer.

Pascal Laurence : J'estime qu'aujourd'hui, la situation que nous vivons est une formidable opportunité pour les directions juridiques de se positionner comme de vrais business partners dans la gestion de l'entreprise aux moyens de deux armes.

La première arme, c'est la tempérance, en allant chercher la négociation. C'est, au travers de la négociation contractuelle, créer des relais de croissance avec des partenaires.

Puis une deuxième arme qui sera, une fois le stade de la négociation épuisé, le contentieux. Soit un contentieux direct, soit à travers une médiation. On utilisera la gestion du contentieux finalement aussi dans une réponse économique. Cela repositionne la direction juridique, en tout cas pour ce qui me concerne au sein de la stratégie d'entreprise. Il s'agit aussi d'une période d'opportunités pour donner une vraie place aux directions juridiques. Nous l'avons tenu pendant toute cette année, et nous continuerons à la tenir à l'avenir.

Kyum Lee : Pour conclure, je dirais que l'un des enjeux à venir sera le respect de la volonté des parties à deux égards. Premièrement, d'une part, au regard de l'interprétation des contrats, comme l'a rappelé M. de Maublanc, qui devra obéir aux règles fixées par le Code civil et refléter fidèlement la volonté des parties, et d'autre part au regard du caractère impératif ou supplétif des dispositions du Code civil. L'enjeu est le respect de la volonté des parties lorsqu'elles conviennent d'aménager le régime de leurs contrats et d'écarter, le cas échéant, certaines dispositions prévues par la loi. Deuxièmement, avec le développement de la bonne foi. Il sera très intéressant de voir comment la jurisprudence va faire évoluer, le cas échéant, l'obligation de bonne foi et dans quelle mesure elle ira jusqu'à consacrer une véritable obligation de renégociation dans des circonstances exceptionnelles. ■

Propos recueillis par Sahra Saoudi, Ekaterina Dvinina et Gilles Lambert

Classements **CONTENTIEUX**

- **L'avocat de l'année : Hervé Temime, entre ombre et lumière** p.32
- **Classement des cabinets d'avocats en CONTENTIEUX FINANCIER, BOURSIER ET RÉGLEMENTAIRE AMF** p.36
- **Classement des cabinets d'avocats en CONTENTIEUX D'ACQUISITION** p.38
- **Classement des cabinets d'avocats en CONTENTIEUX DES PRODUITS DÉFECTUEUX ET DES SINISTRES** p.40
- **Face à la crise, le contentieux reste une activité acyclique** p.42
- **Classement des cabinets d'avocats en DROIT PÉNAL DES AFFAIRES ET EN MATIÈRE DE SANCTIONS AMF** p.44
- **Classement des cabinets d'avocats CONSEILS EN ARBITRAGE INTERNATIONAL** p.46
- **Arbitrage: un marché « bouleversé »** p.48

En partenariat avec

